

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

JULHO/SETEMBRO

1999 • BRASÍLIA • ANO 36 • Nº 143



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

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 36 • nº 143

julho/setembro – 1999

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: (61) 311-3575, 311-3576 e 311-3579

Fax: (61) 311-4258. E-Mail: ssetec@senado.gov.br

DIRETOR: Raimundo Pontes Cunha Neto

REVISÃO DE ORIGINAIS: Angelina Almeida Silva, Bernadete Aparecida de Carvalho,  
Dalcilene R. da Silva Furtado e Roberta Negromonte Vasconcelos

REVISÃO DE REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Valmir Fernando Batista

REVISÃO DE PROVAS: Anderson de Figueiredo Matias, Marcelle Carvalho Dela Bianca,  
Maria de Jesus Pimentel, Marina Couto Giordano, Teliana Maria L.  
Bezerra e Valéria Bezerra dos Reis Silva

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: João Emílio Caram Rohlf's, Lizandra Nunes M. da Costa

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.

Pídese 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 36 · nº 143 · julho/setembro · 1999

- Sérgio Luiz Souza Araújo  
O Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 e sua ideologia 05
- Antônio de Pádua Ribeiro  
Gerson dos Santos Sicca  
Biodiversidade e Direito 15
- Leonel Ohlweiler  
A interpretação conforme à Constituição – *Verfassungskonforme Auslegung* – no Direito Brasileiro 19
- Leonardo Henrique Mundim M. Oliveira  
Administração Pública e democracia: perspectivas em um mundo globalizado 35
- Plínio Lacerda Martins  
Crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária em Instituição Financeira 47
- Eduardo C. B. Bittar  
A inversão do ônus da prova na ação civil pública proposta pelo Ministério Público em defesa dos consumidores 53
- Mauro Roberto Gomes de Mattos  
Edilson Pereira Nobre Júnior  
Direitos do consumidor e direitos da personalidade: limites, intersecções, relações 63
- Mônica de Melo  
A tutela recursal nas ações tributárias 71
- Carlos Antonio de Almeida Melo  
Reedição de medida provisória (visão comparativa das jurisprudências da Corte Constitucional italiana e do STF) 77
- Cláudio Petrini Belmonte  
Assédio sexual: um caso de inconstitucionalidade por omissão 85
- Leonardo Pietro Antonelli  
A Constituição originária, a Constituição derivada e o direito adquirido: considerações, limites e possibilidades 101
- Roberto de Medeiros Guimarães Filho  
A obrigação de prestar alimentos entre cônjuges e ex-cônjuges no ordenamento jurídico de Portugal 121
- Mario Antonio Lobato de Paiva  
O Congresso Nacional e a recente Lei nº 9.718/98, que majorou a alíquota e ampliou a base de cálculo da COFINS 139
- Marcelo Campos Galuppo  
A evolução do planejamento federal e a participação legislativa 147
- Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação 191

José Gabriel Assis de Almeida	A noção jurídica de empresa 211
Paulo Soares Bugarin	O direito do consumidor e o devido processo legal na moderna jurisprudência constitucional norte-americana – o caso BMW of North America, Inc. v. Gore 231
Antenor Pereira Madruga Filho	A noção de contrato no direito inglês – perspectiva histórica 239
Jorge Fontoura	Múltiplos de cidadania: o modelo da neojurisdição comunitário-européia 257
Véra Maria Jacob de Fradera	A jurisprudência da Corte de Justiça da Comunidade Européia como orientadora do novo direito 269
Ivo Teixeira Gico Junior	Elementos do contrato de arrendamento mercantil ( <i>leasing</i> ) e a propriedade do arrendatário 277
Arnaldo Moraes Godoy	Notas sobre a cidadania e a nacionalidade no Direito Grego 309
Paulo Roberto Barbosa Ramos	A filosofia do controle concentrado de constitucionalidade das leis na ordem jurídica brasileira pós-88 313
Dilvanir José da Costa	Usucapião: doutrina e jurisprudência 321
Alexandre da Maia	Ontologia jurídica e realidade – o problema da “ética da tolerância” 335
Anildo Fabio de Araujo	Da competência para processar e julgar crimes praticados por promotores de justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios 347

OS CONCEITOS EMITIDOS EM ARTIGOS DE COLABORAÇÃO SÃO DE RESPONSABILIDADE DE SEUS AUTORES.

#### ERRATA:

Na Revista de Informação Legislativa nº 142, páginas 197-198, artigo “Limitação dos mandatos legislativos: uma nova versão do contrato social” de Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, para o trecho PORÉM, NÃO SE TRATAVA DE MINIMIZAR O PAPEL DO ESTADO até QUE O CONSIDERA COMO UMA MERCADORIA, pedimos considerá-lo entre aspas visto tratar-se de citação extraída do prefácio intitulado “Por uma genealogia do Poder”, escrito por Roberto Machado para a obra *Microfísica do Poder* de Michel Foucault.

# O Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 e sua ideologia

Sérgio Luiz Souza Araújo

## Sumário

1. Introdução. 2. A ideologia democrática. 3. A ideologia do Estado social. 4. A ideologia dos direitos individuais. 5. A ideologia da liberdade. 6. A ideologia da segurança. 7. A ideologia do bem-estar. 8. A ideologia do desenvolvimento. 9. A ideologia da igualdade. 10. A ideologia da justiça. 11. A ideologia da sociedade fraterna. 12. A ideologia da sociedade pluralista. 13. A ideologia da sociedade sem preconceitos. 14. A ideologia da paz na ordem interna e ordem internacional. 15. Sob a proteção de Deus.

## 1. Introdução

A Constituição brasileira de 1988 contém magnífico Preâmbulo:

“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.”

Analisando o Preâmbulo enquanto expressão ideológica, percebe-se que extrai sua

Sérgio Luiz Souza Araújo é Doutor em Direito. Professor nas Faculdades de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

legitimidade da representação dos constituintes do povo brasileiro. Está aqui uma claríssima demonstração de fé na democracia, de fé no povo como fonte de todo o poder. É este, aliás, o objetivo imediato afirmado pelo Preâmbulo e imposto pela História: a instituição do Estado Democrático.

## 2. A ideologia democrática

Segundo Fábio Konder Comparato, “é só a democracia que garante ao máximo a plena satisfação dos legítimos interesses de indivíduos, grupos e da própria nação como um todo”<sup>1</sup>. A ideologia democrática, na lição de Antônio Carlos Wolkmer, “corresponde a um ideal de convicção positiva acerca da natureza humana, na medida em que delega ao próprio homem a responsabilidade de reger seu destino”<sup>2</sup>.

Esse autor traz a lume os princípios fundamentais da democracia lecionados por Reo Christenson:

- “a) soberania popular;
- b) liberdade humana em sociedade;
- c) igualdade humana;
- d) o consentimento e o princípio do contratualismo;
- e) o Estado é o depositário de poderes delegados: princípio da representação;
- f) participação do cidadão no governo;
- g) ambiente da diversidade e conflito;
- e
- h) fé democrática nos homens e no progresso”<sup>3</sup>.

A fé na democracia estipulada no Preâmbulo é uma resposta ao regime ditatorial vigente no país durante vinte anos (1964-1984). É uma demonstração de confiança no homem, pois só há possibilidade de vida social, de ordem durável, com a inteira liberdade democrática. Convém notar que a democracia não deve ser entendida apenas como um sistema de regulação formal da vida política, mas, sobretudo,

“como imposição de fins ou objetivos comuns, notadamente no campo da

igualdade econômica e social de indivíduos ou grupos. Não é por outra razão que a questão da eficácia das normas constitucionais programáticas, ou das normas-objetivo, apresenta-se como um dos grandes problemas atuais do direito público”<sup>4</sup>.

Nesse sentido que a tarefa mais importante da ação política será a promoção e a conservação do sentimento democrático, que tem como um dos seus eixos de sustentação a tolerância. Como explica Marcelo Perine:

“Com efeito, o que se pode pedir de todos os cidadãos numa sociedade democrática não é a adesão a uma filosofia ou a um dogma religioso, mas a convergência deliberada dos esforços de todos para certos resultados práticos que podem suportar, subjetivamente, explicações teóricas diferentes”<sup>5</sup>.

## 3. A ideologia do Estado social

Entre os objetivos impostos pelo Preâmbulo para serem assegurados pelo Estado Democrático estão: o exercício dos direitos sociais e individuais; a liberdade; a segurança; o bem-estar; o desenvolvimento; a igualdade e a justiça. São esses os valores supremos a serem garantidos pela Constituição.

De todos esses valores, em primeiro plano, é colocado o exercício dos direitos sociais e individuais. É importante notar que, em relação a esses direitos, em primazia, são situados os direitos sociais. Com efeito, o homem do nosso tempo não é um ser abstrato, como o imaginou a burguesia na Revolução Francesa. O homem de hoje requer educação, saúde, trabalho. Está aqui o objetivo supremo, a inspiração normativa do decidido intervencionismo estatal, a fim de que o poder cumpra seus deveres para com a sociedade e, assim, seja possível a plena realização dos direitos e liberdades. A plenitude humana somente se concretizará se a sociedade proporcionar as bases e reais condições de sua efetivação.

A ideologia constitucional impõe que a prosperidade coletiva tenha clara primazia em relação aos direitos de índole individualista. Vemos, assim, que o Estado social almejado pela Constituição brasileira é fruto da intervenção ideológica do socialismo. Entretanto, o “Estado social” não se confunde com o “Estado socialista”. A distinção é feita por Paulo Bonavides:

“Esse contraste que assim estabelecemos nos permite escapar do erro usual de muitos que confundem o ‘Estado social’ com o ‘Estado socialista’, ou com uma socialização necessariamente esquerdista, da qual venha a ser o prenúncio, o momento preparatório, a transição iminente. Nada disso.

O Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista pretende implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardinal a que não renuncia.

Dá compadecer-se o Estado social no capitalismo com os mais variados sistemas de organização política, cujo programa não importe em modificações fundamentais de certos postulados econômicos e sociais”<sup>6</sup>.

Para esse autor, o equívoco pertinente à distinção entre Estado social e Estado socialista se deve, ainda, ao fato de haver, no seio da burguesia e do proletariado, uma orientação política que pretende chegar ao socialismo por via democrática, criando previamente as condições propícias a essa transição política. O Estado social seria, portanto, um componente nessa transição, “seria meio caminho andado”, de vez que esse Estado exige o reconhecimento por parte da burguesia dos direitos do proletariado. E, entre esses direitos, os mais cobiçados seriam os direitos políticos, de vez que permitiriam

alcançar o poder e utilizar o Estado em proveito do proletariado, operando tranqüilamente a almejada transformação social, que a burguesia tanto teme. Paulo Bonavides explica com muita lucidez:

“Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede o crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência do seu poderio econômico, político e social, em suma, estende a sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área da iniciativa individual, nesse instante o Estado pode com justiça receber a denominação de Estado Social”<sup>7</sup>.

Para esse autor, o Estado ingressa na senda da socialização parcial quando a sua presença no domínio econômico se faz ainda mais imediata e ele se põe a concorrer com a iniciativa privada, nacionalizando e dirigindo indústrias. E exemplifica:

“Quando o Brasil cria o monopólio estatal do petróleo e funda a Petrobrás, não toma essa iniciativa doutrinariamente em nome de um Estado social, mas de um Estado socialista, embora não o confesse”<sup>8</sup>.

O Estado social que o Preâmbulo proclama deve ser entendido conforme o conceito elaborado por Paulo Bonavides:

“O Estado Social, por sua própria natureza, é um Estado intervencionis-



ta, que requer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais, onde cresceu a dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios à sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas”<sup>9</sup>.

O que se busca no Estado social é a primazia da coletividade em relação ao indivíduo. É essa também a tônica do discurso de Rui Barbosa:

“Já não se vê na sociedade um mero agregado, uma justaposição de unidades individuais, acasteladas cada qual no seu direito intratável, mas uma entidade naturalmente orgânica, em que a esfera do indivíduo tem por limites inevitáveis, de todos os lados, a coletividade. O direito vai cedendo à moral, o indivíduo à associação, o egoísmo à solidariedade humana”<sup>10</sup>.

O Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 impõe, assim, como primeira meta a realização da justiça social<sup>11</sup>. É esse o fenômeno ideológico maior que condiciona todas as demais metas traçadas no Preâmbulo. É, portanto, a partir dessa ideologia que se pode configurar com clareza a ordem jurídica introduzida e a sua efetiva possibilidade de eficácia.

#### 4. A ideologia dos direitos individuais

No Preâmbulo, está também assegurado o exercício dos direitos individuais. Essa meta deve ser entendida em conformidade com a doutrina de Nelson Saldanha:

“A permanência de moldes constitucionais provindos do esquema liberal, dentro do Estado dito social, deve ser considerada em conexão com a sobrevivência de valores liberais dentro das sociedades contemporâneas, dominadas sem embargo por vários traços antiliberais, ou por tendências socializantes e estatizantes.

Não se trata, convém salientar de imediato, de uma permanência do li-

beralismo enquanto ‘ismo’, ou seja, regime, ou mesmo doutrina, tal como nos séculos XVIII e XIX. Trata-se da persistência de valores: do valor liberdade, do valor controle-dos-atos-estatais, do valor garantia-de-direitos, do valor ‘certeza jurídica’”<sup>12</sup>.

Os direitos individuais são valores objetivos em normas jurídicas que atendem às aspirações e às necessidades do homem. São valores fundamentais para a realização do homem e a convivência das pessoas. A proposta de uma sociedade comunitária, tolerante, tem como idéia diretora e vinculante o credo nos direitos do homem.

#### 5. A ideologia da liberdade

Outro componente ideológico estipulado no Preâmbulo é a liberdade. Sobre ela, diz Paulo Bonavides: “Discuti-la, conceituá-la, aplicá-la, eis o desespero dos constitucionalistas, dos filósofos políticos, dos sociólogos, de todos os teóricos do direito público”<sup>13</sup>.

A liberdade que o Preâmbulo proclama como valor supremo não é a liberdade clássica do liberalismo<sup>14</sup>.

Para se conceituar a liberdade, tem de se levar em consideração os fatores econômicos, pois esses são indispensáveis à verdadeira liberdade humana. A liberdade de que fala o Preâmbulo é a liberdade de luta contra as injustiças sociais e econômicas do mundo capitalista; é a liberdade – diz Joaquim Carlos Salgado – “de busca do homem de sua justa participação na riqueza social”.

Não é outra coisa o que diz Cecília Meireles: “Ser livre é ir mais além: é buscar outro espaço, outras dimensões, é ampliar a órbita da vida”<sup>15</sup>.

Nesse enfoque ideológico em que tratamos a liberdade, convém transcrever a magistral lição de Joaquim Carlos Salgado:

“Num terceiro momento, liberdade surge não só como idéia que dirime o conflito escolha-norma, mas também o que possa existir entre o agir

humano e o determinismo do mundo natural. Nesse caso, a liberdade é o domínio da natureza, pelo seu conhecimento e pelo trabalho. Aqui se articulam os valores polares que norteiam a construção de uma sociedade racional no mundo contemporâneo: a liberdade e o trabalho enquanto valores que se incorporam como conteúdos dos direitos axiais da pessoa humana, que atendem à realização do homem nas duas dimensões, em que, desde Aristóteles, convencionou-se considerá-lo: *zóon logikón* – De tal modo essas dimensões axiológicas se articulam que não é possível falar em trabalho (humano) sem que seja obra criadora, portanto livre, de um ser racional, do mesmo modo que não se pode pensar um ser livre sem o trabalho que desenvolve no seu mundo e em si mesmo, pois que o homem se faz livre na história (Hegel): a realidade que o homem trabalha e muda, enquanto ser livre, não é, nesse caso, apenas a realidade natural (*stricto sensu*), mas a sua própria realidade humana. É nesse sentido que a liberdade é o piso (Hegel) e o teto do direito, e dirige o destino do Ocidente para a construção de uma sociedade igualitária e livre, ou seja, em que toda forma de dominação se substitua no consenso da ‘Razão que é a todos’<sup>16</sup>.

Para esse autor, a liberdade deve ser pensada como forma de vida numa sociedade racionalmente organizada, “em que se supere a contradição direito-poder, sem o que toda ação que se dirige a construir uma sociedade justa ou livre será cega, sem nenhuma perspectiva de progresso para melhor”<sup>17</sup>.

### 6. A ideologia da segurança

A segurança é também um dos valores-fins objetivados no Preâmbulo. Com efeito, no regime democrático, o indivíduo precisa ter a certeza de segurança objetiva de seus direitos. A segurança é condição essencial

de toda ordem jurídica. Essa idéia é desenvolvida por Charles de Visscher:

“*Le droit ne trouve son expression objective et sa sanction que dans l’appui du pouvoir; le pouvoir reste préécaire s’il heurte trop ouvertement le droit. Aussi longtemps que la tension virtuelle qui existe entre eux ne s’écarte pas certaines limites, le souci d’un ordre a maintenir peut retenir l’action politique du pouvoir dans l’orbite du droit. La nécessité de l’ordre est ainsi le point de coincidence où la politique et la justice peuvent se rencontrer et se compléter mutuellement*”<sup>18</sup>.

É nesse sentido o raciocínio de Recaséns Siches:

“uma das antinomias do Direito consiste precisamente em que este deve servir a um propósito de certeza e segurança e, ao mesmo tempo, às necessidades suscitadas pela mudança social e pelos desejos de progresso”<sup>19</sup>.

É assim extremamente atual a afirmação de Fábio Konder Comparato:

“Parece óbvio que a segurança, como resultado a democratização, só pode ser obtida, nas atuais condições históricas brasileiras, com a sensível diminuição das desigualdades sociais, que o regime empresarial-militar de 64 acentuou, desmedidamente”<sup>20</sup>.

### 7. A ideologia do bem-estar

O bem-estar como valor fixado pelo Preâmbulo só assume vigência com a efetivação do real exercício da liberdade, da ordem, da justiça, da segurança e da prosperidade de todos.

O bem-estar está intimamente ligado ao valor *desenvolvimento* do qual trataremos a seguir.

### 8. A ideologia do desenvolvimento

O Brasil é atualmente a oitava economia do mundo. Entretanto, a maior parte da população brasileira está alijada dos benefícios do desenvolvimento, pois convém destacar que o desenvolvimento não se con-

funde com o mero crescimento econômico, medido em termos de produto nacional, nem mesmo o crescimento *per capita*. E o que realmente caracteriza a realidade brasileira é o subdesenvolvimento em virtude das gritantes desigualdades sociais. É por isso que, ao mencionar o desenvolvimento, o Preâmbulo da Constituição brasileira indica que a iniquidade social só pode ser corrigida com a instauração do processo desenvolvimentista. O desenvolvimento supõe a melhoria das condições de vida dos diferentes segmentos da população, buscando-se cada vez mais a supressão dos desequilíbrios.

Nesse sentido assevera Caio Navarro de Toledo:

“qualquer ideologia de desenvolvimento nacional deverá representar concretamente os interesses situacionais (atualmente convergentes) das diversas classes que compõem a formação social brasileira”<sup>21</sup>.

Conclui-se assim que a ideologia do desenvolvimento impõe por parte do Estado a realização de políticas ou programas em todos os campos, notadamente no campo de saúde, de educação, de moradia, de transporte, no campo financeiro, energético, sanitário, industrial, agrícola etc. Ciência e técnica são meios maravilhosos a serviço de fins humanos.

### 9. A ideologia da igualdade

Para Joaquim Carlos Salgado,

“o princípio do tratamento igual de todos perante a lei, em que pese ser abstrato (proíbe ao rico e ao pobre dormir sob a ponte, segundo Anatole France), é, por outro lado, uma das grandes conquistas da cultura jurídica ocidental. A consciência da injustiça se aguça diante da consciência do privilégio, do tratamento desigual dado pela lei a uns e outros, provoca o desconcerto social”<sup>22</sup>.

A igualdade a que se refere o Preâmbulo tem como preocupação fundamental as in-

justiças das desigualdades econômicas. É esse o teor da análise de Francisco Ayala:

“A igualdade é condição inexcusável da democracia: o princípio da igualdade perante a lei tem por fundamento de sua justiça a hipótese de uma igualdade material entre os cidadãos. Quando esta não existe, a mera igualdade formal de trato jurídico se traduz em resultados iníquos. Sem um certo grau de igualdade material, e sobretudo econômica – pois o econômico é de natureza social, implica relação e não pode ser levado em conta numa consideração estrita do indivíduo isolado –, é impossível que haja liberdade política, é impossível que exista uma democracia autêntica”<sup>23</sup>.

A igualdade exige, na democracia, equilíbrio econômico de todas as classes sociais de forma a assegurar a todos o mínimo indispensável a uma vida digna. Não será fora de propósito recordar aqui as palavras de Rui Barbosa: “A regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam”<sup>24</sup>.

### 10. A ideologia da justiça

A concepção de justiça é formulada com maestria por Joaquim Carlos Salgado:

“... a justiça como idéia correspondente ao nosso tempo é concebida como justiça social, em que a distribuição da riqueza social (espiritual e material), produzida pelo trabalho de todos, tem, como critério, o mérito de cada um, avaliado pelo seu trabalho e pela natureza ética do seu ser, na medida em que não é apenas instrumento que se valora pela sua utilidade produtora (meio), mas pessoa ou fim em si mesmo (Kant), pela dignidade própria que possui como ser livre”<sup>25</sup>.

A justiça a que alude o Preâmbulo deve, pois, ser interpretada como *o valor justiça*, que tem na igualdade de oportunidades, na

realização dos direitos fundamentais, na efetivação do bem-estar e da prosperidade de todas as pessoas suas primeiras manifestações.

A justiça assegurada no Preâmbulo não se refere a minorias ou grupos financeiros, nem sindicais ou econômicos de qualquer natureza. É justiça para todo o povo brasileiro, a quem é assegurado o bem-estar e o desenvolvimento.

“Um clamor por justiça – diz Arthur Ribeiro Neto. Este é o princípio básico do comportamento e do imaginário político do país. Quanto mais pobres e menos instruídos forem os indivíduos, mais intenso é o sentimento de injustiça e de indignação moral, mais intensa é a reivindicação de uma reparação. A idéia de justiça da maioria da população brasileira, contudo, está dissociada da lei e do direito positivo. Justiça significa apenas menos miséria”<sup>26</sup>.

### 11. A ideologia da sociedade fraterna

A despeito das adversidades, um espírito de união deve-se estabelecer entre os homens. Jacques Maritain prefere falar em companheirismo, porque evoca um conjunto de relações positivas. Ele explica:

“Evoca a idéia de companheiros de viagem que fortuitamente se encontram reunidos neste mundo, caminhando pelas estradas da terra – fundamentais que sejam suas oposições – em bom acordo humano, de bom rosto e em cordial solidariedade”<sup>27</sup>.

O fundamento de uma sociedade fraterna invocada no Preâmbulo encontra suas bases no cristianismo, sem deixar de estar inspirada também nas idéias do socialismo utópico que é todo impregnado do ideal de justiça e de fraternidade<sup>28</sup>.

Em verdade, são perfeitamente conciliáveis as idéias socialistas com os princípios cristãos. O cristianismo é em suas origens um movimento dos humildes como o socialismo.

Sociedade fraterna é a que busca o bem-estar de todos em geral; é a sociedade solidária que almeja a felicidade de todos. Para a construção da sociedade fraterna, mister se faz, em primeiro lugar, que o indivíduo crie uma espécie de justiça interior, institucionalizada, obrigatória, que torne efetiva a solidariedade, isto é, que procure vencer em si mesmo o egoísmo e a avareza. É preciso ter a lembrança permanente de que cada homem é membro de uma comunidade. Para se construir a sociedade fraterna, é também necessária a intervenção do Estado em favor dos desajustados no agrupamento social, minorando-lhes a situação de desigualdade econômica e, assim, abrindo-lhes a oportunidade de conquistar a felicidade. Diz Maritain:

“O que a consciência profana adquiriu, caso não se volte para a barbárie, é a fé na fraternidade humana; o sentido do dever social da compaixão pelo homem, na pessoa dos fracos e dos sofredores; a convicção de que a obra política, por excelência, é tornar a própria vida em comum melhor e mais fraternal, trabalhando ao mesmo tempo para fazer da arquitetura das leis, das instituições e dos costumes dessa vida em comum um lar para irmãos”<sup>29</sup>.

No dizer de Albertino G. Moreira: “... cada indivíduo deve receber da sociedade tudo quanto seja necessário ao desenvolvimento de sua personalidade”<sup>30</sup>.

É preciso estarmos alertas ao modelo de sociedade que remete o homem à solidão,

“ao isolamento em relação aos outros homens por um individualismo que não parou de se exasperar, da idade dos ‘conquistadores’ à decadência última das multidões solitárias, pela extensão das concorrências selvagens da economia de mercado, o esmagamento dos mais desprovidos pelos menos escrupulosos, as técnicas de cobiça cuja expressão mais brutal acha-se na publicidade e no *marketing*,

enxertando necessidades artificiais como verdadeiras próteses do desejo egoísta. Esse sistema engendra necessariamente a violência, notadamente entre os jovens, frustrados de objetos que se lhes ensina a desejar e de que os mais favorecidos, os herdeiros da riqueza ou do saber, apropriam-se pela especulação ou fraude”<sup>31</sup>.

## 12. A ideologia da sociedade pluralista

Quando no Preâmbulo se fala de sociedade pluralista, reafirma-se a fé na ideologia democrática. É a demonstração de confiança na opinião pública. Impõe-se a necessidade da formação de partidos políticos sólidos e com densidade ideológica em que são veiculadas posições e propostas dos mais variados matizes ideológicos. É a idéia de convivência amena, da tolerância religiosa, da liberdade intelectual em estudar e pesquisar quaisquer temas pertinentes à ciência sem o execrável patrulhamento ideológico.

O pluralismo é consoante com a multiplicação das associações livres, comunitárias, sindicatos e constitui um estímulo e uma contribuição para o alargamento da participação política. Norberto Bobbio fala do pluralismo:

“É uma luta travada em nome da concepção de uma sociedade articulada em grupos de poder que se situam, ao mesmo tempo, abaixo do Estado e acima dos indivíduos, e, como tais, constituem uma garantia do indivíduo contra o poder excessivo do Estado, por um lado, e, por outro, uma garantia do Estado contra a fragmentação individualista”<sup>32</sup>.

## 13. A ideologia da sociedade sem preconceitos

Por sociedade sem preconceitos deve-se compreender sua abstenção de quaisquer julgamentos baseados em diferenças de cor, credo, raça, sexo, idéias a se expressarem

em leis, movimentos de opinião, coerção política, discriminação no emprego, no salário, no acesso à educação, à informação, à saúde... enfim, a plena convivência dos que têm os mesmos direitos, porém, participando de experiências variadas. Diferentes, porém iguais na fruição de conquistas de uma sociedade democrática.

Da sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos resulta a harmonia social.

## 14. A ideologia da paz na ordem interna e ordem internacional

Tanto no âmbito interno, dentro do Brasil, como na ordem internacional referente aos Estados soberanos, as controvérsias serão dirimidas pacificamente. Essa é a determinação do Preâmbulo. Impõe-se, assim, o diálogo tanto como fonte primordial na solução dos conflitos sociais dentro do Brasil como para dirimir os confrontos de ordem internacional. A prudência deverá temperar todas as reivindicações, pois é no clima de paz que o direito pode desenvolver-se.

A grande preocupação política expressada nesse ponto do Preâmbulo é a paz. Para tanto, é necessário o clima de confiança entre o governo e os cidadãos e entre os Estados soberanos, o que significa e pressupõe um sentimento de solidariedade.

A ordem internacional encontra sua base em fins humanos, na realização e luta pela garantia dos direitos humanos. Os Estados soberanos têm como missão a realização dos direitos humanos, e isso explica a necessidade de os Estados terem uma concepção funcional e moderada dos seus poderes.

É importante notar que, em ambas as ordens, exige-se a transformação da realidade econômica, sem o que falar em direitos fundamentais da pessoa humana constituir-se-á pura retórica.

## 15. Sob a proteção de Deus

Quando o Preâmbulo faz a invocação da proteção de Deus, está a demonstrar algo extraordinário: a importância de Deus. Isso

torna relativa toda soberania social. Afasta-se toda tirania absolutista que sacraliza o poder e pretende fazer de um dirigente um Deus na terra. A economia, a política, a ciência e as artes não podem separar-se da fé que lhes determina seus fins divinos e humanos. A vida, em todas as dimensões, encontra em Deus sua unidade. “Ele é a origem e o fim, o exterior e o interior”. Ademais, mostra fé na transcendência da pessoa humana, pois o homem, assediado por suas cobiças e pelas solicitações exteriores, é constantemente ameaçado de se dispersar no múltiplo. A fé é de modo indivisível essa reintegração de nosso ser fragmentário à unidade e à liberdade divinas. É com fé em Deus que se encontra o caminho e a esperança de transformação da sociedade para melhor. “O homem vive em um mundo em que ele tem o poder não apenas de transformar mas de transcender. Quando não sente a necessidade dessa ultrapassagem, uma sociedade se desintegra”<sup>33</sup>. Compreender a vida em sua totalidade é, em primeiro lugar, perceber que o mundo não é o jogo de forças inconscientes e sem objetivos. Não é apenas experiência exterior dos fatos, mas descoberta interior dos sentidos. Não podemos aceitar uma vida social que desloque o homem e desintegre a sociedade. Uma fé ligando o homem à sua origem e ao seu fim é que dá um sentido à sua vida, criando para o homem uma dimensão transcendental para o seu ser. “Desde antes da existência dos mundos e do devir dos mundos, o Ser divino é ele próprio o amor, o amante e o amado”<sup>34</sup>.

Constatamos, pois, que o Preâmbulo, em sua significação profunda, revela uma clara manifestação axiológica que se nutre das aspirações da sociedade. Sendo assim, todo o texto constitucional há que ser interpretado em íntima conexão com as ideologias perfiladas no Preâmbulo.

### Notas

COMPARATO, Fábio Konder. Democracia e segurança. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, (60/61) : 421-42, jan./jul. 1985, p. 429.

<sup>2</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. Demarcações históricas para uma temática das ideologias. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, (59) : 123-57, jul., 1984, p. 133.

<sup>3</sup> *Ibidem*, op. cit. p. 133-134.

<sup>4</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit. p. 429.

<sup>5</sup> PERINE, Marcelo. *Maritain, um contemporâneo*. Belo Horizonte : PUCMinas, 1998, p.12.

<sup>6</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 4ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1980, p. 205.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 208.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 209.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 228.

<sup>10</sup> RUI BARBOSA. *Obras completas de Rui Barbosa: Campanha presidencial, 1919*. Rio de Janeiro : Ministério da Educação e Cultura, 1956, v. 46, t. 1, p. 74-5.

<sup>11</sup> Segundo Joaquim Carlos Salgado, “o Estado social é o que declara, como sua finalidade central, a realização da justiça social e, por isso, dos direitos sociais.” In: *Constituinte e Constituição*. Belo Horizonte, UFMG, 1986, *passim*.

<sup>12</sup> SALDANHA, Nelson. O Chamado “Estado Social”. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, (62) : 55-82, jan. 1986, p. 76.

<sup>13</sup> BONAVIDES, op. cit. p. 30.

<sup>14</sup> “No liberalismo, o valor da liberdade, segundo Viertkand, cinge-se à exaltação do indivíduo e de sua personalidade, com a preconizada ausência e desprezo da coação estatal”. *Cfr.* Bonavides, op. cit. p. 31.

<sup>15</sup> MEIRELES, Cecília. *Escolha o seu sonho*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Record, s/d, p. 10.

<sup>16</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. A necessidade da filosofia do direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, 31 (30/31) : 13-19, 1987/1988, p. 18-19.

<sup>17</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. Op. cit. p. 19.

<sup>18</sup> VISSCHER, Charles de. *Théories et réalités en droit international public*. Paris : Editions <sup>a</sup> Pedone, 1953, p. 171.

<sup>19</sup> RICASÉNS SICHES, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México-Buenos Aires : Fondo de Cultura Económica, 1956, p. 281.

<sup>20</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit. p. 430.

<sup>21</sup> TOLEDO, Caio navarro de. ISEB-Fábrica de ideologias. São Paulo : Ática, 1977, p. 47.

<sup>22</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. Op. cit. p. 18-19.

<sup>23</sup> AYALA, Francisco. *Apud* SOUZA, Daniel Coelho de. Interpretação e democracia. 2ª ed., São Paulo : *Revista dos Tribunais*, 1979, p. 150.

<sup>24</sup> BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro : Casa de Rui Barbosa, 1956, p. 32.

<sup>25</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. Op. cit. p. 19.

<sup>26</sup> NETO, Artur Ribeiro. Para eleitor, justiça significa fim da miséria. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 24-9-89, p. B-8.

<sup>27</sup> MARITAIN, Jacques. *Princípios de uma política humanista*. Rio de Janeiro : Agir, 1946, p. 144.

<sup>28</sup> HUGON, Paul. *História das doutrinas econômicas*. 6ª ed., São Paulo : Atlas, 1959, p. 208 e ss.

<sup>29</sup> MARITAIN, Jacques. *Cristianismo e democracia*. Rio de Janeiro : Agir, 1945, p. 39.

<sup>30</sup> MOREIRA, Albertino G. *Noções de direito social*. São Paulo, Saraiva, 1940, v. I, p. 352.

<sup>31</sup> GARAUDY, Roger. *As promessas do islã*. *Passim*.

<sup>32</sup> BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 2ª ed., Brasília : UnB, 1986, p. 928.

<sup>33</sup> HAMIDULLAH, Mohammad. *Introdução ao islã*. São Paulo : C.D.I.A.L., 1991, *passim*.

<sup>34</sup> Idem, *ibidem*.

# Biodiversidade e Direito

Antônio de Pádua Ribeiro

Para Aristóteles, o objetivo da vida seria a felicidade, cujo caminho dizia encontrar-se na identificação da qualidade especificamente humana, que diferenciaria o homem dos outros seres, e a excelência particular do homem seria a sua capacidade de raciocínio, a qual lhe permitiria ultrapassar e governar todas as outras formas de vida. Presumia o filósofo que a evolução dessa faculdade traria realização e felicidade.

Conquanto filósofo, o grande pensador grego não era visionário, por isso não previu que essa mesma peculiaridade faria o homem aportar, no século XX, em campos inimagináveis, que o colocariam no limiar da sua própria natureza.

Para isso não o prepararam nem os milhares de anos de sua história, pois, se algo identifica esses tempos, certamente é a celeridade dos avanços científicos: considere-se, por exemplo, que mais de dois mil anos mediaram entre a passagem dos barcos a remo e caravelas e o barco a vapor, no entanto poucas décadas separam o motor que impulsionava veículos a trinta quilômetros por hora do motor que concretizou a conquista da lua.

Em face da celeridade das descobertas da ciência e da sua transformação em tecnologia, estamos nós, viventes deste século, a braços com conseqüências que não prevíamos e que nos obrigam à dupla tarefa de adaptar-nos às novas realidades e de refletir sobre elas para dar-lhes lugar no ordenamento elaborado pela razão.

Antônio de Pádua Ribeiro é Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça.



Essa tarefa racional tem-se mostrado urgente principalmente no campo da biologia, no qual os avanços mais recentes têm permitido a manipulação genética, ou seja, têm tornado possível que se modifique o material mesmo da vida. Para admitir tal possibilidade, o homem precisa reelaborar os seus princípios, a sua visão de mundo a fim de incluir neles o novo conhecimento.

Dessa forma, entende-se por que certos conceitos estão hoje se impondo à humanidade. Biodiversidade, certamente, é um deles. Sem querer substituir o especialista, pode-se tentar explicar “biodiversidade” como a variedade de formas de vida existentes no planeta, a qual deve ser analisada sob vários prismas, considerando a diversidade genética dos ecossistemas.

Aplicando-se um critério etimológico ao termo, pode-se afirmar que a diversidade dos organismos vivos é um fator inerente ao mundo conforme o conhecemos e considerar natural que haja constantes modificações nas relações entre os seres, processo cujo estudo deu a Darwin um lugar na história. Afinal, a diversificação e a evolução das espécies é que atraíram a atenção do naturalista e biólogo inglês.

Não é, portanto, novidade a existência de um mecanismo de alteração dos grupos animais ou vegetais. É inusitada, porém, a capacidade humana de alterar não apenas a constituição de um ser vivo em particular, mas também o equilíbrio ecológico.

A deliberada transformação do código genético de plantas, animais ou microorganismos por meio da engenharia genética já é uma realidade com os produtos transgênicos. O procedimento pretende suprimir atividades de genes ou transferi-los de uma espécie para outra. Essa transferência permite substituir, acrescentar ou retirar um comando químico ou gene de uma cadeia genética, para obter um organismo geneticamente modificado (OGM) ou transgênico. Um dos objetivos declarados de tal mudança é obter produtos mais resistentes e mais adaptados às necessidades humanas. Outro

exemplo de controle sobre o mecanismo da vida é a clonagem, isto é, a reprodução de espécies a partir de células outras que não os gametas, o que origina espécimes idênticos.

Ainda submetendo a natureza a interesses de distintas ordens, a raça humana tem promovido destruição e fragmentação de *habitats*, introdução de espécies e doenças exóticas, exploração excessiva de plantas e animais, contaminação do solo, água e atmosfera por poluentes, entre outras formas de ataque à biosfera.

Consoante já foi lembrado, Aristóteles citava o poder humano de, por meio da razão, ultrapassar e governar todas as outras formas de vida, mas, provavelmente, nunca se pensou que esse domínio pudesse ameaçar a qualidade e a sobrevivência da vida em si mesma. Entretanto, tal espectro paira sobre nós, como alertam tanto a comunidade científica nacional e internacional, quanto governos e entidades não-governamentais ambientalistas. A rapidez com que se sobrepõem as descobertas das ciências biológicas e o imediatismo da sua aplicação, conhecida esta como biotecnologia, não propiciam o tempo necessário para a correta avaliação das conseqüências de tais práticas. Além do mais, interesses econômicos de grupos financiadores de algumas dessas pesquisas podem levá-los a ignorar indícios de periculosidade ou mesmo a mascará-los.

A grande questão que se impõe é: em face dos avanços da engenharia genética e da biotecnologia, qual o comportamento a ser adotado pelos profissionais das diversas áreas ao enfrentarem os desafios decorrentes dessa evolução? Talvez a resposta fosse mais simples se a própria sociedade já tivesse traçado suas diretrizes para o assunto, mas também ela está perplexa.

Como tratar questões extremamente polêmicas, cuja análise comporta diferentes perspectivas, sejam elas sociais, psicológicas, morais, éticas, econômicas ou jurídicas? Por exemplo: o que é ético ou aético na clonagem, na fecundação *in vitro*, nos

transplantes de órgãos, na eutanásia, no aborto terapêutico? Qual o argumento forte o suficiente para que se substitua o processo natural de reprodução por um procedimento difícil, oneroso e de resultados incertos? Há autores que vêm como indigna até mesmo a fecundação *in vitro*, uma vez que, por meio dela, não seriam os filhos fruto do amor, mas, apenas, de um artifício que não dignifica a relação que deva gerar a prole. Além disso, qual o destino que deve ser dado aos óvulos fecundados que não são escolhidos para implantação no útero? E a situação das mulheres nos casos de “barriga de aluguel”?

Como reagir diante da possibilidade de se transplantarem cérebros, fonte da memória e da personalidade? A quem deve ser dado o poder de decisão sobre a vida ou a morte de outrem, seja um feto ou um doente incurável? Quais os riscos que são assumidos quando se delega tal poder divino a um semelhante?

Note-se não ser minha intenção direcionar opiniões; quero levantar problemas que mostrem a complexidade das decisões que, na verdade, cabem ao corpo social, após sérias e longas discussões.

Recentemente, foi notícia o caso de uma esposa que, após a comprovação da morte do seu marido, determinou a retirada do seu sêmen para posterior utilização, tomando a si a decisão de ter, como efetivamente o fez, um filho que jamais poderá ter sequer a esperança de conhecer o pai não por uma desventura, contudo por expresso desejo da mãe. Uma situação dessas suscita questionamentos de ordem moral, ética e, por que não dizê-lo, de ordem jurídica, visto que haverá um filho herdeiro produto de um ato de terceiro, que não o próprio pai. Qual deveria ser o limite para decisões dessa natureza? Ainda não temos as respostas.

Outra discussão atual envolve questões referentes à saúde e economia. É, por exemplo, seguro ingerir alimentos transgênicos? Afirmam alguns que sim; no entanto, *O Estado de S. Paulo* publicou, há poucos dias, que, na Europa e Ásia, há franca

resistência a esse tipo de produto sob os argumentos da

“segurança qualitativa do alimento, impactos ambientais, saudabilidade dos produtos, questões éticas e morais, concentração de empresas, liberdade de escolha do consumidor, entre outros”.

São considerações relevantes, que não se podem ignorar. Os argumentos de ordem econômica são fortes – o aumento da produtividade com baixo custo –, mas não conseguem dar uma resposta satisfatória ao cientista inglês que divulgou o encolhimento do cérebro de um rato, seguido de morte, após ter sido alimentado com batata transgênica. Alegam os defensores da prática, em seu favor, que a *causa mortis* do animal foi a ingestão de um tipo de lecitina utilizada na ração. Em quem acreditar?

No Brasil, o tema encontra-se em amplo debate, pois somos ainda carentes de regulamentação, e a opinião pública começa a despertar para o problema. É fonte de grande preocupação a transferência de genes entre espécies diferentes, como no caso da soja transgênica, em que os cientistas tentaram melhorar a sua qualidade nutricional utilizando genes da castanha-do-pará. Pessoas que nunca haviam comido essa castanha passaram a apresentar alergia aos seus componentes ao ingerir a soja modificada.

Daí surge mais um nó jurídico: deve ser obrigatório informar ao consumidor, no rótulo de um produto, se ele é ou não de origem transgênica? Ou deve-se assumir o risco de, à revelia do consumidor, fazê-lo ingerir alimentos a cujos componentes é alérgico ou que são contrários às suas convicções religiosas? Qual a escala de valores que deve predominar nessas situações?

No mesmo campo, mais uma variável deve ser considerada: os transgênicos podem ser patenteados, o que obriga a pagamento de *royalties* para lidar com o produto. Surge aí o interesse comercial de quem investiu pesadamente em pesquisas e quer, naturalmente, o retorno e o lucro dos seus investimentos. Desponta aqui um aspecto ético

importante: quais os limites para a corrida de patentes do material da vida?

A resposta a isso é urgente, porquanto já vivenciamos a biopirataria, isto é, o fato de que cientistas de respeitadas instituições de pesquisa de países do Hemisfério Norte se apossam, na Amazônia, de amostras da flora de propriedades medicinais. São tantos e tão sorrateiros os expedientes, parte de um vasto elenco de dissimulações, que os legisladores passaram um mês no Amazonas e Acre recolhendo informações com as populações da área sobre os saques.

Faz-se tempo de abrir o espaço para que essas e outras questões acerca de um assunto não só novo como também instigante sejam trazidas a lume. Aos especialistas na área e à sociedade cabe a responsabilidade de delinear caminhos por onde possam trilhar os operadores do Direito, sem esquecer que os questionamentos levantados hão de ser considerados em todas as suas facetas, sem perder de vista o fato de serem o homem e o seu direito à dignidade valores maiores, que é preciso preservar.

# **A interpretação conforme à Constituição – *Verfassungskonforme Auslegung* – no direito brasileiro**

Gerson dos Santos Sicca

## Sumário

1. Introdução. 2. Apresentação do tema. 3. Fundamentos do princípio. 4. Restrições à aplicação do princípio. 5. A interpretação conforme à Constituição no direito brasileiro. 6. Considerações finais.

## *1. Introdução*

A Constituição é a norma superior do ordenamento jurídico, obra maior dos representantes do poder constituinte, devendo ser observada por toda a produção normativa do legislador ordinário. Qualquer violação da Constituição torna o ato inconstitucional, não podendo persistir na ordem jurídica.

Todavia, essa afirmação não encerra a discussão e, ao contrário, deixa latente o problema da efetividade da Constituição e dos meios de controle de constitucionalidade. Quais os mecanismos de controle existentes e quais os limites que conhece o Poder Judiciário na verificação de constitucionalidade envolvem toda uma preocupação com a separação dos poderes.

Além disso, torna-se necessário compreender a tarefa hermenêutica de forma a solucionar a tensão existente entre o princípio de supremacia do legislador na concretização dos valores constitucionais e a necessidade de garantir os direitos do cidadão, fazendo isso de forma que não se faça o Judiciário tão fraco a ponto de ser mero assistente da vida política nem tão forte a ponto de violar as atribuições dos demais poderes.

Gerson dos Santos Sicca é Advogado. Professor de Direito Constitucional da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Professor da Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Mestrando em Instituições Jurídico-Políticas pela UFSC. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/SC.

Dentro dessa preocupação, surge a discussão sobre a interpretação conforme à Constituição, meio criado para tentar garantir a relação entre o princípio democrático, caracterizado no Parlamento e nas normas por ele emanadas, e o princípio da supremacia da Constituição, garantindo assim a separação dos poderes.

## *2. Apresentação do tema*

O presente trabalho tem por objetivo definir 1) quais os fundamentos da interpretação conforme à Constituição, 2) os limites da aplicação do princípio, e 3) realizar uma breve análise de decisões do Supremo Tribunal Federal no que se refere à matéria.

Parte-se da lição de autores nacionais e estrangeiros, procurando-se identificar a origem e o tratamento dado à questão em outros países. Busca-se entre os autores brasileiros, da mesma forma, ensinamentos que procuram esclarecer o problema.

O tema apresenta dificuldades principalmente no que se refere aos seus limites e à forma que os Tribunais possuem para garantir a vinculação da interpretação considerada constitucional. Esses serão os principais pontos a serem abordados.

## *3. Fundamentos do princípio*

O princípio em estudo tem por base a Constituição como norma superior do ordenamento, estando toda a atividade hermenêutica vinculada ao disposto no texto maior da ordem jurídica. Determina que se leve em conta a interpretação possível da norma sob exame de constitucionalidade, tendo em vista os métodos tradicionais da hermenêutica jurídica, sendo assim, pois, o texto da norma o fundamento e o limite do procedimento hermenêutico.

Esse princípio é decorrência direta da idéia de supremacia das normas constitucionais sobre as demais normas do ordenamento e, segundo a doutrina alemã, da idéia de unidade da ordem jurídica<sup>1</sup>, sendo a Lei

Fundamental o elemento primacial do sistema jurídico, estabelecendo normas que delinham os valores básicos a serem preservados pelo direito vigente. Jorge Miranda<sup>2</sup>, por outro lado, entende que a interpretação conforme à Constituição, que exige a análise do elemento sistemático para compreender-se o “contexto da ordem constitucional”, é uma forma de controle de constitucionalidade que tem por fundamento um princípio de economia do ordenamento ou de máximo aproveitamento dos atos jurídicos<sup>3</sup>.

Luis Roberto Barroso<sup>4</sup>, todavia, entende que o princípio se justifica tendo por base a “independência e a harmonia entre os poderes”, aspecto que põe em discussão a problemática em torno dos limites que o intérprete judicial tem no que tange à análise da atividade legislativa e ao significado da chamada separação dos poderes, enquanto para Karl Larenz<sup>5</sup> a “conformidade à Constituição” é um critério de interpretação, tendo em vista a exigência de preferência à interpretação de acordo com os princípios constitucionais.

A interpretação conforme à Constituição exige (a) que se tenha uma compreensão prévia do conteúdo do texto constitucional, sendo necessária sua interpretação; (b) tendo essa compreensão prévia, que o intérprete verifique até que ponto cabe ao legislador a livre concretização dos valores constitucionais, expostos por meio de normas jurídicas; (c) que o julgador conheça os seus limites, procurando no texto da norma o sentido compatível com a compreensão verificada da norma constitucional. Para isso, a Constituição é vista como norma superior, com plenas possibilidades de realização das tarefas; (d) que a interpretação conforme à Constituição seja concebida como um mecanismo de controle de constitucionalidade, devido ao fato de o julgador declarar em qual sentido a norma é constitucional, excluindo as demais possibilidades de interpretação.

Assim, afirma García de Enterría que:

*“Este principio es una consecuencia derivada del carácter normativo de la Constitución y de su rango supremo y está reconocido en los sistemas que hacen de esse carácter un postulado básico. Así, en Estados Unidos, todas las leyes y los actos de Administración han de interpretarse ‘in harmony with the Constitution’; en Alemania el mismo principio impone ‘die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen’, la interpretación de las leyes conforme la Constitución”* (p. 95)<sup>6</sup>.

Como se vê, o método tem origem na jurisprudência da Suprema Corte Americana, fruto da tradição de controle jurisdicional existente nos EUA, e nas decisões da Corte Constitucional da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*)<sup>7</sup>, Tribunal que historicamente tem procurado critérios garantidores de um eficaz controle da atividade executiva e legislativa, ante o fato da necessidade de respeitar os valores fundamentais da Constituição da Alemanha. Segundo Paulo Bonavides<sup>8</sup>, o Tribunal alemão delimitou a interpretação conforme à Constituição em uma decisão de 11 de junho de 1958, tomando como base o item 3º do art. 20 da Lei Fundamental de Bonn, que estabelece a vinculação do Legislativo à ordem constitucional e o Executivo e o Judiciário à lei e ao direito, definindo ainda como limites o sentido claro do texto e a finalidade pretendida pelo legislador.

A *Verfassungskonforme Auslegung* justifica-se como critério de controle material das normas jurídicas, evidenciando os limites do Parlamento e, ao mesmo tempo, os limites do Poder Judiciário no que se refere ao controle dos demais poderes. Quanto ao primeiro, há uma necessidade de concretização dos valores constitucionais, enquanto para o juiz o princípio da interpretação conforme à Constituição, sob o aspecto funcional, é verdadeiro princípio de *auto-limitação judiciária*<sup>9</sup>, estabelecendo os limites do julgador na tarefa de concretização das normas constitucionais.

O princípio dá ao juiz a função de guardião da Constituição. Deve aquele atentar para o modelo normativo construído pelo legislador constitucional, não sendo possível a livre discricionariedade no momento do julgamento. Está o julgador submetido a um conjunto de princípios e regras contido na Constituição, o que mostra as opções políticas adotadas pelos legisladores que atuaram em nome de um poder constituinte. Partindo dessa idéia, e da compreensão de uma harmonia e relação entre os poderes, e não de uma separação propriamente dita, o que leva a uma idéia de afastamento de qualquer controle judicial como ocorre na França, a Constituição é norma superior que deve condicionar as demais normas, devendo pois o Judiciário fiscalizar essa observância das normas superiores.

Quanto ao legislador ordinário, encontra este duas espécies de limites: *formais*, no que se refere aos aspectos procedimentais de elaboração da norma, sendo que, nesse caso, a lei que respeite os procedimentos previstos será considerada *vigente*; o segundo limite é de ordem *substancial*, devendo a norma infraconstitucional respeitar os limites substanciais impostos pela Constituição, notadamente positivados como direitos fundamentais, e que condicionam a *validade* da norma jurídica<sup>10</sup>. Nesse sentido, a Constituição aparece como uma estrutura normativa portadora de valores tidos como básicos para a atividade estatal, valores expostos por meio de princípios que devem ser efetivados por toda estrutura de poder instituída. Para Hesse<sup>11</sup>,

*“el marco de la interpretación conforme las normas constitucionales no son solamente ‘normas-parámetro’ (Prüfungsnormen) sino también ‘normas de contenido’”* (Sachnormen) *en la determinación del contenido de las leyes ordinarias*”.

Já Larenz<sup>12</sup> vê na *verfassungskonforme Auslegung* um “princípio ético-jurídico” que ressalta a importância de “princípios e decisões valorativas que encontraram

expressão na parte dos direitos fundamentais da Constituição”, dando como exemplo a prevalência da dignidade da pessoa humana, a tutela geral do espaço de liberdade pessoal, o princípio da igualdade e a idéia de Estado de Direito.

A interpretação conforme à Constituição, como veremos, surge como verdadeiro mecanismo de controle de constitucionalidade, desenvolvido a partir da idéia de formação de um *catálogo-tópico de princípios de interpretação constitucional*<sup>13</sup>, tendentes a oferecer ao operador jurídico topoi instrumentadores da hermenêutica jurídica, verdadeiros pontos de apoio que garantem ao hermenêuta a possibilidade de conjugar o texto da norma e seu setor normativo, ou seja, os elementos concretos relevantes para a resolução do problema<sup>14</sup>.

A função de controle de constitucionalidade da *Verfassungskonforme Auslegung* manifesta-se no fato de o julgador realizar verdadeira análise das possíveis interpretações da norma, o que ele faz recorrendo aos métodos clássicos de hermenêutica. Verificando a existência de uma interpretação contrária ao texto da Constituição, deve o juiz excluí-la, declarando qual a interpretação tendente a evitar a possível tensão entre a norma infraconstitucional e a Lei Fundamental. Esse procedimento de determinação do sentido da norma consonante com a Constituição tem por objetivo a sua preservação dentro do ordenamento, evitando-se assim a anulação da mesma<sup>15</sup>, ato extremo decorrente da constatação de falhas e que gera uma lacuna no ordenamento jurídico, ou, nos termos de García de Enterría<sup>16</sup>, “*esta anulación crea una situación de mayor inconstitucionalidad*”, tendo em vista ainda o fato da notória lentidão do processo legislativo. Em síntese, Barroso<sup>17</sup> dá as características da interpretação conforme à Constituição:

“1) Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras

possibilidades interpretativas que o preceito admita.

2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto.

3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam a resultado contrastante com a Constituição.

4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal”.

Ainda quanto à possibilidade de utilizar-se da interpretação conforme à Constituição, Canotilho<sup>18</sup> afirma que somente é possível quando houver um

“espaço de decisão (espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela”.

Jorge Miranda, por sua vez, leva a entender que a interpretação conforme à Constituição tem por papel fundamental a descoberta de um sentido da norma em conformidade com a Constituição, ou, como afirma Barroso<sup>19</sup>, “a necessidade de buscar uma interpretação que não seja a que decorre da leitura mais óbvia do dispositivo”. Assim, ensina o professor da Faculdade de Direito de Lisboa<sup>20</sup>:

“A interpretação conforme à Constituição não consiste tanto em escolher, entre vários sentidos possíveis e normais de qualquer preceito, o que seja mais conforme à Constituição quanto em discernir no *limite* – na fronteira da inconstitucionalidade – um sentido que, conquanto não aparente ou não decorrente de outros elementos de interpretação, é o sentido

*necessário* e o que se torna possível por virtude da força conformadora da Lei Fundamental”.

Jorge Miranda<sup>21</sup> ainda menciona que a adequação da norma à Constituição pode-se dar de diversas formas, tanto pela interpretação extensiva ou restritiva como pela eliminação dos elementos inconstitucionais da norma, ou ainda pela conversão, enquadrando-se o ato sob outro tipo constitucional.

#### 4. Restrições à aplicação do princípio

A interpretação conforme à Constituição surge como importante postulado decorrente da própria força normativa da Lei Fundamental, afirmando sua capacidade de conformação de atos sob sua égide, impedindo sua total subserviência às circunstâncias histórico-político-sociais. Para a garantia dessa normatividade, torna-se essencial um órgão capaz de realizar julgamentos jurídicos sobre a produção normativa que se realiza no campo dos três poderes. O princípio dá ao Judiciário, portanto, a função de preservar os princípios basilares da Constituição.

Afora o fator acima exposto, a *Verfassungskonforme Auslegung* traz consigo um problema fundamental no estado moderno: a questão da limitação do poder pelo poder, procurando-se evitar abusos e supremacia de um poder em detrimento dos demais. O Judiciário, a quem incumbe a função de verificar a constitucionalidade dos atos, está submetido à vontade do órgão concebido para a representação democrática no estado, ou seja, o Parlamento, devendo o juiz subordinar-se à lei e principalmente aos princípios constitucionais. A discussão surge no momento em que se indaga sobre até que ponto pode o juiz realizar a tarefa de concretização dos valores constitucionais, e em que medida essa tarefa cabe exclusivamente ao órgão legislativo.

Bonavides<sup>22</sup> ressalta o lado positivo do método, que põe em evidência a “preservação do princípio da separação de poderes”, e o seu sentido negativo, manifesto no perigo

de sua prática indiscriminada, como vem ocorrendo na Alemanha, onde o juiz se utiliza da interpretação conforme à Constituição para dar à lei significados que lhe alteram o caráter. Substitui-se assim sentido normativo da lei pela vontade do julgador, manifestando expressa violação da tripartição dos poderes.

No tocante aos limites jurídico-funcionais da interpretação conforme à Constituição, Konrad Hesse<sup>23</sup> trata da relação entre jurisdição constitucional e legislação e entre jurisdição constitucional e demais jurisdições.

No primeiro aspecto, coloca-se o problema de a quem compete a concretização da Constituição, fato que evidencia a primazia do legislador nesta tarefa e a presunção de constitucionalidade dos seus atos. Quanto mais o Tribunal corrigir o sentido da norma mais se aproximará dos limites jurídico-funcionais (difíceis de determinar o alcance), o que pode acabar levando à consideração de um sentido diverso dado à lei pelo legislador, caso em que se manifesta a invasão de um poder na esfera de outro.

No tocante à relação entre jurisdição constitucional e demais jurisdições, coloca-se a questão de a quem cabe a tarefa judicial de concretização, ou, em melhores palavras, de definir qual o órgão competente para realizar a interpretação que mais se compactua com o texto constitucional.

Na Itália<sup>24</sup>, a Corte Constitucional Italiana se utiliza das *sentenze interpretative di rigetto* para declarar uma norma válida, dando-lhe uma interpretação conforme à Constituição, sendo que sua eficácia não é vinculante na sua fundamentação. Isso fez com que alguns autores concluíssem pela necessidade de declarar nula a norma em questão, tendo em vista a impossibilidade de a Jurisdição Constitucional garantir a aplicação por meio da interpretação conforme à Constituição dada ao caso<sup>25</sup>. A Corte Italiana, embora clara a dificuldade exposta, tem insistido na tese do afastamento da inconstitucionalidade quando for possível a interpretação em harmonia com o texto



constitucional. Todavia, quando os juízes ordinários continuam a aplicar a norma com interpretação incompatível com a Constituição, no momento em que novamente se propuser a questão perante o Tribunal, este declara a norma inconstitucional, agora com eficácia *erga omnes*<sup>26</sup>.

O problema também tem-se verificado na Alemanha, país que adota o controle concentrado de controle de constitucionalidade, assim como a Itália. Naquele país, o problema da possibilidade ou não da vinculação da motivação da sentença fez com que se adotasse a tese da *nullidade sem redução de texto*.

Na Espanha, a necessidade de garantir o efeito vinculante das decisões do tribunal constitucional foi suprida com o artigo 5º do título preliminar da *Ley Orgánica del Poder Judicial*, determinando que

“la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional vincula la sucesiva interpretación de los jueces y tribunales ordinarios”<sup>27</sup>.

Essa é uma solução satisfatória para o caso, visto que estabelece a vinculação da própria fundamentação dada pelo tribunal Constitucional, o que não ocorre, como vimos, em países como Itália e Alemanha.

No que se refere aos limites impostos ao julgador pela norma, percebe-se que não é possível uma interpretação que contrarie sentido expresso da lei, sendo o texto o ponto de partida para que se esclareça quais são as interpretações possíveis e quais devem ser afastadas por inconstitucionalidade. A verificação do sentido da norma se dá pelos métodos tradicionais (gramatical, lógico, sistemático, teleológico, histórico), sendo o elemento sistemático, além do gramatical, de importante valia para se compreender o sentido da Constituição e a possibilidade de enquadramento da norma em exame no projeto normativo superior definido por aquela.

Além do texto da norma, está o juiz vinculado aos objetivos pretendidos pelo legislador, não sendo possível adequar a norma

a uma finalidade contrária ao propósito evidente daquele<sup>28</sup>. Por esse motivo, é de grande relevância o método histórico de interpretação, a fim de que se possa compreender os fatos que levaram à edição da norma e as circunstâncias da época. Todavia, note-se que a vontade do legislador, como afirma Bonavides<sup>29</sup> ao tratar da Corte Alemã, é a “vontade objetivada na lei”, o que nos remete a Larenz<sup>30</sup>, afirmando que a disposição deve ser interpretada no quadro do seu “sentido literal possível” e conforme o “contexto significativo da lei”, buscado tanto no aspecto semântico quanto na visão sistemática e teleológica, procurando-se corresponder ao máximo às finalidades da regulação normativa. Assim, entende aquele autor que

“Certamente que estes fins [que serviram de base à regulação] terão sido as mais das vezes tidos também em conta pelo legislador, mas este não necessita de ter dado conta de todas as conseqüências em particular daí decorrentes. É verdade que o intérprete, ao partir dos fins estabelecidos pelo legislador histórico, mas examinando ulteriormente as suas conseqüências e ao orientar a eles as disposições legais particulares, vai já para além da “vontade do legislador”, entendida como fato histórico, e das idéias normativas concretas dos autores da lei, e entende a lei na sua racionalidade própria”.

Outra questão pode surgir decorrente da qualidade da norma a ser interpretada, como no caso de uma emenda constitucional, caso em que esta pode inclusive alterar o sentido da própria Constituição. Para Mendes<sup>31</sup>, uma limitação dessa conseqüência por meio da interpretação conforme à Constituição não é possível, embora mencione decisão do *Bundesverfassungsgericht* em que se declarou constitucional o art. 10, II, 2º Período da Lei Fundamental, tendo por base a compatibilidade deste dispositivo com o art. 79, III, da Lei Fundamental, que

estabelece as chamadas cláusulas pétreas, adotando determinada interpretação.

A verificação da constitucionalidade de uma emenda constitucional deve ter por base o núcleo essencial da Constituição, no caso brasileiro o art. 60, §4º, da CF. A partir dessas cláusulas pétreas, é possível a realização da interpretação conforme à Constituição de emendas constitucionais, tendo em vista a impossibilidade de esta alterar as decisões fundamentais da Constituição, e por via de consequência, a orientação geral dada ao ordenamento jurídico. Além disso, tem nesse caso o Judiciário plena possibilidade de verificação da constitucionalidade, tendo em vista, no que se refere aos direitos fundamentais, a exigência de aplicabilidade imediata daqueles direitos<sup>32</sup>. Nesses casos, a tarefa de concretização do legislador fica mais sujeita ao controle judicial, tendo em conta, evidentemente, o sentido dado pela Constituição aos direitos fundamentais, manifesto pelo texto constitucional, e o âmbito de circunstâncias fáticas selecionadas pela norma como relevantes para a questão normada. O próprio texto estabelece os limites da tarefa de concretização, o que se dá, por exemplo, quando a norma constitucional fala de regulação “nos termos da lei”, que nada mais é do que uma disposição expressa de atribuição da faculdade de concretização para o legislador.

Afora o caso explícito acima mencionado, em muitos princípios não há densidade suficiente para a verificação judicial, havendo a necessidade de concretização pelo legislador para que a norma possa ser aplicada, o que não ocorre, todavia, com os direitos fundamentais, que exigem para sua eficácia a intervenção do Judiciário na limitação do poder do Estado. Além do mais, são esses direitos anteriores ao próprio princípio democrático, tendo validade até mesmo quando contrários à maioria. Daí surge, portanto, a própria idéia de cláusulas não- sujeitas a mudanças.

Deixando a Constituição um espaço aberto para a concretização do legislador,

deve o juiz se ater à opção por ele adotada, fato que decorre da primazia do legislador na concretização constitucional. Larenz<sup>33</sup>, referindo-se à possibilidade de concretização direta do Poder Judiciário, afirma que

“Só existe, portanto, margem para a concretização imediata de um princípio constitucional pelos tribunais quando, ou uma lacuna da lei não pode ser colmatada de outro modo senão por esta via, ou então a própria lei, em especial mediante o emprego de conceitos carecidos de preenchimento, como o de ‘bons costumes’, confere ao juiz uma margem de livre concretização”.

A interpretação conforme à Constituição deve ser utilizada no sentido de que se preserve a intenção normativa da lei e ao mesmo tempo se mantenha a eficácia das normas constitucionais. Todavia, os limites da atividade judicial são imprecisos, principalmente quando a questão exige o recurso a princípios constitucionais, de textura aberta e de maior dificuldade na sua aplicabilidade. Contudo, deve-se ter em conta que a Constituição é norma jurídica, e sua aplicação deve-se dar com tanta ou maior eficácia que as demais normas do ordenamento. Também é necessário ter em mente que a Constituição tem um significado próprio, conformado pelo sentido dado pelas normas jurídicas, não se devendo admitir que seja mero pretexto para que o Judiciário simplesmente crie direito da forma que mais lhe convier.

### *5. A interpretação conforme à Constituição no direito brasileiro*

Como nos informa Gilmar Ferreira Mendes<sup>34</sup>, a interpretação conforme à Constituição há muito é utilizada no controle incidental de normas, em que a decisão vincula apenas as partes do processo. Entretanto, a sua aplicação também é possível no controle abstrato, o que tem sido feito pelo Supremo Tribunal Federal, como

já se pode observar na Representação nº 948-SE<sup>35</sup>, apresentada contra a Assembléia Legislativa do Estado de Sergipe, em que se indagava sobre a constitucionalidade de dispositivo constitucional que concedia subsídio mensal vitalício ao Governador que tivesse permanecido no cargo por mais da metade do mandato. Em seu voto, o Ministro Moreira Alves evidencia a aplicação da interpretação conforme à Constituição no caso em questão:

“Esta interpretação – que afasta a incidência do dispositivo constitucional em causa em favor de quem não tenha exercido, *em caráter permanente*, o cargo de governador por tempo superior à metade do respectivo mandato – ajusta-se o texto impugnado com o preceito federal que lhe serviu de modelo”.

A interpretação conforme à Constituição foi esboçada claramente pela jurisprudência brasileira na Representação de Inconstitucionalidade nº 1.417-7, publicada no DJU em 15-4-88, tendo sido relator o Ministro Moreira Alves<sup>36</sup>. Neste acórdão, realizou-se profunda revisão do tema em cima de autores europeus, procurando-se delinear a aplicação do princípio no ordenamento pátrio. Tratava o caso de argüição de inconstitucionalidade proposta pela Procuradoria da República, do § 3º do art. 65 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN), introduzido pela Lei Complementar 54 de 1986, na qual se apresentou pedido alternativo de interpretação conforme à Constituição<sup>37</sup>. Sustentava o Ministério Público Federal que o sistema de controle brasileiro apresentava uma vantagem sobre os sistemas europeus, tendo em vista que no Brasil

“acumularam-se na Alta Corte a competência final do sistema de controle das leis e, desde o início, com o recurso extraordinário, também o poder de interpretação definitiva da lei federal”<sup>38</sup>.

Seguindo, afirmou o eminente representante da Procuradoria da República que

“Desse modo, depositou-se nas mãos do Tribunal a possibilidade de coibir não apenas a eficácia do texto legal abstratamente incompatível com a Lei Maior, mas também a aplicação *desconforme à Constituição* da lei que, interpretada diversamente, com ela se harmonizaria”<sup>39</sup>.

Via o parecer a possibilidade de, por meio da representação de interpretação, ser possível a solução do problema relativo ao efeito vinculante da interpretação conforme à Constituição adotada para o texto em questão. Nesse sentido, prossegue a manifestação do Ministério Público Federal:

“Com efeito. A formulação, no mesmo processo, do *pedido alternativo* de declaração de inconstitucionalidade ou interpretação normativa permite que a decisão do tribunal alcance, em qualquer hipótese, efeitos vinculantes *erga omnes*: seja ela no sentido de inconstitucionalidade do texto legal questionado, seja a da sua constitucionalidade, porque dada à lei interpretação conforme à Constituição”<sup>40</sup>.

Assim, o parecer do Ministério Público foi no sentido de que se julgasse improcedente a representação por inconstitucionalidade e se declarasse, com eficácia geral, a interpretação proposta como de acordo com a Constituição. Note-se que a interpretação conforme à Constituição defendida feria a clara intenção do legislador, partindo o Ministério Público da importância do elemento sistemático para garantir a constitucionalidade da norma.

Todavia, não foi essa a orientação que prevaleceu. O Ministro Moreira Alves, em seu voto proferido na referida Representação de Inconstitucionalidade, entendeu estar o princípio da interpretação conforme à Constituição situado “*no âmbito do controle da constitucionalidade*, e não apenas uma simples regra de interpretação”<sup>41</sup>. Ao declarar uma norma inconstitucional, segundo o Ministro, estava a Corte atuando como legislador negativo. De forma lapidar, em seu voto ensina o julgador que

“O mesmo ocorre quando Corte dessa natureza, aplicando a interpretação conforme à Constituição, declara constitucional uma lei com a interpretação que a compatibiliza com a Carta Magna, pois, nessa hipótese, há uma modalidade de *inconstitucionalidade parcial (a inconstitucionalidade parcial sem redução do texto – Teilnichtig-Klärung ohne Normtextreduzierung)*, o que implica dizer que o tribunal Constitucional elimina – e atua, portanto, como legislador negativo – as interpretações por ela admitidas, mas inconciliáveis com a Constituição”<sup>42</sup>.

Além do mais, o voto deixou expresso um dos limites da *Verfassungskonforme Auslegung*: a impossibilidade de se contrariar a vontade inequívoca do legislador:

“a interpretação fixada como única admissível pelo tribunal constitucional não pode contrariar o sentido da norma, inclusive decorrente de sua gênese legislativa inequívoca, porque não pode Corte dessa natureza atuar como *legislador positivo*, ou seja, o que cria norma nova”<sup>43</sup>.

Rejeitou-se a tese do parecer do Ministério Público, declarando-se então inconstitucional o dispositivo em questão, pelo fato de a interpretação conforme à Constituição não se enquadrar na representação de interpretação, em que o objetivo é a determinação entre várias interpretações possíveis e válidas, enquanto naquela o objetivo é o controle de constitucionalidade. Afirma o Ministro, por fim, que o efeito vinculante da interpretação conforme à Constituição existe no Brasil, tendo em vista a competência que foi deferida ao STF para interpretar as normas em tese<sup>44</sup>.

Esse julgado demonstra a técnica utilizada pelo STF, no sentido de que se declare a constitucionalidade da norma desde que interpretado em conformidade com a Constituição.

Entretanto, essa declaração de constitucionalidade pode gerar problemas, tendo em vista a subsistência da norma no ordena-

mento e a possibilidade de os juízos ordinários continuarem aplicando a norma, fato já identificado, como vimos, em países como a Alemanha e a Itália. O STF tem resolvido o problema colocando na parte dispositiva da decisão a declaração de inconstitucionalidade das interpretações incompatíveis com o texto constitucional. Isso pode-se ver, por exemplo, na Adin (Medida Liminar) nº 1.194-4-DF<sup>45</sup>, julgada em 29-3-1996, requerida pela Confederação Nacional da Indústria, objetivando a declaração de inconstitucionalidade de vários artigos do Estatuto da OAB. Lê-se na ementa, em relação ao art. 21, parágrafo único, da Lei nº 8.906/94:

“Liminar deferida, em parte, para dar interpretação conforme à expressão ‘os honorários da sucumbência são devidos aos advogados dos empregados’, contida no ‘caput’ do artigo, no sentido de que é disposição supletiva da vontade das partes, podendo haver estipulação em contrário, por ser direito disponível”.

Outra decisão em que o STF aplica claramente a interpretação conforme à Constituição, colocando na parte dispositiva a interpretação válida, encontra-se na Adin nº 234-1/600, tendo como requerente o Governador do Estado do Rio de Janeiro e julgada em 15.9.95<sup>46</sup>. Na ementa, estabeleceu o Tribunal que

“O art. 69, ‘caput’, da Constituição fluminense, para exigir autorização legislativa para a alienação de ações das sociedades de economia mista, é constitucional, desde que se lhe confira interpretação conforme a qual não poderão ser alienadas, sem autorização legislativa, as ações de sociedades de economia mista que importem, para o Estado, a perda do controle acionário”.

Na decisão acima, o relator julga o pedido procedente, “para que se tenha como válida, apenas, essa interpretação ao dispositivo impugnado”<sup>47</sup>. Em caso semelhante,

também proposto pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro<sup>48</sup>, em que se pretendia ver declarada a inconstitucionalidade do art. 364 da Constituição daquele Estado, manteve o STF a orientação do julgado acima mencionado, admitindo a hipótese de “interpretação conforme à Federal, no sentido de ser possível a alienação desde quando precedida de autorização legislativa, que se há de fazer por meio de lei formal (Constituição Federal, artigos 2º, 84, VI, 37, IX, 173 e 174)<sup>49</sup>”.

O STF tem visto como semelhantes a interpretação conforme à Constituição e a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, não alterando, como afirma Gilmar Ferreira Mendes<sup>50</sup>, a formulação da parte dispositiva da decisão, “continuando a enfatizar a improcedência da argüição”. Assim, o Tribunal continuou a declarar a norma constitucional com base em determinada interpretação.

Importante é a distinção entre a interpretação conforme à Constituição e a nulidade sem redução de texto, haja vista a aparente semelhança entre as duas formas.

Para Gilmar Ferreira Mendes<sup>51</sup>

“Ainda que não se possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto, na interpretação conforme à Constituição, tem-se, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na *declaração de nulidade sem redução de texto*, a expressão exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas *hipóteses de aplicação* (Anwendungsfälle) do *programa normativo* sem que produza alteração expressa do texto legal”.

Portanto, enquanto na interpretação conforme à Constituição a lei mantém suas hipóteses de aplicação, limitando-se o Tribunal a declarar uma interpretação que impeça a utilização da norma de forma incons-

titucional, na declaração de nulidade sem redução de texto a norma não subsiste sem que se determine quais as hipóteses em que ela pode ser aplicada e quais as hipóteses previstas no seu texto que devem ser excluídas. Isso, sem dúvida, procura evitar situações em que a pura e simples anulação pode gerar uma lacuna no ordenamento que inviabilize determinadas relações jurídicas urgentes ou relevantes, e que não podem simplesmente aguardar a manifestação do legislador ordinário.

Além disso, utilizou-se o STF da técnica da inconstitucionalidade sem redução de texto para a concessão de liminar, como na ADin (Liminar) nº 491-3/600-AM, julgada em 25-10-1991, relator Ministro Moreira Alves, em que se lê o seguinte:

“impõe-se a utilização da técnica de concessão da liminar ‘para a suspensão da eficácia parcial do texto sem a redução de sua expressão literal’, que, se feita, abarcaria normas autônomas, e, portanto, cindíveis, que não são atacadas como inconstitucionais”<sup>52</sup>.

Na decisão, lê-se o seguinte:

“(...) esta Corte, ao julgar, afinal, a ação direta de inconstitucionalidade, pode utilizando-se da técnica da ‘interpretação conforme à Constituição’- declarar que a norma impugnada só é constitucional se se lhe der a interpretação que este Tribunal entende compatível com a Constituição Federal”.

E, mais adiante, afirma que

“No caso, embora a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade ‘sem redução de texto’ não resulte de exclusão de aplicação dele com interpretações admissíveis mas inconstitucionais, e isso porque ela decorre da exclusão pleiteada de uma das remissões implícitas em expressão abrangente de outras não atacadas, há identidade de razão para se adotar técnica semelhante à que decorre da ‘interpretação conforme à Constituição’”

No caso em questão, não se tratava de norma que exigia determinada interpreta-

ção para ser considerada constitucional, mas necessidade de afastar a aplicação de um inciso a que a Constituição fazia uma remissão implícita. Dessa forma, o Acórdão compreendeu a distinção existente entre a interpretação conforme à Constituição e a nulidade sem redução de texto, sustentando, todavia, “identidade de razão” para se aplicar a técnica daquela ao julgamento. Contudo, o tribunal identificou nesse caso qual a hipótese que deve ser afastada sua aplicação, tendo em vista sua inconstitucionalidade.

Na ADin nº 1370-0-DF, tendo como relator o Ministro Ilmar Galvão, concedida a liminar em 30 de agosto de 1996, também foi utilizada a técnica da nulidade parcial sem redução de texto:

“(…) quanto ao §2º do art. 4º, deferir parcialmente o pedido de liminar, sem a redução do texto, para suspender a eficácia de qualquer interpretação do dispositivo, que não seja a de alcançar apenas o questionamento de todos alunos ou responsáveis, individualmente, ou o questionamento coletivo (…).”

No julgamento acima, o Tribunal deferiu parcialmente a liminar a fim de suspender a eficácia de qualquer interpretação que não seja a admitida. Observa-se, entretanto, que a decisão não mostrou quais as hipóteses em que a aplicação da norma deve ser afastada, limitando-se a dizer qual a interpretação conforme à Constituição. Nesse sentido, houve clara identificação entre a interpretação conforme à Constituição e a nulidade parcial sem redução de texto.

Segue, portanto, a identificação da aplicação da nulidade sem redução de texto e da interpretação conforme à Constituição, gerando dificuldades como a necessidade de dar à interpretação conforme à Constituição geradora da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto aquela decisão proferida pelo STF, pois pode ocorrer que os casos de interpretação conforme à Constituição devam ser submetidos ao Ple-

no dos Tribunais ou ao seu órgão especial (CF, 97)<sup>53</sup>. Além disso, essa identificação entre a *Verfassungskonforme Auslegung* e a nulidade parcial sem redução de texto não é possível na jurisdição ordinária, haja vista a inexistência de força vinculante das decisões<sup>54</sup>.

## 6. Considerações finais

A interpretação conforme à Constituição possibilita que o Tribunal possa garantir a força normativa da Constituição e o princípio da separação dos poderes. Todavia, sua utilização apresenta problemas.

No Brasil, a interpretação conforme à Constituição tem sido considerada um meio de controle de constitucionalidade, entendimento patente no voto do Ministro Moreira Alves na Representação de Inconstitucionalidade nº 1.417-7. Como vimos, na época o Ministério Público Federal, em parecer dado naquela Representação, entendeu a *Verfassungskonforme Auslegung* cabível de ser aplicada na representação de interpretação, hoje instituto que não mais existe. Dessa forma, o princípio teria verdadeiro caráter de interpretação, não surgindo como verdadeiro mecanismo de controle de constitucionalidade.

A aplicação do princípio pode causar dificuldades, como por exemplo necessidade de, para sua aplicação, mandar os processos aos órgãos especiais ou ao Pleno dos Tribunais, por exemplo. Também foi visto que o STF procurou superar o problema da força vinculante das suas decisões colocando na parte dispositiva da decisão a inconstitucionalidade das interpretações atentatórias à Carta Fundamental.

Entendemos ser correta a decisão do STF de considerar a “interpretação conforme” um meio de controle de constitucionalidade, visto que esta é a única maneira aceitável em nosso ordenamento de se garantir a decisão *erga omnes* de rejeição das interpretações inconstitucionais. Caso fosse o princípio considerado um modo de interpreta-

ção (sistemática, no dizer de English, op. cit.), não seria possível a força vinculante das sentenças do Supremo, visto que, em nosso sistema, todos os juízes são dotados do poder-dever de interpretar o direito e, principalmente, a Constituição. Assim, além de o STF não possuir mecanismos institucionais para vincular a interpretação pura e simplesmente, caso eles existissem, estariam contrariando o próprio espírito do sistema predominantemente difuso de constitucionalidade do direito brasileiro.

Note-se que à interpretação conforme à Constituição pode ser vista como meio de interpretação em países de controle concentrado, onde a tarefa de “hermeneuta da Constituição” é confiada a um só órgão apenas. No Brasil, tem o STF a atribuição de verificar a constitucionalidade das leis, algo muito mais grave do que a idéia de interpretação sistemática. Esta, em nosso país, deve ser feita por todos os juízes, inclusive pelo Supremo, sem, entretanto, vincular a todas as jurisdições.

Como se pode ver, as dificuldades são grandes, decorrência da estrutura mista de controle. O que pode solucionar o problema é institucionalizar o entendimento de que somente o Supremo pode utilizar-se da *Verfassungskonforme Auslegung* como mecanismo de controle de constitucionalidade<sup>55</sup>, em sede abstrata.

### Notas

<sup>1</sup> Nesse sentido BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 1. ed., Saraiva, São Paulo, 1996. p. 178. KONRAD HESSE afirma que “El principio hunde sus raíces más bien en el principio de la unidad del ordenamiento jurídico (...) Al pronunciarse el juez sobre esto controla él la concretización de la Constitución llevada a cabo por el legislador a través de una propia concretización de la Constitución y de la ley”(in *Escritos de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.p.55.)

<sup>2</sup> *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1988. T. II. p.232-3.

<sup>3</sup> Todavia, deve-se ter em conta a advertência de CANOTILHO, em sua obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra Editora,

Coimbra, 1994, p.404-406. Para o autor, não é fácil definir o que se pretende com o princípio da interpretação conforme à Constituição, sendo que isso é demonstrado pelos vários sentidos que lhe são dado. Assim, para Canotilho, o princípio pode ser concebido como “regra preferencial para a decisão entre vários resultados de interpretação”, como “meio de limitar o controlo judicial”, ou como “instrumento hermenêutico de conhecimento das normas constitucionais”. Desses três sentidos derivariam, respectivamente, três corolários: o primeiro, estabelecendo que, no caso de uma lei ter mais de um sentido, deve-se dar preferência àquele de acordo com as normas constitucionais; o segundo, definindo que uma lei deve ser considerada constitucional toda vez que puder ser interpretada em conformidade com a Constituição; e, por fim, as normas constitucionais devem servir para determinar o “conteúdo intrínseco das leis”. Feitas essas considerações, o mestre português atenta para o fato de que o princípio deve ser considerado um “princípio de prevalência normativo-vertical e de integração hierárquico-normativa”, deixando assim de ser um princípio de conservação das normas no ordenamento, evitando então a legalização da Constituição, ou seja, a interpretação da Constituição em conformidade com as leis.

<sup>4</sup> Op. cit. p. 178.

<sup>5</sup> In *Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed., F.C.G., Lisboa: 1989. p. 411. KARL ENGLISH vê a interpretação conforme à Constituição como uma espécie de interpretação sistemática, tendo caráter particular pelo fato da alta hierarquia da Constituição, afirmando ainda que o princípio surge “especialmente naqueles casos em que de antemão se consente uma interpretação mais restritiva e uma interpretação mais extensiva”. In *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 6ª ed., F.C.G., Lisboa, 1988. p 147-8.

<sup>6</sup> In *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 2. ed., Civitas, Madrid: 1982.

<sup>7</sup> Segundo Gilmar Ferreira Mendes, o princípio já era conhecido pela doutrina alemã da época de Weimar.( in *Jurisdição Constitucional*. 1. ed., Saraiva, São Paulo: 1996).

<sup>8</sup> In *Curso de Direito Constitucional*. 4ª Ed., Malheiros, São Paulo: 1993. p. 435.

<sup>9</sup> MENDES. *Jurisdição Constitucional*. Op. Cit. P. 224.

<sup>10</sup> Adotamos aqui a teoria garantista de Luigi Ferrajoli, que distingue entre vigência e validade, sendo que ao juiz incumbe a tarefa de verificar a observância dos aspectos formais de criação da norma e os princípios fundamentais do ordenamento jurídico. No primeiro caso, a análise do julgador é puramente normativa, ao passo que, na verificação da validade, faz o julgador uma análise de valor sobre o caso em questão. Aqui se coloca o problema de até que ponto pode o juiz realizar essa análise sem atentar contra o princípio da separação

dos poderes e sem fazer com que a Constituição seja, na verdade, o que o julgador diz que é. in *Derecho y razón*. 3ª ed. Editoria Trotta, Madrid: 1995. Cap.13.

<sup>11</sup> in *La Interpretación Constitucional. Escritos de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid: 1983. P. 54.

<sup>12</sup> Op. cit. P. 410.

<sup>13</sup> A expressão é adotada por CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed., Almedina, Coimbra, 1995. P. 226.

<sup>14</sup> São esses princípios, segundo CANOTILHO (op. cit. P. 226): "(1) relevantes para a decisão (=resolução) do problema prático (princípio da relevância); (2) metodicamente operativos no campo do direito constitucional, articulando direito constitucional formal e material, princípios jurídico-funcionais (ex.: princípio da interpretação conforme a Constituição) e princípios jurídico-materiais (ex.: princípio da unidade da Constituição, princípio da efetividade dos direitos fundamentais); (3) constitucionalmente praticáveis, isto é, susceptíveis de ser esgrimidos na discussão de problemas constitucionais dentro da 'base de compromisso' cristalizada nas normas constitucionais (princípio da praticabilidade)".

<sup>15</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade da Lei-"Unvereinbarkeitser Klarung"- na Jurisprudência da Corte Constitucional Federal Alemã, in *Revista de Informação Legislativa* a. 30 n. 118 abr-jun 1993 p.64. O autor afirma que a preocupação com os efeitos da declaração de inconstitucionalidade vem desde o início do século, como em Jellinek, p. ex.: "...sustentava Walter Jellinek que o conteúdo normativo do art. 13, II, da Constituição de Weimar, deveria ser limitado, de modo que a Suprema Corte Alemã (Reichsgericht) somente deveria decidir com base nesse preceito se a pronúncia de nulidade da lei se mostrasse apta a resolver a questão". Surge aqui, pois, a preocupação com a geração de uma situação de maior inconstitucionalidade, ante a falta de total regulamentação de uma situação que, por força das circunstâncias, deve ser regulamentada

<sup>16</sup> Op. cit., p.96.

<sup>17</sup> Op. cit. 175. Além disso, note-se a lição de H. SIMON, citado por KLAUS STERN (in *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*.) Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987:

"- Toda interpretación conforme la Constitución presupone como algo evidente, que la ley en cuestión es susceptible de interpretación en general. Las leyes con un contenido unívoco son o bien incompatibles con la Constitución; en estos casos no se puede llegar a la interpretación conforme a la constitución que se situa entre ambos extremos".

- La interpretación conforme a la constitución "no juega ningún papel, si la decisión depende ex-

clusivamente de la aplicación e interpretación de la propia constitución".

- "No tiene sentido" una interpretación conforme a la constitución, "si una norma viola la Constitución en cualquier interpretación imaginable".

- Las normas constitucionales no deben ser interpretadas según la máxima de que la ley ordinaria tiene que subsistir. Ello supondría una interpretación de la constitución conforme a la ley.

<sup>18</sup> Op. Cit. p. 230.

<sup>19</sup> Op. Cit. p. 175.

<sup>20</sup> Op. Cit. 233.

<sup>21</sup> Idem.

<sup>22</sup> Op. cit. p. 435.

<sup>23</sup> Op. Cit. p. 55.

<sup>24</sup> Representação de Inconstitucionalidade n. 1.417-7. Julgada em 9.12.87.

<sup>25</sup> Por exemplo, segundo O Min. Moreira Alves, Luigi Montesano defende a anulação da norma quando seu significado lhe parecer inconstitucional e ainda quando o texto não possibilitar uma clara interpretação conforme à Constituição.

<sup>26</sup> Representação de Inconstitucionalidade 1.417-7-DF-TP-J. 9.12.87-rel. Ministro Moreira Alves-DJU 15.4.88.

<sup>27</sup> USERA, Raul Canosa. *Interpretación Constitucional y formula politica*. Centro de estudios Constitucionales, Madrid: 1988. p.207.

<sup>28</sup> Nesse sentido se pronuncia O Tribunal Constitucional Alemão (Bundesverfassungsgericht), segundo GILMAR FERREIRA MENDES. Op. cit. p. 224. Ainda BONAVIDES, citando a posição do tribunal Alemão, op. cit. p.434: "Verifica-se, pelo exame de alguns de seus extratos jurisprudenciais, que o juiz, em presença de uma lei cujo texto e sentido seja claro e inequívoco, não deve dar-lhe nunca sentido oposto, mediante o emprego do método da interpretação conforme à Constituição".

<sup>29</sup> Op. Cit. p.436.

<sup>30</sup> Op. Cit. p. 401.

<sup>31</sup> *Jurisdição Constitucional*. P. 227.

<sup>32</sup> KARL LARENZ (op. cit.p. 413-4) afirma que, no caso de "lei geral" que restringe o direito fundamental, deve-se interpretar a lei de acordo com o próprio direito fundamental, mantendo a primazia deste, realizando-se uma interação recíproca entre as leis gerais e o significado da estatuição valorativa do Estado Liberal democrático. Diz ainda que a Corte Constitucional alemã extrai da interpretação conforme à Constituição uma consequência peculiar no que se refere a "ponderação de bens" entre o protegido pelo direito fundamental e o bem protegido pela lei restritiva.

<sup>33</sup> Op. Cit., p. 412.

<sup>34</sup> *Jurisdição Constitucional*. Op. Cit., p. 268.

<sup>35</sup> RTJ 82/51-56, julgada em 27 de outubro de 1978.

<sup>36</sup> "Ementa oficial: representação de Inconstitucionalidade do par. 3º do art. 65 da Lei Orgânica



da Magistratura Nacional, introduzido pela Lei Complementar 54/86.

O princípio da interpretação conforme à Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*) é princípio que se situa no âmbito do controle de constitucionalidade, e não apenas regra de simples interpretação. A aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF-em sua função de corte Constitucional-atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo. Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme à Constituição(...)"

<sup>37</sup> A representação de interpretação foi criada pela Emenda Constitucional n. 7, de 1977, não havendo previsão constitucional deste instituto na Constituição Federal de 1988.

<sup>38</sup> Representação de Inconstitucionalidade n. 1.417-7-DF-TP-J. 9.12.87-rel. Min. Moreira Alves-DJU 15.4.88.

<sup>39</sup> Idem.

<sup>40</sup> Ibidem.

<sup>41</sup> Representação de Inconstitucionalidade n. 1417-7.

<sup>42</sup> Idem.

<sup>43</sup> Representação de Inconstitucionalidade n. 1417-7

<sup>44</sup> Idem.

<sup>45</sup> LEX 212/39, relator Ministro Maurício Corrêa.

<sup>46</sup> LEX 205/21, relator Ministro Néri da Silveira. Vê-se no acórdão: "julgar procedente, em parte, a ação com relação ao 'caput' do art. 69, para dar-lhe interpretação conforme a Constituição, segundo a qual a autorização legislativa nela exigida há de fazer-se por lei formal e específica, mas só será necessária, quando se cuidar de alienar o controle acionário da sociedade de economia mista" (p.23)

<sup>47</sup> Idem, p. 31.

<sup>48</sup> LEX 208/126.Adin (medida liminar) n. 1348-3-RJ, julgada em 07.12.95, relator Ministro Octávio Gallotti

<sup>49</sup> Idem, Ementa, p.126.

<sup>50</sup> in *Jurisdição Constitucional*, op. cit., p. 274.

<sup>51</sup> Idem, p. 275.

<sup>52</sup> LEX 159/21.

<sup>53</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. Op. Cit. p. 275.

<sup>54</sup> Idem.

<sup>55</sup> Ver MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. Op. Cit., p. 275. Sobre isso, ver também CLÉVE, Clemerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro*. RT, São Paulo, 1995. p. 177-8.

## Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil.*, São Paulo: Saraiva, 1988.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação de Inconstitucionalidade nº 948-SE. Procuradoria-Geral da República e Assembléia Legislativa do Estado de Sergipe. Relator: Ministro Moreira Alves. 27 de outubro de 1976. *Revista Trimestral de Jurisprudência*; [Brasília], v. 82, p. 51-56, nov. 1977.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Representação de inconstitucionalidade nº 1417-7-DF-TP-J. Procurador Geral da República e Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Moreira Alves. 9 de dezembro de 1987. *DJU*; [Brasília] de 15 de abril de 1988.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade [Medida Liminar] nº 491-3/600-AM. Governador do Estado do Amazonas e Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas. Relator: Ministro Moreira Alves. 13 de junho de 1991. [Brasília]: *LEX*, v. 159, p. 20-33, mar. 1992.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 234-1/600-RJ. Governador do estado do Rio de Janeiro e Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Néri da Silveira. 15 de setembro de 1995. *LEX*, [Brasília]; v. 205, p. 21-43, jan. 1996.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade (Medida Liminar) nº 1348-3-RJ. Governador do estado do Rio de Janeiro e Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Octávio Gallotti. 07 de dezembro de 1995. [Brasília]: *LEX*, v. 208, p. 126-135, abr. 1996.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade (Medida Liminar) nº 1194-4-DF. Relator: Ministro Maurício Corrêa. 29 de março de 1996. [Brasília]: *LEX*, v. 212, p. 39, agosto 1996.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade [Medida Liminar] nº 1370-0-DF. Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino e Presidente da República. Relator: Ministro Ilmar Galvão. 18 de dezembro de 1995. [Brasília]: *LEX*, v. 217, p. 35-43, jan. 1997.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

- \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional*. 6. Ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- CLÉVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 1995.
- ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. Ed. Lisboa: F.C.G., 1988.
- ENTERRÍA, Eduardo García. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 2. Ed. Madrid: Civitas, 1982.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. 3. Ed. Madrid: Editorial Trotta, 1995.
- HESSE, Konrad. La interpretación constitucional. in \_\_\_\_\_. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2. Ed. Lisboa: F.C.G., 1989.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade da Lei-“Unvereinbarkeitserklärung”- na Jurisprudência da Corte Constitucional Federal Alemã in \_\_\_\_\_. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, v. 30, n. 118, abr./jun. 1993.
- \_\_\_\_\_. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2 ed., Coimbra: [s.n.], 1988. T.II.
- STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Madrid: Estudios Constitucionales, 1987.
- USERA, Raul Canosa. *Interpretación cconstitucional e formula política*. Madrid: Estudios Constitucionales, 1988.

# Administração Pública e democracia: perspectivas em um mundo globalizado

Leonel Ohlweiler

## Sumário

1. Aspectos introdutórios. 2. Administração Pública e as promessas da modernidade: a crise do Estado e o paradigma dogmático. 3. Globalização e o efeito desagregador: dissolvendo a soberania estatal. 4. Administração Pública e a ética dos direitos fundamentais: uma análise prospectiva do Estado. 5. Aportes finais.

### *1. Aspectos introdutórios*

O presente estudo busca fazer uma análise da questão da Administração Pública e democracia, estabelecendo a relação com a globalização, a influência deletéria do dogmatismo, bem como novas possibilidades discursivas em que se adotem os direitos fundamentais como critério significativo. Por certo, muito mais do que soluções, são aventados alguns questionamentos, como início de uma pesquisa no âmbito do Direito Administrativo.

Na primeira parte, serão abordadas a crise pela qual passa atualmente o Estado de Direito e, por via de consequência, a Administração Pública; a dificuldade de implementar uma racionalidade discursiva voltada para a efetivação do Estado Social e o paradigma dogmático prevalecente. No item seguinte, dentro de uma perspectiva interdisciplinar, passarão a ser questionados os efeitos da chamada transnacionalização de mercados e o impasse da Administração Pública no cumprimento de suas finalidades democráticas. Na última parte, buscar-

Leonel Ohlweiler é Promotor de Justiça, Professor da UNISINOS-RS e Mestre em Direito Público.

se-á localizar os direitos fundamentais, bem como uma prática dialógica do poder administrativo, como instrumentos necessários para consolidar a democracia, possibilitando uma mudança do elemento discursivo do Direito Administrativo.

## 2. Administração Pública e as promessas da modernidade: a crise do Estado e o paradigma dogmático

Hodiernamente estamos imersos em plena onda (neo)liberal, e o Estado passa a ser visto dentro de uma perspectiva da necessidade de circulação de capitais frente a um mercado globalizado<sup>1</sup>. Pode-se dizer haver uma crise não apenas dos entes estatais, mas, sobretudo, dos próprios instrumentos de regulação sociais tradicionais. A Administração Pública, assim, está a sofrer os reflexos desse contexto histórico, sendo prolapado um discurso voltado para uma adequação do Poder Público aos parâmetros de uma visão dita “pós-moderna”.

Mas, é preciso compreender a grande contradição existente. O Estado Moderno (século XVI) assumiu uma feição liberal, após emergir de um período de absolutismo, sendo, por razões óbvias, predominante o aspecto de limitação da atividade estatal, mostrando-se imperiosa uma necessária tutela das liberdades individuais. Dentro de uma perspectiva econômica,

“o liberalismo que lhe inspira está baseado sobre o princípio da limitação da intervenção estatal, da liberdade do indivíduo e da crença na superioridade da regulação espontânea (Hayek) da sociedade”<sup>2</sup>.

Como especifica Moraes, podem ser apontadas como características do Estado do tipo liberal a separação entre Estado e sociedade civil mediada pelo Direito; as garantias das liberdades individuais; surgimento da democracia vinculada ao ideário da soberania da nação produzido pela Revolução Francesa, e o Estado passa a ser apresentado como Estado Mínimo, possibilitando uma maior atuação dos indivíduos<sup>3</sup>.

No entanto, além desse modelo liberal, passou a ser exigida do Estado uma feição social, e os direitos começaram a ser incluídos não apenas para uma atividade limitadora do ente estatal, mas direitos para as “prestações do Estado”, eclodindo o chamado Estado Providência (*Welfare State*), pois

“a destruição rápida das solidariedades tradicionais, familiares e territoriais, obrigou o Estado a intervir cada vez mais, desde o último quarto do século XIX e, sobretudo, desde a Primeira Guerra Mundial, nos campos econômico e social”<sup>4</sup>.

Aqui a própria noção de legalidade deixa de ser utilizada simplesmente como ordem geral e abstrata, passando a ser concebida como instrumento de ação concreta do Estado, podendo ser direcionada para atender determinadas peculiaridades<sup>5</sup>.

A crise atualmente em debate surge exatamente da construção de teses de que esse modelo de Estado já não consegue absorver as demandas, cujos mecanismos econômicos não mais funcionam, havendo a necessidade de redimensionar a atuação estatal. Fala-se, então, na volta de um modelo liberal de Estado, cuja atuação estatal deve ser reduzida, a fim de possibilitar o “progresso da sociedade” (de que sociedade?) e a melhor defesa dos “interesses dos cidadãos” (quais cidadãos?). Parece difícil aceitar acriticamente tais postulados quando se mostra evidente que no Brasil não houve a efetiva implementação do chamado *welfare state*. Ora, como agora se quer diminuir o Estado se as ditas promessas da modernidade sequer foram cumpridas?

Os administradores públicos devem pautar a sua atuação de acordo com um modelo jurídico do tipo liberal ou social?<sup>6</sup> Em face dessa evidente crise do fenômeno jurídico, qual será a função da Administração Pública?

É importante visualizar que o paradigma dogmático prevaemente, sustentado pelo sentido comum teórico dos juristas e alimentado pelo *habitus*, tem-se mostrado incapaz

de evidenciar o simulacro da modernidade, desnudando os discursos liberais que propugnam que a modernidade já está esgotada, havendo a necessidade de voltarmos a uma postura liberal do ente estatal. Como bem coloca Vieira, esse simulacro significa que estamos diante de um projeto de modernidade que nunca existiu, não se podendo falar em pós-modernidade<sup>7</sup>, pois a industrialização sequer foi capaz de instituir e consolidar uma ordem legal formalmente igualitária, sendo que a construção do *Welfare State* sofreu diversos condicionantes e desvios, deixando também de haver uma atuação eficaz dos movimentos sociais.

As políticas intervencionistas que ocorrem ao longo da história do Brasil muito mais contribuíram para o favorecimento das elites e para acentuar um caráter autoritário, corporativo e excludente do que cumprir as promessas da modernidade e do sistema capitalista, como ocorreu na Europa social democrática, deixando de haver a distribuição do que se acumulou ao longo da história, bem como olvidando-se o poder dominante de distribuir equitativamente os benefícios econômicos, além de estabelecer a democratização do Estado<sup>8</sup>.

Por tal razão, mostra-se preocupante a advertência feita por Roth a proposta do chamado “direito reflexivo”, como solução para retirar os Estados da atual crise, importando em criar um modelo de regulação social neofeudal<sup>9</sup>.

O fato é que o Poder Público, cada vez mais, é imobilizado e atrelado a essa estrutura liberal-individualista, mas, ao mesmo tempo, premido pelos novos movimentos sociais que clamam pela redução das desigualdades e implementação de uma justiça social, criando novas demandas incapazes de serem resolvidas pelos paradigmas prevaletentes.

O aspecto atinente à crise do Estado, com efeito, não se trata de uma invenção, mas corolário do próprio contexto histórico-social. As instituições estão desacreditadas, assim como o ente estatal e seus instrumentos de participação<sup>10</sup>, acrescido da absoluta

falta de competência do Poder Público em prover a população mais carente com serviços básicos de saúde, moradia, escola, saneamento básico e outros<sup>11</sup>, enfim, mostra-se combalido quando o assunto é a implementação efetiva de direitos sociais assegurados constitucionalmente.

Diante desse quadro desolador é que surgem os questionamentos dos paradigmas dogmáticos, em que os fenômenos jurídicos, como menciona Campilongo<sup>12</sup>, tendem a ser unicamente examinados sob a perspectiva dos formalismos procedimentais. O Direito Administrativo, em especial as doutrinas que estudam a Administração Pública, já não comporta mais uma análise desse tipo, pois o dogmatismo tão-somente tende a agravar a falta de efetividade do Estado. Estruturado com base em parâmetros liberais, o Direito Administrativo passa a apresentar como características: ser instrumental, normatizando a sociedade por meio de condicionantes; ser formal, pois fundamentado no mito da igualdade de direito dos sujeitos, até porque mostra-se imperioso que, formal e racionalmente, garanta o funcionamento do Estado, propalando verdades e certezas jurídicas; legitima-se por meio da dominação racional/legal e, finalmente, é pacificador, utilizando como instrumento o Poder de Império, o que acaba por transformá-lo em um direito repressivo<sup>13</sup>.

Em geral, os administrativistas ainda fulcram suas concepções de Administração Pública na idéia de um Estado formado por um povo, território e governo soberano<sup>14</sup>, acabando por assim defini-la:

“em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade”<sup>15</sup>.

Como corolário, há a formulação de uma teoria abstrata da Administração Pública,

em que acaba sendo privilegiado o enfoque neoformalista, sendo vista tão-somente como um conjunto de órgãos públicos burocratizados.

Ademais, quando os administradores públicos defrontam-se com normas jurídicas cunhadas na tentativa de implementar um Estado Social – e a Constituição Federal é um exemplo em diversos preceitos –, esbarram em uma cultura excessivamente individualista e formalista<sup>16</sup>, até porque possuem uma formação dogmática voltada muito mais para posturas corretivas do que distributivas. Desse quadro decorre uma prática disfuncional e contraditória do próprio Poder Público, mostrando-se até hoje muito mais eficiente para atender somente alguns setores minoritários e economicamente favorecidos, contribuindo, assim, para o aumento da grande dívida social das promessas da modernidade que não foram cumpridas.

O paradigma normativista-prevalente, típico de uma sociedade liberal, é eficaz em uma sociedade com enormes desníveis culturais, estigmatizada pelos mais diversos dualismos estruturais? Outrossim, até que ponto é possível separar o Direito Administrativo, tido como um sistema fechado, coerente e abstrato, das variadas implicações sociais, políticas e econômicas inerentes ao seu funcionamento?

Hodiernamente, parece razoável admitir a necessidade de adequar a cultura jurídica a uma sociedade complexa, inserida em um Estado Social de Direito, com o objetivo de implementar um Estado Democrático, o que, por certo, exige a substituição de objetivos jurídicos a serem alcançados: a certeza jurídica e a proteção da liberdade negativa cedem lugar para uma postura dos operadores mais teleológica ou finalista, “valorizando antes os resultados do que os meios e contrapondo a liberdade positiva à negativa”<sup>17</sup>.

Destarte, faz-se mister ultrapassar o dogmatismo calcado em categorias jurídicas abstratas, o que pode ensejar uma estruturação jurídica não-condicionada a uma es-

trita legalidade, passando a pensar as situações jurídicas dentro de uma perspectiva mais concreta, sem um a priori formal, em que as condutas são orientadas por um sistema promocional<sup>18</sup>. Com efeito, pode-se concluir que, em virtude dessa crise pela qual passa o Estado, em que está obviamente inserido o Direito Administrativo, o caminho mais frutífero parece ser a estruturação de um conhecimento voltado para a interdisciplinariedade. As teorizações sobre a Administração Pública necessitam da inserção, em seu campo de conhecimento, de discussões sociológicas, filosóficas e políticas, oferecendo mecanismos de comutação discursiva, de compreensão e enriquecimento<sup>19</sup>.

Como lembra Warat, a tematização do papel da dogmática é um espaço aberto, não havendo trabalhos sistemáticos sobre uma metadogmática, mas cujo crescimento deveria orientar-se para uma desdogmatização e “abrir-se para os domínios afins ao jurídico, desde os quais pode extrair novos critérios de significação jurídica, mais conformes com a dinâmica social atual, cuja complexidade e alterabilidade estão crescendo aceleradamente.”<sup>20</sup>

### *3. Globalização e efeito desagregador: dissolvendo a soberania estatal*

Adotando uma abordagem mais interdisciplinar da Administração Pública, dentro de uma perspectiva jus-sociológica, é importante melhor caracterizar os impactos da chamada transnacionalização dos mercados. Não ocorrem por acaso esforços incommensuráveis de países europeus para a unificação de padrões monetários. Atualmente as decisões em matéria de moeda, produção industrial, novas tecnologias, distribuição dos mercados são tomadas no âmbito de organismos internacionais, conglomerados econômicos, etc. Os efeitos desse fenômeno são preocupantes. Os entes estatais, a Administração Pública, já não conseguem desvincular a realização de políticas sociais do chamado “mercado internacional” ou

transnacional<sup>21</sup>. Pode-se dizer que há um verdadeiro deslocamento das esferas de decisão e que já não mais estão localizadas no interior dos Estados nacionais, o que acaba por influenciar não apenas as atividades administrativas, mas igualmente a produção legislativa e decisões judiciais.

Como menciona Faria,

“acima de tudo, ao gerar formas de poder novas, autônomas e desterritorializadas, a transnacionalização dos mercados debilitou o caráter essencial da soberania, fundado na presunção *superiorem non recognocens*, e pôs em xeque tanto a centralidade quanto a exclusividade das estruturas jurídico-políticas do Estado-nação”<sup>22</sup>.

O grande desafio apresentado para os administradores públicos é como harmonizar o princípio do mercado com as necessárias melhorias sociais, mediante políticas públicas de distribuição de serviços, riquezas, bens, etc<sup>23</sup>. Vale mencionar que essa situação tem gerado a formação de uma “hegemonia ideológica neoliberal”, procurando criar um consenso significativo segundo o qual

“aos Estados não restaria alternativa frente a globalização senão imprimir políticas econômicas calcadas na estabilização dos preços e do câmbio, na desregulação dos mercados e na privatização...”<sup>24</sup>.

A Administração Pública, para o cumprimento de suas funções estatais, conta com os seus poderes administrativos e que são imprescindíveis, pois sem eles não conseguirá “fazer sobrepor-se a vontade da lei à vontade individual, o interesse público ao interesse privado”<sup>25</sup>. No entanto, conforme adverte Faria, e aqui reside um aspecto importantíssimo, tais poderes foram concebidos para terem uma atuação limitada a um espaço territorial preciso, cuja imposição ocorre por meio dos clássicos instrumentos do monopólio de violência estatal. Como corolário, há uma diminuição de seu alcance, havendo uma diminuição do seu uni-

verso de atuação, na medida em que ocorre a superação das barreiras geográficas pela expansão da microeletrônica, telecomunicações e transporte<sup>26</sup>. Como falar, por exemplo, no poder normativo para regulamentar alguns serviços públicos sem considerar a limitação de despesas com benefícios sociais imposta pela conjuntura econômica internacional?

A consequência é que, a partir do momento em que não há mais respostas satisfatórias da Administração Pública,

“surtem espaços infra-estatais polarizados por formas inoficiais ou não-oficiais de resolução dos conflitos – como usos, costumes, diferentes estratégias de mediação, negociação e conciliação, auto-composição de interesses, auto-resolução de divergências, arbitragens privadas ou mesmo a imposição da lei do mais forte...”<sup>27</sup>.

A complexidade da situação tem levado a Administração Pública a adotar uma estratégia de diminuir o campo de atuação estatal direta, por meio de políticas, amplamente incentivadas por organismos internacionais(!), de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização<sup>28</sup>.

Outro aspecto perverso desse fenômeno reside na diluição das potencialidades simbólicas do sistema jurídico-administrativo, de estabelecer coesões sociais, mediante um imaginário social, de cumprimento das promessas normativas. Parece ter razão Bourdieu quando afirma que o discurso neoliberal, instaurando o reino absoluto da flexibilidade, concorre para abolir a solidariedade coletiva<sup>29</sup>.

Diante desse quadro desolador, cumpre questionar: o que fazer? Como implementar um Estado Social e Democrático de Direito se para tal desiderato, necessariamente, há de ser estabelecida uma política de respeito aos direitos fundamentais, sendo que tal realização só pode necessariamente passar pelo Poder Público, combatido em sua efetividade?

#### 4. Administração Pública e a ética dos direitos fundamentais: uma análise prospectiva do Estado

Inicialmente, no intuito de direcionar uma atuação do Poder Público para a concretização de uma democracia substancial, faz-se mister haver uma (re)significação do paradigma responsável pelo modo como o administrador público vê o Direito Administrativo e a Administração Pública. Faz-se mister privilegiar uma postura que prime por uma *racionalidade constitucional* nesse ramo da ciência jurídica, em que o texto constitucional passe a ser visto como um espaço garantidor das relações democráticas entre o Estado e a sociedade, constituindo-se uma zona mais ou menos segura de mediação entre legitimidade e justiça<sup>30</sup>. À Administração Pública, como forma de estabelecer uma proposta de resgate dos direitos fundamentais do cidadão, cabe desvelar o sentido das normas constitucionais, especialmente aquelas referentes ao Estado Democrático de Direito. O texto constitucional deve servir de referência significativa para a validade, por exemplo, dos atos administrativos, abandonando-se a posição formal de validade, buscando-se primar por uma validade substancial<sup>31</sup>.

O Direito Administrativo, dentro dessa perspectiva, passa a ser visualizado como um direito instrumental – não apenas formalmente –, ou seja, um instrumento de realização da Constituição. Infelizmente, a posição do dogmatismo que tem imperado por parte dos administradores públicos tem servido como um verdadeiro obstáculo para a realização dos direitos constitucionais. A Administração Pública precisa ser melhor contextualizada no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, instituindo-se não como Administração meramente sancionadora, mas, sobretudo, como promotora e transformadora do *status quo*.

Os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil estão expressos na Carta Federal, entre eles, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art.

3º, I). É preciso atentar para a mudança das relações entre o Estado e a sociedade, devendo o Poder Público passar de autoritário e agressivo para prestador de serviços<sup>32</sup>. Acima do seu conteúdo normativo e legalista, a ordem constitucional possibilita a concretização de valores éticos, pois a Administração Pública deve sentir-se obrigada a fornecer para os administrados

“todos os benefícios do progresso, colocando-se ao serviço de uma sociedade mais justa, especialmente para os mais desfavorecidos”<sup>33</sup>.

Vale mencionar a preciosa lição de Elias Diaz, para quem a Constituição é o grande pacto político-social, de caráter fundamental e institucional, consubstanciando-se em um espaço de convergência e zona de mediação entre legitimidade democrática e justiça material<sup>34</sup>. Como menciona Morais,

“o Estado Democrático de Direito carrega consigo um caráter transgressor que implica agregar o feitiço incerto da Democracia ao Direito, impondo um caráter (re)estruturador à sociedade e revelando uma contradição fundamental com a juridicidade liberal a partir da reconstrução de seus primados básicos de certeza e segurança jurídicas, para adaptá-los a uma ordenação jurídica voltada para a garantia/implementação do futuro, e não para a conservação do passado”<sup>35</sup>.

Portanto, vê-se a grande importância da Constituição, apresentando uma forma normativa, não apenas sob a perspectiva negativista, mas, sobretudo, como vinculação positiva para a Administração Pública. O Texto Magno “define uma resposta para o passado e uma proposta para o futuro”<sup>36</sup>.

Como instrumento útil para que a Administração Pública venha a produzir uma nova relação discursiva com a sociedade, o garantismo (Luigi Ferrajoli) apresenta uma potencialidade simbólica significativa, pois possui como elemento central a pessoa, “em nome de quem o poder deve constituir-se e a quem deve servir”<sup>37</sup>, sendo que o sistema



jurídico passa a constituir-se de finalidades e valores a serem perseguidos pelo Estado, isto é, a dignidade humana, a paz, a liberdade plena e a igualdade substancial.

Portanto, o garantismo pode ser vislumbrado<sup>38</sup>:

*“...como técnica de limitación y de disciplina de los poderes públicos dirigida a determinar lo que los mismos no deben y lo que deben decidir, puede muy bien ser considerado el rasgo más característicos (no formal, sino) estructural y substancial de la democracia: las garantías, tanto liberales como sociales, expresan en efecto los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los poderes del estado, los intereses de los débiles respecto a los fuertes, la tutela de las minorías marginadas o discrepantes respecto a las mayorías integradas, las razones de los de abajo respecto a las de arriba”.*

Sob uma perspectiva garantista, a atividade da Administração Pública deve ser progressiva e não regressiva, quer dizer, não estaria conforme um Estado Social e Democrático de Direito uma atuação dos poderes administrativos que simplesmente buscasse a formulação significativa das normas constitucionais no sentido de reduzir o seu alcance, a fim de conformá-las com normas infraconstitucionais, tudo no intuito de manter a chamada coerência do sistema jurídico. De outra banda, para o jusfilósofo, seria progressiva aquela que, em que pese fazer crescer a incoerência do ordenamento, é extensiva dos valores constitucionais<sup>39</sup>. Como refere Cademartori, as modernas constituições apresentam como nota característica a incorporação de princípios ético-políticos, ensejando, assim, valorações ético-políticas e de justiça das normas produzidas<sup>40</sup>, havendo uma mudança também na aplicação das normas legais pelo administrador público que igualmente irá lidar com tal espécie de valores, não sendo suficiente a adoção de critérios dogmáticos e típicos do Estado Liberal. Essa atividade passa a significar a busca de uma *legitimidade subs-*

*tancial*, quer dizer, referida a toda uma gama de conteúdos significados pelas normas superiores.

Destarte, toda a atuação da Administração Pública não pode ser fulcrada em uma concepção normativa fechada em si mesma, construída por meio de critérios orgânicos, mas deve ser, como menciona Ferrajoli, heteropoiética, isto é, segundo a qual a legitimação política do Direito e do Estado seja proveniente “de fuera o desde abajo”, ou seja, da sociedade, “entendida como suma heterogênea de personas, de fuerzas y de clases sociales”<sup>41</sup>. Aqui reside um aspecto importante: a construção de um modelo de controle da validade substancial dos atos administrativos, típico de um Estado de Direito, deve ser caracterizada pela “funcionalização de todos os poderes do Estado a serviço da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos”<sup>42</sup>. No entendimento de Cademartori, ao retratar a teoria do garantismo:

“o estado de direito é caracterizado politicamente pelo garantismo de Ferrajoli como um modelo de ordenamento justificado ou fundamentado por fins completamente externos, geralmente declarados em forma normativa por suas Constituições, mas sempre de forma incompleta, e a política como dimensão axiológica (externa) do agir social, servindo de critério de legitimação para a crítica e a mudança do funcionamento de fato e dos modelos de direito das instituições vigentes”.

Essas características de incompletude, dimensão axiológica e valorização dos direitos fundamentais podem permitir o desenvolvimento de condições propícias para “a formação de novos poderes sociais capazes de contrapor ao poder privado e particularista do capital, compensando assim a erosão da soberania dos Estados-nação na nova ordem econômica internacional”<sup>43</sup>.

A Administração Pública, com efeito, deixa de ser uma instância meramente burocrática do Estado para constituir-se em uma instância simbólica da realização da democracia, privilegiando os espaços sociais e buscando instituir um processo de inclusão. Uma concepção democrática do Estado-Administração passa por uma pré-compreensão dialógica. Faz-se mister estabelecer a idéia de que o exercício dos poderes administrativos passa necessariamente por uma significação normativa, obtida mediante uma postura de perguntas direcionadas ao texto constitucional. O administrador público é um desvelador privilegiado dos sentidos normativos – o privilégio decorre de apresentar uma posição tópica inicial de aplicação da lei –, sendo importante que exerça um trabalho de diálogo, dialético e contextualizado, buscando na própria sociedade a sua legitimação decisória, em que vai haver um comprometimento social com as posturas estatais adotadas.

O caráter ético dos direitos fundamentais, aliado com a dimensão dialógica antes mencionada, é um elemento importante para o desenvolvimento de uma solidariedade social. Como menciona Rosanvallon,

“na sociedade social-estatal, as relações de solidariedade entre os homens assumem a forma de uma soma de relações que se manifestam entre os indivíduos e o sistema. Salários, preços, lucros, impostos, cotizações sociais são percebidos como variáveis econômicas isoladas de seu suporte social real”<sup>44</sup>.

O Estado, atualmente, funciona como uma “caixa preta”, uma gigantesca interface, sendo imprescindível que seja aumentada a visibilidade social, tornando o social mais visível para os cidadãos, dissipando a neblina que permeia a atuação da Administração Pública. A explicitação, a postura dialógica com a sociedade, por certo, pode favorecer o aparecimento da legitimidade social necessária para o Poder Público. É claro que tal desiderato não se dá sem os

necessários conflitos, mas dentro da idéia do autor acima referido de que “o ideal democrático não consiste em negar ou ocultar os conflitos, a pretexto de improvável ‘consenso’, mas em torná-los produtivos e construtivos”<sup>45</sup>.

### 5. Aportes Finais

As questões debatidas ao longo deste estudo, portanto, são importantes para possibilitar a (re)construção da doutrina administrativista sobre a Administração Pública, devendo abandonar-se posturas dogmáticas, passando-se a privilegiar uma compreensão mais interdisciplinar, calcada em uma pré-compreensão significativa de valores democráticos, em que a politicidade dos direitos fundamentais é extremamente importante.

É claro que, em razão do atual quadro descrito ao longo da pesquisa, em especial do domínio dos mercados econômicos e imposição das políticas sociais a serem adotadas pelos administradores, há um certo ceticismo, mas que não pode ser simbolizado como impossível. Resultados a curto prazo, efetivamente, não existirão, sendo imperioso cada vez mais reafirmar o trabalho de construir uma *razão emancipatória*. Para concretizar os direitos humanos, como menciona Faria, deve ser superada a concepção jurídicista em favor de práticas políticas comprometidas: (a) com a reconstrução ética dos vínculos sociais; (b) com a condição de dignidade humana a ser incorporada no universo normativo-institucional; (c) com a desalienação técnica e (d) com a substituição dos cidadãos-servos por cidadãos plenos<sup>46</sup>.

Trata-se, por certo, de um novo horizonte de sentido, primando pelo caráter utópico de autonomização dos sujeitos, como forma de privilegiar o alargamento dos espaços públicos e a solidificação da solidariedade social. A Administração Pública deve assumir uma tarefa de desenvolver processos de inclusão e não de exclusão dos cidadãos na vida democrática. O Poder Público, diante da política capitalista dos mercados

financeiros, excludente e desigual, só pode contar com um aparato de legitimação social, construído não necessariamente nos espaços estatais, mas, ainda assim, possuindo o caráter simbólico de público, social, cidadão. Essa instância democrática é criada na própria sociedade, a fim de que os administrados sintam-se partícipes comprometidos com os destinos do Estado. Este passa a ser visto não como um conjunto de órgãos burocráticos, mas como um espaço de mediação ético-político a ser ocupado pelos cidadãos, sendo assim (re)funcionalizada a antiga relação Estado-sociedade.

A Administração Pública assume um grande e importante papel de invocar o “sentimento de civilidade”, quer dizer, passa a “fazer algo mais do que exigir o império da lei; é para além disso, promover a extensão da cidadania do plano político institucional para os demais planos econômicos, social, cultural e familiar, mediante o reconhecimento dos direitos dos indivíduos de influir nos destinos globais da coletividade”<sup>47</sup>.

Com efeito, os caminhos vislumbrados neste estudo exigem novas linhas de pesquisa no Direito Administrativo, pois passam a inserir nesse ramo da ciência jurídica alguns postulados não questionados pela dogmática jurídica tradicional. Questões políticas, sociológicas e filosóficas são elementos atualmente indispensáveis para aqueles que pretendem encontrar novas possibilidades significativas para a doutrina administrativista, sempre com o objetivo de melhor entender os fenômenos da modernidade e o futuro da Administração Pública.

### Notas

<sup>1</sup> Cf. DEZALAY, Yves, TRUBEK, David M. A reestruturação Global e o Direito. In: *Direito e Globalização Econômica*, José Eduardo Faria (org.), p. 29-30, com a globalização, estão ocorrendo diversos fenômenos no cenário mundial, entre eles: mudança dos padrões de produção, união de mercados financeiros, aumento da importância das empre-

sas multinacionais, aumento da importância do intercâmbio e crescimento de blocos regionais de comércio, ajuste estrutural e privatização, hegemonia de conceitos neoliberais de relações econômicas, tendência mundial à democratização, proteção dos direitos humanos e renovado interesse do direito e o surgimento de protagonistas supranacionais e transnacionais.

<sup>2</sup> ROTH, André-Noël. O Direito em Crise: fim do estado Moderno. In: *Direito e Globalização Econômica*, José Eduardo Faria(org.), p.17.

<sup>3</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais – O Estado e o Direito na ordem contemporânea*, p. 70-71. O autor menciona que a nota principal desse Estado reside em apresentar-se como uma limitação jurídica-legal negativa, quer dizer, “como garantia dos indivíduos-cidadãos frente à eventual atuação do Estado, impeditiva ou constringedora de sua ação cotidiana”(p.72).

<sup>4</sup> Idem, ibidem.

<sup>5</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de. Op. Cit., p. 73-74. Segundo o autor, “a lei assume uma segunda função, qual seja a de instrumento de ação concreta do Estado, aparecendo como mecanismo de facilitação de benefícios”(p.79).

<sup>6</sup> Importante mencionar que o Direito do Estado Liberal possui como característica básica o objetivo de proteger os indivíduos do Estado, possibilitando, assim, uma melhor circulação das idéias, das pessoas e dos bens. De outra banda, o Direito do Estado Social “busca orientar as condutas humanas para a promoção do desenvolvimento econômico e social, sendo que o Direito é vislumbrado como uma técnica de regulação social”, cf. ROTH, André-Noël, op. cit., p.19.

<sup>7</sup> VIEIRA, José Ribas. *Teoria do Estado (A Regulação Jurídica)*. Para o autor, o simulacro apresenta dois pontos centrais. Um seria o próprio resultado do processo de industrialização e o outro, o debate sobre a existência ou não do Estado do Bem-Estar Social entre nós (p.74). Tal tipo de Estado, que nunca chegou a ser verdadeiramente implantado no Brasil, com as atuais políticas liberais e o Estado cada vez mais retirando-se do cenário de legitimação das pretensões sociais, eis que submetido ao projeto econômico globalizado, tem agora menos perspectivas de desenvolvimento. Com efeito, a atuação estatal apresenta-se mais impotente de resolver problemas sérios de acumulação e distribuição equitativa dos benefícios econômicos, juntamente com a função de reestruturação democrática.

<sup>8</sup> VIEIRA, José Ribas. Op. cit., p. 74-78. Conforme um estudo divulgado pelo BID, “A América Latina face às Desigualdades”, publicado na Folha de São Paulo, 14-12-98, o Brasil é o país mais desigual da América Latina. O décimo da população

mais rica, no Brasil, recebe 47% da renda nacional, enquanto o mesmo percentual dos mais pobres recebe 0,8% da renda nacional. Na educação, os 10% dos brasileiros mais pobres estudaram em média 2 anos.

<sup>9</sup> ROTH, André-Noël. Op. cit., p. 22-27. O direito reflexivo seria “um direito procedente de negociações, de mesas redondas, etc., constitui uma tentativa para encontrar uma nova forma de regulação social, outorgando ao Estado e ao direito um papel de guia (e não de direção) da sociedade” (p. 22). O caráter neofeudal pode ser representado pela interpenetração cada vez maior das esferas públicas e privadas, pelo caráter do poderio econômico que passa a pesar mais sobre as políticas sócio-econômicas internas, e a multiplicação das instâncias decisórias, em níveis diferentes ao Estado, acaba por dissolver o ente estatal dentro de uma infinidade de instâncias de promulgação e de aplicação de regras jurídicas. Cf. RAMOS FILHO, Wilson. Direito Pós-Moderno: Caos Criativo e Neoliberalismo. In: *Direito e Neoliberalismo* (Elementos para uma leitura interdisciplinar), p. 86, “Os Estados nacionais, sob vários aspectos, perdem o monopólio do direito, da violência física legítima, em face de uma normatividade supranacional, de mecanismos de redes de decisões não localizados ou localizáveis em um único país, com normas próprias, jurisdição própria, jurisprudência própria, e o que é mais importante, com padrões éticos diferenciados. Ou seja, microsistemas interligados e imbricados entre si substituem os ‘monismos’ estatais”.

<sup>10</sup> CAMPILONGO, Celso. *Representação Política e Crise do Estado*. In: *Representação Política e ordem Jurídica: os dilemas da democracia liberal*. O autor analisa com propriedade a questão atinente à representação política e a crise do Estado. Pode-se dizer que as instituições, e por que não o Direito, deixaram de ser portadores de demandas sociais específicas, fracassando igualmente na produção de identidades coletivas. Tal fenômeno está inserido na problemática já mencionada, pois “crise de representação, déficit de legitimidade, ingovernabilidade e crise fiscal são, assim, parte de um todo: a crise do Estado social” (p. 98).

<sup>11</sup> RAMOS FILHO, Wilson. Direito Pós-Moderno: caos criativo e neoliberalismo. In: *Direito e Neoliberalismo* (Elementos para uma leitura interdisciplinar), p.82.

<sup>12</sup> CAMPILONGO, Celso. Op. cit., p. 89.

<sup>13</sup> Tais características do Direito Liberal foram formuladas por CAMPILONGO, Celso. Op. cit., p. 95.

<sup>14</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*, P. 56.

<sup>15</sup> Idem, p. 60. Outros autores chegam a estabelecer uma diferenciação de critérios para estabelecer a definição, mencionando que a Administração

Pública pode ser tomada em um sentido subjetivo, designando os entes que exerçam a atividade administrativa, e em sentido objetivo, quando designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes (cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 49). Por óbvio, não se está a retirar a utilidade dos estudos mais dogmáticos. No entanto, e é preciso explicitar, a complexidade do mundo tem revelado a insuficiência dessa visão do fenômeno jurídico, não apenas em razão de não fornecer maiores subsídios para a compreensão de certos acontecimentos, mas por levar os operadores do Direito a um distanciamento político, histórico e social, o que também tem contribuído para o agravamento dessa crise.

<sup>16</sup> Tal individualismo pode ser traduzido pela convicção de que os direitos do indivíduo estão acima dos direitos da comunidade. Outrossim, o formalismo é caracterizado por um apego a um conjunto de ritos e procedimentos burocratizados e impessoais, justificados em nome da certeza jurídica e da segurança do processo.

<sup>17</sup> Idem, p.54.

<sup>18</sup> Idem, p.51.

<sup>19</sup> Cf. NEVES, Marcelo. Teoria do Direito e Modernidade Tardia. In: *Direito e Democracia*. Kátia Argüello (Org.), p. 104. O autor faz uma análise sobre a própria Teoria Geral do Direito, cujo raciocínio aplica-se ao tema aqui em discussão. Refere que, “nesta perspectiva, a TGD não vai apenas facilitar a compreensão da dogmática jurídica. Ela vai oferecer mecanismos para a ampliação do horizonte dessa disciplina técnico-jurídica. A TGD pode advertir que a dogmática, na medida em que permanece presa aos esquemas de subsunção lógica, não pode responder aos problemas concretos da sociedade de hoje. Torna viável que dados sociológicos e nova valoração sejam transmitidos à dogmática numa roupagem lingüística e conceitual compreensiva a essa e, portanto, passível de releitura e aplicabilidade dogmáticas às situações sociais emergentes” (p.104).

<sup>20</sup> WARAT, Luis Alberto. Sobre a Dogmática Jurídica. In: *Introdução Geral ao Direito II*, p. 39.

<sup>21</sup> Cf. FARIA, José Eduardo. Direitos Humanos e globalização econômica: notas para uma discussão. In: *O Mundo da Saúde*, ano 22, v.22, n.2 mar./abr.1998, p.4. Segundo o autor: “À medida que o processo decisório foi sendo transnacionalizado, as decisões políticas tornaram-se crescentemente condicionadas por equilíbrios macroeconômicos que passaram a representar, mais do que um simples indicador, um efetivo princípio normativo responsável pelo estabelecimento de determinados limites às intervenções reguladoras e disciplinadoras dos governos”. A consequência desse processo de ingerência dos mercados econômicos sobre a Administração Pública é gerar potencialidades conflitivas

vas, quer dizer, ao mesmo tempo que o ente estatal é premido pelas camadas menos favorecidas, que não receberam os frutos das promessas da modernidade, igualmente as suas políticas sociais estão atreladas a uma conjuntura internacional que passa a ditar quando e onde a Administração Pública deverá investir. O caso brasileiro é exemplar, pois, enquanto o país passa por um verdadeiro caos social em matéria de políticas sociais, sendo o campeão das desigualdades, o FMI é que dita o quantum a ser gasto com benefícios para a população e quais os “cortes” devem ser realizados pelo Governo. Ver também CORSI, Francisco Luiz. A globalização e a crise dos Estados nacionais. In: *Desafios da Globalização*, p. 102-108.

<sup>22</sup> Cf. FARIA, José Eduardo. Direitos Humanos..., p.4.

<sup>23</sup> GARCIA-PELAYO, Manuel. Las transformaciones del Estado contemporáneo, p.105-120, faz uma abordagem desse fenômeno sob a perspectiva da teoria sistêmica, mencionando que a organização administrativa tem aumentado em extensão e conseqüente complexidade. Transformou-se em um sistema complicado, constituído por uma pluralidade de componentes e de subsistemas dificilmente controláveis, não só pelas instâncias políticas, senão também pelas instâncias administrativas superiores (p.109). Com efeito, para o autor, o Estado, para levar a cabo seus objetivos de expansão e de direção econômicas nacionais, há de vincular sua própria ação e seus próprios objetivos com o das empresas privadas, seja por meio de de planificações imperativas, seja por meio de planificações indicativas destinadas a criar um ambiente que as impulse a atuar em um determinado sentido (p.110).

<sup>24</sup> Cf. CORSI, Francisco Luiz. Op. cit., p.102.

<sup>25</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 74.

<sup>26</sup> FARIA, José Eduardo. Direito Humanos..., p.4.

<sup>27</sup> Idem, ibidem.

<sup>28</sup> Essa tendência tem-se refletido profundamente na estrutura do Direito Administrativo. Para TÁCITO, Caio. Perspectivas do Direito Administrativo no Próximo Milênio. In: *Revista de Direito Administrativo*, 212: 1-6, a partir da CF de 1988, há uma nítida inversão na política intervencionista do Estado com o retorno da iniciativa privada a áreas ocupadas pela gestão estatal. Tal fenômeno tem sido chamado no Direito Espanhol de “fuga do Direito Administrativo”. Um exemplo prático, com reflexos na Administração Pública, é a criação das chamadas organizações sociais, disciplinadas pela Lei nº 9.637/98 que “são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativo, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar servi-

ços sociais não exclusivos do Estado, com inventivo e fiscalização do Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de contrato de gestão” (cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 311). V. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Organizações Sociais de Colaboração (Descentralização Social e Administração Pública Não-Estatal). In: *RDA* 210: 183-194.

<sup>29</sup> BOURDIEU, Pierre. A Máquina infernal. In: *Folha de São Paulo*, Caderno Mais!, 12-07-98.

<sup>30</sup> Cf. DIAZ, Elias. *Ética Contra Política*. Los Intelectuales y el poder, p. 34.

<sup>31</sup> Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 355.

<sup>32</sup> Cf. RIBEIRO, Maria Tereza de Melo. *O Princípio da Imparcialidade da Administração Pública*, p. 58.

<sup>33</sup> Idem, ibidem.

<sup>34</sup> DIAZ, Elias. Op. Cit., p. 34-35.

<sup>35</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*, p. 81.

<sup>36</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo. In: *Uma Vida Dedicada ao Direito*, p. 43.

<sup>37</sup> Cf. CADEMARTORI, Sérgio. Estado de Direito e Legitimidade, p. 72.

<sup>38</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y...*, p. 864.

<sup>39</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y...*, p. 867.

<sup>40</sup> CADEMARTORI, Sérgio. Op. cit., p. 78.

<sup>41</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho ...*, p. 882.

<sup>42</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 856.

<sup>43</sup> Cf. FARIA, José Eduardo. Op. Cit., p. 80.

<sup>44</sup> Cf. ROSANVALLON, Pierre. *A Crise do Estado-Providência*, p. 94.

<sup>45</sup> Cf. ROSANVALLON, Pierre. Op. cit., p.96.

<sup>46</sup> Cf. FARIA, José Eduardo. Democracia e Governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização. In: *Direito e Globalização Econômica: Implicações e Perspectivas*, p. 152.

<sup>47</sup> Cf. FARIA, José Eduardo. *Democracia...*, p. 157.

## Bibliografia

- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- CAMPILONGO, Celso. *Representação política e crise do Estado*. In: *Representação Política e Ordem Jurídica: os dilemas da democracia liberal*. Inédito.
- DEZALAY, Yves, TRUBEK, David M. A reestruturação Global e o Direito. In: *Direito e Globalização Econômica*. José Eduardo Faria (org.) São Paulo: Malheiros, 1996.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

- DIAZ, Elias. *Ética Contra Política: Los Intelectuales y el Poder*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- FARIA, José Eduardo. Direitos Humanos e Globalização Econômica: notas para uma discussão. In: *O Mundo da Saúde*, São Paulo, ano 22, v. 22, n. 2, mar./abr. 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Editorial Trotta S. A., 1995.
- GARCIA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza, 1996.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais – o Estado e o Direito na Ordem Contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- NEVES, Marcelo. Teoria do Direito e Modernidade Tardia. In: *Direito e Democracia*, Kátia Argüello (org.) Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996.
- RAMOS FILHO, Wilson. Direito Pós-Moderno: Caos Criativo e Neoliberalismo. In: *Direito e Neoliberalismo* (Elementos para uma leitura interdisciplinar). Curitiba: EDIBEL, 1996.
- RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O Princípio da Imparcialidade da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1996.
- ROSANVALON, Pierre. *A Crise do Estado-Providência*. Goiânia: UnB, 1997.
- ROTH, André-Noël. O Direito em Crise: fim do Estado Moderno. In: *Direito e Globalização Econômica*. José Eduardo Faria (org.). São Paulo: Malheiros, 1996.
- TÁCITO, Caio. Perspectivas do Direito Administrativo no Próximo Milênio. In: *Revista de Direito Administrativo*, 212. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- VIEIRA, José Ribas. *Teoria do Estado (A Regulação Jurídica)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda., 1995.
- WARAT, Luis Alberto. Sobre a Dogmática Jurídica. In: *Introdução Geral ao Direito II*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.

# Crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária em Instituição Financeira

Leonardo Henrique Mundim Moraes  
Oliveira

## Sumário

1. Introdução. 2. Precedente legislativo. 3. Da importância da intenção do agente no momento da prática da conduta típica. 4. Gestão fraudulenta: aspectos conceituais e distintivos. 5. Gestão temerária: aspectos conceituais e distintivos. 6. Conclusão.

## 1. Introdução

Busca este trabalho situar uma dúvida jurídica que tem atormentado estudiosos do Direito Econômico, qual seja, a diferenciação entre os crimes de gestão fraudulenta (art. 4º, *caput*, da Lei nº 7.492/86) e gestão temerária (art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86) em Instituição Financeira, sendo certo que a *quaestio*, lamentavelmente, decorre do excesso de simplicidade – que acabou por transformar-se em incompletude – do art. 4º da Lei nº 7.492/86, também conhecida como Lei dos Crimes do Colarinho Branco, *in verbis*:

“Art. 4º Gerir fraudulentamente  
Instituição Financeira:

Pena – Reclusão, de 3 (três) a 12  
(doze) anos, e multa.

Parágrafo único – Se a gestão é temerária:

Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 8  
(oito) anos, e multa.”

A Lei, como se observa, foi omissa na caracterização de cada conduta, apesar de significativa a diferença entre as penas abstratamente cominadas.

Leonardo Henrique Mundim Moraes Oliveira é Advogado e Professor de Curso Preparatório para Concursos em Brasília; Ex-Procurador da Área Administrativa e Criminal do Banco Central do Brasil.

## 2. Precedente legislativo

Os termos “gestão fraudulenta” e “gestão temerária” foram primeiramente utilizados pelo legislador pátrio no art. 3º, inciso IX, da Lei nº 1.521/51 (Crimes contra a Economia Popular), *in verbis*:

“Art. 3º São também crimes desta natureza:

(...)

IX – gerir fraudulenta ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios, ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas de imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlio, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, *levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados*” (grifonosso).

Naquela oportunidade, note-se, foram definidas as situações em que se caracterizaria a conduta típica, quais sejam, sempre que não se cumprissem cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados, ou sempre que a gestão anormal implicasse a falência ou insolvência da sociedade. O crime, pois, era tipicamente de dano concreto, não bastando para caracterizá-lo a mera conduta, se não geradora de efetivo prejuízo ou de efeitos palpáveis no mundo material.

Mas já então não houvera preocupação em distinguir conceitualmente as condutas: fosse a gestão fraudulenta ou temerária, a pena cominada era idêntica. E é essa a origem remota da atual *vexata quaestio*, na medida em que o legislador de 1986, malgrado intencionando a separação das hipóteses típicas – tanto que fixara penas diferidas –, preferiu não entrar na seara específica dos dois tipos de gestão virulenta, deixando para

a doutrina um trabalho árduo e quase impossível, podendo-se contar nos dedos da mão o número de obras específicas existentes. Tal opção legislativa, provavelmente, surgiu da anormal pressa com que se elaborou e se editou aquela Lei, o que foi duramente criticado por Manoel Pedro Pimentel (1987, p.11).

## 3. Da importância da intenção do agente no momento da prática da conduta típica

Sabido que, entre as maiores conquistas do direito penal brasileiro, está o princípio da subjetividade da conduta, do qual decorrem duas assertivas: a) ninguém pode ser condenado sem o prévio cometimento consciente de ato comissivo ou omissivo penalmente reprovável; e b) a responsabilidade deve ser individualizada e depurada para fins de comparação com o tipo penal.

Muito se discute acerca da natureza da responsabilidade penal adotada na Lei dos Crimes do Colarinho Branco – se subjetiva ou objetiva, ou seja, se dependente da apuração de dolo ou culpa, ou se satisfeita com a apuração do simples nexos de causalidade.

Entretanto, é opinião comum que o legislador penal pátrio, no tocante à apreciação da prática criminosa, acata e louva, por tradição, a teoria finalista sobre a conduta. Assevera Júlio Fabrini Mirabete:

“... como todo comportamento do homem tem uma finalidade, a conduta é uma atividade final humana e não um comportamento simplesmente causal. Como ela é um fazer (ou não fazer) voluntário, implica necessariamente uma finalidade. Não se concebe vontade de nada ou para nada, e sim dirigida a um fim. A conduta realiza-se mediante a manifestação da vontade dirigida a um fim” (1998, pp. 98/99).

Ora, relativamente aos crimes previstos no art. 4º da Lei do Colarinho Branco, não poderia ser diferente: também naqueles casos far-se-á mister, para a imputação de responsabilidade e mesmo para a caracteriza-



ção do tipo, que a intenção do acusado seja devidamente verificada, dentro dos estreitos limites componentes do dolo direto ou do dolo eventual, sendo ainda certo que, intrinsecamente no Direito Penal brasileiro, vige o princípio geral de que a modalidade culposa só é punível em havendo expressa previsão legal.

Saliente-se que, quando o art. 25 da Lei nº 7.492/86 aponta responsabilidade penal sobre os administradores, controladores e gerentes da Instituição Financeira, naturalmente o faz sob mera intenção indicativa, sem o condão de afastar a necessária perquirição dos poderes estatutários do acusado para o conhecimento e a perpetração do ato criminoso - e ainda assim, frise-se, será condição imprescindível para o decreto condenatório a comprovação da efetiva autoria do crime financeiro.

Aliás, no tocante à responsabilidade penal objetiva, emitiu interessante opinião o respeitado doutrinador Damásio E. de Jesus, *in verbis*:

“Hoje, com a introdução do princípio do estado de inocência em nossa Const. Federal, segundo o qual ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória’ (art. 5º, LVII), essas disposições, na parte em que admitiam a responsabilidade penal objetiva, podem ser consideradas derogadas, uma vez que ele é incompatível com a presunção de dolo ou culpa” (1995, p. 399).

#### 4. *Gestão fraudulenta: aspectos conceituais e distintivos*

A gestão fraudulenta em Instituição Financeira pode ser tida como o recurso a qualquer tipo de ardid, sutileza ou astúcia hábil a dissimular o real objetivo de um ato ou negócio, com o que se busca ludibriar as autoridades monetárias ou mesmo aqueles que mantêm relação jurídica com o agente criminoso (correntistas, poupadores, investidores, etc.). Paschoal Mantecca, comentan-

do o já referido antecedente legislativo do art. 4º da Lei nº 7.492/86, qual seja, o inciso IX do art. 3º da Lei nº 1.521/51, afirma que a gestão fraudulenta

“caracteriza-se pela ilicitude dos atos praticados pelos responsáveis pela gestão empresarial, exteriorizada por manobras ardilosas e pela prática consciente de fraudes” (1985, p. 41).

Observe-se, assim, que a gestão fraudulenta traz mais que um excesso de risco. O tipo exige um dolo específico, ou seja, uma vontade consciente do agente de praticar ato que dará aparência de legalidade a negócio ou situação jurídica que, em sua natureza, é ilegal. Aqui o conceito de fraude, pois, é mais abrangente que o do Código Civil brasileiro, uma vez que ocorre na própria dissimulação de objetivos, no tangenciamento de normas e na deliberada ludibriação de outrem.

Por isso que a gestão fraudulenta é sempre um crime que serve para ocultar outro crime, ou um ilícito administrativo. Ressalte-se que não se trata de crime-meio, não integra e nem é absorvido pelo crime final, como o seria, por exemplo, a lesão corporal causada à vítima de homicídio.

De fato, em várias ocasiões, o crime de gestão fraudulenta serve à ocultação de um empréstimo vedado (art. 17 da Lei nº 7.492/86). Exemplo disso ocorre quando a Instituição Financeira, mediante operações triangulares, e utilizando-se de interpostas pessoas físicas ou jurídicas (“laranjas”), culmina em transferir dinheiro para um administrador ou para uma outra empresa integrante do mesmo grupo econômico. Nesse caso, incide, quanto ao empréstimo ilegal em si, o referido art. 17, mas, quanto ao conjunto dos atos dissimulatórios – ou seja, as operações triangulares e os artifícios contábeis de orquestração nos empréstimos aos “laranjas” –, incide o *caput* do art. 4º da Lei nº 7.492/86 – crime de gestão fraudulenta.

Vale ressaltar que, nos moldes atuais, o crime de gestão fraudulenta é de mera conduta, em que “a lei não exige qualquer resultado naturalístico, contentan-

do-se com a ação ou omissão do agente” (Mirabete, 1998, p. 130).

Efetivamente, ao contrário do que dispunha o art. 3º, IX, da Lei nº 1.521/51, exige-se aqui apenas a prática consciente da gestão ilícita, para o pronto enquadramento. O objetivo escuso que ensejaria os atos fraudulentos, repita-se, pode ou não vir a ser alcançado, sendo bastante o recurso ao manto de atos aparentemente normais, mas que na verdade encobrem, arditosamente, a busca de um fim legalmente vedado.

### 5. *Gestão temerária: aspectos conceituais e distintivos*

A gestão temerária, segundo Rodolfo Tigre Maia, parte de um conceito “normativo-cultural”, presente em outras disposições penais, como, por exemplo, o art. 219 do Código Penal (“Raptar mulher honesta...”) (1996, pp. 59/60). Encerra-se no tipo, pois, o que se pode chamar conceito subjetivo, que muito aproveita dos costumes e do senso comum da sociedade. Apesar da certa dose de subjetividade, o tipo previsto no parágrafo único do art. 4º da Lei nº 7.492/86 não fere o princípio da legalidade, conforme já decidiu a 2ª Turma do Eg. TRF 5ª Região, quando do julgamento do HC nº 500.038-CE (Rel. Juiz José Delgado, DOE 3-2-90).

Comentando o dispositivo análogo contido na Lei dos Crimes contra a Economia Popular (art. 3º, inc. IX), assenta Paschoal Mantecca que

“a gestão temerária traduz-se pela impetuosidade com que são conduzidos os negócios, o que aumenta o risco de que as atividades empresariais terminem por causar prejuízos a terceiros, ou por malversar o dinheiro empregado na sociedade infratora” (1985, p. 41).

A princípio, consigne-se que o risco é algo absolutamente normal, e até necessário dentro de uma gestão ativa de Instituição Financeira. O jogo de mercado e a natureza dos produtos exige desenvoltura e

perspicácia, como numa aposta em que se pode, legitimamente, ganhar ou perder. O que deve ser observado, todavia, é que as Instituições Financeiras, em sua maioria, não trabalham com dinheiro próprio, mas com o dinheiro dos correntistas e investidores, entregues em fidúcia.

Daí a pertinência e a justificação do tipo penal em tela. A Instituição Financeira, uma intermediária, necessita estar submetida a certos limites de atuação na gestão do patrimônio alheio. O risco, assim, é válido e plenamente aceitável enquanto subscrito à normalidade de um investimento ou de um produto mercadológico, devendo-se considerar a exigência do nível de cautela não sob a ótica do homem comum (*hominus medius*), e sim sob a ótica do próprio mercado financeiro.

Essa a razão das Resoluções do Conselho Monetário Nacional (CMN) e Circulares do Banco Central do Brasil que estabelecem princípios e limites ao empenho de pecúnia, como a seletividade de investimentos, a diversificação dos riscos, a multiplicidade de clientes e a obrigatoriedade de respeito a garantias e requisitos básicos nas operações de abertura de crédito pré-aprovado e nos financiamentos. Referidos postulados zelam por um fator de cautela imposto após estudos abstratos acerca do nível mínimo de segurança, necessário, em tese, à perenidade e à credibilidade das Instituições Financeiras nacionais e, conseqüentemente, de todo o Sistema Financeiro Nacional.

Isso significa que não se pode punir por gestão temerária, por exemplo, os administradores de um banco que sofrera perdas irreversíveis por causa de um investimento de alto risco, desde que a intenção fosse apenas angariar lucros na operação, e não tripudiar com o dinheiro alheio. A situação se inverte, todavia, caso fique comprovada a inobservância aos requisitos básicos supra-referidos, hipótese na qual se aceitara, implícita e temerariamente, que o fracasso da

empreitada levasse à dangerosa situação de insolvência.

Finalmente, o crime de gestão temerária também é de mera conduta, podendo ou não vir a se concretizar o efetivo prejuízo, bastando, para o enquadramento penal, a efetiva manutenção da Instituição Financeira em “corda circense”, o que sobremaneira repugna à relevantíssima solidez sistêmica. Importante destacar que, na gestão temerária, o agente não tenciona ocultar ou alcançar tangencialmente um negócio ilícito – apenas atua com notável exagero e inaceitável impetuosidade em situações que seriam inicialmente corriqueiras (aplicações, abatimento de dívidas, resgate de investimentos, etc.).

Como exemplos práticos comuns de gestão temerária, tem-se a realização de empréstimos sem as garantias de praxe do mercado, o perdão extremoso e inusitado de encargos de empréstimos, o financiamento de campanha política com recursos da Instituição Financeira e, até mesmo, o trato contumaz com empresas sem qualquer confiança no mercado, o que reafirma a diferenciação básica entre a gestão fraudulenta e a gestão temerária: naquela se pratica atos ardilosos e bem orquestrados para a efetivação oculta de negócio naturalmente ilegal, enquanto nesta se submete a riscos excessivos e irresponsáveis o patrimônio dos correntistas e investidores, que outrora confiaram nos freios de ousadia da Instituição Financeira.

## 6. Conclusão

Os crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária em Instituição Financeira encerram conceitos efetivamente distintos, fulcrados principalmente no *animus* do agente – a busca de encobrir ou alcançar negócio ilícito, para o primeiro tipo penal, e a situação de aventura com o dinheiro dos correntistas e investidores, para o segundo.

*Latu sensu*, a questão da reprovabilidade da gestão virulenta em Instituições Financeiras é sustentada na contrariedade direta às proibições ou limitações fixadas em Leis, Resoluções do Conselho Monetário Nacional e Circulares do Banco Central, especialmente em face da credibilidade de que o mercado financeiro necessita para cumprir o seu papel no incremento e aprimoramento da sociedade de produção e consumo, o que, em última análise, é essencial para a concretização do sonho de desenvolvimento industrial e tecnológico de um país.

## Bibliografia

- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal - Parte Geral*. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MANTECCA, Paschoal. *Crimes contra a economia popular e sua repressão*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

# A inversão do ônus da prova na ação civil pública proposta pelo Ministério Público em defesa dos consumidores

Plínio Lacerda Martins

## Sumário

1. Introdução. 2. O Ministério Público e a relação de consumo. 3. Da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor. 4. Do Ministério Público como legitimado à propositura da ação civil pública em defesa do consumidor. 5. Do direito do consumidor como direito de terceira geração. 6. Do ônus da prova no processo civil. 7. Inversão do ônus da prova – momento processual. 8. Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. 9. Do princípio da inversão do ônus da prova do Código de Defesa do Consumidor na ação civil pública proposta pelo Ministério Público. 10. Da verossimilhança. 11. Do inquérito civil público como início de prova e constatação da verossimilhança. 12. Conclusão.

## 1. Introdução

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), foi assegurado ao consumidor como direito básico a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências (art. 6º, VII, do CDC).

A Lei 8.078/90 incorporou ao sistema jurídico brasileiro um avanço ao direito, adequando normas a situações que clamavam por uma tutela jurídica.

O trabalho desenvolvido procura demonstrar a importância do inquérito civil

---

Plínio Lacerda Martins é Professor de Direito do Consumidor da UGF e Promotor de Justiça.

---

Tese apresentada no IV Congresso do Ministério Público do Estado de Minas Gerais realizado no Rio de Janeiro/99.

público como instrumento de colheita de provas, demonstrando a verossimilhança do fato reclamado em juízo, por meio do ajuizamento da ação civil pública.

Abordaremos neste trabalho a responsabilidade civil do fornecedor no Código de Defesa do Consumidor; a legitimação do MP para a propositura da ação civil pública envolvendo relação de consumo coletiva; os direitos do consumidor como direito de terceira geração; o ônus da prova no processo civil, o momento da inversão no CDC, quando o Ministério Público propõe ACP e o inquérito civil público como início de prova e constatação da verossimilhança.

## 2. O Ministério Público e a relação de consumo

O desafio do presente trabalho consiste em demonstrar que o Ministério Público, ao propor ação civil pública com base nos autos do inquérito civil público envolvendo conflito na relação de consumo coletiva, possui direito à inversão do ônus da prova, considerando a verossimilhança da alegação consubstanciada nos fatos e provas constantes no inquérito civil.

É cediço que o Ministério Público ao propor ação civil pública o faz, em sua maioria das vezes, acompanhado do instrumento de convicção e reunião de provas denominado *inquérito civil público*. Resta saber se a ação apresentada em juízo acompanhada do inquérito civil público irá proporcionar a inversão do ônus da prova para o autor.

O art. 6º, VII, da Lei 8.078/90 estabelece que o juiz poderá inverter o ônus da prova quando o consumidor for hipossuficiente ou quando reconhecer a verossimilhança do direito invocado.

Prescreve o art. 6º, VII, do codex citado:

“Art. 6º – São direitos básicos do consumidor:

- *omissis*

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo

civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;”

Resta saber qual o momento próprio para a inversão do ônus da prova na ação civil pública.

Arrimado a este fato, constata-se que a responsabilidade dos fornecedores no CDC é objetiva.

Daí a abordagem preferida, que acredito com os riscos de incidir em equívocos, habilitar a afirmação de que o Ministério Público possui o direito à inversão do ônus da prova a partir da inicial, quando proposta ação civil pública com base nos autos do inquérito civil público envolvendo conflito nas relações de consumo.

## 3. Da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor

É notório que, no âmbito da relação de consumo, vigora a responsabilidade civil objetiva, prevista expressamente no Código de Defesa do Consumidor, envolvendo o fornecimento de produtos/serviços.

Na forma que dispõe a norma consumerista, o fornecedor é responsável pelo fato (art. 12/14 do CDC) e pelo vício do produto ou serviço (art. 18/20 do CDC), envolvendo um acidente de consumo por defeito ou mesmo por vício de qualidade/quantidade. Destarte, o fornecedor responde pelos danos causados aos consumidores de forma objetiva, excluindo a lei os casos de atribuição de responsabilidade subjetiva (tais como a do profissional liberal, art. 14, § 4º; das sociedades coligadas, art. 28, § 4º...).

Como consequência da adoção da responsabilidade civil objetiva do fornecedor decorre o dever de indenizar ou a obrigação destinada pela lei do consumidor, assegurada na hipótese de obrigação de fazer a tutela específica, na forma do art. 84 do CDC.

Registre-se que, em matéria de responsabilidade civil por dano provocado ao consumidor numa relação de consumo, o fornecedor responde, independentemente

da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos ou vícios decorrentes do produto/serviço, sendo necessária a prova do dano e do nexo causal, fatos esses solidificados nos autos do inquérito civil público, acostado aos autos da ação civil pública proposta pelo Ministério Público.

#### *4. Do Ministério Público como legitimado à propositura da ação civil pública em defesa do consumidor*

A Constituição Federal estabelece, no art. 129, III, que são funções institucionais do Ministério Público a promoção do inquérito civil público e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Prescreve o art. 82 do CDC que o Ministério Público possui legitimidade para a propositura da ação civil pública em defesa dos interesses e direitos dos consumidores a título coletivo. A legitimação do Ministério Público para o ajuizamento da ação civil pública é considerada pela doutrina como legitimação concorrente e disjuntiva, conforme os ensinamentos de Nelson Nery<sup>1</sup>.

Luiz Renato Topan afirma que ao Ministério Público foi outorgada essa “representatividade”, qual seja, a legitimação extraordinária para buscar a tutela necessária à efetiva proteção dos direitos do consumidor, contando para tanto com instrumentos adequados, pré-processuais – inquérito civil – e judiciais – ação civil pública<sup>2</sup>.

#### *5. Do direito do consumidor como direito de terceira geração*

Marshall, na sua obra clássica “Cidadania, Classe Social e Status”, afirma que a cidadania seria composta dos direitos civis (direito de liberdade, de igualdade, de propriedade, de segurança, direito à vida) e direitos políticos (participação política e

eleitoral), direitos de primeira geração, e dos direitos sociais (direito ao trabalho, saúde, educação), direitos da segunda geração, e, finalmente, na segunda metade do nosso século, surgiram os chamados *direitos de terceira geração*.

O magistério de Ruiz Miguel (em sua obra jurídica “La justicia de la guerra y de la paz, Cuadernos de filosofía del derecho...”) vem incluir, nos direitos de terceira geração, os direitos à paz, *os do consumidor*, *à qualidade de vida*, *à liberdade de informação*, destacando como direitos da terceira geração os direitos em que o sujeito é deslocado do indivíduo para os grupos sociais (família, povo, nação, humanidade).

Sendo o direito do consumidor um direito de terceira geração, não se justifica ainda o tratamento análogo aos direitos das gerações passadas.

É cediço que o Código de Processo Civil possui normas para solucionar conflitos de natureza individual, vale dizer, não contempla as hipóteses de solução de conflitos de interesses/direitos coletivos.

O Código de Defesa do Consumidor, reconhecendo a insuficiência dessa tutela, criou mecanismos processuais para a defesa dos interesses metaindividuais.

Ada Pellegrini Grinover, citando Barbosa Moreira, menciona os esforços pela transformação do processo individualista, cunhado para acudir a conflitos de interesses individuais, num processo social, adequado à sociedade contemporânea, sendo que, de um lado, o processo desperta para a necessidade de assegurar a tutela jurisdicional a conflitos de interesses que, por sua dimensão metaindividual, mal se acomodam no quadro dos esquemas processuais clássicos; de outro lado, busca imprimir ao próprio tratamento dos conflitos interindividuais feição mais consentânea com certas exigências básicas do Estado social de direito, facilitando o acesso à justiça, de modo a tornar operativo o princípio no plano substancial<sup>3</sup>.

Nesse enfoque, restou demonstrado que o CPC foi planejado para a composição de conflitos de direitos individuais e não coletivos, razão da necessidade de adaptação às normas de tutela coletiva, tais como a inversão do ônus da prova.

#### 6. Do ônus da prova no processo civil

A regra processual impõe ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito (art. 333, I, do CPC).

O art. 332 do CPC estabelece:

“Art. 332 – Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”

O Código do Consumidor estabelece, no art. 6º, VIII, a possibilidade da inversão do ônus da prova para a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, desde que verificada a verossimilhança do fato alegado ou a hipossuficiência do consumidor.

Resta saber qual o momento próprio para a inversão do ônus da prova, proposta pelo consumidor numa ação individual ou mesmo coletiva envolvendo uma relação de consumo.

#### 7. Inversão do ônus da prova – momento processual<sup>4</sup>

O Professor da UERJ Carlos Roberto Barbosa Moreira, em palestra proferida no Encontro do Consumidor na EMERJ, promovido pelo BRASILCON, afirmou que existem três correntes a respeito do momento próprio para a inversão do ônus da prova.

A primeira corrente é sustentada inclusive pelo jurista Candido Rangel Dinamarco, que admite a inversão do ônus da prova por ocasião da sentença, fundamentando que se trata de regras de julgamento, competindo ao juiz inverter o ônus da prova após o término da instrução e por ocasião em que o juiz for proferir a sentença.

Tal entendimento é também o da jurista Ada Pellegrini Grinover, que ensina que o

momento processual para a inversão do ônus da prova é quando o juiz sentencia, fundamentando tratar-se de regras de juízo<sup>5</sup>.

No mesmo sentido é o posicionamento de Cecília Matos<sup>6</sup>, citando a obra de Leo Rosemberg<sup>7</sup>, ao afirmar que, analisando as provas do processo, aplicará o julgador as presunções e regras de experiência, em que poderá presumir a verossimilhança da existência de um direito alegado não provado.

Essa corrente recebe resistência do festejado doutrinador José Carlos Barbosa Moreira, inadmitindo que o momento processual próprio para o juiz proceder à inversão do ônus da prova seja por ocasião da sentença<sup>8</sup>.

Também é contrário ao momento da inversão do ônus da prova por ocasião da sentença o doutrinador Carlos Roberto Barbosa Moreira, tecendo críticas a essa corrente em razão da ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa<sup>9</sup>.

A segunda corrente mencionada pelo Professor Carlos Roberto é a corrente que admite a inversão do ônus da prova por ocasião da inicial, sendo que essa corrente é contestada por este e não possui aceitabilidade na doutrina, talvez por ausência de elementos a justificar a inversão.

A última corrente admite a inversão do ônus da prova por ocasião da instrução, ocasião em que o juiz fixará os pontos controvertidos para o deferimento da prova. Assegura o jurista Carlos Roberto que esse momento é ideal para a inversão do ônus da prova, haja vista que já foi instaurado o contraditório e que o juiz já possui elementos suficientes para o reconhecimento da hipossuficiência do consumidor ou mesmo da verossimilhança.

Prescreve o art. 331, § 2º, do CPC:

“Art. 331 – Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de 30

(trinta) dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 1º – *omissis*

§ 2º – Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.”

Antonio Gidi, em artigo publicado na Revista Direito do Consumidor, entende que o momento propício para a inversão do ônus da prova é por ocasião do despacho saneador<sup>10</sup>.

### 8. Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor

José Geraldo Brito Filomeno assevera que talvez a grande novidade, isto sim, seja o direito previsto no inc. VIII do mencionado art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, quando fala da inversão do ônus da prova, a seu favor, mas apenas no processo civil quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação do consumidor, ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência<sup>11</sup>.

Cecília Matos, em sua dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, afirma que a prova destina-se a formar a convicção do julgador, que pode estabelecer com objeto do conhecimento uma relação de certeza ou de dúvida. Conceituando como risco sobre a parte por não apresentar a prova que lhe favoreça, as normas de distribuição do ônus da prova são regras de julgamento utilizadas para afastar a dúvida, afirma Cecília; sendo que, nesse enfoque, o CDC, prevê a facilitação da defesa do consumidor por meio da inversão do ônus da prova, adequando-se o processo à universalidade da jurisdição, já que o modelo tradicional mostrou-se inadequado às sociedades de massa<sup>12</sup>.

### 9. Do princípio da inversão do ônus da prova do Código de Defesa do Consumidor na ação civil pública proposta pelo Ministério Público

É cediço que a inversão do ônus da prova consagrada como garantia fundamental do consumidor (art.6º, VIII, do CDC) é, na realidade, um princípio processual, no qual possui imediata aplicação a Lei de Ação Civil Pública. Prescreve o dispositivo previsto no art. 21 da LACP, acrescentado pelo art. 117 do CDC:

“Art. 21 – Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.”

Respeitando as correntes doutrinárias a respeito do momento processual da inversão do ônus da prova, necessário tecer considerações do momento processual para a inversão do ônus da prova na ação civil pública, quando a ação é proposta pelo Ministério Público em defesa dos interesses e direitos dos consumidores, com base no inquérito civil público.

É verdadeira a premissa que o Ministério Público quando propõe ação civil pública, é considerado como parte qualificada, sendo portanto imparcial, em busca do interesse social coletivo e, por que não dizer, também em alguns casos, a favor do próprio interesse público. Pois bem, nesse sentido não se justifica atribuir a inversão do ônus da prova nos moldes tradicionais do processo civil, destinada a solução de conflitos individuais. Conforme foi mencionado, o direito do consumidor é um direito de terceira geração, sendo necessário o reconhecimento pelo juiz desse avanço processual a favor da tutela dos direitos dos consumidores, haja vista que a Constituição Federal garante o direito de acesso à Justiça dos consumidores.

O direito de acesso à Justiça, arrimado ao fato da facilitação da defesa dos consu-



midores, não tem sentido se o instrumento processual utilizado não for adequado e eficaz, consistindo em dificuldade de acesso à Justiça.

Ada Pellegrini acentua que a idéia de acesso à Justiça não mais se limita ao mero acesso aos tribunais, não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa<sup>13</sup>.

Se o inquérito civil já possui provas suficientes do dano causado aos consumidores pelo fornecedor, laudos periciais, documentos, certidões, etc., por que não inverter o ônus da prova a partir da inicial da ação civil pública proposta pelo *Parquet*?

A tese sustentada é que a inversão do ônus da prova é um direito básico do consumidor e, sempre que for comprovada a hipossuficiência ou verossimilhança da alegação do consumidor, o juiz deverá inverter o ônus da prova. Dessa forma, não fica a critério do juiz inverter o ônus da prova; somente ao verificar os requisitos da verossimilhança e hipossuficiência do consumidor deve inverter a prova, pois a inversão do ônus não opera como regras *ope judicis* e sim regras *ope legis*.

Nesse sentido, o doutrinador Antonio Gidi afirma que o juiz não possui “o poder discricionário de inverter ou não o ônus da prova em favor do consumidor”, lecionando que, “com efeito, não diz a lei que fica a ‘critério do Juiz’ inverter o ônus da prova. O que fica a critério do Juiz (*rectius*, a partir do seu livre convencimento motivado) é a tarefa de aferir, no caso concreto levado à sua presença, se o consumidor é hipossuficiente e se a sua versão dos fatos é verossímil”; concluindo que o papel do magistrado é meramente de aferir a presença dos requisitos impostos pelo CDC<sup>14</sup>.

A bem da verdade, é lícito ao juiz não somente inverter o ônus da prova, com base no inquérito civil público, em razão da verossimilhança, mas inclusive proceder a antecipação da tutela nos moldes do dispo-

sitivo previsto no art. 273 do CPC, desde que preenchidos os requisitos legais exigidos no dispositivo citado.

### 10. Da verossimilhança

Antonio Gidi afirma que verossímil é o que é semelhante à verdade, o que tem aparência de verdade, o que não repugna a verdade, enfim, o provável. Sustenta ainda Antonio Gidi que é possível fazer uma aproximação entre a verossimilhança das alegações do consumidor e o *fumus boni juris* do processo cautelar, no qual, seria por assim dizer, uma espécie de *fumus boni facti*<sup>15</sup>.

O art. 6º, VIII, do CDC estabelece que o juiz poderá inverter o ônus da prova no processo civil quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação.

Também o art. 273 do ordenamento processual civil menciona a respeito da relevância da verossimilhança para o deferimento da tutela antecipada, prescrevendo o dispositivo legal *in verbis*:

“O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e...”

Registra-se que a verossimilhança possui papel relevante para a inversão do ônus da prova, bem como para a tutela antecipada, desde que preenchidos os demais requisitos da lei processual (fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, abuso de direito de defesa, etc.).

É necessário, ainda, consignar que a decisão de inversão do ônus da prova em razão da probabilidade do fato alegado pelo consumidor não implica dizer que o juiz irá proceder um julgamento prévio sobre o mérito decidindo a causa a favor do consumidor. Estará apenas o juiz facilitando a defesa dos direitos do consumidor, com base nas provas apresentadas no inquérito civil público, admitindo prova em contrário.

## 11. Do inquérito civil público como início de prova e constatação da verossimilhança

### 11.1. Do conceito de inquérito civil público

Luiz Renato Topan, em artigo publicado no Livro de Estudo Jurídicos, afirma que o inquérito civil público é um instrumento de colheita e análise de elementos tendentes a formar a convicção de seu órgão de execução para a propositura da ação civil pública, citando a doutrinadora Ada Pellegrini Grinover, que prefere denominar o inquérito como procedimento administrativo preliminar, configurando de fundamental importância para garantir-lhe eficácia uma efetiva investigação<sup>16</sup>.

### 11.2. O inquérito civil público – comprovação do dano e nexa causal – verossimilhança – início de prova material

A Lei da Ação Civil Pública (7.347/85) estabelece, no art. 8º, § 1º, que o Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis, sendo função institucional consagrada no texto constitucional a promoção do inquérito civil público pelo Ministério Público, *ex vi* do art. 129, III, da CF.

Desnecessário mencionar que os elementos de provas colhidos nos autos do inquérito civil público têm caráter material, conferindo a presunção de veracidade (*iuris tantum*).

A doutrina consagra que o Ministério Público é reconhecido como parte qualificada e, portanto, imparcial, sendo que a prova colhida pelo Ministério Público nos autos do inquérito civil público é desprovida de interesse outro que não seja o interesse público.

É interessante destacar que o inquérito civil público deverá comprovar o dano praticado aos consumidores em nível

coletivo, bem como o nexa causal, sendo certo que a responsabilidade civil é objetiva, arrimado ao fato de que as provas colhidas não necessitam, em regra, de renovação em juízo, a semelhança do que ocorre no inquérito policial na esfera do processo penal, em que as provas materiais não são repetidas (ACD, laudo pericial, etc.).

No caso do inquérito civil público, sustentamos que, na ação civil pública proposta, acompanhada desse instrumento, deverá o juiz, a partir da inicial, proceder à inversão do ônus da prova na forma do art. 6º, VIII, do CDC em razão da verossimilhança demonstrada nos autos do inquérito civil, que, na maioria das vezes, já comporta provas técnicas, com laudos periciais idôneos, etc.

## 12. Conclusão

Facilitação da defesa implica celeridade da prestação jurisdicional. Já não mais faz sentido a máxima “a Justiça tarda mais não falha”. Se a Justiça tarda numa providência a título coletivo, envolvendo uma relação de consumo, esta já falhou!

Não se justifica mais o retardo da prestação jurisdicional ao argumento do cumprimento do rito ordinário para as ações individuais nem a inversão do ônus da prova após o contraditório ou mesmo por ocasião da sentença como sendo regras de juízo ou mesmo de experiência. É necessário reconhecer o direito do consumidor como direito de terceira geração, direito moderno, que acrescentou inúmeras transformações no ordenamento jurídico material e processual.

Temos asseverado que o inquérito civil público possui elementos de provas que têm caráter material de presunção de veracidade e que é despiciendo a renovação dessas provas em juízo, à semelhança do que ocorre no inquérito penal: tais como laudos periciais, exames, certidões e periciais colhidas no inquérito civil, haja vista que foram efetivadas por órgão público de idoneidade.

Note-se que o direito do consumidor é um direito de terceira geração, não podendo ser restringido com base em normas instrumentais de composição de conflitos individuais e não metaindividuais, sendo certo que o art. 90 do CDC estabelece

“Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de junho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.”

Tendo em vista que o CDC, no art. 6º, VIII, prevê como direito básico do consumidor o direito à inversão do ônus da prova no processo quando a alegação for verossímil, facilitando assim a defesa dos direitos dos consumidores e que essa inversão, ao nosso juízo, é *ope legis* e não *ope judicis*, não se justifica a não inversão do ônus da prova quando comprovada a verossimilhança ou mesmo a hipossuficiência.

Como vimos, o inquérito civil público se destina à colheita de provas, tais como documentos, certidões, exames e laudos periciais, contendo elementos necessários da prova do dano e do nexa causal, comprovando a alegação verossímil do fato ajuizado. Ora, se a ação civil pública proposta pelo Ministério Público tem por fundamento o inquérito civil público e este já contém essas provas, por que não inverter o ônus da prova a partir da inicial da ação proposta?

Acrescente-se ainda o fato de que a responsabilidade civil do fornecedor é objetiva, na forma da lei consumerista, consolidando em mais um argumento para a inversão do ônus da prova, além do fato do inquérito civil acompanhar a ação civil pública.

Desnecessário mencionar que a inversão do ônus da prova, em razão da probabilidade do fato alegado, não implica dizer que o juiz irá proceder um julgamento prévio sobre o mérito, decidindo a causa a favor do consumidor, consistindo apenas na facilitação da defesa dos direitos deste, com base nas provas apresentadas no inquérito civil público e na responsabilidade objetiva do fornecedor, admitindo prova em contrário.

Em verdade, no magistério de José dos Santos Carvalho Filho, a ação civil pública admitiu dois tipos de tutela: a tutela repressiva e a tutela preventiva, ou seja: a ação civil pública pode ter por objeto a condenação de dinheiro (indenizatória) ou a cominação a que se abstenha de fazer alguma coisa (obrigação de fazer), sendo que neste último é assegurada pelo CDC inclusive a execução específica na forma do art.84 do *codex* citado<sup>17</sup>.

Em face do exposto, considerando que o juiz poderá inverter o ônus da prova quando comprovada a verossimilhança e que o inquérito civil público possui provas suficientes para a comprovação do fato verossímil; recomenda-se, para aprovação, a seguinte ementa:

- O reconhecimento da inversão do ônus da prova a partir da inicial, em favor da parte autora no processo civil, por ocasião do ajuizamento da ação civil pública proposta pelo *Parquet* com base no inquérito civil público, admitindo assim a verossimilhança da alegação com base nas provas apresentadas no inquérito, envolvendo um conflito coletivo de consumo.

## Notas

<sup>1</sup> Nelson Nery Júnior. *Código de Processo Civil Comentado*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1997. p.1395.

<sup>2</sup> Luiz Renato Topan. Do controle prévio e abstrato dos contratos de adesão pelo Ministério Público. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: [s.n.], v. 6. 1993. p.161.

<sup>3</sup> Ada Pellegrini Grinover. *O processo em Evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p.13.

<sup>4</sup> Nesse sentido, a jurisprudência tem firmado o seguinte entendimento em relação à inversão do ônus da prova: “A inversão do ônus da prova em ação que envolve relação de consumo e sujeita às regras do Código de Defesa do Consumidor deve ser realizada pelo Juiz na fase de saneamento, sob pena de surpreender o réu no julgamento da demanda” (TAPR, Ap. Cív. 95706-4, Curitiba, Rel: Juiz conv. Lauro Laertes de Oliveir, Julg. em 29/10/96, *Jurisprudência Brasileira*, vol. 181 pag. 185).

<sup>5</sup> Ada Pellegrini Grinover,...[et al]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do*

anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 494.

<sup>6</sup> Cecília Matos. O Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.11, 1994. p. 161/169.

<sup>7</sup> Leo Rosemberg, La Carga de la prueba, Buenos Aires, Ediciones Juridicas Europa-America, 1956, tradução de Ernesto Krotoschin Gian Antonio Micheli. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, v. 11, 1994. p.164.

<sup>8</sup> José Carlos Barbosa Moreira. Julgamento e ônus da prova, *Temas de Direito Processual*, São Paulo: 2ª série, Saraiva, 1997, p.75/76.

<sup>9</sup> A defesa do Consumidor em juízo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 5, 1992, p.197.

<sup>10</sup> Antonio Gidi. Aspectos da inversão do Ônus da Prova no Código do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*. São Paulo: v. 13, 1995, p.39.

<sup>11</sup> José Geraldo Brito Filomeno, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto. op. cit.*, p.19.

<sup>12</sup> Cecília de Matos, ob.cit. por José Geraldo Brito Filomeno. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores, op. cit.*, p.199.

<sup>13</sup> Ada Pellegrini Grinover. *O Processo Em Evolução.op. cit.*,p.115.

<sup>14</sup> Antonio Gidi. *op. cit.* p.36.

<sup>15</sup> *Id. Ibid.* p.35.

<sup>16</sup> Do Controle Prévio e Abstrato dos Contratos de Adesão pelo Ministério Público. *Livro de Estudos Jurídicos*, Rio de Janeiro: v. 4. 1992. P. 85.

<sup>17</sup> José dos Santos Carvalho Filho. *Ação Civil Pública Comentários por Artigo*. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1995.

### Bibliografia

BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos*. Tradução por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: comentários por Artigo*. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1995.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Ada Pellegrini Grinover, Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1998.

GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do Ônus da Prova no Código do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*. São Paulo: [s.n.], v. 13, 1995.

GRECO, Leonardo. Acesso à Justiça no Brasil. *Revista Ciências Sociais – Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Editoria Central da Universidade Gama Filho, dezembro, 1997. Edição especial.

GRINOVER, Ada Pellegrini,...[et al]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

\_\_\_\_\_. *Novas tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

\_\_\_\_\_. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MATOS, Cecília de. O Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: [s.n.], v. 11, 1994.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. A defesa do consumidor em juízo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: [s.n.], 1992, p.197.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e Ônus da Prova. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1997. 2ª série.

ROBERT, Cinthia. *Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

ROSEMBERG, Leo. La Carga de la Prueba. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1956. Tradução de Ernesto Krotoschin Gian Antonio Micheli. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: [s.n.], v. 11, 1994.

TOPAN, Luiz Renato. Do controle prévio e abstrato dos contratos de adesão pelo Ministério Público. *Revista Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro: [s.n.], v. 4, 1992.

# Direitos do consumidor e direitos da personalidade: limites, intersecções, relações

Eduardo C. B. Bittar

## Sumário

1. Direitos do consumidor e direitos da personalidade. 2. Os direitos da personalidade nos direitos do consumidor. 3. A política do consumo: política de defesa de direitos da personalidade. 4. Conclusões.

### *1. Direitos do consumidor e direitos da personalidade*

Os direitos do consumidor, procurando-se abarcar com essa expressão a totalidade dos direitos conferidos aos consumidores pela legislação específica (Lei 8.078/90), representam, em parte, uma concretização de direitos da personalidade. Essa é a tese fundamental que estará a nortear a presente investigação. Ver-se-á, sobretudo, que a interligação desses ramos jurídicos não é mera questão teórica, mas que possui reflexos práticos, já reconhecidos, de grande valia. Assim, esta investigação, com proposta precisa, estabelece-se no sentido de delimitar o tema, verificando a relação existente entre os direitos do consumidor e os direitos da personalidade, assim como de enunciar os traços de uma Política Nacional de Relações de Consumo, a partir dos princípios erigidos pelo CDC.

Assim, está-se diante de temática extremamente delicada – e a primeira mostra disso é a própria discussão entre publicistas e privatistas acerca da natureza dos direitos do consumidor –, sendo que insta debater-

Eduardo C. B. Bittar é Membro-Consultor da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/SP, Doutorando pelo Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Professor de Introdução ao Estudo do Direito, Filosofia do Direito e Metodologia da Pesquisa Jurídica.

se o tema cunhando-se seus limites teóricos e práticos.

Nesse sentido, o que se deve trazer à baila são os conceitos que lastreiam as pressuposições a partir das quais se estabelecem os fundamentos dessa tese. De princípio, portanto, definir parece constituir atividade basilar na pesquisa do tema. Para isso, serão analisados ambos os extremos da relação que se pretende firmar entre direitos da personalidade, de um lado, e direitos do consumidor, do outro lado. Feitos esses reparos, partir-se-á para a discussão da espinha dorsal deste escrito.

Em um extremo da relação se encontram os direitos da personalidade, que se assumem como sendo os direitos da pessoa considerada em si mesma e, portanto, anteriores ao Estado. Nessa concepção acerca dos direitos da personalidade radica-se um essencialismo que permite identificar esses direitos como anteriores até ao Estado. Mais de perto ainda, pode-se afirmar com toda segurança que os direitos da personalidade são os direitos fundamentais vistos sob a ótica do direito privado<sup>1</sup>. Os direitos da personalidade qualificam-se a partir de caracteres bem definidos, tratando-se de direitos inatos, absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*<sup>2</sup>. Podem esses direitos intrínsecos à pessoa humana ser divididos em físicos (corpo, partes do corpo, membros, separados ou não, imagem, efígie...), psíquicos (liberdade, intimidade, sigilo...) e morais (identidade, honra, intelecto...)³.

Em outro extremo da relação encontram-se os direitos do consumidor, que são, ao reverso, os direitos atribuídos a uma categoria jurídica, a dos consumidores, como se desume da própria definição legal de consumidor,<sup>4</sup> estereotipada para fins jurídicos, com traços delimitados de forma artificial, e não natural. É a posição da pessoa (física ou jurídica) numa relação social (de consumo) que a define como consumidora de produto ou serviço. Essa concepção deriva, por-

tanto, não de um essencialismo, mas sim de uma necessidade de disciplina de um setor de relações, avassalado pelas dimensões quantitativas ditadas pelo capitalismo e pelo advento de avanços modernos na tecnologia, na produção, na informação, na circulação de bens, na publicidade e nas comunicações.

## 2. Os direitos da personalidade nos direitos do consumidor

Feitas essas considerações conceituais, que delimitam e informam, definindo premissas e estabelecendo conexões temáticas, deve-se dizer que os direitos do consumidor albergam, em sua textura, direitos da personalidade. São, mais propriamente, em parte, e não em sua totalidade, concretização de direitos da personalidade<sup>5</sup>. Prova disso é a extensa previsão legal existente, que garante ao consumidor a salvaguarda dos valores que o cercam na situação de consumo, todos protegidos legalmente (direito à vida, à saúde, à higidez física, à honra...) e devidamente instrumentalizados (ação de reparação por danos materiais e morais, ações coletivas para proteção de direitos difusos, procedimentos administrativos...).

Envolvem, portanto, os direitos do consumidor, valores transcendentais,<sup>6</sup> de modo que a regulamentação da matéria se estabelece no sentido da concretização de direitos constitucionalmente salvaguardados<sup>7</sup>. Esses valores mereceram o cuidado do legislador infraconstitucional quando da formulação da arquitetura dos direitos do consumidor.

É curioso notar a frequência de expressões vitais, como saúde, segurança...,<sup>8</sup> presentes no bojo da Lei 8.078/90 (“saúde e segurança dos produtos” – art. 8º; “perigo à saúde e segurança” – art. 9º; “periculosidade à saúde ou segurança” – art. 10º; “não oferece a segurança”, § 1º, art. 12; entre outras assemelhadas). Mas, não é sem menos que essas expressões circulam com facilidade no interior de artigos, incisos e alíneas, ou ainda encabeçando títulos e capítulos da

Lei. Isso porque se trata de âmbito em que a pessoa pode sofrer atentados de inúmeras naturezas a direitos de personalidade, uma vez inserida em relação de consumo.

O caráter invasivo das técnicas de comunicação, informação, produção e circulação de bens, publicidade... é que tem motivado com maior intensidade lesões a direitos da personalidade, sobretudo no âmbito das relações de consumo. Em face da multiplicidade de formas de contato consumerista, entre consumidor e fornecedor/prestador, uma série de lesões podem dar ensejo à invasão do terreno dos direitos personalíssimos (cobrança vexatória; acusação injusta de roubo ou furto; disparo indevido de alarme de segurança em estabelecimento comercial; inclusão de nome no SCPC; atendimento discriminatório; erros em diagnósticos médicos; operação estética mal-sucedida; falsa informação laboratorial sobre a condição físico-imunológica de paciente; desgaste em vôo turístico; batráquios e materiais repugnantes em bebidas ou comidas, entre outras hipóteses)<sup>9</sup>.

Uma das flagrantes hipóteses de proteção da personalidade, fragilizada nas relações de consumo, é a da reparação civil por danos morais, legalmente acolhida, no âmbito dos direitos do consumidor<sup>10</sup>. Efetivamente, a intimidade da relação existente entre os direitos da personalidade e a responsabilidade civil por danos de natureza moral é tamanha que se pode dizer que a responsabilização contribui como meio para a efetivação dos referidos direitos, não obstante nem toda lesão a direito da personalidade possa acarretar necessariamente dano moral<sup>11</sup>. De qualquer forma, o êxito da temática moral nessa área se deve exatamente ao fato de que, uma vez envolvidas as partes em uma relação de consumo, pode-se facilmente acarretar uma lesão a direito humano intrínseco, ou seja, a um dos protegidos direitos da personalidade. Nesse caso, impõe-se a *restitutio in integrum* do lesado.

O instrumental de que dispõe o consumidor nesse âmbito é exatamente a ação ci-

vil de reparação de danos morais por afetação da intimidade ou da reputação (arts. 76, 159, 1.056, 1.518/ 1.532 C.Civil; art. 5º CF 88; inc. VI, art. 6º CDC), cumulável ou não com a reparação por danos materiais (lucros cessantes e danos emergentes), que instrumentaliza, na relação processual, o direito material previsto pelo legislador<sup>12</sup>. Mostra dessa disposição protetiva na legislação é o constante da Lei 8.078/90, em seu art. 6º, inc. VI (“São direitos básicos do consumidor: a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”).

Trata-se de aparato processual que efetiva o dever de reparar, quando da afetação da moralidade. Aliás, no atual contexto histórico-social, a moralidade tem-se mostrado objeto frágil e, portanto, amplamente suscetível a sofrer danos, e isso em função de relações contratuais e extracontratuais, de modo que toda e qualquer conduta *contra ius*, afora as hipóteses de abuso de direito, caso fortuito, força maior e fato da vítima, enseja o direito à reparação civil por lesão a atributos da personalidade. Em caso de procedência da ação, analisada a questão prudencialmente pelo juiz, deve-se aquilatar a extensão da reparação de conformidade com a repercussão do fato, com o patrimônio do lesante e com a adequada averiguação da pessoa do lesado e de seu estatuto profissional, terreno em que o arbitramento livre, ao talante do juiz, deve-se pautar pela majoração proposital, forma de desestímulo de condutas similares<sup>13</sup>.

### 3. A política do consumo: política de defesa de direitos da personalidade

Nesse sentido é que a defesa do consumidor importa na criação de mecanismos administrativos, judiciais, associativos, regulamentares... no sentido da formação de uma cultura do consumo<sup>14</sup>. Essa cultura do consumo não se realiza sem a forte presença de uma política nacional de consumo, ou de relações de consumo, capaz de envolver

empresários, governo e consumidores num único movimento ritmado de conscientização<sup>15</sup>.

Assim, afirma-se aqui que a Política Nacional de Relações de Consumo, que vem exposta e discriminada nos arts. 4º e 5º da Lei 8.078/90, recebendo um capítulo específico (cap. II) para o tratamento da matéria, inserido que está dentro do Título I (“Dos Direitos do Consumidor”), está sobretudo voltada para o atendimento das necessidades dos consumidores, para o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, para a transparência e harmonia das relações de consumo, para a proteção dos interesses econômicos dos consumidores e melhoria de sua qualidade de vida (art. 4º)<sup>16</sup>. Em poucas palavras, é uma política essencialmente calçada na necessidade de formação de uma ideologia de respeito a direitos da personalidade. Porém, o simples fato de voltar-se para a proteção de alguns valores intrínsecos não significa que esteja maculada pelo intento obsessivo de torná-los tão inatingíveis que inviabilize sua realização prática. Prova disso é que essa política nacional se verte no sentido da realização de medidas de fortalecimento não do pólo consumerista, mas da “relação de consumo”, ou seja, do eixo do consumo, com seus pólos equilibrados, com sua estrutura, com suas práticas, com suas necessidades econômicas, etc.

Assim, pode-se dizer, a Política Nacional de Relações de Consumo institui a principiologia que haverá de reger o ramo, imprimindo-a para que seja cumprida pelo consumidor em face do Estado (arts. 4, inc. II; 82, inc. IV; 106, inc. II e 107), pelo consumidor em face da empresa (arts. 26, 27 e 49), pela empresa em face do consumidor (arts. 12 a 25; 29 a 41; 42; 51 a 54 e 61 a 80), pela empresa em face do Estado (arts. 55, 56, 57, 58, 59 e 61 a 80), pelo Estado em face da empresa (art. 4, incs. III, IV, V, VII e VIII) e pelo Estado em face do consumidor (arts. 4 e 5; 105 e 106; 43 e 44)<sup>17</sup>.

Assim, sistematicamente, a ideologia de uma política nacional de consumo envolve:

a) uma política nacional de desenvolvimento;

b) uma política nacional de proteção do consumidor;

c) uma política nacional de incentivo ao respeito dos direitos fundamentais;

d) uma política nacional de cultura (empresarial e consumerista) do consumo;

e) uma política nacional de estudos, informação e divulgação de dados do setor;

f) uma política nacional de fiscalização e efetivação de direitos neste setor<sup>18</sup>.

E a execução dessa(s) política(s) somente se viabiliza pela atuação concreta dos poderes públicos (Judiciário, Legislativo e Executivo, inclusive do Ministério Público), das empresas, dos sindicatos, associações, entidades de classe, dos consumidores, em conjunto, ou seja, na articulação de medidas e instrumentos de atuação que viabilizem sua integral implementação<sup>19</sup>.

#### 4. Conclusões

Tratou-se de afirmar e discutir a tese de que os direitos do consumidor envolvem alguns direitos da personalidade, sobretudo o direito à vida, à higidez física, à honra, à intimidade... cercando-os de efetiva proteção jurídica, material e processual, no âmbito das relações de consumo. Destacou-se sobremaneira o fato de que a personalidade é objeto de proteção na legislação dedicada à proteção do consumidor e à regulamentação das relações de consumo, e isso de várias formas, por variados mecanismos, dentro das órbitas federal, estadual, municipal, com atribuições distintas e concorrentes distribuídas entre os poderes públicos. Acentuou-se, no entanto, o importante papel levado a cabo pela ação civil de reparação por danos morais nas relações de consumo, e isso com o fito de se demonstrar uma aplicação prática da presença de direitos da personalidade nos direitos do consumidor.

Nesse passo, e a partir do desenvolvimento das idéias deste texto, pode-se afirmar que se trata de vislumbrar na “Política Nacional de Relações de Consumo” uma Política Nacional de Direitos da Personalidade nas relações de consumo, uma vez que



os direitos fundamentais que ganham guarida na Constituição Federal de 1988 se encontram efetivados em diversas dimensões, com inúmeros desfechos, traços próprios, matizes específicos que os singularizam, seja diante de categorias, seja para fins determinados, seja em relações específicas. Nesse sentido que se imprimiu à matéria, relevando-se alguns aspectos do temário, é que uma Política Nacional de Relações de Consumo pode representar uma Política Nacional de Incentivo ao respeito dos Direitos Fundamentais vertida para o âmbito das relações de consumo.

### Notas

<sup>1</sup> Essa posição, de extrema importância para a compreensão dos direitos em tela, é defendida por Carlos Alberto Bittar, *Os direitos da personalidade*, 2. ed. 1995. p. 22-23.

<sup>2</sup> *Ibid.* p. 11.

<sup>3</sup> *Ibid.* p. 17.

<sup>4</sup> Lei 8.078/90, art. 2º: Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final; § único: Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

<sup>5</sup> Essa preocupação quanto à topografia dos direitos da personalidade sempre foi recorrente entre os especialistas do assunto. Prova disso é o que afirma De Cupis: “Ao passo que a intervenção do legislador de direito privado tem sido bastante sóbria, são numerosas as normas penais que perseguem infrações cometidas contra bens aptos a ser reconhecidos como objeto de direitos da personalidade. Basta recordar as normas que infligem penas por homicídio, lesões pessoais, delitos contra a liberdade individual, a honra, a inviolabilidade dos segredos, e outras” (*Os direitos da personalidade*, 1961, p. 34). Se encontram esparsas por todo o ordenamento jurídico nacional as disposições que versam sobre direitos da personalidade, como faz notar Carlos Alberto Bittar ao elencar a legislação que contém disposições a este respeito (C.Civil; Dec. 24559/ 34; 8489/ 92; Lei 5.988/ 74, entre outras). Assim ocorre com direitos morais do autor, considerados direitos da personalidade, porém encartados e protegidos por legislação específica (Lei 9.610/ 98), com o direito ao sigilo, encartado e protegido por legislação específica... Uma exemplificação de tratamento cauteloso do legislador frente a uma lesão de direitos da personalidade estaria na

inibição da clonagem humana. Nessa perspectiva, consulte-se sobre a matéria Eduardo C. B. Bittar, *Clonagem: fenômeno e disciplina jurídica*, in *Reperatório IOB de Jurisprudência*, 2ª quinzena de junho de 1998, 12, 1998, texto 3/ 14482.

<sup>6</sup> A expressão é de Carlos Alberto Bittar, na seguinte reflexão: “São todos valores transcendentais, seja da personalidade humana, como definimos em nosso livro *Os direitos da personalidade* (como os da dignidade pessoal, da higidez física e mental), seja da vida em sociedade (como os da harmonização de interesses, da melhoria das condições de vida), que cabe aos fornecedores de bens e de serviços, como aos demais componentes da coletividade, respeitar, seja, por fim, do mundo negocial na defesa dos direitos assegurados no plano da teoria da concorrência desleal (que analisamos em nosso livro *Teoria e prática da concorrência desleal*)” (Bittar, *Direitos do consumidor*, 3. ed. 1991, p. 27).

<sup>7</sup> CF 88, art. 5º, inc. VI: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, concretizado no Código de Defesa do Consumidor pelo art. 6º, VI; CF 88, art. 5º, inc. X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, concretizado no Código de Defesa do Consumidor pelo art. 6º, VI; CF 88, art. 5º, inc. XIV: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”, concretizado no Código de Defesa do Consumidor pelo art. 6º, inc. III; CF 88, art. 5º, inc. XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, concretizado no Código de Defesa do Consumidor pelo art. 6º, inc. VII; CF 88, art. 5º, inc. XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, concretizado no Código de Defesa do Consumidor pelo art. 6º, incs. VIII e X, entre outros.

<sup>8</sup> A respeito de segurança e saúde no CDC, vide Prado, Segurança e saúde, in *Revista de Direito do Consumidor*, 10, abril/junho, 1994, p 183-195.

<sup>9</sup> De fato: “Desse modo, desde simples compra em supermercado, ou em loja, a realização de viagens, de negócios ou de lazer; desde a fruição de serviços públicos, a internação e a manutenção em hospitais; desde a integração a consórcios, ou a planos de saúde, a efetivação de operações eletrônicas em bancos e entidades financeiras, enfim, em extenso universo fático, podem eclodir danos de natureza moral” (Bittar, *Defesa do consumidor: reparação de danos morais em relações de consumo*, in *Revista do Advogado: Dano Moral*, AASP, São Paulo, 1996, p. 25). Consulte-se em matéria jurisprudencial, RJTJESP, 171/91.

<sup>10</sup> “Ora, decorridos alguns poucos anos de vigência do Estatuto do Consumidor – em que há,

aliás, verdadeira declaração de princípios (art. 4º) e sufragação de vários direitos da personalidade (art. 6º) – pode-se constatar a expressiva conscientização da sociedade em torno das idéias expostas e, de outra parte, o considerável caudal jurisprudencial formado em seu derredor, a demonstrar a perfeita absorção, no mundo jurídico, da tese da reparabilidade de danos morais” (Bittar, Defesa do consumidor: reparação de danos morais em relações de consumo, *in Revista do Advogado*: Dano Moral, AASP, São Paulo, 1996, p. 25).

<sup>11</sup> A esse respeito o importante esclarecimento: “Frise-se, no entanto, que nem todo atentado a direitos da personalidade em geral é apto a gerar dano de cunho moral, porque se pode esgotar em aspectos físicos ou materiais do contexto correspondente, ou, simplesmente, produzir seus efeitos, no âmbito patrimonial, em função da classificação adotada, que, em Clóvis Beviláqua, encontra ressonância” (Bittar, *Reparação civil por danos morais*, 3. ed. 1999, p. 61).

<sup>12</sup> É o que afirma Carlos Alberto Bittar ao tratar do sistema de responsabilidade civil colocado a serviço do consumidor: “Nesse sentido, proclamaram-se os direitos fundamentais do consumidor – em que, ao lado de alguns de caráter patrimonial, avultam os direitos da personalidade –, instituindo-se, sob o prisma processual, esquemas adequados à satisfação de interesses lesados” (Bittar (coordenador), *Responsabilidade civil por danos a consumidores*, São Paulo, Saraiva, 1992, p. 2).

<sup>13</sup> Cf. Bittar, *Reparação civil por danos morais*, 3. ed. 1999, p. 110-250.

<sup>14</sup> Concordando com essa postura, pode-se assinalar a posição de José Geraldo Brito Filomeno, para quem a Política Nacional de Relações de Consumo representa uma *filosofia da ação*: “Trata ainda o Código de uma Política Nacional de Relações de Consumo, justificando nossa assertiva já feita no pórtico do presente tópico no sentido de que se trata em última análise de uma “filosofia da ação”, exatamente porque não se trata tão-somente do consumidor, se não da almejada harmonia das sobreditas “relações de consumo”” (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 5ª edição, 1998, p. 17).

<sup>15</sup> “São todos valores transcendentais, seja da personalidade humana, como definimos em nosso livro *Os direitos da personalidade* (como os da dignidade pessoal, da higidez física e mental), seja da vida em sociedade (como os da harmonização de interesses, da melhoria das condições de vida), que cabe aos fornecedores de bens e de serviços, como aos demais componentes da coletividade, respeitar, seja, por fim, do mundo negocial na defesa dos direitos assegurados no plano da teoria da concorrência desleal (que analisamos em nosso livro *Teoria e prática da concorrência desleal*)” (Bittar, *Direitos do consumidor*, 3. ed. 1991, p. 27).

<sup>16</sup> É essa, precisamente, em toda a sua extensão e proposta, a dicção do art. 4º “A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência (*termo corrigido* pelo art. 7º da Lei 9.008/95) e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I. “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”; II. “ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa do consumidor; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho”; III. “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”; IV. “educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto a seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo”; V. “incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo”; VI. “coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores”; VII. “racionalização e melhoria dos serviços públicos”; VIII. “estudo constante das modificações do mercado de consumo”.

<sup>17</sup> Não se trata, portanto, de proteger o consumidor, ou de beneficiar uma parte da cadeia consumerista: “Quando se fala em Política Nacional de Relações de Consumo, por conseguinte, o que se busca é a propalada harmonia que deve regê-las a todo momento, falando o Código examinado em Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (arts. 104 e 105)...” (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 5. ed. 1998, p. 45).

<sup>18</sup> “A partir das diretrizes retro-assinaladas, fixadas para a política do setor, o Código enuncia como princípios fundamentais do sistema nacional de defesa do consumidor os seguintes (art. 4º): o do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor; o da proteção governamental; o da compatibilização dos interesses dos consumidores e das empresas; o da informação e o da educação de

fornecedores e de consumidores; o do incentivo ao controle de qualidade dos produtos e o da instituição de mecanismos alternativos de solução de conflitos; o da coibição e da repressão de abusos no mercado de consumo e no âmbito da concorrência desleal; o da racionalização e da melhoria dos serviços públicos; o do estudo constante das modificações do mercado de consumo” (Bittar, *Direitos do consumidor: código de defesa do consumidor*, 3. ed. 1991, p. 29).

<sup>19</sup> Nesse sentido, o complemento ao art. 4º é exatamente o art. 5º “Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, optará o Poder Público com os seguintes instrumentos, entre outros”: I. “manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente”; II. “instituição de Promotorias de justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público”; III. “criação de delegacias especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo”; IV. “criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo”; V. “concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor.”

### Bibliografia

BITTAR, Carlos Alberto (Coordenador). *Responsabilidade civil por danos a consumidores*. São Paulo: Saraiva, 1992.

BITTAR, Carlos Alberto. Defesa do consumidor: reparação de danos morais em relações de consumo, in: *Revista do Advogado: Dano Moral*, AASP, São Paulo, 1996, ps. 24/ 31.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor: código de defesa do consumidor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

\_\_\_\_\_. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

\_\_\_\_\_. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. “Clonagem: fenômeno e disciplina jurídica”, in: *Repertório IOB de Jurisprudência*, 2ª quinzena de junho de 1998, 12, 1998, texto 3/ 14482, Rio de Janeiro.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Trad. por Adriano Vera Martins e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. São Paulo: Editora Atlas, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; FINK, Daniel Roberto et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

PRADO, Ana Emília Oliveira de Almeida. Segurança e saúde, in: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 10, abril/junho, 1994, p. 183-195.

# A tutela recursal nas ações tributárias

Mauro Roberto Gomes de Mattos

## Sumário

1. Intróito. 2. Da legitimidade da tutela recursal. 3. Do entendimento doutrinário. 4. Conclusão.

### *1. Intróito*

A Constituição Federal, no seu art. 5º, inc. XXXV, elencou como direito fundamental o acesso ao Poder Judiciário, não podendo nem a lei impedir a apreciação de ameaça ou lesão de direito do particular, sendo que o conceito de acesso à justiça vem sofrendo transformação diária<sup>1</sup> no intuito de espelhar os anseios de uma sociedade, que clama por um desfecho rápido e eficaz das suas contendas jurídicas. Em especial, quando esses direitos são cobrados do próprio Estado, que, como arrecadador de tributos, vem demonstrando, no curso dos anos, um grande apetite fiscal, não se importando com as formalidades legais de algumas exações, baixando-as sob o manto da necessidade de um aumento de arrecadação, mesmo que tal imposição agrida a Lei Fundamental.

A tutela judicial efetiva, sem dilações indevidas, é colocada à disposição para os que possuem um juízo de probabilidade, em que a verossimilhança se afigura de plano como inequívoca.

O tempo deixou de ser o verdugo do detentor do bom direito, em virtude de existirem ferramentas processuais modernas, que encurtam o caminho da “via crucis” da nor-

mal sobrecarregada tramitação de uma ação judicial.

Em realidade, o direito a uma prestação jurisdicional célere e adequada aos anseios de quem procura a proteção do Poder Judiciário passou a ser a grande solução para os “sofridos” litigantes contra o Estado.

E esse fenômeno não se restringe só ao solo nacional, podendo-se averbar as palavras de Mauro Cappelletti e Bryant Garth<sup>2</sup>, como exemplo robusto:

“En realidad, el derecho a un acceso efectivo se reconoce cada vez más como un derecho de importancia primordial entre los nuevos derechos individuales y sociales, ya que la posesión de derechos carece de sentido si no existen mecanismos para su aplicación efectiva. El acceso efectivo a la justicia se puede considerar, entonces, como el requisito más básico – el ‘derecho humano’, más fundamental – en un sistema legal igualitário moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos.”

Pois bem, o legislador brasileiro atento à evolução dos tempos, e em submissão ao art. 5º, XXXV, da CF, baixou a Lei nº 8.952, de 13/12/94, que reformou alguns dos artigos do CPC, em especial o art. 273, que, de forma clara e objetiva, permite que o julgador, a requerimento da parte, antecipe total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida no pedido contido na exordial, desde que exista prova inequívoca da verossimilhança da alegação.

Sobre a antecipação de tutela pelo Juízo singular, temos grandes estudos de ilustres e renomados mestres, sendo despidendo ao enfoque que pretendemos imprimir no contexto *sub examem* debruçarmos na valiosa doutrina sobre a antecipação de tutela, a que alude o art. 273 do CPC.

Para objetivar o presente estudo, focaremos os casos em que a parte se vê desprovida, após o julgamento do mérito da *quaestio*, da antecipação de tutela na primeira instân-

cia, mesmo possuindo prova inequívoca da verossimilhança do alegado. Exemplo claro do que acabamos de afirmar são os casos em que a parte optou pela ação ordinária para discutir determinado direito material tributário, ingressando incidentalmente com competente medida cautelar para obter o direito a uma determinada compensação de tributos, e o Juiz, após deferir a liminar, julga improcedente a medida cautelar e procedente em parte a ação ordinária, limitando o montante a ser compensado em 30%, em consonância com as Leis nºs 9.032/95 e 9.129/95, que introduziram nova redação ao art. 89 da Lei nºs 8.212/91.

Ou, em outra hipótese, determinado Juiz defere a antecipação de tutela requerida na ação principal e, *a posteriori*, com a mudança ou substituição de magistrado, outro julga improcedente a ação, revogando a tutela anteriormente deferida. Essas e outras questões são intrigantes e serão debatidas nos tópicos seguintes, pois a parte que teve o agasalho do Judiciário não pode ficar ao talante da sua própria sorte, padecendo perante as “garras” do fisco.

Nessa moldura, surge a necessidade do deferimento da tutela recursal, pois a parte não possui oxigenação para aguardar o esgotamento de toda a tramitação processual.

## 2. Da legitimidade da tutela recursal

Como visto no tópico inaugural, a parte que possuía antecipação de tutela ou liminar em medida cautelar, sendo revogada *a posteriori* em decorrência dos exemplos já discorridos, mesmo sendo detentora de um direito legitimamente reconhecido pelas Cortes Revisoras, não é justo que seja compelida a aguardar o tempo de processamento e julgamento de um recurso.

Por outro flanco, também não se afigura como correto negar a prestação jurisdicional na primeira instância para pleitos em que se discute direito material norteado de um cristalino juízo de plausibilidade.

As reflexões *sub oculis* são desenvolvidas para enaltecer e demonstrar o cabimento da

antecipação de tutela prevista no art. 273 do CPC no âmbito do processamento dos processos tributários em segundo grau de jurisdição, sendo certo que, não só nos casos narrados inerentes à competência recursal, ou derivada (agravo de instrumento, apelação, etc.), como também nos processos de competência originária das Cortes (ação rescisória, mandado de segurança, etc.), é lícito o deferimento da antecipação de tutela.

Esse salutar princípio vem de encontro ao atual anseio da nova ordem processual, que gira na órbita de uma cognição sumária e eficaz, com a efetividade da jurisdição.

O ilustre professor paulista Roberto Armelin, aplaudindo a inovação ocorrida no CPC, cita passagem expressiva do ilustre Teori Alberto Zavascki<sup>3</sup>, para quem:

“... O dever imposto ao indivíduo de submeter-se obrigatoriamente à jurisdição estatal não pode representar um castigo. Pelo contrário: deve ter como contrapartida necessária o dever do Estado de garantir a utilidade da sentença, a aptidão dela de garantir, em caso de vitória, a efetiva e prática concretização da tutela.”

E, mais a frente, completa<sup>4</sup>:

“O direito fundamental à efetividade do processo – que denomina, também, genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa – compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente em obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.”

*In casu*, o art. 273 do CPC permite a antecipação de tutela, sendo que o art. 527, II, do mesmo estatuto processual confere ao tribunal a faculdade de atribuir efeito suspensivo ativo ao recurso de agravo de instrumento.

A doutrina<sup>5</sup> e a jurisprudência dominante entendem que o inc. II do art. 527 do CPC

não possui o condão de abranger todas as hipóteses em que a parte demonstra o risco de dano de difícil reparação, levando a concluir, portanto, que o art. 558 do CPC permite que o Relator atribua efeito suspensivo a decisão *a quo*.

Todavia, se a aludida decisão recorrida for negativa, não teria efeito algum tal recomendação, visto que não há como se suspender o que já é suspenso desde a sua raiz. Ou, trocando em miúdos, da decisão que indefere determinada recomposição tributária, não há que se suspender tais efeitos. Apenas para se evitar prejuízos graves e de difícil reparação para o contribuinte, visto que a repetição de indébito é um caminho árduo, é que a nova ordem processual permite o chamado efeito suspensivo ativo, no qual o relator possui a faculdade de antecipar a tutela recursal pretendida pela parte.

### 3. Do entendimento doutrinário

Assim, a doutrina e a jurisprudência já pacificaram o entendimento de que a tutela antecipada pode também ser perseguida em sede recursal, caso não tenha sido deferida em primeiro grau de jurisdição, desde que atendidos os requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil.

O eminente Desembargador Federal Carreira alvim<sup>6</sup>, expoente do Direito Processual Civil pátrio, disserta com rara sensibilidade e clareza acerca da possibilidade, ou mesmo da necessidade, de obtenção da tutela antecipatória na seara recursal, *verbis*:

“Como o recurso é um direito subjetivo público processual, através do qual se objetiva um novo julgamento do que prolatou a decisão recorrida, a doutrina acolhe sem alarde a antecipação da tutela também no tribunal.

(...)

Se a sentença é de procedência da demanda, com recurso de efeito meramente devolutivo, pode o réu, na apelação, postular do relator que suspenda o cumprimento da decisão (art. 588, parágrafo único), até o julgamento do

recurso pelo tribunal. *Isso fundado num juízo de ‘probabilidade’, contra a ‘certeza’ afirmada na sentença recorrida. Por que não poderia o autor, se vencedor da causa, e havendo recurso de efeito suspensivo, ter o direito análogo de tornar executível, desde logo, a sentença? Em tal hipótese, a ‘probabilidade’ viria em reforço da certeza.*

(...)

*O que não se pode afastar de todo é a possibilidade, em tese, de a parte vitoriosa em primeiro grau buscar, no segundo grau, o gozo imediato do direito reconhecido na sentença, num processo que tinha tudo para que a tutela fosse antecipada mas não foi.”* (g.n.)

No mesmo sentido leciona o sempre brilhante Luiz Fux, em sua obra “Tutela de Segurança e Tutela de Evidência (Fundamentos da Tutela Antecipada)”, para quem *a tutela antecipada “pode ser requerida ao órgão superior, caso o ofício jurisdicional de primeiro grau não mais permita ao juiz intervir no processo. Afinal, as expressões ‘juiz’ e ‘final julgamento’ também pertinem ao tribunal”*<sup>7</sup>.

Não é justo que a parte, detentora de um direito legitimamente reconhecido, seja compelida a aguardar o tempo de processamento e julgamento de um recurso, já que, segundo adverte o mestre Luiz Guilherme Marinoni, o Poder Judiciário “tem o grave compromisso de atender ao direito constitucional de todo cidadão a uma resposta jurisdicional tempestiva”<sup>8</sup>.

Por fim, ressalta Teori Albino Zavascki, com muita propriedade, em laborioso estudo denominado “Antecipação de Tutela e Colisão de Direitos Fundamentais”<sup>9</sup>:

“Se a única maneira de afastar o perigo de dano ao direito é a sua satisfação antecipada, a solução que o novo sistema oferece é o pedido de antecipação, que, igualmente, será dirigido ao tribunal e será apreciado pelo órgão competente para o julgamento do recurso, ou pelo relator, conforme dispuser o regimento interno. A con-

cessão da medida dependerá do atendimento das exigências do art. 237: risco iminente de perecimento ou dano ao direito, prova inequívoca e verossimilhança da alegação.”

As exigências do art. 273 do CPC deverão se afigurar cristalinas, visto que o requerimento da antecipação dos efeitos da tutela está respaldado em juízo da probabilidade (análise da verossimilhança do direito).

Por fim, Roberto Armelin, arremata<sup>10</sup>:

“Em face de tudo aqui exposto, acreditamos que o instituto da antecipação de tutela tem cabimento em segundo grau de jurisdição, seja no processamento do agravo de instrumento, seja de apelação, seja de ação rescisória, desde que presentes os requisitos legais exigidos pelo art. 273 do CPC.”

Como visto, a doutrina citada ratifica a legalidade do deferimento da tutela recursal.

#### 4. Conclusão

A tutela recursal tributária se afigura como plenamente cabível não só pelo plano processual, como, e sobretudo, pelo fato de o contribuinte sofrer sobrecarga tributária insuportável, não sendo satisfativo o deferimento em *sumaria cognitio* do pleito; sendo certo que a acessibilidade ao Poder Judiciário a que alude o art. 5, XXXV, da CF, é aquela que se resume em uma plena e eficaz tutela, sem dilações indevidas.

O entendimento acima citado mereceu não só consagração na doutrina e jurisprudência pátria, como serviu para inspirar a Convenção Européia dos Direitos do Homem, que dispõe, no seu art. 6º, que: “qualquer pessoa tem direito a que sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um Tribunal independente e imparcial (...).”

Dessa forma, a eficácia da tutela jurisdicional não se compadece com um mero direito de acesso aos Tribunais, ou a ga-

rantia da igualdade entre as partes e imparcialidade na decisão, pois essa demora se traduz, afinal, numa mera declaração de princípios, sem conseqüências de fato no nível da esfera jurídica do particular ou da situação desprotegida. Tem-se, portanto, que a tutela jurisdicional em tempo útil significa que a sentença que vier a ser proferida possa efetivamente servir às pretensões de quem a requerer.

### Notas

<sup>1</sup> Cf. Mauro Cappelletti e Bryant Garth, “El acceso a la justicia, la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos”, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1ª ed., 1996, pág. 11.

<sup>2</sup> Ob. cit., pág. 12/13.

<sup>3</sup> “Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais”, in *Rev. do Advogado*, 1995, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, nº 46, pág. 29.

<sup>4</sup> Cf. Antecipação, cit., pág. 29.

<sup>5</sup> Roberto Armelino, “Notas Sobre a Antecipação de Tutela em Segundo Grau de Jurisdição”, in “Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela”, coordenado por Teresa Arruda Alvim Wambier, ed. RT, 1997, pág. 445.

<sup>6</sup> In “Tutela Antecipada na Reforma Processual”, Ed. Destaque, pp. 58 e 60.

<sup>7</sup> Ed. Saraiva, p. 355.

<sup>8</sup> In “Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença. Ed. RT, p. 181.

<sup>9</sup> *Revista do Advogado*, nº 46, p. 33.

<sup>10</sup> Art. cit. ant., pág. 454.



# Reedição de medida provisória (visão comparativa das jurisprudências da Corte Constitucional italiana e do STF)

Edilson Pereira Nobre Júnior

No escopo de examinar-se a possibilidade ou não de reedição da medida provisória, tema dos mais caros a aguçar as meditações dos juristas, merecem atenção especial dois pontos. O primeiro deles se situa em eventual óbice no art. 67 da CF, ao dispor que a matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá ser alvo de nova proposição, na mesma sessão legislativa<sup>1</sup>, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das casas do Congresso Nacional.

Na doutrina proliferam controvérsias. Raul Machado Horta<sup>2</sup> vislumbra não existir óbice sob a ótica do art. 67 da Lei Máxima, cuja vedação se dirige unicamente aos projetos de lei rejeitados. Contudo, afirma que dois fundamentos desaconselham a renovação da medida provisória quando expressamente recusada, ora por projetar a aparência de conflito político entre o Presidente da República e o Parlamento, ora em virtude de a própria Constituição haver ofertado a solução a ser adotada, impondo ao Congresso Nacional a obrigação de disciplinar as relações jurídicas decorrentes das medidas não convertidas em lei. Quanto ao transcurso do trintídio sem deliberação congressual conclusiva, pende pela admissibilidade da reapresentação contanto que o Legislativo, em juízo de prelibação, conclua pelo atendimento dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência.

Edilson Pereira Nobre Júnior é Juiz Federal, Professor do Curso de Direito da UFRN e da ESMARN e Mestre pela UFPE.

A esse pensamento não fora inenunciado Saulo Ramos<sup>3</sup>, que, a par de sustentar a impossibilidade de incidência do art. 67 da Lei Maior, somente concebe a reedição mediante duas condições: a) não tenha ocorrido a rejeição expressa da medida anterior; b) ainda subsistam as razões justificadoras de sua emanção (relevância e urgência).

Sem aludir se a espécie se encaixa ou não no art. 67 da CF, Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>4</sup>, Alexandre de Moraes<sup>5</sup> e Caio Tácito<sup>6</sup> afirmam ser possível a reedição apenas quando não houver pronunciamento negativo do Congresso. O último autor, inclusive, chega a dizer ser da própria essência do instituto analisado, que se funda na necessidade e urgência do provimento, a pilastra de sustentação da sua renovação, sendo incabível que se interprete como recusa a inércia parlamentar, ainda que intencional. Ajunta, ainda, o mencionado autor a possibilidade de, na rejeição expressa, vir a lume nova medida, desde que disciplinando assunto de maneira distinta daquela rejeitada.

Esse pensamento mereceu acolhida no Poder Legislativo por meio do Parecer 01/89, da lavra do então Deputado Federal Nelson Jobim.

Outra corrente se posiciona contra a renovação, quer tenha ocorrido manifestação expressa em contrário do Legislativo, quer este não tenha apreciado a medida em tempo hábil. Equipara a falta de exame parlamentar ao não consentimento com a medida. Assim pensam Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>7</sup>, Clélio Chiesa<sup>8</sup> e Eros Grau<sup>9</sup>, este último referenciando que o art. 67 é aplicável tanto à recusa da medida como à sua não apreciação em tempo hábil.

Telmo Candiota<sup>10</sup> nos apresenta quadro diverso. Parte da consideração de que, no prazo de 30 dias, três situações podem ser assumidas pelo Congresso Nacional: a) não elaboração do projeto de lei de conversão; b) elaboração do projeto de lei de conversão e sua não tempestiva transformação em lei; c) recusa expressa do projeto de lei. Quanto às duas primeiras posturas, as quais se igua-

lam pelo transcurso do prazo sem deliberação parlamentar, não há dúvidas quanto à possibilidade de reedição. No particular da recusa expressa, advoga deve ser analisado o caso concreto. Oferece-nos o exemplo seguinte: se a medida teve como motivação uma inundação, reputada de proporções insuficientes pelo Parlamento, nada impedirá a sua renovação se, após trinta dias, advierem chuvas torrenciais, tornando insuportável a situação.

Ivo Dantas<sup>11</sup> nos apresenta posição bem singular. Procedendo a um cotejo com a sistemática do anterior decreto-lei, conclui que, enquanto neste o texto magno era expresso em que o silêncio parlamentar favorecia o Executivo, atualmente opera contrariamente, implicando a perda de eficácia da medida. Em complemento, diz que no silêncio ou omissão do Parlamento houve um pronunciamento de natureza política.

O Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, apreciou a questão. O *leading case* ocorreu, em sede de liminar, na ADIN 293-7<sup>12</sup>, ajuizada para impugnar o art. 1º, e seu parágrafo único, da Medida Provisória 190, de 31-5-90, substancialmente idêntica aos arts. 2º e 4º da Medida Provisória 185, de 4-5-90, integralmente rejeitada pelo Congresso Nacional. A posição fincada majoritariamente rematou por apenas fulminar a reedição de medida provisória rejeitada explicitamente pelo Legislativo, tratamento equiparado à hipótese em que o Congresso Nacional, ao transformar a medida em lei, altere sensivelmente os seus pontos essenciais, porquanto a expedição de nova medida, ratificando os termos da anterior, também enfrentaria, só que por via oblíqua, a vontade soberanamente manifestada pelo legislador<sup>13</sup>.

Quanto à caducidade da medida provisória, por sua não apreciação no trintídio magno, a Excelsa Corte entendeu, na referida oportunidade, que tal não configura modalidade de rejeição tácita, a impedir a sua renovação, malgrado o voto discordante do Min. Paulo Brossard. Preponderaram, além

do relator, os pontos de vista expendidos pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Mário Velloso e Moreira Alves, ao defenderem que a impossibilidade de reencetar medida provisória não apreciada pelo Poder Legislativo conduziria a erigir a obstrução como forma de manifestação majoritária do Parlamento, situação não condizente com a regra democrática.

Ratificando esse posicionamento, o Supremo Tribunal Federal, em decisões posteriores, a despeito de asseverar a ilegitimidade da reedição de medida provisória explicitamente rejeitada pelo Congresso Nacional, reafirmou não haver qualquer incompatibilidade com o Texto Magno na atitude do Presidente da República em renová-la quando não sobrevir, no tempo próprio, pronunciamento do Legislativo. Exemplificativo dessa tendência é o aresto da ADIN (Medida Cautelar) 1.610-5<sup>14</sup>, cujo voto do relator, Min. Sydney Sanches, faz menção a vários precedentes.

O outro argumento esgrimido contra a reiteração está direcionado na possível desnaturação do requisito da urgência, que se esvairia caso tal prática permaneça por longo espaço de tempo.

Gustavo Zagrebelsky<sup>15</sup>, examinando o problema, que por primeiro afetara o constitucionalismo itálico, reconhece que, nas hipóteses em que não se vislumbre rejeição expressa da medida pelas Câmaras, a maioria dos comentadores se inclinam à admissibilidade da reiteração, motivada pela circunstância de atribuir-se a inação parlamentar à atitude obstrucionista das minorias, embora, na sua íntima convicção, tenha a praxe adotada como ilegítima. O entendimento permissivo da reedição, à míngua de manifestação contrária das casas legislativas, ganha corpo também com o fato de o art. 15, letra c, da Lei 400, de 23-8-88, ser expresso em coibi-la quando houver recusa parlamentar do *decreto-legge*, nada mencionando quanto à inércia do Poder Legislativo.

Ainda na Itália, as mais recentes observações do fenômeno induzem verificar, por

meio desse expediente, a obtenção, por alguns anos até, da disciplina de alguns setores importantes da vida coletiva, de sorte que os provimentos provisórios, muitas vezes, têm produzido a estabilidade normativa em substituição à lei.

Ante o problema, ponderável preocupação é exposta por Alfonso Celotto<sup>16</sup>:

“Tal praxe, conseqüentemente, lesa *de maneira gravíssima o princípio da certeza do direito*, enquanto – alongando de fato a provisoriedade – comporta que a maior parte da atividade jurídica reste disciplinada precariamente, e muitas vezes de maneira não homogênea, por meses e meses. De tal modo, o decreto-lei vem a ser profunda e radicalmente desnaturado, enquanto a reiteração sistemática e insistida – que dá vida a um verdadeiro e próprio procedimento alternativo de produção normativa – faz-lhe perder a sua intrínseca e natural provisoriedade. O decreto-lei repetidamente reiterado cria efeitos sempre mais irreversíveis, importando na opinião pública uma *confiança* sobre a sua estabilidade – como nitidamente emerge de alguns pronunciamentos jurisprudenciais – e, sobretudo, não *coartando* o Parlamento à conversão em lei, que, todavia, permanece sempre livre, mas, antes, a pronunciar-se sobre o ato e, depois, especificamente à sanatória dos efeitos, de qualquer maneira, produzidos pelos decretos-leis não convertidos: somente a intervenção parlamentar pode dar firmeza ao ‘castelo de papéis’ que veio a se formar mediante a cadeia dos decretos-leis, cuja decadência *ex tunc* produziria efeitos desastrosos”<sup>17</sup>.

Linhas adiante, increpa a tal prática o estigma de que se cuida de *fenômeno do terceiro mundo do direito*, mostrando inclusive que, no Brasil, não constitui somente uma forma de abuso de poder legislativo, mas que melhor ressaí como um “escândalo”,

uma “prática cancerosa”, que frauda a Constituição. Sobre o caso brasileiro, chega ainda, em nota de rodapé, a exibir quadro sinóptico, relativo aos anos de 1988 a 1996. Tomando-se, à guisa de ilustração, o ano de 1989, posto que no último trimestre de 1988 não houve qualquer reiteração, nota-se que, das 103 medidas provisórias expedidas, somente ocorreram dez renovações, o que equiivale a um percentual de 9,7% sobre o total. Assinalando uma tendência cada vez mais crescente, tem-se, no ano de 1996, 648 edições de medidas provisórias, com 15 conversões em lei, e 609 reiteraões. Isso significa dizer que, comparadas ao número total de medidas provisórias, as renovações alcançaram o elevado percentual de 93,9%, representando quase uma lídima apropriação da função de legislar do seu titular originário.

Em menor escala, a Itália, malgrado situar-se no chamado primeiro mundo, não ficou indene a tais posturas. Vale citar o *d.l.* 1, de 2 de janeiro de 1992, reiterado vinte vezes, e o *d.l.* 455, de 15 de novembro de 1993, renovado 18 vezes. Considerando-se que, pelo art. 77 da Constituição italiana, o prazo para conversão em lei dos *decreti-legge* é de 60 dias, importando dizer que, adaptado o exemplo ao Brasil, ter-se-ia a reiteração pelo dobro de vezes.

Não se pode, entretanto, olvidar o relevante papel desempenhado, no particular, pela Corte Constitucional, o qual vem passando por notável evolução. Com a *Sentenza* 302, de 10 de fevereiro de 1988, aquele órgão principiou por tentar por um freio à reiteração, reputando inconstitucional, por violar a competência constitucionalmente garantida às regiões, a insistente repetição do art. 12, incisos 1º, 2º e 3º, do *decreto-legge* 2, de 12 de janeiro de 1988. A deliberação, porém, não surtira o objetivo desejado, porquanto a Câmara dos Deputados, ao instante da audiência pública da Corte Constitucional, já havia modificado radicalmente o teor do diploma, inclusive o dispositivo posteriormente tido por anulado. Aproxima-

madamente um ano após, considerou desconforme à Constituição a faculdade de se introduzir, em *decreto-legge* posterior, a cláusula de salvaguarda das situações maturadas sobre a vigência dos decretos precedentes (*Sentenza* 544/89).

Posteriormente, notou-se certa perplexidade nas decisões 263/1994, 366/1996 e 328/1995, em que se assinalou que a Corte parecia haver consentido com as reiteraões, ao negar que a reprodução de disposições, por parte do Governo, pudesse ser considerada como restrição da vontade das Câmaras. O mesmo aconteceu quando, por reflexo, afirmou, na *Sentenza* 84/1996, a possibilidade de o controle sobre eventuais vícios do *decreto-legge* ser transferido, em sede jurisdicional, aos decretos reprodutivos de disposições do impugnado.

Mais recentemente, com a *Sentenza* 360, de 24 de outubro de 1996, perfilhou uma posição inequívoca sobre o assunto, afirmando que o art. 77 da Constituição põe uma alternativa límpida, estreme de dúvida, entre a conversão e a perda de eficácia retroativa do *decreto-legge*, sem que o Governo tenha a faculdade de invocar prorrogação, ou o Legislativo possa proceder a uma conversão serôdia, tornando, assim, insuperável, o prazo de sessenta dias. Em certo modo, encontra-se a afirmação de que a reprodução do *decreto-legge*

“sem introduzir variaões substanciais lesa a previsão constitucional sob dois perfis: porque altera a natureza provisória da decretação de urgência, procrastinando, de fato, o termo invariável previsto pela Constituição para a conversão em lei; porque tolhe valor ao caráter ‘extraordinário’ dos requisitos da necessidade e da urgência”<sup>18</sup>.

Igualmente, timbrou em asseverar: a) a insistente reiteração importa em alteração no equilíbrio posto pela Constituição nas relações entre Governo e Parlamento, assumindo aquele o papel de legislador a este conferido; b) também resulta ofendida a cer-

teza do direito, pois não é possível prever-se a duração no tempo das normas reproduzidas, bem como o êxito final do procedimento de conversão.

Em conclusão, a reiteração, quer em face de rejeição expressa do *decreto-legge*, quer pela sua não conversão em lei em sessenta dias, não é mais tolerada. Abre-se, apenas e tão-só, exceção quando o Governo explicitar motivos autônomos de necessidade e urgência (*autonomi motivi di necessità e urgenza*) ou conteúdos normativos substancialmente diversos (*contenuti normativi sostanzialmente diversi*).

Diferentemente, o Supremo Tribunal Federal não tem apreciado o fenômeno com a percuciência merecida. Prova disso se acha estampada na citada ADIN 1.397-1/DF (Medida Liminar), voltada a contestar a Lei 9.131/95, resultante da conversão da Medida Provisória 661, de 18-10-94, renovada várias vezes, recaindo a última na Medida Provisória 1.159, de 26-10-95. Consta do voto do relator, Min. Carlos Velloso, a seguinte passagem:

“A reedição da medida provisória não rejeitada pelo Congresso Nacional, ao contrário do alegado, não é dado configurador da inoportunidade dos requisitos de urgência e relevância. Ao contrário, a reedição demonstra, de certa forma, a necessidade da medida e a sua urgência”<sup>19</sup>.

Exige-se apenas, como ficou consignado nas mencionadas ADINs 1.610-5 (Medida Cautelar) e 1.660-SE, haver a reedição acontecido dentro do prazo de trinta dias de vigência da medida antecedente.

Com a devida licença, esse pensar, adotado sem referência a qualquer parâmetro temporal, excetuado o de que a renovação advenha antes de esgotado o trintídio do art. 62 da CF, traduz-se num desvirtuamento do instituto, não mais justificável pelo não denso argumento da obstrução parlamentar. A veiculação normativa, que tinha sua vocação direcionada para o provisório, passa a albergar forças para, por longo tempo,

reger determinadas condutas, criando efeitos cuja irreversibilidade, para ser obstada, poderá provocar conseqüências desastrosas. O ideal de segurança jurídica, a que não se encontra alheia a *Lex Mater*, periclita com o protraimento às calendas gregas da disciplina definitiva da matéria. A urgência perde os seus contornos, esvaindo-se por completo. Isso tudo sem embargo dos enormes embaraços – quicá impossibilidade fática – gerados na ativação do controle judicial de constitucionalidade<sup>20</sup>.

Solução mais escorreita apresenta a nova postura tomada pela jurisprudência italiana após maturada exegese. Hão, é claro, de ser feitas as cabíveis adequações, guardadas as diferenças notadas entre ambos os ordenamentos. Retenha-se, como visto, que o Constituinte de 1988, em repulsa traumática à prática institucionalmente imposta aos malsinados decretos-lei, encurtou o prazo de conversão para o apertado lapso temporal de trinta dias. Esqueceu-se que a medida provisória vicejaria num cenário de abertura democrática, distinto daquele que inspirara a Constituição de 1969.

Saliente-se, ademais, que a Constituição italiana, ao contrário da vigente nestas plagas, não contempla, em seu texto, uma definição de urgência legislativa, remetendo-a aos regulamentos parlamentares (art. 72, nº 2). O art. 64, §§ 1º a 4º, da nossa Constituição Federal é preciso em assinalar o ritual imposto ao procedimento de urgência, dispondo, para a movimentação do Legislativo, o prazo máximo de cem dias, computados aí um decêndio para apreciação de emendas. Daí se depreende, em linha de máxima, que somente haverá urgência, a fim de possibilitar a expedição de medida provisória, durante período que não extravase noventa dias, a abarcar, na melhor hipótese, três edições.

Poder-se-á aduzir que, mesmo além de tal período, ainda caberá falar-se na subsistência da urgência, como, por exemplo, a existência de crise econômica que perdure no tempo, ou se agrave por não terem sido

tomadas certas medidas. Mas, em tal caso, surgirá necessária, como ressalvado na *Sentença* 360, de 24 de outubro de 1996, a exploração de tais circunstâncias. Ora, o exercício de função legislativa pelo Executivo, embora admitido no constitucionalismo hodierno, não deixa de ser excepcional. Com mais razão, redobra-se a excepcionalidade quanto às renovações de tal prática e, de conseguinte, a necessidade de maior controle.

Ainda em compasso com a diretriz assestada pela Corte Constitucional da Itália, deve-se também deixar a salvo as hipóteses em que se verifica a renovação da medida sobre o mesmo assunto, mas com conteúdo substancialmente diverso.

Em suma, a reiterada e insistente reedição de medida provisória, sem observância do limite temporal constitucional demarcado à urgência legislativa, desprovida de motivação e com o mesmo conteúdo, configurará situação de exceção, na qual é admitida a descaracterização, inclusive judicialmente, daquele pressuposto de habilitação da atividade normativa do Poder Executivo.

A Proposta de Emenda Constitucional 472/97, aglutinativa das demais existentes na Câmara dos Deputados, bem como da 01/95, aprovada esta pelo Senado Federal, visando conjurar o mau vezo, talvez o ponto mais saliente do desvirtuamento da legislação pelo Executivo entre nós, plasmou § 3º, a ser acrescido ao art. 62 da CF, dispondo que a medida provisória terá um prazo de validade de 60 dias, prorrogável apenas por uma vez. Em que pese ao mérito da proposta, resta o lamento de que tal tentativa seria dispensável se o STF, na condição de cústode-mor da Constituição, lançasse mão da via interpretativa para solver o problema.

### Notas

<sup>1</sup> Não esquecer que o limite temporal, relativo à mesma sessão legislativa, não equivale ao ano civil, mas ao intervalo de 15 de fevereiro a 15 de dezembro, descrito no art. 57, *caput*, da CF, tendo

ocorrido, a esse respeito, pronunciamento do STF na ADIN 1.441-DF (Pleno, rel. Min. Octávio Gallotti, *Informativo STF* nº 38).

<sup>2</sup> Medidas Provisórias. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, 27(107):5-18. jul./set. 1990. p. 15.

<sup>3</sup> Consultoria Geral da República. Parecer nº SR92, 21/06/89. Diário Oficial da União de 23/06/89, p. 10.185.

<sup>4</sup> As medidas provisórias com força de lei. *Repertório IOB de Jurisprudência, Tributário e Constitucional*. São Paulo, (5):89-86, mar. 1989. p. 86.

<sup>5</sup> *Direito Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1999. pp.504-505.

<sup>6</sup> Medidas provisórias na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. (176): 1-28, abr./jun. 1989, p. 7.

<sup>7</sup> Perfil constitucional das medidas provisórias. *Revista de Direito Público*, São Paulo, (95):28-32.

<sup>8</sup> *O regime jurídico-constitucional das medidas provisórias*. Curitiba: Juruá Editora, 1996. p. 63.

<sup>9</sup> Medidas provisórias na Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. 79(658):240-242, ago/1990.

<sup>10</sup> Medida provisória e plano econômico. *Revista de Direito Público*, São Paulo, (94):165-172.

<sup>11</sup> *Aspectos jurídicos das medidas provisórias*. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1997. p. 98.

<sup>12</sup> Pleno, mv, rel. Min. Celso de Mello, *DJU* de 16-04-93.

<sup>13</sup> Cf. despacho proferido, nos autos da ADIN 427-1, pelo Min. Sepúlveda Pertence, publicado no *DJU* de 01-02-91, S. I, pág. 351.

<sup>14</sup> Plenário, mv, *DJU* de 05-12-97, p. 63.948.

<sup>15</sup> *Manuale di Diritto Costituzionale*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese- UTET, 1993. p. 185.

<sup>16</sup> *L' "abuso" del Decreto-legge*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani – CEDAM, 1997, mais precisamente às pp. 480-510.

<sup>17</sup> "Tale prassi, consequentemente, lede in maniera gravissima il principio della certezza del diritto, in quanto – allungando di fatto la provvisorietà – comporta che la maggior parte dell'attività giuridica resti disciplinata precariamente, e spesso in maniera disomogenea, per mesi e mesi. In tal modo il decreto-legge viene ad essere profondamente e radicalmente snaturato, in quanto la reiterazione sistematica ed insistita – che dà vita ad un vero e proprio procedimento alternativo di produzione normativa – gli fa perdere la sua intrinseca e naturale provvisorietà. Il decreto-legge ripetutamente reiterato crea effetti sempre più irreversibili, importando nell'opinione pubblica un affidamento sulla sua stabilità – come emerge nitidamente da alcune pronunce giurisprudenziali – e, soprattutto, coartando il Parlamento non tanto alla conversione in legge che resta pur sempre libera ma, prima, a pronunciarsi sull'atto e, poi, specificamente, alla

sanatoria degli effetti comunque prodotti dai decreti non convertiti: solo l'intervento parlamentare può dare *saldezza* al 'castello di carte' che si è venuto a formare mediante la 'catena' dei decreti-legge, la cui decadenza *ex tunc* produrrebbe effetti disastrosi" (*ibid.* p. 488-492). Também se opõe à reiteração Stefano Maria Cicconetti (La reiterazione dei decreti legge. In: BAUDREZ, Maryse *et alli.* *I Decreti-legge non convertiti*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1996. p. 64).

<sup>18</sup> "senza introdurre variazioni sostanziali lede la previsione costituzionale sotto due profili: perché altera la natura provvisoria della decretazione d'urgenza, procrastinando, di fatto, il termine invalicabile previsto dalla costituzione per la conversione in legge; perché toglie valore al carattere «straordinario» dei requisiti della necessità e della urgenza". (*Apud* Giuseppe de Vergottini. *Diritto Costituzionale*. Padova: CEDAM, 1997. p. 209-210).

<sup>19</sup> In Serviço de Jurisprudência do STF, D.J. 27.06.97. *Ementário* nº 1875-02, p. 326.

<sup>20</sup> A defrontação com o fenômeno da renovação das medidas provisórias, de ocorrência cada vez mais crescente, ocasionou reviravoltas na atuação

do Supremo Tribunal Federal no contencioso de constitucionalidade, conforme sumariado no voto do Min. Sepúlveda Pertence na ADIN 1.753-2 – DF (Pleno, ac. un., DJU de 23-10-98), sede em que foi indeferido aditamento da peça vestibular e, em consequência, tida por prejudicada ação direta, em face de a nova edição ostentar disciplina materialmente diversa da norma impugnada. Num primeiro momento, o Excelso Tribunal reputou prejudicada ação direta movida contra edição anterior de medida provisória, não obstante a identidade substancial de ambas (ADIN (QO) 1.078, rel. Min. Néri da Silveira, DJU de 12-05-95). Tempos após, passou-se a conceber que a reedição fosse atacada mediante simples aditamento à inicial, referente à primitiva medida (ADIN (QO) 1.129, rel. Min. Francisco Rezek), autorizando-se os relatores, nas hipóteses em que concedida a suspensão cautelar, a declará-la monocraticamente (ADIN (QO) 1.117, rel. Min. Francisco Rezek). Não se procedendo ao aditamento (AgRADIN 1.387, rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 29-03-96), ou voltando-se este à nova medida, com conteúdo substancialmente diverso, a solução é o reconhecimento de que a demanda está prejudicada.

# Assédio sexual: um caso de inconstitucionalidade por omissão

Mônica de Melo

## Sumário

1. Introdução. 2. Direito constitucional fundamental a uma vida livre violência. 3. O assédio sexual. 4. A inconstitucionalidade por omissão. 5. Conclusão.

### *1. Introdução*

Este trabalho tem por objetivo demonstrar que o assédio sexual faz parte do direito constitucional fundamental a uma vida livre de violência, introduzido no sistema constitucional brasileiro pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) ratificada pelo Brasil em 1995, e que a ausência de sua regulamentação caracteriza um estado de inconstitucionalidade por omissão passível de correção pelos mecanismos constitucionais da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção.

Queremos demonstrar, primeiramente, que a figura do assédio sexual não seria propriamente uma inovação legislativa no Brasil, existindo pelo menos desde a ratificação pelo Brasil da Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher<sup>1</sup>, e que, por força do parágrafo segundo do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88), pode ser considerada norma de natureza constitucional, fazendo parte dos direitos fundamentais constitucionais, e que até agora não foi regulamentada por legislação infraconstitucional.

Mônica de Melo é Procuradora do Estado do Estado de São Paulo, Mestre e Professora de direito constitucional da PUC/SP, Coordenadora da ONG Oficina dos Direitos da Mulher e Diretora do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP).



De forma que, pelo menos, o assédio sexual contra a mulher é realidade no Brasil desde 1995 e a ausência de regulamentação obsta a devida e adequada proteção para a vítima do assédio sexual, o que faria incidir a omissão inconstitucional, novidade introduzida no sistema das inconstitucionalidades após a promulgação da CF/88.

Esclarecemos, desde já, que tanto a mulher quanto o homem podem ser vítimas do assédio sexual por atos cometidos por pessoas de outro sexo ou não. E a necessária e desejável regulamentação deve ser o mais ampla possível para prever ambas as hipóteses. Entretanto, este trabalho terá ênfase no assédio sexual cometido contra a mulher, basicamente por duas razões:

a) o assédio sexual constitucionalizado é o assédio sexual contra a mulher, pois a Convenção de Belém do Pará trata especificamente da violência praticada contra a mulher; e

b) é fato comprovado que as mulheres são as maiores vítimas do assédio sexual<sup>2</sup>.

Portanto, está a mulher no grupo mais diretamente atingido pelo assédio sexual. E uma legislação nesse sentido viria a beneficiá-la diretamente bem como toda a sociedade, pois o assédio sexual como uma das formas de violência contra a mulher interfere em inúmeras relações sociais – no trabalho, escola, família –, gerando ambientes de intensa conflituosidade.

De forma que nos propomos a enfrentar esse tema sob o prisma do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Constitucional, estabelecendo as relações necessárias entre essas duas disciplinas para que possamos trazer à reflexão o problema da inconstitucionalidade por omissão gerada pela falta de norma regulamentadora do assédio sexual.

A proteção dos direitos humanos dentro do sistema global (Organização das Nações Unidas – ONU) e regional (Organização dos Estados Americanos – OEA) compreende um sistema geral e um sistema especial de proteção. A Convenção Interamericana para

Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher insere-se no sistema regional-especial<sup>3</sup>.

No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), a mulher é especialmente protegida. A OEA trouxe significativa colaboração para a proteção jurídica da mulher com a elaboração da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher<sup>4</sup>.

É de reconhecimento mundial a situação econômica, social e cultural desigual em que vivem as mulheres. E quanto mais pobre o país pior é a situação da mulher.

O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) sustentou em seu Relatório do Desenvolvimento Humano de 1997 que “*nenhuma sociedade trata suas mulheres tão bem quanto seus homens*”. O PNUD criou dois índices para medir as diferenças por gênero: o Índice de Desenvolvimento por Gênero (IDG), que leva em conta as diferenças de esperança de vida, alfabetização, matrícula na escola e renda entre homens e mulheres, e o Índice de Poder por Gênero (IPG), que mede o grau de participação das mulheres na força de trabalho, nos cargos de chefia, na política e em profissões técnicas<sup>5</sup>.

No ranking do IDG, em geral, os países com melhor Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) reproduzem bons indicadores também para as mulheres, embora haja exceções: a Irlanda, por exemplo, cai doze posições do ranking do IDH para o do IDG. É o Canadá que acumula os títulos de campeão de desenvolvimento humano e por gênero.

Entre os noventa e quatro países classificados pela ONU, a Mauritânia é aquele em que as mulheres têm menos poder: apenas 0,7% das vagas no Parlamento e 7,7% dos cargos executivos. É o 127º colocado num ranking que classifica 146 países de acordo com o desenvolvimento humano por gênero.

O Brasil ocupa no IDH o 60º lugar. Já quando se trata do IDG, o país despenca oito posições<sup>6</sup>.

É em virtude desses e de outros dados que se justifica plenamente a adoção de proteção internacional particularizada para a mulher, que assume com nitidez o perfil de grupo vulnerável na sociedade.

No âmbito dos direitos humanos não é diferente, e a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher foi, entre as Convenções da ONU, a que mais recebeu reservas por parte dos países que a ratificaram<sup>7</sup>.

Não é por outra razão que em Viena, em 1993, por ocasião da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, o movimento de mulheres levou a bandeira de luta: “os direitos da mulher também são direitos humanos”, ficando consignado na Declaração e Programa de Ação de Viena (item 18) que:

“Os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais”.

Foi essa a primeira vez que se reconheceu, em um foro internacional, que os direitos da mulher são direitos humanos<sup>8</sup>.

Também por essa razão é que se renova, agora, essa reflexão por ocasião do quinquagésimo aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

Enfim, a violência praticada contra a mulher é um dado inquestionável da realidade mundial e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção) reconhece expressamente em sua parte preambular que a violência em que vivem muitas mulheres das Américas, sem distinção de raça, religião, idade ou qualquer outra condição, é uma situação generalizada.

E o direito da mulher a uma vida livre de violência no âmbito público e privado (art. 3º da Convenção) inclui o igual direito de não ser assediada sexualmente, garantindo-lhe o direito de estar legalmente protegida.

O Brasil, enquanto não normatizar infraconstitucionalmente o assédio sexual, conferindo-lhe a necessária efetividade, es-

tará em mora. Estará em mora no cenário internacional, no qual assumiu a obrigação internacional de incluir, em sua legislação interna, normas necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (art. 2º, “b”, c/c art. 7º, “c”, da Convenção). Estará em mora no que tange às suas obrigações internas, pois as normas constantes de tratado geram direitos na órbita nacional e no caso específico, por tratar-se de norma com *status* constitucional, a sua não-efetividade por ausência de norma infraconstitucional reguladora gera a inconstitucionalidade por omissão (§ 2º do art. 103, c/c inciso LXXI do art. 5º e § 2º do art. 5º todos da CF/88).

## 2. *Direito constitucional fundamental a uma vida livre de violência*

A Convenção foi aprovada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos em 9 de junho de 1994 e ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995. E, ao lado da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (ONU-1979) e da Declaração de Pequim (1995), tem a mulher como preocupação central, como foco principal de proteção, pois constatou-se, ao longo do tempo, a insuficiência da fórmula da “igualdade entre todos” presente nos documentos gerais iniciais, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU 1948), e repetida na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (OEA - 1948).

Antes mesmo da Convenção de Belém do Pará, a preocupação específica com a violência contra a mulher mereceu uma Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher adotada pela Assembléia Geral da ONU em 20 de dezembro de 1993 (A/RES/48/104). Nessa Declaração, a Assembléia Geral reconheceu que a violência contra a mulher era uma manifestação da histórica desigualdade de relações de poder entre mulheres e homens, nas quais as mulheres eram especialmente vulneráveis. E que a violência contra a mulher era um

obstáculo para o implemento da igualdade, desenvolvimento e paz, considerando o assédio sexual como violência contra a mulher ocorrida no âmbito público, no âmbito do trabalho, em instituições educacionais e em quaisquer outros lugares<sup>9</sup>.

A Declaração exemplifica algumas condutas que podem ser compreendidas como violência contra a mulher, referindo-se expressamente à mutilação genital da mulher e outras práticas tradicionais prejudiciais à mulher. É um ponto importante, que frequentemente esbarra na problemática do relativismo cultural e que não foi mencionado pela Convenção de Belém do Pará. A Declaração, nesse ponto específico, avança mais na proteção da mulher, determinando inclusive que os Estados não devem invocar qualquer costume, tradição ou consideração religiosa para evitar suas obrigações com respeito à eliminação da violência contra a mulher.

As estudiosas americanas dos direitos da mulher Elizabeth A.H. Abi-Mershed e Denise L. Gilman<sup>11</sup> assinalam que uma área prioritária nos direitos humanos é assegurar o direito que a mulher tem a estar livre de todo o tipo de violência. E somente recentemente tem sido explorada a extensão em que a violência própria de gênero, especialmente quando perpetrada por atores privados, cai dentro da competência do direito internacional dos direitos humanos.

No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), antes da edição da Convenção de Belém do Pará, alguns documentos importantes a respeito da violência contra a mulher a precederam. A Consulta Interamericana sobre a Mulher e a Violência de 1990, a Declaração sobre a Erradicação da Violência contra a Mulher, aprovada nesse mesmo ano pela Vigésima Quinta Assembléia de Delegadas, e a Resolução AG/RES 1128 (XXI-O/91), “Proteção da Mulher contra a Violência”, foram documentos precursores na área da violência da mulher, embora sem a mesma força do tratado internacional, que foi o ponto culminante daquele processo.

A Convenção de Belém do Pará começa por reconhecer que a violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais, limitando total ou parcialmente à mulher o reconhecimento, gozo e exercício desses mesmos direitos e liberdades<sup>11</sup>.

A Convenção define como violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada (art. 1)<sup>12</sup>.

Dessa forma, a Convenção reconhece expressamente que a violência é um fenômeno que afeta todas as esferas de vida da mulher: a vida na família, escola, trabalho e comunidade.

Assim, tanto a violência doméstica foi contemplada, como a violência ocorrida no espaço público, ou seja, na comunidade (art. 2º).

A violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica (art. 2º). A convenção faz referência a algumas condutas específicas, dando porém uma redação aberta, possibilitando a existência de outras condutas não-previstas. Assim, ao tratar da violência ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica, cita o estupro, maus-tratos e abuso sexual, sem excluir “outras formas” (art. 2º, “a”). Ao tratar da violência ocorrida na comunidade, cita como exemplo o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, seqüestro e *assédio sexual no local de trabalho, instituições educacionais, serviços educacionais ou qualquer outro local*, sem também excluir “outras formas” (art. 2º, “b”).

O direito a uma vida livre de violência é um direito fundamental das mulheres na esfera pública e privada (art. 3º).

A Convenção estatui que a mulher está protegida pelos demais direitos previstos em todos os instrumentos regionais e internacionais relativos aos direitos humanos (art. 4º), mencionando expressamente o direito a que se respeite sua vida, integridade física,

mental e moral; direito à liberdade e à segurança pessoais; direito a não ser submetida a tortura; direito a que se respeite a dignidade inerente à sua pessoa e a que se proteja sua família; direito a igual proteção perante a lei e da lei<sup>13</sup>; direito a recurso simples e rápido perante tribunal competente que a proteja contra atos que violem os seus direitos; direito de livre associação; direito de professar a própria religião e as próprias crenças, de acordo com a lei; e direito a ter igualdade de acesso às funções públicas de seu país e a participar nos assuntos públicos, inclusive na tomada de decisões.

A Convenção entende que a violência contra a mulher impede e anula o exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais (art. 5º). De forma que, paralelamente à violência física, sexual e psicológica, estaria ocorrendo uma violação àqueles direitos<sup>14</sup>. Daí a gravidade da violência contra a mulher, que é capaz de lesar vários bens jurídicos protegidos simultaneamente.

Do exposto, podemos resumir que a Convenção traz em seu art. 3º que:

“Toda mulher tem direito a uma vida livre de violência, tanto no âmbito público como no privado.”

A Convenção entende que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica e que uma das formas de violência contra a mulher é assédio sexual:

“Art. 2º Entender-se-á que violência contra a mulher inclui violência física, sexual e psicológica:

a. (...);

b. que tenha ocorrido na comunidade e seja perpetrada por qualquer pessoa e que compreende, entre outros, violação, abuso sexual, tortura, maus-tratos de pessoas, tráfico de mulheres, prostituição forçada, seqüestro e *assédio sexual no lugar do trabalho, bem como em instituições educacionais, estabelecimentos de saúde ou qualquer outro lugar*”. (grifo nosso)

Ficou assim estabelecida a existência do assédio sexual no Brasil quando este ratificou a Convenção em 1995.

E aqui chegamos a um dos pontos principais dessa monografia, que diz respeito à natureza desse direito trazido por Tratado Internacional do qual o Brasil faça parte.

Dispõe o § 2º do art. 5º da CF/88 que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A pergunta que agora se faz é se estaria o direito a uma vida livre de violência e, conseqüentemente, o assédio sexual constitucionalizado pelo § 2º do art. 5º da CF/88.

A natureza das normas que ingressam no sistema jurídico brasileiro pela porta do § 2º do art. 5º tem gerado alguma discussão por parte dos estudiosos do direito constitucional e do direito internacional dos direitos humanos.

De forma que se apresentam pelo menos duas correntes. Há aqueles que, a despeito da redação do § 2º do art. 5º da CF/88, continuam atribuindo às normas constantes dos tratados internacionais de direitos humanos natureza de norma infraconstitucional<sup>15</sup> e há aqueles que passaram a atribuir a essas mesmas normas o *status* de norma constitucional<sup>16</sup>.

A primeira posição, confere mais força ao artigo 102, III, “b”, que confere ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar recurso extraordinário decorrente de decisão que tenha julgado tratado (internacional) inconstitucional, também alegando que, se os tratados internacionais tivessem a

mesma hierarquia das normas constitucionais, seu procedimento de incorporação não poderia ser diferente daquele previsto para a aprovação de emenda constitucional. O Supremo Tribunal Federal, em recente julgado, acabou dando prevalência à Constituição Federal no caso de conflito entre as duas ordens, assinalando que os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição<sup>17</sup>.

A segunda posição, por meio de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, concluiu que há uma primazia no tratamento dado pela CF/88 aos tratados internacionais que tratam dos direitos humanos. Assim, esses tratados gozam, na ordem jurídica brasileira, um tratamento privilegiado. Dessa forma, o artigo que confere ao Supremo Tribunal Federal poder de decidir sobre a constitucionalidade de tratado internacional (art. 102, III, “b”) não pode ser aplicado aos que tenham por objeto direitos humanos, os quais, segundo Flávia Piovesan, possuem “privilégio hierárquico” em relação aos demais tratados, o que foi conferido por nossa Constituição em atenção à matéria de que tratam<sup>19</sup>.

Essa posição de primazia dos direitos humanos é plenamente amparada pela atual Constituição, que elege como fundamento da República a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e a cidadania (art. 1º, II), que diz que o Brasil tem de se reger, em suas relações internacionais, pela prevalência dos direitos humanos (art. 4º), que diz que é objetivo fundamental do Brasil promover o bem de todos, erradicar a pobreza e a marginalização e construir uma sociedade justa, livre e solidária (art. 3º, I, III e IV), que inverteu a ordem de apresentação dos direitos fundamentais que passaram a constar dos primeiros artigos da Constituição.

Por essas razões é que entendemos como mais adequada a teoria que atribui às normas constantes dos tratados de direitos hu-

manos o *status* de normas constitucionais. É a interpretação que melhor atende ao espírito e à letra do § 2º do art. 5º da CF/88.

Em decorrência dessa natureza particular dos tratados internacionais de direitos humanos, seria necessária apenas uma mudança constitucional no sentido de harmonizar o seu tratamento. Haveria necessidade de se ressaltar que os mecanismos normais de denúncia que funcionam para os demais tratados não podem ser aplicados da mesma forma aos tratados internacionais que disponham sobre os direitos humanos sob pena de não se estar respeitando sua natureza de norma constitucional. Na medida em que esses direitos são constitucionais, é de todo incoerente que a vontade unilateral do Poder Executivo possa suprimi-los quando a Constituição tem vedação expressa para que o próprio Congresso Nacional, que expressa a vontade geral, possa fazê-lo no que tange aos direitos constitucionais formais.

Nas relações internacionais e para fim de verificação do direito subjetivo no âmbito internacional, os tratados internacionais contêm mecanismos de proteção contra o desligamento imediato de um Estado, geralmente requerendo um prazo razoável para que o instrumento de denúncia surta efeito, sendo certo que tal ato não excluirá o Estado-parte do cumprimento das obrigações decorrentes do tratado durante sua vigência, nem pode ser utilizado como ardil para acarretar a suspensão do exame de denúncias de sua violação<sup>20</sup>.

De todo o exposto, podemos concluir que o direito constitucional a uma vida livre de violência e do assédio sexual reveste-se de natureza constitucional por força do § 2º do art. 5º da CF/88 e a sua não-regulamentação afetando sua efetividade configura a inconstitucionalidade por omissão dos poderes públicos. Para essa regulamentação, a própria Convenção – embora não fornecendo o conceito – fornece algumas pistas. É o que veremos a partir do próximo capítulo.

### 3. O assédio sexual

Mas o que vem a ser o assédio sexual? Justamente pela falta do conceito legal e de suas implicações é que vem sendo dificultada a sua prevenção, punição e erradicação no Brasil. O comportamento é velho conhecido de todos, mas carece de legislação infraconstitucional para gozar da eficácia jurídica. Por falta de norma é que as pessoas assediadas acabam resolvendo seus conflitos à margem do direito e muitas vezes com sérios prejuízos para a(o) assediada(o).

A cartilha *A violência contra a mulher e a impunidade: uma questão política*<sup>20</sup> relata que:

“Em São Paulo, a primeira manifestação pública de repúdio ao atos de assédio sexual se deu em frente à fábrica metalúrgica, ECHLIN, em janeiro de 1985. Desde então ocorreram algumas manifestações dessa natureza. Mas o tema assédio sexual, sobretudo no local do trabalho, ainda é tido como tabu”.

A cartilha também refere que, no plano jurídico, não há leis especiais que punam os assediadores, havendo necessidade de colocar essa lei na reforma do Código Penal e Trabalhista.

A Convenção de Belém do Pará faz referência ao assédio sexual no local do trabalho, em instituições educacionais, estabelecimentos de saúde ou quaisquer outros lugares, caracterizando-o como um ato de violência.

O assédio sexual tem sido visto basicamente como um problema nas relações do trabalho. Nos Estados Unidos, onde já encontra legislação própria, é visto como problema de discriminação sexual que viola o Título VII do *Civil Rights Act of 1964*. O assunto é tratado por um órgão administrativo especializado, que é a Comissão de Igualdade de Oportunidades no Emprego (Equal Employment Opportunity Commission - EEOC)<sup>21</sup>. O assédio sexual é definido por essa Comissão e a Suprema Corte Americana confere *status* de lei federal a essas normas emanadas da Comissão<sup>22</sup>.

A Comissão passou a definir o assédio sexual a partir de 1980 como avanços sexuais indesejados, pedidos de favores sexuais e outras condutas verbais ou físicas de natureza sexual quando a submissão ou rejeição a essas condutas afetam, explícita ou implicitamente, o emprego de alguém, interferem injustificadamente com o desempenho do trabalho ou criam um ambiente de trabalho hostil, ofensivo ou intimidativo.

Diz ainda que o assédio sexual pode envolver uma variedade de circunstâncias, entre as quais: a vítima, assim como o assediador, podem ser mulher ou homem; a vítima não precisa ser do sexo oposto; o assediador pode ser o supervisor da vítima, um agente do empregador, um supervisor de outra área, um colega de trabalho ou alguém de fora da empresa; a vítima não precisa ser a pessoa assediada, mas pode ser qualquer um afetado pela conduta ofensiva; o assédio sexual pode ocorrer sem dano econômico para a vítima ou sua demissão.

A Comissão ressalva que a conduta do assediador deve ser indesejada dentro do ambiente de trabalho. E o empregador deve estabelecer procedimentos que visem prevenir a ocorrência do assédio sexual.

A EEOC recomenda à vítima informar diretamente ao assediador que sua conduta é indesejada e que deve ser interrompida. E que a vítima deve utilizar algum mecanismo de reclamação ao empregador, ou sistema de queixa disponível no local de trabalho.

Ao investigar alegações de assédio sexual, o EEOC observa o quadro geral: as circunstâncias, tais como a natureza dos avanços sexuais e o contexto nos quais os incidentes alegados ocorreram. A apuração das alegações é feita a partir dos fatos caso a caso.

E a prevenção é considerada a melhor maneira de eliminar o assédio sexual no local de trabalho. Os empregadores são estimulados a dar os passos necessários para prevenir a ocorrência do assédio sexual. Eles devem comunicar aos empregados de modo

claro que o assédio sexual não será tolerado. Eles podem fazê-lo estabelecendo um efetivo processo de reclamação e tomando medidas imediatas e apropriadas quando um(a) empregado(a) reclama<sup>23</sup>.

Analisando a legislação de diversos países (países da Ásia, a Austrália, Espanha, França, Áustria, Dinamarca, Alemanha, Argentina, Peru, Costa Rica etc.), Robortella e Pastore<sup>24</sup> concluíram que o assédio é normalmente concebido como chantagem contra a mulher, para obrigá-la a conceder favores sexuais a fim de obter o emprego, mantê-lo, ser promovida ou obter qualquer tipo de modificação, com abuso de autoridade por parte do empregador ou do superior hierárquico exteriorizando-se por gestos ou propostas de natureza sexual que constroem e humilham as mulheres. Na França, Itália e Suécia, também há tipificação penal para o assédio sexual.

No Brasil, já temos alguns estudos sobre o assunto. José Pastore e Robortella,<sup>25</sup> estudiosos da área jurídica, procuram dar sua visão sobre o assédio sexual:

“O assédio sexual ocorre no contexto das relações face-a-face e caracteriza-se pelo uso abusivo do poder de uma parte em relação à outra, visando à obtenção de favores sexuais”. “Em termos práticos, o assédio sexual inclui iniciativas verbais, não-verbais e físicas”.

Como é possível constatar, a definição é menos abrangente que a norte-americana. Pois naquela definição nem sempre a prática sexual é o fim almejado, mas as condutas promovem um ambiente hostil, intimidativo e ofensivo no trabalho, o que por si só seria suficiente para caracterizar uma situação de assédio sexual.

Isaac Charam<sup>26</sup>, da área médica, para definir o assédio, ora se utiliza de conceitos dos léxicos, ora de um manual apresentado pelo Sindicato das Secretárias do Estado de São Paulo a respeito do assédio sexual. Diz ele que assediar é perseguir com insistência, importunar, molestar com perguntas ou

pretensões insistentes, assaltar. Assédio em sentido figurado, é a insistência importuna junto de alguém com perguntas, propostas, pretensões etc. Já segundo o *Manual Preventivo de Assédio Sexual* do Sindicato das Secretárias do Estado de São Paulo, o assédio sexual é qualquer comportamento de natureza sexual inoportuno ou indesejável. O assédio sexual ocorre mais por questões de poder e controle do que propriamente por questões de sexo.

Na legislação, começam a surgir diversas propostas para regular o assédio sexual. A totalidade das propostas<sup>27</sup> buscam criminalizar a conduta do assédio sexual tratando-o como um problema afeto ao direito penal.

Vejo com reservas a preocupação exclusiva com a criminalização.

Concordo plenamente com o EEOC norte-americano quanto à importância da prevenção do assédio sexual. Nesse sentido, faz-se fundamental uma lei que contemple políticas de prevenção do assédio sexual na área da educação nas relações de trabalho, que é o local onde mais ocorre o assédio sexual. Naturalmente, pode e deve ser pensado para a nova legislação o assédio que pode ocorrer em outras relações de abuso de poder: na escola, em hospitais, na igreja, nas relações familiares.

Uma lei que trate do assédio sexual deve ter implicações na área do direito do trabalho, civil, administrativo e penal, nessa ordem de importância. É preciso determinar que o empregador tenha códigos de conduta eficientes para evitar o assédio sexual no ambiente de trabalho. É preciso investir em mecanismos de responsabilidade civil, indenizando-se dano material e moral, repensando-se os tipos de responsabilidade que se pode atribuir ao assediador, inclusive para a empresa que colabora por ação ou omissão. É preciso delinear melhor as implicações do assédio nas relações trabalhistas e, por fim, as medidas penais, mas apenas com penas alternativas que possibilitem a efetiva reeducação do assediador,

tomando o devido cuidado para não resvalar na tipificação das condutas mais graves que já têm previsão no Código Penal<sup>28</sup> diferenciando o assédio sexual do constrangimento ilegal.

Por enquanto, em face da ausência dessa legislação necessária para a regulamentação do assédio sexual, o Brasil permanece omitindo-se inconstitucionalmente.

#### 4. A inconstitucionalidade por omissão

A Convenção confere importantes responsabilidades aos Estados na missão de proteger a mulher da violência no âmbito privado e público. O enfoque da Convenção é a *prevenção, punição e erradicação* da violência contra a mulher. Os Estados têm de tomar medidas para prevenir a violência, investigar diligentemente qualquer violação, perseguindo a responsabilização dos violadores, e assegurar a existência de recursos adequados e efetivos para a devida compensação para as vítimas das violações.

A Convenção adotou a sistemática de deveres exigíveis de imediato, previstos no artigo sétimo, e de deveres exigíveis progressivamente, previstos no artigo oitavo.

Os deveres constantes do artigo oitavo assumem a feição de medidas programáticas a serem adotadas paulatinamente e referem-se, em sua maior parte, a medidas educativas. São medidas principalmente preventivas, destinadas a *evitar* a violência contra a mulher. Essas medidas, por sua própria natureza, carecem de justiciabilidade imediata junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por meio do sistema de petições. Porém, elas deverão ser obrigatoriamente referidas no sistema de proteção realizado por meio dos relatórios nacionais enviados à Comissão Interamericana de Mulheres (art. 10).

Ponderamos, entretanto, que os Estados-Membros não podem esconder-se sob o manto da “progressividade”, para nada fazer em relação às medidas de caráter preventivo e educativo. Se nenhum passo é dado no sentido da realização dessas medi-

das, não se pode falar em adoção progressiva, mas sim em omissão total do Estado. Pensamos que tal comportamento não só pode, como deve ser submetido à Comissão de Direitos Humanos na forma do artigo 12 para declarar a omissão do Estado-Parte na implementação da Convenção.

Os deveres constantes do artigo sétimo são exigíveis de imediato, havendo a possibilidade de submeter o Estado-Parte à Comissão Interamericana de Direitos Humanos por meio do sistema de petições, (art. 12) quando não satisfeitos pelo Estado obrigado. Esses deveres, normalmente, atuam para erradicar e punir a violência contra a mulher.

Os Estados, ao ratificarem o Pacto, comprometem-se a adotar, por todos os meios apropriados, e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (art. 7º).

Para tanto, é exigido do próprio Estado e de suas instituições, autoridades, funcionários e pessoal que se abstenham de atos e práticas de violência contra a mulher e ajam com zelo para prevenir, investigar e punir, estabelecendo procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeita à violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos, sendo que esses mecanismos judiciais e administrativos devem ser aptos a assegurar à mulher vítima da violência o efetivo acesso à restituição, reparação e outros meios de compensação justos e eficazes e exigir do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade.

Outro ponto que merece ser destacado, por relacionar diretamente com este capítulo, diz respeito à necessidade do Estado de incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e outras que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como modificar ou revogar normas e práti-



cas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância com esse tipo de violência. Ou seja, é importante que à proteção internacional se some a proteção interna.

Ou seja, o Estado-Parte está obrigado internacionalmente a legislar internamente para que se efetive, em sua totalidade, a Convenção na órbita interna.

Dentro dessa ótica, quando o Brasil não adota legislação capaz de prevenir, punir e erradicar o assédio sexual, está deixando de cumprir a norma internacional, o que poderia gerar uma reclamação internacional.

No plano interno, pensamos ser possível caracterizar a inconstitucionalidade por omissão pela ausência de norma regulamentadora apta a dar sentido e alcance efetivo, concreto à norma constitucional que prevê o assédio sexual.

A Constituição Federal de 1988, de forma inovadora, previu a possibilidade da inconstitucionalidade por omissão:

“Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

Art. 103. (\*) Podem propor a ação de inconstitucionalidade:

(...)

§ 2.º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

(\*) Emenda Constitucional nº 3, de 1993.

Por outro lado, esse novo sistema de inconstitucionalidades liga-se umbilicalmente ao tema da eficácia das normas constitucionais, pois o objetivo é tornar efetiva a Constituição. A omissão foi considerada constitucional e

“esta inovação constitucional expressa ruptura com a concepção que admite na Constituição um elenco de normas destituídas de qualquer aparato sancionatório, que não apresentem qualquer resposta à sua violação, que não ordenam, proíbem ou permitem em lapso temporal determinado e, sobretudo, normas que estão condicionadas unicamente à vontade do poder, que a assume como obrigação moral ou, no máximo, política. Fixase, assim, a idéia de que todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas dotadas de aplicabilidade, que desempenham uma função útil no ordenamento”<sup>29</sup>.

A omissão constitucional decorre do silêncio do legislador quando está definitivamente obrigado, pela própria Constituição, a editar as normas necessárias para sua própria efetivação. A essa obrigação se soma a regra do § 1º do art. 5º, determinando que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. O que vem a reforçar a necessidade da ação legislativa que obriga o legislador a dar aplicabilidade ao assédio sexual, constitucionalizado como norma definidora de direito fundamental.

De forma que podemos concluir que a previsão do § 2º do art. 5º da CF/88, que nos permite conferir natureza de norma constitucional à norma convencional que trouxe o direito a uma vida livre de violência e de assédio sexual, já foi um grande avanço no sistema jurídico brasileiro. Porém, a singela previsão não gera as consequências necessárias e desejadas pela própria Convenção. É imperioso que se proceda à regulamentação por força do novo quadro constitucional que se delineou com a

promulgação da Constituição, consagrando a inconstitucionalidade por omissão e aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais.

### 5. Conclusão

A violência é um problema complexo. O assédio sexual só pode ser enfrentado envolvendo medidas judiciais, administrativas, legislativas, econômicas, sociais e culturais, sem as quais fica impossível dar um tratamento global a esse sério problema.

Segundo Maria Angélica Fauné<sup>30</sup>, as raízes da violência são mais profundas e estão no machismo que está arraigado na cultura centro-americana. Para o machismo, a violência constitui um valor positivo, um componente central na construção da identidade masculina, cujos atributos são a dureza, a força, a agressividade. Essa violência se inicia desde o casamento, no qual a união é vivida como uma relação entre possuidor (homem) e possuída (mulher). Os filhos também são tratados como propriedade dos pais. O conceito de amor legitima os elos e as exigências de fidelidade. A impossibilidade de estabelecer relações equitativas dentro da relação afetiva, entre pais e filhos, entre mães e filhos, entre irmãos e irmãs, faz com que a violência seja um mecanismo de solução dos conflitos<sup>31</sup>.

Em virtude desse componente cultural, que não pode ser ignorado, é que se faz igualmente fundamental a ação educativa<sup>32</sup>. Somente por meio de políticas públicas efetivas no campo da educação, o problema da violência poderá ser minimizado. Dessa forma, as medidas repressivas e punitivas presentes na Convenção de Belém do Pará adquirem significado renovado se houver por parte dos Estados envolvidos um comprometimento eficaz com a prevenção da violência contra a mulher.

Nesse sentido Norberto Bobbio,<sup>33</sup> ao afirmar que o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos humanos, não é mais

o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los.

De todo o exposto nesta monografia, em síntese, podemos extrair as seguintes conclusões:

O assédio sexual faz parte do direito constitucional fundamental a uma vida livre de violência, introduzido no sistema constitucional brasileiro a partir do § 2º do art. 5º da CF/88 pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) ratificada pelo Brasil em 1995.

Por se tratar de direito constitucional fundamental, ou seja, norma constitucional, a ausência de sua regulamentação, necessária à sua efetivação, caracterizaria um estado de inconstitucionalidade por omissão passível de correção pelos mecanismos constitucionais existentes.

### Notas

<sup>1</sup> Também conhecida por Convenção de Belém do Pará. Foi aprovada pela sessão plenária da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 09-06-1994 e ratificada pelo Brasil em 27-11-1995. Pode ser encontrada vertida para o português na obra *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996. p. 289-298.

<sup>2</sup> As pesquisas disponíveis apontam para a maciça incidência do assédio sexual contra as mulheres. PASTORE, José, ROBORTELLA, Luiz Carlos A. *Assédio sexual no trabalho – O que fazer?* São Paulo: Makron Books do Brasil, 1998. pág. 1 e segs. nos trazem alguns exemplos: “Nos países mais industrializados, o assédio sexual está-se tornando um penoso problema trabalhista. Em pesquisa realizada pela revista *Fortune* entre as 500 maiores empresas americanas, quase 90% das funcionárias entrevistadas disseram ter percebido intenções de assédio sexual por parte de seus superiores. (...) As pesquisas revelam que, de fato, certos grupos são mais vulneráveis do que outros. Entre as pessoas mais assediadas estão as mulheres jovens, as iniciantes no mercado de trabalho, as que executam trabalhos temporários, as que trabalham em condições precárias, as deficientes e as representantes de minorias. Em quase todos os países, as profissões mais assediadas são as que expõem a mulher a uma posição de subordinação marcante em relação ao homem. É o caso das empregadas domésti-

cas, garçonetes, vendedoras, funcionárias de escritório, enfermeiras, aeromoças e estudantes (Backhouse e Cohen, 1978)". Por fim, ainda ressaltam os autores que "de acordo com os dados disponíveis, em 90% dos casos as mulheres são assediadas por homens. Em 9%, o assédio sexual ocorre entre pessoas do mesmo sexo. Em 1%, o homem é assediado pela mulher (Konrad e Gutek, 1986; AFLCIO, 1996)".

<sup>3</sup> Ver a esse respeito PIOVESAN, Flávia. *Direitos da Mulher na Sociedade Contemporânea*. mimeo, ao ressaltar que o sistema especial de proteção realça o processo de especificação do sujeito de direito, no qual o sujeito passa a ser visto em sua especificidade e concreticidade (ex.: protegem-se as mulheres, a criança, os grupos étnicos minoritários, as vítimas de tortura,...). Já o sistema geral de proteção (ex: Pactos da ONU de 1966) tem por endereçado toda e qualquer pessoa, concebida em sua abstração e generalidade (ninguém, todos,...). Vale dizer, torna-se insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Torna-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nessa ótica, determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direito exigem uma resposta específica, diferenciada. Nesse cenário, as mulheres devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial.

<sup>4</sup> É importante ressaltar que a Convenção de Belém do Pará existe porque a própria Organização dos Estados Americanos reconheceu que a mulher vive, preponderantemente, numa situação de violência. Trata-se, portanto, da proteção especial de um grupo vulnerável. SILVA, Marlise Vinagre. *Violência contra a mulher: quem mete a colher?*; São Paulo: Cortez Editora, 1992, p. 73 pondera que, "embora a violência esteja presente na relação, não sendo um fenômeno de um único vetor, mas sim um fenômeno de mão-dupla, as práticas de violência, sobretudo de violência física, da mulher em relação ao homem não são muito comuns. Quando estas ocorrem, geralmente, a situação de tensão na relação já está num nível insuportável ou ela agride seu companheiro para se defender".

<sup>5</sup> No Brasil, há uma pesquisa recente de AVELAR, Lúcia publicada sob o nome *Mulheres na Elite Política Brasileira - Canais de Acesso ao Poder*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 1996. Série Pesquisas n. 6, na qual a autora trata da presença das mulheres nos canais de acesso ao poder, ou seja, todas as posições ligadas diretamente ao sistema eleitoral e as altas posições referentes às estruturas burocrático-administrativas, às ministeriais, às judiciais, às sindicais e partidárias, nas agências várias de representação de interesses, que me-

rece ser consultada na medida em que traça um interessante panorama da exclusão da mulher nessas estruturas, num país ainda carente de dados a esse respeito.

<sup>6</sup> Dados extraídos a partir de matéria publicada no jornal *A Folha de São Paulo*. São Paulo, 6-7-1997. Caderno Mundo.

<sup>7</sup> Ver a esse respeito ALVES, J.A. Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1994, p. 57.

ABI-MERSHED, A.H. Elizabeth, GILMAN, L. Denise no artigo intitulado La comisión interamericana de derechos humanos y su informe especial en derechos de la mujer: una nueva iniciativa para examinar el estatus de la mujer en las américas. In: *PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES*, San José, C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, CLADEM, 1997. p. 173, observaram a esse respeito que os sete membros da Comissão Interamericana de Derechos Humanos estão comissionados para representar coletivamente a todos os Estados Membros da OEA e que, nos 37 anos desde a sua criação, somente três mulheres foram eleitas como membros. E, no caso da Corte Interamericana de Derechos Humanos, criada desde 1979, somente uma mulher funcionou como juíza. GILBERT, Lauren. Balance de la relatoría especial sobre la mujer en la comisión interamericana de derechos humanos. In: *PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES*, San José, C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, CLADEM, 1997. p. 177 observa, no mesmo sentido, que a Comissão Interamericana de Mulheres, órgão responsável pelo bem-estar da mulher dentro da estrutura da OEA, desempenha um papel muito limitado, o que se deve, em parte, ao fato de não possuir o mesmo poder que a CIDH para receber denúncias, conduzir investigações, publicar informes e fazer recomendações aos Estados-membros ou mesmo encaminhar casos à Corte Interamericana, o que também é observado por ABI-MERSHED, A.H. Elizabeth e GILMAN, L. Denise. op. cit., p. 157.

<sup>8</sup> GILBERT, Lauren. op. cit., p. 177.

<sup>9</sup> A íntegra do texto da Declaração pode ser encontrada na obra *The United Nations and the advancement of women*. New York: The United Nations Department of Public Informations, 1995. The United Nations Blue Books Series, Vol. VI. p. 459-462. ALVES, J.A. Lindgren. op. cit. p. 131, aduz que a Declaração "é importante *inter alia* porque define essa modalidade específica de violência e estabelece o compromisso – é bem verdade que não-jurídico – dos Estados e da comunidade internacional com sua eliminação. Com essa Declaração, e graças, em parte, à Conferência de Viena, existe agora, portanto, definição legal internacional para a vio-

lência de gênero, sabidamente uma das formas de violações de direitos humanos mais recorrentes e abafadas, porque freqüentemente praticada no receso do lar e nos recintos de trabalho, e dissimulada pelos costumes”.

<sup>10</sup> Op. cit. p. 162.

<sup>11</sup> Como bem observam ABI-MERSHED, A.H. Elizabeth, GILMAN, Denise L. Gilman, op. cit. p. 166, a elaboração e entrada em vigor desta Convenção é um avanço destacável, sendo extremamente valioso proporcionar uma definição interamericana de violência contra a mulher e a mesmo tempo especificar as obrigações que têm os estados-membros de promover e proteger os direitos das mulheres de estarem livres de violência. O desafio atual é a implementação e cumprimento da mesma. KRSTICEVIC, Viviana. La Denuncia individual ante la comisión interamericana de derechos humanos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. In: *PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES*. San José, C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, CLADEM, 1997, p. 198, também observa que a Convenção define o termo “violência contra a mulher” de modo muito generoso.

<sup>12</sup> É interessante notar a percepção que tem a própria mulher, que é a vítima da violência, a respeito dessa questão. Uma pesquisa qualitativa realizada por PIMENTEL, Sílvia, PANDJIARJIAN, Valéria intitulada *Percepções das mulheres em relação ao direito e à justiça*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1996, p. 30, revelou que várias mulheres, ao serem indagadas sobre a violência doméstica, emitiram respostas que colocaram a empregada doméstica como uma vítima da violência doméstica. Ainda sobre o conceito de violência, segundo as autoras, é difícil classificar quando um ato de agressão constitui este ou aquele tipo de violência. “O mais das vezes, o que se pode dizer é que se ressalta mais um aspecto ou outro. Por exemplo: toda a agressão física é ao mesmo tempo uma agressão psicológica à mulher, pois fere a sua auto-estima, o que lhe acarreta graves conseqüências” (...) “Já a mais sutil e, portanto, a menos percebida forma de violência talvez seja a psicológica, que pode ser denominada simbólica. Atua na vítima de forma, às vezes, sorrateira, expressando a relação autoritária de poder, implicando com freqüência frustrações, traumas e inibições, bem como reprodução deste tipo de comportamento por parte daqueles que a ela se submetem”. A respeito da violência doméstica, concluem as autoras que “importa registrar que praticamente todas as manifestações parecem permitir a nós a seguinte interpretação: existe uma familiaridade/proximidade das mulheres entrevistadas com o tema da violência doméstica e uma percepção crítica a respeito”.

<sup>13</sup> Essa Convenção avança ao tratar da discrimi-

nação quando prevê que o direito de toda mulher a ser livre de violência abrange, entre outros, o direito da mulher a ser livre de todas as formas de discriminação e o direito a ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados e práticas sociais e culturais baseadas em conceitos de inferioridade ou subordinação (art. 6).

<sup>14</sup> O Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) divulgou, por meio do jornal *Folha de São Paulo*. 8-2-1988. Caderno Mundo. p. 14, os dados de uma interessante pesquisa sobre violência contra a mulher realizada em 1997 nas capitais Santiago (Chile) e Manágua (Nicarágua). Uma das conclusões é que a mulher agredida fisicamente, psicologicamente ou sexualmente por seu companheiro costuma receber um salário bastante inferior ao de uma trabalhadora que não é vítima desse tipo de violência, ou seja, *a violência doméstica empobrece a mulher*. Após entrevistar mais de 300 mulheres pertencentes a diversas classes sociais em cada uma das cidades, os pesquisadores do BID concluíram que 40% das mulheres de Santiago e 52% das de Manágua haviam sido vítimas de alguma agressão de seus companheiros em 1996. Em Santiago, os salários de mulheres vítimas de agressões sérias correspondiam, em média, a apenas 39% dos salários do restante das trabalhadoras. Em Manágua, o percentual obtido foi de 57%. O motivo é que as mulheres agredidas tendem a ser menos produtivas: faltam mais ao trabalho, têm dificuldade de concentração, baixa-estima, sofrem de depressão e estresse, sendo constantemente perturbadas por seus companheiros no local de trabalho. Essas mulheres também tendem a procurar mais os serviços de saúde, e um lar violento repercute no desempenho das crianças na escola.

LIGHTLE, Juliana, DOUCET, Elizabeth H. *Assédio sexual no local do trabalho: um guia para a prevenção*. trad. Isabel Paquet de Araripe. Rio de Janeiro: Qualitymark. 1993. p. 23, mencionam um estudo governamental do início da década de 80 sobre o assédio sexual que revelou no EUA que o tempo e a produtividade perdidos devido ao assédio sexual custaram aos cofres públicos 188,7 milhões de dólares num período de dois anos. Quarenta e dois por cento das mulheres e 14% dos homens declararam que tinham sofrido assédio. Quando as pesquisas foram repetidas dali a cinco anos, os custos tinham aumentado para 267 milhões de dólares, e as percentagens não tinham diminuído.

<sup>15</sup> Conferir a esse respeito FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 98 e MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 295.

<sup>16</sup> Ver a respeito PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 82 e MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos ar-*

ados. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 38.

<sup>17</sup> Cf. Habeas Corpus n. 73.044-SP, relator Ministro Maurício Correa. Julg. 19.3.96. DJ 20-9-96, p. 34.534. Outro exemplo dessa interpretação é a que se vê no julgamento da ADIn n. 1.480-3 do Distrito Federal, em que o Supremo Tribunal Federal afastou liminarmente a aplicação da Convenção 158 da OIT (Organização Internacional do Trabalho).

<sup>18</sup> Ob. cit., p. 94.

<sup>19</sup> O aviso prévio de denúncia geralmente é de um ano, como no caso da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 78, 1) e da Convenção de Belém do Pará que dispõe: “Art. 24 - A presente Convenção vigorará indefinidamente, mas qualquer dos Estados Partes poderá denunciá-la mediante o depósito de um instrumento com esse fim na Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos. Um ano depois da data do depósito de instrumento de denúncia, a Convenção cessará em seus efeitos para o Estado denunciante, continuando a subsistir para os demais Estados Partes”.

<sup>20</sup> São Paulo: União de Mulheres de São Paulo, reedição. 1997. p. 23.

<sup>21</sup> A U.S. EEOC foi criada pelo Título VII da Carta dos Direitos Civis de 1964 e começou a operar em 2 de julho de 1965 para pôr em execução o princípio federal que proíbe a discriminação no emprego com base na raça, cor, religião, sexo, origem, idade ou deficiência.

<sup>22</sup> Vide a esse respeito LIGHTLE, Juliana, DOUCET, Elizabeth H. *Assédio sexual no local do trabalho – um guia para a prevenção*. trad. Isabel Paquet de Araripe. Rio de Janeiro: Qualitymark. 1993. p. 7.

<sup>23</sup> Recentemente a empresa Mitsubishi concordou em pagar 34 milhões de dólares em virtude de um acordo que fez com a EEOC por ter sofrido denúncias de assédio sexual que seria rotineiro e generalizado e conhecido e aprovado pela direção de sua fábrica de Illinois. O processo foi apresentado em 9-4-1996 por 300 funcionárias da empresa e o dinheiro será repartido entre elas. Ficou estabelecido também que, em até três anos, a empresa deverá estabelecer um código de conduta. Essa foi a quantia mais alta já paga até hoje num caso de denúncia de assédio sexual. In: *Folha de São Paulo*, Caderno Mundo, São Paulo, 12-6-1988. p. 11.

<sup>24</sup> Op. cit. p. 60.

<sup>25</sup> Op. cit. p. 15.

<sup>26</sup> *O estupro e o assédio sexual: como não ser a próxima vítima*. Rio de Janeiro: Record: Rosa dos Tempos, 1997. p. 147.

<sup>27</sup> Projeto de Lei 143 de 1995 da Dep. Marta Suplicy; Projeto de Lei 242 de 1995 da Dep. Raquel Capiberibe e Projeto de Lei do Senado 235 de 1995 da Sen. Benedita da Silva.

<sup>28</sup> O anteprojeto de Código Penal em discussão conceitua o assédio sexual como: Art. 173. “Asse-

diar alguém, exigindo, direta ou indiretamente, prestação de favor de natureza sexual, como condição para criar ou conservar direito ou para atender à pretensão da vítima, prevalecendo-se do cargo, ministério, profissão ou qualquer outra situação de superioridade: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

<sup>29</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 78. No mesmo sentido o trabalho de CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 209: Os dados normativos da Constituição devem ser potencializados por uma dogmática constitucional democrática. Se a Constituição condensa normativamente valores indispensáveis ao exercício da cidadania, nada mais importante que a busca (política, sim, mas também) jurídica de sua afirmação (realização, aplicação). O como elaborar isso juridicamente, isto é obra para uma nova dogmática constitucional, cujo desafio é tornar a Constituição uma Lei Fundamental integral.

<sup>30</sup> Transformaciones en las familias centroamericanas. In *ESTUDIOS BÁSICOS DE DERECHOS HUMANOS*. San José, C.R.: IIDH, Comisión de la Unión Europea, 1996. Vol. IV. p. 327.

<sup>31</sup> No mesmo sentido SAFFIOTI, Heleith I. B., ALMEIDA, Suely de Souza. op. cit. pág. 4 observa que: “A violência masculina contra a mulher manifesta-se em todas as sociedades falocêtricas. Como todas o são, em maior ou menor medida, verifica-se a onipresença deste fenômeno”.

<sup>32</sup> Ação educativa que construa uma sociedade livre dos estereótipos que conduzem a uma relação de desigualdade. Nesse sentido, faz-se necessário que, desde a educação básica, haja a preocupação com a igualdade entre os gêneros. E paralelamente é preciso que todos os atores envolvidos direta ou indiretamente com as violações aos direitos das mulheres tenham capacitação específica para lidar com essa questão. SILVA, Marlise Vinagre, op. cit., p. 168, evidencia esse sério problema ao relatar o tratamento recebido pela mulher na esfera policial: “Em relação à violência contra a mulher, verifica-se nas delegacias convencionais uma postura de banalização e omissão, na medida em que esta problemática é considerada como elemento ‘natural’ presente nas relações entre os sexos que se efetivam na instituição familiar. Não obstante esse fenômeno esteja previsto na legislação enquanto crime, reina a cumplicidade e a impunidade, que se expressam principalmente através da prática discricionária da polícia de desmobilização da capacidade da mulher quanto ao enferrujamento jurídico da violência, da exposição da mulher a constrangimentos e cantadas e da culpabilização da mulher pela violência vivenciada”.

No mesmo sentido, com enfoque no Poder Judiciário, a pesquisa empreendida por HERMANN, Jacqueline, BARSTED, Leila Linhares. O judiciário e a violência contra a mulher: a ordem legal e a (des) ordem familiar. Rio de Janeiro: CEPIA, 1995, *Cadernos CEPIA*, n. 2, p. 109, ao concluir que, “quando é a mulher a acusada do crime, as teses jurídicas usadas para a sua defesa são diferentes e atuam no sentido de reforçar modelos estereotipados. No caso que analisamos, a argumentação da ré foi a legítima defesa, procurando realçar a fragilidade e inferioridade física da acusada. Em se tratando dos homens homicidas, este não costuma ser o mote da defesa, que se apega à acusação e ao julgamento do comportamento da vítima para estruturar o argumento da ‘legítima defesa da honra’. Portanto, o Poder Judiciário ratifica papéis e hierarquias sociais que dizem respeito à estrutura política das relações entre os sexos, não demonstrando, na prática de suas decisões, a neutralidade que afirma caracterizar a sua atuação. Nesse sentido, faz-se necessária uma discussão do processo de formação dos profissionais da área jurídica, para sensibilizá-los e integrá-los ao amplo e necessário debate sobre as relações de gênero em nosso país”.

<sup>33</sup>A *era dos direitos*. trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 25.

### Bibliografia

- ABI-MERSHED, A.H. Elizabeth, GILMAN, L. Denise. La comisión interamericana de derechos humanos y su informe especial en derechos de la mujer: una nueva iniciativa para examinar el estatus de la mujer en las américas. In: *PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES*. San José, C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, CLADEM, 1997.
- AVELAR, Lúcia. Mulheres na Elite Política Brasileira: Canais de Acesso ao Poder. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, n. 6, 1996. (Série Pesquisas).
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. trad. por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CHARAM, Isaac. *O estupro e o assédio sexual – como não ser a próxima vítima*. Rio de Janeiro: Record: Rosa dos Tempos, 1997. p. 147.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- FAUNÉ, Maria Angélica. Transformaciones en las familias centroamericanas. In *ESTUDIOS BÁSICOS DE DERECHOS HUMANOS*, vol IV. San José, C.R.: IIDH, Comisión de la Unión Europea, 1996.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GILBERT, Lauren. Balance de la relatoría especial sobre la mujer en la comisión interamericana de derechos humanos. In: *PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES*. San José, C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, CLADEM, 1997.
- HERMANN, Jacqueline, BARSTED, Leila Linhares. O judiciário e a violência contra a mulher: a ordem legal e a (des) ordem familiar. *Cadernos CEPIA*, n. 2, p. 109. Rio de Janeiro: CEPIA, 1995.
- KRSTICEVIC, Viviana. La Denuncia individual ante la comisión interamericana de derechos humanos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. In: *PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES*. San José, C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, CLADEM, 1997.
- LIGHTLE, Juliana, DOUCET, Elizabeth H. *Assédio sexual no local do trabalho: um guia para a prevenção*. trad. Isabel Paquet de Araripe. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1993.
- LINDGREN ALVES, J.A. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1994.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1997.
- PASTORE, José, ROBORTELLA, Luiz Carlos A. *Assédio sexual no trabalho: o que fazer?* São Paulo: Makron Books do Brasil, 1998.
- PIMENTEL, Sílvia, PANDJIARJIAN, Valéria. *Percepções das mulheres em relação ao direito e à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1996.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos da Mulher na Sociedade Contemporânea. mimeo*. SILVA, Marlise Vinagre. *Violência contra a mulher: quem mete a colher?*; São Paulo: Cortez Editora, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- SAFFIOTI, Heleieth I. B., ALMEIDA, Suely de Souza. *Violência de gênero: poder e impotência*. Rio de Janeiro: Revinter, 1995.
- SÃO PAULO (Estado). *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996.
- UNIÃO DE MULHERES DE SÃO PAULO. São Paulo: União de Mulheres de São Paulo, 1997. (Reedição).
- UNITED NATIONS. *The United Nations and the advancement of women*. The United Nations Blue Books Series, Vol. VI New York: The United Nations Department of Public Information, 1995.

# **A Constituição originária, a Constituição derivada e o direito adquirido: considerações, limites e possibilidades**

Carlos Antonio de Almeida Melo

## **Sumário**

1. Introdução. 2. Constituição, Constituições: diferenças. 3. Direito adquirido e outros institutos similares. 4. Constituição originária e direito adquirido. 5. Constituição derivada e direito adquirido. 6. Conclusões.

## **1. Introdução**

O presente trabalho foi motivado por duas razões básicas. Em primeiro lugar, a existência de jurisprudência do STF dando conta que “não há direito adquirido contra texto constitucional, resulte ele do Poder Constituinte ordinário ou do Poder Constituinte derivado. Precedentes do STF” (RE nº 94. 414–SP)<sup>1</sup>, citada em obra recente de Luís Roberto Barroso<sup>2</sup>. A seguir, em função do advento da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, que, ao dispor sobre fixação de subsídios e de teto remuneratório, fatalmente dará margem a inúmeros questionamentos sobre o tema, que, de resto, tem sido tratado com certa insistência pela doutrina, principalmente a partir da Constituição de 1988<sup>3</sup>.

Carlos Antonio de Almeida Melo é Professor da Faculdade de Direito da UFMT, Procurador do Estado de Mato Grosso, Professor de Direito Constitucional da Escola Judicial do TRT 23ª Região e membro do IJAP.

Este texto corresponde, com algumas modificações formais e acréscimos materiais, à palestra proferida sob o mesmo título no 1º Seminário do Instituto Jurídico Professor Alcedino Pedrosa da Silva (IJAP), sob o tema geral *Cidadania, Ensino Jurídico e Direito em Debate*, aos 7 de maio de 1999, no auditório da FAECC/UFMT, em Cuiabá, MT.

## **2. Constituição, Constituições: diferenças**

A Constituição, como documento juspolítico<sup>4</sup>, possui hierarquia superior a todas as normas de um ordenamento jurídico e, na qualidade de Lei Máxima de um sistema jurídico, dispõe sobre a estruturação e a

organização do Estado, o exercício do poder político, dos direitos e garantias individuais, coletivos e sociais e das atividades concernentes à ordem cultural, econômica e social dentro de determinado território, consolidando um projeto de dominação. Ademais, a Constituição também estabelece normas sobre a criação de outras normas, na qualidade de *pressuposto da produção normativa do Estado*<sup>5</sup>.

Essa dupla significação, jurídica e política, deve-se a sua característica de, concomitantemente, estabelecer normas jurídicas que, em resumo, ordenam e estruturam a vida estatal, além de dispor acerca de decisões políticas fundamentais para a sociedade. Em matéria constitucional, o entrelaçamento entre o político e o jurídico já fora vislumbrado por Emmanuel Sieyès, em 1788, por meio de panfleto político célebre (*O Que é o Terceiro Estado?*), distinguindo, inauguralmente, poder constituinte e poderes constituídos; Ferdinand Lassalle, em 1862, em conferência famosa (*A Essência da Constituição*), quando afirmava que os problemas constitucionais não são de direito, mas de poder; e por Carl Schmitt, em 1928, em sua *Teoria da Constituição*, quando entendia que o político é antecedente necessário do jurídico, e o momento da decisão é o momento político de todo direito, daí conter a Constituição, como matéria essencial, *decisões políticas fundamentais*.

Todavia, essas decisões políticas fundamentais não se bastam carecendo de normas e instituições que as tornem realizáveis, que possibilitem seu aparecimento na concretude do mundo. Em face disso, Manuel Garcia-Pelayo alerta que

“tais decisões nada seriam se não se desenvolvessem em um sistema de normas e entidades concretas, e se é certo que tais normas e entidades carecem de sentido se não estão vinculadas em relação teleológica com as ditas decisões, não é menos certo que estas só têm sentido constitucional em sua vinculação com aquelas”<sup>6</sup>.

Assim, a par da efetividade e aplicabilidade de suas normas, precisa estar a Constituição imersa na realidade social a que dá contornos e configuração e da qual recebe os influxos de atualização, mudança e alteração. Dito de outra forma: o campo jurídico demarcado pela Constituição como norma superior deve, necessariamente, estar envolvido e impregnado pela realidade social que o abrange e circunscreve. De outra via, essa mesma realidade social exige transformações inadiáveis no campo jurídico, com reflexos no texto constitucional.

É justamente a relação dialética entre a Constituição e a realidade social que guarda a distância entre a folha de papel lassalleana e o sentimento constitucional ao qual se referia Karl Loewenstein e pelo qual clamam as forças transformadoras de qualquer grupo social em relação à lei superior do ordenamento jurídico. Enfim, o mínimo de distância que se pode exigir entre o dever-ser normado e o ser socialmente tido como existente.

Nos sistemas de Constituição rígida<sup>7</sup>, em que é exigido um rito especial para alteração formal do texto, toda norma inserida em seu contexto passa a integrar a Lei Fundamental, embora, por sua natureza, possa não se referir à matéria essencialmente constitucional, não configurando, dessa forma, decisão política fundamental<sup>8</sup>, ou seja, sua dimensão política referendada juridicamente.

Desse atributo formal da rigidez deriva o princípio da supremacia da Constituição em relação às demais normas do sistema jurídico. Essa característica se subdivide em *supremacia formal*, significando que a Constituição deriva da vontade popular expressa mediante um processo todo especial de exercício do poder político (poder constituinte originário), presumindo-se alto grau de legitimidade popular<sup>9</sup> e revelando a relação de hierarquia entre o texto constitucional e os demais atos normativos em geral; e *supremacia material*, no sentido que nela estão contidas as normas essenciais de estruturação da entidade estatal, de limi-



tação do exercício do poder e de garantias individuais, coletivas e sociais. Em face disso, funciona como fundamento de validade para todas as demais normas do sistema, que fica hierarquicamente estabelecido.

Assim, em face da nova Constituição, fica concretizado, no interior do ordenamento jurídico, um relacionamento vertical superior/inferior (↓) quanto às demais normas infraconstitucionais, conseqüência da supremacia formal, e, ao mesmo tempo, outro vertical inferior/superior (↑), em função do novo fundamento de validade estabelecido para todas as normas do sistema (Figura 1).

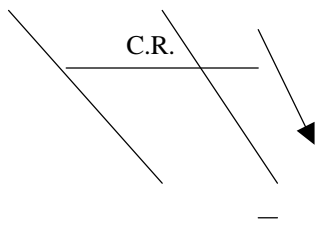


Figura 1

Embora a Constituição seja um conjunto ordenado e sistemático de normas, e não a reunião de normas esparsas e dispersas, sob o ponto de vista do controle das normas constitucionais de reforma, pode-se dizer que há duas Constituições que se integram dialeticamente em determinado período de vigência: o *texto originário*, tal qual promulgado ou outorgado em sua versão original, e o *texto derivado*, objeto de maior ou menor número de reformas, seja à guisa de revisão, de emenda ou de ambas as modalidades.

Assim, de modo mais metafórico e didático que dogmático, pode ser estabelecida a diferença entre a Constituição originária, como o íntegro resultado do exercício do poder constituinte originário, e as Constituições derivadas, como o resultado das sucessivas reformas ou alterações daquele texto por obra do legislador no exercício do poder constituinte derivado.

As conseqüências dessa distinção repercutirão decisivamente nos tópicos seguintes.

### 3. Direito adquirido e outros institutos similares

Desde os estudos de Ferdinand Lassalle, Léon Duguit e C. F. Gabba, o tema do direito adquirido vem ocupando a pauta de discussão de juristas e jusfilósofos, sendo considerado pela doutrina como o grande corolário do século XX (Lassalle, *Sistema dos Direitos Adquiridos*, de 1861)<sup>10</sup>.

Mesmo estando relacionado à segurança e previsibilidade das relações jurídicas, e, como tal, de amplo domínio em diversos setores da sociedade, mesmo fora do campo jurídico, o princípio do direito adquirido, como impeditivo da retroatividade da norma jurídica, não se revela em sua essência com facilidade.

Como forma de fugir a uma impossível definição plenamente satisfatória, parte dos doutrinadores preconiza que os elementos básicos do direito adquirido só poderiam ser estabelecidos na apreciação cuidadosa de cada caso concreto. Não obstante, diversos autores tentaram a conceituação do instituto e alguns ordenamentos jurídicos, como o brasileiro (art. 5º, inciso XXXVI, C.R., e art. 6º, § 2º, Lei de Introdução ao Código Civil), fixaram seus termos em norma legal.

O sempre lembrado conceito do jurista italiano C.F. Gabba estabelece que

“é adquirido todo direito que: a) é conseqüência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato se viu realizado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova a respeito do mesmo, e que; b) nos termos da lei sob o império da qual se verificou o fato de onde se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu”<sup>11</sup>.

Resumidamente, é aceito entre os doutrinadores, com forte respaldo jurisprudencial,

que o direito adquirido possui as seguintes características:

a) refere-se a uma situação do *passado*;

b) é aquele cujo exercício esteja inteiramente ao arbítrio de seu titular, pois:

I – originou-se de fato jurídico de acordo com a lei do

tempo em que se formou;

II – entrou para o patrimônio do indivíduo;

c) ou depende apenas (para estar ao arbítrio do titular):

I – de um termo<sup>12</sup> ou prazo<sup>13</sup> já fixado (direito a termo) ou;

II – de uma condição (direito condicional<sup>14</sup>) já estabelecida inalterável ao arbítrio de outrem.

Em suma, na imagem empregada por Epitácio Pessoa<sup>15</sup>, para que haja direito a alguma coisa, é necessário que essa coisa exista, isto é, devem ter ocorrido todas as condições essenciais (que são as determinadas pela lei), sem as quais não existirá. Enquanto a coisa não existe, há mera expectativa, que depende de acontecimentos futuros para se converter em direito adquirido.

Dessa forma, a barreira erguida pelo direito adquirido impede a retroatividade da lei nova que dê tratamento diverso à matéria, que apenas incidirá sobre aquelas situações que não se consolidaram sob a égide da norma anterior.

Fatalmente, na apreciação do tema, destacam-se as tentativas de diferenciar direito adquirido, de um lado, e a expectativa de direito e as meras faculdades de outro. Pode-se entender que, enquanto aquele já pode ser exercido por seu titular, ou já teria começo de exercício prefixado em termo inalterável ou condição imutável (art. 6º, § 2º, Lei de Introdução ao Código Civil), a expectativa de direito consiste na *esperança* da aquisição de direito fundada nas normas vigentes à época e nas faculdades jurídicas, como a *possibilidade* da prática de certos atos concedida pela lei aos indivíduos, que podem ser retiradas do texto legal a qualquer tempo<sup>16</sup>.

O princípio do direito adquirido desenvolveu-se plenamente nos domínios do direito privado como instrumento de proteção do direito dos indivíduos, sendo mais recente sua formulação na órbita publicística. Isso se deve a que, a despeito de a distinção entre os ramos público e privado do direito já ser reconhecida no direito romano desde os primeiros tempos, no período medieval ter perdido essa nitidez em face do esfacelamento do poder, ressurgindo nos primórdios da era moderna com o advento de um poder central e a elaboração dos conceitos de Estado nacional, soberania e Constituição.

O surgimento do conceito de Constituição, como elemento de afirmação dos direitos burgueses, a partir do advento histórico do Estado moderno, acelera a consolidação dos ramos do direito público pelo surgimento de novos institutos e princípios próprios. Essa autonomia epistemológica do direito público moderno, situada por volta do século XVIII, acompanhando a maior presença e atuação do Estado no campo social, foi seguida por medidas de interferência no âmbito do direito privado, como a edição de leis de ordem pública, de restrições ao uso da propriedade e ao exercício de atividades, de normas de proteção à família e outras.

A despeito disso, pelo menos nos sistemas jurídicos de origem romano-germânica como o brasileiro, constata-se uma interpenetração muito intensa entre os dois grandes ramos do direito, embora sejam informados por princípios, normas e institutos específicos. Para Di Pietro<sup>17</sup>, “quanto mais o Estado intervém no âmbito da atividade privada, seja para regulamentar, fiscalizar ou restringir, seja para exercê-la diretamente, mais se acentua a interpenetração”.

Dessa forma, de princípio concebido pelo direito privado como projeção da irretroatividade das leis para a proteção de direitos primordialmente individuais, o direito adquirido ingressa na órbita publicística e, particularmente, na esfera do direito constitucional, na esteira das declarações de di-

reitos do século XVIII, arrolado entre as garantias e direitos fundamentais do cidadão.

É inegável a indelével marca do ideário burguês revolucionário de então, no princípio do direito adquirido, como mecanismo invocado em nome da segurança jurídica, de mantenedor de quaisquer situações consolidadas pelas leis da época, independentemente de outras considerações. Quer dizer, o princípio do direito adquirido, tão caro aos ordenamentos jurídicos contemporâneos, surge, em verdade, com a finalidade precípua de assegurar a propriedade de certos direitos da classe politicamente dominante em detrimento dos demais integrantes da sociedade.

A partir de então, o tratamento do direito adquirido ganha contornos diferenciados ao ser abordado pela ótica do direito constitucional, preconizando alguns autores que não pode ser absorvido em sua concepção privatística, sob pena de *arriscar a dinâmica das normas fundamentais*<sup>18</sup>.

#### 4. Constituição originária e direito adquirido

A Constituição, enquanto manifestação do poder constituinte originário e soberano com titularidade popular, é dotada de fundamentalidade e inicialidade. Fundamentalidade, na medida em que delinea as bases e os fundamentos em que será estabelecido um novo ordenamento jurídico; inicialidade, pois consubstancia um novo sistema constitucional, rompendo, de maneira diametralmente oposta ou não, com a ordem anterior. É desse segundo atributo que falam Georges Burdeau e outros ao mencionar a nova *idéia de direito* incorporada no texto originário<sup>19</sup>. É a essa *idéia de direito* que a Constituição vincula o poder, impondo diretrizes, exigências e limitações para seu exercício e suas realizações.

Enquanto não subsiste dúvida quanto à força do exercício originário do poder constituinte, há profundas dissensões em relação ao efetivo momento histórico de exercício desse poder. Ensina Canotilho que

há *continuidade formal* do direito constitucional quando uma ordem constitucional, apesar da alteração normativa, reconduz-se, jurídica e politicamente, à ordem constitucional anterior. Por outro lado, ocorre *descontinuidade formal* quando uma nova ordem constitucional implica uma ruptura (revolucionária ou não) com a ordem constitucional anterior. Enfim, fala-se de *descontinuidade formal e material* quando, além da ruptura formal (descontinuidade formal), verifica-se a “destruição”<sup>20</sup> do antigo poder constituinte por um novo, alicerçado num título de legitimidade substancialmente diferente do anterior<sup>21</sup>.

Baseado nessas distinções, Luís Roberto Barroso<sup>22</sup> classifica a Constituição da República de 1988 no elenco da descontinuidade material, por haver coroado um movimento popular reivindicatório pelo qual retomou a soberania popular o poder constituinte usurpado desde 1964, asseverando:

“Mais do que em qualquer outro momento na história brasileira, a Constituição de 1988 é produto legítimo do exercício da soberania popular, com as virtudes e vícios que daí advêm, sobretudo quanto às imperfeições do sistema representativo”.

Por outro lado, Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>23</sup> entende, como outros, que a Constituição de 1988 não foi obra do poder constituinte originário, mas, em face da convocação do Congresso Nacional investido de poderes especiais de reforma pela Emenda Constitucional nº 26/85, resultou de uma “reforma constituinte” sem as limitações das cláusulas pétreas então vigentes (que apenas proibiam a abolição da Federação e da República), o que mais parece a descrição do exercício do poder constituinte originário com outra nomenclatura.

De toda sorte, embora alguns poucos ainda entendam estar o exercício do poder constituinte originário vinculado e adstrito apenas às grandes fraturas provocadas por processos revolucionários radicais<sup>24</sup>, nos

moldes da americana, da francesa e da soviética, por exemplo, toda ruptura na estrutura política, econômica, social e institucional do Estado, implicando transformações de maior ou menor calibre e envergadura, mesmo que por meios pacíficos, reclama a adoção de uma nova ordem jurídica que a legitime, carecendo, assim, da edição de um novo texto constitucional, dotado de nova legitimidade, que espelhe as novas expectativas sociais.

Não estando sujeito a limitações de natureza jurídica, nem mesmo sendo inibido pelo texto constitucional em vigor no momento em que está sendo exercido, o poder constituinte originário, impellido pela força da soberania popular, tem o condão de promover profundas e substanciais alterações no desenho da estrutura estatal, bem como na própria ordem jurídica.

Nesse momento, isto é, no *momento constituinte originário*, nenhum instituto da ordem jurídica então em vigor está ao resguardo de mudanças e modificações, pois o poder originário não se compadece com o regime anterior, comprometido que está, somente, com a imposição de uma nova ordem constitucional e, conseqüentemente, jurídica, isto é, a *nova idéia de direito*.

É nessa perspectiva que ganha sentido a afirmação que *não há direito adquirido contra a Constituição*, isto é, apenas o poder constituinte originário, que sofre limitações tão-somente de ordem política, tem o condão de desconstituir situações consolidadas sob a égide do ordenamento jurídico anterior. Se o fundamento da proteção ao direito adquirido repousa na existência de norma anterior, que, por sua vez, encontra fundamento de validade na norma fundamental então vigente, suprimida esta, apenas estaria mantido o direito se admitido pela nova Constituição ou se a norma que lhe dá sustentação houver sido recepcionada.

É em função disso que Carmen Lúcia Antunes Rocha formula a seguinte síntese:...

“o direito adquirido sob a égide de valores desacolhidos e de normas

desfeitas não subsiste, quando do advento da nova ordem constitucional, senão se a situação jurídica subsumida ao ordenamento anterior tiver produzido os seus efeitos e estes tiverem se consumado ainda na vigência daquela, portanto, então, se trataria de direito consumado”<sup>25</sup>.

Observe-se que o exercício dessa avassaladora prerrogativa, na prática, depende de considerações de natureza histórica e cultural que, de toda forma, estão contidas nas limitações essencialmente políticas do poder originário.

De outra via, o desfazimento de situações consolidadas pode-se dar de duas maneiras. Ou por incompatibilidade com os princípios e o regime adotados pela nova Constituição, ou vem formulado de maneira expressa por determinados dispositivos. Como exemplo da primeira situação, um novo texto constitucional que abolisse o direito de propriedade estaria, em decorrência, extinguindo todos os direitos a ela inerentes. No segundo caso, o preceito expresso no art. 17, ADCT, da Constituição da República de 1988 impede a invocação de direito adquirido nos casos de percepção de quaisquer verbas, proventos ou vantagens em desacordo com o novo texto constitucional.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>26</sup> distingue duas situações: os direitos eventualmente adquiridos *em decorrência de normas materialmente constitucionais* não prevalecem em face da mudança dessas normas pela nova Constituição; ao passo que os direitos adquiridos *em razão de normas formalmente constitucionais* de uma Constituição persistem sob a Constituição posterior, pois não são elas essenciais à estrutura do Estado. Essa última persistência ocorre salvo extinção expressa de tais direitos.

Outras situações se afiguram em relação ao texto constitucional inovador em face das transformações que sua promulgação ou outorga promovem na ordem jurídica. A doutrina, com pequenas variações, conside-

ra que o advento de uma nova Constituição promove as seguintes conseqüências:

a) revogação imediata e total da Constituição anterior;

b) provoca, a rigor, em função da instauração de uma nova ordem jurídica, um “zeramento normativo” subconstitucional;

c) em face da impossibilidade desse absoluto vazio infraconstitucional, promove a revogação apenas das normas legais incompatíveis com seus princípios e dispositivos, recepcionando as demais;

d) na mesma medida em que revoga as normas incompatíveis, fornece novo fundamento de validade para as normas recepcionadas.

Em face desses efeitos, mormente o rompimento com a estrutura jurídica anterior e a instauração de um novo fundamento de validade na ordem jurídica, a eficácia das normas constitucionais apresenta-se plena e imediata, com algumas variações<sup>27</sup>, o que desloca a análise do direito adquirido sob o prisma da Constituição originária.

Aqui, em verdade, trata-se da incidência do princípio da recepção das normas infraconstitucionais anteriores que possibilitará a sobrevivência ou não do direito adquirido e não de manutenção de direito adquirido sob a égide de normas do sistema anterior.

Assim não fosse, impossibilitada estaria a nova Constituição de cumprir sua missão de inicialidade, de substituir a ordem jurídica vigente e de instaurar um novo modelo de estrutura estatal, social e jurídica, que consubstancia e corrobora o exercício do poder constituinte originário, não podendo este, que traduz a soberania popular em seu mais alto grau de legitimidade, ser detido, entravado ou frenado por um mecanismo de proteção de direito individual.

O novo projeto político-jurídico contido na Constituição não sofre, pois, as peias do direito adquirido nem do princípio da não-retroatividade das leis, podendo incidir sobre fatos passados de efeito contínuo que

persistam sob as novas normas constitucionais, retroagindo quando houver expressa menção, como, por exemplo, o inciso XL, art. 5º, da Constituição da República.

Sob o prisma meramente dogmático, é ainda Carmen Lúcia Antunes Rocha que assevera:

“A transformação normativa fundamental atinge exatamente as situações que, positivadas de uma maneira, contrariem os legítimos interesses e tendências do povo. Logo, se o princípio do direito adquirido fosse aplicado ao Direito Constitucional, ele teria o condão de ser supraconstitucional e de ser impediante da natureza fundamental da norma constitucional e não mera opção do sistema e preceito por ele validado e dirigido ao legislador infraconstitucional”<sup>28</sup>.

Quanto à retroatividade, embora reconhecendo o caráter essencialmente constitucional da matéria, José Eduardo Martins Cardozo alerta que a atual Constituição, a exemplo dos textos de 1934, 1946 e 1967, não consagra expressamente o princípio da irretroatividade ou da retroatividade das leis, limitando-se a estabelecer (art. 5º, inciso XXXVI) o princípio do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, cabendo à legislação ordinária estabelecer qual dos princípios regerá a matéria<sup>29</sup>.

Nesse sentido, o STF averba que:

“O princípio da irretroatividade ‘somente’ condiciona atividade jurídica do Estado nas hipóteses expressamente previstas pela Constituição, em ordem a inibir a ação do Poder Público eventualmente configuradora de restrição gravosa (a) ao *status libertatis* da pessoa (CF, art. 5º, XL), (b) ao *status subjectiois* do contribuinte em matéria tributária (CF, art. 150, III, a) e (c) à segurança jurídica no domínio das relações sociais (CF, art. 5º, XXXVI). Na medida em que a retroprojeção normativa da lei ‘não’

gere e nem produza os gravames referidos, nada impede que o Estado edite e prescreva atos normativos com efeito retroativo”<sup>30</sup>.

Silente nossa Constituição em relação também à temporalidade de suas próprias normas, ou seja, quanto ao seu normal âmbito de atuação temporal (deverá atuar com efeitos imediatos, pretéritos ou futuros?), deve-se entender que, em conformidade com o princípio da normalidade da vida jurídica, salvo expressa disposição em contrário do texto originário, os efeitos cronológicos de suas normas coincidem com sua promulgação.

Esse princípio da imediata incidência das normas constitucionais já era ressaltado pela doutrina, como se colhe em Pontes de Miranda<sup>31</sup>, quando destaca que

“É princípio básico o ‘princípio da imediata incidência das regras jurídicas constitucionais’, salvo se a própria Constituição protraí a incidência de alguma ou de algumas de suas regras jurídicas, ou se retrotraí. (...) à própria Constituição ficou a possibilidade de afastar, implícita ou explicitamente, o princípio do respeito ao que surgira em virtude de incidência de lei anterior, inclusive da Constituição. (...) Poderia ressaltar. Senão ressaltou, não cortou.”

Segue a mesma orientação acerca das relações entre a Constituição nova e os direitos e garantias individuais, mas destacando que a retroatividade deve ser expressa, Wilson de Sousa Campos Batalha ao afirmar que “as normas constitucionais relativas aos direitos e às garantias individuais têm incidência imediata, não atingindo, entretanto, o passado senão quando expressamente retroativas”<sup>32</sup>.

Todavia, sob o prisma da Constituição derivada, as coisas se passam em outras medidas, em outros parâmetros que, uma vez desconsiderados, promovem e distorcem inapelavelmente os princípios adotados pelo constituinte e plasmados na Constituição originária.

## 5. Constituição derivada e direito adquirido

Uma vez exercido o poder constituinte originário, que possui limitações apenas de natureza política ou extrajurídica, repita-se, fica estabelecido o texto constitucional vigente a partir de determinado marco temporal. As alterações posteriormente promovidas na Constituição são efetivadas por meio do exercício do poder constituinte derivado ou de reforma, mediante revisões ou emendas, conforme estabelecido no texto originário, como expressão da vontade e da legitimação popular.

A cada renovação dos Parlamentos, os representantes políticos eleitos figuram como exercentes, sob determinadas formalidades, do poder constituinte derivado, que permanece, como resquício da vontade do poder constituinte originário, na sede do órgão legislativo por vontade expressa da soberania popular<sup>33</sup>. Daí, inclusive, a superioridade deste em face daquele.

A previsibilidade de reforma, por meio de um processo especial, do texto constitucional estabelecido busca o equilíbrio entre duas situações: a necessidade de a Constituição ser dotada de estabilidade sem, contudo, tornar-se estática. Quer dizer, ao mesmo tempo buscar sua integração à realidade social na qual se insere, sem que isso implique fraudar seus valores originários e a nova *idéia de direito*, como afirma Georges Burdeau, incorporada no texto originário. Enfim, o tema transita entre as palavras de Anschütz<sup>34</sup> (“dilucidar se a Constituição está acima ou à disposição do legislador constitucional”) e a afirmação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“Se há incompatibilidade e choque entre o texto constitucional e a realidade política, econômica, social e cultural, pode-se estar certo: a mudança acabará sendo do texto, e não da realidade. Assim, a primeira condição de permanência de uma Constituição está na própria possibilidade de se renovar sem ruptura”<sup>35</sup>.

As emendas à Constituição, em regra, contêm apenas disposições modificativas, aditivas ou supressivas do texto constitucional originário e, enquanto tal, não exigem maiores cogitações, pois que se integram ao texto ou dele suprimem o que determinam com a promulgação.

Por outro lado, há emendas que possuem *artigos próprios*, isto é, disposições que não promovem modificações, adições ou supressões ao texto constitucional, mas traçam *também* normas relacionadas ao contido na própria emenda, funcionando como verdadeiras “disposições transitórias” ou normas de transição de seu texto. A rigor, deveriam ser incluídas nas disposições transitórias da Constituição originária (ADCT) em nome da técnica legislativa. Inocorrendo essa hipótese, principalmente quando em grande número, os artigos próprios da emenda *não* podem ser entendidos como integrados ao texto constitucional, por impossibilidade técnico-dogmática, mas incidem transitóriamente quando da aplicação do texto modificado, sendo de *hierarquia paraconstitucional* enquanto não perderem a eficácia, exaurindo seus efeitos e normativamente sucumbindo aos inexoráveis efeitos do tempo.

Consistindo em exercício do poder constituinte derivado, a atividade legislativa de reforma da Constituição sofre limitações contidas nos princípios adotados pelo sistema constitucional vigente e nas demais normas que disciplinam o processo legislativo de emenda. Essa situação privilegiada gerada pela maior garantia de permanência, característica das Constituições rígidas, é designada pela doutrina francesa (Maurice Hauriou, entre outros) *supralegalidade constitucional*. Entre essas limitações se destacam, quando adotadas, as denominadas “cláusulas pétreas”<sup>36</sup>, que configuram limites materiais ao poder de rever ou emendar a Constituição em vigor.

A designação dessas limitações recebe múltiplas denominações, merecendo destaque a expressão *cláusulas superconstitucio-*

*nais*, empregada por Oscar Vilhena Vieira, quando considera que tais dispositivos,

“além da proteção da estrutura central do poder contra uma total ruptura, buscam impedir que mudanças constitucionais ‘normais’ gerem uma erosão dos princípios e valores básicos da Constituição. A partir da Lei Fundamental de Bonn, não protegem apenas a integridade do Estado, mas também os direitos fundamentais, o Estado de Direito e a democracia, passando, assim, a uma função *ex parte populi*”<sup>37</sup>.

As denominadas limitações materiais ou disposições intangíveis, que protegem de qualquer modificação determinadas normas constitucionais, envolvem tema que tem suscitado grandes debates entre constitucionalistas e juspublicistas. Os autores distinguem basicamente duas situações: há as medidas estabelecidas expressa e articuladamente (intangibilidade articulada) e a identificação de valores fundamentais da Constituição que, embora não estejam expressos em disposições constitucionais concretas e específicas, são “implícitos”, “imanescentes” ou “inerentes” à própria Constituição, falando-se, então, de limitações explícitas e implícitas, respectivamente.

Abordando o tema, Karl Loewenstein<sup>38</sup> afirma que as limitações explícitas implicam que determinadas normas constitucionais sejam subtraídas a qualquer emenda por meio de uma vedação jurídico-constitucional, enquanto nas limitações implícitas a proibição de reforma produz-se a partir do “espírito” ou teleologia da Constituição, sem uma proclamação expressa em uma proposição jurídico-constitucional.

As limitações implícitas, por se referirem a princípios e valores ideológicos fundamentais imanescentes à Constituição, configuram limites não articulados ou tácitos, que alguns autores, como Loewenstein<sup>39</sup>, atribuem a um renascimento do direito natural em oposição ao positivismo jurídico. Não obstante, essas limitações também vinculam

a atividade constitucional de reforma, como bem acentua Paulo Bonavides ao afirmar que o poder de reforma constitucional é circunscrito a limitações tácitas, decorrentes dos princípios e do espírito da Constituição:

“Estas limitações tácitas são basicamente aquelas que se referem à extensão da reforma, à modificação do processo mesmo de revisão e a uma eventual substituição do poder constituinte derivado pelo poder constituinte originário. (...) Há também reformas parciais que, removendo um simples artigo da Constituição, podem revogar princípios básicos e abalar os alicerces a todo o sistema constitucional, provocando, na sua inocente aparência de simples modificação de fragmentos do texto, o quebramento de todo o espírito que anima a ordem constitucional”<sup>40</sup>.

A essas situações em que, sob a designação de reforma ou alteração meramente formal, é ferido o fundamento e a idéia de direito do texto, a doutrina não se apresenta acorde quanto à denominação, empregando diversas expressões, como *quebramento constitucional da Constituição*<sup>41</sup> e *fraude à Constituição*<sup>42</sup>, sendo esta última também utilizada para caracterizar interpretações que afrontem, por *contornamentos dissimulatórios*, o sistema de princípios e valores abrigado pelo texto constitucional<sup>43</sup>.

Quanto às limitações explícitas ou materiais expressas (as denominadas “cláusulas pétreas”), não menos polêmica despertam entre os juspublicistas, podendo-se agregar, a despeito de algumas gradações, em duas grandes correntes: aqueles que são contrários às limitações materiais e os que admitem a existência desses dispositivos. A primeira posição também é denominada *compreensão material da Constituição*, enquanto a segunda é rotulada de *compreensão dogmático-formal de Constituição*<sup>44</sup>.

No primeiro grupo, sobrepairá a idéia que uma geração não pode sujeitar as gerações futuras às suas leis<sup>45</sup>, não se

congelando a legitimidade do texto constitucional em cláusulas que possuem a mesma natureza hierárquica que as demais, podendo-se alinhar diversas posições.

1<sup>a</sup> – Há ausência de legitimidade nos limites materiais, resumida por Jorge Miranda<sup>46</sup> nos seguintes pontos:

a) inexistência de diferença de raiz entre o poder constituinte e o poder de revisão, pois ambos expressam a soberania do Estado por meio de representantes eleitos<sup>47</sup>;

b) inexistência de diferença entre normas constitucionais originárias e supervenientes, pois estão ambas inseridas no mesmo sistema normativo;

c) inexistência de diferença entre matérias constitucionais, tendo todas o mesmo valor, pois constantes da mesma Constituição formal.

2<sup>a</sup> – As cláusulas pétreas são inúteis e até contraproducentes, sendo os principais argumentos assim resumidos por Vanossi<sup>48</sup>:

a) privam o poder constituinte reformador de sua função essencial, que é a de evitar ou fazer aparecer um poder constituinte revolucionário<sup>49</sup>;

b) pecando pela soberba da eternidade, essas proibições só se conseguem manter em tempos de normalidade e estabilidade, fracassando em épocas de crise;

c) consistem em um renascimento do direito natural como defesa frente ao positivismo, pretendendo fulminar com a nulidade a intenção de provocar mudanças nas estruturas constitucionais;

d) antes de um problema jurídico, é uma questão de crenças, não devendo ser um obstáculo a que cada geração seja artífice de seu próprio destino;

e) cita o argumento de Biscaretti di Ruffia: assim como se admite que um Estado possa decidir, com um procedimento plenamente jurídico, sua própria extinção, não se compreende que esse mesmo Estado não possa modificar de forma substancial seu ordenamento supremo, ou seja, sua própria Constituição, ainda atuando sempre no âmbito do direito vigente.



3<sup>a</sup> – Baseando-se nos arrazoados de Jorge Miranda, Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>50</sup> apresenta os seguintes argumentos:

a) o povo não perde a soberania pelo fato de seus representantes constituintes terem concluído seu trabalho original (ou inicial);

b) o processo é permanente e a legitimidade não cristalizará em cláusulas que têm a mesma eficácia e hierarquia de qualquer outra;

c) é mais racional refletir as transições e mudanças políticas e sociais mediante revisões que optar por *salvaguardar a formalidade ilegítimada*, arriscando toda a Constituição a um rompimento indesejado;

d) é preferível uma *transição por transação*, como promovida na Espanha, na passagem do regime franquista para o democrático (1976/1977), e no Brasil, com a Emenda Constitucional nº 26, de 27/11/85, que admitiu uma “revisão” *sui generis* em plena vigência da Constituição de 1967, alterada pela Emenda de 1969;

e) ninguém alegou que os constituintes de 1988, convocados por uma emenda, estariam adstritos às cláusulas pétreas da Constituição de 1967/69, em pleno vigor.

4<sup>a</sup> – Também entre nós, Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>51</sup>, referindo-se à Constituição da República de 1988, entende que a intocabilidade das cláusulas pétreas não é um dogma, pois,

“do ângulo do direito positivo, a experiência brasileira mostra ser possível a uma Emenda afastar a aplicabilidade de ‘cláusulas pétreas’, como uma Constituição, obra de uma ‘reforma constituinte’, estabelecer diversas, sem, todavia, restaurar uma delas, anteriormente afastadas. De qualquer modo, as matérias protegidas por ‘cláusulas pétreas’ não podem ser abolidas – porque só o abolir é que estas impedem – salvo por um processo em duas etapas, a primeira, de supressão da cláusula protetora, a segunda, atingindo o princípio, regra ou instituto envisado”.

5<sup>a</sup> – As cláusulas pétreas podem ser submetidas ao procedimento de *dupla revisão*, assim sintetizada por Jorge Miranda:

“As cláusulas de limites materiais são possíveis, é legítimo ao poder constituinte (originário) decretá-las e é forçoso que sejam cumpridas enquanto estiverem em vigor. Todavia, são normas constitucionais como quaisquer outras e podem elas próprias ser objecto de revisão, com as conseqüências inerentes”<sup>52</sup>,

ou seja, as cláusulas explicitadoras de limites são obrigatórias *enquanto estiverem em vigor*, sendo tão obrigatórias quanto as demais normas constitucionais, embora possam ser revistas da mesma forma que estas.

6<sup>a</sup> – Pode ser citado ainda o grupo que defende a tese da existência não de cláusulas, mas de *conteúdos pétreos*, como falava Bidart Campos<sup>53</sup>, ou de *princípios superiores* como limites materiais, que expressam valores impostos a todos, seguindo a síntese de Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>54</sup>:

“Em conseqüência, as normas constitucionais, enquanto ‘expressões positivas’, não são suscetíveis de hierarquização; mas, enquanto ‘expressões principiológicas’ o são, podendo servir de ‘limites materiais’, tanto para o constituinte derivado, da emenda ou da revisão, quanto para o próprio constituinte originário”.

Essa posição também é referendada por Jorge Miranda, quando afirma que os limites materiais da Constituição são afetados não por modificação das cláusulas explícitas, mas quando são atingidos os princípios superiores da própria Constituição<sup>55</sup>.

O segundo grupo é formado pelos juristas que não apenas admitem as cláusulas pétreas ou limitações materiais, como preconizam enfaticamente sua prevalência sobre o poder de emenda, rechaçando veementemente o processo de dupla revisão. O argumento recorrente consiste na superioridade do poder constituinte originário sobre o poder de reforma. Algumas posições.

1ª – Somente o poder constituinte originário pode substituir uma Constituição por outra. Vital Moreira<sup>56</sup>, comentando por esse prisma a tese da dupla revisão, fala em tentativa de legitimar e constitucionalizar uma *ruptura constitucional a frio*, acrescentando que nenhuma Constituição, de fato, pode impedir que a soberania popular gere uma nova Constituição, mas o que ela pode impedir é que *uma nova Constituição seja gerada “juridicamente” a partir de si mesma*.

2ª – Sobre a tese da dupla revisão, M. Galvão Teles<sup>57</sup> afirma que “não faz sentido admitir que um preceito que quer tornar inalteráveis certos princípios se deixe ele próprio alterar”. Ao que acresce ironicamente Vital Moreira: “seria o mesmo que admitir que um automobilista, embora deva respeitar um sinal de sentido proibido, pode porém apagar-se, retirar o sinal, e então avançar...legalmente!”

3ª – Inexiste também a *reforma total* da Constituição, pois o objetivo não é elaborar um novo texto constitucional, mas

“apenas modificá-lo ao sabor de situações novas, que reclamem uma atualização da Lei das Leis. Admitir a ‘reforma total’ de um Documento Supremo seria promover aquela imagem segundo a qual a criatura (poder reformador) rebelou-se contra o seu criador (poder constituinte originário)”<sup>58</sup>.

4ª – Configura *fraude à Constituição* o processo de dupla revisão, pois agride a superioridade da atividade constituinte de primeiro grau, colocando em risco a própria Constituição. Nesse elenco, Uadi Lamêgo Bulos<sup>59</sup> entende que os limites materiais não podem ser suprimidos pelo legislador reformador pelo processo de dupla revisão por serem esses limites

“imprescindíveis e insuperáveis. Imprescindíveis, porque simplificar as normas que estatuem limites, outrora depositados pela manifestação constituinte originária, é usurpar o caráter fundacional do poder

criador da Constituição. Insuperáveis, pois modificar as condições estabelecidas por um poder mais alto – o poder constituinte inicial, com o escopo de reformar o processo revisional, é promover uma ‘fraude à Constituição’ – *Verfassungsbeseitigung*, dos juristas alemães.”

5ª – Há um núcleo irreformável, mas não intangível na Constituição, pois pode ser objeto de ampliação e acréscimo, jamais de supressão ou restrição. É como entende Vital Moreira<sup>60</sup> em relação ao art. 290 da Constituição portuguesa. Também Flávio Bauer Novelli<sup>61</sup>, utilizando argumento literal, alerta para que a expressão contida no § 4º, art. 60, CR 1988 (que estabelece as denominadas limitações materiais), *emenda tendente a abolir*, não significa que está vedada qualquer espécie de emenda, mas apenas a emenda capaz de suprimi-los ou que os desfigure ou torne impraticáveis, concluindo:

“uma emenda constitucional ‘tende a abolir’ um direito ou garantia individual ou um princípio estrutural (e é, então, mas só então, ‘proscrita’), não apenas ‘quando de fato os suprime, mas também quando os atinge de forma equivalente’, ou seja, quando lhes toca o ‘núcleo inviolável’ – o seu ‘conteúdo essencial’”.

Parece-me que o poder de reformar a Constituição (emenda ou revisão constitucional) é sempre presidido por um norteador: *a limitação é idéia imanente ao Poder Constituinte instituído*<sup>62</sup>. Sendo o poder constituinte de segundo grau uma *faculdade extraordinária*<sup>63</sup> e limitada, seu exercício encontra-se condicionado ao pressuposto de que *subsistam garantidas a identidade e a continuidade da Constituição considerada como um todo*<sup>64</sup>.

Contudo, a superioridade do poder constituinte originário sobre o derivado não deve induzir ao entendimento que há hierarquia entre as emendas e a Constituição. A relação de superioridade vertical está assentada em que, quando sobre a mesma

matéria podem incidir dois tipos legislativos, um deles prevalece sobre o outro, na medida em que condiciona sua validade e, se posterior, revoga-o, afastando a possibilidade de os dois atos serem alterados por procedimentos idênticos, pois o ato superior exige sempre procedimento agravado<sup>65</sup>. Na medida em que a emenda já representa o próprio procedimento agravado de alteração, embora sua validade esteja condicionada pela própria Constituição, não incide o princípio da superioridade, mormente em relação àquelas matérias insuscetíveis de incidência de emenda. A superioridade reside, pois, na natureza do poder constituinte em exercício.

Dessa forma, as limitações materiais expressas ao poder de reforma, denominadas tradicionalmente entre nós “cláusulas pétreas”, podem assim ser discriminadas:

I – estão mencionadas no art. 60 (que trata das emendas à Constituição),

§ 4º (tendente a abolir):

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto, direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes;

IV – os direitos e garantias individuais;

2 – segundo Raul Machado Horta<sup>66</sup>, ao incluir no rol da matéria vedada ao poder constituinte de revisão a emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, a Constituição transformou o Título II do texto constitucional em cláusulas pétreas, abrangendo:

a) o art. 5º, incisos I a LXXVII (podendo incluir-se, também, seus dois parágrafos);

b) os direitos sociais = artigos 6º, 7º, incisos I a XXXIV, 8º, 9º, 10 e 11;

c) a nacionalidade = artigos 12 e 13;

d) os direitos políticos = artigos 14 a 16;

e) os partidos políticos = art. 17.

Em face disso, o possível choque entre o assentado na Carta pelo constituinte originário e o pretendido pelo constituinte derivado resolve-se em sede de ação direta de inconstitucionalidade (ADIN), exercendo o STF sua função precípua de guarda da

Constituição (art. 102, *caput*, *c/c*, inciso I, alínea “a”), cabível também a interpretação conforme à Constituição<sup>67</sup>. Assim, pode ser argüida a inconstitucionalidade de emenda à Constituição, existindo precedentes já julgados pela Corte (RDA 191/214, RDA 198/123<sup>68</sup>).

Na relação emenda constitucional e direito adquirido, conclui Raul Machado Horta<sup>69</sup> que

“a competência desconstitutiva do direito adquirido pelo constituinte de revisão, se aquele resultou de decisão do constituinte originário ou de sua compatibilidade com a Constituição, é passível de argüição de inconstitucionalidade, por violação de decisão fundamental do constituinte originário.”

De outra via, isso significa que, diante de uma emenda constitucional, o intérprete deve primordialmente atender para as limitações jurídicas que estavam contidas no exercício do poder constituinte derivado, afastando, fórmula sempre possível, toda e qualquer exegese que promova incompatibilidade entre a modificação derivada e o texto constitucional originário.

Nesse sentido reside a única hipótese, no ordenamento jurídico brasileiro, de existirem normas constitucionais inconstitucionais: aquelas oriundas do poder constituinte derivado que arrostem e desafiem normas originárias protegidas pelas limitações materiais expressas e implícitas no texto em vigor.

O Supremo Tribunal Federal entende ser cabível mandado de segurança contra o processamento de emenda<sup>70</sup> que viole as limitações materiais expressas constantes do art. 60, § 4º. Tal se manifesta em controle incidental ou *incidenter tantum*, configurando fiscalização jurisdicional de proposta de emenda que abrigue matéria subtraída à incidência do poder constituinte de segundo grau<sup>71</sup>.

Outro ponto a ser salientado, a par das limitações materiais implícitas e explícitas do poder de emendar, é em relação ao tempo

da norma ou *matéria de direito constitucional intertemporal derivado*. As modificações produzidas por uma emenda constitucional encontram situações consolidadas e situações que estão a se processar sob a égide de dispositivos constitucionais então em vigor. Aqui, abrem-se duas possibilidades:

1<sup>a</sup>) ou são relações jurídicas que estão protegidas pelos princípios constitucionais e pelos impeditivos constantes do art. 60, § 4º, e as situações consolidadas e por se consolidar não podem ser atingidas por modificações introduzidas no texto originário, valendo as novas normas apenas para situações futuras;

2<sup>a</sup>) ou configuram relações jurídicas não amparadas diretamente pelas limitações ao poder de emendar, sendo, então, as novas disposições aplicadas imediatamente e em toda a sua extensão e amplitude.

Como exemplo da primeira situação, o adicional por tempo de serviço dos servidores públicos civis (ATS), quando da aplicação da sistemática do subsídio preconizada pela Emenda nº 19/98, não mais será devido, respeitando-se, contudo, aquelas verbas já incorporadas à remuneração, por força do direito adquirido (art. 5º, inciso XXXVI). No segundo caso, serve de exemplo o tempo para o cumprimento do estágio probatório: o novo prazo de três anos (art. 41, *caput*), tratando-se de regime jurídico, poderia colher todas as situações em andamento, caso não fosse prevista, para essas hipóteses, a manutenção do prazo anterior de dois anos (art. 28 da Emenda nº 19/98).

Nesse sentido aponta Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>72</sup> ao afirmar que

“vale restringir o direito adquirido em matéria de direito público a *vantagens materiais* incorporadas ao patrimônio do servidor, e especialmente direitos resultantes de atos negociais da Administração<sup>73</sup>. Isso evidentemente não exclui a aplicação da lei nova a tudo o que não for ‘vantagem’ patrimonial, mas apenas regime jurídico do direito. (...) numa Constituição que

garante o direito adquirido, o Poder Constituinte derivado é por ele limitado, não podendo eliminá-lo (...) a noção de ‘direito adquirido’ há de ser interpretada restritivamente, para não colher senão ‘vantagens’ patrimoniais”.

Assim, efetivamente não há direito adquirido contra a Constituição originária, pois, como visto, sua inicialidade inaugura uma nova idéia de direito e um novo ordenamento jurídico. Entretanto, cabe direito adquirido contra emendas constitucionais que desbordem os limites materiais estabelecidos no art. 60, § 4º, inciso IV. Ou, nas abalizadas palavras de Raul Machado Horta<sup>74</sup>:

“O Poder Constituinte originário poderá, em tese, suprimir o direito adquirido, de modo geral incluindo nessa supressão a regra que veda a lei prejudicial de direito adquirido. No caso do Poder Constituinte de revisão, será questionável a emenda que propuser a supressão do direito adquirido assegurado pelo constituinte originário. A emenda ficará exposta à arguição de inconstitucionalidade. Por outro lado, à emenda constitucional é vedado, por cláusula expressa da Constituição, propor a abolição do princípio que protege o direito adquirido contra a lei prejudicial a ele. O mencionado princípio é direito individual, integrando o título dos ‘Direitos e Garantias Fundamentais’, que a Constituição deu por irreformável”.

Esse também o entendimento de Luís Roberto Barroso<sup>75</sup> quando, após ressaltar que a regra do art. 5º, inciso XXXVI, atinge, primariamente, ao legislador e, reflexamente, aos órgãos judiciários e administrativos, afirma que

“seu alcance atinge, também, o constituinte ‘derivado’, haja vista que a não-retroação, nas hipóteses constitucionais, configura direito individual,

que, como tal, é protegido pelas limitações materiais do art. 60, § 4º, IV. Disso resulta que as emendas à Constituição, tanto quanto às leis infraconstitucionais, não podem malferir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Enfim, a questão relativa à alegação que o contido no inciso XXXVI, art. 5º, CR 1988 tem como destinatário *apenas* o legislador infraconstitucional, posto que, expressamente, determina a *LEI não prejudicará*, estando, pois, ao seu resguardo, o legislador no exercício do poder constituinte de segundo grau. Em face dos argumentos até aqui expendidos, essa afirmação poderia ser considerada de primária literalidade, uma vez que, privilegiando e acionando unicamente a interpretação gramatical, provoca a contradição em termos de cogitar estar o legislador no exercício do poder constituinte de reforma imune a uma vedação que circunscreve o próprio exercício daquele poder, isto é, no exercício de um poder limitado, seria afastada a própria limitação. Tal entendimento lembra a tese retro-exposta da dupla revisão, com todas as críticas que desperta.

Examinando a questão, Ayres Britto e Pontes Filho<sup>76</sup> bem consignaram que:

“Ocorre que não nos parece acertado esse modo de pensar a Constituição de 1988. As emendas têm força impositiva superior à da lei – certo é dizê-lo –, mas nem por isso estão liberadas da vedação constitucional da imposição de prejuízo do direito já adquirido pelo respectivo titular. Se elas não foram incluídas na disposição literal do inciso XXXVI do art. 5º da Magna Carta (‘a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’), foi pela principal razão de que o direito ali referido é o concedido pela lei. Não o concedido pela Constituição diretamente. Com efeito, o direito adquirido a que se referiu o mencionado dispo-

sitivo constitucional foi o conferido por lei, exclusivamente, pois os direitos conferidos pela Constituição mesma, de modo pronto e acabado, não se encontram a mercê da lei. A lei não pode desconsiderar os direitos subjetivos que o próprio Texto Magno plasmou de todo, sem que ele mesmo admitisse a menor constrição por via legal, como, por exemplo, os constitutivos da liberdade de manifestação do pensamento, de reunião e de sindicalização, ou os consistentes na estabilidade dos servidores públicos civis e na irredutibilidade dos respectivos vencimentos”.

Em relação aos limites tácitos ou não expressos<sup>77</sup>, embora parte da doutrina inadmita sua existência quando a própria Constituição estabeleça limitações materiais expressas, acredito que também possam ser invocados em controle da constitucionalidade, desde que sejam atingidos os direitos fundamentais (em sua acepção mais ampla e independentemente de constarem das limitações expressas<sup>78</sup>), a titularidade do poder constituinte e do poder reformador e as disposições que regulam o processo de reforma constitucional.

Sobre a possibilidade de controle dos limites tácitos, vale o alerta, quase de desengano, mas lúcido e forte o suficiente para despertar aqueles que se encontram em estado de letargia, de Nelson de Sousa Sampaio<sup>79</sup>:

“Poder-se-á retrucar que, se o controle de constitucionalidade se deve exercer em todos esses casos, dificilmente se ‘pode’ exercer. Não temos outra resposta senão lembrar que é isso que costuma suceder em relação a todos os freios de direito público que procuram impedir que os órgãos supremos do Estado dobrem a lei ao invés de curvarem-se a ela. Nem sempre a toga da justiça pode servir de barreira às investidas da força. O problema não é, então, o de saber *quis*

*custodiet custodem*. Não falta quem guarde o guardião. Sucede, porém, que, na hora decisiva, os encarregados de guardar os guardiões, quando não adormeceram no seu posto, quase sempre já se acham de mãos atadas”.

Quanto ao entendimento do STF (RTJ 114/237, entre outras) no sentido de que não há direito adquirido contra texto constitucional, seja resultante do exercício do poder constituinte originário ou derivado, acredito que tal afirmação levou em consideração o sistema constitucional anterior, que não estabelecia as atuais limitações materiais, chamadas “cláusulas pétreas” (art. 60, § 4º, inciso IV), em relação à matéria com a amplitude que possuem<sup>80</sup>, pois, em vista do acolhimento pela própria Corte de arguição de inconstitucionalidade de emenda à Constituição que agrida dispositivos originários protegidos por aqueles impedimentos, não há como, genericamente, supor em contrário em face daqueles julgados mencionados e, ao suposto, ainda prevaletentes.

Por fim, é necessário cultivar o *sentimento constitucional* a que se referia Karl Loewenstein a respeito de uma consciência da comunidade que, transcendendo diferenças, integra detentores e destinatários do poder em torno de um ordenamento obrigatório, a Constituição, submetendo o processo político<sup>81</sup> aos interesses da comunidade<sup>82</sup>.

É certo que a Constituição não pode ficar indiferente às mudanças operadas na realidade social. Por outro lado, é inadmissível que o texto constitucional não goze de estabilidade suficiente para que os cidadãos tenham dele conhecimento, atrofiando a consciência constitucional do povo.

É ainda Loewenstein que lembra que *somente pelo fato de estar em vigor durante grande tempo uma Constituição exerce uma poderosa influência educativa*, ao passo que freqüentes emendas *podem chegar a produzir o estado de indiferença*<sup>83</sup>.

Quanto ao seu prestígio, encarece reconhecer que a indiferença popular em relação à Constituição corresponde ao reflexo das

ações dos detentores episódicos do poder quanto ao seu texto. O descaso e a descrença no texto constitucional, visto no mais das vezes como um vazio amontoado de promessas e direitos inconcretizáveis, devem ser debitados à fraca ou inexistente consciência constitucional dos próprios governantes.

Permanecendo, assim, como mera *Constituição semântica*<sup>84</sup>, cada vez mais, infelizmente, o alerta que Loewenstein lançou no início dos anos 60 será verdadeiro:

“Com uma habilidade diabólica, a moderna autocracia tem pervertido a Constituição, convertendo-a em um instrumento para assentar seu poder ilimitado; mais de dois quintos da população mundial vivem sob constituições aparentes e, todavia, não há nenhum sintoma de que esta onda haja alcançado seu ponto máximo. O grupo das nações genuinamente democráticas diminui constantemente”<sup>85</sup>.

## 6. Conclusões

Em razão das idéias acima expostas, apresentam-se as seguintes conclusões:

1ª – a Constituição configura documento juspolítico fundamental e inicial que, em última análise, organiza e limita o poder do Estado, com a pretensão de criar nova idéia de direito e consubstanciar decisões políticas fundamentais incidentes em determinada realidade social, da qual também recebe as cobranças de atualização e mudança;

2ª – a Constituição é dotada de supremacia formal (soberania popular expressa no exercício do poder constituinte originário) e material (contém normas essenciais de organização e estruturação do Estado), funcionando como fundamento de validade para todas as normas do sistema, que fica hierarquicamente estabelecido;

3ª – nos sistemas de Constituição rígida, como o nosso, é exigido um processo especial para reforma (emenda ou revisão) do texto constitucional;

4ª – dada a possibilidade de alteração da Constituição, pode-se falar, metafórica e

didaticamente, em determinado período de vigência, de um texto originário (versão original e íntegra do texto promulgado) e de um texto derivado (fruto de maior ou menor número de alterações);

5<sup>a</sup> – o princípio do direito adquirido foi desenvolvido plenamente no âmbito do direito privado como proteção dos direitos dos indivíduos, sendo aquele direito que já pode ser exercido por seu titular, configurando uma barreira à retroatividade da lei nova que dê tratamento diverso à matéria. No plano publicístico, sua formulação é mais recente, ingressando no direito constitucional a partir das declarações de direitos do século XVIII, na qualidade de garantidor da propriedade de determinados direitos da classe dominante, e recebe tratamento diferenciado;

6<sup>a</sup> – o exercício do poder constituinte originário não está comprometido com outro fator senão com a nova idéia de direito, daí sofrer apenas limitações de natureza política e extrajurídica e, assim, não se compadecer com o ordenamento jurídico anterior;

7<sup>a</sup> – a Constituição da República de 1988 foi fruto do exercício do poder constituinte originário, implicando descontinuidade material que se configurou numa nova idéia de direito expressa pela soberania popular;

8<sup>a</sup> – nessa qualidade, o texto constitucional originário pode desconstituir qualquer situação jurídica e, nessa medida, e somente nessa medida, ganha sentido a expressão *não há direito adquirido contra a Constituição*, pois o direito adquirido sob o império das normas infraconstitucionais anteriores ao novo texto constitucional apenas prevalece na medida em que compatível com a nova Constituição;

9<sup>a</sup> – o desfazimento de situações protegidas pelo direito adquirido pelo texto constitucional originário pode-se dar por incompatibilidade com os princípios e o regime adotado pela nova Constituição ou de maneira expressa pelo texto, implicando a não-recepção de normas infraconstitucionais que protegiam esses direitos;

10<sup>a</sup> – o texto constitucional derivado ou de reforma é aquele expresso pelo texto originário emendado ou revisto. As emendas constitucionais contêm, em regra, disposições modificativas, aditivas ou supressivas, integrando-se ao texto em vigor. Caso contenham artigos próprios, que funcionem como disposições transitórias de seu texto, esses terão hierarquia paraconstitucional;

11<sup>a</sup> – fruto do exercício do poder constituinte derivado, que se afigura inferior ao poder constituinte originário, gozando este da mais ampla expressão de legitimidade, as emendas constitucionais sujeitam-se a limites implícitos e explícitos, destacando, entre estes, as limitações materiais designadas “cláusulas pétreas”, “supraconstitucionais” ou “disposições intangíveis”, que protegem determinadas normas constitucionais de alteração;

12<sup>a</sup> – esses limites expressos de reforma constitucional são passíveis de ampliação pelo constituinte de segundo grau;

13<sup>a</sup> – a despeito das críticas elaboradas por alguns setores da doutrina, as limitações materiais expressas ao poder de reforma das normas constitucionais, mormente entre nós, que vivemos momentos de *Constituição semântica*, afiguram-se fator de sobrevivência da idéia de Constituição plasmada pelos constituintes de 1988, apesar das imperfeições de seu trabalho;

14<sup>a</sup> – deve ser afastada a tese da *reforma constituinte* em relação à Constituição de 1988, representando esta verdadeiro exercício do poder constituinte originário em face do momento histórico brasileiro, consistindo a Emenda nº 26/85 a *forma* de plasmar as reivindicações por mudanças;

15<sup>a</sup> – deve, dessa forma, ser repelida a idéia de dupla revisão ou qualquer outra técnica que implique limitação ou supressão de matérias vedadas ao poder de emenda, pois constituem núcleo reformável, mas não intangível, incluindo-se, aí, os direitos adquiridos (art. 60, § 4º, inciso IV), consistindo tal empreitada autêntica fraude à Constituição;

16<sup>a</sup> – as possíveis inconstitucionalidades geradas por emenda violadora de limites implícitos ou explícitos resolvem-se mediante ADIN (art. 102, inciso I, alínea “a”, primeira parte, CR) ou interpretação conforme à Constituição;

17<sup>a</sup> – deve ser afastada, em relação aos direitos adquiridos, a interpretação literal da expressão *a LEI não prejudicará*, constante do inciso XXXVI, art. 5º, CR, vista como variação da dupla revisão;

18<sup>a</sup> – pode-se falar em um direito constitucional intertemporal derivado em relação às emendas constitucionais, abrindo-se duas possibilidades: relações protegidas pelas limitações expressas ou não;

19<sup>a</sup> – não há direito adquirido contra a Constituição originária, sofrendo o exercício do poder constituinte derivado ou de segundo grau limitações implícitas e explícitas. A jurisprudência do STF sob a égide da Constituição em vigor abraça a tese ao reconhecer a possibilidade de controle concentrado de emenda constitucional;

20<sup>a</sup> – a ausência de sentimento constitucional, mormente por parte dos governantes, aproxima mais a Constituição da folha de papel a que se referia Ferdinand Lassalle que da Constituição efetiva que todos desejamos.

### Notas

<sup>1</sup> Julgado em 13 de fevereiro de 1985 (RTJ 114/237). Essa decisão faz referência aos RREE nº 90.391 e nº 100.144, com ementa semelhante.

<sup>2</sup> *Constituição da República Federativa do Brasil Anotada e Legislação Complementar*. São Paulo, Saraiva, 1998. p. 34.

<sup>3</sup> Veja ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O Princípio do direito adquirido no Direito Constitucional*. In: *Revista Forense*. [s.l.:s.n.] ,1989.308/03; HORTA, Raul Machado. *Constituição e Direito Adquirido*. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal- Subsecretaria de Edições Técnicas, out/dez. 1991. v. 28, n. 112/69. POPP, Carlyle. *A Constituição Federal sobre os direitos adquiridos*. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal- Subsecretaria de Edições Técnicas, jan./

mar. 1992. v.29, 113/87. PONTES FILHO, Valmir, BRITTO, Carlos Ayres. *Direito adquirido e emendas constitucionais*. In: *RDA*. out/dez.1995. 202/75, entre outros.

<sup>4</sup> Em seu aspecto formal, a Constituição é essencialmente um documento jurídico, enquanto seus aspectos materiais são políticos.

<sup>5</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. [s.l.], Coimbra, 1991. p. 41.

<sup>6</sup> *Derecho Constitucional Comparado*. 3. ed. In: *Revista de Occidente*. Madrid, 1953. p. 111.

<sup>7</sup> A distinção entre Constituições rígidas e flexíveis foi feita por James Bryce em *Flexible and Rigid Constitutions* integrante de *Studies in History and Jurisprudence*, I, Oxford, 1901, tradução de. *Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas*. Madrid Instituto de Estudios Políticos, 1963.

<sup>8</sup> Veja-se, por exemplo, os §§ 1º e 2º, art. 242, CR 1988.

<sup>9</sup> Sobre o tema, veja WOLKMER, Antônio Carlos. *Uma Nova Conceituação Crítica de Legitimidade*. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v.2, n.5,out/dez. 1993. p. 25.

<sup>10</sup> FRANÇA, R. Limongi. *A irretroatividade das leis e o Direito Adquirido* 4. ed. rev. atual. do *Direito Intertemporal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994. p. 25-100. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito Intertemporal*. Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 87-214.

<sup>11</sup> *Apud FRANÇA, R. Limongi. Teoria della Retroattività delle Leggi*. Editado entre 1891-1898. *op. cit.*, p. 229.

<sup>12</sup> O termo protela o exercício do direito, que deve preexistir ao termo, pois este apenas marca o início do seu exercício.

<sup>13</sup> Vencido o prazo antes do advento da lei nova, haverá direito consumado.

<sup>14</sup> O direito condicional, embora dependa de evento futuro e incerto, já é um bem jurídico com valor econômico e social, consistindo elemento do patrimônio de seu titular. A expectativa de direito, não tendo significação patrimonial, pode ser abolida, sem lesão, a qualquer tempo pela lei.

<sup>15</sup> Cit. por SANTOS, J. M. Carvalho. In: verbete “direito adquirido”, *Repertório Enciclopédico de Direito Brasileiro*, v. 16, Rio de Janeiro, Borsoi, s/d, p. 216.

<sup>16</sup> Sobre a distinção direito adquirido/faculdade jurídica na ótica jurisprudencial, veja RE nº 94.414 – SP, RTJ 114/237.

<sup>17</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Do Direito Privado na Administração Pública*. São Paulo, Atlas, 1989. p. 26.

<sup>18</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *op. cit.*, p. 3.

<sup>19</sup> *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*.



12. ed. Paris, LGDJ, 1966. p. 79. v. tb. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. [s.l.], Coimbra, 1991. Para designar a concepção que informa e antecede a elaboração da norma. Entre nós, veja SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo, Malheiros, 1999. p. 5., que, referindo-se à Constituição de 1988, menciona uma “nova idéia de direito que informa uma concepção do Estado e da Sociedade diferente da que vigorava no regime constitucional revogado”.

<sup>20</sup> O termo é empregado por Carl Schmitt.

<sup>21</sup> *Direito Constitucional*. Coimbra, Almedina, 1991. p. 147-149.

<sup>22</sup> *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo, Saraiva, 1996. p. 61.

<sup>23</sup> *O Poder Constituinte*. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 1999. p. 181-182.

<sup>24</sup> Sobre o tema, v. CARVALHO, Nanci Valadares de.(org.) *Revolução, Constituição e Ditadura* São Paulo, Vértice- Revista dos Tribunais,1986.; BARRUFINI, José Carlos Toseti. *Revolução e Poder Constituinte*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976.; Ruschel, Ruy Ruben. O Poder Constituinte e a Revolução. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, Revista dos Tribunais,v.1, n.2, jan/mar.1993. p.110.

<sup>25</sup> *Op. cit.*, p. 8.

<sup>26</sup> *O Poder Constituinte, op.cit.*, p. 101-102.

<sup>27</sup> SILVA,V. José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, RT, São Paulo, BASTOS, Celso Ribeiro e BRITO Carlos Ayres de, *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, Saraiva, São Paulo.

<sup>28</sup> *Op. cit.*, p. 8.

<sup>29</sup> *Da Retroatividade da Lei*, São Paulo, RT, São Paulo, 1995. p. 337.

<sup>30</sup> ADIN nº 605-DF, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ 145/463.

<sup>31</sup> *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*, Rio de Janeiro,Forense, 1987, T. VI, p. 385.

<sup>32</sup> *Op. cit.*, p. 439.

<sup>33</sup> José Afonso da Silva entende que o sujeito ou agente da reforma é o poder constituinte originário que, por esse método, atua em segundo grau, pela outorga de competência a um órgão constituído para, em seu lugar, proceder às modificações na Constituição que exige a realidade v. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 16. ed. São Paulo, Malheiros, 1999. p. 67.

<sup>34</sup> Citado por LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. traduzido por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona, Ariel, 1976. p. 188.

<sup>35</sup> *A Revisão Constitucional Brasileira – como se situa, qual seu alcance e quais seus limites*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1993. p. 8.

<sup>36</sup> A expressão é criticada por Diogo de

Figueiredo Moreira Neto, *A Revisão...*, *cit.*, p. 47, como obsoleta e de *duvidosa acuidade científica*.

<sup>37</sup> *A Constituição e sua Reserva de Justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reformar*. São Paulo, Malheiros, 1999. p. 24.

<sup>38</sup> *Op. cit.*, p. 189.

<sup>39</sup> *Op. cit.*, p. 192.

<sup>40</sup> *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. 1. tiragem. São Paulo, Malheiros, p. 178-179.

<sup>41</sup> SCHMITT, Carl, *op. cit.*, p. 116.

<sup>42</sup> Liet-Veaux, *La Fraude à la Constitution*, ReRP, 1943.

<sup>43</sup> V., por exemplo, este trecho do acórdão prolatado na ADIN nº 526-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 05/03/93, p. 2.896: “Não obstante, constitui fraude ao mandamento constitucional do art. 37, X, dissimular a verdade do reajuste discriminatório mediante reavaliações arbitrárias.”

<sup>44</sup> V. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Revisão...*, *cit.*, p. 37 ss.

<sup>45</sup> A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 24 de junho de 1793, estabelecia: “art. 28. Um povo tem sempre o direito de rever, reformar e modificar a sua Constituição. Uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras.”

<sup>46</sup> *Manual de Direito Constitucional, cit.*, p. 167.

<sup>47</sup> A esse respeito anota Manuel Gonçalves Ferreira Filho: “Com efeito, na relação com o povo, não há diferença entre os que vão editar a Constituição e os que vão governar de acordo com ela, em ambos os casos são eleitos pelo povo para em nome e lugar deste tomarem decisões políticas. Destarte, não há uma superioridade intrínseca – decorrente da legitimidade democrática – daqueles, os representantes-constituintes, sobre estes, os representantes ordinários.” (Significação e Alcance das “Cláusulas Pétreas”, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, RT, ano 3, n. 13, out./dez. 1995. p. 6-7.

<sup>48</sup> VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *Teoría Constitucional*. Buenos Aires, Depalma, 1975, vol. I, p. 188-191.

<sup>49</sup> Veja Duguit, Burdeau e Vedel, G.

<sup>50</sup> *A Revisão Constitucional...*, *cit.*, p. 41-42.

<sup>51</sup> *Significação e Alcance das “Cláusulas Pétreas”*, *cit.*, p. 10.

<sup>52</sup> *Manual de Direito Constitucional, cit.*, p. 168-169.

<sup>53</sup> *Apud* Vanossi, *op. cit.*, p. 204 ss.

<sup>54</sup> *A Revisão Constitucional...*, *cit.*, p. 46.

<sup>55</sup> *Op. cit.*, p. 240.

<sup>56</sup> *Constituição e Revisão Constitucional*, Editorial Caminho, Lisboa, 1980, p. 108.

<sup>57</sup> *Apud* MOREIRA, Vital. *Constituição e Revisão Constitucional, cit.*, p. 106.

<sup>58</sup> BULOS, Uadi Lamêgo. *Elaboração e Reforma das Constituições, RDA* 203, jan./mar. 1996, p. 96. nota 55.

<sup>59</sup> *Elaboração e Reforma...*, cit., p. 101.

<sup>60</sup> *Op. cit.*, p. 105.

<sup>61</sup> Norma Constitucional Inconstitucional? A propósito do art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional n. 3/93, RDA n.199, jan./mar. 1995, p. 49, texto publicado, também, em *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, RT, ano 3, n. 13, out./dez. 1995. p. 18.

<sup>62</sup> HORTA, Raul Machado. *Permanência e Mudança na Constituição, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, RT, ano 1, n. 1, out./dez. 1992. p. 218.

<sup>63</sup> SCHIMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, cit., p. 119.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 120. O autor ressalta a diferença entre reforma constitucional e os conceitos de destruição, supressão, quebramento e suspensão da Constituição (p. 120-131).

<sup>65</sup> Veja BASTOS, Celso Ribeiro. *Lei Complementar: teoria e comentários*. São Paulo, Saraiva, 1985. p. 25 ss.

<sup>66</sup> *Constituição e Direito Adquirido*, cit., p. 85.

<sup>67</sup> Veja RAMOS, Elival da Silva. *A Inconstitucionalidade e a Hermenêutica*. In: *A Inconstitucionalidade das Leis – Vício e Sanção*. São Paulo, Saraiva, 1994. p. 196-212.

<sup>68</sup> Destaque-se, entre eles, a ADIN n. 939-7-DF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 21/01/94, em que foi declarado inconstitucional dispositivo da EC n. 03/93, que excluía do princípio da anterioridade tributária o IPMF (Imposto sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira), vedando sua cobrança no mesmo exercício em que foi instituído. Em sentido contrário, Flávio Bauer Novelli em artigo publicado na RDA 119/21/1995, citado anteriormente.

<sup>69</sup> *Constituição e Direito Adquirido*. RDP, 1/93. p. 61.

<sup>70</sup> Sobre o controle jurisdicional do processo legislativo em geral, veja MORAES, Germana de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade do Processo Legislativo*. São Paulo, Dialética, 1998.

<sup>71</sup> Veja RTJ 99/1.031/1982, RDA 191/200/

1993 e RDA 193/266/1996.

<sup>72</sup> *Veja O Poder Constituinte*, cit., p. 202-203. Grifei.

<sup>73</sup> Para MEIRELES, Hely Lopes, atos administrativos negociais são aqueles atos unilaterais que contêm uma declaração de vontade do Poder Público coincidente com a pretensão do particular, visando à concretização de negócios jurídicos públicos, ou à atribuição de certos direitos ou vantagens ao interessado, como a licença, a autorização, a permissão, a aprovação, a admissão e o visto. *Direito Administrativo Brasileiro*, 15. ed, São Paulo, RT, 1990. p. 162 e ss.

<sup>74</sup> *Constituição e Direito Adquirido*, cit., p. 85.

<sup>75</sup> *Interpretação e Aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, op. cit., p. 52.

<sup>76</sup> BRITTO, Carlos Ayres, PONTES FILHO, Valmir. *Direito Adquirido contra as Emendas Constitucionais*. RDA 202/75/1995. p. 77.

<sup>77</sup> Para uma análise das normas constitucionais que estão implicitamente fora do alcance do poder de reforma, veja SAMPAIO, Nelson de Sousa, *O Poder de Reforma Constitucional*, 3. ed. Belo Horizonte, Nova Alvorada, 1995. p. 126.

<sup>78</sup> Podem ser considerados *direitos que possuem caráter supra-estatal* (a terminologia é de Nelson de Sousa Sampaio, *op. et loc. cit.*). Como não se tem exemplo de controle da constitucionalidade pelo Judiciário de emendas que desrespeitem as limitações implícitas, José Afonso da Silva (*Curso...*, cit., p. 70) acredita que isso incentiva a tendência de ampliar as matérias insuscetíveis de emendas constitucionais, a exemplo da Constituição portuguesa.

<sup>79</sup> *O Poder de Reforma Constitucional*, op. cit., p. 114.

<sup>80</sup> A Constituição anterior (art. 47, § 1º, texto com a EC nº 1/69) apenas excluía do alcance do poder constituinte derivado a abolição da federação e da república.

<sup>81</sup> Entendido como técnicas por meio das quais se obtém, exerce e perde o poder político.

<sup>82</sup> *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 200.

<sup>83</sup> *Idem*, p. 227.

<sup>84</sup> O conceito é, ainda, de Karl Loewenstein, significando que a Constituição, em lugar de limitar o poder, torna-se instrumento para estabilizar e eternizar a intervenção dos dominadores fáticos do poder político ( *op. cit.*, p. 219).

<sup>85</sup> *Op. cit.*, p. 231.

# A obrigação de prestar alimentos entre cônjuges e ex-cônjuges no ordenamento jurídico de Portugal

Cláudio Petrini Belmonte

## Sumário

1. Introdução. 2. Alimentos durante o casamento. 3. Alimentos na separação de bens. 4. Alimentos na separação de fato. 5. Alimentos após o divórcio. 5.1. Breve nota histórica. 5.2. Noção de alimentos. 5.3. Direito a alimentos. 5.4. Modo de fixação dos alimentos. 5.5. Medida dos alimentos. 5.6. Desde quando são devidos. 5.7. Local onde deve ser efetuada a prestação. 5.8. Alteração dos alimentos fixados. 5.9. Cessaçãõ da obrigação alimentar. 5.10. Execução dos alimentos. 5.11. Cõnjuge sobrevivivo. 6. Alimentos na separação de pessoas e bens. 7. Alimentos provisórios.

## 1. Introdução

O presente trabalho tem por fim demonstrar o posicionamento da doutrina portuguesa acerca da prestação alimentícia entre os cônjuges durante a constância do casamento, bem como nas “crises” que eventualmente decorrem dessa vida em comum, denominadas nesse regime jurídico de *separação de fato*, *separação de bens*, *separação de pessoas e bens* e *divórcio*. Além de demonstrarmos os dispositivos legais concernentes, constantes nos Códigos Civil e de Processo Civil portugueses, mencionaremos caso a caso alguns acórdãos proferidos pelos Tribunais (“Relações”) desse Estado que tenham abordado o tema então em apreço – publicados nas duas mais importantes revistas de jurisprudência portuguesas, a *Colectânea de Jurisprudência (CJ)* e o *Boletim do Ministério da Justiça (BMJ)*.

---

Cláudio Petrini Belmonte é Professor Doutor na Universidade de Coimbra.

---

Aula expositiva ministrada pelo autor em março de 1999 durante o Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas junto à Universidade de Coimbra (Portugal).

Demonstrar-se-á, outrossim, a exigibilidade de prestação alimentícia quando se trata de alimentos provisórios.

## 2. Alimentos durante o casamento

Preliminarmente, mesmo não sendo objeto direto deste estudo, *mister* salientar que o tema em apreço se encontra tutelado na Constituição Federal Portuguesa em seus artigos 12º, nº 1<sup>1</sup>; 13º<sup>2</sup>; 24º, nº 1<sup>3</sup>; 25º, nº 1<sup>4</sup> e 36º nºs 1, 2 e 3<sup>5</sup>.

Juntamente com o parentesco, a afinidade e a adoção, o casamento celebrado de acordo com o artigo 1577º do Código Civil<sup>6</sup> português constitui uma das fontes de relações jurídicas familiares, além de gerar um estado civil ou jurídico, o estado de casado<sup>7</sup>. Ou seja, o casamento é um ato jurídico formador da sociedade familiar. O Código português não traz qualquer menção acerca da perpetuidade do contrato casamento, o que não significa que o mesmo não seja uma relação duradoura, como todas as demais relações familiares.

Uma vez celebrado o casamento, os cônjuges passam a ser titulares de direitos e deveres recíprocos e iguais<sup>8</sup> <sup>9</sup> (obrigatoriedade de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência<sup>10</sup>). A propósito, é vedado aos nubentes modificarem ou impedirem que o casamento gere seus efeitos legais<sup>11</sup>.

É em face do dever de assistência que os cônjuges estão obrigados a contribuir para os encargos da vida familiar e a prestar alimentos entre si<sup>12</sup>. O legislador português ao dispor especificamente do tema “alimentos” no Código Civil, ratificou tal assertiva por meio do artigo 2015º<sup>13</sup>.

Ocorre que, durante a plena comunhão de vida dos cônjuges, a obrigação de prestar alimentos não tem autonomia, sendo abarcada pela de contribuir para os encargos da vida familiar. Melhor dizendo, na constância do casamento não há qualquer disposição legal que obrigue um dos cônjuges a pagar alimentos ao outro com medidas e valores plenamente caracterizados e estabelecidos,

aliás, se tal norma existisse, seria um contrassenso com o que se vislumbra num casamento, como regra geral.

A contribuição para os encargos da vida familiar incumbe a ambos os cônjuges consoante as possibilidades de cada um, podendo qualquer deles cumpri-la por meio do comprometimento de seus recursos ou de seu trabalho em prol da manutenção e organização do lar comum, bem como do próprio sustento dos cônjuges, da satisfação de necessidades dos filhos, parentes e empregados a cargo dos cônjuges. É um dever mais amplo, mais abrangente do que o específico de prestação alimentícia, haja vista que este apenas diz respeito aos próprios cônjuges e, quando possui autonomia, torna um credor e o outro devedor da respectiva obrigação<sup>14</sup>.

Na hipótese de um cônjuge se sentir lesado por entender que o outro não tem cumprido adequadamente sua obrigação de contribuir para a vida familiar, poderá requerer ao tribunal que estipule o *quantum* exigível deste, e que lhe seja diretamente entregue a parte correspondente dos rendimentos ou proventos do mesmo (é sempre vedada a exigência que contribua com acréscimo de trabalho<sup>15</sup>).

Nesse caso, o requerente deverá indicar ao tribunal a origem dos rendimentos e o montante que pretende receber, justificando a necessidade e razoabilidade do valor pedido.

Seguir-se-ão, com as necessárias adaptações, os termos do processo para a fixação dos alimentos provisórios e a sentença. Se for considerado justificado o pedido, o tribunal ordenará a notificação da pessoa ou entidade pagadora dos rendimentos ou proventos para entregar diretamente ao requerente a respectiva importância periódica.

Como visto, muito embora o dever de assistência se trate de um dever pessoal, possui um conteúdo de natureza patrimonial.

Por fim, *mister* ratificar: não deve confundir-se a obrigação alimentar que impende sobre ambos os cônjuges com o dever de alimentos genericamente regulado nos

artigos 2003º e seguintes (adiante analisados). As regras são diferentes. O dever conjugal recíproco de alimentos deriva direta e indiretamente do casamento e não supõe qualquer acordo prévio ou antecedente litigioso, enquanto a obrigação de alimentos regulada nos artigos 2003º e seguintes é fruto de convenção das partes ou de decisão judicial.

O professor Antunes Varela (*in Direito da Família*, 1987, p. 340) refere que prestação de alimentos devida ao cônjuge não tem o mesmo objeto que a obrigação alimentar comum. Não se mede pelas estritas necessidades do credor, visando, pelo contrário, assegurar ao credor o trem da vida econômica e social a que ele faz jus como cônjuge do devedor.

### 3. Alimentos na separação de bens

Nessa espécie de separação, verifica-se apenas alterações quanto ao patrimônio do casal, sem atingir, portanto, qualquer das obrigações previstas no artigo 1672º do Código Civil – a sociedade conjugal mantém-se inabalada, sendo afetados apenas os bens do casal<sup>16</sup>.

O fundamento de tal separação vem expressamente mencionado no artigo 1767º do atual Código Civil português: “Qualquer dos cônjuges pode requerer a simples separação judicial de bens quando estiver em perigo de perder o que é seu pela má administração do outro cônjuge.”

Os pressupostos de tal separação são, em primeiro lugar, o real perigo de perder o que lhe pertence e, em segundo lugar, que tal risco se dê em face da má administração do outro cônjuge.

A separação de bens possui um caráter exclusivamente litigioso, ou seja, somente pode ser decretada por meio da via judicial, mediante o ajuizamento de ação intentada por um dos cônjuges contra o outro, mesmo que ambos estejam de acordo em reconhecer que a atuação administrativa de um deles é tão má que põe em risco os bens do outro. Jorge Augusto Pais de Amaral<sup>17</sup> leciona que

tal exigência tem o propósito de dar ao processo a seriedade necessária, buscando-se evitar, assim, a eventual intenção dos cônjuges de em conluio virem a fraudar credores.

Por derradeiro, cumpre repisar que, na separação *in casu*, as relações pessoais dos cônjuges não se encontram abaladas, permanecendo nesse sentido o casamento intacto, não havendo separação de corpos e, conseqüentemente, não há que se falar em pagamento de alimentos (há, inclusive, o dever de coabitação). Em face disso, o dever de pagar alimentos continua abarcado pela obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar, nos mesmos moldes já analisados.

### 4. Alimentos na separação de fato

É a própria lei que estipula as circunstâncias em que existe separação de fato. Segundo dispõe o artigo 1782º, nº 1, do Código Civil português, para que haja separação de fato deve haver necessariamente a verificação cumulativa e simultânea de dois requisitos: *a)* a inexistência de vida em comum entre os cônjuges – de ordem objetiva, e *b)* o propósito de um deles, ou de ambos, de não restabelecer a vida comum – de ordem subjetiva (RL<sup>18</sup>, 13-12-1979: *BMJ*<sup>19</sup>, 293º-440).

É durante a separação de fato que a obrigação alimentar adquire autonomia. Tal assertiva é facilmente compreensível: enquanto havia vida comum entre os cônjuges, o dever de prestar alimentos era abarcado pelo de contribuir pela vida familiar; não havendo mais tal comunhão, surge autonomamente o dever de prestar alimentos, como decorrência do dever de assistência.

Nesse sentido, refere Maria Nazareth Lobato Guimarães (*in Reforma do Código Civil*, 1981, p. 191) que, sendo a separação de fato autêntica (que não permite dúvidas de que um ou ambos os cônjuges não desejam restabelecer a coabitação), são devidos alimentos, uma vez que a separação

de fato desfaz automaticamente a comunhão, muito embora não dissolva o vínculo conjugal (RP<sup>20</sup>, 20-4-1977: *BMJ*, 268º-263).

Se a culpa pela separação de fato não for imputável a qualquer dos cônjuges, mantém-se o dever de assistência reciprocamente considerado (artigo 1675º, nº 2, do Código Civil). Todavia, se tal culpa for atribuída a um dos cônjuges ou a ambos, o dever de assistência incumbe somente, a princípio, ao único ou principal culpado (art. 1675º, nº 3, do Código Civil) (RP, 13-4-1989: *CJ*<sup>21</sup>, 1989, 2º-223) (STJ<sup>22</sup>, 22-6-1989: *AJ*, 1º/0-15).

Por conseguinte, para obter a prestação alimentícia, o requerente tem de alegar e provar a situação de separação de fato e a necessidade dos alimentos requeridos (RE<sup>23</sup>, 5-12-1985: *BMJ*, 354º-626). Quanto à imputabilidade de culpa na separação de fato, importa-lhe provar que a mesma não é imputável a qualquer dos cônjuges, que é totalmente imputável ao requerido, ou que, sendo imputável a ambos, o requerido é o principal culpado (RC, 4-5-1982: *CJ*, 1982, 3º-27) (RC<sup>24</sup>, 14-2-1989: *CJ*, 1989, 1º-65).

Excepcionalmente, o tribunal pode, por motivos de equidade, impor esse dever ao cônjuge inocente ou menos culpado, considerando, em particular, a duração do casamento e a colaboração que o outro cônjuge tenha prestado à economia do casal (art. 1675º, nº 3 do Código Civil)<sup>25</sup>.

A obrigação de prestar alimentos durante a separação de fato dos cônjuges não tem o mesmo conteúdo que o direito a alimentos previsto no art. 2016º do Código Civil. No primeiro, trata-se de um dos deveres a que os cônjuges estão reciprocamente vinculados. No segundo caso, estamos perante um direito que é uma consequência do divórcio e que surge, portanto, numa altura em que se extinguíram os deveres conjugais. Do que decorrem diferenças quanto à medida da prestação alimentícia.

No caso dos alimentos fixados nos termos do art. 1675º, o seu montante deve, quando possível, proporcionar ao alimentado um nível de vida semelhante ao que tinha antes da separação (STJ, 17-2-1981:

*BMJ*, 304º-428). Não está, portanto, sujeito aos parâmetros estabelecidos pelo art. 2004º do Código Civil (*infra* analisado). Durante a separação de fato, o cônjuge não culpado, ou a quem a separação não seja imputável, tem direito a não ver alterada a sua posição familiar. Assim, o cônjuge inocente continuará a ter direito a ser “mantido”, não apenas “alimentado” – o cônjuge inocente não deu motivos para sofrer qualquer diminuição de seus direitos (RC, 9-2-1972: *BMJ*, 214º-181).

### 5. Alimentos após o divórcio

Passa-se agora à análise da prestação alimentícia após o divórcio, tendo em vista acompanhar a ordem seqüencial adotada no atual Código Civil e, bem assim, fazer uso do estatuído no artigo 1794º do mesmo Código<sup>26</sup>.

#### 5.1. Breve nota histórica

O Código Civil português anteriormente em vigor, de 1867, apenas admitia a separação judicial de pessoas e bens.

O divórcio foi introduzido em Portugal mediante o Decreto de 3 de novembro de 1910 (“Lei do Divórcio”). Esse diploma legal admitia não só o divórcio litigioso, como também o divórcio por mútuo consentimento, e esteve em vigor até a Concordata de 7 de maio de 1940, celebrada entre o Estado Português e a Santa Sé.

Veio a ser, por essa via, abolido o divórcio para os casamentos católicos contraídos a partir de 1º de agosto de 1940. Só para casamentos civis se manteve o divórcio.

Por meio do Decreto-Lei nº 261/75, de 27 de maio, na seqüência do Protocolo Adicional à Concordata, foi restabelecida a igualdade de tratamento dos casamentos católicos e dos casamentos civis, pelo que passaram a ser novamente admitidos o divórcio litigioso e o divórcio por mútuo consentimento que haviam sido eliminados.

Com o divórcio, dissolve-se completamente o vínculo conjugal. Cessam, então, as relações de ordem pessoal e a genera-

lidade das de ordem patrimonial (artigo 1688º do Código Civil) e, assim, todos os direitos e deveres recíprocos dos cônjuges, extinguindo os deveres conjugais de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência, previstos no artigo 1672º do Código Civil.

Contudo, o divórcio não significa a destruição completa da relação iniciada no casamento. Ficam alguns efeitos que se fazem sentir para além dessa “crise”, no que respeita aos próprios cônjuges, aos filhos e a terceiros. Cunha Gonçalves<sup>27</sup> leciona que “o casamento não se dissolve completamente, mesmo para o futuro; ficam dele, sempre, importantes resíduos jurídicos.”

Os efeitos pessoais do divórcio verificam-se a partir do trânsito em julgado da respectiva sentença, isto é, os cônjuges consideram-se divorciados a partir da data do trânsito em julgado da sentença que o decretou.

Mesmo estando divorciados, pode haver de um dos ex-cônjuges estar obrigado a prestar alimentos ao outro, mas agora não mais em face do dever de assistência propriamente dito gerado com a celebração do casamento, mas como um desdobramento dessa obrigação, gerando efeitos mesmo após a dissolução do matrimônio.

Havendo o divórcio, tem direito a alimentos o ex-cônjuge que se encontra nas condições estabelecidas pelo artigo 2016º<sup>28</sup> do Código Civil, de acordo com os regramentos estipulados nesse código nos artigos 2003º<sup>29</sup> e seguintes (STJ, 4-7-1980: *BMJ*, 299º-354).

Mister destacar que independente de o divórcio ter sido litigioso (“divórcio sancção”<sup>30</sup>) ou amigável (“divórcio remédio”<sup>31</sup>), havendo os pressupostos exigidos por lei, a cobrança de alimentos terá cabimento.

### 5.2. Noção de alimentos

Por alimentos entende-se tudo o que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário – artigo 2003º, nº 1 (RL, 7-12-1977: *BMJ*, 274º-303).

Já no Código Civil de 1867 (artigo 171º) se atribuía à palavra “sustento” um amplo significado, que ultrapassava os limites do que era simplesmente indispensável à alimentação. Segundo Cunha Gonçalves<sup>32</sup>, “a palavra sustento compreende tudo o que é preciso para viver, isto é, não só a cama e mesa, isto é, alimentação ou comidas e bebidas, e o leito completo, mas também o tratamento das moléstias: médio e farmácia.”

O significado de “alimentos” vai, portanto, muito além do sentido que normalmente lhe é atribuído na linguagem corrente.

### 5.3. Direito a alimentos

Os números 1 e 2 do artigo 2016º do Código Civil referem quem tem direito a receber alimentos em casos de divórcio e de separação judicial de pessoas e bens<sup>33</sup>.

Resulta dessa disposição legal que, em princípio, só é reconhecido o direito a alimentos ao cônjuge inocente ou menos culpado.

Pereira Coelho (*in Reforma do Código Civil*, 1981, p. 41) menciona que, para o fim de fundamentar o divórcio, o cônjuge com alteração das faculdades mentais é equiparado ao inocente.

Pela razão de impender sobre o cônjuge culpado, ou principal culpado, o dever de prestar ao outro os alimentos de que eventualmente careça, tem sido atribuído o caráter de indenização à prestação alimentícia.

Porém, se forem considerados igualmente culpados ou se não for declarada a culpa de nenhum – como no caso do divórcio por mútuo consentimento –, qualquer dos cônjuges pode obter alimentos do outro, verificadas que sejam as necessárias condições. Lembra a Prof<sup>a</sup>. Maria de Nazareth Lobato Guimarães (*Reforma do Código Civil*, 1981, p. 185) que aquele que pretende obter alimentos deve provar a necessidade e a incapacidade, isto é, deve provar que não pode trabalhar o bastante para o seu sustento e que não tem bens com que ocorra às suas necessidades (RC, 25-10-1983: *CJ*, 1983, 4º-64).

O direito a alimentos não pode ser renunciado ou cedido – artigo 2008º, nº 1, do Código Civil.

A prestação alimentícia destina-se a satisfazer as necessidades essenciais do alimentando. Se a este fosse dada a possibilidade de renunciar a tal direito – por orgulho ou outro sentimento que o divórcio, muitas vezes, desperta –, isso teria como consequência transferir o encargo para um outro familiar dos que a lei considera vinculados à prestação de alimentos<sup>34</sup> ou para o próprio Estado, que tem o dever geral de assistência.

A lei proíbe apenas a renúncia ao direito de alimentos para o futuro, mas não proíbe que o titular desse direito renuncie às prestações já vencidas e não pagas. Nesse caso, tudo é diferente. Como veremos adiante, os alimentos só são devidos a partir do momento em que forem pedidos. Por isso, o credor não pode exigir aos outros vinculados à prestação de alimentos pensões referentes a período de tempo anterior.

Assim, se conseguiu sobreviver, apesar de não lhe terem sido pagas as prestações a que tinha direito, está na sua mão exigir-las do devedor ou renunciar às mesmas definitivamente. Por outro lado, se o credor dos alimentos aceitou receber uma prestação inferior à que estava fixada, isso significa a renúncia da parte que constitui a diferença, mas não significa a renúncia dessa parte nas prestações futuras, pois a lei não o permite.

A pessoa carenciada que se encontre na situação de poder pedir alimentos pode deixar de o fazer. Essa atitude não significa renúncia ao direito, pois em qualquer momento tem a possibilidade de os requerer, embora não possa pedir prestações referentes ao período anterior.

A mesma disposição legal proíbe ainda que o direito a alimentos seja cedido. De igual modo, o princípio da possibilidade da cessão enunciado no artigo 577º, nº 1, do Código Civil, que permite que o credor ceda a terceiro uma parte ou a totalidade do crédito, independentemente do consenti-

mento do devedor, sofre algumas restrições. Uma delas impede a cedência quando o crédito está, pela própria natureza da prestação, ligado à pessoa do credor.

Considerando a finalidade das prestações alimentícias e sua estreita ligação à pessoa do credor, facilmente compreenderemos a proibição legal da sua cedência.

O nº 2 do mesmo artigo 2008º do Código Civil proíbe ainda a penhora do crédito de alimentos e que o obrigado possa livrar-se por meio de compensação, ainda que se trate de prestações já vencidas. A já aludida finalidade das prestações alimentícias explica a impenhorabilidade do respectivo crédito. Se fosse legalmente passível de compensação, podia o devedor dos alimentos ser tentado a deixar de os pagar durante o tempo por si considerado suficiente para que a dívida igualasse o montante do crédito que eventualmente tivesse sobre o alimentando. Considerando a referida finalidade das prestações, facilmente se compreenderá que isso poderia pôr em risco a subsistência do credor dos alimentos.

O direito a alimentos não prescreve – artigo 298º, nº 1, do Código Civil, *a contrario*. Somente são prescritíveis as pensões alimentícias vencidas, no prazo de cinco anos (art. 310º, alínea “f”), do Código Civil).

#### 5.4. *Modo de fixação dos alimentos*

A prestação de alimentos pode ser fixada por acordo entre os cônjuges. Na ação de divórcio por mútuo consentimento, esse acordo constitui um dos requisitos exigidos pela lei – artigos 1775º, nº 2<sup>35</sup>, e 1776º, nº 2, do Código Civil e, ainda, artigo 1419º, nº 1, alínea “d”, do Código de Processo Civil.

No caso de divórcio litigioso, na tentativa de conciliação, o juiz procurará obter o acordo dos cônjuges quanto aos alimentos – artigo 1407º, nº 2, do Código de Processo Civil. Não sendo possível tal acordo, a prestação de alimentos terá de ser fixada pelo tribunal.

Os alimentos devem ser fixados em prestações pecuniárias mensais, conforme determina o nº 1 do artigo 2005º do Código



Civil. Essa disposição admite, porém, exceções: havendo acordo das partes em sentido diferente, havendo disposição legal que imponha outra forma de pagamento ou se ocorrerem motivos que justifiquem medidas de exceção.

Dispõe o nº 2 desse mesmo preceito que, se o obrigado aos alimentos mostrar que os não pode prestar como pensão, mas tão-somente em sua casa e companhia, assim poderão ser decretados. É o tribunal que decidirá de acordo com as circunstâncias de cada caso. No entanto, essa disposição dificilmente terá aplicação aos ex-cônjuges. O divórcio requerido por um ou por ambos evidencia o propósito de seguirem vidas independentes. Não faria sentido colocar o credor dos alimentos na casa e companhia do devedor dos mesmos.

#### 5.5. Medida dos alimentos

O critério para determinar o quantitativo dos alimentos é definido pelo 2004º do Código Civil do modo seguinte:

“1) Os alimentos serão proporcionados aos meios daquele que houver de prestá-los e à necessidade daquele que houver de recebê-los; 2) Na fixação dos alimentos atender-se-á, outrossim, à possibilidade de o alimentando prover à sua subsistência” (STJ, 7-5-1980: *BMJ*, 297º-342).

O artigo 29º da Lei do Divórcio determinava que o quantitativo dos alimentos deveria ser fixado em harmonia com as necessidades do cônjuge que os recebesse e com as circunstâncias do que os prestasse. Mas impunha que nunca poderia exceder um terço do rendimento líquido do segundo.

Atualmente a lei não estabelece qualquer fração do rendimento do obrigado como limite à prestação de alimentos.

Na falta de acordo entre as partes quanto à determinação do seu montante, o juiz tem de cingir-se às necessidades de quem os deve receber com o tempero proveniente das possibilidades de quem tem de os pagar. L. P. Motinho de Almeida (*Os alimentos no*

*Código Civil de 1966*, ROA, 1968, p. 118) menciona que a obrigação de prestar alimentos, que a lei impõe aos presentes, é uma obrigação conjunta e não uma obrigação indivisível e solidária, porque devedor só responde na medida de suas possibilidades.

Devendo ser proporcionado aos meios daquele que houver de prestá-los, não significa que o quantitativo não seja suficiente para dar satisfação às necessidades essenciais do alimentando. Nesse caso, sobre outras pessoas obrigadas ou sobre o Estado recairá o dever de contribuir com a parte que falta. A obrigação do devedor reduz-se proporcionalmente aos seus meios.

Para sopesar as suas possibilidades, deve, porém, atender-se não só aos rendimentos regulares provenientes dos bens e do trabalho, mas também aos rendimentos de caráter eventual, tais como gratificações, comissões e emolumentos (RL, 15-5-1979: *CJ*, 4º-779).

Em princípio não se deve exigir a alienação de bens do obrigado para dar satisfação às necessidades de outrem.

O critério da dupla proporcionalidade previsto no artigo 2004º resulta, no caso do divórcio, bastante desenvolvido no artigo 2016º, nº 3, do Código Civil. Assim, na fixação do montante dos alimentos, deve o tribunal tomar em conta a idade e o estado de saúde dos cônjuges, as suas qualificações profissionais e possibilidade de emprego, o tempo que terão de dedicar, eventualmente, à criação dos filhos comuns, os seus rendimentos e proventos e, de modo geral, todas as circunstâncias que influam sobre as necessidades do cônjuge que recebe os alimentos e as possibilidades do que os presta.

Não devem ser consideradas as necessidades das pessoas a cargo do alimentado, porque isso constituiria uma forma de atribuir indiretamente a estas um direito que a lei lhes não faculta por tal via.

Não exonera um ex-cônjuge da sua obrigação de prestar alimentos a circunstância de o outro divorciado viver na casa

dos pais, que têm rendimentos suficientes para prover às suas necessidades.

Para a fixação dos alimentos, deve atender-se ainda às possibilidades de o alimentado prover à sua subsistência. Então, se este pode angariar pelos seus próprios meios o rendimento necessário à satisfação das suas necessidades essenciais, não deve exigir do ex-cônjuge uma prestação alimentícia, por não querer servir-se dessas suas potencialidades.

Apesar de a lei não conter qualquer referência à estipulação de um índice de atualização automática da pensão de alimentos fixada, está a tornar-se comum nos tribunais portugueses estipular esse índice em conformidade com a inflação ou com a percentagem de aumento do vencimento do devedor dos alimentos. Tem a vantagem de evitar que todos os anos venha a ser requerida ao tribunal a alteração dos alimentos fixados, por modificação das circunstâncias determinantes da sua fixação.

Antunes Varela (op. cit., p. 340) leciona que a prestação de alimentos tem de adaptar-se às reais possibilidades do devedor. Para o cálculo dessas possibilidades, contam-se, em primeiro lugar, e em pé de igualdade, os rendimentos do trabalho e do capital e, em segundo lugar, os próprios bens de raiz, que só em caso de extrema necessidade deverão ser sacrificados. A prestação de alimentos não engloba o sustento dos filhos do cônjuge necessitado (não filhos do devedor), nem dos parentes dele (sejam ou não afins do obrigado). Em relação à hipótese de as dificuldades ou possibilidades do devedor não cobrirem as necessidades primárias do credor, vale como princípio que a prestação alimentícia nunca pode sacrificar o mínimo necessário à vida normal do cônjuge devedor.

Para Pereira Coelho (*Direito de Família*, 1969, 2<sup>o</sup> – p. 360-361), para definir a medida da necessidade daquele que houver de receber alimentos, atenderá o juiz, designadamente, ao valor dos bens e montante dos

rendimentos do alimentado; às dívidas que porventura tenha contraído; à circunstância de ele ter ou não um curso ou outras possibilidades de ganhar a vida; à sua condição social; ao seu estado de saúde; ao fato de ter filhos ou outras pessoas a seu cargo; etc. Mas será irrelevante a circunstância de o alimentado ainda ter os pais ou, porventura, outras pessoas de família que possam e devam, também, prestar-lhe alimentos, pois a obrigação alimentar do ex-cônjuge prevalece sobre a dessas outras pessoas (artigo 2009<sup>o</sup>, nºs 1 e 3, do Código Civil) (RL, 23-11-1973: *BMJ*, 231<sup>o</sup>–196).

Vaz Serra (*Obrigação de alimentos*, in *BMJ*, 108<sup>o</sup>, 75 a 80) entende que, no caso de a mulher se encontrar separada de fato por causa imputável ao marido, os alimentos dela não devem limitar-se ao indispensável para a sua manutenção, uma vez que, resultando do casamento a colocação da mulher em posição quanto possível equivalente à do marido, é de supor que a lei quer um socorro e ajuda correspondentes. E assim o marido deve colocá-la, quanto possível, na situação material que teria se a vida em comum se mantivesse (RE, 29-10-1987: *BMJ*, 370<sup>o</sup>–630) (STJ, 25-1-1979: *BMJ*, 283<sup>o</sup>–310) (RC, 9-2-1972: *BMJ*, 214<sup>o</sup>–181).

#### 5.6. Desde quando são devidos

Os alimentos são devidos desde a proposição da ação ou, estando já fixados pelo tribunal ou por acordo, desde o momento em que o devedor se constitui em mora – artigo 2006<sup>o</sup> do Código Civil.

Não são, portanto, devidos a partir do momento em que se fez sentir a sua carência, mas apenas a partir do momento em que foram pedidos. Não podem ser solicitados em relação a um período de tempo já passado.

Seria por demais violento que o credor dos alimentos pudesse exigí-los para o passado com o que poderia, acaso, forçar o obrigado a dificuldades econômicas inesperadas e porventura à impossibilidade de cuidar da sua própria sustentação.

Logo que fixados, não obsta à sua exigência o fato de a sentença não ter transitado em julgado. Assim, a parte vencedora pode requerer que à apelação seja atribuído efeito meramente devolutivo, quando a sentença arbitre alimentos (artigo 692º, nº 2, alínea c), do Código de Processo Civil).

#### 5.7. Local onde deve ser efetuada a prestação

A obrigação alimentícia tem a natureza de dívida pecuniária<sup>36</sup>, via de consequência, nos termos do artigo 774º do Código Civil, a prestação deve ser efetuada no lugar do domicílio que o credor tiver ao tempo do cumprimento.

Se o credor mudar posteriormente de domicílio, pode a prestação ser efetuada no domicílio do devedor, salvo se aquele se comprometer de indenizar este do prejuízo que sofrer com a mudança (artigo 775º do Código Civil<sup>37</sup>). A indenização só é devida se da mudança resultarem dificuldades para o devedor que lhe provoquem prejuízos. O credor deve comunicar a mudança de domicílio em tempo oportuno para que a prestação seja devidamente cumprida.

#### 5.8. Alteração dos alimentos fixados

Se, depois de fixados os alimentos pelo tribunal ou por acordo dos interessados, as circunstâncias determinantes da sua fixação se modificarem, podem os alimentos estipulados ser reduzidos ou aumentados, conforme os casos, ou podem outras pessoas ser obrigadas a prestá-los (artigo 2012º do Código Civil).

Para a fixação da pensão alimentícia, foram tidas em contas duas coordenadas: as possibilidades econômicas do onerado e as necessidades do beneficiado (RL, 11-4-1969: JR, 15º-317).

É facilmente compreensível a alteração de qualquer delas com o decorrer do tempo. Podem melhorar ou piorar as possibilidades de um e as necessidades do outro.

Justifica-se que a fixação do montante dos alimentos acompanhe a evolução daquelas coordenadas. Assim, se evoluir

favoravelmente a situação econômica do devedor, é natural que o alimentado venha requerer que a pensão de alimentos seja elevada proporcionalmente, enquanto as suas necessidades não se encontrarem totalmente satisfeitas (STJ, 13-1-1981: BMJ, 303º-240).

Se, ao contrário, a situação do credor melhorou, é o devedor que deverá requerer a redução da importância que vinha pagando.

As circunstâncias também se alteram por via da depreciação da pensão fixada, por força da inflação. Embora se mantenham as necessidades do alimentado, precisa de mais dinheiro para as satisfazer, pois que este passou a ter um menor poder de compra.

Conforme refere Pereira Coelho<sup>38</sup>,

“o princípio do nominalismo monetário não exclui essa solução, pois só se aplica às dívidas de dinheiro e não às dívidas de valor, e a dívida de alimentos é justamente uma dívida de valor das mais típicas e características. O alimentante, com efeito, não deve dinheiro ao alimentado, mas determinados bens reais, sendo o dinheiro apenas um meio de liquidação de uma prestação em si mesma não pecuniária”.

L. P. Moitinho de Almeida (*Os alimentos no Código Civil de 1966*, Revista da Ordem dos Advogados, 1968, p. 125) refere que os alimentos têm, necessariamente, a característica da atualidade, isto é, têm de corresponder às necessidades do alimentado e às possibilidades do obrigado no momento. Disso decorre que o pagamento antecipado dos alimentos é inoperante, pois muito bem pode suceder que o alimentado dissipe o que antecipadamente recebeu e, se posteriormente carecer de alimentos, nada obsta a que os peça e que o obrigado tenha de lhos prestar de novo, de harmonia com as possibilidades e com as necessidades daquele nesse momento.

O processo para a alteração dos alimentos segue os termos previstos no artigo 1121º do Código de Processo Civil.

Se não for possível obter acordo, o requerente terá de provar que se alteraram as circunstâncias determinantes da fixação dos alimentos. Por isso, não devem agir os cônjuges de forma precipitada na ação de divórcio. Por vezes, na ânsia de se libertar de uma situação que lhe é penosa, o cônjuge diz não carecer de alimentos ou aceita uma importância mensal insuficiente para a satisfação das suas necessidades essenciais. Tem o propósito de mais tarde, “quando as feridas já se encontrarem mais cicatrizadas”, vir, então, pedir a alteração do montante da prestação alimentícia. Esquece-se, porém, de que terá de alegar e provar que, no período de tempo entretanto decorrido, as circunstâncias determinantes da fixação sofreram alteração significativa. Por vezes, a prova por si produzida não vai além da existência da inflação, que constitui um fato notório. Não pode, nessa altura do processo, pretender fazer prova das suas necessidades e das possibilidades econômicas do devedor, mas apenas das circunstâncias que se modificaram desde a fixação da pensão de alimentos cuja alteração requer.

### *5.9. Cessação da obrigação alimentar*

Conforme dispõe o artigo 2013º, nº 1, do Código Civil, a obrigação de prestar alimentos cessa:

“a) pela morte do obrigado ou alimentado; b) quando aquele que os presta não possa continuar a prestá-los ou aquele que os recebe deixe de precisar deles; c) quando o credor viole gravemente os seus deveres para com o obrigado”.

Se a morte do obrigado ou do alimentado faz cessar a obrigação de prestar alimentos, isso significa que esta não se transmite aos respectivos herdeiros. A justificação assenta no caráter pessoal da obrigação.

Se os herdeiros do alimentado se encontram em situação de poder requerer alimentos, devem fazê-lo eles próprios à pessoa obrigada por força do disposto no artigo 2009º do Código Civil.

Pela mesma razão, com a morte do obrigado, a obrigação não passa para os herdeiros.

A obrigação também cessa quando desaparece a necessidade de o credor receber os alimentos ou a possibilidade de os prestar, por parte do devedor. Parece-nos que esse modo de cessação já resultaria do disposto no artigo 2012º, pois que não é mais do que a alteração dos alimentos fixados levada às últimas conseqüências. A redução, quer por uma via, quer pela outra, pode chegar ao ponto de pôr termo à prestação alimentícia.

O credor que viole gravemente os seus deveres para com o obrigado pode perder o direito à prestação de alimentos.

Os contornos dessa disposição legal – alínea “c” do artigo 2013º do Código Civil – não estão claramente definidos.

Cabe ao tribunal, em cada caso, determinar quando a violação dos deveres do credor para com o devedor dos alimentos é suficientemente grave para pôr fim à respectiva prestação.

Não deve ser considerada a violação dos deveres que deu causa ao divórcio, mas só a que for contemporânea ou posterior ao pedido de alimentos. Deve ter-se presente que, a partir do divórcio, extinguiram-se os deveres conjugais, entre eles o de fidelidade.

Cessa ainda o direito a alimentos se o alimentado contrair novo casamento ou se tornar indigno do benefício pelo seu comportamento moral – artigo 2019º do Código Civil.

No primeiro caso, poderá dizer-se que cessou o direito a alimentos a partir do momento em que sobre o novo cônjuge passou a recair o dever de assistência.

Pires Lima e Antunes Varela<sup>39</sup> lecionam que

“para que o comportamento (a conduta) imputado ao alimentado possa legitimar a cessação da obrigação alimentar é preciso que ele seja de tal modo imoral (prostituição comprovada, desregramento de vida, despudor escandaloso, ofensas à pessoa ou à

memória do marido ou de seus familiares mais próximos, etc.) que se torne inexigível o sacrifício patrimonial até então suportado pelo vinculado”.

O processo para a cessação de alimentos encontra-se regulado no artigo 1121º do Código de Processo Civil português.

#### 5.10. Execução dos alimentos

Como já visto anteriormente, no divórcio por mútuo consentimento, pode ser acordada a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça (artigo 1419º, nº 1, alínea “d”, do Código de Processo Civil).

Esse ajuste (não só o que concerne ao regime que há de vigorar no período de pendência do processo, mas também o que se refere ao período posterior) deverá ser homologado por sentença – artigos 1775º, nºs 2 e 3, 1776º, nº 2, e 1778º do Código Civil.

Uma vez homologado, pode, no caso de incumprimento, servir de base à execução, tal como a sentença que, em ação de alimentos (provisórios ou definitivos), condene um dos cônjuges a pagar ao outro uma prestação alimentícia. Serve igualmente de base à execução o despacho em que o juiz fixe, nos termos do artigo 1407º, nº 7, do Código de Processo Civil, um regime provisório quanto a alimentos (vide artigos 46º, alínea “a”, e 48º, nº 1, do Código de Processo Civil).

E constituem títulos executivos, ainda antes de transitarem em julgado, se o credor dos alimentos requerer que ao recurso interposto seja atribuído efeito meramente devolutivo (consoante os artigos 47º, nº 1, 692º, nº 2, alínea “c” e 723º – quanto à apelação e à revista – e artigos 740º, nº 2, *a contrario*, e 758º *a contrario* – quanto ao agravo nas duas instâncias –, todos do Código de Processo Civil).

Nos artigos 1118º a 1121º-A desse mesmo Código, encontra-se regulada a execução especial por alimentos. Determina o nº 1 da primeira dessas disposições legais:

“1 – A execução por prestação de alimentos segue os termos do processo ordinário ou sumário, conforme o

título em que se funde, com as seguintes especialidades:

a) A nomeação de bens à penhora pertence exclusivamente ao exequente, que a fará logo no requerimento inicial;

b) Só depois de efetuada a penhora é citado o executado;

c) Os embargos em caso nenhum suspendem a execução;

d) O exequente pode requerer a adjudicação de parte das quantias, vencimentos ou pensões que o executado esteja percebendo, ou a consignação de rendimentos pertencentes a este, para pagamento das prestações vencidas e vincendas, fazendo-se a adjudicação ou a consignação independentemente de penhora.”

Como se verifica, a execução por alimentos pode abranger as prestações já vencidas e ainda as vincendas. O exequente, logo no requerimento inicial, deve nomear bens à penhora e pode ainda, nos termos da alínea “d”, requerer a adjudicação de vencimentos ou pensões ou a consignação de rendimentos.

Para a adjudicação, o juiz ordenará a notificação da entidade encarregada de pagar as quantias, vencimentos ou pensões ou de processar as respectivas folhas para entregar diretamente ao exequente a parte adjudicada – nº 2 do mesmo artigo 1118º.

Se for requerida pelo exequente a consignação de rendimentos, deve indicar logo os bens sobre que há de recair. O juiz ordena-la-á relativamente aos que considere bastantes para satisfazer as prestações vincendas. A consignação processar-se-á nos termos do artigo 880º com as necessárias adaptações – nº 3 do artigo 1118º.

A consignação de rendimentos está sujeita a registro (artigo 660º, nº 2, do Código Civil e artigo 2º, nº 1, alínea “h”, do Código de Registro Predial).

As prestações vincendas encontram ainda uma forma de garantia por meio do disposto no artigo 1121º-A do Código de Processo Civil.

### 5.11. *Cônjuge sobrevivivo*

O casamento pode ser dissolvido mediante divórcio ou morte de um ou de ambos os cônjuges simultaneamente.

Uma das exceções ao princípio da equiparação entre os efeitos jurídicos da dissolução do casamento por divórcio e por morte diz respeito a alimentos.

Assim, nos termos do artigo 2018º do Código Civil (apanágio do cônjuge sobrevivivo), falecendo um dos cônjuges, o viúvo tem direito a ser alimentado pelos bens deixados pelo falecido. São obrigados (conjuntos) à prestação de alimentos os herdeiros ou legatários a quem tenham sido transmitidos os bens, segundo a proporção do respectivo valor.

O apanágio do cônjuge sobrevivivo constituirá um ônus real sobre os bens imóveis ou móveis sujeitos a registro.

### 6. *Alimentos na separação de pessoas e bens*

O Código Civil português aborda mais detalhadamente o instituto do divórcio do que o da separação judicial de pessoas e bens, referindo que as disposições concernentes àquele são também aplicáveis a esta, com as necessárias adaptações (artigo 1794º).

Segundo essa ordem de relevância e tratamento determinada pelo Código, passamos agora a analisar a questão dos alimentos na referida separação.

Primeiramente, cumpre elucidar que essa forma de “crise conjugal” leva à partilha do patrimônio do casal e à própria separação das pessoas envolvidas no matrimônio. O vínculo matrimonial ainda persiste, contudo, “gravemente afetado”<sup>40</sup>.

A separação judicial de pessoas e bens faz extinguir os deveres de coabitação e assistência, ressalvado o direito a alimentos (artigo 1795º–A do Código Civil<sup>41</sup>). Ou seja, desdobrando-se o dever de assistência em duas obrigações, a de prestar alimentos e a de contribuir para os encargos da vida

familiar, só a primeira se manteve, haja vista que se extinguiu também o dever que pressupõe a comunhão de vida. Persistem, ainda, os demais deveres previstos no artigo 1672º do Código Civil, quais sejam, os deveres de respeito, fidelidade e cooperação.

Pode dizer-se que, em muitos casos, a separação de pessoas e bens não passa do pródomo do divórcio. Alguns autores, como Pires de Lima e Antunes Varela<sup>42</sup>, chamam essa separação de “diminutivo do divórcio”.

Os cônjuges podem, porém, optar pela separação de pessoas e bens ou pelo divórcio. E, tendo optado pela primeira, podem permanecer nesse estado indefinidamente.

Ao contrário da separação exclusivamente de bens, esta é revogável a qualquer momento, fazendo com que os cônjuges, a partir da reconciliação (homologada por sentença – artigo 1795º–C do Código Civil), fiquem de novo reciprocamente vinculados a todos os deveres referidos no artigo 1672º do Código Civil, ressurgindo, assim, os deveres de cooperação, em toda a sua plenitude, de coabitação e assistência, este, no que respeita à obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar, visto que a obrigação de prestar alimentos não havia sido afastada, além do ressurgimento do regime de bens que vigorava entre os cônjuges.

No que diz respeito à prestação alimentícia propriamente dita, devem ser atendidas as disposições do artigo 2003º e seguintes do Código Civil.

A lei não estabelece, quanto à sua medida, nenhuma percentagem dos rendimentos do obrigado à prestação alimentar. Os alimentos serão proporcionados aos meios daquele que houver de prestá-los e à necessidade daquele que houver de recebê-los, conforme estatuído no artigo 2004º, nº 1, do Código Civil português. Deve, porém, atender-se à possibilidade de o alimentando prover à sua subsistência (artigo 2004º, nº 2, do Código Civil).

Diz o artigo 2005º do Código Civil que, na prestação dos alimentos, estes deverão

ser fixados em prestações pecuniárias mensais, o que geralmente ocorre na prática. Se, porém, houver acordo ou ocorrerem motivos que o justifiquem, podem ser fixados em gêneros.

Consoante o disposto no artigo 1794º do Código Civil<sup>43</sup>, constata-se que, com as devidas adaptações, a separação por mútuo consentimento é regida pelo artigo 1775º e seguintes do Código, e a separação litigiosa, pelo artigo 1779º e seguintes (os princípios expressos nos artigos 1779º e 1781º aplicam-se à separação e ao divórcio nos mesmos termos).

Destarte, na separação de pessoas e bens, tal qual no divórcio, analisada a situação de mútuo consentimento, qualquer dos cônjuges que careça de alimentos tem direito a recebê-los do outro cônjuge, se este tiver possibilidade de os prestar, conforme estatuído nos artigos 2009º, nº 1, alínea a)<sup>44</sup> e 2016º, nº 1, alínea c), do Código Civil. Pelo caráter de jurisdição voluntária concernente às separações de pessoas e bens por mútuo consentimento, as partes podem acordar acerca dos alimentos que um dos cônjuges receberá do outro (artigo 1775º, nº 2). Todavia, se tal ajuste não resguardar suficientemente o interesse de algum dos cônjuges, tal acordo não será homologado pelo Poder Judiciário – artigo 1778º do Código Civil<sup>45</sup>.

Uma vez havendo sentença homologatória, e tendo esta transitado em julgado, os acordos só podem ser alterados, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, com fundamento em circunstâncias supervenientes que justifiquem a alteração. Para esse efeito, dizem-se supervenientes tanto as circunstâncias posteriores à decisão como as anteriores, que não tenham sido alegadas por ignorância ou outro motivo ponderoso (art. 1411º do Código de Processo Civil).

Se for o caso de separação de pessoas e bens litigiosa, tendo em consideração o preceituado no artigo 1794º do Código Civil, tem-se que os efeitos da atribuição de culpa a um determinado cônjuge, no que tange a

alimentos, são o que está prescrito nos artigos 1791<sup>046</sup> e 2016º, nº 1, alínea a), ambos do Código Civil.

Em havendo culpa de um ou de ambos os cônjuges, assim o declarará a sentença; sendo a culpa de um consideravelmente superior à do outro, a sentença deve declarar ainda qual deles é o principal culpado – artigo 1787º, nº 1, do Código Civil. A propósito, na conversão da separação em divórcio (artigo 1795º – D), não é possível alterar a declaração do cônjuge culpado que tenha sido feita no processo de separação.

A atribuição da culpa ao cônjuge ofensor reveste-se de grande importância, porque daí podem decorrer conseqüências que constituem verdadeiras sanções de caráter patrimonial, como no caso da concessão de alimentos (art. 2016º do Código Civil), por exemplo.

Pode suceder que a culpa do autor da ação de divórcio seja consideravelmente superior à do réu, e, portanto, isso mesmo ficará a constar da sentença que decretar o divórcio ou a separação de pessoas e bens. Pode também acontecer que as culpas dos cônjuges sejam iguais, ou sensivelmente iguais, isto é, que a de um não seja consideravelmente superior à do outro.

### *7. Alimentos provisórios*

O Código Civil aborda superficialmente o tema, apenas referindo que, enquanto não forem fixados definitivamente os alimentos, pode o tribunal, a requerimento do alimentado, conceder alimentos provisórios, que serão taxados segundo o seu prudente arbítrio (artigo 2007º).

É no Código de Processo Civil que o ordenamento português tutela mais detalhadamente o assunto. Verifica-se que há a possibilidade de cobrança de alimentos provisórios por meio de duas disposições legais diversas: 1ª) artigo 399º; e 2ª) artigo 1407º, nº 7. Por qualquer uma das vias, procura-se alcançar a mesma finalidade, que consiste em dar satisfação às necessidades essenciais de sustento, habitação e vestuário do cônjuge (ou ex-cônjuge, se for o caso)

carecido, enquanto não for encontrada uma solução definitiva. Sob esse aspecto, revestem ambas a natureza de uma providência cautelar.

Na primeira situação (artigos 399<sup>047</sup>), os alimentos provisórios seriam requeridos em face de um “acautelamento genérico” constante no ordenamento jurídico e, na segunda (artigo 1047<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 7<sup>48</sup>) seria uma situação prevista especialmente para o transcurso do processo de divórcio ou de separação judicial de pessoas e bens. Ou seja, na hipótese específica de cobrança de alimentos entre ex-cônjuges, a norma legal que dá supedâneo é a do artigo 399<sup>o</sup>.

Essa providência cautelar segue o disposto nos artigos 388<sup>o</sup> e seguintes do Código de Processo Civil. Assim, por exemplo, a ação de alimentos provisórios será uma providência cautelar sem efeito se a ação de alimentos definitivos, de que é dependente, não for proposta no prazo designado no artigo 382<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 1, alínea “a”, do Código de Processo Civil<sup>49</sup>.

Segundo disposição expressa do Código (artigo 399<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 2), no montante a ser fixado a título de alimentos provisórios, além do estritamente necessário para o sustento, habitação e vestuário, o mesmo poderá abranger também o valor das despesas da ação, se o requerente não puder beneficiar-se do apoio judiciário.

Desse modo, tais alimentos provisórios têm o condão de fixar o recebimento de uma quantia mensal que o peticionário deva receber, enquanto não houver pagamento da primeira prestação definitiva.

Os alimentos provisórios são devidos a partir do primeiro dia do mês subsequente à data da dedução do respectivo pedido (artigo 401<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 1, do Código de Processo Civil).

Ao pedido de alimentos definitivos corresponde o processo comum e deve constar de ação autônoma.

Já com base no artigo 1407<sup>o</sup> do mesmo Código, como já dito, é adequado para situações em que há tramitação de uma ação de divórcio ou de separação judicial de pessoas e bens<sup>50</sup>.

Assim, em sendo deferida a providência cautelar pleiteada, essa terá a duração do processo de divórcio.

Essa fixação obedecerá a um critério de conveniência. A iniciativa tanto pode partir de qualquer dos cônjuges como do juiz, mas a providência só será decretada se este a considerar conveniente, podendo, para o efeito, ordenar antecipadamente as diligências que entender necessárias<sup>51</sup>.

Cumprido salientar que, durante a pendência da ação, o juiz pode determinar a cessação ou alteração dos alimentos provisórios, no caso de se terem modificado as circunstâncias que presidiram a fixação dos mesmos<sup>52</sup>. Então, o regime provisório fixado nos termos do artigo 1407<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 7, mantém-se enquanto subsistir a necessidade do cônjuge alimentado e até a decisão final sobre a ação de divórcio. Durante a pendência dessa ação, não se torna necessário propor ação de alimentos definitivos, pois que os provisoriamente fixados mantêm o seu efeito, sem sujeição a qualquer prazo.

O autor, na ação de divórcio ou de separação de pessoas e bens, que pretende que se estabeleça um regime provisório de alimentos, tanto o pode pedir por meio do procedimento cautelar regulado nos artigos 388<sup>o</sup> e seguintes, como pelo processo especialíssimo previsto no n<sup>o</sup> 7 do artigo 1407<sup>o</sup> do Código de Processo Civil (Ac. RL, de 5.2.1982: *CJ*, 1982, 1<sup>o</sup>-170 e *BMJ*, 320<sup>o</sup> – 441).

Após a última reforma do Código de Processo Civil, passou a ser admissível, nos processos de divórcio ou separação litigiosos, a dedução de pedido tendente à fixação do direito a alimentos – art. 470<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 2. Assim, a incompatibilidade processual deixou de constituir obstáculo à cumulação dos pedidos.

### Notas

<sup>1</sup> “Art. 12<sup>o</sup> – (Princípio da Universalidade)

1. Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição.”

<sup>2</sup> “Art. 13<sup>o</sup> – (Princípio da Igualdade)

1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.



2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica ou condição social.”

<sup>3</sup> “Art. 24º –

1. A vida humana é inviolável.”

<sup>4</sup> “Art. 25º –

1. A integridade moral e físicas das pessoas é inviolável.”

<sup>5</sup> “Art. 36º –

1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.

2. A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração.

3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos.”

<sup>6</sup> “Art. 1577º –

Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código.”

<sup>7</sup> Estando presentes os requisitos necessários ensejadores da prestação alimentícia, consoante o disposto no artigo 2017º do Código Civil (*infra* analisado), e tendo sido declarado nulo ou anulado o casamento, o cônjuge de boa-fé conserva o direito a alimentos após o trânsito em julgado ou o averbamento da decisão respectiva.

<sup>8</sup> “Art. 1671º do Código Civil –

1. O casamento baseia-se na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”

Os cônjuges ficam reciprocamente vinculados em virtude do princípio da igualdade que é consagrado na constituição e na legislação infraconstitucional portuguesa.

<sup>9</sup> A respeito desse artigo, Leonor Beleza (*Reforma do Código Civil*, 1981, p. 87) refere que se trata de uma disposição inútil do ponto de vista normativo, que não acrescenta nada ao princípio constitucional, mas que foi entendida como pedagogicamente desejável, dada a novidade que encerra em face da versão original do Código. É um lembrar ao intérprete dos termos em que deve entender todas as disposições que se seguem relativamente aos efeitos do casamento e porventura integrar eventuais lacunas. E, ao contrário do artigo 39º do Decreto nº 1 de 1910, não é uma promessa de igualdade logo em seguida violada pelo próprio legislador, que aliás hoje não utiliza nunca nas disposições sobre os efeitos do casamento as expressões “marido ou mulher”, mas fala sempre em “cônjuges”.

<sup>10</sup> “Art. 1672º do Código Civil –

Os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação,

cooperação e assistência.”

<sup>11</sup> “Art. 1618º do Código Civil –

1. A vontade de contrair casamento importa aceitação de todos os efeitos legais do matrimônio, sem prejuízo das legítimas estipulações dos esposos em convenção antenupcial.

2. Consideram-se não escritas as cláusulas pelas quais os nubentes, em convenção antenupcial, no momento da celebração do casamento ou em outro ato, pretendam modificar os efeitos do casamento, ou submetê-lo a condição, a termo ou à preexistência de algum fato.”

<sup>12</sup> “Art. 1675º –

1. O dever de assistência compreende a obrigação de prestar alimentos e a de contribuir para os encargos da vida familiar.”

<sup>13</sup> “Art. 2015º –

Na vigência da sociedade conjugal, os cônjuges são reciprocamente obrigados à prestação de alimentos, nos termos do artigo 1675º.”

<sup>14</sup> “O modo de viver comum deve ser sustentado, materialmente, por contribuições paritárias, mas não verdadeiramente recíprocas, antes situáveis perante a comunidade existente. A eventual fixação de contribuições desiguais não significa vinculação do mais onerado e manter o outro cônjuge, a título alimentar, no nível resultante: quer apenas dizer que se pretende viver numa comunidade com aquele nível, e para isso se está disposto a contribuir daquela forma. Nada mais se assume. O nível de vida vivido em comunidade não se fixa com direito adquirido. Ninguém tem o direito a ser mantido, embora cada um dos cônjuges possa acionar o outro para manutenção da comunidade enquanto esta existir.” (Maria Nazareth Lobato Guimarães, *Reforma do Código Civil*, 1981, p. 190).

<sup>15</sup> “Art. 1676º do Código Civil –

1. O dever de contribuir para os encargos da vida familiar incumbe a ambos os cônjuges, de harmonia com as possibilidades de cada um, e pode ser cumprido, por qualquer deles, pela afetação de seus recursos àqueles encargos e pelo trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos.

2. Se a contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar exceder a parte que lhe pertencia nos termos do número anterior, presume-se a renúncia ao direito de exigir do outro a correspondente compensação.

3. Não sendo prestada a contribuição devida, qualquer dos cônjuges pode exigir que lhe seja diretamente entregue a parte dos rendimentos ou proventos do outro que o tribunal fixar.”

<sup>16</sup> O Código Civil anterior (1867), no seu artigo 1203º, trazia uma expressão que foi alvo de merecidas críticas pela doutrina de então, qual seja, que a sociedade conjugal poderia ser “interrompida pelo que toca aos bens”. O fundamento acertado dos críticos era que na verdade a simples separação de

bens não tem como efeito a interrupção da sociedade conjugal, uma vez que não atinge a pessoa dos seus cônjuges.

<sup>17</sup> *Do casamento ao divórcio*. Lisboa, Cosmos, 1997. p. 15.

<sup>18</sup> Relação de Lisboa.

<sup>19</sup> Boletim do Ministério da Justiça.

<sup>20</sup> Relação do Porto.

<sup>21</sup> Coletânea de Jurisprudência.

<sup>22</sup> Supremo Tribunal de Justiça.

<sup>23</sup> Relação de Évora.

<sup>24</sup> Relação de Coimbra.

<sup>25</sup> Nesse ponto, importa referir o posicionamento de Maria Nazareth Lobato Guimarães, op. cit., p. 193. “A interpretação dos n.ºs 2 e 3 do artigo leva às seguintes conclusões: 1.ª – se a separação de fato não representa qualquer quebra de desejo de vida em comum, são devidas as prestações especificadas no artigo 1676.º; 2.ª – se a separação de fato implica de um ou ambos os lados, a intenção de não retomar a vida comum há que distinguir de harmonia com a culpa, assim: a) o cônjuge culpado ou menos culpado terá direito a alimentos; b) o cônjuge mais ou único culpado, não terá em princípio, direito a alimentos; c) pode, contudo o tribunal atribuir a esse cônjuge único ou principal culpado direito a alimentos, se uma ponderação equitativa de fatores relevantes, apontada no final do n.º 3 impuser tal solução; d) parece ser de concluir que, havendo culpas equiparáveis de ambos os cônjuges, nenhum deles deve nem prestar alimentos, salvo se em relação a um ou a ambos se impuserem razões de equidade invocadas no n.º 3 do artigo.”

<sup>26</sup> “Art. 1794.º –

Sem prejuízo dos preceitos desta secção, é aplicável à separação judicial de pessoas e bens, com as necessárias adaptações, o disposto quanto ao divórcio na secção anterior.”

<sup>27</sup> GONÇALVES, Cunha. *Tratado de Direito Civil*. V.7, p. 7.

<sup>28</sup> Vide item 5.3.

<sup>29</sup> Vide item 5.4.

<sup>30</sup> Essa expressão é de criação doutrinária e pressupõe a culpa e nele se dá a oportunidade ao ofendido para que possa reagir contra o cônjuge ofensor. Só os fatos imputáveis a este podem fundamentar o pedido de divórcio que, nesse caso, assenta-se em causas subjetivas. Só o cônjuge inocente pode instaurar a ação com fundamento em fatos que possam traduzir a violação culposa, por parte do outro, de algum ou alguns dos deveres conjugais. O divórcio será a “sanção” para o procedimento culposo do cônjuge réu. Isso não significa, porém, que o autor seja sempre o único com interesse em se divorciar. Por vezes, o réu deseja tanto o divórcio como o autor.

<sup>31</sup> Essa expressão também foi criada pela doutrina, e, nesse caso, parte-se da constatação de que a vida

conjugal se tornou insuportável, procura-se por cobro a essa situação, dando oportunidade a qualquer dos cônjuges de requerer o divórcio com fundamento em determinada ocorrência, mas sem ter necessidade de invocar qualquer fato ou ato imputável ao outro. São causas objetivas as que fundamentam o pedido de divórcio. No divórcio remédio, não se busca o responsável pela situação de fato que traduz a ruptura da vida conjugal. Apenas se indaga da verificação dessa situação de fato. Se, por força do disposto no artigo 1787.º, aplicável *ex vi* artigo 1782.º, n.º 2, do Código Civil, houver que definir a culpa, isso não é essencial para que o divórcio seja decretado. O fundamento do divórcio é a situação de fato que revela a ruptura da vida comum. Por isso, a ação pode ser proposta, como se disse, por qualquer dos cônjuges, visto que a finalidade é pôr termo a uma situação insustentável.

<sup>32</sup> GONÇALVES, Cunha. Op. cit., v. 2 p. 430.

<sup>33</sup> “Art. 2016.º –

1. Têm direito a alimentos, em caso de divórcio: a) O cônjuge não considerado culpado ou, quando haja culpa de ambos, não considerado principal culpado na sentença de divórcio, se este tiver sido decretado com fundamento no artigo 1779.º ou nas alíneas a) ou b) do artigo 1781.º; b) O cônjuge réu, se o divórcio tiver sido decretado com fundamento na alínea c) do artigo 1781.º; c) Qualquer dos cônjuges se o divórcio tiver sido decretado por mútuo consentimento ou se, tratando-se de divórcio litigioso, ambos forem considerados igualmente culpados.

2. Excepcionalmente, pode o tribunal, por motivos de equidade, conceder alimentos ao cônjuge que a eles não teria direito, nos termos do número anterior, considerando, em particular, a duração do casamento e a colaboração prestada por esse cônjuge à economia do casal.”

<sup>34</sup> Artigo 2009.º do Código Civil.

<sup>35</sup> O Professor Pereira Coelho (*in Reforma do Código Civil*, 1981, p. 30) refere que a idéia fundamental do novo regime é a de exigir um verdadeiro, genuíno e autêntico consentimento dos cônjuges, não só sobre o divórcio, mas também sobre as suas mais importantes seqüelas (prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça, etc). Se a homologação de algum de tais acordos for recusada por esses interesses não ficarem suficientemente acautelados, será indeferido o pedido de divórcio.

<sup>36</sup> Tal natureza jurídica não é uniforme na doutrina portuguesa; Pereira Coelho, por exemplo, refere que a prestação alimentícia é uma dívida de valor e não pecuniária (“Divórcio e separação judicial de pessoas e bens”, p. 363).

<sup>37</sup> “Art. 775.º –

Se tiver sido estipulado, ou resultar da lei, que o cumprimento deve efetuar-se no domicílio do

credor, e este mudar de domicílio após a constituição da obrigação, pode a prestação ser efetuada no domicílio do devedor, salvo se aquele se comprometer a indenizar este do prejuízo que sofrer com a mudança.”

<sup>38</sup> “Divórcio e separação judicial de pessoas e bens”, p. 363.

<sup>39</sup> Op. cit., vol. V, p. 618.

<sup>40</sup> Em casos de ausência, se o ausente for casado e não separado judicialmente de pessoas e bens, o cônjuge remanescente pode requerer inventário e partilha no seguimento do processo de justificação da ausência, e exigir os alimentos a que tiver direito (artigo 108º do Código Civil).

<sup>41</sup> “Art. 1795º – A –

A separação judicial de pessoas e bens não dissolve o vínculo conjugal, mas extingue os deveres de coabitação e assistência, sem prejuízo do direito a alimentos; relativamente aos bens, a separação produz os efeitos que produziria a dissolução do casamento.”

<sup>42</sup> *Código Civil anotado*, v.4, p. 574.

<sup>43</sup> “Art. 1794º –

Sem prejuízo dos preceitos desta secção, é aplicável à separação judicial de pessoas e bens, com as necessárias adaptações, o disposto quanto ao divórcio na secção anterior.”

<sup>44</sup> “Art. 2009º –

1. Estão vinculados à prestação de alimentos, pela ordem indicada:

a) O cônjuge ou o ex-cônjuge;”

<sup>45</sup> “Art. 1778º –

A sentença que decreta o divórcio por mútuo consentimento homologará os acordos referidos no nº 2 do artigo 1775º; se, porém, esses acordos não acautelarem suficientemente os interesses de um dos cônjuges ou dos filhos, a homologação deve ser recusada e o pedido de divórcio indeferido.”

<sup>46</sup> “Art. 1791º –

1. O cônjuge declarado único ou principal culpado perde todos os benefícios recebidos ou que haja de receber do outro cônjuge ou de terceiro, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, quer a estipulação seja anterior quer posterior à celebração do casamento.

2. O cônjuge inocente ou que não seja o principal culpado conserva todos os benefícios recebidos ou que haja de receber do outro cônjuge ou de terceiro, ainda que tenham sido estipulados com cláusula de reciprocidade; pode renunciar a esses benefícios por declaração unilateral de vontade, mas, havendo filhos do casamento, a renúncia só é permitida em favor destes.”

Pereira Coelho (*Direito de Família*, 1969, 2º-353) refere que tal disposição trata-se de uma sanção, de uma “pena civil” que a lei aplica ao cônjuge culpado, o qual, dando pelo seu comportamento causa ao divórcio, mostrou não merecer os benefícios

provenientes do outro cônjuge. É esse o espírito da disposição.

<sup>47</sup> “Art. 399º –

1. Como dependência da ação em que principal ou acessoriamente, se peça a prestação de alimentos, pode o interessado requerer a fixação da quantia mensal que deva receber, a título de alimentos provisórios, enquanto não houver pagamento da primeira prestação definitiva.

2. A prestação alimentícia provisória é fixada em função do estritamente necessário para o sustento, habitação e vestuário do requerente e também para as despesas da ação, quando o requerente não possa beneficiar do apoio judiciário; neste caso, a parte relativa ao custeio da demanda deve ser destrinchada da que se destina aos alimentos.”

<sup>48</sup> “Art. 1047º –

7. Em qualquer altura do processo, o juiz, por iniciativa própria ou a requerimento de alguma das partes, e se o considerar conveniente, poderá fixar um regime provisório quanto a alimentos, quanto à regulação do exercício do poder paternal dos filhos e quanto à utilização da casa de morada da família; para tanto poderá o juiz, previamente, ordenar a realização das diligências que considerar necessárias.”

<sup>49</sup> “I – O procedimento cautelar de alimentos provisórios caduca, se o requerente não propuser oportunamente a ação de alimentos definitivos. II – Fixados os alimentos definitivos por transação ou extrajudicialmente, não podem ser pedidos mais tarde alimentos provisórios, mas tão-só a alteração dos alimentos definitivos.” (Ac. RP, de 29-1-1981: Col. Jur., 1981, 1º-145).

<sup>50</sup> “I – Os alimentos a que se alude no nº 7 do artigo 1407º do Código de Processo Civil são os devidos aos cônjuges, porquanto na regulação do poder paternal, referida também no mesmo preceito, estão abrangidos os alimentos respeitantes aos menores. II – Ao fixar-se o regime provisório quanto a tal regulação, com base naquele artigo, destinado a vigorar enquanto não findar a ação de divórcio, segue-se o processo especialíssimo ali previsto, que é inteiramente distinto do procedimento cautelar regulado nos artigos 388º e seguintes do citado código.” (Ac. RE, BMJ, 332º-526).

<sup>51</sup> “I – No processo especialíssimo regulado no artigo 1407º, nº 7 do Código de Processo Civil para a fixação do regime provisório de alimentos ou de regulação do poder paternal, o juiz não está condicionado à medida do estritamente necessário, mas há de fixar os alimentos, quer a favor do cônjuge, quer dos filhos, segundo o seu prudente arbítrio. II – Na fixação das reais possibilidades do devedor de alimentos, quando estas resultarem do exercício da profissão de rendimentos incertos e variáveis, o julgador deve socorrer-se das regras da experiência que, com as demais provas, o conduzam à fixação dum rendimento mínimo normal,

podendo o alimentando fazer prova do contrário ou, ao menos, por contraprova tornar incerta essa normalidade.” (Ac. RP, de 18-1-1993: BMJ, 423º-592).

<sup>52</sup> “I – A alteração de alimentos provisórios tem lugar desde que se prove mudança do condiciona-

mento que foi atendido na fixação da pensão. II – Esta alteração, por tal motivo, pode ser feita quer a fixação tenha tido lugar por acordo, quer por decisão judicial. III – O indeferimento liminar parcial só é possível quando dele resulte a extensão de algum dos réus.” (Ac. RL, de 4-2-1986: CJ, 1986, 1º-100).

# O Congresso Nacional e a recente Lei nº 9.718/98, que majorou a alíquota e ampliou a base de cálculo da COFINS

Leonardo Pietro Antonelli

## Sumário

1. Delimitação do tema. 2. Da alteração da base de cálculo de faturamento para receita bruta. 3. A Lei nº 9.718/98 (DOU 28-11-98) e a EC nº 20/98 (DOU 16-12-98). 4. Da incontestada necessidade de lei complementar para a instituição do COFINS/RECEITA. 5. A anti-isonômica alíquota da COFINS incidente tão-somente sobre empresas não-lucrativas. 6. Conclusão.

### 1. Delimitação do tema

As pessoas jurídicas, inclusive as a elas equiparadas pela legislação do imposto de renda, estão sujeitas, desde a edição da Lei Complementar nº 70/91, ao recolhimento mensal de 2% (dois por cento) sobre o seu faturamento, a título de contribuição para o financiamento da seguridade social – COFINS, instituída nos precisos termos autorizativos do art. 195, I, da Constituição Federal de 1988, com redação vigente à época da edição da citada lei complementar.

Acontece que, em 27-11-98, veio à baila a Lei nº 9.718 (DOU 28-11-98), que alterou – *sem amparo constitucional* – a alíquota e base de cálculo da COFINS, a saber:

a) *art. 3º* – altera a base de cálculo de *faturamento* (receita da venda de bens e serviços) para a “*totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevante o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas*”, o que, numa síntese apertada, não encontrava previsão constitucional no art. 195, I, redação vigente à época;

Leonardo Pietro Antonelli é advogado no Rio de Janeiro, Pós-Graduado em Direito Tributário pela Universidade Estácio de Sá, Mestrando em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes, Membro da *International Fiscal Association* – IFA, Associação Brasileira de Direito Financeiro – ABDF e Associação Brasileira de Direito Tributário – ABDT.

b) art. 8º – *majorou a COFINS somente para as empresas que não sejam lucrativas*, posto que a elevação da alíquota para 3% (três por cento) pode ser *compensada única e exclusivamente* com a contribuição social sobre o lucro (CSLL) devida na mesma competência, o que fere o princípio constitucional da isonomia (CF/88, art. 150, II) pelo fato de somente aumentar a carga tributária de quem notadamente possui menor capacidade contributiva (art. 145, § 1º, CF/88) – já que deficitária. *Ad absurdo*, mesmo se não houvesse a previsão constitucional do princípio da igualdade, como limitador do poder de tributar, haveria, forçosamente, a necessidade de se instituir o COFINS/RECEITA (receita é outra fonte de recursos para a seguridade social) por meio de lei complementar, nos precisos termos do art. 195, § 4º.

Assim sendo, objetivamos neste estudo demonstrar a possibilidade de se requerer judicialmente o afastamento da exigibilidade daquilo que exceder a 2% sobre o faturamento, ou seja, entendendo-se como base de cálculo a receita auferida da venda de mercadorias e serviços do contribuinte, nos precisos termos da Lei Complementar nº 70/91, que instituiu o COFINS/FATURAMENTO.

## 2. Da alteração da base de cálculo de faturamento para receita bruta

Deveras, dispõe o art. 3º da Lei nº 9.718/98 que:

“Art. 3º – O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º Entende-se por *receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.*”

Acontece que a distinção entre faturamento e receita bruta há muito já se encontra pacificada, não só pela doutrina, mas também pela Corte Extraordinária.

É uníssono o entendimento no sentido de que se exclui do conceito de faturamento as receitas que não importem em emissão “possível” de faturas, tais como “*as receitas financeiras próprias dos bancos*”<sup>1</sup>, “*os lucros, dividendos, juros, descontos, aluguéis, variações monetárias, prêmio de resgate de títulos*”<sup>2</sup>. Nesse preciso sentido, José Eduardo Soares de Mello<sup>1</sup> e Ives Gandra da Silva Martins<sup>2</sup>.

Geraldo Ataliba e Cléber Giardino, ao conceituarem a hipótese de incidência da contribuição em comento, averbam que, “para haver faturamento, é indispensável que se tenham realizado operações mercantis, ou vendido produtos, ou prestado serviços, ou realizado operações similares. Sobre tais operações é que, no caso, recairá a incidência”<sup>3</sup>.

Mas não é só. No afã de tributar, o legislador “ordinário” em comento exclui tão-somente da hipótese de incidência o IPI, sendo, portanto, considerado receita tributável o ICMS e o ISS incidente nas operações realizadas pelo contribuinte.

É de curial sabença que tanto o IPI, assim como o ICMS e o ISS não se constituem, tecnicamente, em ingresso patrimonial, mas tão-somente transitório, ou seja, o contribuinte é mero repassador dos referidos tributos. A prevalecer a alteração ilegal, arbitrária e fiscalista da base de cálculo, estar-se-á legitimando tributar o tributo!

*Do exposito, conclui-se que o faturamento, receita da venda de mercadorias e serviços, é conceito distinto de receita bruta, ou seja, “totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas”* (art. 3º da Lei nº 9.718/98).

Comungando da mesma hostia, o E. Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se manifestar em notórios julgados, acerca da distinção entre “faturamento” e “receita bruta”, os quais servem de paradigma para a questão que ora se coloca:

A) RE 150.755-1/PE – Rel. Carlos Velloso<sup>4</sup> – Ao julgar o antigo FINSOCIAL, decidiu o E. STF restringir a aplicação do

conceito “receita bruta” ao do “faturamento”, sob pena de, não o fazendo, tornar inexigível a contribuição Finsocial dos prestadores de serviços, *em face da falta de previsão legal no art. 195, I, da CF/88 de hipótese de incidência da contribuição social sobre “demais receitas”*. Eis a ementa:

“A contribuição social questionada se insere entre as previstas no art. 195, I, CF e sua instituição, portanto, dispensa lei complementar: no art. 28 da Lei nº 7.738/89, a alusão a ‘receita bruta’, como base de cálculo do tributo, para conformar-se ao art. 195, I, da Constituição, *há de ser entendida segundo a definição do DL 2.139/87, que é equiparável à noção corrente de ‘faturamento’ das empresas de serviço.*”

B) ADIN 1/DF – Rel. Min. Moreira Alves<sup>5</sup> – Mais uma vez, o plenário da Corte Suprema voltou a reafirmar, especificamente em relação à COFINS, que o conceito de “receita bruta da venda de mercadorias, bens e serviços”, previsto na Lei Complementar nº 70/91, deve limitar-se ao “faturamento” propriamente dito, conforme se comprova do voto do ilustre Relator, Moreira Alves:

“Note-se que a Lei Complementar nº 70/91, ao considerar o faturamento como ‘a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza’, nada mais fez do que lhe dar a conceituação de faturamento para efeitos fiscais, como bem assinalou e eminente Ministro Ilmar Galvão, no voto que proferiu no RE nº 150.764, ao conceituar que *o conceito de receita bruta das vendas de mercadorias e serviços coincide com o de faturamento*, que, para efeitos fiscais, foi sempre entendido como o produto de todas as vendas, e não apenas das vendas acompanhadas de fatura, formalidade exigida tão-somente nas vendas mercantis a prazo (art. 1º da Lei nº 187/36)”.

Assim sendo, surge a seguinte indagação: sendo pacificamente receita bruta base de cálculo distinta de faturamento, poderia o legislador ordinário instituir contribuição social incidente sobre hipótese diversa daquela prevista no art. 195, I, da Constituição Federal, com redação vigente na época da edição da Lei nº 9.718/98, (DOU 28-11-98)? A resposta é, evidentemente, negativa, como abaixo se demonstrará.

### 3. A Lei nº 9.718/98 (DOU 28-11-98) e a EC nº 20/98 (DOU 16-12-98)

Preliminarmente, impende consignar que ambos diplomas legais entraram em vigor na data da sua publicação, consoante os arts. 16 e 17 respectivamente neles previstos.

Assim sendo, tem-se um lapso temporal de precisos dezoito dias entre a entrada em vigor da lei que previu a incidência da COFINS sobre a receita e a vigência da Emenda à Constituição que passou a possibilitar, via lei ordinária, tal hipótese de incidência, até então não prevista.

Em outras palavras, observa-se que a Lei nº 9.718/98, a partir de 28-11-98, integrou-se na ordem jurídica com aptidão para ser eficaz, obrigatória, todavia, naquela data, a Carta vigente não autorizava a tributação sobre receitas, o que, sendo outra fonte de recursos, só poderia ser veiculado por lei complementar, *ex vi* art. 195, § 4º.

Art. 195, § 4º – “A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, *obedecido o disposto no art. 154, I.*”

A EC nº 20/98 (repita-se, vigente a partir de 16-12-98) é o veredicto do Fisco, pois ela mesma faz a distinção entre as duas hipóteses de incidência, as quais são excludentes (ou):

“Art. 195, I, ‘b’ com redação dada pela Emenda Constitucional 20, de 16-12-98:

(...)

b) a receita ou o faturamento;”

Vigência, leciona Bernardo Ribeiro de Moraes<sup>6</sup>,

“é palavra que designa o momento em que a norma passa a fazer parte do ordenamento jurídico, integrando-se neste (a lei, publicada, entra em vigência); designa também o momento em que a norma se converte em regra de conduta obrigatória, com sua entrada em vigor (a lei é publicada hoje mas entra em vigor somente no dia nela fixado). A vigência, portanto, exprime o momento em que uma lei (existente) se integra na ordem jurídica com aptidão para ser eficaz. Vigência da legislação tributária é expressão indicativa de quando, a partir de um momento no tempo e nos limites de um espaço geográfico, a norma jurídica se torna obrigatória, vinculando aos seus termos os fatos previstos.”

Acontece que, ao tempo da entrada em vigor do dispositivo legal *in quaestio*, não havia previsão constitucional no art. 195, I, que ensejasse a tributação sobre “demais receitas que não o faturamento”. *Daí o flagrante vício de inconstitucionalidade, o qual não pode ser convalidado por emenda constitucional superveniente.*

Nesse preciso sentido já se pronunciou o E. Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária do julgamento da ADIN 2-1/DF, em que se acordou que o vício de inconstitucionalidade deve ser apurado em face da Constituição vigente à época da edição da lei que a desrespeita e não, no particular, sob a ótica da redação dada pela EC nº 20/98, *verbis*:

“A lei é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional, na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. *O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração.*” (trecho da ementa – grifamos)

Portanto, uma vez findo o processo legislativo, tendo sido promulgada e publicada a lei, a presunção que ora se pretende infirmar é de que haveria forma válida e cogente, possível de exame acerca de sua constitucionalidade.

Na hipótese *sub-examem*, a lei ampliou a base de cálculo da COFINS para atingir receita, todavia, sob a égide de dispositivo constitucional que autorizava a criação da contribuição apenas sobre o faturamento. Portanto, em face da Constituição vigente à época de sua elaboração, a forma é flagrantemente inconstitucional, daí por que não pode ser exigida da autora diferença do tributo sobre a base de cálculo ampliada.

Demonstrado que o advento da EC nº 20/98 não teve o condão de legitimar o vício de inconstitucionalidade que já maculava a Lei nº 9.718/98, anteriormente editada, verifica-se, no caso, igualmente, violação ao disposto no art. 110 do Código Tributário Nacional, *verbis*:

“Art. 110 – A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de seus institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal,... para definir ou limitar competências tributárias.”

Isso posto, conclui-se que a COFINS deve incidir, apenas e tão-somente, sobre o faturamento do contribuinte (e não sobre as demais receitas – Lei nº 9.718/98), sob pena de flagrante violação ao art. 110 do CTN e art. 195, I, da CF/88 vigente à época.

#### *4. Da incontestada necessidade de lei complementar para a instituição do CONFINS/RECEITA*

A Lei nº 9.718/98, ao definir que a hipótese de incidência, faturamento, corresponde à “totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas”, está, inegavelmente, instituindo “outra fonte destinada a garantir a manutenção



*ou expansão da seguridade social*” (art. 195, § 4º, CF/88), todavia sem a devida lei complementar exigida.

Deveras, permite o transcrito artigo constitucional a possibilidade de a União instituir outra contribuição, em caso incidente sobre demais receitas, contanto que veiculada por lei complementar (art. 154, I, CF/88).

Nem se diga que a COFINS/RECEITA não é outra contribuição. Inegavelmente, tem-se duas bases de cálculo distintas. Se assim não o fosse, qual seria a necessidade de se emendar o art. 195 da CF/88 para incluir a possibilidade de se tributar a receita?

Nesse preciso sentido, já teve oportunidade de se pronunciar favoravelmente aos contribuintes os seguintes magistrados dos E. Tribunais Regionais Federais da 3ª e 5ª Regiões, respectivamente:

“COFINS – BASE DE CÁLCULO E ALÍQUOTA – LEI 9.718 – AGRAVO DA UNIÃO – EFEITO SUSPENSIVO INDEFERIDO

A espécie, a meu ver, não é apenas de aumento de alíquota e alteração da base de cálculo, *mas sim, de criação de nova fonte de custeio da Seguridade Social.*

A receita bruta não se enquadra nas bases de cálculo indicadas pelo art. 195, I, da Constituição Federal. Assim sendo, a incidência de contribuição para o custeio da Seguridade Social sobre a receita bruta configura instituição de contribuição nova, o que só é possível pela via da lei complementar”<sup>7</sup>.

Juíza Marisa Santos

“COFINS – BASE DE CÁLCULO – LEI 9.718 – AGRAVO DA UNIÃO – EFEITO SUSPENSIVO NEGADO

A instituição de nova fonte de custeio da previdência exige lei complementar, daí por que tenho como relevantíssimo o fundamento da impetração, posto que a ampliação, aqui, se deu através de lei ordinária”<sup>8</sup>.

Juiz Paulo Roberto de Oliveira Lima

Sob essa ótica, a fixação da alíquota em 3% sobre as demais receitas (COFINS/RECEITA) não pode ser aplicada, por falta de previsão legal, à contribuição sobre o faturamento (COFINS/FATURAMENTO) devida pelo contribuinte, posto que distintas, nos termos da EC nº 20/98.

##### *5. A anti-isonômica alíquota da COFINS incidente tão-somente sobre empresas não-lucrativas*

Demonstrar-se-á, inequivocamente, que a COFINS só foi majorada para aquelas empresas que não apresentem lucros, o que fere o princípio constitucional tributário da isonomia e, por uma via reflexa, o da capacidade contributiva.

Com efeito, dispõe a Lei nº 9.718/98, no seu art. 8º, que a elevação da alíquota de 2% para 3% da COFINS poderá ser compensada com a contribuição social sobre o lucro líquido – CSLL – devida em cada período de apuração trimestral ou anual.

Pois bem, só recolhe CSLL o contribuinte que apura lucro, o qual, curiosa e anti-isonomicamente, não terá aumento da sua carga tributária, pois compensará a majoração da alíquota da COFINS com a CSLL devida.

Já, por outro lado, se o contribuinte tiver prejuízo no seu caixa, será obrigado a recolher 1% a mais “sobre a totalidade das receitas auferidas”. Repita-se: quem lucrou, não.

Mas não é só. Se determinado contribuinte teve um lucro tributável no trimestre inferior à compensação dos 1% da COFINS, não será ressarcido(!) nem poderá compensar com o trimestre seguinte, pois, como acima consignado, o §3º do art. 8º da Lei nº 9.718/98 dispõe que “da aplicação do disposto neste artigo, não decorrerá, em nenhuma hipótese, saldo de COFINS OU CSLL a restituir ou a compensar com o devido em períodos de apuração subsequentes”.

O princípio geral da igualdade encontra-se encartado na Lei Maior no art. 5º, *caput*, segundo o qual “todos são iguais perante a

lei, sem distinção de qualquer natureza”. Em âmbito tributário, o inciso II do art. 150 veda a instituição, por parte da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de “tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação equivalente”.

Igualdade tributária, acentua Dino Jarach, quer dizer “igualdade em condições iguais de capacidade contributiva”<sup>9</sup>.

Bernardo Ribeiro De Moraes<sup>10</sup> averba que “a lei tributária deve ser igual para todas as pessoas que se encontram nas mesmas condições ou circunstâncias. Tratamento igual para situações iguais e *desigual para situações desiguais*. *O princípio da igualdade tributária exige ônus iguais para condições iguais*”.

Mais à frente, no *festejado Compêndio de Direito Tributário*, arremata:

“O princípio da igualdade jurídica tributária com seu conteúdo, que deve ser respeitado, *sob pena da inconstitucionalidade da norma tributária ou da exigência do tributo*. O princípio da igualdade tributária é uma garantia constitucional e um direito do contribuinte.”

Trocando em miúdos, afronta ao princípio constitucional da igualdade tributária (art. 150, II, CF/88), notadamente uma limitação ao poder de tributar (*ex vi* Seção II, Capítulo I, do Sistema Tributário Nacional), exigir 50% (cinquenta por cento) a mais do faturamento do contribuinte que se encontra em situação inferior (COFINS de 2% para 3% somente aplicável às empresas não-lucrativas). São exatamente disposições legais como a presente que o legislador constituinte quis e quer evitar.

Corroborando com o esposado, inegável é que uma empresa lucrativa possui maior disponibilidade de meios econômicos para enfrentar o pagamento da COFINS majorada que outra que opera com prejuízos.

Alfredo Augusto Becker<sup>11</sup> assevera que “o princípio da capacidade contributiva constitui uma regra do direito natural, sendo corolário do princípio da igualdade”.

A respeito do tema aqui tratado, oportuno se faz colacionar o pronunciamento respeitável das eminentes magistradas Tânia Escobar do TRF/4<sup>a</sup> Região e Diva Malerbi do TRF/3<sup>a</sup> Região, que são uníssonas em declarar anti-isonômica a majoração de alíquota da COFINS instituída pela Lei nº 9.718/98, *verbis*:

“COFINS – BASE DE CÁLCULO E ALÍQUOTA – COMPENSAÇÃO COM A CSSL

(...) Por fim, quanto à dedução (ou, nos dizeres da lei, a compensação) autorizada no §1º do art. 8º da Lei nº 9.718/98, penso que há plausibilidade jurídica na tese sustentada pela agravante, na medida em que permite a diferenciação de alíquota em razão da lucratividade da empresa. Com efeito, considerando-se que a CSSL é devida exclusivamente pelas empresas lucrativas, ao se permitir a dedução da Cofins na formação da base de cálculo da CSSL, estaremos admitindo, por vias transversas, tratamento anti-isonômico entre empresas lucrativas e não lucrativas, pois enquanto as primeiras ficarão obrigadas ao recolhimento da Cofins no percentual de 3% sobre o seu faturamento, as segundas pagarão apenas 2% pela mesma contribuição, já que 1/3 do valor devido poderá ser deduzido do valor da CSSL.

Assim, entendo que tanto as empresas lucrativas como não lucrativas deverão recolher a exação à alíquota de 2%.”<sup>12</sup>

Juíza Tânia Escobar

“COFINS – BASE DE CÁLCULO E ALÍQUOTA – EFEITO SUSPENSIVO

(...) De outra parte, reconheço relevante o fundamento do direito invocado na parte em que a agravante sustenta o descabimento da majoração de alíquota, por afronta aos princípios constitucionais da isonomia e da capacidade contributiva.

Ante ao exposto, concedo o efeito suspensivo ao presente agravo, até o julgamento do recurso pela turma, para determinar a cobrança do PIS e da Cofins nos moldes anteriores à Lei nº 9.718/98, sem a ampliação de suas bases de cálculo e sem a majoração de alíquota da Cofins.”<sup>13</sup>

Juíza Diva Malerbi

Ante o exposto, deve, também sob esse prisma, permanecer o contribuinte sujeito aos ditames previstos na Lei Complementar nº 70/91, no que tange à alíquota aplicável, tendo em vista que a aplicação da majoração da COFINS introduzida pela Lei nº 9.718/98 ofende o princípio constitucional da isonomia (art. 150, II, CF/88).

### 6. Conclusão

*Ex positis*, pretendemos com o presente estudo demonstrar alguns dos questionamentos que o contribuinte certamente arguirá, perante o Poder Judiciário, em face das supostas falhas legislativas referendadas pelo Congresso Nacional.

### Notas

<sup>1</sup> MELLO, José Eduardo Soares de. *Contribuições Sociais no Sistema Tributário*. 2. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1996. p. 132.

<sup>2</sup> *Apud*, Mello. op. cit., p. 134.

<sup>3</sup> *Apud* NEVES, Luis Fernando de Souza. Cofins, Contribuição Social sobre o Faturamento. *RDT*, São Paulo, Ed. Max. Limonad, nº 35/156, 1997. p. 97.

<sup>4</sup> RE 150.755-1/PE, DJU 20-08-93, *RTJ* 149/259.

<sup>5</sup> ADIN 1/DF, *RTJ* 156/722.

<sup>6</sup> Moraes, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Direito Tributário*. RJ, Forense, 1997. vol. II, p. 148.

<sup>7</sup> Agravo de Instrumento nº 1999.03.00.010637-3, Rel. Juíza Marisa Santos, TRF/3ª Região, D.J.U. 2 DE 14-5-99, P. 523.

<sup>8</sup> Agravo de Instrumento nº 99.05.19394-4, REL. Juíz Paulo Roberto De Oliveira Lima, TRF/5ª Região, D.J.U. 2 DE 13-05-99, P. 346.

<sup>9</sup> JARACH, Dino. *Curso Superior de Derecho Tributário*. Buenos Aires, Licio Profissional Lima, 1. ed. 1957. vol. I, p. 116.

<sup>10</sup> MORAES, Bernardo Ribeiro de. op. cit., p. 117-118.

<sup>11</sup> BECKER, Alfredo Augusto. *Prova Geral do Direito Tributário*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2. ed., 1972. p. 44.

<sup>12</sup> Agravo de Instrumento nº 1999.04.01.022003-0/SC, Rel. Juíza Tânia Escobar, TRF/ 4ª Região, D.J.U 2 de 3-5-99, P. 549.

<sup>13</sup> Agravo de Instrumento nº 1999.03.00.008343-9, Rel. Juíza Diva Malerbi, TRF/ 3ª Região, D.J.U. 2 DE 10-5-99, P. 211/2.

# A evolução do planejamento federal e a participação legislativa

Roberto de Medeiros Guimarães Filho

## Sumário

1. Introdução. 1.1 Planejamento como instrumento de política pública. 1.2. Significado e importância do planejamento. 1.2. Política pública: origem e destino da ação estatal. 1.3. A Constituição Federal de 1988: uma tentativa de descentralização política. 2. Antecedentes históricos. 2.1. As origens do planejamento governamental (1930 a 1945). 2.2. De Dutra a Juscelino Kubitschek (1946 A 1960). 2.3. De Jânio Quadros a Sarney (1961 a 1988). 3. A participação legislativa. 3.1. Planos e diretrizes. 3.2. O primeiro Plano Plurianual (1990 – 1995). 3.3. A revisão do primeiro plano plurianual (1993 – 1995). 3.4. O segundo Plano Plurianual (1996 – 1999). Conclusões.

## Introdução

A partir de 1988, uma nova ordem institucional e jurídica foi inserida no cenário político do País e o sistema representativo, esquecido nos últimos anos, pareceu ressurgir com força suficiente a compartilhar, juntamente com o poder político centralizado e individualizado pelo Executivo federal, na formulação e no controle de políticas públicas.

Pelas disposições constitucionais resultantes, novas bases conceituais foram insculpidas em direção ao melhor entendimento das relações entre os Poderes Públicos da União. As funções de Estado passaram, então, a compreender uma nova investidura social, política e econômica, produzida, formulada e implementada sob outra pers-

Roberto de Medeiros Guimarães Filho é Especialista em Orçamento Governamental pela FGV e Especialista em Políticas Públicas e Governo pela UFRJ, Consultor de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados.

pectiva, mais complexa e disputada, com realce dos grupos de pressão e de seus patrocinadores, contribuindo-se, assim, em favor de maior transparência e *publicização* das ocorrências das coisas do Estado e devidas à prestação social pelos seus gestores.

As atividades de planejamento e de orçamento receberam novos alentos. O Congresso Nacional foi finalmente chamado a partilhar das decisões governamentais e lhe foram atribuídas prerrogativas de relevo à concepção conjunta dos planos, estipulados em conformar objetivos e diretrizes plurianuais, além das dotações orçamentárias anuais.

O fortalecimento do controle externo também foi uma tônica abordada nesta Carta, a Constituição Federal de 1988. Novos poderes foram concedidos no exercício pelo Congresso Nacional, auxiliado pelo Tribunal de Contas ou por meio de suas Comissões, nas ações de fiscalização e acompanhamento dos atos deliberativos do Executivo.

Partindo do pressuposto de que as razões do Estado, quando voltadas às necessidades públicas, decorrem de decisões políticas incrustadas em normas jurídicas, mormente estipuladas em conceitos constitucionais ou legais específicos, tentaremos apresentar a evolução dos níveis de intervenção ocorridos no Brasil republicano, destacando-se as ocorrências tidas como resultado de ações sistematizadas ou racionalizadas, estabelecidas por meio dos chamados planos de desenvolvimento, monitorados pela aplicação do binômio diagnóstico – prognóstico, até os dias de hoje, e qual tem sido o papel do Legislativo como interveniente, ativo ou não, no conjunto dessas ações.

Com o objetivo de cotejar, por meio de um relato histórico e sucinto, a relevância dos aspectos políticos inerentes às formas de intervencionismo estatal havidas, suas nuances de ordem econômica, causas e efeitos, mormente ensejadas pelo planeja-

mento, foi dada uma maior ênfase aos acontecimentos empreendidos sob a égide de constituições democráticas, referindo-se, em princípio, à Constituição de 1946, que sob sua orientação ocorreu uma maior profusão de planos governamentais, insurgindo-se como planos de desenvolvimento econômico.

Também foi dada uma atenção especial à Constituição de 1988, que, pretendendo-se tornar mais progressista nesses aspectos, com maior delineamento e discernimento entre os Poderes da União, dando-lhe perfil mais equilibrado entre eles, lança as bases de um sistema de planejamento a ser complementado, e conseqüentemente implementado, por lei específica. Dada a inexistência ainda desta lei, várias implicações e situações ocorreram, as quais procuraremos enfocar com o objetivo, sempre presente, de explicitar os efeitos de ordem prática havidos e, eventualmente, detectados.

Evidentemente, este trabalho não pretende esgotar assunto tão instigante e sempre recorrente, a cada passo, a cada medida expedida pelo Poder Público, ou quando instado pela doutrina ou por iniciativa de interessados, como é o caso presente.

O tema foi escolhido devido a sua pertinência na ambiência política, quando ainda se discute os efeitos pela não existência de um sistema de planejamento efetivo, permeado entre os Poderes da União, e próximo a novos embates políticos sobre o assunto, quer em função da proximidade da finalização do 2º Plano Plurianual, referente ao 1º Governo de Fernando Henrique Cardoso, à qual se pressupõe a existência de uma avaliação, pelo menos a ser considerada na prestação de contas do Presidente da República<sup>1</sup>, e efetivamente apreciada pelo Congresso Nacional<sup>2</sup>, quer pelo lançamento, ocorrido recentemente, e posterior encaminhamento ao Congresso Nacional, do subsequente Plano Plurianual, previsto para este ano, em 31.08.99 (CF, ADCT, art. 35, § 2º, I), e referente ao 2º Governo do mesmo presidente.

## 1. Planejamento como instrumento de política pública

*“A decisão de planejar é política, no sentido de que por intermédio da definição dos planos se alocam ‘valores’ e objetivos junto com os ‘recursos’ e se redefinem as formas pelas quais estes valores e objetivos são propostos e distribuídos. Assim, passa-se de um modo ‘tradicional’ de definição de prioridades e distribuição de recursos, baseado, por exemplo, nas esferas de influência (entre os Estados, os Partidos e a Administração) e na continuidade do sistema político através do sistema eleitoral, para um modo racional de proceder...”*

*Por outro lado, a implementação do plano implica em ‘políticas’, isto é, na escolha de alguns recursos que o sistema político fornece em detrimento de outros com o fim de, uma vez alcançados os resultados ‘econômicos’ do plano, reforçar politicamente o grupo que o apoiou (o Presidente, seus ministros, os técnicos e os ‘partidos’).”*

Fernando Henrique Cardoso (p. 170)

### 1.1. Significado e importância do planejamento

O planejamento em países com decisão centralizada, normalmente de regime socialista, totalitário, é dito normativo, não raro substituindo os mecanismos de mercado mediante intervenção direta na produção de bens e serviços. Nos países do outro extremo, com ampla liberdade econômica, o planejamento apresenta-se meramente indicativo ou por incentivos. Nos sistemas mistos, como parece encontrar-se, ainda, o Brasil, em processo crescente de liberalização de sua economia, adotam-se ambas as formas de planejamento, com o setor público realizando diretamente algumas inversões e alocações de recursos (v.g. PETROBRÁS, Banco do Brasil, Sistema ELETROBRÁS, etc.) e, simultaneamente, lançando mão de receitas públicas, por meio da implementação de incentivos ao setor privado (v.g. incentivos fiscais).

Planejar, segundo Aurélio Buarque de Holanda, significa planificar, elaborar plano ou roteiro de.... Relacionando-o como um

conjunto de ações entre atores ou agentes de uma sociedade, país ou nação, planejar encontra significação mais específica e complexa, respaldada em regras ou atitudes que acabam por interferir ou reger esses mesmos atores ou sociedades. Pressupõe a existência de uma estrutura organizacional que possa desempenhar ações de previsão, administração e geração de mudanças, no intuito de alcançar objetivos e metas predefinidas. Pressupõe avaliação e controle.

O planejamento, nessa linha de pensamento, portanto, compreende um conjunto de técnicas e procedimentos com tendência à análise do sistema econômico-social, à previsão de sua evolução, à determinação de objetivos e meios de logr-los, à sua implementação, à execução, ao acompanhamento, ao controle e à avaliação, que logo serve para melhorar o diagnóstico e assim fechar o circuito do processo. O planejamento compreende racionalização de métodos e processos objetivando alcançar determinado fim ou objetivo proposto.

O nível de complexidade desse processo requer um conjunto de esforços dos setores público e privado, visando atingir seus objetivos, necessitando o estabelecimento de um roteiro, um curso, uma direção, um plano. Tal estabelecimento, em suma, consistir-se-ia em escriturar intenções normativas para o setor público e indicativas para o privado.

Para alguns autores, no entanto, como Delfim Netto, conforme Teixeira (p. 21), o planejamento é uma técnica neutra, cujos objetivos são definidos pela minoria que está no poder:

*“(...) o planejamento é uma simples técnica para administrar recursos e que, em si mesmo, é neutro: ele pode ser utilizado para fortalecer a economia de mercado ou para substituí-la. Pode ser restrito às áreas tradicionais da atividade governamental ou pode ampliá-la; pode ser utilizado com objetivos sociais dignos ou para beneficiar uma classe em detrimento de outra”.*

Lafer, Betty M. (p. 17), ao observar o planejamento numa economia capitalista, considera o uso da técnica de planejamento, em linhas gerais, como se objetivasse “assegurar o equilíbrio entre os níveis de produção e a demanda de bens, dada a oferta de fatores de produção de forma a atingir certos objetivos básicos”. Em seguida, complementando, relaciona que tais objetivos podem ser os de: “alcançar determinadas taxas de crescimento do produto nacional bruto e do nível de emprego, manter o saldo do balanço de pagamentos e o crescimento dos preços dentro de limites fixados, alterar a distribuição de renda, etc.”.

Assim, define que “o planejamento procura dar uma visão ampla do desenvolvimento da economia, fixando objetivos a atingir e procurando assegurar a consistência entre a oferta e a demanda de bens em todos os setores. Em sua fase inicial num país, porém, não pretende ser um diagnóstico das condições econômicas gerais (um modelo de equilíbrio). Começa normalmente com um programa de investimentos públicos que não é apenas uma previsão orçamentária. Esse programa pode limitar-se a alguns setores estratégicos da economia, onde se percebe claramente que há desequilíbrio entre oferta e demanda”.

Matus (p. 9), por sua vez, ao tentar buscar respostas sobre as razões que conformam o cidadão, como indivíduo ou integrante de um corpo social, transfere ao planejamento, e em especial ao plano, a responsabilidade pela solução dos problemas presentes e futuros:

“(…) Porque o planejamento não é outra coisa que tentar submeter à nossa vontade o curso encadeado dos acontecimentos cotidianos, os quais determinam uma direção e uma velocidade à mudança que inevitavelmente experimenta um país em decorrência de nossas ações. Os outros também tentam conduzir e, às vezes, com mais êxito que nós.

“(…) é algo complexo, não somente pelo número de variáveis que condicionam o êxito de nosso propósito, mas também porque tais variáveis são difíceis de imaginar, de enumerar e analisar (...)”.

De qualquer modo, no Brasil as ações consubstanciadas no planejamento público, ou governamental, têm sido aparentemente exercidas, pelo menos nas últimas três décadas, por meio de uma complexa e dinâmica estrutura técnico-administrativa, envolvendo variados graus de articulação, (des)centralização e de (des)concentração das ações entre os governos federal, estadual e municipal. A existência de esferas de poder autônomo, característica do federalismo, possibilita a multiplicidade de planos de decisão, com níveis distintos de autonomia e de competência, embora existam áreas comuns de atuação, com presença concorrente entre esses poderes. Com efeito, a partição de competência entre esferas de governo tem o mesmo peso que a divisão de poder político entre os três níveis de administração ou entre os próprios componentes de cada nível ou esfera política. Dividir o bolo antes, automaticamente, não poderá significar a mesma coisa que dividi-lo depois, à mercê da vontade política central. Aliás, essa foi uma questão levantada durante o Governo Sarney, por meio da mobilização política conhecida como “desmonte”, e, a julgar pela sua importância e pelas características inerentes à formação do federalismo brasileiro, continuará sempre presente nas discussões sobre encargos fiscais, competência tributária, etc.

Entende-se como atuação do governo a participação não somente do Poder Executivo, mas também dos Poderes Legislativo e Judiciário, partícipes, simples colaboradores ou não, na feição ou validação tanto do processo do planejamento quanto da formulação e implementação das ações decorrentes das escolhas, ou não escolhas, ou seja, da adoção ou não de políticas compre-

didadas no planejamento ou nos seus instrumentos, os planos e orçamentos.

Assim, a ação planejadora baseia-se, em teoria, em diagnósticos contínuos da realidade, em levantamentos quantificados, com índices sociais e econômicos, em informações contínuas e organizadas, carecendo, portanto, de uma estrutura burocrática, eminentemente executiva.

Ora, se a ação, como o próprio vocábulo exprime, pressupõe execução, acontecimento, é perfeitamente aceitável que a realização do processo de planejamento constitua-se em ser parte, talvez a mais importante, considerando-se os resultados alcançados, de um conjunto de atos executivos, baseado em alternativas, limitado pela escassez, sempre presente, de recursos, sejam eles humanos, financeiros ou econômicos. Quando nos referimos em ser parte, ressaltamos a complexidade anteriormente ensejada, que predispõe, além da existência de uma disposição estrutural executiva, à qual se assenta o sistema de planejamento, a presença de atores alheios a esse sistema e que torna a simples administração, a administração racional, racionalizada pela ação metodológica, simbolizada pelo planejamento, em uma definição mais ampla da expressão, premida pela excelência e responsabilidade da obtenção do sentido à intervenção estatal. A escolha é sobretudo política.

É claro, também, que a racionalização da ação é posterior à fase de assentamento das alternativas e o seu sucesso depende da qualidade de estruturação em que estiver apoiada. Mas é na racionalização das idéias, na formulação do pensamento, na planificação das intenções que, de fato, nascem e findam os meios e os objetivos a serem almejados. Os processos metodológicos são conseqüências, *in limine*, da eleição de alternativas e as ações, amiúde, são decorrentes destes, ou seja, tais procedimentos nascem, evoluem ou se findam, quando motivados por decisões pautadas em objetivos anteriormente delineados.

A ocorrência, então, do planejamento, em suma, deve-se a duas fases ou a dois momentos distintos e correlacionados: a da formulação do planejamento, ou, simplesmente, a da inserção política das opções, isto é, a fase em que as políticas públicas são concebidas racionalmente, aceitas ou assumidas, e outra, a da implementação, eminentemente executiva, estando, portanto, perfeitamente integrada ao sistema de planejamento do Poder Executivo.

É válido citar, como complemento, alguns aspectos relevantes e que de certo modo exprimem a importância requerida na instituição do planejamento, como também os fatores que o determinaram:

a) importância:

– influencia e pode dirigir toda a atividade de uma sociedade moderna em toda a sua variedade;

– indica o curso mais desejável de eventos;.

– estabelece o que o Estado deve fazer em relação ao curso e à direção mais desejáveis ao processo sócio-econômico;

– favorece uma articulação temporal entre os diversos planos, setoriais e regionais, mormente utilizados em países em desenvolvimento e de média a grande extensão territorial;

– constitui ferramenta capaz de evitar os problemas de fluidez do sistema, pelo estudo, análise e antevisão dos fatos possibilitando tomar oportunamente as medidas cabíveis, bem como definir os meios mais eficazes e as mudanças estruturais indispensáveis na dissipação de pontos estranguladores que tenham, principalmente, resolução em mais de um ciclo orçamentário.

b) fatores determinantes:

– desejo de enfrentar o futuro, diminuindo a incerteza e o risco;

– estabelecer prioridades com vista à escassez de recursos; e otimizar resultados em eficiência, eficácia, ou atendimento possível da efetividade.



## 1.2. Política pública: origem e destino da ação estatal

Sendo pública, a política intervém no Estado tanto na emissão de diretrizes, normeadoras à consecução de determinados fins, muitas vezes novos – transferência das ações de serviços públicos à iniciativa privada para a realização de determinado evento, serviço ou obra, por exemplo –, quanto mediante seus próprios meios, pelo uso de recursos materiais e humanos já existentes.

Aspecto sempre lembrado na literatura especializada é o de que a política encerra algo de deliberado ou proposital por parte de seus elaboradores, ou *policy-maker*, como definem alguns. King, de acordo com Monteiro (p. 8) cita, v.g., que “uma política... é um curso de ação (ou inação) conscientemente escolhido e orientado para um determinado fim”.

A propósito, já esclarecia Monteiro (p. 5) que política é algo diretamente associado à observação e ao controle de eventos, à recepção e à emissão, ao processamento e à análise de informações e à tomada de decisões, ou seja, é uma atividade de controle, independente de ocorrência de produção ou consumo de bens e serviços.

Tratando-se de escolhas, a política pública poderia ser também entendida ou percebida pela não atuação do Estado, configurando-se em política de nada fazer! Considerando-se que em economia do setor público a escassez de recursos é uma constante e que a realidade administrativa resulta da racionalização dos meios para a consecução de decisões respaldadas, na maioria das vezes, em políticas públicas, dependendo do nível de interiorização de cada ação, ou seja, em momento anterior, dar-se-ia uma decisão política com poderes realizadores e que, devido ao tempo ou à necessidade institucional – não raro produzida por grupos de interesses –, passaria a incorporar à administração pública e à rotina burocrática.

Talvez sejam essas atividades, quando incorporadas à burocracia e decorrentes de ações novas, que acabam-se perpetuando à administração pública, após a conclusão de uma obra ou a efetivação de um projeto que foram percebidas pelo constituinte de 1988, preocupado não apenas com os investimentos públicos mas com o equilíbrio de suas contas a médio prazo, assim como as despesas, inclusive as correntes ou operacionais, que ultrapassassem mais de um exercício financeiro<sup>3</sup> e que, por essa razão, devam ser consideradas pelos planos plurianuais<sup>4</sup>. Referimo-nos às expressões “e outras delas decorrentes” e “programas de duração continuada”<sup>5</sup>.

Chamamos a atenção, nessa seção, em primeiro lugar, à excelência do componente político, nas decisões sobre políticas públicas e, essencialmente, àquelas motivadas ou intrinsecamente relacionadas nos planos ou como produto do planejamento governamental. Referimo-nos à importância da vontade política sobre as ações estatais, tanto pela primazia em concebê-las, quanto, essencialmente, em implementá-las.

Reportamo-nos, também, à consciência pública, que deve ser relevada pelos fazedores de política pública, sobre a importância da implementação de determinadas ações que implicariam a assunção de novas ações ou de novos dispêndios. Tais ações são pautadas e decorrentes de novas decisões que acabam sendo resultantes, na verdade, de deliberações assumidas no passado, ou politicamente concebidas, estrategicamente ou não, em momento anterior, sendo, amiúde, imperceptivelmente acrescentadas, de forma marginal e crescente, à burocracia estatal.

## 1.3. A Constituição Federal de 1988: uma tentativa de descentralização política

Sanches (1996, p. 60)<sup>6</sup>, referindo-se à participação do Congresso Nacional na co-autoria das leis orçamentárias, possibilitada pelo advento da Carta de 1988<sup>7</sup>, destaca que o processo de elaboração das leis orçamentárias do setor público ocorre atualmente

num contexto bem mais aberto do que o vigente no período de 1964 a 1988. Considera que a principal determinante dessa nova situação foi a nova Constituição, que ampliou, em muito, o âmbito de atuação do Legislativo nos processos de formulação e implementação de políticas públicas, e, por consequência, a intervenção das instituições da sociedade – públicas e privadas – nos processos de planejamento governamental, de alocação de recursos e de avaliação de desempenho dos órgãos públicos.

Acrescenta, ainda, que a partir de 1988 o Congresso Nacional deixou de ser um mero espectador nos processos de articulação de políticas públicas, passando a intervir, de forma efetiva, na formulação, implementação e avaliação destas. De modo geral, define (p. 59) “que devem ser entendidas como políticas públicas aquelas orientações básicas ou balizamentos fundamentais que são definidos pelo Estado”.

Alega Torres (p. 30) que a nova Constituição, no que tange aos aspectos financeiros, recebeu a influência liberal, presente na Constituição da Alemanha Ocidental (1947)<sup>8</sup>, país que adota o sistema parlamentarista de governo e que lhe serviu de modelo.

Influíram, também, mas em menor escala, as Constituições da Itália (1947), França (1958) e Espanha (1978). Talvez decorra desta comparação a razão por que alguns autores consideram que a Constituição de 1988, pelo menos com referência aos assuntos sobre planejamento e orçamento, encontra-se a meio caminho entre o sistema parlamentarista e o presidencialista (Torres, p. 34). Com efeito, os instrumentos de planejamento e de orçamento inseridos no direito financeiro brasileiro pela nova Constituição (art. 165) – o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual – guardam certa similitude com os encontrados na Constituição Alemã – que prevê a edição do plano plurianual (*mehrzährige Finanzplanung*, art.109, 3), do plano orçamentário (*haushatsplanung*, art.110, 1) e da lei orçamentária (*haushaltsgesetz*, art.110, 2) – e com a Lei Orgânica Francesa (*Loi de Finances*) – que

se divide em duas: as diretrizes do planejamento e o *budget* (orçamento).

Sem dúvida, os motivos que, de certo modo, impulsionaram a concepção da nova Carta decorrem, sobretudo, do esgotamento do modelo autoritário – introduzido no cenário político-institucional no Brasil entre o momento de 1964 e a vigência da nova Constituição – com a manipulação dos orçamentos pelo Executivo, com a inobservância do controle do gasto e do endividamento públicos, com a ausência de comprometimento com a moralidade administrativa, com a centralização de recursos e de tarefas em mãos do governo federal e com o ranço do patrimonialismo, segundo Torres (p. 32), responsável pela utilização indiscriminada de privilégios, subsídios, incentivos fiscais e pela concessão de favores às custas do erário.

É de conhecimento amplo que os novos alentos, consubstanciados na premência de se buscar algo novo, havidos, sobretudo, como decorrência do esgotamento desse regime, de sublevar das reminiscências do autoritarismo princípios democráticos não praticados por mais de duas décadas, presentes na inquietude política, e ainda impulsionada pela mídia e por reivindicações públicas da sociedade, cada vez mais eloquentes, patrocinaaram uma profusão de idéias e intenções de tal monta que parcelas importantes dessas reivindicações acabaram sendo incorporadas ao novo texto constitucional e introduzidas, no passar dos anos, no dia-a-dia do cidadão, apesar de que diversos dispositivos ainda se encontram sem aplicabilidade, reféns da aquiescência do poder regulador.

De qualquer modo, quanto à seção dos orçamentos – componentes interligados do sistema de planejamento – a modificação foi radical. Inovou-se em muitos aspectos e muitos dispositivos ainda carecem de regulamentação, tais como o que dispõe sobre o conteúdo do plano plurianual, suas diretrizes, objetivos e metas (CF, art. 165, § 1º). A promulgação da Carta de 1988 concedeu prerrogativas sem precedentes aos

membros do Congresso Nacional para moldarem, como quisessem, as diretrizes e os objetivos da administração pública, de forma regionalizada até, por meio da intervenção nas leis que disponham sobre o plano plurianual e sobre as diretrizes orçamentárias, e, consoante observação das vedações contidas na própria Carta e em leis ainda vigentes<sup>9</sup>, modificar parcialmente a lei orçamentária<sup>10</sup>.

É importante salientar que a inexistência da lei complementar, prevista pela própria Constituição, art. 165, § 9º, que regulamentará esses instrumentos, sobretudo o plano plurianual, favoreceu, em parte, a continuação da centralização financeira e econômica observada no regime anterior à Carta de 1988, em detrimento da prerrogativa do Congresso Nacional. Isso impossibilitou que o Legislativo, representante por excelência dos setores mais variados da sociedade, estabelecesse suas diretrizes, seus objetivos e suas metas para serem observados pelas leis de diretrizes orçamentárias e orçamentária anual. Em decorrência, a discussão política concentrou-se nas questões de curto prazo, nas leis orçamentárias anuais, administradas ou contornadas pelo Executivo, ou seja, por quem detém o controle da execução orçamentária e financeira, a chave do cofre<sup>11</sup>.

Apesar das restrições ocasionadas pelo comprometimento antecipado das despesas orçamentárias e pelo vazio institucional imposto em decorrência da ausência da lei complementar atualizada, com referência à regulamentação do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias, seu conteúdo e delimitação, assim como da observância<sup>12</sup> da lei orçamentária anual e de seus créditos adicionais, os resultados foram inesperados. Tanto o número de emendas parlamentares – que ultrapassou o patamar de 76.000 proposições<sup>13</sup> – quanto os valores solicitados para remanejamento, bem superiores ao previsto para atendimento do total destinado à administração pública, sugeriam um grande desconhecimento da realidade limitada dos

recursos. A ausência de regras ou normas que disciplinassem ou regulassem o processo legislativo em matéria orçamentária, distintamente das demais proposições legislativas, nos regimentos e regulamentos internos do Congresso Nacional, à época seguinte a da vigência da nova Constituição, era uma prova disso.

## 2. Antecedentes históricos

*“Todo planejamento implica em opções políticas. Estas dizem respeito a todos os estágios do processo de planificação, e a cada uma das suas fases principais. Tanto os meios como os alvos almejados precisam ser avaliados. Conforme se desenrola a formulação e execução do plano, modificam-se crenças e opiniões. Mas as crenças e opiniões não se alteram meramente devido às mudanças que resultam da emergência de novos fatos, da clarificação e alteração de opiniões. Elas se alteram também devido às mudanças que resultam das modificações que se verificam na distribuição do poder, e suas influências nas pessoas, departamentos, camadas sociais e partidos políticos. Em essência, um plano de desenvolvimento é um programa político; e certamente estamos sujeitos a sérias confusões se não somos capazes de tomar isto em devida conta”.*

Gunnar Myrdal (Ianni, p.309-310)

### 2.1. As origens do planejamento governamental (1930 a 1945)

Ianni (p. 54) considera que, como técnica “mais racional” de organização das informações, análise de problemas, tomada de decisões e controle da execução de políticas econômico-financeiras, o planejamento se incorporou ao setor público somente durante a Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Nesses anos, discutiam-se questões nacionais, embora de forma desordenada e não raro voltadas à resolução de dilemas pontuais, tais como a crescente presença estatal nas decisões sobre assuntos de economia; a adoção e a elaboração da política econômica governamental planificada; o papel do poder público na criação

de condições (financeiras, técnicas, jurídicas, etc.) para a expansão e a diversificação do setor privado da economia do País; e as novas exigências econômicas da defesa nacional.

Pode-se dizer que a interferência estatal do tipo intervencionista já ocorria desde a revolução de 1930, quando o Poder Público ensejava sua participação na economia nacional de forma paulatina e constante. Os princípios nacionalistas estavam presentes, a despeito das ambigüidades e lutas ideológicas e práticas de governantes, empresários e técnicos (responsáveis pela formulação, execução e controle da política econômica governamental). É o que transparecia nas Constituições de 1934 e 1937.

Ademais, segundo Teixeira (p. 61), foi a partir dessa década que surgiu a figura do assessor técnico, que atuava nas instituições governamentais e nas empresas privadas, exercendo importante papel no esforço de industrialização do País.

Note-se que a Emenda Constitucional de 1926 mostrava-se, em princípio, contrária às formas nacionalista e intervencionista, visivelmente presentes nas Constituições que se seguiram, apesar de já incorporar ao seu texto alguma intervenção em negação à orientação extremamente liberal da Constituição de 1891. Assim, por exemplo – conforme citado por Ianni (p. 56-57) –, a primeira Constituição Republicana estabelecia que “as minas pertencem aos proprietários do solo” (art. 72, § 17). Na Emenda Constitucional de 1926, apesar de ser respeitado o princípio de que as minas pertencem ao proprietário do solo, fica estabelecido que “as minas e jazidas minerais necessárias à segurança e defesa nacionais e as terras onde existirem não podem ser transferidas a estrangeiros” (art.72, § 17).

A Constituição de 1934 apresentava outra orientação, com clara disposição nacionalista e intervencionista. Ilustramos, por exemplo, o caso referente às minas e jazidas minerais, citado por Ianni (p. 57):

“O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende da autorização ou concessão federal, na forma da Lei (§ 1º). As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil, ressalvada ao proprietário preferência na exploração ou co-participação nos lucros. (...) (§ 4º). A Lei regulará a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d’água ou outras fontes de energia hidráulica, julgadas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do País (CF-1934, art. 119).”

Por último, a Constituição de 1937, em plena vigência da ditadura do Estado Novo de Getúlio Vargas, manteve as mesmas diretrizes nacionalista e intervencionista, tornando-se mais explícita quanto a esses aspectos, como que preparasse o Estado à assunção de atividades econômicas mais ativas e complexas – o que de fato ocorreu com a eclosão da Segunda Guerra Mundial, entre 1939 a 1945 – conforme se segue:

“A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta (CF-1937, art. 135)”.

De fato, com o desenrolar da guerra, o País passou por momentos difíceis, com a expansão inflacionária; com o crescimento desordenado da população urbana, com todos os problemas decorrentes (v.g. necessidade de mais empregos, habitações, saúde, educação, etc.); aumento das despesas públicas; acúmulo de divisas em época

desfavorável ao governo brasileiro, provenientes das exportações de suprimentos de guerra para os Estados Unidos e para Inglaterra, etc. Foram esses os condicionantes que favoreceram o surgimento, em 1942, da Coordenação da Mobilização Econômica, com poderes de um “superministério”. Por meio dessa pasta, o governo coordenava assuntos econômicos, financeiros e tecnológicos da economia nacional.

A ação dessa Coordenação, movida pela crise e as transformações de ordem econômico-social e política, presentes nesse momento difícil da economia mundial, conturbado pela Grande Guerra, condições essas que por si já exigiam interferência Estatal, favoreceu o desenvolvimento dos ideais e da prática da planificação e com ela novas técnicas de ação do governo central. Demais, até os debates públicos receberam novos contornos, passando a abordar estratégias políticas em relação aos problemas de desenvolvimento econômico, por exemplo.

Antes, porém, é importante citar o aparecimento do Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), em 1938, que concentrou grande poder político e administrativo durante o Estado Novo. Para Roberto Campos, esse órgão era “o centro de esforços de planejamento”, ao qual cabia as mais variadas funções, desde assessorar o Presidente da República nas questões legislativas até a formulação dos orçamentos anuais e os planos do governo, como o Plano Especial de Obras Públicas, em 1939, e o Plano de Obras e Equipamentos, em 1945 (Teixeira, p. 47).

Assim, as origens do planejamento remontam, portanto, à confluência de vários fatores: economia de guerra, perspectivas de desenvolvimento industrial, problemas de defesa nacional, nova constelação de classes sociais e reestruturação do poder político e do Estado.

Alguns autores, efetivamente, consideram que as primeiras tentativas da ação planejadora do Brasil ocorreram durante o Governo Dutra (1946–1950) e, especialmente,

no segundo Governo de Vargas (1951–1956), como resultado de um diagnóstico de carências, formulado por grupos restritos de técnicos e políticos, sob a toga do sistema político tradicional, conforme Cardoso (p. 173), guiados por valores de fortalecimento nacional, em um quadro de apatia da sociedade civil, com níveis baixos de informação política e de consenso reduzidamente limitado quanto às soluções políticas e econômicas concretas, embora houvesse aceitação generalizada quanto aos ideais nacionalistas.

Com efeito, somente por volta de 1945 o planejamento passou a ser reconhecido publicamente por técnicos, empresários e membros do governo como técnica capaz de acelerar o desenvolvimento, por ocasião da Conferência das Classes Produtoras, realizada em Teresópolis – RJ, no período de 1 a 6 de maio de 1945 (Teixeira, p. 62).

Outros autores, porém, como G. Lopes, consideram como o “marco histórico do planejamento brasileiro” o Plano Especial de Obras Públicas e Aparelhamento da Defesa Nacional<sup>14</sup> – criado em janeiro de 1939 e substituído em dezembro de 1943, pelo Plano de Obras e Equipamentos<sup>15</sup> – por constituir-se em um plano plurianual (cinco anos) sistematizado, contendo dotações específicas, apesar de, na realidade, segundo o autor, não passar de “uma listagem de obras e investimentos” (Teixeira, p. 62).

Para Costa (p. 55), o Plano Especial, conforme ficou conhecido, estava “amarrado aos desígnios gerais do Estado Novo e foi concebido na fase em que se definiam as diretrizes da ação governamental nos setores fundamentais do petróleo, do carvão e do ferro, dos transportes, da saúde e da defesa nacional”. O Plano teve como objetivo principal promover a criação de indústrias chamadas básicas, como a siderurgia e outras, a execução de obras públicas, assim como prover a defesa nacional.

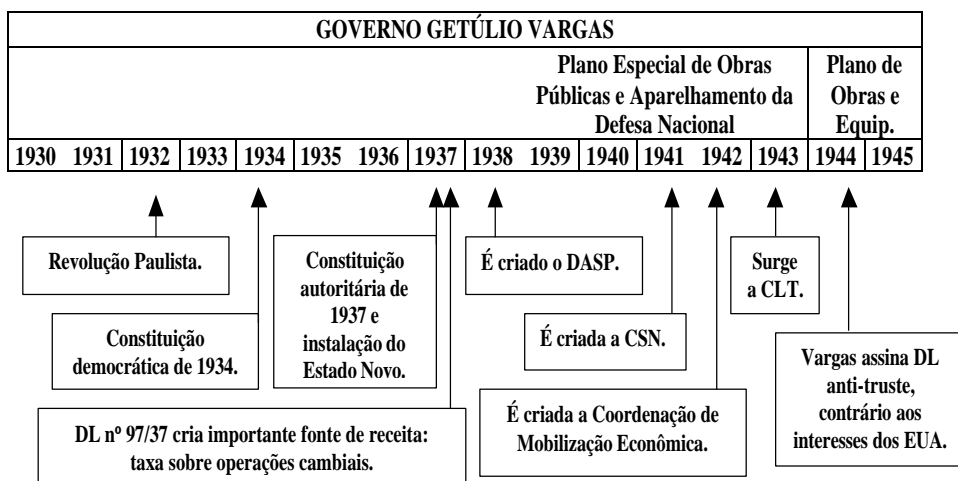
Quanto ao financiamento, o Plano Especial previa que a receita seria proveniente de:

- taxas sobre operações cambiais;
- lucro das operações bancárias em que o Tesouro tivesse co-participação;
- produto de operações cambiais do ouro metálico que excedesse a 28 toneladas, remetido para o exterior;
- produto de operações de crédito realizadas para fins do plano, inclusive emissão de papel-moeda;
- saldo da execução do plano no exercício anterior.

Segundo Costa, a principal fonte de recursos que financiou os planos e orçamentos ocorridos durante o Estado Novo,

em especial o Plano Especial, surgiu com a instituição do fundo de câmbio, baseado na taxação, da ordem de 3%, inicialmente, e 6% a partir de 1938<sup>16</sup>, de remessas cambiais não destinadas à importação.

Note-se que, naqueles anos, o Poder Executivo, fortalecido pelas prerrogativas outorgadas pela Constituição de 1937 (art. 180), ordenava sozinho as ações do Estado por meio de decretos-leis. Não existiu, portanto, nesse período, nenhuma participação legislativa. Em resumo, o quadro seguinte ilustra melhor os principais fatos ocorridos nesse período:



## 2.2. De Dutra a Juscelino Kubitschek (1946 a 1960)

O período que sucedeu a Segunda Guerra, entre janeiro de 1946 e janeiro de 1956, do Governo Dutra ao de Nereu Ramos, foi marcado por instantes de pouca intervenção estatal (Governo Dutra e Café Filho) e instantes com presença ativa do setor público (Segundo Governo Vargas – 1951 a 1954).

No Governo Dutra, sob a influência liberal de Eugênio Gudin e de seu grupo, o Estado teve reduzido papel como promotor do desenvolvimento econômico. Predominava o pensamento liberal dominante no pós-Guerra, com a adoção de práticas

comerciais mais liberais. O sentimento dominante em relação à economia mundial era de otimismo, ressalta Teixeira (p. 66).

Em relação ao planejamento, o período de Dutra foi marcado pelo lançamento do Plano SALTE, voltado para as áreas de Saúde, Alimentação, Transporte e Energia.

Destaque-se que o Plano, encaminhado ao Congresso Nacional por meio da Mensagem nº 196/1948 e apreciado por aquela instituição durante os dois anos seguintes, entre o período de maio de 1948 a maio de 1950, foi aprovado no último ano do Governo Dutra sem apresentar, contudo, relevantes alterações em termos de objetivos e diretrizes em relação à proposta elaborada pelo Poder Executivo. Consubstanciou-se

apenas em incluir despesas a cargo do governo federal. Note-se que a aprovação do Plano, no âmbito do Congresso Nacional, pela Comissão Interpartidária significou o apoio e a solidariedade dos partidos, “que se traduziriam em votos nos plenários do Congresso Nacional”<sup>17</sup>, conforme a expectativa do Presidente da República.

Para Costa (p. 93), essa foi a primeira e final tentativa, pelo menos até 1966, de se articularem os Poderes Executivo e Legislativo para elaboração e aprovação de planos federais. Somente após a promulgação da Constituição de 1988, com a aprovação do 1º Plano Plurianual, em 30 de janeiro de 1991, o Congresso Nacional teria oportunidade efetiva de influir ou participar na autoria de planos federais, que envolvessem, pelo menos, todos os ministérios e se reportassem a vários anos de governo, distinguindo-se das leis orçamentárias, aprovadas anualmente.

Quanto à sua natureza, o Plano SALTE, apesar de se constituir, efetivamente, em um programa de dispêndio público com vigência para os próximos cinco anos (1950 a 1954), com ênfase em determinados setores (saúde, alimentação, transporte e energia), e ter sido totalmente esvaziado e não cumprido pelo governo posterior, serviu pelo menos para ordenar o orçamento público, coordenar as despesas públicas, provocar uma grande discussão sobre o assunto e atrair a atenção da sociedade sobre a necessidade de se obter um projeto de desenvolvimento nacional, com a realização de obras estruturais ao desenvolvimento industrial, vez que já era reconhecida a incapacidade da iniciativa privada em financiar projetos dessa magnitude.

Segundo o mesmo autor (Costa, p. 97), três aspectos do Plano merecem atenção:

1. ressuscitamento do esquema orçamentário-contábil vigente na execução do Plano de Obras e Equipamentos<sup>18</sup>;

2. inconsistência de seu arcabouço administrativo<sup>19</sup>; e

3. adoção da experiência de planejamento associando características de planos impositivos e indicativos<sup>20</sup>.

Em relação ao Governo seguinte, o segundo período de Vargas, ao contrário do perfil liberal adotado no Governo Dutra, o Estado voltou a desempenhar um papel mais ativo e motivador do desenvolvimento. Foi nesse período, entre 1951 a 1954, que foram lançadas “as bases instrumentais da política econômica do decênio que Lessa caracterizou, “quanto à intencionalidade, como a primeira aproximação à política de desenvolvimento” (Teixeira, p. 76).

O Segundo Governo Vargas teve como tônica, portanto, o desenvolvimento capitalista, centrado na industrialização acelerada e baseado em uma nova composição de forças políticas de sustentação ao poder e não na simples continuidade do processo ocorrido nos anos anteriores. O Estado liberal deu lugar ao Estado nacionalista.

Para tanto, foi necessário modificar a estrutura governamental. Exigiu-se uma reforma administrativa. A criação de órgãos e a reorganização dos existentes tornaram-se prementes e necessários, e com eles novos instrumentos de regulação e de intervenção deveriam ser adotados.

Na concepção de Draibe (p. 180), essa nova estrutura a ser concebida no Governo Vargas tinha como elementos fundamentais: a rede de mecanismos de centralização efetiva dos comandos; a empresa pública como fator dinâmico do desenvolvimento; o banco de investimentos e o novo desenho de articulações do empresariado com o Estado.

Era corrente, no cenário político-econômico, o pensamento de que o País precisava expandir economicamente para fazer face, sobretudo, ao fantástico crescimento populacional que se verificava nos grandes centros<sup>21</sup>. Predominava a idéia de que o processo de industrialização deveria atuar, principalmente, nos setores dos transportes, da energia e da educação. Aliada à necessidade de industrialização, consciente na

década de 1946-1955, crescia também a concepção de que o Estado deveria intervir nesse processo, para suprir a iniciativa privada, então considerada despreparada perante os desafios que se vislumbravam.

Igualmente era presente a consciência de que a produção de alimentos deveria ser estimulada, principalmente para atender o contingente populacional que se avolumava nas capitais brasileiras.

Efetivamente, a urbanização acelerada e a busca imediata de elevação dos índices de industrialização, associados a uma previsível deficiência da capacidade para importar (dada a necessidade de expansão econômica), motivou o estabelecimento de um acordo entre os Governos do Brasil e dos Estados Unidos, a 19 de dezembro de 1950. O resultado desse Acordo materializou-se na instituição, em 19 de julho de 1951, da Comissão Mista Brasil – Estados Unidos para o Desenvolvimento Econômico.

Segundo Costa (p.143), os trabalhos dessa Comissão se voltaram aos setores de transportes e de energia e incluíam minucioso estudo sobre a conjuntura econômica brasileira. Ao final de suas atividades, em dezembro de 1953, a Comissão publicou o resultado dos trabalhos em dezessete volumes, contendo a indicação de quarenta e um projetos considerados básicos ao desenvolvimento nacional.

Concomitante aos estudos da Comissão Mista Brasil – Estados Unidos e incorporando suas principais recomendações, o Governo Vargas instituiu o Programa de Reparcelamento Econômico e Fomento da Economia Nacional, em novembro de 1951, e, em seguida, constituiu o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE)<sup>22</sup>, que teve um importante papel na formação da indústria nacional.

As decisões no BNDE foram pautadas em estudos com análise de custos e benefícios, que levavam em consideração fatores como: inovação tecnológica, melhoria da produtividade, economia de escala, estrutura de capital do projeto, entre outros, e

foram direcionadas aos seguintes setores da economia:

- a) sistema ferroviário;
- b) portos e sistemas de navegação;
- c) sistema de energia elétrica;
- d) indústrias básicas;
- e) armazéns, silos, matadouros e frigoríficos;
- f) agricultura, eletrificação rural e abastecimento d'água a pequenas cidades.<sup>23</sup>

Além dos trabalhos da Comissão Mista Brasil – EUA, o estudo realizado pelo Grupo Misto BNDE-CEPAL teve grande influência na condução do processo de desenvolvimento econômico do País, que se iniciou antes mesmo do encerramento das atividades da Comissão.

A partir desses dois estudos, fortaleceu-se a convicção dos técnicos, diante das necessidades econômicas brasileiras, de se adotar uma política ativa de desenvolvimento, por meio da programação da economia. Tal programação configurou-se em projetos esparsos postos em execução pelo Governo, compreendidos no Programa de Reparcelamento Econômico, e veio a ser consubstanciada no Programa de Metas (Costa p. 145).

Para Celso Furtado, foi a partir da criação do BNDE que o País dispôs de um instrumento de financiamento a médio e a longo prazos, e o Estado foi equipado com os meios técnicos necessários à concepção e à implantação de uma política abrangente de desenvolvimento (Teixeira, p. 80).

Note-se que o planejamento no Brasil esteve sempre associado às políticas de desenvolvimento e, sobretudo, ao desenvolvimento industrial. A esse respeito, Ianni comenta (p. 309): “a transição para uma economia em que o setor industrial passou a predominar correspondeu a uma verdadeira revolução no subsistema econômico brasileiro. Essa transição implicou em uma série de reajustes econômicos, sociais, políticos e culturais. A rigor, tratava-se de uma revolução na esfera do poder político, tanto quanto no nível da estrutura econômica. Esse foi o motivo por que o Estado foi



levado a desempenhar papéis novos e decisivos, na orientação, funcionamento, diversificação e expansão da economia do País. Essa foi a razão por que ocorreu a progressiva adoção de técnicas de planejamento, como instrumentos da política econômica governamental”.

Lançadas as bases para o desenvolvimento industrial, Juscelino Kubitschek utilizou os estudos, projeções, estimativas, diagnósticos e conceitos elaborados pelos técnicos do BNDE e da Comissão Econômica para a América Latina – CEPAL, assim como da Comissão Mista Brasil – Estados Unidos, enquanto candidato, e sob a coordenação de Lucas Lopes promoveu a formulação de seu plano de desenvolvimento, conhecido posteriormente como Plano de Metas (PLAME)<sup>24</sup>. Abrangia 30 metas bem definidas, em termos quantitativos, com estimativa dos recursos totais necessários, voltadas aos diferentes campos de energia, transportes, alimentos, indústrias básicas e educação de pessoal técnico. Para tanto foram utilizados projeções, estudos, estimativas e diagnósticos.

Inicialmente, o programa de governo foi denominado Diretrizes Gerais do Plano Nacional de Desenvolvimento e, segundo JK, “não se tratava de um plano global e rígido da economia nacional, mas de uma programação metódica de medidas governamentais, de objetivos e metas para a iniciativa privada”<sup>25</sup>.

O Plano de Metas, depois de divulgado no final de 1956<sup>26</sup>, apesar de excluir propositamente as fontes de financiamento, continha, em suma, como principais destaques: metas quantitativas de produção e projetos específicos detalhados; objetivos quantificados de produção baseados em projetos ainda em estudo; declaração de prioridades atribuídas a certos setores, sem metas definitivas; e formulação de uma lista de incentivos voltados à iniciativa privada.

Em termos de realizações, o Plano obteve êxito, porém, logo reconheceu-se a dimensão da conta a ser paga e que deveria ser arcada

pelos diferentes estratos da sociedade brasileira.

A esse respeito, segue-se apropriado o comentário de Jaguaribe: “tornou-se bem claro, ao término do Governo de Kubitschek, que suas extraordinárias realizações estavam, em última análise, sendo pagas a preços incontrolavelmente ascendentes e que a subsequente manutenção da mesma taxa de crescimento não seria viável sem uma drástica mudança de toda a estrutura social, econômica e política” (Teixeira, p. 187).

Quanto à falta de participação do Legislativo, cumpre-se oportuno ressaltar, em princípio, as expressões de Teixeira (p. 192) como “deturpações estruturais” manifestadas, sobretudo, na ausência de representatividade do processo de formação e delegação do poder (*input* político), “caracterizada pela alienação das massas e pela falta de sentido e autenticidade dos partidos políticos”.

Essa ausência política acabou por favorecer o recrudescimento da tecnocracia, antes iniciada por Getúlio. De fato, no Governo de JK, o trabalho técnico ocupou um importante espaço no cenário nacional e nas decisões de governo. Contribuiu, inclusive, para a produção de alternativas que modificariam o quadro institucional em nome da “exigência racional do sistema” que os técnicos, especialmente os economistas, descobriram e apresentaram à sociedade como inadiáveis.

Daí, vários órgãos foram criados à margem de ministérios, passando a funcionar, efetivamente, como uma verdadeira tecnocracia ao lado da burocracia. Centrados em órgãos como o BNDE, a Superintendência da Moeda e do Crédito – SUMOC, a Carteira do Comércio Exterior – CACEX, o Itamarati, etc., os técnicos, em sua maioria administradores de carreira, formavam uma elite de economistas, engenheiros, sobretudo, e de advogados oriundos da classe média e de diferentes regiões do País, que executavam os rumos direcionados pelo Plano de Metas e pela política econômica conduzida por JK.

Eles eram vistos como especialistas, os “apolíticos”, com a atribuição precípua de formular políticas e encontrar soluções para os problemas da sociedade como um todo baseadas, eminentemente, no saber técnico.

Outra importante avaliação que pode ser tirada dessa fase da história brasileira, que de certo modo pode contribuir para o entendimento atual das relações entre os Poderes Executivo e Legislativo e até firmar algum paralelismo, diz respeito à Constituição de 1946.

A Constituição de 1946, promulgada sob os auspícios democráticos, após uma longa jornada de regime autoritário, assim como a Constituição de 1988, foi considerada uma das mais liberais na história brasileira. Os princípios de livre iniciativa e de igualdade de oportunidade, inclusive para nacionais e estrangeiros, essencialmente representados pelas firmas, foram buscados e as diretrizes de caráter nacionalista foram abandonadas.

Estabelecia-se a possibilidade de o Legislativo emendar o Orçamento, como prerrogativa principal do sistema representativo, sem limitações, de sorte que a quantidade de inclusões das novas despesas culminavam por ultrapassar os valores previstos para o financiamento das mesmas. Evidentemente, sem financiamento para atendimento das dotações aprovadas pela Comissão de Orçamento, a peça orçamentária retornava ao Executivo. Mais para cumprimento de uma formalidade constitucional do que portadora de uma mudança substantiva ou real, vez que se tratava, eminentemente, de um mero rol de despesas, ou de intenções, como de fato, aparentemente, acontecia. Sob esse aspecto, comenta Teixeira (p. 72): dentro do quadro de “democratização de recursos, o Executivo usava a tática de não liberar os recursos e com isso facilitar a sua barganha com os parlamentares. A verba existia mas o dinheiro não”.

Por outro lado, a Constituição proibia a existência de planos paralelos, como ocorria durante o Estado Novo, isto é, os planos deveriam guardar estreita vinculação com

os orçamentos anuais<sup>27</sup>. As tabelas discriminativas organizadas pela Comissão de Orçamento eram convertidas na lei do orçamento, sem maiores alterações. Era possível até, segundo Costa (p. 99), “ter-se uma apreciável estimativa do andamento de cada projeto, antes de se elaborar o orçamento do ano seguinte, a ser submetido ao Presidente da República”.

Note-se que, sobre a impossibilidade da coexistência de planos paralelos, e da necessidade de aprovação de planos no âmbito do Congresso Nacional, devem ser considerados os seguintes aspectos em relação ao Plano SALTE e ao Plano de Metas:

### *1. O Plano SALTE*

O Plano SALTE, instituído em regime democrático, foi encaminhado pelo Governo Dutra, à consideração do Legislativo, em meio a um clima de entendimento político. A Comissão Interpartidária, constituída para apreciação do Plano no âmbito do Congresso Nacional, incorporou as modificações de interesse do Legislativo antes que o projeto de lei fosse encaminhado ao Congresso Nacional. A manobra política, ensejada pelo Executivo, objetivava facilitar o trâmite do Plano no Legislativo e, conseqüentemente, possibilitar sua aprovação. Apesar desse entendimento, o Legislativo levou dois anos para sua aprovação, o que inviabilizou, praticamente, a sua implementação durante o Governo Dutra.

### *2. O Plano de Metas*

O Plano de Metas, sob a égide da mesma Constituição, foi concebido e implementado sem a participação legislativa. Além de ter sua execução centrada em estruturas institucionais não incorporadas ao processo legislativo, em orçamentos não apreciados pelo Congresso Nacional (orçamentos paraestatais)<sup>28</sup>, o Plano esteve associado a um processo dissociado de discussão política, ou seja, baseou-se, eminentemente, em conclusões técnicas realizadas pela Comissão Mista Brasil – Estados Unidos e pelo Grupo Misto BNDE-CEPAL. Havia o

receio de que, a exemplo do Plano SALTE, o Plano de Metas perdesse sua consistência técnica e interrompesse as ações que estavam sendo desenvolvidas pelo BNDE, por meio do Programa de Reparcelamento Econômico e Fomento da Economia Nacional. Como saída, a execução do Plano foi concentrada em duas estruturas institucionais, alheias à participação legislativa e consideradas por Costa (p. 147) como “tendências que ganharam vulto na administração pública”:

a) a *autarquização* de órgãos da administração direta existentes e a criação de novas entidades sob a forma autárquica ou de sociedades de economia mista, sob o pretexto de dar flexibilização ao governo; e

b) a criação, “quase proliferação”, de fundos para a consecução de objetivos específicos, por meio da vinculação de receitas.

Sobre a Carta de 1988, o orçamento atual pode ser alterado, em relação aos valores

propostos às despesas<sup>29</sup>, à luz do disposto no artigo 167, a rigor, sem limites pelo Legislativo<sup>30</sup>, ressalvadas as despesas de caráter irredutível<sup>31</sup>. Em consequência, o nível de realização das dotações propostas pelos membros do Congresso Nacional acaba guardando certa semelhança com o acontecido sob a égide da Constituição de 1946. O Executivo utiliza-se de outros instrumentos, também ferindo a representatividade inerente ao Poder Legislativo, à realização das despesas compreendidas e aprovadas pelo Congresso Nacional, como o emprego do chamado contingenciamento<sup>32</sup> ou pela não realização, simplesmente, de determinadas despesas.

Outro ponto que a Constituição de 1946 assegurava acha-se no estabelecimento do orçamento do exercício corrente, em valores nominais, no caso de o Legislativo rejeitar o novo orçamento encaminhado pelo Executivo.

Os principais fatos ocorridos nesse período estão, assim, indicados:



### 2.3. De Jânio Quadros a Sarney (1961 a 1988)

No período seguinte ao do Governo JK, de 1961 a 1963, as perturbações políticas que se manifestaram no País refletiram em sucessivas tentativas frustradas de um novo sistema de planejamento, culminando com a elaboração e rápido abandono do Plano Trienal, no Governo Goulart, elaborado, sob a orientação de Celso Furtado, para o período de 1963 a 1965.

Quando o Presidente Jânio Quadros assumiu o governo, em 31 de janeiro de 1961, procurou estabelecer uma administração própria e personalística, desvinculada totalmente dos programas administrativos assumidos ou adotados no passado. Não apoiou o Plano de Metas de JK, que deveria entrar em seu sexto ano de execução, seguindo o critério de programação progressiva, passando a articular um novo sistema de planejamento sem a atuação do Conselho do Desenvolvimento, criado no Governo anterior, ao qual coube a coordenação do Plano. Em 5 de agosto do mesmo ano, criou a Comissão Nacional de Planejamento (COPLAN), que absorveria a Secretaria-Geral do Conselho do Desenvolvimento.

O Presidente Quadros renunciou em agosto do mesmo ano, instalando-se no País o regime parlamentarista, que vigorou de 2 de setembro de 1961 a 23 de janeiro de 1963. Durante esse período, houve sucessivas mudanças de gabinetes: o Gabinete Tancredo Neves, que perdurou de 9 de setembro de 1961 a 26 de junho de 1962; o Gabinete Brochado da Rocha, de 10 de julho a 14 de setembro de 1962; e o Gabinete Hermes Lima, de 18 de setembro de 1962 a 23 de janeiro de 1963.

O Gabinete Tancredo Neves, o mais longo deles, atendendo determinação constitucional<sup>33</sup>, encaminhou ao Congresso Nacional, ainda em setembro do mesmo ano, o seu programa de ação administrativa, sob o título de Programa de Governo – Bases (Análise da Situação Econômica e Social do Brasil). Tal programa,

além de conter objetivos voltados para uma política de desenvolvimento, tais como a elevação da taxa de crescimento do Produto Nacional Bruto (PIB), absorção da mão-de-obra subempregada, equilíbrio do balanço de pagamentos etc., mostrava-se inovador quanto à programação a ser adotada na consecução da situação-alvo.

O Programa de Tancredo, então, sugeria a elaboração de planos delineados em três níveis, conforme o período de abrangência a ser focado: o plano de perspectiva, de duração de 20 anos e que conteria a evolução quantitativa e estrutural da economia; o plano quinquenal, considerado como de prazo médio; e o plano de emergência, que se destinaria a dar execução aos projetos existentes. O Programa, no entanto, segundo Costa (p. 186), apesar de ter-se ressentido da transitoriedade do regime que o produziu e fosse debilitado pela alternância de Gabinetes, restabelecia o caráter governamental do planejamento brasileiro, pelo comprometimento de todos os ministérios.

Com o restabelecimento do presidencialismo, ocorrido em função do plebiscito havido em 6 de janeiro de 1963, o Presidente Goulart assumiu a administração do País, propondo, para consecução de seu Governo, previsto para o período de 1963 a 1965, o Plano Trienal de Desenvolvimento Econômico e Social, elaborado sob a orientação do economista Celso Furtado.

O Plano Trienal, como ficou conhecido, esperava lograr três objetivos políticos fundamentais, segundo Costa (p. 188):

1º oferecer aos investidores e credores internacionais segurança sobre as políticas interna e externa a serem cumpridas;

2º oferecer aos setores políticos nacionais avessos a esquemas estatizantes, esquerdistas e socializantes a expressão de compromisso de um governo moderado;

3º intentar, de fato, a solução de problemas críticos da economia bra-

sileira que se sintetizam no dilema esfíngico do desenvolvimento com estabilidade.

Em junho de 1963, porém, seis meses após a divulgação oficial do Plano Trienal, por ocasião da reforma ministerial havida, os Ministros Celso Furtado e San Thiago Dantas, da Fazenda, e a qual cabia a sua implementação, tendo em vista o repique inflacionário ocorrido nos últimos meses, foram afastados, ocasionando, em consequência, o abandono, de fato, da curta vigência do Plano.

Diante da instabilidade política e econômica existente no País, fruto, ainda, das crises havidas e não totalmente resolvidas, desde a renúncia do Presidente Quadros e a ocorrência do regime parlamentarista, agravados pela instabilidade de ordem econômico-financeira após o Plano de Metas, com a crescente expansão inflacionária e o aprofundamento do desequilíbrio do balanço de pagamentos, em março de 1964, instala-se no País um regime forte, perdurando no poder por 24 anos.

Sob o regime militar, o País retoma o desenvolvimento econômico ensejado no Governo JK, mantendo-se em expansão até meados da década de setenta, com o Executivo passando a assumir o controle político e econômico da Nação, atuando, inclusive, na formação do capital privado, quer pela assunção de novos investimentos voltados ao setor privado, quer pela formação de empresas públicas ou de economia mista.

Após o Governo Médici, no entanto, o modelo calcado na substituição de importações, crescentemente utilizado no País a partir do Estado Novo, mostrou-se inviável, em princípio, pela escassez internacional de recursos ocorrida no mundo ocidental em meados dos anos 70 e que perdurou durante toda a década e a seguinte.

Iniciado durante o Governo Vargas e desenvolvido, em parte, com relativo sucesso por meio do Plano de Metas, durante o período de JK, esse modelo foi adotado,

com maior intensidade, até aquele período e, principalmente, durante os primeiros governos produzidos pelo movimento de 64, em especial sob a vigência do I Plano Nacional de Desenvolvimento (1972-74), quando fatores alheios à conjuntura interna – elevação abrupta do preço do petróleo (1973) e elevação crescente da taxa de juros externa (1978 e 1982) – ocasionaram um grave desequilíbrio das contas externas, produzindo-se um extraordinário crescimento da dívida externa e interna do País, com consequências danosas à sociedade como um todo, com acirramento crescente da inflação e do desemprego, ainda que intensificadas pelo espectro de recessão continuada.

Em outras palavras, a crise do sistema capitalista, produzida, em princípio, pela escassez de recursos, possibilitou um grande desequilíbrio das contas externas nacionais e a mudança de política econômica apareceu como inevitável e inadiável. Em consequência, abandonou-se a orientação desenvolvimentista, que se valeu do planejamento para a sua expansão, empregada na consecução de modelo baseado na substituição de importações, para uma política de estabilização econômica e financeira.

À parte as circunstâncias de ordem econômica, até a crise atingir o seu ápice entre 1978 e 1982, é válido ressaltar alguns aspectos ocorridos de ordem política e relacionados com o planejamento: o Estado produtor de bens e serviços expandiu-se de forma extraordinária; utilizou-se a indicação política nas nomeações dos cargos de tradição eletiva para Senadores, Governadores e Prefeitos de Capitais, conhecidos na época como “biônicos”; a centralização tributária, orçamentária e financeira foi consolidada no governo federal: o governo central passou a assumir encargos cada vez maiores com características estaduais e municipais; o Legislativo foi impedido sequer de participar na elaboração orçamentária, por meio da adoção de emendas

ou de modificações propostas por seus membros; e grande parte das despesas fiscais, inclusive o orçamento da previdência social e os subsídios fiscais e econômicos, como também o controle das empresas estatais, não foi submetida ao Congresso Nacional e, em decorrência, conhecida pelo conjunto da sociedade.

Sobre esses aspectos, ocorridos na vida política brasileira, é oportuno salientar o crescimento do tecnicismo na ambiência política nacional e, sobretudo, econômica, haja vista que são necessários mais controle, mais estudos, mais diagnósticos e, conseqüentemente, mais planejadores e gestores à concepção e à implementação das decisões burocráticas produzidas pelo Estado central, mormente localizadas nas chamadas “ilhas de excelência”, referindo-se aos órgãos criados anteriormente ao regime militar, tais como o então BNDE, a antiga SUMOC, a CACEX, o Itamarati, etc.

O movimento de 1964 propiciou tanto a reformulação de alguns desses órgãos, então existentes (v.g. o BNDE, passou a ser chamado de BNDES, a SUMOC, deu lugar ao Banco Central, com maiores atribuições e independência etc.), quanto a criação de outros: em relação ao planejamento, destaca-se o surgimento do então Ministério do Planejamento e Coordenação Geral<sup>34</sup> (hoje Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão) e a criação do Sistema de Planejamento Federal, composto de vários órgãos, e com ele as atividades de planejamento, orçamento e modernização administrativa.

São dessa época também os Planos Nacionais de Desenvolvimento (PND) que compreenderam os seguintes períodos: o Primeiro PND, de 1972 a 1974, durante o Governo Médici; o Segundo PND, de 1975 a 1979, durante o Governo Geisel; e o Terceiro PND, de 1980 a 1985, durante o Governo Figueiredo. Tais planos, concebidos para mostrar as “grandes” prioridades e metas nacionais, efetivamente continham apenas intenções genéricas que nada

tinham que ver com o planejamento de fato, por exemplo: “revolução na educação e aceleração do programa de saúde pública e higiene”; “colocar o Brasil no espaço de uma geração, na categoria das nações desenvolvidas” (Primeiro PND para o período de 1972 – 1974); “a renda *per capita* nacional, em 1979, terá ultrapassado a barreira dos mil dólares” (Segundo PND para o período de 1975 – 1979) etc.

Apesar dessa crítica, que até hoje se atribui aos PND, decorrente da ausência da participação legislativa e, conseqüentemente, da sociedade como um todo, esses planos, e em especial o Primeiro PND, serviram, a seu turno, à consolidação do modelo de planejamento institucional, criado com o Decreto-Lei nº 200, de 1967, e à sustentação do ímpeto desenvolvimentista ocasionado durante o regime militar e que perdurou até meados da década de 70.

Note-se que esses instrumentos foram encaminhados à apreciação do Congresso Nacional na forma de projetos de lei, embora a participação legislativa apenas pudesse ater-se, por vedação constitucional, a aspectos meramente redacionais, sendo aprovados pelo Legislativo e posteriormente transformados em leis ou em resolução do Congresso Nacional, como é o caso do Terceiro PND<sup>35</sup>. É interessante citar, nesse período, que, em função das restrições contidas na Constituição de 1967, modificada pelo Ato Constitucional de 1969, e como resposta ao impedimento constitucional, as partes do plano, eventualmente não aceitas ou reformuladas pelo Legislativo, eram aprovadas, posteriormente, e separadamente, por meio de resolução do Congresso Nacional. Evidentemente, essas decisões, respaldadas em meras resoluções do Congresso Nacional, na medida em que não podem revogar disposições contidas em leis, não produziram efeitos de ordem econômica ou financeira.

Além dos planos de desenvolvimento ocorridos nos governos militares, existiu também o Primeiro PND da Nova República,

ocorrido durante o Governo de Sarney, com vigência para o período de 1986 a 1989. Tal plano, da mesma forma que os demais, foi encaminhado ao Congresso Nacional em forma de projeto de lei, sendo aprovado e posteriormente sancionado em lei<sup>36</sup>.

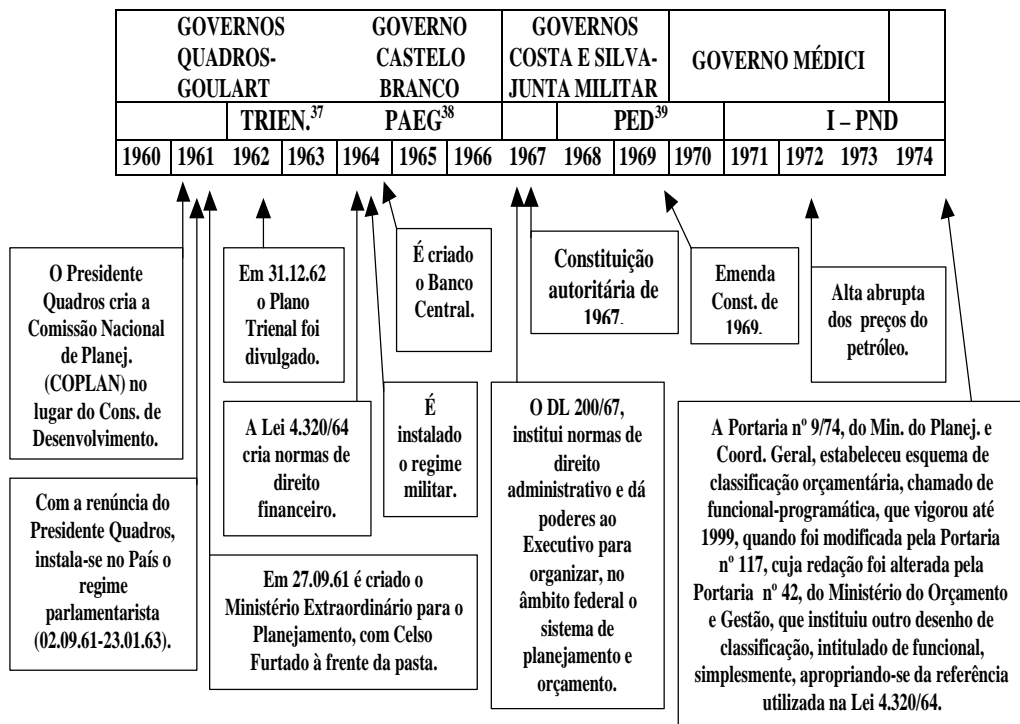
Pode-se dizer, como resultante maior desse período, que a hipertrofia do estado centralizador favoreceu o aparecimento de um novo ator, alheio ao processo político-partidário, mas com grande peso na definição e gestão pública e na condução das políticas públicas: o tecnoburocrata.

Necessária ao controle e expansão do Estado, ocasionada pela crescente responsabilidade de ações de caráter privado, tais como nas atividades de siderurgia, mineração, energia etc., ou tipicamente consideradas como de alçada municipal ou estadual, como pavimentação urbana, construção de estradas vicinais, metrô etc., a tecnoburocracia, aproveitando-se, em parte, do vácuo político-partidário produzido pelo regime militar, teve importância crucial na orientação econômica e social do

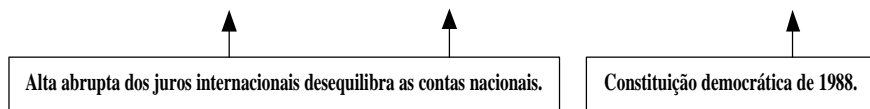
País. Sua relevância ocasionou o surgimento, nos cenários político e econômico, tanto no setor público quanto no privado, de novos agentes, que obtiveram relativo sucesso neste período – e que, de certo modo, perpetuam-se no poder, ou em torno dele –, alcançando importantes postos, que naturalmente seriam ocupados por lideranças emergentes da sociedade, tais como os de ministro e secretário de estado e o de deputado federal.

Conseqüentemente, a inserção da tecnoburocracia no cenário político tem ensejado modificações de posicionamento no trato da coisa pública, e contribuído, a seu turno, à elevação do nível das discussões sobre políticas públicas e, por outro lado, à manutenção da sobreposição do Poder Executivo em relação ao Poder Legislativo, principal senáculo para conjunção dos partidos políticos e das pessoas eleitas pelo povo para representá-lo, principalmente nessas contendas.

Os principais fatos ocorridos nesse período estão, assim, indicados:



GOVERNO GEISEL			GOVERNO FIGUEIREDO					GOVERNO SARNEY						
II - PND			III - PND					I PND - NR						
1975	1976	1977	1978	1979	1980	1981	1982	1983	1984	1985	1986	1987	1988	1989



### 3. A participação legislativa

*“Para se ter uma sociedade mais aberta, justa e equilibrada, o problema fundamental não se resume na elaboração de planos ‘melhores’ e mais complexos, mas na abertura de vias de comunicação e de participação política e cultural mediante as quais a população adquire autoconfiança e capacidade de enormes soluções apropriadas para os seus problemas existenciais.”*

Henrique Rattner (Teixeira, c/capa)

#### 3.1. Planos e diretrizes

Nota-se, atualmente, que a tendência observada nas economias dos países centrais, e mesmo nas consideradas emergentes, parece favorecer o não-planejamento em função da economia de mercado, comprimidas pela noção neoliberal presente nas discussões em países que adotam o sistema capitalista. Em tais discussões, têm sido considerados os planos de desenvolvimento e se questionado, principalmente, sobre o nível de intervenção do Estado no desenvolvimento econômico desses países. Adota-se ora uma postura nacionalista, de cunho voltado à proteção do Estado, considerando-se, mesmo em tempos de globalização, o desenvolvimento econômico, ora políticas de socorro, emergenciais, centradas na estabilização do fluxo de suas contas e na estabilização cambial.

Quando falamos em planejamento, evidentemente nos reportamos ao processo de desenvolvimento econômico-social. Mas o planejamento, em teoria, pode aplicar-se a qualquer atividade social em que é necessário esforço para alcançar determinado objetivo. Pode reportar-se a outras

políticas, como a de sustentação do equilíbrio econômico e social, por exemplo.

A história da política econômica governamental brasileira indica que a implementação das técnicas de planejamento, a assunção de sua necessidade, enquanto regime capitalista, ocorreu em decorrência de políticas desenvolvimentistas, ou seja, sob a égide de planos de desenvolvimento como o PLAME e o Primeiro PND, especialmente. Mister se faz esclarecer, no entanto, que o planejamento governamental não está associado apenas a essas políticas, mas à forma metodicamente organizada, com objetivos e metas alinhados tendo em vista um novo posicionamento, uma nova situação e um novo cenário, que nem sempre se pautou em políticas dessa ordem. Porquanto, a política econômica governamental esteve associada, desde 1930, a duas tendências contrapostas que, até meados dos anos 70, mostraram-se presentes na economia nacional de forma pendular, entre uma ou outra: a primeira e mais importante, considerando-se seus resultados, denominada estratégia de desenvolvimento nacionalista, conforme definido por Ianni (p. 307-308), que predominou nos períodos de 1930–1945, 1951–54, 1961–64, continha como pressuposto o desenvolvimento do capitalismo nacional, ou seja, o desenvolvimento industrial; e a outra, denominada estratégia de desenvolvimento dependente, que prevaleceu nos anos de 1946–50, de 1955–60 e de 1964–70 (e que parece prevalecente até hoje), adotava como pressuposto o projeto de um capitalismo dependente, sob a hegemonia do capital norte-americano.



Por questão de justiça, não se pode atribuir importância maior a esse ou aquele momento, ou a essa ou aquela orientação política. Temos que considerar a verdadeira revolução econômica que se processou no País após 1930, partindo-se de uma economia totalmente agrária, dependente basicamente de oscilações de mercado de sua principal *commodities*, o café, para uma economia industrializada, embora ainda em processo de desenvolvimento em relação aos dos países centrais. Essa transição implicou uma série de reajustes econômicos, sociais, políticos e culturais, e são esses reveses, o vai-e-vem da economia, que mostram e, em certo sentido, explicam as oscilações havidas.

Para o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), ou o Banco Mundial como é mais conhecido, o plano é definido como “a aplicação do planejamento para toda a economia de um país ou de uma região” e que este “pode conter vários programas e um programa pode ser composto de vários projetos”<sup>40</sup>. Essa definição passa a idéia de uma organização sistemática, pela composição de projetos em programas e estes, por sua vez, em um plano. Os objetivos que direcionam o plano e que são pautados em necessidades ou diagnósticos são os que lhe dão o contorno desenvolvimentista ou não.

De qualquer modo, várias formas podem ser adotadas na definição de planos econômicos, como são várias as maneiras de que se serve a doutrina no emprego desses instrumentos de intervenção econômica. Nesse sentido, utilizaremos a classificação usada por Teixeira (p. 25-29), que considera os planos como sendo distintos quanto: a) ao objetivo (desenvolvimento econômico, crescimento acelerado da economia, estabilização monetária etc.); b) ao espaço de abrangência (nacional, regional ou local); c) à extensão (global, setorial ou em nível de projeto específico); d) ao prazo (curto, para um ano; médio, para quatro ou cinco anos; e longo, para

acima de dez anos); e) ao nível de intervenção (de alta ou baixa intervenção do Estado na economia); f) à técnica (baseada em modelos matemáticos, descendentes ou ascendentes; fundamentados em modelos econométricos etc.); g) aos aspectos jurídicos (ter caráter de lei ou não).

Para Costa (p. 157), os planos, quanto ao nível de intervenção na economia, podem ser classificados em três tipos:

a) Planos normativos – “implantados em economias liberais. Objetivavam exclusivamente a orientar o funcionamento dos órgãos governamentais. Com relação à iniciativa privada, a intervenção do Estado será indireta e normativa”.

b) Planos indicativos – “concernem às atividades públicas e privadas, em especial num regime de economia mista. Com relação aos órgãos públicos, o plano indicativo tem a mesma função do plano normativo; com relação à iniciativa privada, o plano pretende indicar os objetivos ou metas de desempenho para cada setor da economia”.

c) Planos impositivos – “inerentes aos regimes totalitários. Impõem objetivos a todos os setores da sociedade, de forma obrigatória e coercitiva”.

A propósito, é interessante citar também Miglioli, conforme Teixeira (p. 29), ao referir-se à sua essência e resultado, “que não é o estatuto legal do plano que o torna melhor nem pior, mais eficiente ou menos eficiente”. Mas reconhece que, “ao ser submetido ao Legislativo, o plano pode tornar-se mais divulgado, mais democrático e, por isso mesmo, de maior aceitação”.

Tratando-se, enfim, da intervenção legislativa nos planos, relacionando-os com o planejamento, conforme vimos no capítulo anterior, essa participação deteve-se, até o advento da Carta de 1988, quando muito, à chancela de um rol de despesas permeado por interesses pulverizados, fruto da incorporação de uma longa

listagem de emendas parlamentares, sem relevância quanto aos propósitos basilares do plano, seus objetivos, suas metas ou mesmo diretrizes. Referimo-nos ao único momento da história brasileira, anterior à Constituição vigente, em que o Parlamento teve a oportunidade de participar, por ocasião da vigência da Constituição de 1946.

Efetivamente, a Constituição de 1988 deferiu ao Legislativo poderes sem precedentes, conforme referimo-nos no capítulo primeiro, atribuindo-lhe capacidade de intervir na definição das diretrizes, dos objetivos e das metas, até de forma regionalizada, concedendo-lhe oportunidade de estabelecer horizontes novos e no discernimento de novos rumos, a serem observados na formulação e execução dos orçamentos, ou, efetivamente, pelo menos, em boa parte dele, ou seja, atinentes às despesas de capital e às despesas correntes decorrentes destas, assim como as de duração continuada. Ora, isso não é pouco e foi singular na história.

O Constituinte de 88 imaginou novos instrumentos de planejamento, orçamento e controle em relação às constituições anteriores. Estabeleceu não um instrumento em si, estanque em um documento. Foi mais longe. A ambiência política era muito favorável, depois de um total isolamento na condução das questões econômicas e sociais, após um agudíssimo processo de recessão, a bandeira da volta à democracia, ao Estado cidadão, foi estendida com todas as suas cores e matizes. Falava-se em bom tom em constituição democrática e até em parlamentarismo, tal era a indignação com a centralização e a ausência de representatividade nas decisões do governo central, crítica estigmatizada do presidencialismo.

A Constituinte recebeu essa influência e o sentimento de mudança era dominante. Foram criadas várias comissões e subcomissões para analisar e incorporar as inúmeras propostas, apresentadas tanto pelos membros do Congresso Nacional quanto diretamente pelo povo, mediante a

assinatura de 1 milhão de pessoas. As subcomissões sistematizavam as inúmeras proposições dentro de sua área de competência temática e aprovavam um texto organizado na forma do relatório da subcomissão, que era submetido, em seguida, à Comissão responsável pela junção de outras subcomissões afins, que, por sua vez, após reestudar e reexaminar a matéria, sistematizava em um único documento, para ser submetido novamente a outra instância decisória, o Plenário, à confirmação final e à posterior promulgação. Esse processo levou meses para culminar na atual Constituição. As discussões e os debates foram muitos, existiram avanços e retrocessos, com a exposição de seus interesses abertamente à sociedade. A constituinte, em sintonia com as aspirações da sociedade, fazia-se democrática.

A preocupação com a forma de governo, presidencialista ou parlamentarista, foi permanente nesse processo e acabou influenciando alguns dispositivos constantes da nova Carta em uma ou outra direção, parlamentarista ou presidencialista. Serra (1990, p. 81), defensor da forma parlamentarista de governo e então relator da Comissão que dispôs sobre o assunto na Constituinte, retratou bem essa dicotomia<sup>41</sup>.

Para Serra, a implantação do regime parlamentarista corrigiria as imperfeições inerentes do sistema presidencialista ora existentes, decorrentes de uma participação legislativa mais adequada, com maior poder e engajamento político, mormente nessa matéria. Assim entende que, quando regido pelo sistema parlamentarista, o Legislativo assumiria grandes responsabilidades na definição e sustentação das políticas governamentais, enquanto, no regime vigente, tais compromissos acabam consubstanciando-se, apenas, “às atitudes polarizadas, de aplauso ou de censura, segundo o desempenho do governo. A situação torna-se perversa, pois:

- a) a força dos parlamentares passa a depender da fragilidade do Executivo;

b) o Congresso vê-se sujeito à manipulação do Executivo, a partir dos recursos que este utiliza, com o propósito de obter maioria para dar curso aos projetos ou a amenizar a fiscalização de que deveria ser objeto”. (Serra, 1990, p. 95)

Sem dúvida, esse é um ponto crucial e consistirá no pano de fundo nessas questões sobre descentralização de poder. Contudo, supre acrescentar que, historicamente, já se adotava esse tipo de relacionamento entre os poderes, conforme vimos no capítulo anterior, até mesmo na vigência da Emenda Constitucional de 1969, que praticamente não permitia alterações ao projeto de lei orçamentária<sup>42</sup>. O que o autor quis enfatizar, no entanto, é que, da forma como ficou expressa a norma constitucional, com o fortalecimento do Legislativo e não se adotando o parlamentarismo, o relacionamento entre os Poderes Legislativo e Executivo ficaria mais sujeito a barganhas e ao discurso vazio do que no observado anteriormente. Ao passo que, com o parlamentarismo, haveria um comprometimento maior com a política aprovada ou rejeitada e, em decorrência, “um fator de pressão no sentido contrário aos vícios populistas e de reforçar o preparo e a qualidade dos seus integrantes”, subsistindo, entre uma ou em outra direção, o espectro latente de queda do gabinete ou de dissolução do parlamento.

Outro ponto, também importante, mas não tocado pela Constituição e concernente às relações entre os Poderes enfocados, refere-se ao aspecto *autorizativo*<sup>43</sup> inerente às leis orçamentárias anuais e seus créditos adicionais. Com efeito, tais diplomas legais consubstanciam-se em meras autorizações à administração pública para que execute os programas já definidos em leis, anteriormente existentes, componentes do Direito Administrativo, despesas essas conhecidas como decorrentes do instituto da vinculação de receitas, que, pelo seu vulto, representam, hoje, algo em torno de 2/3<sup>44</sup> das despesas orçamentárias federais.

Nesse particular, o próprio Legislativo contribuiu para o avantajado crescimento dessas despesas, com a aprovação de leis como garantia à realização de determinado fim ou objetivo. Até mesmo a Constituição contém essas despesas, aliás, segundo Serra (p. 88), a vinculação constitucional sempre foi uma tentação para o Legislativo, quando castrado nas suas iniciativas sobre despesas e fixação de prioridades. Essas interferências orçamentárias podem ser assim tipificadas:

a) despesas de caráter irredutível, pela obrigatoriedade de pagamento (v.g. pessoal e encargos sociais, transferências constitucionais a Estados e Municípios etc.);

b) despesas decorrentes de vinculação de receita, caracterizada em ser uma destinação antecipada da receita em favor de determinado fim ou entidade (v.g. manutenção e desenvolvimento do ensino – CF, art. 212 – , manutenção do Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização, do Ministério da Fazenda, etc.).

A Constituição outorgada de 1967, além de retirar prerrogativas do Legislativo, mormente sobre a iniciativa de leis ou emendas que criem ou aumentem despesas, sobretudo ao projeto de lei do orçamento (Giacomoni, p. 51), estabeleceu os chamados orçamentos plurianuais de investimentos (OPI), que abrangiam receitas e despesas de capital da administração direta pública federal para um período de três anos, atualizados anualmente. Esses planos tinham a finalidade de orientar o orçamento anual nas despesas com investimentos, inversões financeiras e transferências de capital. O OPI, contudo, apesar de compreender mais de um exercício, tratava-se apenas de um plano de curto prazo, mais orientado para a realização operacional, estabelecida nos orçamentos anuais, do que voltado em benefício do planejamento de médio ou longo prazos.

Aliás, tendo em vista que a Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, art. 25, apenas faculta a inclusão de metas físicas, os orçamentos anuais nada continham a esse respeito.

O plano plurianual (PPA), que sucedeu o OPI, foi concebido sob outro prisma e, além de ter força de lei, como o OPI, volve-se para o futuro, com nível de abrangência muito maior, sem comparativos na história brasileira. Porquanto a seção intitulada Dos Orçamentos da atual Constituição Federal e que abrange os capítulos 165 ao 169, estabelece uma nova conformação do sistema planejamento e orçamento, dando-lhe uma feição distinta e não prevista pela legislação complementar existente<sup>45</sup>.

Quanto à tipologia de planejamento, a Constituição também dispõe sobre o caráter normativo e indicativo comentado no capítulo primeiro, conforme transcrevemos:

“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, O Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” (grifo nosso).

Ao definir o planejamento como determinante para o setor público e subordinar a administração governamental ao previsto no plano plurianual – com vigência partilhada entre dois governos (durante os três últimos anos do governo que elaborou o plano e primeiro ano do próximo) –, e não se estabelecendo, pela nova Carta, interregno entre a vigência da nova regra, estabelecida no art. 174, e o início do envio do primeiro plano plurianual pelo presidente seguinte ao da promulgação da nova Constituição, entendeu-se que tal norma seria auto-aplicável, submetendo-se à lei complementar as regulações suplementares, tais como as relativas às diretrizes e bases do planejamento, conforme dispõe o § 1º do mesmo art. 174:

“§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equili-

brado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento”.

Note-se que novamente o planejamento brasileiro confunde-se com os planos de desenvolvimento, sugerindo que os planos regionais guardarão compatibilidade com os planos nacionais de desenvolvimento, nos quais se incluem os planos plurianuais.

Resta saber que planos de desenvolvimento são esses, indicados pelo art. 174. São planos ainda não conhecidos, produtos da ação planejadora a ser exercida pelo Estado ou seria o próprio plano plurianual, revestido de funções suplementares às previstas no art. 165, § 1º?

Pela interpretação do art. 21, inciso IX, e art. 48, inciso II e IV, da Constituição Federal, nenhuma dúvida subsiste a esse respeito. Os planos de desenvolvimento, além de se reportarem a um universo muito maior, são explicitamente identificados como distintos dos planos plurianuais.

O plano plurianual prevê não apenas as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital, mas também as despesas de duração continuada decorrentes dessas, além de dispor sobre as despesas relativas aos programas de duração continuada (art. 165, § 1º), ou seja, reporta-se tão-somente às despesas governamentais.

Outra inovação da Carta de 1988 refere-se ao advento da lei de diretrizes orçamentárias (LDO), que ocupa importante papel como interveniente entre o plano plurianual e o orçamento anual, ao estabelecer prioridade, a cada ano, dos objetivos e metas previstos no plano plurianual, conforme define (art. 165, § 2º): “a lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente”.

O sentido de regionalização também foi lembrado pelo Constituinte de 1988, preocupado em saber – e sobretudo participar – da distribuição regional das despesas

de capital da administração pública. A Constituição estabeleceu o prazo de dez anos (ADCT, art. 35, *caput*) como meta a ser buscada pelos orçamentos anuais, conforme disposição do plano plurianual, em reduzir desigualdades inter-regionais, de acordo com o critério populacional (art. 165, § 7º).

Por último, vale ressaltar, como mais um complicador à implementação do planejamento, à luz da nova Carta, a inconveniência das datas estipuladas pela norma constitucional para apreciação e aprovação do projeto de lei do plano plurianual, no âmbito do Congresso Nacional. Ao tempo em que são apreciadas e decididas as diretrizes, as prioridades e os valores de curto prazo, por ocasião da apreciação do projeto de lei de diretrizes orçamentárias e, principalmente, do projeto da lei orçamentária anual, os objetivos e metas de médio prazo são formulados, inicialmente pelo Executivo, e avaliados no âmbito do Congresso Nacional. Essa inconsistência temporal, entre plano de médio prazo e planos de curto prazo, considerando-se a lei de diretrizes orçamentárias como um pré-plano, tem ensejado, como consequência prática, o direcionamento das discussões de médio prazo às premências do dia-a-dia, contaminadas, sobretudo, por pressões de ordem financeira.

Assim define o art. 35, § 2º, ADCT, que dispõe sobre as datas em que serão encaminhados os projetos de lei sobre o plano plurianual, de diretrizes orçamentárias e orçamentária anual da União:

“I – o projeto do plano plurianual, para vigência até o final do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial subsequente, será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa;

II – o projeto de lei de diretrizes orçamentárias será encaminhado até

oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa;

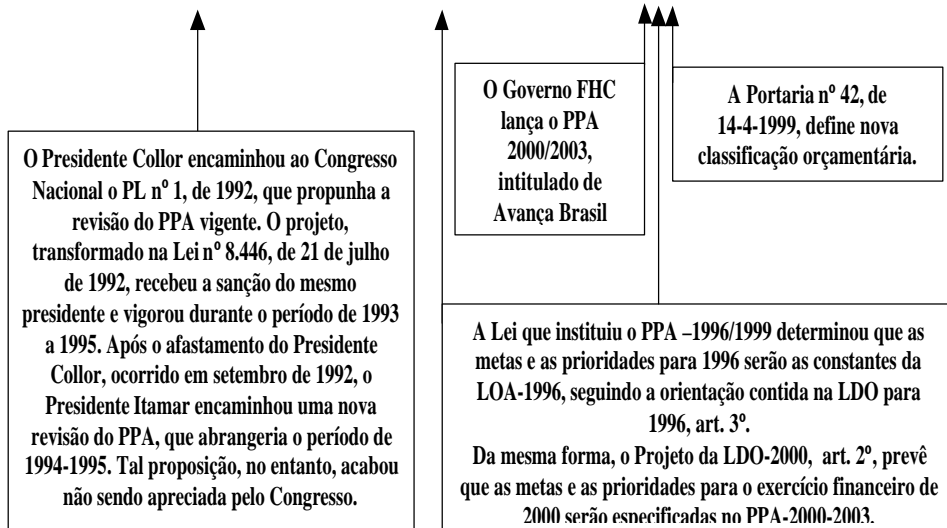
III – o projeto de lei orçamentária da União será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa”.

Talvez sejam estes aspectos os responsáveis pela não consolidação do plano plurianual, tal como previsto na nova Carta: ser um documento mais voltado para o planejamento, por excelência, de duração de médio prazo do que uma mera referência a ser observada pela administração pública à execução dos orçamentos, sujeito a manobras movidas por pressões de despesas consideradas urgentes ou extemporâneas, quando não se apropriando da flexibilidade, generalidade ou subjetividade na definição de objetivos e metas.

O quadro seguinte ilustra bem a disposição, no tempo, da vigência dos primeiros planos plurianuais em relação aos períodos do atual e dos últimos governos presidenciais.

Além de indicar os períodos compreendidos pelos planos plurianuais, o quadro mostra também a presença de importantes modificações ocorridas nesses períodos e que não foram previstas pela Constituição: a revisão do plano plurianual, que compreenderia o período de 1993–1995, e a indicação extemporânea estabelecida na Lei que instituiu o PPA seguinte, PPA–1996/1999, seguindo a orientação contida na Lei de Diretrizes Orçamentárias para 1996<sup>46</sup>, ao transferir à lei orçamentária para 1996 a responsabilidade pela definição e composição da programação das metas para o primeiro ano do plano. Essa transferência, produto eminente da inconsistência temporal anteriormente referida, denota, em certo sentido, a preponderância dos orçamentos anuais sobre os planos plurianuais.

GOVERNOS COLLOR E ITAMAR				PRIMEIRO GOVERNO FHC					SEGUNDO GOVERNO FHC			
1º PPA (1991-1995)				2º PPA (1996-1999)					3º PPA (2000-2003)			
1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003



### 3.2. O primeiro Plano Plurianual (1991-1995)

Com o advento da Constituição, ocorrido no início de outubro de 1988, e seguindo o estabelecido em relação aos prazos previstos quanto ao encaminhamento ao Congresso Nacional e à consequente sanção dos anteriormente referidos projetos de lei, o primeiro plano plurianual somente pode vigor a partir do segundo ano do governo seguinte ao da promulgação da nova Carta.

Mesmo com todas as dificuldades de ordem legal, institucional, técnica e temporal, conforme mencionamos topicamente, o primeiro Plano Plurianual foi encaminhado à apreciação do Congresso Nacional em 1990<sup>47</sup> e sancionado, com vetos, em janeiro de 1991<sup>48</sup>. Tais vetos ocorreram em modificações introduzidas por meio de emendas parlamentares.

No Congresso Nacional, foram apresentadas 528 emendas, segundo dados obtidos na Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização.

Diante da ausência da lei complementar, por ocasião da elaboração do Plano Plurianual os novos termos introduzidos pela Carta de 88 foram assim entendidos:

- diretrizes: conjunto de critérios de ação que deve disciplinar e orientar os diversos aspectos envolvidos no processo de planejamento;
- objetivos: resultados que se pretende alcançar com a realização das ações governamentais;
- metas: especificação e quantificação física dos objetivos estabelecidos;
- despesas decorrentes das despesas de capital: despesas correntes imprescindíveis à manutenção e implementação dos projetos; e
- programas de duração continuada: gastos correntes de atividades compreendidas em subprogramas voltados para ações-fim<sup>49</sup>.

A Lei que estabeleceu o Plano Plurianual apresentou os seguintes anexos, relativos à diretrizes, objetivos e metas, principalmente:

- a) Anexo I – Diretrizes e Objetivos Gerais;
- b) Anexo II – Diretrizes e Metas Setoriais;
- c) Anexo III – Relação dos Projetos Prioritários;
- d) Quadro das Despesas.

Note-se, que ao dispor sobre prioridades, o Plano Plurianual adota como próprio um termo não referido na Constituição e que, de tanto ser citado pelos planos que se sucederam, aparentemente acabou-se perpetuando como se inerente fosse, ao invés de ser considerado apenas como um atributo da lei de diretrizes orçamentárias<sup>50</sup>.

Adotou-se também uma abrangência bem menor ao literalmente definido pela Carta, ao compreender apenas as tidas como integrantes de ações-fim de governo.

Acrescente-se, que essa primeira tentativa de traduzir o definido pela norma constitucional não obteve o sucesso esperado e muitas críticas ao plano foram imputadas. Tanto foram as opiniões de negação à aplicabilidade do PPA que até o próprio Relator-Geral, Deputado João Alves, em seu Parecer mencionou a falta de relevância em apreciá-lo no âmbito do Congresso Nacional, mesmo porque no próprio texto encaminhado pelo Executivo já era prevista sua revisão. Assim, relatou o Deputado:

“(…) A proposta é superficial e muito questionável em diversos aspectos do seu conteúdo. Tanto é verdade que o próprio Governo propunha em sua Mensagem uma revisão já para o próximo ano, o que não seria normal em se tratando de um programa quinquenal. (...)”

“(…) Diante desta realidade, o Relator Parcial (Deputado Genebaldo Correia) sugeriu no seu texto o adiamento da revisão proposta pelo Governo para o ano de 1992. E assim, foi aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado pelo Presidente da República<sup>51</sup>. (...)”

Observe-se que a dificuldade em discernir os novos pressupostos introduzidos pela Carta de 1988 estava ainda presente. Confundia-se, por exemplo, até noções sobre o que seria a proposta encaminhada pelo governo, conforme foi mostrado no relatório anteriormente citado, ao referir-se ao Plano Plurianual chamando-o de “um programa quinquenal”. Com efeito, não se sabia, ao certo, que sentido foi dado ao uso da expressão. Ou referia-se ao programa de governo defendido pelo presidente, enquanto candidato, ou reportava-se ao Plano Plurianual propriamente dito.

O que ficou patente, no entanto, não foi a confusão produzida pela inexistência de lei complementar, mas a confirmação da ausência de compromisso com o planejamento<sup>52</sup>, enquanto formador de objetivos e metas nacionais, assim como das diretrizes necessárias à implementação das então atuais ou novas políticas públicas. O descortinar dessa realidade depõe contra a consciência do momento histórico produzido pela Constituinte, objetivada, nesse ínterim, em determinar de fato os marcos do planejamento nessa nova fase da política nacional, na definição clara e detalhada dos objetivos e metas a serem alcançados e partilhados nos diversos *locis* de atuação governamental ou de manifestação do poder público, sem revisões, sem adulterações.

### 3.3. A revisão do primeiro PPA (1993–1995)

A Primeira Revisão do PPA para o período de 1991 a 1995 reportou-se ao triênio de 1993 a 1995 e foi encaminhada à apreciação legislativa em fevereiro de 1992, por meio da Mensagem Presidencial nº 2 de 1992–CN, nº 42/92 na origem. No Congresso Nacional, a matéria, que recebeu 345 emendas parlamentares, formalizou-se como Projeto de Lei nº 1, de 1992–CN<sup>53</sup>, tendo como relator o Senador Dario Pereira.

O Projeto de Lei nº 1, de 1992–CN, foi organizado diferentemente do PPA original, mas em essência trouxe os mesmos

detalhes e problemas antes encontrados. Dividido em dois anexos, o primeiro tomo incluiu as prioridades de governo distribuídas em cinco grandes setores de governo, que foram, por sua vez, também priorizados: 1) Educação, Saúde, Ciência e Tecnologia (que incluía ação integrada para a criança e o adolescente, melhoria da qualidade da educação básica, capacitação tecnológica: qualidade e produtividade e consolidação do Sistema Único de Saúde – SUS); 2) Reforma Agrária e Incentivo a Produção Agrícola; 3) Recuperação e Conservação do Meio Ambiente Rural e Urbano; 4) Consolidação e Recuperação da Infra-Estrutura; e 5) Abertura e Modernização da Economia.

O Anexo II tratou de relacionar as diretrizes, objetivos e metas setoriais – organizado de forma a explicitar as ações de governo por órgão, ou seja, basicamente, por Poder e no Poder Executivo por ministérios –, os quais foram antecedidos de breve exposição das dificuldades, necessidades e aspirações de cada órgão, além das prioridades previstas para o triênio, em relação aos Poderes Legislativo e Executivo, sem separação clara do que seria um e outra, objetivo e diretriz. Sobre os constantes nos órgãos pertencentes ao Poder Executivo, tanto as diretrizes quanto os objetivos se mostraram mais organizados por um lado e muito genéricos por outro, sem apresentar, contudo, metas físicas mensuráveis em todos os ministérios enfocados.

Integrava também a revisão do Plano Plurianual para o triênio, apesar de não compreender formalmente o projeto de lei encaminhado, na forma de adendo, o Anexo III, que encerrava uma análise conjuntural do País e o posicionamento do governo em relação à estratégia de desenvolvimento a ser empreendida, intitulado “Desafios e Potencialidades do Brasil, Estratégia de Desenvolvimento e Premissas do Plano Plurianual”.

Apesar de alguns avanços em termos de organização e definição do dispêndio

público, disposto por setores de governo<sup>54</sup>, o plano não passava de uma carta de intenções, vez que, dada a sua excessiva generalidade, acabou não se configurando como um plano eficiente, não aferível nem no tempo nem no conjunto das ações previstas, quanto mais particularmente, na avaliação detalhada dos programas orçamentários, como se supunha realizável inicialmente.

Aliás, ao dispor sobre a avaliação, toca-se em um outro ponto tão importante quanto a forma de apresentação e a conceituação do nível de abrangência das despesas a serem compreendidas nos planos plurianuais, o controle, que inclui o acompanhamento e a avaliação da execução das diretrizes, objetivos e metas executadas pelos orçamentos da União e priorizadas pelas leis de diretrizes orçamentárias. Tais instrumentos, no entanto, não são previstos nem na legislação ordinária nem na Constituição que aprovou os novos planos, o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias.

### *3.4. O segundo Plano Plurianual (1996–1999)*

O segundo PPA reportou-se ao período de 1996 a 1999 e foi encaminhado à apreciação legislativa por meio da Mensagem Presidencial nº 410, de 1995 (nº 934, na origem). No Congresso Nacional, a matéria, que recebeu 1.535 emendas parlamentares, formalizou-se como Projeto de Lei nº 36, de 1995–CN, tendo como relator o Deputado Osvaldo Coelho<sup>55</sup>.

Dividido também em duas partes, o Plano apresentava na primeira um rol de objetivos gerais e diretrizes amplas, sem especificação de metas, a serem desenvolvidas pelo governo, especificando-se tanto as estratégias de ação quanto as de áreas de atuação em que se aportariam preferencialmente os recursos necessários.

Essa parte, intitulada Diretrizes da Ação Governamental, referindo-se às estratégias, apresentou as seguintes linhas de ação:



*a) quando associadas à “Construção do Estado Moderno e Eficiente”:*

- “consolidação do processo de saneamento das finanças públicas;”
- “descentralização das políticas públicas para Estados e Municípios, setor privado e organizações não governamentais;”
- “aumento da eficiência do gasto público, com ênfase na redução dos desperdícios e no aumento da qualidade e da produtividade dos serviços públicos;”
- “aprofundamento do programa de desestatização;”
- “modernização das Forças Armadas e de seus níveis operacionais;”
- “modernização da Justiça e dos sistemas de Segurança e Defesa Nacional;”
- “reformulação e fortalecimento da ação reguladora do Estado, inclusive nos serviços públicos privatizados;”
- “reformulação e fortalecimento dos organismos de fomento regional;” e
- “modernização dos Sistemas de Previdência Social.”

*b) quando associadas à “Redução dos Desequilíbrios Espaciais e Sociais”:*

- “criação de novas oportunidades de ocupação da força de trabalho;”
- “redução dos custos de produtos de primeira necessidade;”
- “aproveitamento das potencialidades regionais, com uso racional e sustentável dos recursos;”
- “fortalecimento da base de infraestrutura das regiões menos desenvolvidas;”
- “fortalecimento da política de desconcentração industrial;”
- “redução da mortalidade infantil;”
- “ampliação de acesso da população aos serviços básicos de saúde;”
- “melhoria das condições de vida, trabalho e produtividade do pequeno produtor e do trabalhador rural;”
- “melhoria das condições de vida nas

aglomerações urbanas críticas (segurança pública, saneamento, habitação, transporte coletivo, serviços urbanos, desporto, cultura e meio ambiente);”

- “mobilização da sociedade e comprometimento de todo o governo para a erradicação da miséria e da fome;” e
- “fortalecimento da cidadania e preservação dos valores nacionais.”

*c) quanto associadas à “Modernização Produtiva”:*

- “modernização e ampliação da infraestrutura;”
- “aumento da participação do setor privado em investimentos para o desenvolvimento;”
- “fortalecimento de setores com potencial de inserção internacional e estímulo à inovação tecnológica e à reestruturação produtiva;”
- “melhoria educacional, com ênfase na educação básica;” e
- “modernização das relações trabalhistas.”

Como se vê, as estratégias relacionadas são muito amplas, parecendo mais uma relação de prioridades sócio-econômicas, de âmbito nacional, a serem permanentemente alcançadas pelos três níveis de governo: União, Estados e Municípios. Essas prioridades transparecem grande subjetividade, mostrando-se, conforme é enfocado, ser mais um conjunto de necessidades associado à vontade de superá-las, por exemplo, que estratégias imputam-se à União no emprego da “melhoria das condições de vida nas aglomerações urbanas críticas”, ou estas cabem somente aos próprios municípios que assistem a esses problemas, quotidianamente? Devemos acreditar que não, em face de tratar-se, clara e inequivocamente, de “Diretrizes da Ação do Governo”, enquanto federal.

A propósito, sobre essa questão, o Constituinte, quando insculpuiu “a lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de

forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da *administração pública federal* para...” (grifo nosso), não se referiu apenas à administração pública, simplesmente, atribuindo-se à *administração pública* ampliada, decorrente da ação do Estado como um todo, nos diferentes níveis de administração estadual, municipal, direta, indireta, fundacional, ou empregada pelas empresas estatais, mas à administração pública federal.

Ademais, por meio desse raciocínio, pode-se concluir que, de acordo com o disposto no art. 37 da Constituição, ao se referir à administração pública federal como o conjunto dos Poderes da União, o campo de ação do PPA também inclui as diretrizes, objetivos e metas dos Poderes Legislativo e Judiciário.

Ao deter-se, ainda, sobre a parte primeira desse PPA, “Diretrizes da Ação Governamental”, vale acrescentar o item intitulado “Da alocação dos recursos”, que se mostra como um indicador no aporte preferencial de recursos a determinados setores de atuação governamental, contribuindo-se, enfim, em direção, apesar de tênue e ainda com certa dose de subjetividade, à função indicativa inerente ao planejamento voltado à iniciativa privada, e assim expõe:

“Sob o aspecto setorial, as prioridades serão dadas da seguinte forma:

- Nas áreas de saneamento básico, educação e ciência e tecnologia, a alocação dos recursos da União deve ser orientada preferencialmente para ações das quais resulte a redução dos desequilíbrios espaciais;
- Na área de recursos hídricos, a alocação dos recursos deve ser direcionada para regiões ou sub-regiões em que o *déficit* do balanço híbrido comprometa o abastecimento humano ou seja uma barreira estrutural para o desenvolvimento agropecuário;
- Na área de agricultura, a alocação dos recursos se fará prioritariamente para a pesquisa aplicada, reforma

agrária, capacitação dos produtores rurais, apoio à gestão das formas associativas de produção e integração das cadeias agro-industriais;

- Nas áreas da indústria e do comércio exterior, os recursos serão destinados preferencialmente à desconcentração geográfica da produção industrial, com o apoio às micro e pequenas empresas e com a elevação da qualidade e da competitividade;
- Na área de turismo, a alocação dos recursos deve ser orientada preferencialmente para inversões em infra-estrutura turística e capacitação de recursos humanos;
- Na área de desenvolvimento social, os recursos devem ser aplicados em favor das regiões mais carentes do País, conforme diagnósticos contidos no trabalho “O Mapa da Fome: Subsídios à Formulação de Uma Política de Segurança Alimentar – 1994 – IPEA” e no relatório da Comissão Mista do Congresso Nacional que tratou do desequilíbrio econômico inter-regional brasileiro.”

A segunda parte do plano, destinada a apresentar “os objetivos e metas da ação governamental”, relaciona por áreas temáticas e por ações/projetos os objetivos e metas da administração pública sob a responsabilidade do Poder Executivo. São as seguintes áreas temáticas:

- “Infra-estrutura Econômica: envolvendo as áreas de transportes, de energia e de comunicações;
- Recursos Hídricos;
- Agricultura;
- Indústria e Comércio Exterior;
- Turismo;
- Ciência e Tecnologia;
- Meio Ambiente;
- Desenvolvimento Social: compreendendo as áreas da previdência social, assistência social, saúde, educação, saneamento, habitação, desenvolvimento urbano e trabalho;

- Cultura, Justiça, Segurança e Cidadania: compreendendo as áreas da cultura, da justiça e segurança pública e do desporto;
- Estado e Administração Pública: compreendendo as áreas de planejamento e administração pública, relações exteriores, defesa judicial e extrajudicial da união e fiscal e fazendária; e
- Defesa Nacional.”

O quadro que acompanha essa parte, relacionado com a exposição das metas, segundo essas áreas de atuação, está organizado nos seguintes níveis de agregação:

- ação (composto de vários objetivos afins);
- objetivos (composto de várias metas afins); e
- metas (identificável isoladamente, com indicação, em percentuais, da região ou regiões beneficiadas).

Vale citar, também, que esse PPA não definiu valores financeiros. Concentrou-se em definições estratégicas, consubstanciado em objetivos e em algumas metas fisicamente delineadas. Como avanço, pode-se citar a previsão de sua avaliação anual contida no próprio PPA<sup>56</sup>.

A participação legislativa na elaboração desse PPA deu-se, ainda, de forma muito tímida. Concentrou-se, sobretudo, na reordenação do projeto encaminhado pelo Executivo, tornando-o mais próximo dos orçamentos. As proposições apresentadas no Legislativo pelos seus membros, materializadas em formas de emendas, voltaram-se mais aos aspectos orçamentários, propriamente ditos, preocupadas em assegurar a compatibilidade do PPA com o plano orçamentário, ou seja, como se aquele fosse um plano de dotações orçamentárias que, após suas definitivas inclusões, tornar-se-iam aptas a, efetivamente, figurarem no orçamento anual. Nada, portanto, foi criado que culminasse na inserção de políticas públicas eventualmente não contempladas pelo Poder Executivo. Introduziram-se algumas metas de caráter eminentemente

local, parecendo como estrategicamente posicionadas em viabilizar dotações orçamentárias futuras, e outras destinadas a alterar a regionalização pretendida.

De qualquer modo, cumpre-se relacionar os objetivos que foram incluídos nessa fase de elaboração do referido plano, no âmbito do Congresso Nacional, a saber:

➤ *Na área de Energia:*

– Inclusão do seguinte objetivo “ampliação da utilização do gás natural como fonte energética, com a construção do gasoduto Brasil-Bolívia, para o abastecimento do Centro-Oeste/Sudeste, e a consolidação do gasoduto do Nordeste”.

➤ *Na área de Recursos Hídricos:*

– Substituição do objetivo encaminhado pelo Poder Executivo, “estudo da viabilidade econômica e ambiental do Projeto Transposição de Águas do Rio São Francisco”, para “estudo de viabilidade econômica e ambiental, elaboração e implementação de um programa nacional de integração de bacias hidrográficas”.

➤ *Na área de Agricultura:*

– Inclusão do objetivo em implementar ações voltadas ao apoio e à gestão de entidades associativistas;

➤ *Na área de Educação:*

– Inclusão do objetivo “fortalecimento do ensino nas áreas rurais”.

### *Conclusões*

O planejamento como técnica racional, conforme mencionamos no início desse estudo, pode ser perfeitamente empregado em economias capitalistas, em que o nível de intervenção do Estado na economia é mínimo, mesmo até em países como os Estados Unidos, com forte presença liberal.

O emprego do planejamento é recente. A União Soviética, por exemplo, que adotou o primeiro plano quinquenal em 1929, foi o único país, antes da Segunda Grande Guerra, a usar o planejamento de maneira sistemática.

No Brasil, o planejamento desenvolveu-se como um sistema misto de atuação governamental; serve-se como normativo, quando voltado à administração pública, e indicativo, quando reporta-se à iniciativa privada. A própria Constituição validou esse processo ao estabelecer em seu art. 174 essa classificação.

As primeiras aparições nessa linha, apesar de não caracterizada ainda como método, no processo, ocorreram a partir da década de trinta, quando o Estado começou a intervir, mesmo de forma não sistemática, mas continuamente crescente, na economia.

A Constituição de 1946, considerada à época como a Constituição *planejamentista*, conforme Costa (p. 40), referindo-se às citações da palavra plano, constantes em diversas de suas disposições constitucionais (art. 156, art. 198, art. 199, art. 29 – ADCT, etc.), e à presença da figura conhecida como vinculações de receitas (art. 15, IV, § 4º, art. 169) – que denota o compromisso da União em prover e manter, preferencialmente, certas ações, ou transferir recursos a outras esferas de governo – que, em certo sentido conduzem, em ambos os casos, e implicitamente, à idéia de planejamento, propiciou a primeira e única participação do Poder Legislativo, até 1988, na elaboração e aprovação de um plano federal, o Plano Salte.

Desde as primeiras intervenções governamentais até a consolidação do planejamento, estruturada no chamado sistema de planejamento federal, criado com o advento do Decreto-Lei 200, de 1967, o planejamento sempre esteve associado à política de desenvolvimento econômico consubstanciado no processo de industrialização do País, concebida sob a orientação inequívoca – durante os Governos de Getúlio e de JK – de promover a substituição de importações.

A partir do esgotamento do modelo baseado na substituição de importações, promovido pela absoluta falta de financiamento externo – considerando-se a inexistência de recursos internos suficientes nas

agências oficiais de fomento, mormente no BNDES –, por decorrência de mudanças estruturais havidas nos países centrais, principalmente, e que ocasionaram abruptas oscilações da taxa de juros internacionais, além da elevação do preço do barril de petróleo *in natura*, que, por sua vez, impingiram significativo viés nas contas externas do País, o retrocesso no processo de desenvolvimento, até então vigente, apresentou-se como inevitável.

Nesses dias, não estiveram presentes políticas voltadas ao desenvolvimento econômico, mas as centradas no controle fiscal e cambial, de cunho essencialmente monetarista. O Brasil passou a conviver, em um processo cíclico, com resultados recessivos e de estagnação do crescimento econômico, permeado por uma ambiência de inflação progressivamente crescente.

Com efeito, sem fontes de financiamento abundantes, o País, agravado pelo desequilíbrio de suas contas, tanto externas quanto internas, e sem recursos para esterilizar as dívidas com lastro em títulos públicos, impulsionado, sobretudo, pelo compasso crescente do estoque da Dívida Mobiliária Pública Federal – estimada em ser superior, atualmente, em valores correntes, a R\$ 300 bilhões, o que representa 1/3 (um terço) do PIB –, passa a se preocupar cada vez mais com sua capacidade de pagamento e, em consequência, em ser mais um controlador de gastos e um efetivo dependente do perfil de suas dívidas do que a alavanca imprescindível ao desenvolvimento econômico e social.

Antes, porém, de ter alcançado o desequilíbrio ensejado a partir da segunda metade da década de setenta, quando o País ainda trilhava a trajetória do desenvolvimento econômico, a presença do Estado sempre foi marcante na alavancagem desse desenvolvimento, indubitavelmente marcado pelo sentimento nacionalista.

Na consecução desse objetivo estratégico, conscientemente introduzido no aparelhamento Estatal a partir do Estado Novo,

serviu-se o Estado de novas técnicas de concepção e inserção de políticas públicas na burocracia tradicional. Vários autores atribuem a essas técnicas e ao firme propósito de implementação do processo de industrialização no País a matriz de mudança: de um país essencialmente agrário ao relativamente industrializado; de população concentrada no meio rural à urbana.

Ao longo desse processo, esteve sempre presente a atuação do técnico, chamado por Galbraith de tecnoburocrata. Esse ator teve relevante participação no fortalecimento do Estado. Ocupou, dentro do Executivo, papel crucial na formulação e implementação de políticas públicas, desde a formação de uma agenda voltada a esse fim até a formulação e execução dessas políticas, apesar de não partilhá-la, enquanto representante do Estado, com a esfera política, representada por excelência pelo Poder Legislativo.

Durante o regime militar, aprofunda-se o Poder Executivo como forte centralizador de decisões, com substantiva assunção de atividades privadas, incorporando-se de ações empreendedoras, além de assomar-se ao poder quase absoluto de legislar, possibilitado, principalmente, pelo uso dos decretos-leis, quando não provido por normas, resoluções e portarias, em assuntos não conhecidos pelo Legislativo, mas de competência de entidades ou de órgãos do próprio Executivo, tais como os Conselhos de Desenvolvimento Econômico e Monetário Nacional, o Banco Central do Brasil etc. Esses fatores contribuíram para certa superposição do Poder Executivo sobre o Legislativo, mormente nos assuntos compreendidos pelas finanças públicas.

Observe-se que, sobre esse poder legislante excepcional do Executivo, o instituto da Medida Provisória, conforme vem sendo utilizado<sup>57</sup>, sem limitação ou fronteiras de qualquer ordem, tem colocado o Legislativo na incômoda posição de seguir a reboque da fúria normativa do Poder Executivo e, em certa medida, ter contribuído para a manutenção da situação de dese-

quilíbrio entre os Poderes da União, observada sob a égide da Constituição anterior.

Com o advento da nova Carta, o plano plurianual surge, em meio a isso, para atuar como um plano de médio prazo, compreendendo, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal, inclusive dos Poderes Legislativo e Judiciário, para as despesas de capital, além das despesas correntes provenientes das despesas de capital previstas no plano, assim como para as despesas correntes relativas aos programas de duração continuada.

Pela análise isolada, considerando-se apenas o disposto no artigo 165, § 1º, pretende o PPA ser um plano voltado somente ao Estado representado pelos Poderes da União e das despesas desenvolvidas por estes. Contudo, sendo o Estado também “regulador da atividade econômica” e a função de planejamento também orientada à iniciativa privada, na forma de “indicativo para o setor privado”, e os demais planos previstos pela Constituição – a lei orçamentária anual e os planos regionais e setoriais – estabelecerem estrita conformidade com o PPA (CF, art. 165, § 3º), é crível concebê-lo como um plano de dimensões bem superiores ao que aparentemente se mostra ou tem sido considerado.

As limitações e confusões, a nosso ver ocorridas na concepção dos planos plurianuais havidos, derivaram sobretudo da ausência da lei complementar que disciplinaria a relação entre esses planos, a efetividade do novo sistema de planejamento e de orçamento e, principalmente, a normalização das relações entre os Poderes da União.

A respeito do assunto anterior, o Executivo levou décadas para desenvolver sua estrutura burocrata, denominada por Ianni de tecnoestrutura<sup>58</sup>. O Legislativo, a seu turno, afastado das decisões, e sem poder sequer destinar a si próprio recursos orçamentários ao aprimoramento e à formação dos meios necessários a alcançar, vê-se, com a súbita possibilidade de partilhar,

juntamente com o Executivo, a órbita decisiva nos assuntos abrangidos pelos orçamentos, na sua nova configuração, totalmente despreparado, sem apoio técnico suficiente frente aos novos desafios, tanto de recursos materiais, informatizados, com capacidade geradora de informações, quanto de um número de pessoas habilitadas ao assessoramento sistemático e providencial à altura da velocidade tecnocrata do Executivo e com capacidade de influir no processo.

Tornam-se perfeitamente naturais, em uma perspectiva histórica, os erros assistidos na concepção desses planos, relacionados na apropriação ética das novas, e portanto difíceis, prerrogativas.

De lá pra cá, alguns avanços já foram realizados e outros caminham nessa linha. O Regimento Interno do Congresso Nacional, por exemplo, quando da concepção da nova Carta, apresentava-se totalmente desatualizado, precisando urgentemente de uma revisão ampla, e o Congresso vem-se empenhando nesse sentido. Tanto é que o processo de elaboração orçamentária dá-se hoje com a maior transparência e eficiência possíveis, graças ao estabelecimento de novas regras regimentais.

Muito há que fazer! Existindo consciência política voltada ao estabelecimento claro dos objetivos e metas de médio prazo sobre as metas de curto prazo e à formulação e implementação de políticas públicas, por meio da co-autoria dos planos, em especial o PPA, será importante que se afirme o fortalecimento da estrutura técnica do Congresso Nacional, a fim de que se possa tanto tornar eficientemente factível a apreciação das medidas provisórias e dos projetos de leis encaminhados ao Congresso Nacional pelo Executivo, quanto analisar e estabelecer parâmetros, com o viés centrado na avaliação de viabilidade econômica das ações propostas, ou aprovadas pelo Legislativo, em relação aos objetivos econômicos ou sociais pretendidos.

Em outras palavras, é importante separar dotações orçamentárias de objetivos e

metas nacionais. As dotações são os meios à consecução dos objetivos e das metas delineados em um plano. Planos com perspectivas temporais distintas não podem ser elaborados ou apreciados ao mesmo tempo, ou seja, não podem ser concebidos ou transformados em lei concomitante com orçamentos anuais, quando são discutidas premências de curto prazo. O cenário é outro, as discussões voltam-se necessariamente às questões presentes.

É importante complementar também, pelo entendimento das disposições constitucionais e embora os planos plurianuais possam constituir-se em importante instrumento do planejamento, que tais diplomas foram imaginados sob a ótica das despesas do Estado. Em nenhum dispositivo são atribuídos ingredientes que não sejam os relacionados com despesas, e apenas despesas, e que compreendam exercícios financeiros contíguos. Para considerá-los como planos de desenvolvimento, como vimos no passado, são necessários que estes tenham um espectro de ação muito maior, envolvam todas as esferas de governo e encerrem políticas direcionadas à sociedade com a participação inclusive do setor privado e das entidades que integram o chamado terceiro setor, que hoje exercem um importante papel junto à população menos assistida.

Inexistiu, portanto, em relação aos planos federais, qualquer participação direta do Legislativo nesse processo de desenvolvimento. A única intervenção substantiva havida, embora se restringisse aos aspectos financeiros e tenha sido procedida no âmbito do Executivo, ocorreu com o Plano SALTE. Evidentemente, se o Congresso Nacional possuísse uma estrutura técnica à altura da existente no Executivo, as discussões e decisões poderiam dar-se com maior aprofundamento e consciência.

Dessa feita, é nosso entendimento que somente com um Legislativo autônomo e totalmente independente, na acepção maior da palavra, em relação ao Executivo, e suficientemente capaz, apoiado em uma

estrutura técnica adequada, com melhor especialização, para conter o rolo compressor do poder legiferante impelido pelo Executivo e de avaliar, com aprofundamento, as ações propostas no bojo dos planos ou na propositura das leis, isto é, tanto em relação às patrocinadas pelo Executivo quanto às concebidas no âmbito do Congresso Nacional, é que, quiçá, conseguiremos efetivamente participar da implementação (que inclui o acompanhamento) das políticas públicas e, conseqüentemente, tornarmos melhor representados nas discussões e questões de relevo, não somente econômicas mas sobretudo sociais.

### Notas

<sup>1</sup> Referimo-nos à prestação anual de contas atribuídas ao Presidente da República pela Constituição Federal, art. 84, inciso XXIV.

<sup>2</sup> Referimo-nos ao exercício do controle externo exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, CF, art. 71, I.

<sup>3</sup> A Lei 4.320, de 17.3.64, arts. 34 e 35, considera como competente ao exercício financeiro, coincidente com o ano civil, “as despesas nele legalmente empenhadas”.

<sup>4</sup> Instrumento de planejamento introduzido pela Constituição Federal de 1988, art. 165.

<sup>5</sup> Termos introduzidos ao Direito Financeiro pela Constituição Federal de 1988, art. 165, § 1º.

<sup>6</sup> Sanches, O. Consultor de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados, exerceu a Coordenação Técnica do Orçamento por ocasião da elaboração do projeto de lei orçamentária anual da União para 1993, efetivamente concebido, no âmbito do Congresso Nacional, por técnicos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, sem a colaboração ou apoio do Executivo.

<sup>7</sup> A Constituição Federal de 1988 foi promulgada em 5.10.1988. A vigência dos instrumentos de planejamento e de orçamento, tais como a Lei Orçamentária Anual, somente começou a prevalecer no ano seguinte, 1989. A sistematização das emendas e a concepção do orçamento da União só foram concretizadas, no âmbito do Congresso Nacional, a partir de 1993, com a apreciação da proposta orçamentária para 1994.

<sup>8</sup> Lei Fundamental (*Grundgesetz*) 1947, reformulada em 1967 e 1969, conforme citada por Torres.

<sup>9</sup> Referimo-nos às receitas vinculadas a determinado fim ou instituição pública e às despesas tidas

como irredutíveis, ambas amparadas por lei ou por disposição constitucional.

<sup>10</sup> A Constituição de 1946 permitia que o Legislativo modificasse a proposta orçamentária encaminhada pelo Executivo sem restrições quanto ao limite de modificações ou de inclusões de despesas. Mas naqueles anos ainda não era conhecido o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias nem se cogitava da antecipação formal e prévia, por meio de outras leis, referindo-se à lei de diretrizes, com a finalidade precípua de reordenar a lei orçamentária anual e de estabelecer-lhe o norte.

<sup>11</sup> Os orçamentos brasileiros, apesar de aprovados em forma de lei, apenas autorizam o Executivo, no tocante às despesas de sua competência, a realizar até o limite de seus totais e no atendimento do estabelecido nas classificações programadas na própria lei orçamentária, observado o disposto na lei de diretrizes orçamentárias vigente. Cabe ao próprio Executivo, no entanto, a faculdade de realizá-lo ou não, isto é, salvos os casos em que as ações programadas nos orçamentos não tenham seu cumprimento exigido por lei ou por norma constitucional, tais como as que incorporem as despesas com o pessoal, parcela da dívida, precatórios etc. Este, em princípio, não dispõe da faculdade para realização dessas despesas, consideradas como compulsórias ou irredutíveis.

<sup>12</sup> Referimo-nos ao preceito constitucional que estabelece compatibilidade da lei orçamentária anual com o plano plurianual (art. 165, § 7º).

<sup>13</sup> Ao Projeto de Lei nº 44/91-CN, que dispõe sobre os orçamentos da União para o exercício de 1992, foram oferecidas 76.114 emendas, subscritas individualmente pelos membros do Congresso Nacional, conforme constam dos registros da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização.

<sup>14</sup> Criado pelo Decreto-Lei nº 1.058, de 19 de janeiro de 1939.

<sup>15</sup> Criado pelo Decreto-Lei nº 6.144, de 29 de dezembro de 1943.

<sup>16</sup> A taxa sobre operações cambiais, que se constituiu na principal fonte de receitas do Plano Especial e do Plano de Obras e Equipamentos (POE), foi criada em 27 de dezembro de 1937, por meio do DL nº 97, e extinta em 27 de fevereiro de 1946, com o DL nº 9.025. Com sua extinção, o POE perdeu sua principal fonte de recursos e, em decorrência, teve seu abandono anunciado, em 5 de dezembro de 1946, pelo Diretor-Geral do DASP.

<sup>17</sup> Mensagem ao Congresso Nacional do Presidente da República Eurico Gaspar Dutra (março de 1949).

<sup>18</sup> A Lei 1.102, de 18 de maio de 1950, que criou o Plano SALTE, estabeleceu que a movimentação, aplicação e comprovação das dotações a ele destinadas seriam feitas na forma do DL nº 6.144, de 29 de dezembro de 1944, que criou o POE. Tal estabelecimento, no entanto, encarregava à Comissão de Orçamento do Ministério da Fazenda a responsabilidade pela

execução dessas atribuições. Ocorre que, em 1950, essa Comissão foi extinta e em seu lugar surgiu a Divisão de Orçamento e Organização do DASP. Criou-se, assim, um conflito de competência permanente entre o Diretor-Geral do DASP e o Ministro de Estado dos Negócios da Fazenda (antigo Ministério da Fazenda), a quem cabia a movimentação financeira do orçamento e do plano.

<sup>19</sup> Havia dificuldades de coordenação do Plano, exercida pelo Diretor-Geral do DASP. Por meio do Decreto nº 28.225, de 12 de junho de 1950, foi criada a função do Administrador-Geral do Plano SALTE, sendo ocupada pelo Diretor-Geral do DASP, com grandes poderes administrativos, inclusive, com a faculdade de rever os objetivos do Plano, pelo menos em termos quantitativos ou em relação à conveniência de realização. Apesar dos poderes concedidos ao Administrador-Geral, coube, praticamente, aos ministros a realização dos vários projetos, segundo sua natureza de gestão e de acordo com os critérios da execução descentralizada, perdendo-se, em consequência, a perspectiva de médio prazo que era inerente ao Plano por ocasião de sua concepção. Assim, parafrazeando Costa (p.104), “pela precariedade de sua estrutura administrativa, o plano converteu-se, nessa fase, numa simples fonte de suplementação de verbas”.

<sup>20</sup> Em setores, como os de transporte e de energia, v.g., em que a ação estatal era desenvolvida para criar condições infra-estruturais, o planejamento poderia ficar adstrito aos órgãos governamentais, em caráter impositivo. Ao passo que, em existindo situações em que o Governo objetivasse acelerar o ritmo de produção de bens e serviços em determinados setores, v.g., a ação caberia à iniciativa privada. A característica impositiva do Plano SALTE foi revogada pela Lei nº 1.504, de 15 de dezembro de 1951, por iniciativa do Presidente Vargas, que solicitou ao Congresso Nacional sua revogação, transformando-a em mera autorização legislativa de obras e empreendimentos.

<sup>21</sup> Costa (p. 140) cita que entre 1940 a 1960, 19 das 25 capitais de Estados e Territórios tiveram a população duplicada.

<sup>22</sup> O atual Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) foi criado pela Lei nº 1.628, de 20 de junho de 1952.

<sup>23</sup> Informação retirada do Relatório Anual do BNDE de 1957 (p. 66), conforme Costa, p. 144.

<sup>24</sup> Costa (p. 149) considera que o Plano de Metas ficou popularmente conhecido como Programa de Metas.

<sup>25</sup> Para Matus, citado por Teixeira (p. 115), o conceito de programa “como uma oferta de enfrentamento a alguns problemas. E também uma convocação à ação. Em nível político, pode ter a forma de um programa eleitoral que compreenda diversas dimensões políticas, econômicas e culturais e estabeleça um compromisso do dirigente com a base social que o ator

social tenta representar. Como proposta, ele se diferencia do plano, da mesma forma que uma idéia representa apenas o ponto de partida do projeto que permite realizá-la”.

<sup>26</sup> Alguns autores, como Teixeira, consideram que o então candidato à Presidência da República, Juscelino Kubitschek, tenha adotado a estratégia política de não difundir as fontes de financiamento que suportariam seu plano a fim de não obter oposição ou críticas contundentes.

<sup>27</sup> A Constituição de 1937 permitia que o Executivo pudesse adotar orçamento especial de investimentos paralelo ao orçamento corrente de custeio. Com a promulgação da Carta de 1946, tal prerrogativa foi abolida, sendo estabelecida vedação à coexistência de planos desvinculados da lei de orçamento. Durante a vigência do Plano SALTE, foi observada essa vedação, fato não ocorrido durante o Plano de Metas (Costa, p. 99).

<sup>28</sup> “A influência do Congresso na implantação do PLAME limitava-se às deliberações orçamentárias anuais, no que concernia a 10 das 30 metas, correspondentes a menos de vinte por cento dos dispêndios totais. Essa influência tinha ainda a limitação dos fundos vinculados que atingiam 55% do total de recursos oriundos de dotações orçamentárias. Dos restantes 45%, parcelas ponderáveis eram vinculadas por lei a programas regionais como o do Vale do São Francisco, o da Amazônia e o Polígono das Secas” (Costa, p. 165).

<sup>29</sup> É facultado ao Legislativo alterar os projetos de lei do orçamento anual, ou de seus créditos adicionais (CF, art. 166, § 3º, II). A outra variável, compreendida pelas receitas que financiam essas mesmas despesas, não pode, em princípio, ser alterada pelo Legislativo. O pano de fundo que conforma essas variáveis decorre de um postulado básico definido pelo direito financeiro como equilíbrio orçamentário.

<sup>30</sup> A Carta de 1988 assegura a participação legislativa na parte referente às despesas orçamentárias desde que estas não conflitem com o estabelecido no plano plurianual e na lei de diretrizes orçamentárias em vigor (art. 166, §3º, I).

<sup>31</sup> Referimo-nos às despesas previstas para pagamento de despesas correntes devidas por disposição constitucional ou legal e por essa razão devam ser realizadas (v.g. transferências constitucionais a Estados e Municípios, pessoal e encargos sociais, serviço da dívida, etc.) e outras, também urgentes, estabelecidas pela natureza em que são revestidas e que, de certo modo, podem produzir comoção social. (v.g. manutenção dos hospitais públicos, dos benefícios da previdência social, etc.).

<sup>32</sup> Refere-se ao expediente utilizado pelo Executivo, posteriormente à Carta de 1988, segundo o qual são estabelecidos os níveis e a identificação da despesa a serem cortados ou, por exclusão, passíveis de realização no orçamento aprovado pelo Legislativo em



relação às despesas de sua responsabilidade ou gestão, ou seja, àquelas compreendidas no âmbito do próprio Executivo.

<sup>33</sup> Emenda Constitucional nº 9, art. 9º.

<sup>34</sup> Com o advento do Decreto-Lei 200, de 1967, regulamentado pelo Decreto nº 71.353, de 9.11.72, a atividade de planejamento passa finalmente a compreender a administração direta do serviço público e ser considerada pelo Estado como inerente às suas atribuições correntes. A concepção de desenvolvimento é enfim formalizada e a sua busca passa a ser constante por boa parte do período dominado pelo regime.

<sup>35</sup> I PND (Lei nº 5.727, de 4 de novembro de 1971, dispõe sobre o plano para o período de 1972 a 1974; RCN nº 1, de 15 de maio de 1972, aprova as partes reformuladas do I PND); II PND (Lei nº 6.151, de 4 de dezembro de 1974, dispõe sobre o plano para o período de 1975 a 1979; RCN nº 1, de 23 de abril de 1975, aprova as partes reformuladas do II PND); III PND (RCN nº 1, de 5 de dezembro de 1979, aprova o III PND para o período de 1980 a 1985; RCN nº 1, de 22 de maio de 1980, aprova as partes reformuladas do III PND).

<sup>36</sup> Lei nº 7.486, de 6 de junho de 1986.

<sup>37</sup> Plano Trienal (1962-março de 1964).

<sup>38</sup> Plano de Ação Econômica do Governo (1968-1966).

<sup>39</sup> Plano Estratégico de Desenvolvimento (1968-1970).

<sup>40</sup> Segundo Teixeira, o BIRD define programa como sendo a aplicação do planejamento em determinado setor da economia e projeto como sendo a aplicação específica dentro de um determinado setor ( p. 23).

<sup>41</sup> O Senador José Serra, quando Deputado Constituinte, foi relator na Constituição da Comissão Temática sobre “Tributação, Orçamento e Finanças”.

<sup>42</sup> O art. 65, § 1º, da CF de 1969 estabelecia: “Não é objeto de deliberação a emenda de que decorra aumento de despesa global ou de cada órgão, fundo, projeto ou programa, ou que vise modificar-lhe o montante, natureza ou o objetivo”.

<sup>43</sup> Na verdade, apenas parte do orçamento recebe tal chancela compreendida pelo conjunto de despesas sem amparo legal ou constitucional para seu cumprimento.

<sup>44</sup> Dado apresentado pelo Ministro da Fazenda, em entrevista coletiva recentemente realizada, em cadeia de rádio e televisão, por oportunidade da anúncio das atuais medidas de caráter fiscal.

<sup>45</sup> Lei 4.320, de 17.3.64, 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.

<sup>46</sup> Lei nº 9.082, de 25 de julho de 1995, art. 3º.

<sup>47</sup> Por meio da Mensagem nº 140 de 1990 – CN, 636/90, na origem.

<sup>48</sup> Lei nº 8.173, de 30 de janeiro de 1991.

<sup>49</sup> Na linguagem orçamentária, entende-se como

“programa” e “subprograma”, as partes da classificação da despesa pública, utilizada nos últimos anos e adotada pelo serviço público federal para denominar os vários níveis e especificidades de ações, baseada na qual a própria administração pública busca a realização da ação governamental. Assim, utilizam-se os seguintes entendimentos: a) para “função”, como a maior aglutinação de despesas afins dentro de um setor de governo; b) para “programa”, a aglutinação dos meios e instrumentos de ação; c) para “subprogramas”, o somatório dos objetivos parciais, identificáveis dentro dos programas.

<sup>50</sup> Entendemos que o constituinte ao se referir exclusivamente às prioridades como integrantes das leis de diretrizes orçamentárias (art. 165, §§ 1º e 2º), considerando-se a limitação imposta pela escassez de recursos, que é própria em qualquer economia, e o princípio emanado da Constituição (art. 174, § 1º), na busca do desenvolvimento nacional equilibrado, quis estabelecer certa graduação ou preferência, no tempo, entre os objetivos e metas contemplados no plano de médio prazo, o Plano Plurianual.

<sup>51</sup> A Lei que dispõe sobre o 1º PPA estabelece no art. 5º: “O Plano Plurianual...ao longo de sua vigência, somente poderá ser revisado, ou modificado, por meio de lei específica, sendo que o projeto de lei relativo à primeira revisão deverá ser encaminhado ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da Sessão Legislativa de 1992.”

<sup>52</sup> Alguns autores, e em especial a mídia, consideraram que a confusão na elaboração orçamentária no âmbito do Congresso Nacional, ocorrida em seguida à promulgação da Constituição, favoreceu práticas consideradas ilegítimas e, sobretudo, antiéticas, que, posteriormente, redundariam em desvios de recursos ou das finalidades contidas na lei orçamentária anual ou em seus créditos adicionais. Parecia haver, na época, um claro propósito em “compatibilizar” o PPA com as leis orçamentárias anuais, consubstanciando-se em processo inverso ao estabelecido pela Constituição. Após alguns anos, com os escândalos conhecidos como “CPI do Orçamento” e “CPI do PC”, descobriu-se parte das razões que motivaram essa inversão, pautada em tornar compatível o que fosse decidido por ocasião das leis orçamentárias (Ver Salomão, L. A.).

<sup>53</sup> Refere-se à Lei nº 8.446, de 21 de julho de 1992.

<sup>54</sup> Referimo-nos às áreas de atuação governamental e não ao objeto a ser tratado pelos planos setoriais previstos na CF, art. 165, § 4º.

<sup>55</sup> O 2º PPA foi aprovado pela Lei nº 9.276, de 9 de maio de 1996.

<sup>56</sup> Lei nº 9.276, de 9.5.96, art. 2º.

<sup>57</sup> Referimo-nos ao dispositivo constitucional que estabelece a edição de medida provisória somente nos casos de relevância e urgência, art. 62.

<sup>58</sup> Teixeira, A, em *Planejamento público: de Getúlio a JK (1930-1960)*, refere-se a Tecnoestrutura Estatal, con-

forme conceituada por Ianni, “como um estágio novo do desenvolvimento do Poder Executivo, quando este incorpora, de modo cada vez mais sistemático e permanente, o pensamento técnico-científico e as técnicas de planejamento. Seu elemento político essencial é a hipertrofia do Executivo”. Não se trata da simples aplicação do conceito de John K. Galbraith. O conceito claramente definido por Ianni engloba “tanto os técnicos como os órgãos e os próprios meios necessários à elaboração, execução e controle da política econômica do governo”.

### Bibliografia

- ABREU, Haroldo. *A trajetória e o significado das políticas públicas: um desafio democrático*. Rio de Janeiro: Proposta, n. 59, p. 5-15, dez. 1993.
- ALVES, Denysard O., SAYAD, João. O plano estratégico de desenvolvimento. In: Lafer B. M. (Org.). *Planejamento no Brasil*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.
- BUCCI, Maria P. D. Políticas públicas e Direito Administrativo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 34, n. 133, jan./mar. 1997. p.89-98.
- CARDOSO, Fernando H. Aspectos políticos do planejamento. In: Lafer B. M. (Org.). *Planejamento no Brasil*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.
- CONTI, José M. C. *Direito Financeiro na Constituição de 1988*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- COSTA, Jorge G. *Planejamento governamental: a experiência brasileira*. 1. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1971.
- DALAND, Robert T. *Estratégia e estilo do planejamento brasileiro*. 1. ed. Tradução por Carlos Kronauer. Rio de Janeiro: Lidor, 1967.
- GIACOMONI, James. *Orçamento público*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- IANNI, Otávio. *Estado e planejamento econômico no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1977.
- JÁCOME, José Maria. O planejamento administrativo para o desenvolvimento econômico e social na América Latina. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, n. 4, 2º sem. 1968. p.7-57.
- LAFER, Betty M. O conceito de planejamento. In: Lafer B. M. (Org.). *Planejamento no Brasil*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.
- LAFER, Celso. O planejamento no Brasil: observações sobre o plano de metas (1956-1961). In: Lafer B. M. (Org.). *Planejamento no Brasil*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.
- MACEDO, Roberto B. M. Plano trienal de desenvolvimento econômico e social (1963-1965). In: Lafer B. M. (Org.). *Planejamento no Brasil*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.
- MARTONE, Celso L. Análise do plano de ação econômica do governo (PAEG) (1964-1966). In: Lafer B. M. (Org.). *Planejamento no Brasil*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.
- MATUS, Carlos. *Política, planejamento & governo*. Brasília: IPEA, 1993.
- MONTEIRO, Jorge Vianna. *Fundamentos da política pública*. Rio de Janeiro: IPEA/INPES, 1982.
- SALOMÃO, Luiz Alfredo. *Democracia x corrupção: segredos e lições da CPI do orçamento*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994.
- SANCHES, Osvaldo M. O ciclo orçamentário: uma reavaliação à luz da Constituição de 1988. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, v. 27, n. 4, out./dez. 1993. p. 54-76.
- \_\_\_\_\_. Processo orçamentário federal: problemas, causas e indicativos de solução. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 32, n. 126, p. 9-31-1995.abr./jun.
- \_\_\_\_\_. A participação do Poder Legislativo na análise e aprovação do orçamento. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 33, n. 131, jul./set. 1996.p. 59-77
- \_\_\_\_\_. A atuação do Poder Legislativo no orçamento: problemas e imperativos de um novo modelo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 35, n. 138, abr./jun. 1998. p. 5-23
- \_\_\_\_\_. *Dicionário de orçamento, planejamento e áreas afins*. Brasília: Prisma, 1997.
- SERRA, José. A Constituição e o gasto público. In: REIS VELOSO, João P. (Org.). *Modernização política e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1990.
- \_\_\_\_\_. *Orçamento no Brasil: as raízes da crise*. São Paulo: Atual Editora Ltda., 1994.
- SILVA, Marcos F. G. Políticas de governo e planejamento estratégico como problemas de escolha pública – II. *Revista de Administração de Empresas*. São Paulo, v. 36, n. 4, out./dez. 1996. p. 38-50
- SOUZA, Nelson M. Tecocracia e nacionalismo. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, n. 2., 2º sem. 1967. p. 71-111
- \_\_\_\_\_. O planejamento econômico no Brasil. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, n. 4, 2º sem. 1968. p.7-57
- TARAPANOFF, Kira. Planejamento governamental no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 29, n. 114, p. 549-568, abr./jun. 1992.
- TEIXEIRA, Alberto. *Planejamento público: de Getúlio a JK (1930 – 1960)*. Fortaleza: IPLANCE, 1997.
- TORRES, Ricardo L. *O orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

# Convenção coletiva à luz do Direito Internacional do Trabalho

Mario Antonio Lobato de Paiva

*“É o ideal a atingir, incontestavelmente, esse da substituição do contrato individual pelo contrato coletivo do trabalho. E o sindicato operário está destinado a realizar essa revolução no sistema industrial moderno. Dia virá em que o sindicato não será somente o porta-voz das reclamações e das reivindicações operárias; será contratador do trabalho, fixará com os sindicatos patronais as condições em que os trabalhadores poderão contribuir com sua atividade profissional para o desenvolvimento da indústria, respondendo, como pessoa jurídica, pela perfeita execução do contrato em nome de seus membros.”*

Evaristo de Morais  
(Apontamento de Direito Operário, 1905)

Apesar da variedade e peculiaridade das soluções consagradas nos sistemas jurídicos dos diversos países, em correspondência com o respectivo sistema econômico e social ou regime político, ou por força das particularidades do desenvolvimento histórico dos seus próprios sistemas de relações profissionais, é possível determinar um conceito unitário de convenção coletiva de trabalho suscetível de superar os particularismos nacionais, fazendo refletir numa definição os dados da experiência sociológica e jurídica comuns em matéria da negociação coletiva.

A experiência foi tentada e conseguida com singular êxito pela Organização Internacional do Trabalho, assim se demonstrando, por um lado, a especial aptidão desse organismo para a escolha das vias que

Mario Antonio Lobato de Paiva é Advogado integrante de la Red Mexicana de Investigadores del Mercado Laboral.

conduzem à progressiva uniformização das normas e instituições de direito do trabalho, mas, sobretudo, que os traços que fazem a especificidade e a originalidade da convenção coletiva estão presentes para lá dos particularismos, em todos ou quase todos os sistemas jurídicos. A convenção coletiva revela-se, assim, como um material mais dócil, do ponto de vista da dogmática jurídica, do que poderia supor-se a uma primeira impressão.

A definição foi, pela primeira vez, esboçada na Convenção nº 98 da Organização Internacional do Trabalho relativa ao direito de organização e de negociação coletiva (1949) e estabelece no artigo 4º:

“Se necessário, deverão ser tomadas medidas apropriadas às condições nacionais para encorajar e promover o maior desenvolvimento e utilização de processos de negociação voluntária de convenções coletivas entre patrões e organizações de patrões, por um lado, e organizações de trabalhadores, por outro, tendo em vista regular por esse meio as condições de emprego”.

Seguir-se-ia a Recomendação nº 91 relativa às convenções coletivas (1951), em cujo parágrafo 2-1 se avança pela primeira vez uma definição estruturada e que, aliás, viria a permanecer intocada por trinta anos:

“Para fins da presente recomendação, entende-se por ‘convenção coletiva’ qualquer acordo escrito relativo às condições de trabalho e de emprego, concluído entre, por um lado, um empregador, um grupo de empregadores ou uma ou várias organizações de empregadores, e, por outro lado, uma ou várias organizações representativas de trabalhadores, ou, na ausência de tais organizações, os representantes dos trabalhadores interessados, devidamente eleitos e mandatados por estes últimos em conformidade com a legislação nacional”.

Se em 1951 não houve condições para ir além de uma Recomendação, já a 67ª sessão

da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em junho de 1981, conseguiu adaptar o texto da Convenção nº 154 relativa à promoção da negociação coletiva, que, sem rever o conceito já fixado na Recomendação nº 91, completa-o (sobretudo quanto ao objeto) e precisa nos seguintes termos (artigo 2º):

“Para fins da presente convenção, o termo ‘negociação coletiva’ aplica-se a todas as negociações que têm lugar entre um empregador, um grupo de empregadores ou uma ou várias organizações de empregadores, por um lado, e uma ou várias organizações de trabalhadores por outro, com vista a

- a) fixar as condições de trabalho e de emprego, e/ou;
- b) regular as relações entre os empregadores e os trabalhadores, e/ou;
- c) regular as relações entre os empregadores ou as suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores.

Pode, assim, dizer que o conceito de convenção coletiva consagrado em direito internacional do trabalho revela hoje a conjugação entre o artigo 2º da Convenção nº 154 (1981) e o parágrafo 2-1 da Recomendação nº 91. Trata-se naturalmente de um conceito muito genérico, cuja amplitude não terá, por certo, correspondência em todos e cada um dos sistemas de direito positivo nacionais, visto ter havido o propósito manifesto de nele fixar conjuntamente – e com respeito pela práticas nacionais, como ressalta do uso sistemático de fórmulas alternativas – a multiplicidade dos aspectos em que pode analisar-se a convenção coletiva nos diversos sistemas de relações profissionais. Mas os traços fundamentais do instituto estão doravante fixados. Destacaremos os seguintes elementos da definição:

- a) a convenção coletiva é um acordo, adiantando-se que deve ser escrito;
- b) embora os empregadores possam negociar isoladamente, na celebração da convenção coletiva, pelo lado dos traba-

lhadores, deve intervir necessariamente uma organização representativa;

c) esse acordo é um meio apto a produzir todos ou só alguns dos seguintes efeitos, consoante a vontade das partes celebrantes: c.1) definir as condições de trabalho – o que corresponde à determinação e regulamentação emergentes dos contratos individuais de trabalho; c.2) definir genericamente designadas condições de emprego – o que permite a regulamentação de múltiplos aspectos que, sem revelarem diretamente o conteúdo das relações individuais de trabalho, em todo o caso influenciam ou condicionam a situação econômica e social dos trabalhadores; c.3) regular as relações que, por causa e ocasião do trabalho, estabeleceram-se entre a coletividade dos trabalhadores e os respectivos empregadores, ou entre organizações de trabalhadores e de empregadores – o que se traduz na

fixação, por mútuo acordo, de regras e obrigações e observações nas suas relações recíprocas.

Todos esses elementos são necessários ao conceito de convenção coletiva, mas um deles assume uma importância crucial para a definição da respectiva natureza jurídica e caracterização do seu conteúdo e dos seus efeitos a que tende. Trata-se da exigência de que do lado dos trabalhadores intervenha necessariamente, na sua celebração, uma organização. Para existir convenção coletiva, é de todo indispensável que se constitua uma relação coletiva de trabalho entendida, para abreviar considerações, como relação jurídica entre empregadores e organização de trabalhadores para regular, à luz do interesse coletivo de cada uma das categorias, as condições de trabalho aplicáveis aos representados e o próprio comportamento dos grupos enquanto tais.

# Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação

Marcelo Campos Galuppo

O estudo dos princípios jurídicos é um velho tema da Filosofia<sup>1</sup> e da Teoria do Direito, e compreender corretamente como eles são aplicados, em especial pelos tribunais, não é importante apenas do ponto de vista técnico do operador jurídico, como também para lançar luzes sobre o fundamento ético do direito moderno.

Tal estudo ganhou maior destaque com o período das codificações, no século XIX (Arce Y Flórez-Valdés, 1990: 34), pois até então sua validade e função eram universalmente reconhecidas pela doutrina jurídica correspondente ao período do Iluminismo, e só quando os Códigos passaram a assumi-los ou a recusá-los como fonte ou meio de integração é que a questão passou a ser controversa no nível da Teoria do Direito. O problema ganha ainda mais relevo quando o *Tribunal Internacional Permanente de Haia* assume-os como fonte de suas decisões, afirmando que os princípios gerais de direito reconhecidos pelas “nações civilizadas” constituiria direito positivo a ser aplicado por aquele tribunal (Esser, 1961: 16).

A primeira questão que se colocava acerca desses princípios, nos primeiros 60 anos de nosso século, era acerca de seu caráter normativo. Tanto juspositivistas<sup>2</sup> quanto jusnaturalistas<sup>3</sup> foram unânimes em reconhecer sua força vinculante. E essa posição ainda é a dominante na Teoria do Direito<sup>4</sup>. Mas ain-

Marcelo Campos Galuppo é Doutor em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor de Sociologia Jurídica e de Teoria Geral do Direito nos cursos de Graduação em Direito e Relações Internacionais da PUC/Minas e de Teoria da Argumentação Jurídica no curso de mestrado em Direito da PUC/Minas. Advogado.

da hoje subsiste na Teoria do Direito uma disputa, que constitui a segunda questão que se coloca sobre tais princípios, acerca da sua natureza e, conseqüentemente, de seu conceito. Podemos identificar contemporaneamente três teorias que visam explicar o que são tais princípios.

A primeira teoria é aquela que identifica os princípios com normas gerais ou generalíssimas de um sistema. Desde o início do século, autores como Del Vecchio e Bobbio tentaram compreender os princípios jurídicos como fruto de processos de generalização operada pela ciência do direito. Del Vecchio afirmou, por exemplo, que os princípios gerais são descobertos por meio da generalização crescente de outras normas do ordenamento jurídico (Del Vecchio, 1948: 51). Já Bobbio afirmou que os princípios gerais do direito são tão-somente “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais” (Bobbio, 1993: 271). Desde Kelsen sabemos, no entanto, que essa tese dificilmente é sustentável, pois, aprendemos com ele, como o sistema jurídico é um sistema dinâmico<sup>5</sup>, não é possível deduzir de conteúdos (mais gerais) outros conteúdos normativos (mais particulares) (Kelsen, 1992: 200 e 201). Como Esser já observara (Esser, 1961: 66), não é a maior ou menor generalidade que distingue o princípio da regra<sup>6</sup>. A generalidade não é um critério adequado para a distinção, porque, apesar de muitas vezes os princípios serem normas com elevado grau de abstração, *elas não se formam* por um processo de generalização (ou de abstração) crescente. Por exemplo: o princípio federativo, adotado pela Constituição brasileira, seria uma generalização de quê? O princípio da legalidade generaliza quais normas<sup>7</sup>? De outro lado, existem *regras* excessivamente genéricas, como o tipo constante do art. 12 da Lei Anti-Tóxicos (Lei 6.368/76), sobretudo se entendermos *generalidade* como abstração, ou seja, como “conduta-tipo” (Ferraz Jr., 1994: 122), quer dizer, a qualidade de se prescrever uma conduta cujo conteúdo é genérico, não correspondente a uma situação con-

creta e particularizada. Esse não pode ser portanto o critério adotado. Não se nega com isso que, na maioria das vezes, os princípios possuam um maior grau de generalização. O que se quer dizer é que a generalidade não é uma *causa*, mas, quando muito, uma conseqüência do conceito de princípio, e não diferencia *essencialmente*, mas só *geralmente* as duas categorias. Como diz Alexy, “os princípios *costumam* ser relativamente gerais, porque não estão referidos às possibilidades do mundo real ou normativo” (Alexy, 1993b: 103, Grifo meu). Há outro problema implicado nessa teoria, que poderia ser chamado de *incompatibilidade da aplicação dos princípios*, causada pela tentativa de se aplicar dois princípios que levem a soluções contraditórias<sup>8</sup>. Como esse marco teórico que estamos analisando (a teoria dos princípios como normas generalíssimas) pressupõe que, por serem normas generalíssimas, os princípios se aplicam *a todas as situações*, a incompatibilidade surge toda vez que dois princípios levam o intérprete a soluções distintas de um caso concreto. Por exemplo, na análise de um contrato, a cláusula *pacta sunt servanda* pode levar, obviamente, a soluções distintas do princípio *rebus sic stantibus*. Portanto, os dois princípios representados nesse exemplo não podem ser aplicados, de modo compatível, em algumas situações. Há toda uma construção da doutrina para tentar estabelecer tal compatibilidade onde ela é realmente impossível. Ao contrário de seus livros, a prática dos operadores jurídicos lhes ensina que essa aplicação universal dos princípios é irrealizável. É fácil observar isso em um processo judicial. Quando uma das partes alega um princípio para defender sua pretensão, a outra contra-argumenta mostrando que aquele princípio, por qualquer razão, não pode ser aplicado àquele caso<sup>9</sup>. Portanto, ao contrário do que pressupõe essa teoria, um princípio *não é uma norma que se aplica em qualquer circunstância*<sup>10</sup>.

Por isso a segunda teoria, defendida sobretudo por Alexy, é aquela que entende que os princípios não se aplicam integral e ple-

namente em qualquer situação. Antes, esses princípios são identificados com “mandados de otimização”<sup>11</sup>. Alexy entende que, como as regras, os princípios são normas jurídicas<sup>12</sup>, mas, diferentemente das regras, eles são normas jurídicas que dizem que algo deve ser realizado *na maior medida possível*. Como ele mesmo diz,

“Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são *mandados de otimização*, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, como também das jurídicas (...). De outro lado, as *regras* são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm *determinações* no âmbito do fático e juridicamente possível” (Alexy, 1993b: 86-7).

Conseqüentemente, os princípios

“não contêm *mandados definitivos* mas somente *prima facie*. Do fato que um princípio valha para um caso não se infere que o que o princípio requer deste caso valha como resultado definitivo. Os princípios apresentam razões que podem ser ultrapassadas por outras razões opostas (...). Totalmente distinto é o caso das regras. Como as regras exigem que se faça exatamente como nelas se ordena, contêm uma *determinação* do âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas” (Alexy, 1993b: 99. Grifos meus.).

Portanto, o que diferenciaria basicamente princípios de regras seria o fato de os primeiros serem *razões prima facie*, enquanto as segundas seriam *razões definitivas* (Alexy, 1993b: 101).

Em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Alexy tenta compreender, nos moldes de uma

teoria argumentativa do direito, como se deve resolver o conflito de princípios jurídicos ou, mais precisamente, a colisão ou *tensão* entre princípios jurídicos, o que lançará luzes sobre a diferença quanto ao tipo de validade dos princípios e das regras. Segundo ele, o Tribunal Constitucional Alemão fala não em contradição, mas de *tensão entre princípios*, no sentido que nenhum dos princípios em conflito “goza simplesmente de primazia perante outro” (Alexy, 1993a: 13). Mas é preciso entender o que significa essa expressão do Tribunal Constitucional Alemão. Para Alexy, significa que uma possível colisão entre princípios jurídicos existe quando, aplicadas separadamente, as normas principiológicas que se encontram nessa situação “conduzem a resultados incompatíveis, quer dizer, a dois juízos de dever-ser jurídico contraditórios<sup>13</sup>” (Alexy, 1993b: 87). Exatamente por isso a solução do conflito entre princípios difere da solução do conflito de regras: é que este último tem existência em abstrato, enquanto o conflito entre princípios só tem existência, e portanto solução, no caso concreto. Por conterem *determinações* do âmbito fático e jurídico, duas regras em conflito não podem ser simultaneamente válidas, a não ser que seja inserida uma cláusula interpretativo-argumentativa de exceção em uma delas (Alexy, 1993b: 88). Os princípios conflituosos, ao contrário, não deixam de ser ambos válidos por serem conflituosos, o que significa que a validade dos princípios, ao contrário da validade das regras, não depende da validade de outras normas *do mesmo grau*.

É evidente que princípios que, no caso concreto, estão em conflito não podem ser aplicados simultaneamente (ou pelo menos na mesma intensidade). Como diz Alexy,

“Quando dois princípios entram em colisão (...), um dos dois princípios tem que ceder ante o outro. Mas isto não significa declarar inválido o princípio que não teve curso, nem que haja de se introduzir no princípio que não teve curso uma cláusula de exceção.



Ao contrário, o que acontece é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede ao outro. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada de forma inversa” (Alexy, 1993b: 89).

Isso significa que o conflito de regras se dá na dimensão da validade, e o de princípios na dimensão do peso (Alexy, 1993b: 89 e 91). E essa idéia de peso significa que o conflito entre princípios será resolvido tendo em vista uma *hierarquização* dos mesmos. Não se trata de uma hierarquização absoluta, mas de uma hierarquização tendo-se em vista o caso concreto, realizada pelo procedimento de *ponderação* dos princípios envolvidos na situação. A ponderação, como concebida por Alexy, refere-se a “qual dos interesses, *abstratamente do mesmo nível*, possui *maior peso no caso concreto*” (Alexy, 1993b: 90. Grifos meus). Como já disse, essa precedência não é absoluta. Ao contrário, trata-se, como entende o autor, de uma precedência condicionada, cuja determinação “consiste em que, tomando-se em conta o caso, indiquem-se as *condições* sob as quais um princípio precede a um outro. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente” (Alexy, 1993b: 92).

Alexy está preocupado em encontrar mecanismos racionais de ponderação, repelindo assim as teorias decisionistas do direito e a discricionariedade postulada pelo positivismo jurídico. Segundo ele,

“uma ponderação é racional se o enunciado de preferência a que conduz pode ser fundamentado racionalmente. Desta maneira, o problema da racionalidade da ponderação conduz à questão da possibilidade da fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre valores ou princípios opostos” (Alexy, 1993b: 159).

Uma fundamentação é racional se apresenta ou puder apresentar suas razões, ou seja, as razões de sua preferibilidade. Para se fundamentar um enunciado de precedência

ou de preferibilidade, as razões apresentadas podem ser, a título de exemplo, a intenção original do legislador, as conseqüências sociais benéficas ou malélicas de certa decisão, as opiniões dogmáticas e a jurisprudência (Alexy, 1993b: 159).

No caso alemão, as decisões do Tribunal Constitucional Alemão tendem a levar em conta a formulação de uma regra constitutiva de ponderações, que pode ser assim expressa: “Quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro<sup>14</sup>” (Alexy, 1993b:161). Essa seria a “lei da ponderação”, capaz de transformar a ponderação mesma em um processo racional. Isso também significa que “o peso dos princípios não é determinável em si mesmo ou absolutamente, mas sempre se pode falar, tão-somente, de pesos relativos” (Alexy, 1993b:163) aos outros princípios e aos prejuízos pelo descumprimento destes no caso concreto. Nas ponderações, por exemplo entre o princípio de liberdade de imprensa e de segurança externa, trata-se não exatamente de “quão grande é a importância que alguém concede à liberdade de imprensa e à segurança externa, mas de quão grande é a importância que se *deve* conceder a elas” (Alexy, 1993b:163. Grifo meu.), o que implica que “um grau muito reduzido de satisfação ou uma afetação muito intensa da liberdade de imprensa em benefício da segurança externa só é admissível se o grau de importância relativa da segurança externa fôr muito alto” (Alexy, 1993b:163).

Essa *lei da ponderação*, a seu turno, implica uma *lei de colisão*. Colisão significa que “um princípio só pode ser satisfeito à custa de outro” (Alexy, 1993b:161), e a *Lei de Colisão* pode ser assim expressa: “As condições sob as quais um princípio precede a outro constituem o suposto fático de uma regra que expressa a conseqüência jurídica do princípio precedente” (Alexy, 1993b: 194). Ou seja, “a determinação de uma relação de preferência é, de acordo com a lei da colisão, o esta-

belecimento de uma regra” (Alexy, 1993b:103) que vale *naquelas* (e somente naquelas) condições fáticas e jurídicas. Isso significa que, quando um tribunal diz que em um determinado caso (ou seja, sob dadas condições fáticas e jurídicas) um princípio precede a outro, ele diz, em essência, haver uma regra (que deve ser aplicada de modo incondicional e absoluto) que manda aplicar, naquele caso, aquele princípio, ou melhor, que os princípios apóiam a aplicação de regras conflitantes (Alexy, 1993b:100). A ponderação dos princípios implica a existência de uma regra segundo a qual em toda situação em que o condicionamento jurídico e o condicionamento fático forem *exatamente os mesmos* prevalecerá sempre um único e mesmo princípio. Como ele afirma, “como resultado de toda ponderação jusfundamental correta, pode se formular uma norma de direito fundamental adscrita, com caráter de regra, sob a qual pode ser subsumido o caso” (Alexy, 1993b:98 e 134).

Em sua argumentação, Alexy pretende ainda demonstrar que o conceito de princípio não se confunde com o conceito de valor. Em regra, os tribunais utilizam esses dois termos como sinônimos, mas, segundo ele, a distinção entre princípio e valor conduz à distinção entre Deontologia e Axiologia. Ora, todos os conceitos deônticos referem-se ao conceito deôntico fundamental do “*dever-ser*”, ao passo que os conceitos axiológicos “são caracterizados pelo fato de seu conceito fundamental não ser o do comandado ou do dever-ser, mas o do *bem*” (Alexy, 1993b:139). É exatamente nesse ponto que os princípios se diferenciam dos valores, pois

“Os princípios são mandados de um determinado tipo, quer dizer, mandados de otimização. Enquanto mandados, pertencem ao âmbito deontológico. Em contrapartida, os valores têm que ser incluídos no nível axiológico” (Alexy, 1993b:141).

A confusão decorre do fato de que normas jurídicas podem desempenhar uma função axiológica (aquilo que é tido como o bem

pela comunidade) e uma função deontológica (aquilo que é o dever para a sociedade), ou seja, que as normas jurídicas, sendo uma prescrição de dever (sendo portanto, intrinsecamente, operadores deontológicos), podem possuir ou conter também valores (possuindo portanto, extrinsecamente, operadores axiológicos). Evidentemente, esses valores em si mesmos são importantes no processo de ponderação. Mas a ponderação jurídica propriamente dita (por tratar o direito do que é devido, e não do que é bom para a sociedade) é uma ponderação de princípios (Alexy, 1993b:147), ou seja, de normas, e não de valores. Isso implica que, se de um lado é verdade que toda colisão de princípios pode ser expressa como uma colisão de valores (Alexy, 1993a:6), não é verdade porém que toda colisão de valores possa ser expressa como uma colisão de princípios.

Apesar de sua aparente consistência, a teoria dos princípios como mandados de otimização, defendida por Alexy, será objeto de críticas pelos autores ligados à Ética do Discurso e às análises pragmáticas da comunicação humana, o que dará origem à terceira teoria, que identifica os *princípios com normas cujas condições de aplicação não são pré-determinadas*<sup>15</sup>. Para compreendermos essa teoria, devemos antes compreender a crítica que ela elabora à Alexy.

Tendo como referência a obra de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas criticará a inconsistência e os problemas internos e externos da teoria alexyana<sup>16</sup>, no que será seguido, de maneira mais radical, por Klaus Günther. Para esses autores, Alexy esvazia o caráter normativo dos princípios, entrando em contradição com a compreensão deontológica do direito que pretende defender. Por trás dessa questão, há um pressuposto da teoria desenvolvida por Alexy, que renuncia implicitamente à questão da justiça envolvida pelos princípios em favor da segurança do direito, por meio da adoção de um procedimento ligado estritamente à *metodologia* do direito. Mesmo a teoria dos princípios como normas generalíssimas não renunciou, como Alexy in-

conscientemente o faz, à questão acerca da justiça, e, portanto, à questão acerca do fundamento ético do próprio direito (Bobbio, 1993: 237 a 273 e Del Vecchio, 1948: 77 e 41 e ss.). Por que e como Alexy renuncia a tal questão?

Habermas entende que a maneira pela qual Alexy concebe as leis de colisão e de ponderação implica uma concepção axiológica do direito, pois a ponderação, nos moldes pensados por Alexy, só é possível porque podemos *preferir* um princípio a outro, o que só faz sentido se os concebemos como valores. Pois é apenas porque são concebidos como valores que os seres podem ser objetos de mensuração por meio de preferibilidade, constitutiva do próprio conceito de valor, uma vez que o valor, conforme aponta Lalande, pode ser entendido como o “caráter das coisas consistindo em que elas são *mais ou menos estimadas* ou desejadas por um sujeito ou, mais ordinariamente, *por um grupo de sujeitos* determinados” (Lalande, 1960: 1183. Grifos meus). Ao assumir tal posição, Alexy confunde as normas jurídicas (e em especial os princípios) com valores, o que torna sua teoria inconsistente. Pois, de um lado, Alexy afirma:

“A diferença entre princípios e valores se reduz a um ponto. O que no modelo dos valores é *prima facie* o melhor é, no modelo dos princípios, *prima facie* devido; e o que no modelo dos valores é definitivamente melhor é, no modelo dos princípios, definitivamente devido. Assim, os princípios e os valores se diferenciam em virtude de seu caráter deontológico e axiológico respectivamente. No direito, do que se trata é do que é *devido*. Isto fala em favor do modelo dos princípios” (Alexy, 1993b: 147)<sup>17</sup>.

Mas, de outro lado, ao tentar resolver o problema dos conflitos entre os princípios, Alexy adota um procedimento típico da axiologia. Ainda que alegando que a precedência de um princípio seja condicionada pelo caso concreto, Alexy afirma ser possível, ain-

da que apenas *no caso*, estabelecer uma *hierarquia* entre princípios<sup>18</sup>, mesmo que tal hierarquia não assuma um caráter sistemático e só possa ser apresentada, em sua opinião, posteriormente à ocorrência do caso concreto. Se é possível uma aplicação gradual dos princípios, eles não podem ser caracterizados como normas jurídicas. Uma vez que as normas jurídicas se referem ao conceito de *dever*, como pressupõe o próprio Alexy, então elas somente podem ser cumpridas ou descumpridas. O dever, e conseqüentemente as normas, possuem um código binário, e não um código gradual. Portanto, dizendo entender que as normas jurídicas são conceitos deontológicos, Alexy se contradiz ao adotar um modelo axiológico para explicar o funcionamento desse tipo específico de norma (os princípios). Alexy esvazia os princípios jurídicos de sua função prescritiva quando fala em uma precedência (mesmo que condicionada) de um princípio normativo sobre outro em razão de seu peso, pois, seguindo a definição de Lalande, os valores indicam muito mais o registro de uma preferibilidade em um grupo social do que um dever para esse mesmo grupo<sup>19</sup>, o que implica a possibilidade de concebê-los de forma hierarquizada.

Não cabe confundir as normas com os valores:

“Normas e valores distinguem-se respectivamente, em primeiro lugar, por suas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, pela codificação respectivamente binária ou gradual de suas pretensões de validade; em terceiro lugar, por sua obrigatoriedade respectivamente absoluta ou relativa; e, em quarto lugar, pelos critérios aos quais o conjunto de sistema de normas ou valores deve satisfazer” (Habermas, 1994: 311).

O argumento de Habermas é o seguinte: ao considerarmos os valores como fundamento para nossas ações, estamos assumindo uma perspectiva ligada à racionalidade instrumental (aquela que, teleologicamente,

procura adequar os meios aos fins). Isso porque, quando argumentamos com base nos valores, estamos levando em conta não propriamente o que é correto, mas aquilo que é *bom* para que uma *determinada* comunidade realize seus próprios fins. Evidentemente, nem sempre aquilo que é bom é aquilo que é devido, sobretudo na perspectiva da própria axiologia. E uma fundamentação axiológica implica sempre uma hierarquização *relativa* a *uma* comunidade, pois aquilo que é o melhor para uma comunidade não é necessariamente o melhor para outra, sendo portando uma fundamentação iminentemente *histórica*, e não *racional*.

Ao contrário, uma fundamentação deontológica (com base em normas, e, em nosso caso, em princípios) da ação pressupõe, de modo direto, não uma fundamentação histórica (que tenha em vista aquilo que é bom para *aquela* comunidade), mas uma fundamentação que leve em conta a correção normativa, que pressupõe exatamente a possibilidade de se fundamentar em termos racionais definitivos, que para Habermas quer dizer tão-somente *universais*, uma determinada ação<sup>20</sup>. Isso quer dizer, em outras palavras, que quem procura fundamentar uma ação com base em valores procura aquilo “que é bom para nós” (Habermas, 1994: 312), enquanto aquele que procura fundamentar uma ação com base em normas (e em especial em princípios) procura aquilo que é “universalmente correto”. Aqui emerge a diferença entre aquilo que Habermas chama de fundamentação ética e fundamentação moral do agir, entre a deliberação ética e a deliberação moral: “Ao contrário das deliberações éticas, que são orientadas pelo *telos* da minha/nossa boa vida, deliberações morais requerem uma perspectiva livre de todo egocentrismo ou etnocentrismo” (Habermas, 1994: 127). Segundo Habermas,

“Nós devemos (*sollen*) obedecer a preceitos morais porque nós sabemos que eles são corretos, e não porque esperamos realizar certos fins agindo assim (...) Questões de justiça dizem

respeito às pretensões controversas em conflitos interpessoais. Nós [só] podemos julgá-las imparcialmente à luz de normas válidas. (...) Por esta razão, justiça não é um valor no meio de outros. Valores sempre disputam com outros valores. Eles dizem que bens específicos, pessoas ou coletividades buscam ou preferem sob circunstâncias específicas. Apenas da perspectiva delas podem os valores ser temporariamente apresentados em uma ordem hierárquica. Pois os valores pretendem uma validade relativa, enquanto a justiça pretende uma validade absoluta: preceitos morais pretendem ser válidos para toda e cada pessoa” (Habermas, 1994: 190).

Se aquilo que uma comunidade considera bom para si é realmente o *melhor* para ela, e se o que é melhor para uma comunidade é o que deve ser levado em conta para se fundamentar ações, então direitos contra aquilo que fosse o “melhor para uma comunidade” não poderiam valer de modo algum<sup>21</sup>. Os direitos, entendidos apenas como valores, não permitem qualquer tipo de proteção para o indivíduo contra a sociedade e o Estado. E toda a história da formação do constitucionalismo, sobretudo da formação do conceito de direitos fundamentais, mostra-nos o contrário.

Na verdade, Alexy parece esquecer-se que o tipo de *argumentação* que valores e princípios (normas) implicam é essencialmente *diferente*. Como aponta Habermas, “à luz de normas, decide-se o que é mandado fazer; no horizonte dos valores, qual comportamento é recomendado” (Habermas, 1994: 312). Se a norma é um comando, o valor é antes um conselho. E, como já mostrou Bobbio, comando e conselho são dois conceitos diferentes<sup>22</sup>.

Enquanto uma norma (como o princípio) deve ser avaliada como “válida” ou “inválida”, os valores são objetos de um escalonamento que considera sua preferibilidade, ou seja, de uma avaliação que considera o seu “peso” e a sua gradualidade. Portanto, não

faz sentido afirmar que os valores sejam obrigatórios na mesma medida e em qualquer contexto. Ao contrário das normas, os valores só podem valer diante de determinadas circunstâncias, sendo portanto de obrigatoriedade relativa. Um valor que tem precedência em uma determinada cultura pode não ter tal precedência em outra cultura. Como diz Habermas, ao contrário das normas,

“Valores diferentes concorrem para obter precedência; uma vez que encontram reconhecimento intersubjetivo no interior de uma cultura ou forma de vida, eles formam configurações flexíveis e tensas” (Habermas, 1994: 311).

A dificuldade de Alexy em reconhecer isso decorre do fato que, mesmo reconhecendo uma distinção entre a deontologia e a axiologia, ele subavalia as diferenças entre essas duas. Evidentemente isso faz muita diferença. Como diz Oliveira,

“Um direito não pode ser compreendido como um bem, mas como algo que é devido e não como algo que seja atrativo. Bens e interesses, assim como os valores, podem ter negociada a sua ‘aplicação’, são algo por que se pode ou não optar, já que se estará tratando de preferências otimizáveis. Já direitos, não. Tão logo os direitos sejam compreendidos como bens ou valores, eles terão que competir no mesmo nível que esses pela prioridade no caso individual” (Oliveira, 1997: 112)<sup>23</sup>.

Como lembra Habermas, “cada valor é tão particular como qualquer outro, enquanto normas devem sua validade a um teste de universalização”, pelo menos em princípio (Habermas, 1994: 315. Grifos meus.). A consequência disso é que

“Normas e princípios (*Grundsätze*) possuem uma força de justificação maior do que a de valores, porque podem pretender, com base em seu sentido deontológico de validade, não apenas uma especial dignidade de preferência, mas uma obrigatoriedade geral; valores têm que ser, caso a caso,

inseridos numa ordem transitiva de valoração” (Habermas, 1994: 315).

Evidentemente, os princípios não precisam ser concebidos como contraditórios no plano da justificação, mas devem ser vistos como concorrentes no plano da sua aplicação<sup>24</sup>. Para mostrar como isso é possível, preciso explicar o conceito de *integridade* de Dworkin, que está por trás dos conceitos apresentados por Habermas.

*Integridade* é um conceito central da teoria de Dworkin, responsável pela atribuição de legitimidade a um sistema jurídico. *Integridade* não é um conceito sinônimo de consistência. Se por consistência entendermos a repetição de soluções passadas para casos aparentemente iguais, então uma decisão inconsistente pode ainda assim cumprir a exigência de *Integridade* do direito; da mesma forma, uma decisão consistente pode ferir a exigência de *Integridade*<sup>25</sup>. *Integridade* (*Integrity*) é um conceito ligado às razões que constituem o substrato das normas jurídicas (Dworkin, 1986: 222) e se conecta diretamente com os conceitos de justiça, de imparcialidade (*Fairness*) e de igualdade, como assinala Chueiri (1997: 183). Uma decisão é justa (ou seja, respeita a *Integridade* do direito) se fornece a resposta correta (mesmo que esta não se baseie na estrita legalidade) para o caso.

Dworkin parte do pressuposto que todo caso possui uma resposta correta (*right answer*)<sup>26</sup>, o que garante *Integridade* ao sistema jurídico. Essa resposta correta funciona como um modelo ou como um norte para a atividade do juiz, pois seria necessário um trabalho sobre-humano para se chegar a ela. Por isso ele imagina que essa resposta correta poderia ser alcançada por um juiz Hércules (Dworkin, 1978:105), mesmo nos casos difíceis (*hard cases*), ou seja, aqueles em que “nenhuma regra estabelecida dita uma decisão, seja em um sentido, seja em outro” (Dworkin, 1978: 83).

Dois tipos de argumentos poderiam ser invocados, em tese, para se solucionar os casos difíceis: argumentos de orientação política

e argumentos de princípio. Segundo Dworkin, um princípio é “um modelo (*standard*) que deve ser observado, não porque ele avançará ou assegurará uma situação econômica, política ou social julgada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou de imparcialidade (*fairness*) ou de qualquer outra dimensão da moralidade” (Dworkin, 1978: 22). Já os argumentos de orientação política (*policy*) são aqueles modelos (*standards*) que “revelam uma meta a ser alcançada, geralmente uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” (Dworkin, 1978: 22). Na prática, por causa da exigência de Integridade, apenas os argumentos de princípio podem desempenhar a tarefa de resolver os casos difíceis sem se comprometer a democracia<sup>27</sup>. Uma vez que os argumentos de princípio estabelecem direitos individuais e os argumentos de orientação política estabelecem metas coletivas (Dworkin, 1978: 90), são os primeiros que devem servir de substrato para tais decisões (Dworkin, 1978: 84). Não que os argumentos de orientação política não justifiquem direitos: apenas não podem fazê-lo nos casos difíceis, quando não existe uma regra clara à disposição da aplicação judicial, pois, nas democracias contemporâneas, o estabelecimento de políticas não é competência primária do poder judiciário, cuja função é a decisão sobre a controvérsia acerca de *direitos*<sup>28</sup>.

Ao contrário das regras, que se aplicam de uma maneira “ou tudo ou nada (*in an all-or-nothing fashion*)” (Dworkin, 1978: 24), e que portanto comportam exceções enumeráveis previamente à sua aplicação (Dworkin, 1978: 25), os princípios comportam exceções à sua aplicação que não podem ser enumeradas previamente à hipótese concreta de sua incidência (Dworkin, 1978: 25), porque qualquer outro princípio pode, abstratamente, representar uma exceção à aplicação de um princípio. Ao contrário de Alexy, o que Dworkin está dizendo é que não se trata de imaginar uma ponderação, ou seja, imaginar-se um conflito resolvido pela aplicação de um e não

aplicação de outro princípio, orientada pela hierarquização dos mesmos, mas de se imaginar que os princípios são normas que se excepcionam reciprocamente nos casos concretos<sup>29</sup>, vez que não podem, muitas vezes, ser contemporaneamente aplicados. É claro que um princípio só pode excepcionar a aplicação de outro quando isso for suficientemente fundamentado de um ponto de vista discursivo. Mas efetivamente os *discursos* de aplicação podem apresentar tal fundamentação.

Pelo fato de os princípios não poderem ser contemporaneamente aplicados, não devemos pressupor que a decisão chegue a ferir a *Integridade* do direito. Não é a aplicação contemporânea de todos os princípios que se exige do juiz Hércules, mas a decisão justa.

Trata-se, ao contrário, de admitir como ponto de partida que as possíveis contradições existentes no direito “não são tão universais e intratáveis (...) a ponto de sua tarefa ser impossível” (Dworkin, 1986: 268). A aparente inconsistência do direito pode ser resolvida encontrando-se “princípios racionalmente plausíveis” (Dworkin, 1986: 268) que permitam suficientemente considerá-la uma questão de perspectiva<sup>30</sup>. Com isso, a questão passa a ser não de contradição ou de tensão entre direitos, mas de concorrência entre os mesmos (Dworkin, 1986: 268), pois os princípios podem ser concebidos como independentes entre si<sup>31</sup>,

“e seria um grave mal-entendido sobre a lógica dos princípios considerá-los contraditórios. Não há nenhuma incoerência em reconhecer ambos (princípios concorrentes) como princípios; ao contrário, todo ponto de vista moral seria incompleto se ele não admitisse completamente uma ou outra motivação (*impulse*). Mas em alguns casos eles irão conflitar, e a coerência então requer um esquema não arbitrário de prioridade (...) ou acomodação entre os dois, um esquema que reflita as suas respectivas fontes num nível mais profundo da

moralidade política” (Dworkin, 1986: 269).

Ao contrário de Alexy, esse procedimento não pressupõe uma gradação, mas uma cessão *no caso concreto* de um princípio perante outro, por meio de exceções de aplicação<sup>32</sup>: “Um dos dois princípios deve ceder *nestas circunstâncias*” (Dworkin, 1986: 270), e não necessariamente em outras circunstâncias. Ao contrário de Alexy, Dworkin pressupõe que o que move essa decisão é a exigência contingente de prosseguimento da jurisdição e do processo, ligada à *Integridade* do direito:

“é exigido de mim que encontre um lugar em toda interpretação geral de nossa prática legal para todos os princípios (...). Nenhuma interpretação geral que negasse qualquer uma delas seria plausível; a Integridade não poderia ser satisfeita se qualquer um deles fosse completamente rejeitado. Mas a Integridade exige que alguma solução para seu impacto competitivo (...) seja emanada. (...) A integridade exige isto porque exige que eu termine a questão” (Dworkin, 1986: 270).

Para compreendermos a solução do conflito de princípios, como a concebe Dworkin, devemos ter em mente o conceito de direito que ele apresenta, e que é um conceito de direito inerente às sociedades que se caracterizam pelo pluralismo:

“O direito não se exaure em nenhum catálogo de regras ou princípios, cada um com seu próprio domínio sobre alguma arena separada do comportamento.(...) O império do direito é determinado pela atitude, não pelo território, ou pelo poder, ou processo. (...) Ele é uma atitude interpretativa e auto-reflexiva endereçada à política no sentido mais amplo. É uma atitude de protesto que torna cada cidadão responsável por pensar o que os compromissos públicos de sua sociedade são em princípio, e o que estes compromissos exigem em novas circunstâncias. O

caráter de protesto do direito (...) almeja, no espírito interpretativo, assentar princípio sobre a prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a fé correta no passado. É, finalmente, uma atitude fraternal, uma expressão de como nós estamos unidos em comunidade, apesar de divididos em projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer maneira, o que o direito é para nós, para o povo que nós queremos ser e para a comunidade que nós pretendemos ter.” (Dworkin, 1986: 413)

Portanto, se tivermos em mente a exigência de *Integridade* do direito (que se cumpre, antes de mais nada, de forma interpretativa), os princípios devem ser concebidos como direitos decorrentes do pluralismo constitutivo das sociedades contemporâneas, que não podem ser nem enumerados *previamente* ao caso concreto, nem hierarquizados (Günther, 1993: xvii), e que podem excepcionar a aplicação de outros direitos, vez que, não podendo permanecer concorrendo uns com os outros no caso concreto, caso se deseje respeitar a *Integridade* do direito, às vezes não podem ser contemporaneamente aplicados. Portanto, antes que uma questão de avaliação (valores), a questão é uma questão hermenêutica<sup>33</sup> acerca do que é relevante para se atingir uma decisão justa (vale dizer, que respeite a *Integridade*) no caso concreto.

Isso implica um modo diferente da solução de conflito de princípios:

“No caso de colisão com outras prescrições jurídicas, não há necessidade de nenhuma *decisão* para saber em que medida valores concorrentes são a cada vez satisfeitos. Como mostrado, a tarefa consiste, pelo contrário, em encontrar aquela, dentre as normas aplicáveis *prima facie*, que melhor se adapte, de todos os pontos de vista relevantes, à situação de aplicação descrita do modo mais completo (possível). Com isto, deve-se estabelecer um nexo, cheio de sentido, entre a norma

correspondente e aquelas que, sem prejuízo de sua validade<sup>34</sup>, *ficam em segundo plano*, de tal maneira que, desta forma, a coerência do sistema de regras permaneça a salvo em seu todo” (Habermas, 1994: 317. Grifo meu).

A solução para a concorrência de princípios apresentada por Habermas e Günther não é definitivamente a mesma solução apresentada por Alexy, e segue ao contrário a orientação da teoria de Dworkin. O argumento de Habermas e de Günther é que a diferença entre princípio e regra não se dá pela dimensão de peso, e portanto não é uma diferença morfológica. Ora, se não é pelo caráter de peso que regras e princípios se diferenciam, como podemos diferenciar ambos tipos de normas? Günther responde a essa questão dizendo que regras e princípios representam dois tipos diferentes de razões para se fundamentar a ação: razões *prima facie* e razões comparativas [*on balance*]:

“O primeiro tipo simplesmente justifica que uma ação deve ou não ser executada (...). Baier designa como razões comparativas aquelas que propõem que, *consideradas todas as coisas*, nós devemos ou não fazer algo. Neste caso, o proponente expressa a convicção que ‘nenhuma outra razão contrária pode ser oferecida de forma capaz de sobrepujar a razão ou razões nas quais ele baseia seu julgamento’ (Günther, 1993: 208).

Ao contrário daquelas envolvidas pelas regras, as razões envolvidas pelos princípios são razões comparativas. Essa distinção afetará também, tendo em vista os tipos de razões que lhes são afetadas, o tipo de validade ligada a cada um dos tipos de normas, ou seja, a validade das regras e dos princípios. Isso porque “uma norma que é uma razão *prima facie* tem conseqüentemente apenas o caráter de ‘dever *prima facie*’, enquanto um predicado de balanço caracteriza um ‘dever *comparativo*’ (Günther, 1993: 208), já que não pré-seleciona de forma definitiva as condições e os limites de sua aplicação. Esse *dever*

*comparativo* exige que uma quantidade muito maior de informações seja apresentada para justificá-lo como razão para a ação, do que no caso de um dever *prima facie* (Günther, 1993: 209). Isso também significa que uma norma *prima facie* (ou seja, uma regra) é em princípio válida em qualquer situação que reproduza as mesmas circunstâncias previstas no próprio tipo (Günther, 1993: 209), o que não pode acontecer no caso envolvendo princípios. Princípios, ao contrário de regras, são fluidos e abstratos e precisam ser densificados ante o caso concreto por um esforço discursivo-interpretativo, não se aplicando em quaisquer situações que reproduzam suas circunstâncias de aplicação. Isso nos traz de volta à crítica da teoria de Alexy. Apesar de permanecerem abstratamente válidos, os princípios não valem incondicionalmente no caso concreto, uma vez que nem sempre se verificam todas as condições necessárias à sua aplicação. Exatamente por isso, Günther entende que a diferença entre princípio e regra não diz respeito propriamente à sua estrutura, mas à forma de sua aplicação, ou melhor, “às pressuposições da ação com a qual as normas são aplicadas” (Günther, 1993: 217). A diferença, portanto, não é de morfologia, como pretendia Alexy, mas de aplicação. As regras

“requerem uma aplicação inequívoca que está ligada à presença do componente condicional ‘se’ em uma situação concreta<sup>35</sup> (...). Nem todas as características da situação são relevantes, mas somente aquelas que pertencem à extensão semântica do componente condicional ‘se’. (... Ao contrário,) falamos em aplicar uma norma como princípio quando entramos em um procedimento argumentativo que nos obriga a considerar todas as características da situação e a pesar os pontos de vista normativos relevantes”. (Günther, 1993: 271 e 272).

Günther vai dizer que na aplicação dos princípios é preciso levar em conta um juízo de adequabilidade, pois um princípio, em um



caso concreto, pode excepcionar a aplicação de outro princípio. Essa exceção, no entanto, não é uma exceção abstrata como aquela inerente às regras, que valha para todo e qualquer caso, porque ela não é determinada pelos princípios, mas *pelo caso* no qual o juiz deve realizar a exigência de *Integridade*, ou seja, de justiça. Nesse ponto é evidente a conexão da Teoria Discursiva do Direito, que Günther integra juntamente com Habermas, com o conceito de princípio adotado por Kohlberg, autor que provavelmente mais contribuiu para a compreensão de uma “teoria do funcionamento do raciocínio principiológico”.

A principal preocupação teórica desse autor é construir uma teoria do desenvolvimento moral (Kohlberg, 1981: 6), que já se apresentava de forma embrionária em Piaget (Piaget, 1994) e nos três níveis de moralidade em que este pôde classificar o desenvolvimento moral da criança (heteronomia, semi-autonomia e autonomia moral), a fim de compreender como formulamos decisões acerca de normas de ação.

Kohlberg constata, de maneira empiricamente comprovada, a existência, no interior desses três níveis, de seis estágios de desenvolvimento moral, que vão da heteronomia à forma mais desenvolvida de autonomia moral, a saber, a argumentação baseada em princípios. Esses estágios possuem características específicas: os dois primeiros estágios encontram-se no nível pré-convencional, os dois estágios intermediários no nível convencional e os dois últimos estágios no nível pós-convencional. O termo “convencional” significa para Kohlberg “conformidade e manutenção de normas e de expectativas e acordos da sociedade ou da autoridade pelo mero fato de serem regras, expectativas ou acordos da sociedade” (Kohlberg, 1992a: 187). No nível pré-convencional, o indivíduo não chega a compreender que as regras e valores se baseiam em tal acordo, e as reificam. No nível pós-convencional, os indivíduos percebem que esses acordos, por seu turno, baseiam-se em princípios que, inclusive, podem

fundamentar a alteração desses acordos. O nível pós-convencional, que aqui nos interessa de modo mais direto, é dividido em dois estágios: o estágio 5 (nível do contrato social ou da utilidade e dos direitos individuais) e o estágio 6 (nível dos princípios éticos universais). O que difere ambos estágios é que o estágio 5 tende a ver tais princípios como *intrínsecos* à sociedade e a conceber um escalonamento rígido e prévio *entre* esses princípios. Já o estágio 6 reconhece que esses princípios podem ser postulados (ou reivindicados) universalmente, mas que não existe um escalonamento *rígido e prévio* entre os mesmos porque não estão em uma relação de subordinação, mas de coordenação entre si. Isso significa que, apesar da pretensão universalizadora dos princípios no estágio 6, os indivíduos desses estágios reconhecem que, em algumas situações, é necessário não dar curso a um princípio para que outro princípio possa se atualizar de modo mais perfeito e eficaz, princípio este considerado mais adequado para a solução de um impasse de ação determinado. Neste último estágio, a *reciprocidade* é a nota diferenciadora do modo de solução de dilemas morais<sup>36</sup> que lhe é próprio. Para a solução de um dilema (e consequente aplicação de princípios, pois é aplicando-os que solucionamos, nesse estágio, os dilemas), é preciso que cada pessoa possa colocar-se no papel dos outros envolvidos e pensar a solução da perspectiva de cada envolvido. Isso permite, por exemplo, que, com base em um ou mais princípios, um indivíduo decida-se por cumprir ou descumprir uma regra (convencional) do grupo. Por isso afirma Kohlberg:

“Uma solução justa para um dilema moral é uma solução aceitável para todas as partes, cada qual considerada livre e igual e na suposição de que nenhuma saiba que papel viria assumir na situação (problemática)” (Kohlberg, *apud* Habermas, 1989: 53).

A partir daí é possível compreendermos a nova dimensão que Kohlberg vê nos princípios: apesar de universais (ou melhor, uni-

versalizáveis), os princípios (práticos) não são absolutos *em todo e qualquer caso concreto*. Eles não são portanto uma solução preconcebida (*a priori*), mas uma “forma geral de ver as situações concretas” em que se envolvem os seres humanos (Kohlberg, Levine e Hewer, 1992: 295), que deve ser desenvolvida e mesmo modificada nos casos concretos (dilemas morais). Apesar de intrinsecamente universais, eles são relativizáveis pelo (e no) caso concreto. Ou, melhor dizendo, “os princípios morais adequados *consideram o contexto*” (Kohlberg, Levine e Hewer, 1992: 296. Grifo meu). Como afirmam esses autores,

“Nossa idéia de princípio, como a de Dewey, não é a de um princípio como regra estabelecida; antes, entendemos também que um princípio é uma forma de construir uma situação moral concreta. É certo que a argumentação com base em princípios leva a uma compreensão do valor de respeitar a personalidade humana, expressada por Kant como ‘Trata a cada pessoa como um fim em si mesma e não somente como um meio’. Sem embargo, é argumentação de princípios a que não utiliza este valor como uma regra estabelecida, porque entende que este valor necessita de uma interpretação em situações concretas. Assim, pois, a argumentação de princípios é a que entende o valor da pessoa humana como uma forma de construir uma solução de um dilema moral, mas não entende este valor como uma regra substancial que dita *a priori* o que esta solução deveria ser”. (Kohlberg, Levine e Hewer, 1992: 292 e 293).

Exatamente por não serem absolutos, uma vez que não representam soluções pré-concebidas, eles não podem também ser hierarquizados.

Portanto, para Kohlberg, os princípios são um ponto de partida constituinte (seja objetivamente, seja subjetivamente) da própria realidade, a ser posteriormente desenvolvido

pela argumentação no processo de conhecimento e de ação, tendo em vista a própria realidade, que exige sempre sua consideração contextual, não sendo portanto passíveis de hierarquização. Com a modernidade, a tendência é pensar os princípios cada vez mais como constituintes lógicos que orientam os processos de comunicação e de argumentação. Conseqüentemente, cada vez mais os princípios são empregados como princípios racionais, e não causais, da realidade. Por isso mesmo, a tendência está em se conceber que, no caso dos princípios práticos, eles decorrem de padrões de escolhas contextualizadas, geralmente determinadas pelo estágio moral da própria sociedade que se coloca a questão acerca dos princípios.

Pelo menos em uma sociedade moralmente desenvolvida, ou seja, que corresponda ao último estágio moral pós-convencional, a *aplicação* de princípios exige que se considerem todos os determinantes e todas as circunstâncias do caso, ao contrário das regras, que pré-selecionam que tipo de circunstância deve ou não ser considerada (ou seja, que tipo de circunstância é ou não relevante), exatamente porque não há um rol hierarquizado de princípios a aplicar, e inclusive das condições para sua aplicação. O termo adequabilidade, utilizado por Günther, significa que o juiz, quando excepciona concretamente a aplicação de princípios concorrentes em um determinado caso, apenas reconhece que os mesmos são ou não adequados para realizar a exigência de *Integridade* e de justiça *naquela* situação<sup>37</sup>. Isso leva à conclusão de que os princípios se diferenciam das regras pela *indeterminação maior quanto às condições de sua aplicação*, indeterminação ligada ao fato de não se poder estabelecer um escalonamento entre os mesmos. E essa indeterminação não é propriamente “um problema da estrutura da norma; é simplesmente um contorno do procedimento de aplicação imparcial” (Günther, 1993: 274).

Com isso Günther abre uma nova perspectiva: não é propriamente no contexto da justificação que podemos falar em conflitos

de normas ligadas às razões comparativas, mas no contexto de sua aplicação<sup>38</sup> (Günther, 1993: 212). E, então, a questão da justiça (ou *Integridade*) não se esgota no contexto de justificação.

Como diz Carvalho Netto,

“Os princípios, ao contrário das regras, como demonstra Dworkin, podem ser contrários sem ser contraditórios, sem se eliminarem reciprocamente. E, assim, subsistem no ordenamento princípios contrários que estão sempre em concorrência entre si para reger uma determinada situação. A sensibilidade do juiz para as especificidades do caso concreto que tem diante de si é fundamental, portanto, para que possa encontrar a norma adequada a produzir justiça naquela situação específica. É precisamente a diferença entre os discursos legislativos de justificação, regidos pelas exigências de universalidade e abstração, e os discursos judiciais e executivos de aplicação, regidos pela exigência de respeito às especificidades e à concretude de cada caso, ao densificarem as normas gerais e abstratas na produção das normas individuais e concretas, que fornece o substrato do que Klaus Günther denomina *senso de adequabilidade*, que, no Estado Democrático de Direito, é de se exigir do concretizador do ordenamento ao tomar suas decisões” (Carvalho Netto, 1996: 146).

Os princípios jurídicos devem ser *aplicados* nos limites e nos contornos das circunstâncias fáticas (adequabilidade), o que não quer dizer que eles sejam propriamente determinados por essas circunstâncias. Antes, eles funcionam como pressupostos que orientam os processos de aplicação das regras e dos próprios princípios jurídicos, que transferem correção a esses processos. O conflito, na verdade, é fruto da concorrência de princípios distintos *em um caso concreto*. Como afirmava o próprio Alexy,

“quando tem que se passar do amplo mundo do dever-ser ideal ao estreito

mundo do dever-ser definitivo ou real, produzem-se colisões ou, para usar outras expressões frequentes, tensões, conflitos e antinomias” (Alexy, 1993b: 133).

Com isso tocamos o ponto em que a teoria de Habermas (e Günther) volta a Peirce, para quem o *logical leading principle* (princípio lógico condutor) é responsável pela transferência da racionalidade das premissas à conclusão<sup>39</sup>, e que, agora, permite compreender a diferença entre princípios e regras também nos discursos de *justificação*.

Os princípios (jurídicos) são, no plano da justificação, o fundamento (formal) normativo dos demais direitos, o seu ponto de partida, como na célebre definição de Aristóteles<sup>40</sup>. É a isso que Canotilho se refere ao dizer que os princípios, entre outras características, possuem o caráter de *fundamentabilidade* do sistema, e portanto uma natureza *normogênética*, uma vez que “são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas” (Canotilho, 1993: 167).

Como não podemos pensar propriamente em uma hierarquia entre esses princípios, talvez devêssemos abandonar, no plano da justificação, o modelo piramidal de representação do sistema jurídico, como apresentado por Kelsen. Ao invés de recorrermos a um modelo escalonado que remete, em última instância, a validade de todas as normas a apenas uma norma, talvez devamos pensá-lo como um sistema composto por várias normas-origem, já que não podemos reduzir os princípios uns aos outros, uma vez que eles são expressão do pluralismo das sociedades complexas contemporâneas<sup>41</sup>. Nas sociedades pluralistas, em que muitas vezes competem em pé de igualdade argumentos e projetos de vida, a democracia só pode ser levada a sério se considerarmos que os princípios jurídicos são expressão dessa diversidade, e que por isso mesmo concorrem entre si em pé de igualdade, não se podendo estabelecer, *a priori*, uma hierarquia entre si.

É interessante que, na teoria do direito contemporânea, esse modelo não seja abso-

lutamente refutado. Ferraz Jr., por exemplo, já aponta para um modelo composto não de uma única norma origem, mas de várias:

“os sistemas normativos contêm não uma única, mas várias normas-origem e correspondentes séries normativas, constituindo um todo coeso, integrado, não necessariamente hierárquico, regido não pelo princípio regressivo a um ponto inicial e irradiador único, mas pelo princípio da *equifinalidade*, isto é, que um mesmo ponto final pode ser atingido a partir de diversas origens e por diversos meios” (Ferraz Jr., 1994: 237).

É de se notar que, no momento atual, a concepção dos princípios jurídicos

“não pode desvincular-se de uma referência à Constituição. Porque a Constituição, por ser a Norma jurídica suprema da organização jurídica de uma Nação, não só encerra os princípios gerais do ordenamento e reflete a filosofia da vida jurídica – no dizer de Perlingieri –, senão que, ademais, enquanto ‘síntese das aspirações de um povo’ – na expressão de Battle –, é lógico que de alguma maneira consagre os princípios básicos de sua organização” (Arce Y Flórez-Valdés, 1990: 13).

No plano da justificação, a Constituição desempenha um papel especial quanto aos princípios no Estado Democrático de Direito. Apesar de não poder ser concebida como o único repositório dos mesmos, é tarefa sua, por excelência, indicar (e preservar) aqueles princípios reputados mais importantes pelos cidadãos por meio do representante constituinte sensível à sociedade. A concorrência entre os princípios constitucionais revela uma característica fundamental da sociedade em que existe um Estado Democrático de Direito: não é possível hierarquizar os princípios constitucionais porque são, todos eles, igualmente valiosos para a auto-identificação de uma sociedade pluralista. É o conjunto deles, e não um ou outro, que revela quem somos e quem queremos ser. A concorrência dos princípios deriva do fato que nossa identidade é uma identidade pluralista.

A questão que se coloca é: como solucionar a tensão entre princípios expressos na Constituição? No contexto do Estado Democrático de Direito, devemos procurar solucionar os impasses gerados nos discursos de aplicação sem abrimos mão, na medida possível, do maior número possível de princípios. Só assim uma sociedade pluralista terá sua auto-identidade (também pluralista) preservada. Mas também não devemos excluir a possibilidade de ocorrência de situações em que isso seja impossível. Em ambos os casos, o procedimento capaz de dar um curso para a tensão entre os princípios (sobretudo os princípios constitucionais) é aquele que envolve a racionalidade discursiva (ou seja, que avalia por meio de *razões* a correção normativa envolvida por esses princípios para o caso concreto), que não é neutra a argumentações práticas (Habermas, 1994:549). Sendo possível ou não a aplicação do maior número de princípios constitucionais, o que se deve sempre buscar em tais procedimentos é a *imparcialidade* na fundamentação e aplicação de normas jurídicas (Habermas, 1994: 563), ou, para retomarmos o conceito de Dworkin, *Integridade*.

### Notas

<sup>1</sup> Kant, por exemplo, dizia na *Crítica da Razão Pura*: “é um antigo desejo (...) poder encontrar, em vez da variedade sem fim das leis civis, seus princípios; pois só aí está o segredo de simplificar a legislação”, Cf. KANT, Immanuel. *Kritik der reinen Vernunft* – 2ª Aufl. In:\_\_\_\_. *Kant's Werke*. vol. III. Berlin, Georg Reimer, 1911. p. 239.

<sup>2</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria generale del diritto*. Torino, G. Giappichelli, 1993. p. 271; da mesma forma em BOBBIO, Norberto. *Contributi ad un dizionario giuridico*. Torino, Giappichelli, 1994. p. 264.

<sup>3</sup> Cf., FRANÇA, R. Limongi. *Dos princípios gerais do direito como complemento da lei omissa*. São Paulo, [s.n.], 1963. p. 234.

<sup>4</sup> Alexy, por exemplo, define a norma como o significado de um enunciado que diz que algo deve-ser. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993b: 83. Como tanto as regras quanto os princípios expressam que algo deve-ser (juridicamente), ambos devem ser entendidos como normas jurídicas

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón practica. *Derecho y razón practica*. México, Fontamara, 1993a. p. 11.

<sup>5</sup> Dizer que o sistema jurídico é dinâmico decorre do fato que a vinculação que existe entre as normas jurídicas não se dá em razão de seu conteúdo, como na moral, mas em razão da autorização (uma norma, por exemplo a Constituição, autoriza um poder, por exemplo o legislativo, a produzir outras normas válidas, por exemplo a lei, que, se não violarem os limites estabelecidos pela norma superior, são tidas como pertencentes ao ordenamento jurídico - isto é, são tidas como válidas).

<sup>6</sup> O próprio Bobbio já havia percebido que nem todos os princípios se formam a partir de generalização de outras normas particulares. BOBBIO, Norberto. *Contributi ad un dizionario giuridico*. Torino, G. Giappichelli, 1994. p. 277.

<sup>7</sup> Tais princípios não generalizam outras normas. Antes, as outras normas é que se subsumem a tais princípios.

<sup>8</sup> Uma contradição, ensina-nos a lógica, consiste em uma situação em que dois enunciados não podem ser nem ao mesmo tempo verdadeiros, nem simultaneamente falsos. Em termos jurídicos, uma situação em que duas normas não podem ser ambas válidas ou ambas inválidas, só podendo ocorrer a situação em que uma seja necessariamente válida e a outra necessariamente inválida. Cf. infra nota 13.

<sup>9</sup> Por exemplo, em um período com um índice inflacionário altamente elevado, um credor argumenta em favor de sua pretensão levantando o princípio segundo o qual os pactos devem ser obedecidos. Já o devedor argumentará, defendendo-se, o princípio contido na cláusula *rebus sic stantibus*.

<sup>10</sup> É evidente que, como adverte Alexy, existe também uma variação quanto ao número de situações a que um determinado princípio se aplica ou não. Alguns se aplicam a um maior número de casos e, assintoticamente, a quase todos os casos. É o exemplo alemão do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Isso porque, para o Tribunal Constitucional Alemão, “existe um amplo grupo de condições de precedência nas quais existe um alto grau de segurança acerca de que, sob elas, o princípio [da dignidade da pessoa humana] (...) preceda aos princípios opostos”. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993b. p. 106. É a isso que o Tribunal Constitucional Alemão dá o nome de “âmbito essencial absolutamente protegido”. Não significa, portanto, que haja uma precedência absoluta, mas uma probabilidade muito elevada de precedência, pois “quase não existem razões jurídico-constitucionais indemostráveis para uma relação de preferência em favor da dignidade da pessoa sob determinadas condições”. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993b. p. 109. Da mesma forma no caso brasileiro. Por exemplo: o princípio da prote-

ção à vida não tem, no Brasil, precedência absoluta e incondicionada sobre qualquer outro, como uma leitura apressada do art. 5º da Constituição Federal poderia sugerir. Há casos em que o dever de proteção do Estado deve ser colocado acima daquele princípio. O que ocorre é que as condições fáticas para que este princípio tenha precedência sobre aquele (ou seja, a existência de guerra externa) são tão remotas que, na prática, aquele outro princípio tem sempre gozado de precedência.

<sup>11</sup> Cf. GALUPPO, Marcelo Campos. A releitura dos Princípios Gerais do Direito como Princípios Jurídicos na década de 80: Alexy e a caracterização axiológica dos princípios jurídicos. *Direito, discurso e democracia*. O princípio jurídico da igualdade e a autocompreensão do Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte, UFMG, 1998. Tese de Doutorado. p. 65-80.

<sup>12</sup> Veja nota 4.

<sup>13</sup> O termo contraditório aqui é empregado como o faz a lógica clássica e significa: são incompatíveis por não ser possível a existência simultânea das situações descritas (ou prescritas) em ambas as proposições, ou seja, a validade de uma proposição implica a invalidez da outra, e a invalidez de uma proposição também implica a validade da outra. Cf. COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. 2. ed. São Paulo, Mestre Jou, 1978. p. 146 e ss. Veja nota 8.

<sup>14</sup> Essa importância, é preciso lembrar, é sempre uma importância avaliada *para uma comunidade*, e não necessariamente para todas comunidades.

<sup>15</sup> O primeiro autor a defender esse ponto de vista foi, provavelmente, Josef Esser. Cf. GALUPPO, Marcelo Campos. A contribuição de Esser para a problemática dos princípios jurídicos. *Direito, discurso e democracia*. O princípio jurídico da igualdade e a autocompreensão do Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte, UFMG, 1998. Tese de Doutorado. p. 49-64.

<sup>16</sup> Para uma resposta de Alexy a Habermas, conferir ALEXY, Robert. Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse. ROSENFELD, Michel, ARATO, Andrew (orgs.). *Habermas on Law and Democracy*: critical exchanges. Berkeley and Los Angeles, University of California Press, 1998. p. 228-231.

<sup>17</sup> Enquanto a axiologia é uma teoria dos valores, a deontologia é uma teoria dos deveres. LALANDE, André. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. 8. ed. rev. e aum. Paris, Presses Universitaires de France, 1960. p. 104-216.

<sup>18</sup> Já Esser criticava a tendência do modo de argumentar axiomático em se hierarquizar os princípios. Como ele diz, apoiando-se em Simonius, “não existe um ‘princípio supremo’, já que todas as funções do direito podem-se expressar em princípios que cada vez atuam antinomicamente”. ESSER, Josef. *Princípio e norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona, Bosch, 1961. p. 64 e *passim*, existindo portanto uma “tensão polar entre

vários princípios”, ESSER, Josef. *Princípio e norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona, Bosch, 1961. p. 103., tensão esta inerente às sociedades pluralistas e multiculturais.

<sup>19</sup> Ao criticar a concepção axiológica do direito, não quero dizer com isso que as normas não possam conter valores, mas que o seu caráter vinculante decorre não do valor que contêm, mas do fato mesmo de elas serem *normas*, ou seja, deveres, que revelam não apenas quem somos, mas também, ao contrário dos valores, quem desejamos ser, estabelecendo um projeto para nossa própria sociedade.

<sup>20</sup> Habermas está-se referindo à hipótese da *possibilidade* de uma fundamentação universal, que funciona normativamente para avaliação de argumentações morais ou jurídicas. Habermas demonstra que esse é um pressuposto normativo (contrafático) que pode não corresponder à realidade sem com isso deixar de ser, em si, válido. O princípio democrático, envolvido nos discursos jurídicos, pressupõe que toda argumentação real se dá no contexto de uma comunidade real, sendo portanto uma argumentação *circunstancial* e *contingente*, apesar de também orientada por critérios de imparcialidade e de universalidade. A distinção que aqui está sendo invocada é a distinção entre a comunidade real de comunicação e a comunidade ideal de comunicação, que já explorei em outro lugar. GALUPPO, Marcelo Campos. O princípio jurídico da igualdade e a autocompreensão do Estado Democrático de Direito. *Direito, discurso e democracia*. Belo Horizonte, UFMG, 1998. Tese de Doutorado.

<sup>21</sup> Lembremo-nos, por exemplo, da importância que Aristóteles conferia ao *ethos*, à *pólis* e à *phrónesis* em sua ética.

<sup>22</sup> Procedendo da diferenciação entre comando e conselho elaborada por Hobbes no *Leviatã*, Bobbio conclui que a diferença mais importante entre comando e conselho diz respeito ao comportamento da pessoa do destinatário, pois enquanto estes “são *obrigados* a seguir um comando, têm a *faculdade* de seguir um conselho”. BOBBIO, Norberto. *Teoria generale del diritto*. Torino, G. Giappichelli, 1993. p. 72.

<sup>23</sup> É interessante notar que essa axiologização do direito goza de muitos adeptos, nem sempre conscientes, na Alemanha. Veja-se, por exemplo, o seguinte texto de Hesse: “Os bens constitucionalmente protegidos devem ser ordenados uns perante os outros de tal forma que cada um deles ganhe realização. Onde há colisão, não se pode, em precipitadas compensações de interesse ou de valores, sacrificar um ao custo do outro.” HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg, C. F. Müller, 1995. p. 28.

<sup>24</sup> No plano da aplicação, efetivamente ocorrem questões de concorrência (e não de contradição entre princípios), e discursivamente, agora com base não mais nas normas, mas nos fatos envolvidos no caso

concreto, é possível fazer um princípio concorrente passar para um segundo plano, a fim de dar uma solução para um caso que não permita a compatibilização de dois princípios. Para a diferenciação dos dois planos, ver GÜNTHER, Klaus. *Application Discourses in Morality and Law. The Sense of Appropriateness*. Albany, State University of New York, 1993.

<sup>25</sup> Um estudo interessante sobre esse conceito encontra-se em CHUEIRI, Vera Karam de. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. In: ROCHA, Leonel Severo (org.) et alii. *Percursos da teoria jurídica contemporânea. Paradoxos da auto-observação*. Curitiba, JM Editora, 1997. p. 182 e ss.

<sup>26</sup> Sobre a questão da tese da “resposta correta”, ver DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, em especial p. 331-338 e DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 119-145. Evidentemente, como aponta CHUEIRI, Vera Karam de. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. In: ROCHA, Leonel Severo (org.) et alii. *Percursos da teoria jurídica contemporânea. Paradoxos da auto-observação*. Curitiba, JM Editora, [s.d.], p. 171 e ss., a “resposta correta” significa para Dworkin apenas a melhor resposta possível.

<sup>27</sup> Isto é aquilo que Dworkin chama de *tese dos direitos*, que concerne à disputa entre argumentos de política e princípios jurídicos na fundamentação de decisões em casos difíceis. Ver DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Harvard University Press, 1978. p. 82 e ss.

<sup>28</sup> Habermas adverte que, nos Estados Democráticos de Direito, apenas o legislador tem acesso tanto às questões morais quanto às ético-políticas e pragmáticas. HABERMAS, Jürgen. *Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Faktizität und Geltung*, 2 ed. Frankfurt. Suhrkamp, 1994. p. 235.

<sup>29</sup> Assim, cobra novo sentido a frase do Tribunal Constitucional Alemão segundo a qual nenhum princípio “goza simplesmente de primazia em frente de outro” ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón practica. Derecho y razón practica*. México, Fontamara, 1993a. p. 13. todos os princípios possuem a possibilidade de excepcionar a aplicação de outros princípios.

<sup>30</sup> E isso porque, em alguns casos, as condições (jurídicas e fáticas) que compõem o problema tornam um princípio adequado e outro inadequado à solução do caso, para usar a terminologia de Günther.

<sup>31</sup> Como mostrei em outro lugar, GALUPPO, Marcelo Campos. O princípio jurídico da igualdade e a autocompreensão do Estado Democrático de Direito. *Direito, discurso e democracia*. Belo Horizonte, UFMG, 1998. Tese de Doutorado, a sua independência decorre do fato que são expressão do pluralismo das sociedades contemporâneas .

<sup>32</sup> Vale dizer: os princípios podem-se excepcionar em sua aplicação, apesar de não se revogarem mutuamente.

<sup>33</sup> Preciso advertir que entendo que a interpretação é um ato de atribuição discursiva de sentido. Portanto, não é o caso de se *descobrir* um sentido, mas de *atribuí-lo*. É preciso lembrar que mesmo a norma não é algo que tenha existência *per se*. Já Kelsen entendia, na *Teoria Pura do Direito*, que a norma é o *sentido* que podemos encontrar em um costume ou em um texto normativo, que por isso mesmo funciona como *esquema de interpretação*. Mas esse sentido não é encontrado pelo intérprete como algo já existente no texto. Ao contrário, ele é *atribuído* por meio da argumentação jurídica, argumentação que possui diferenças, caso se trate de um discurso de aplicação ou um discurso de justificação. Evidentemente, essa atribuição do sentido é algo que vai longe da *discricionariedade* do juiz no julgamento do caso concreto. As condições dessa atribuição de sentido pressupõem antes a existência de uma comunidade (no caso, jurídica) *lingüisticamente estruturada*, o que significa que esse sentido é atribuído por intermédio do discurso e da universalização. Sobre a questão da hermenêutica, seria interessante a leitura de HABERMAS, Jürgen. In: Para a crítica da hermenêutica de Gadamer. *Dialética e hermenêutica*. Porto Alegre, L&PM, 1987. 136 p.

<sup>34</sup> Dizer que não perdem sua validade significa que continuam válidas e *apenas não são aplicadas*.

<sup>35</sup> Isso significa que a estrutura das normas jurídicas genéricas preconizada por Kelsen é, na verdade, a estrutura de *um tipo* de normas jurídicas: as regras.

<sup>36</sup> Para a caracterização dos dilemas morais, ver sua formulação em KOHLBERG, Lawrence. *Psicologia del desarrollo moral. Los nueve dilemas hipotéticos*. Bilbao, Desclée De Brouwer, 1992b. p. 589-599.

<sup>37</sup> O que significa que os princípios *são normas que valem em um contexto* (mas não, necessariamente, e ao contrário do que pensavam Del Vecchio e Bobbio, em qualquer situação).

<sup>38</sup> Sobre as diferenças entre os discursos de aplicação e discursos de justificação, ver GÜNTHER, Klaus. *Application Discourses in Morality and Law. The Sense of Appropriateness*. Albany, State University of New York, 1993. p. 23-58; e HABERMAS, Jürgen. *Remarks on Discourse Ethics. Justification and Application*. Cambridge, MIT, 1993. p. 35-39.

<sup>39</sup> Ver, a propósito, GALUPPO, Marcelo Campos. Peirce. O princípio jurídico da igualdade e a autocompreensão do Estado Democrático de Direito. *Direito, discurso e democracia*. Belo Horizonte, UFMG, 1998. Tese de Doutorado. p. 102 e 103.

<sup>40</sup> No livro V da *Metafísica*, a partir da reunião dos vários sentidos da palavra “princípio”, Aristóteles vai apontar seu sentido básico: “Chama-se *princípio*, em primeiro lugar, (a) ao ponto de uma coisa desde onde alguém pode começar a mover-se; por exemplo, o princípio da longitude e do caminho será,

por esta parte, leste, e pela contrária, oeste. Em segundo lugar, se chama também princípio (b) ao ponto desde onde cada coisa pode fazer-se do melhor modo; por exemplo, a instrução não deve às vezes principiar-se desde o primeiro e desde o princípio da coisa, mas desde onde com mais facilidade pode aprender o discípulo. Em terceiro lugar, se chama princípio (c) aquele desde o qual, sendo intrínseco à coisa, esta começa a se fazer; por exemplo, de uma nave, a quilha, e de uma casa, a argamassa [...]. Em quarto lugar, (d) aquilo desde o que, sem ser intrínseco à coisa, esta começa a fazer-se e desde onde principiam naturalmente o movimento e a mudança; por exemplo, o filho, desde o pai e a mãe, e a luta, desde a injúria. Em quinto lugar, (e) aquilo cujo desígnio faz que se movam as coisas que se movem e mudem as que mudam, como nos Estados os magistrados, as potestades, os reinos e as tiranias se chamam princípios [...]. Ademais, (f) o ponto desde onde uma coisa chega a ser cognoscível também se chama princípio da coisa; por exemplo, as demonstrações, as premissas. [...] *A todos os princípios é comum ser o primeiro desde o qual algo é ou se faz ou se conhece*. E destes (princípios) uns são intrínsecos e outros extrínsecos”. ARISTÓTELES. *Metafísica de Aristóteles*. Trad. por Valentín García Yebra. 2. ed. Madrid, Gredos, 1990. p. 216-218. Grifo meu.

<sup>41</sup> Adverte Baracho que existe um princípio, constitucionalmente adotado no Brasil, que é o princípio do *pluralismo* BARACHO, José Alfredo de Oliveira. In A plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. *Teoria Geral da Cidadania*. São Paulo, Saraiva, 1995. p. 33.

## Bibliografia

- ALEXY, Robert. Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse. In: ROSENFELD, Michel et ARATO, Andrew (orgs.). *Habermas on Law and Democracy: critical exchanges*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1998.
- ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón practica. Derecho y razón practica*. México: Fontamara, 1993a.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993b.
- ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquim. *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990.
- ARISTÓTELES. *Metafísica de Aristóteles*. Trad. por Valentín García Yebra. 2 ed. Madrid: Gredos, 1990.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. *Teoria Geral da Cidadania*. São Paulo: Saraiva, 1995.

- BOBBIO, Norberto. *Contributi ad un dizionario giuridico*. Torino: Giappichelli, 1994.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria generale del diritto*. Torino: G. Giappichelli, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. Da responsabilidade da administração pela situação falimentar de empresa privada economicamente viável por inadimplência ou retardo indevido da satisfação de valores contratados como contraprestação por obras realizadas. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. Brasília: OAB, v. 63, ano XXVI, julho/dezembro de 1996. p. 123-152.
- CHUEIRI, Vera Karam de. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. In: ROCHA, Leonel Severo (org.) et alii. *Paradoxos da auto-observação*. Percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM Editora, 1997.
- COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Los principios generales del derecho*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1948.
- DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Belknap, 1986.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- ESSER, Josef. *Princípio e norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: Técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FRANÇA, R. Limongi. *Dos princípios gerais do direito como complemento da lei omissa*. São Paulo: [s.n.], 1963.
- GALUPPO, Marcelo Campos. O princípio jurídico da igualdade e a autocompreensão do Estado Democrático de Direito. *Direito, discurso e democracia*. Belo Horizonte: UFMG, 1998. Tese de Doutorado.
- GÜNTHER, Klaus. Application discourses in morality and law. *The Sense of Appropriateness*. Albany: State University of New York, 1993.
- HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- HABERMAS, Jürgen. Para a crítica da hermenêutica de Gadamer. *Dialética e hermenêutica*. Porto Alegre: L&PM, 1987.
- HABERMAS, Jürgen. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. *Faktizität und Geltung*. 2. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.
- HABERMAS, Jürgen. Remarks on Discourse Ethics. *Justification and Application*. Cambridge: MIT, 1993.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1995.
- KANT, Immanuel. Kritik der reinen Vernunft. 2ª Aufl. In: \_\_\_\_\_. *Kant's Werke*. vol. III. Berlin: Georg Reimer, 1911.
- KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Wien: Österreichische Staatsdruckerei Wien, 1992.
- KOHLBERG, Lawrence, LEVINE, Charles, HEWER, Alexander. La formulación actual de la teoría. in: KOHLBERG, Lawrence (org.). *Psicología del desarrollo moral*. Bilbao: Desclée De Brouwer, 1992.
- KOHLBERG, Lawrence. Estadios morales y moralización: la via cognitiva-evolutiva. in: KOHLBERG, Lawrence (org.). *Psicología del desarrollo moral*. Bilbao: Desclée De Brouwer, 1992a.
- KOHLBERG, Lawrence. Los nueve dilemas hipotéticos. in: KOHLBERG, Lawrence (org.). *Psicología del desarrollo moral*. Bilbao: Desclée De Brouwer, 1992b.
- KOHLBERG, Lawrence. *The Meaning and Measurement of Moral Development*. Worcester: Clark University Press, 1981.
- LALANDE, André. *Vocabulaire technique et critique de la Philosophie*. 8. ed. rev. e aum. Paris: Presses Universitaires de France, 1960.
- PIAGET, Jean. *O juízo moral na criança*. São Paulo: Sumus, 1994.



# A noção jurídica de empresa

José Gabriel Assis de Almeida

## Sumário

1. Noção de “empresa” e a sua introdução no Direito. 1.1. O conceito econômico de empresa. 1.2. A adoção de um conceito jurídico de empresa. 2. As manifestações jurídicas do conceito de empresa. 2.1. A empresa no direito do trabalho. 2.2. A empresa no direito administrativo. 2.3. A empresa no direito tributário. 2.4. A empresa no direito da concorrência. 2.5. A empresa no direito do consumo. 2.6. A empresa no direito processual civil. 2.7. A empresa no direito constitucional. 2.8. A empresa no direito societário. 2.9. A empresa no direito falimentar. 3. Os contornos da noção jurídica de empresa. 4. Conclusão.

### *1. Noção de “empresa” e a sua introdução no Direito*

#### *1.1. O conceito econômico de empresa*

“Empresa” é uma expressão usada vulgarmente na linguagem comum. Nessa linguagem, a “empresa” tem diversas acepções. Ora é a empresa “X” que explora uma determinada atividade, ou é a pessoa “Y” que é dona da empresa “Z”.

Essa noção de empresa, da maneira como é utilizada na linguagem comum, tem um conteúdo manifestamente econômico. Nessa acepção econômica, a empresa significa a organização ou entidade que exerce uma atividade econômica.

O conceito econômico de empresa corresponde à evolução da atividade econômica. Na verdade, no começo, a atividade eco-

José Gabriel Assis de Almeida é Doutor em Direito pela Universidade de Paris II, Professor Adjunto e Coordenador do Núcleo de Direito Econômico e Empresarial da Universidade Candido Mendes – Ipanema, Professor Adjunto da Uni-Rio Universidade do Rio de Janeiro, Advogado inscrito no Rio de Janeiro, São Paulo, Lisboa e Paris.

nômica era exercida de forma individual. Nessa situação, era muito fácil identificar a atividade com a pessoa física que a exercia. Nesse estágio, a noção de empresa era dispensável, pois a “organização que exercia a atividade econômica” era a pessoa física.

Posteriormente, o desenvolvimento foi impondo outras formas de organização para o exercício da atividade econômica. Deu-se, então, o surgimento das sociedades comerciais. A atividade não era mais exercida por uma única pessoa física, mas por um conjunto de pessoas físicas.

Em seguida, apareceram ainda novos modos de exercício da atividade econômica. Por exemplo, quando o Estado passou a intervir diretamente na economia, realizando diretamente atividades próprias dos agentes econômicos. Houve assim o exercício organizado de uma atividade econômica, não por um grupo de pessoas, mas por uma única pessoa, o Estado.

Em razão da evolução histórica, o conceito de indivíduo deixou de servir para identificar a “organização que exercia uma atividade econômica”. Era necessário criar um novo conceito, para identificar o elemento que exerce a atividade econômica. Surgiu assim a noção de “empresa”.

Desse modo, a empresa aparece como uma unidade econômica. É uma unidade econômica na medida em que é uma unidade autônoma, de produção ou de circulação de bens ou de serviços, ou seja, uma unidade de produção de riqueza.

Para a empresa poder exercer essa atividade de produção ou de circulação de bens ou de serviços, é necessária a reunião de alguns elementos. Com efeito, para se transformar em unidade econômica, a empresa surge como uma organização de fatores de produção; de um lado o capital, do outro, o trabalho. Capital aqui entendido não somente o dinheiro, mas também outros bens valorizáveis economicamente. Por seu lado, por trabalho não se compreende somente o trabalho assalariado; é preciso incluir também o trabalho das pessoas que dirigem e organizam a empresa.

Nessas condições, a empresa surge como a organização dos fatores de produção, capital e trabalho, cujo objeto é a produção ou a circulação de bens ou serviços.

Essa definição expõe claramente os elementos fundamentais da empresa do ponto de vista econômico: primeiro, o capital; segundo, o trabalho.

A esses dois elementos soma-se um terceiro elemento fundamental, pelo menos nas economias liberais, que é o risco. Só existe empresa quando a atividade é exercida com risco para aquela unidade econômica. Ou seja, a unidade econômica corre o risco dos resultados positivos ou negativos da atividade exercida.

Um outro elemento que também tem sido algumas vezes utilizado para identificar a empresa é o intuito de lucro. Porém, analisar a empresa sob a ótica do intuito de lucro só faz sentido com relação às empresas capitalistas que pertençam ao setor privado.

Na verdade, mesmo numa economia capitalista, existem empresas que não têm a característica do intuito de lucro. São normalmente as empresas do setor público. Essas empresas muitas vezes são obrigadas – em virtude da missão pública que as orienta – a exercer atividade sem intuito de lucro ou exercer atividade em que a possibilidade de ter uma elevada rentabilidade é mais reduzida<sup>1</sup>.

Por exemplo, algumas companhias de aviação em determinados países são obrigadas a fazer certos vôos sabidamente deficitários. Na verdade, com objetivo de integrar as diferentes regiões do país, o Estado impõe às empresas a realização de tais atividades, necessárias para que as cidades do interior não fiquem abandonadas.

Dessa forma, não é razoável colocar o intuito de lucro como requisito para a atribuição da qualidade de empresa.

### *1.2. A adoção de um conceito jurídico de empresa*

Dentro desse quadro econômico, a intenção do presente artigo é analisar se a “em-

presa”, tal como definida economicamente, tem algum significado ou conteúdo jurídico próprio.

Com efeito, a noção jurídica de “empresa” tem suscitado alguma controvérsia.

Na verdade, o problema da transposição do conceito econômico de “empresa” para o Direito decorre do modo como a empresa é definida do ponto de vista econômico.

A adoção de uma noção jurídica de empresa implica escolher entre dois caminhos. Ou se adota o conceito de “empresa” como uma categoria já existente no direito comercial ou, então, a noção de empresa terá de ser muito mais abrangente do que as categorias tradicionais do direito empresarial.

A primeira solução, mais fácil, consiste em equiparar a empresa ao comerciante individual ou às sociedades comerciais.

No entanto, essa é também a solução menos rica, pois implica renunciar a qualquer novidade ou aporte que a noção de empresa possa trazer para o direito. Mesmo assim, alguns, mais radicais, adotaram essa solução e proclamaram que a empresa não tem qualquer significado jurídico<sup>2</sup>.

No entanto, com a evolução da atividade econômica, o Direito torna-se cada vez mais permeável à noção da empresa. Essa evolução se faz sentir principalmente em três aspectos.

O primeiro é o alargamento do conceito de atividade econômica. Ou seja, é cada vez mais frequente a atribuição de um caráter econômico às diferentes atividades que são regulamentadas pelo Direito. Antigamente havia determinado número de atividades às quais ninguém reconhecia um caráter econômico, como era o caso de determinados serviços prestados pelo Estado. Por exemplo, a atividade de distribuição do correio era uma atividade tipicamente do Estado. Era uma atividade que não tinha conteúdo econômico, pois se tratava de um serviço prestado pelo Estado ao particular.

Outro exemplo é o da saúde. Oferecer assistência médica era uma função do Estado, não era uma função das entidades pri-

vadas. O fornecimento de serviços de saúde era uma das funções do Estado, destituída de caráter econômico. Portanto, o médico exercia sua atividade como um serviço público. Acresce que, no passado, não existiam entidades oferecendo planos de saúde como temos hoje.

Atualmente, a atividade da saúde é uma atividade de características marcadamente econômicas. O indivíduo é obrigado a ter um plano de saúde para poder se tratar. Todas as atividades ligadas à saúde passaram a ter um conteúdo econômico.

A atribuição de um caráter econômico às atividades resulta da retirada do Estado de vários setores da vida social. A partir do momento em que o Estado se nega a realizar um determinado número de atividades, essas atividades passam necessariamente a ser exercidas pela iniciativa privada. Ora, a iniciativa privada, por definição, dá um conteúdo econômico a essas atividades, pois a retribuição econômica/financeira é a pedra filosofal da iniciativa privada.

O segundo aspecto da evolução histórica que favorece a introdução do conceito de empresa no Direito é a profunda transformação de que o Direito foi objeto, tornando-se bem mais flexível.

Essa enorme transformação é demonstrada pelo aparecimento de uma série de “equações” novas, tais como a dissociação que houve, e que foi fundamental para o desenvolvimento das sociedades, entre o conceito de propriedade e o conceito de controle ou administração.

Um caso típico é o da sociedade anônima. Não a existente no Brasil, pois as sociedades anônimas brasileiras, cotadas nas Bolsas, são todas controladas por uma entidade pública ou privada. Aliás, o Brasil perdeu a grande oportunidade de criar a verdadeira sociedade anônima com as privatizações porque estas privilegiaram a venda em bloco do controle das empresas e não a pulverização do controle pelo público, de forma a não existir uma pessoa ou um grupo que isoladamente pudesse exercer o controle sobre a empresa privatizada.

No entanto, no capitalismo mais avançado, temos situações em que a propriedade pertence a uns e a administração pertence a outros. No livro “Os Bárbaros no Portão”<sup>3</sup>, narra-se a história da compra da RJR Nabisco por um grupo de empresários. A RJR Nabisco era uma das sociedades mais importantes dos Estados Unidos, sendo que suas ações estavam totalmente pulverizadas. Ninguém tinha individualmente mais do que 5% ou 6% do capital social dessa sociedade. Era um caso típico em que se tinha, de um lado, a administração e, de outro, os diversos proprietários.

O terceiro aspecto da evolução do Direito que favorece a adoção de um conceito jurídico para a empresa é o progressivo enfraquecimento da personalidade jurídica das sociedades comerciais.

A noção de personalidade jurídica apareceu primeiramente com relação às pessoas físicas.

As pessoas jurídicas mercantis surgem somente no momento em que foram criadas as companhias de navegação para permitir a exploração de grandes empreendimentos marítimos.

Porém, o conceito moderno de personalidade jurídica das sociedades comerciais surgiu somente no final do século passado e principalmente no começo desse século, quando se passou a atribuir, automaticamente, a personalidade jurídica a qualquer tipo de sociedade.

A atribuição sistemática da personalidade jurídica às sociedades comerciais foi um passo decisivo para a modernização do direito comercial.

Tratou-se de uma inovação revolucionária na medida em que abriu o caminho para a limitação da responsabilidade do comerciante, com a criação indireta de patrimônios de afetação, ultrapassando a idéia de universalidade do patrimônio individual.

Com efeito, em uma primeira fase, a grande novidade da personalidade jurídica consistia em criar uma figura, um ente de direito, atribuir a esse ente uma parcela do patrimônio dos sócios e estabelecer que essa par-

cela responderia pelas atividades empresariais exercidas pelos sócios por meio desse ente. Foi assim concedido um instrumento poderoso a todos aqueles que queriam comerciar sem colocar em risco a totalidade do seu patrimônio pessoal.

Essa limitação da responsabilidade do comerciante, por meio da personalidade jurídica das sociedades comerciais, foi depois desenvolvida e melhorada quando foi criada a figura das sociedades de responsabilidade limitada. Isto é, sociedades em que, uma vez integralizado o capital social, nenhuma responsabilidade pode ser atribuída aos sócios pelos prejuízos causados pelo exercício da atividade social.

Só que, se a personalidade jurídica foi uma das razões do grande sucesso e do grande desenvolvimento das atividades comerciais, foi também rapidamente ultrapassada pela própria dinâmica das atividades comerciais.

A partir de dado momento, sentiu-se que havia uma inadequação da personalidade jurídica para responder a determinadas situações.

Um sintoma desse fato foi a criação pretoriana da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Ou seja, a desconsideração motivada por exercício abusivo do direito de constituir uma sociedade. Essa idéia da desconsideração da personalidade jurídica foi, em seguida, adotada – de forma pouco feliz, note-se de passagem – pelo direito positivo<sup>4</sup>.

Em razão desses três fatores – alargamento do conceito de atividade econômica, flexibilização dos conceitos jurídicos e enfraquecimento da noção de personalidade jurídica das sociedades –, hoje, no Direito, criou-se um clima favorável ao aparecimento de um conceito jurídico de empresa.

Com efeito, por um lado, o Direito passou a ter um caráter cada vez mais econômico e, por outro lado, os conceitos formais ligados à definição do sujeito de direito foram flexibilizados. Ou seja, houve a constatação que determinados conceitos jurídicos

ligados à figura do comerciante, e que eram conceitos tradicionais, como a personalidade jurídica, não mais correspondem plenamente às realidades econômicas.

Portanto, abriu-se assim uma porta para o aparecimento de manifestações jurídicas da empresa.

## 2. As manifestações jurídicas do conceito de empresa

### 2.1. A empresa no direito do trabalho

A primeira manifestação do conceito jurídico de “empresa” dá-se no Direito do Trabalho, fundamentalmente nos arts. 2º e 10 da CLT.

Diz o art. 2º que se considera empregador a empresa individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal do serviço.

Nessa definição, há um acolhimento praticamente perfeito, por parte do Direito, da noção econômica de empresa.

Na definição *supra*, sobressai a noção de atividade econômica e a noção de risco da atividade econômica. Ou seja, a empresa surge enquanto atividade econômica e enquanto entidade responsável pelos riscos dessa atividade econômica.

Por seu lado, o § 1º do art. 2º diz que equiparam-se ao empregador os profissionais liberais, as instituições beneficentes, as associações recreativas ou as instituições sem fins lucrativos.

A construção desse parágrafo merece alguns reparos. Em primeiro lugar, a utilização do termo “equiparam-se” está correta com relação às instituições beneficentes, às associações recreativas e às instituições sem fins lucrativos. Com efeito, são obviamente entidades que, por não exercerem uma atividade econômica, não podem ser propriamente “empresas”. Portanto, nesse caso, a palavra “equiparação” está correta na medida em que “equiparar” significa dizer que essas entidades não são empresas. Tanto não são empresas que é preciso prever que

terão o mesmo tratamento dado às empresas.

O erro do § 2º está quando se fala nos profissionais liberais. Não existe razão para não se considerar o profissional liberal como uma empresa, tratando-o como um equiparado à empresa. Com efeito, os profissionais liberais exercem uma atividade econômica e correm os riscos do sucesso/insucesso da atividade exercida. Melhor seria dizer que a “empresa” inclui também os profissionais liberais, e não que estes são equiparados àquela.

O § 2º contém ainda uma outra regra interessante. É a regra segundo a qual sempre que uma ou mais empresas, tendo cada uma personalidade jurídica própria, estiverem sob controle ou administração de outra, constituindo grupo para o exercício de qualquer atividade econômica, serão todas elas solidariamente responsáveis.

Isso significa que, se várias entidades estão subordinadas umas às outras, essas entidades são todas solidariamente responsáveis. Nesse sentido, algumas decisões judiciais ilustram o texto legal, como é o caso do exemplo a seguir:

“Provado que uma ou mais empresas estão sob a mesma direção e controle, confundindo-se a sua administração, pode o empregado apresentar reclamação trabalhista contra o empregador direto ou qualquer empresa do grupo”<sup>5</sup>.

A solidariedade existente entre os membros do grupo só se justifica porque todas as atividades individuais, (ou exercidas individualmente), por aquelas várias empresas são atividades que se inserem dentro de um plano global de ação, de uma atividade maior, que é a atividade do grupo enquanto entidade única. Conseqüentemente, como cada membro beneficia da atividade do grupo, é natural, também, que cada membro suporte as conseqüências dessa atividade.

Desse modo, o grupo surge assim, juridicamente, como uma empresa única, para efeitos trabalhistas.

O único reparo a ser feito a esse § 2º é o de ter utilizado a expressão “sempre que uma ou mais empresas”. Na realidade, deveria ter sido utilizado a expressão “sempre que uma ou mais entidades” ou “sempre que uma ou mais sociedades”. Com efeito, a expressão usada pode traduzir a idéia de que cada um dos membros desse grupo, individualmente considerado, constitui uma empresa.

Por outro lado, é também importante notar que a noção de empresa ultrapassa, no caso dos grupos, os limites da própria personalidade jurídica de cada um dos seus membros. Assim, a partir do momento em que a personalidade jurídica se torna um obstáculo, não correspondendo mais à realidade, ou seja, à existência de uma única empresa, diz a lei claramente que – mesmo tendo cada um dos membros do grupo uma personalidade jurídica própria – formam todas as sociedades do grupo um conjunto único e solidariamente responsável. Fica patente assim a desconsideração da personalidade jurídica, não no sentido tradicional, mas no sentido de se formar uma nova entidade, a “empresa”.

Conforme visto acima, a segunda manifestação da “empresa” no direito do trabalho encontra-se no art. 10 da CLT.

Esse art. 10 completa o sentido do art. 2º, § 2º, a propósito dos grupos, na medida em que estabelece que qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará o direito adquirido dos seus empregados.

Nesse sentido, vejam-se os acórdãos abaixo:

“(…) dá-se a sucessão quando a firma em si não desaparece, mas desaparece apenas um estabelecimento, sendo os empregados aproveitados em outro estabelecimento do mesmo empregador (...). Por conseguinte, há sucessão, no conceito trabalhista que a palavra sugere, quando uma pessoa adquire de outrem empresa, estabelecimento ou seção em seu conjunto, mesmo quando não existir vínculo jurídi-

co de qualquer natureza entre o sucessor e o sucedido”<sup>6</sup>.

“Extinto o contrato de administração do hospital de Itaipu entre as rés, assumiu esta, diretamente, a administração do empreendimento.

“Ainda que a Unicon tenha efetuado as rescisões contratuais com seus funcionários, estes foram readmitidos pela Itaipu, sem que houvesse interrupção na prestação de serviços, (...)”

“Ausente qualquer solução de continuidade, pois continuou a autora ao labor normal, diário, no mesmo estabelecimento e exercendo a mesma função.

“Entendo, pois, que presentes os requisitos para configurar a sucessão, conforme os arts. 10 e 448 da CLT”<sup>7</sup>.

O art. 10 é a manifestação clara de que a noção de empresa é uma noção maior do que a noção tradicional de sociedade ou de pessoa física. É a prova de que existe alguma coisa, chamada empresa, desvinculada da forma jurídica. Essa empresa existe mediante o exercício de uma atividade econômica que vai-se desenvolvendo, pouco importando as transformações das estruturas jurídicas organizadas em torno dessa atividade econômica. É irrelevante apurar quem é o sujeito de direito que exerce a atividade.

Dessa forma, por exemplo, não importa se hoje é uma sociedade que explora o supermercado “Y” e se amanhã essa sociedade for substituída por outra, que passará a dirigir o supermercado. Mas o supermercado continua o mesmo, a empresa continua a mesma, exercendo a mesma atividade.

Assim sendo, o art. 10 é o reconhecimento, pelo direito, de que os conceitos jurídicos tradicionais são estreitos demais para a noção jurídica de empresa. O art. 10 é também o reconhecimento de que a “empresa” é uma noção mais larga e mais abrangente do que as noções clássicas de pessoa física ou de pessoa jurídica.

Fora da CLT, mas ainda no direito do trabalho, é possível encontrar outras mani-

festações de empresa. Por exemplo, a Medida Provisória nº 1.619, que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa, opta por não definir o que é empresa. Mas esta estabelece o que não é empresa. Com efeito, no art. 2º, § 3º, a referida Medida Provisória indica que:

“não se equipara a empresa, para os fins desta Medida Provisória:

- a) a pessoa física;
- b) a entidade sem fins lucrativos que, cumulativamente:

1. não distribua resultados, a qualquer título, ainda que indiretamente, a dirigentes, administradores ou empresas vinculadas;

2. aplique integralmente os seus recursos em atividade institucional e no País;

3. destine o seu patrimônio a entidade congênere ou ao poder público, em caso de encerramento de suas atividades;

4. mantenha escrituração contábil capaz de comprovar a observância dos demais requisitos desta alínea, e das normas fiscais, comerciais e de direito econômico que lhe sejam aplicáveis”.

A exclusão da pessoa física, enquanto empresa, não está de acordo com a filosofia do direito do trabalho. No entanto, é justificável em face dos objetivos da norma em questão, que são os de atingir unicamente as empresas de maior porte.

Por outro lado, a exclusão das entidades sem fins lucrativos visa nitidamente as entidades que exercem uma atividade não econômica.

No direito previdenciário, área correlata ao direito do trabalho, é possível encontrar na legislação referência à empresa. A Medida Provisória nº 1.518/96, que altera a legislação sobre o salário-educação, estabelece, no art. 1º, § 3º, que:

“Entende-se por empresa, para os fins desta medida provisória, qualquer firma individual ou sociedade que as-

sume o risco da atividade econômica, urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como as empresas e demais entidades públicas ou privadas, vinculadas à seguridade social”.

Constata-se, nesse dispositivo, uma clara referência à empresa, com um forte enfoque no exercício independente da atividade econômica, relegando-se, para segundo plano, os aspectos jurídicos formais.

## 2.2. *A empresa no direito administrativo*

O segundo caso de manifestação da empresa, enquanto conceito jurídico, é o do direito administrativo.

O Decreto-Lei nº 200/67, que trata sobre a organização e a administração pública, no seu art. 5º, II, define empresa pública como sendo:

“a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para exploração da atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.”

Essa definição deixa transparecer a característica fundamental da empresa pública: o exercício de uma atividade econômica.

Com efeito, a empresa pública é organizada exclusivamente com o fim de exercer uma atividade econômica. Se não fosse essa atividade econômica a ser exercida, não haveria motivo para criar uma empresa pública.

A essa característica basilar somam-se duas outras acessórias: a existência de personalidade jurídica de direito privado e a existência de um patrimônio próprio.

Por outro lado, a definição do Decreto-Lei nº 200/67 contém ainda três outras características, específicas e que dão caráter público à empresa.

Em primeiro lugar, o fato de ser criada por lei, em segundo lugar, ter capital exclu-

sivo da União e, em terceiro lugar, exercer uma atividade que o Estado (por contingência ou conveniência administrativa) é obrigado a realizar. São essas três características que dão caráter público-administrativo à empresa.

Mas, repete-se, o que define a essência da empresa pública enquanto empresa é o exercício da atividade econômica. Se não houver o exercício da atividade econômica, a empresa pública não terá razão de ser.

### 2.3. A empresa no direito tributário

A noção jurídica de empresa manifesta-se ainda no direito tributário. Com efeito, existem algumas disposições bastante interessantes, nos arts. 132 e 133 do Código Tributário Nacional.

O art. 132, no seu *caput*, estabelece que a pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até a data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Portanto, a pessoa jurídica que resultar da fusão, da transformação, da incorporação responde pelos tributos devidos pelos antecessores.

Essa regra é manifestamente inspirada na idéia que presidiu à redação do art. 10 da CLT. Ou seja, a alteração da forma jurídica não afeta o conteúdo da atividade econômica e as conseqüências do seu exercício. Dessa forma, o direito tributário reconhece a empresa e coloca-a acima das estruturas jurídicas.

Mais interessante é o parágrafo único do art. 132, segundo o qual:

“o disposto nesse artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual”.

Esse dispositivo retrata bem a realidade jurídica da empresa. A hipótese do art. 132

do CTN é clara: existia uma figura jurídica que estava associada a uma empresa. Essa figura jurídica desaparece, mas o desaparecimento (em última análise, a extinção da personalidade jurídica) não causa a morte da empresa. A empresa continua enquanto entidade autônoma, com vida jurídica própria. E tanto tem vida autônoma que a estrutura jurídica que passa a abrigar aquela empresa responde pelos atos pretéritos da empresa. Na realidade, ao contrário do imposto pelo art. 132 do CTN, o natural seria que toda e qualquer estrutura jurídica que fosse criada não tivesse de arcar com a responsabilidade por atos anteriores à sua criação.

Há, portanto, uma clara manifestação da empresa no direito tributário, e uma clara dicotomia entre a noção jurídica de empresa e a noção de sujeito de direito.

Essa dicotomia é ainda reafirmada no art. 133 do CTN, onde está determinado que:

“a pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, anteriores à data da aquisição”.

Em aplicação desse artigo, os tribunais têm afirmado:

“Havendo sucessão, caracterizada pela compra do fundo de comércio, o sucessor responde pelos débitos tributários do sucedido”<sup>8</sup>.

“Quem adquire, a qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento, e continua na mesma exploração, responde pelos tributos relativos ao que alcançou (art. 133 do cód. Trib. Nacional). Observe-se que tal responsabilidade exsurge integral ou subsidiária. Emerge a responsabilidade, de modo subsidiário com o alienante, ‘se



este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão’, (art. 133, n. II, do Cód. Trib. Nacional)”<sup>9</sup>.

Essas decisões judiciais, em interpretação da lei, demonstram claramente o reconhecimento, pelo Direito, do conceito de empresa. Com efeito, as obrigações são vinculadas a um sujeito de direito. Assim, a obrigação deveria caber unicamente ao antecessor. A fundamentação da responsabilidade do sucessor baseia-se unicamente no fato que, na realidade, a atividade é exercida por uma mesma empresa e qualquer alteração na estrutura jurídica da mesma é irrelevante.

Assim, novamente, o art. 133 manifesta a existência de uma entidade econômica autônoma, que, apesar de ter sido vendida e adquirida, permanece íntegra, e tanto permanece íntegra que os tributos relativos a ela continuam e são exigíveis da pessoa à qual essa empresa se incorporou.

#### 2.4. A empresa no direito da concorrência

A próxima e quarta manifestação jurídica da empresa ocorre no direito da concorrência<sup>10</sup>.

O direito da concorrência é o conjunto de normas visando garantir que, em um determinado mercado, sejam mantidas condições neutras que permitam uma concorrência eficiente entre os diferentes operadores econômicos.

A antiga norma básica do direito da concorrência era a Lei nº 4.137/62, que no art. 6º estipulava o seguinte:

“Considera-se empresa toda organização de natureza civil ou mercantil destinada à exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade com fim lucrativo”.

Essa definição tinha o aspecto positivo do alargamento do conceito de empresa às atividades civis. O artigo ora em questão traduz bem a idéia de que a atividade empresarial é composta por dois grandes ramos: a

atividade mercantil e a atividade civil com conteúdo econômico.

A menção do fim lucrativo da atividade deve ser analisada com critério. Com efeito, é preciso atenuar essa exigência até porque as próprias autoridades encarregadas de aplicar o direito da concorrência consideraram que uma sociedade cooperativa era uma empresa<sup>11</sup>. Ora, as sociedades cooperativas não têm intuito de lucro, são sociedades civis, mesmo tendo o seu ato constitutivo arquivado na Junta Comercial<sup>12</sup>.

É importante também observar que no art. 6º da Lei nº 4.137/62 a empresa, à primeira vista, não aparece como sujeito de direito, mas como objeto de direito. Veja-se que a empresa é explorada por uma pessoa física ou jurídica.

É um conceito radicalmente diferente daquele de empresa pública. Na empresa pública, a empresa tinha personalidade. Na antiga lei de defesa da concorrência, a empresa não tem personalidade. O que nos permite chegar a conclusão – a desenvolver abaixo – que a personalidade jurídica não é elemento essencial para a definição jurídica de empresa.

Porém, na Lei nº 4.137/62, também não é possível classificar a empresa como objeto de direito. Isso porque a empresa figura como o sujeito ativo das infrações às normas da concorrência! Ora, os objetos de direito não podem ter capacidade jurídica. Os objetos de direito não podem ser sujeitos ativos!

Conseqüentemente, é forçoso concluir que, na Lei nº 4.137/62, a empresa manifestava-se como um *tertio genus*, nem sujeito nem objeto de direito.

A atual lei de defesa da concorrência, Lei nº 8.884/94, contém também uma manifestação da noção de empresa. Com efeito, o art. 15 dessa lei estabelece que:

“Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda

que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob o regime de monopólio legal”.

O art. 15 é claro. Na definição do destinatário da norma, todos os aspectos jurídicos formais são irrelevantes. Tanto que o art. 15, por si só, é imprestável para definir o destinatário da norma. Na verdade, o alcance da norma é dado pelo art. 20, que define as infrações. E essas infrações decorrem todas do exercício de uma atividade econômica.

Assim, no direito da concorrência, a empresa define-se por dois parâmetros.

O primeiro é dado pelo art. 15, que define a empresa pela negativa. Ou seja, a empresa independe da estrutura jurídica que revestir.

O segundo, o do art. 20, diz que qualquer estrutura jurídica que seja capaz de produzir os comportamentos visados neste artigo será considerada uma empresa.

Ou seja, em termos de legislação de defesa da concorrência, a empresa define-se pelo conteúdo econômico da atividade e não pela forma jurídica adotada.

Tanto assim é que, em aplicação da Lei nº 8.884/94, o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica afirmou:

“Constata-se, então, que todas as empresas que participaram das citadas operações pertencem ao Grupo Hansen, estando inclusive três delas sob o controle direto ou indireto da própria incorporadora, Tubos e Conexões Tigre Ltda.

“E, como é conhecido, empresas do mesmo Grupo, por visarem a iguais objetivos, adotam as estratégias do interesse do Grupo, e, por tal razão, não concorrem efetivamente entre si. Enfim, estão submetidas a um controle comum.

“O que ocorreu, nos casos em exame, foi uma reestruturação promovida pelo Grupo, em algumas das suas empresas, objetivando, segundo reite-

radamente informado nos autos, uma racionalização administrativa, através da centralização, na Tigre, de parcelas patrimoniais de outras empresas do Grupo, (...)

“(…)”

“De acordo com os elementos constantes do processo, os atos submetidos ao CADE, pela empresa Tubos e Conexões Tigre Ltda., apenas objetivaram a reestruturação interna ou a reorganização de empresas do Grupo Hansen, obedecendo a razões de interesse do Grupo, sob um controle comum, deles não resultando aumento dos índices de concentração nos mercados de atuação das empresas envolvidas. Não se configuram, pois, como passíveis de prejudicar a livre concorrência”<sup>13</sup>.

Essa decisão demonstra que, no direito da concorrência, o grupo de sociedades constitui a única empresa. Pois só assim é que se justifica a não-aplicação da norma legal. Ou seja, segundo a decisão acima, a composição societária do grupo e o fato de existirem sociedades juridicamente independentes é irrelevante, uma vez que todas exercem uma atividade econômica com um sentido único. Desse modo, apesar de diversas formas jurídicas, há uma única entidade econômica, e, mais uma vez, a atividade prima sobre a forma.

### 2.5. A empresa no direito do consumo

A quinta manifestação da empresa no direito verifica-se no direito do consumo, por meio da Lei nº 8.078/90, popularmente conhecida como Código do Consumidor.

O art. 3º desse diploma legal define o fornecedor da seguinte forma:

“Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição

ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

O ponto manifestamente relevante da definição de fornecedor é, mais uma vez, o exercício de atividade de natureza econômica: a produção, a importação, a distribuição etc. O fornecedor define-se em virtude do exercício dessa atividade econômica.

Os aspectos jurídicos formais são nitidamente acessórios. Tanto que a norma claramente indica que a empresa pode ser pública ou privada, tratar-se de pessoa física ou de pessoa jurídica e ter nacionalidade brasileira ou estrangeira.

Aliás, numa demonstração clara de que a personalidade jurídica não tem importância, a lei admite a possibilidade dos entes despersonalizados serem, ou funcionarem, como empresa.

A aplicação jurisprudencial do dispositivo ora em causa demonstra claramente a conclusão acima. Por um lado, os tribunais já classificaram como fornecedor: uma sociedade de direito privado que realizava atividade de incorporação<sup>14</sup>, uma empresa prestadora do serviço de água e esgoto<sup>15</sup>, um banco<sup>16</sup>, uma empresa administradora de imóveis<sup>17</sup> e até, para efeitos penais, o Prefeito de um Município<sup>18</sup>.

No entanto, os tribunais excluíram do conceito de fornecedor: um condomínio nas relações com os seus condôminos<sup>19</sup> e uma cooperativa nas relações com os seus cooperados<sup>20</sup>.

Ou seja, da jurisprudência resulta tanto a irrelevância da forma jurídica quanto a variedade das atividades que estão incluídas no conceito de fornecedor, ressalvando-se que, nas atividades em que não há acentuado conteúdo econômico, não há fornecedor.

Cabe assinalar que, com relação à noção de empresa, há autores que afirmam que a empresa poderia ser também um consumidor. Trata-se, porém, de uma posição desacertada, porque a empresa não pode ser consumidora, para os efeitos da proteção legal assegurada aos consumidores. A empresa não pode ser consumidora pois a empresa

exerce uma atividade econômica, os bens ou serviços por ela adquiridos são necessariamente vinculados e destinados, ainda que indiretamente, àquela atividade econômica. São bens ou serviços que, direta ou indiretamente, serão repassados para as pessoas com quem ela negocia<sup>21</sup>.

## 2.6. A empresa no direito processual civil

A sexta manifestação jurídica da empresa encontra-se no direito processual civil.

Com efeito, existe uma menção à empresa no art. 678 do Código de Processo Civil. Esse artigo refere-se à penhora, ao depósito e à administração de empresa. Diz o art. 678 que:

“a penhora de empresa que funcione mediante concessão ou autorização far-se-á, conforme o valor do crédito, sobre a renda, sobre determinados bens, ou sobre todo o patrimônio, nomeando o juiz como depositário, de preferência, um dos seus diretores”.

Para melhor compreender o art. 678, é preciso analisá-lo em conjunto com o art. 677. O art. 677 trata dos casos em que a penhora recai sobre estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como sobre sementes, plantações ou edifício em construção, hipóteses em que o juiz nomeará um depositário.

O art. 678 parece ser o prolongamento lógico do art. 677, tratando dos casos em que haja concessão ou autorização do Poder Público para a exploração daquele estabelecimento.

Portanto, na concepção do direito processual civil, a empresa se aproxima da figura jurídica do estabelecimento comercial.

Note-se, porém, que o art. 678, não repete as mesmas expressões. Com efeito, o art. 678 em vez de se referir à penhora de “estabelecimento comercial, industrial ou agrícola”, usou a expressão penhora de “empresa”. Portanto, é lógico concluir que a noção de empresa não corresponde à de estabelecimento. Porque senão teria sido usada no art. 678 a mesma expressão do art. 677.

Será então a empresa a pessoa jurídica à qual está ligado esse estabelecimento? Se a solução for essa, criar-se-á uma situação juridicamente absurda, porque a pessoa jurídica é sujeito de direito. Ora, não é possível penhorar um sujeito de direito, pois a penhora só pode recair sobre objetos de direito.

Conseqüentemente, a empresa tem de ser necessariamente alguma coisa diferente, que não seja nem o estabelecimento, nem a pessoa jurídica detentora do estabelecimento.

Na realidade, os art. 677 e 678 traduzem o mal-estar e a inadaptação da empresa aos conceitos tradicionais do direito.

### *2.7. A empresa no direito constitucional*

Finalmente, no direito constitucional, também encontramos uma referência à empresa.

Trata-se do conhecido art. 171 da Constituição da República, já revogado. O art. 171 referia-se à empresa mas, na verdade, não a definia. O art. 171 determinava somente a nacionalidade da empresa e estava assim redigido:

“São consideradas:

“I – empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;

“II – empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público internos, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria do seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades”.

Da redação do art. 171 é manifesto que o vocábulo “empresa” era empregue para firmar dois pontos.

Em primeiro lugar, a palavra “empresa” era utilizada para caracterizar o exercício de uma atividade econômica. Tanto assim, que o art. 171 estava inserido na parte da

Constituição relativa à Ordem Econômica e Financeira.

Em segundo lugar, o objetivo da palavra “empresa” era abranger todas e quaisquer entidades que exercessem uma atividade econômica. Com efeito, nesse artigo poderiam ter sido utilizadas as expressões “sociedade”, “empresa pública” etc. No entanto, preferiu-se recorrer a “empresa”, por ser um termo mais abrangente.

Do exposto, resulta que, no direito constitucional, o conceito de empresa também transcende as estruturas jurídicas tradicionais e que esse conceito está intimamente vinculado ao exercício da atividade econômica.

Na verdade, a idéia que presidiu ao uso da palavra “empresa” no art. 171 da Constituição da República era a designação do exercício de uma atividade econômica na sua mais vasta e mais ampla acepção. Aqui também há uma manifestação da empresa transbordando os limites dos conceitos tradicionais do Direito.

### *2.8. A empresa no direito societário*

Também no direito societário é possível encontrar algumas manifestações jurídicas do conceito econômico de empresa.

Por exemplo, o art. 2º da Lei das Sociedades por Ações estabelece que pode ser objeto da companhia qualquer “empresa” de fim lucrativo não contrário à lei e à ordem pública.

Portanto, o art. 2º adota a empresa como atividade. A empresa é uma atividade econômica, que se estrutura por meio de uma sociedade anônima.

Em particular, note-se que o art. 2º da Lei nº 6.404/76 separa a noção de empresa da noção de fim lucrativo. Nos termos da lei mencionada, a empresa pode não ter um fim lucrativo. Tanto assim que o dispositivo legal acrescenta a expressão “fim lucrativo” após a menção à empresa. Se a empresa tivesse necessariamente um fim lucrativo, o acréscimo seria inútil.

Ainda na Lei nº 6.404/76 existe uma outra manifestação da empresa. Trata-se do

artigo 206, inciso I, alínea d). Segundo esse artigo, dissolve-se a companhia de pleno direito pela existência de um único acionista, verificada em assembléia geral ordinária, se um mínimo de dois não for reconstituído até à do ano seguinte.

O que é interessante observar não é a dissolução, mas a permanência da sociedade durante esse ano. A intenção manifesta dessa permanência da sociedade é a preservação da empresa. A sociedade só não é dissolvida imediatamente quando se verifica a existência de um único acionista porque o intuito é o de conservar a empresa. Ou seja, a norma reconhece que, para além da forma societária, existe uma realidade econômica que merece a proteção do direito.

Portanto, ao ser protegida pela lei, essa realidade econômica passa a ter caráter jurídico. Essa proteção é manifestada por meio da possibilidade de a sociedade anônima permanecer juridicamente viva durante um ano.

Por outro lado, note-se que, ao final desse ano, e sem recomposição da pluralidade acionária, a sociedade se dissolve, acarretando também a dissolução da empresa. A menos que a empresa seja vendida, e aí poder-se-á retornar à situação do art. 133 e do art. 132, parágrafo único, do CTN, acima comentada, em que a empresa vai continuar, mas sob uma outra estrutura jurídica.

Esse dispositivo da Lei das Sociedades Anônimas tem sido aplicado, por analogia, às sociedades por quotas de responsabilidade limitada, por meio de farta jurisprudência, em caso de morte de um dos dois únicos sócios. E, nessas decisões judiciais, tem ficado ainda mais evidente a existência de uma empresa, por detrás da estrutura societária. Vejam-se alguns exemplos:

“Sociedade limitada, constituída de dois sócios. Deferimento da dissolução parcial com a apuração exata dos haveres do sócio falecido, sem prejuízo da continuidade da empresa pelo sócio sobrevivente”<sup>22</sup>.

“Embora tratando-se de sociedade comercial composta de dois sócios,

a morte de um deles não leva à dissolução plena, mas simplesmente parcial, porquanto deve prevalecer a tendência moderna da preservação da empresa, no resguardo do interesse público, e não a prevalência da vontade individual do sócio ou de seus herdeiros. Mesmo que no caso concreto se esteja favorecendo quem jamais colaborou para o engrandecimento da empresa, impõe-se a solução, que consulta o interesse mais relevante: a preservação da empresa”<sup>23</sup>.

Essas decisões evidenciam que, para além da sociedade e dos sócios, existe uma outra realidade que merece proteção por parte do Direito e que é a empresa.

Há ainda uma outra manifestação da empresa no direito societário. Trata-se do art. 335, nº 5, do Código Comercial.

Segundo essa disposição, dissolve-se a sociedade pela vontade de um dos sócios, sendo a sociedade celebrada por tempo indeterminado. Mais uma vez, o importante não é a dissolução da sociedade, mas uma construção jurisprudencial segundo a qual o sócio não tem o direito de dissolver totalmente a sociedade.

Nesse sentido são os seguintes acórdãos, inclusive do Supremo Tribunal Federal:

“É inadmissível a dissolução das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, por iniciativa do sócio minoritário inconformado, quer por força do art. 335, V, do Código Comercial, quer com fundamento no art. 336, III, do mesmo Código”<sup>24</sup>.

“A melhor doutrina e a jurisprudência mais recente dos Tribunais revelam, principalmente, a preservação da empresa que não pertine só à sociedade e aos sócios, mas a inúmeras pessoas, para as quais gera empregos e outros negócios. A dissolução parcial da sociedade, na qual se garante ao sócio remanescente, quando constituída por apenas dois sócios, recompor a empresa com admissão de outro só-

cio cotista ou ainda que como firma individual, assegurando-se o recebimento cabal, pelo retirante, dos haveres que lhe são devidos, compatibiliza-se, em verdade, com o interesse social”<sup>25</sup>.

“Conhecida é a divergência, na doutrina e na jurisprudência, a respeito de poder ou não permanecer uma empresa, temporariamente, com um único sócio, por motivo de retirada de outro ou outros, especialmente de forma imotivada. Nos últimos tempos, a corrente de julgadores que responde positivamente a essa indagação é crescente, na trilha do pensamento de que se sobrepõe o interesse social da sobrevivência da empresa ao interesse particular dos sócios. A firma permanecerá, possibilitando ao sócio remanescente a aceitação de outros, podendo-se anotar situação assemelhada admitida pela anterior lei das sociedades anônimas, que concedia prazo para regularização da empresa e ainda o tratamento fiscal que se dá em tais situações”<sup>26</sup>.

A solução jurisprudencial está inspirada na intenção de preservar um bem existente, uma realidade jurídica, que é a empresa. Há aqui, portanto, uma manifestação da empresa, merecendo a proteção jurídica do Código Comercial.

Assim, em razão da existência da empresa, a jurisprudência mitigou o alcance do art. 335, nº 5, estabelecendo que o direito do sócio restringe-se a pedir a sua retirada da sociedade (aquilo que é impropriamente denominado “dissolução parcial da sociedade”). A retirada opera-se com a apuração dos haveres do sócio retirante, continuando a sociedade com os sócios remanescentes, pois a empresa em si mesma permanece inalterada.

### *2.9. A empresa no direito falimentar*

No direito falimentar, encontra-se um caso clássico de manifestação de empresa: é a massa falida.

A massa falida não tem personalidade jurídica<sup>27</sup>. No entanto, a massa falida pode reclamar direitos<sup>28</sup>. O síndico é representante da massa falida, mas não age em nome próprio. A Lei das Falências, no art. 59, e o CPC, no art. 12, inciso III, estabelecem a apresentação da massa falida pelo síndico.

Há aqui uma construção jurídica interessante, semelhante à do condomínio, em que existe uma entidade que é titular de direitos e deveres. A massa falida, por exemplo, tem empregados, deve impostos, deve água, deve luz, estabelece contratos. No entanto, a massa falida não existe juridicamente enquanto sujeito de direito.

Nem se pode afirmar que a representação jurídica da massa falida é feita por meio da sociedade, pessoa jurídica e sujeito de direito, que faliu. Apesar da opinião de alguns autores em contrário, é equivocado afirmar isso na medida em que o art. 21 do Código Civil taxativamente estabelece que se extingue a personalidade jurídica com a dissolução da sociedade. Ora, o art. 333, nº 2, do Código Comercial determina a dissolução da sociedade em razão da sua falência.

Ainda no campo do direito falimentar, o Projeto da Lei das Falências<sup>29</sup> adota claramente o conceito econômico de empresa.

Por exemplo, o art. 1º estabelece que:

“Esta lei institui e regula a recuperação e a liquidação judicial das pessoas jurídicas e físicas que exercem atividade econômica em nome próprio e de forma organizada”.

Esse artigo faz uma clara referência à empresa. O elemento relevante do dispositivo legal é indiscutivelmente o exercício de uma atividade econômica de forma independente.

Mais adiante, o Projeto dá a dimensão dos interesses que gravitam à volta da empresa, ao afirmar, no art. 49:

“A recuperação é um instrumento destinado a sanear a atividade devedora, salvaguardando a manutenção da fonte produtora, do emprego de seus trabalhadores e os interesses dos credores, viabilizando, dessa forma,

a realização de sua função social, admitida, por isso, a livre negociação dos seus interesses entre as partes envolvidas”.

Finalmente, o Projeto, ao indicar, no art. 54, como medida de recuperação da empresa a alteração ou substituição dos seus sócios controladores, está a marcar claramente a separação entre empresa e sociedade. A proposta é no sentido de que a empresa transcende os seus “proprietários” e não pode ficar vinculada àqueles que causam a sua ruína. Se os resultados econômicos forem desfavoráveis, é necessário preservar a empresa, afastando-se dela o anterior titular, se necessário for.

Ou seja, o intuito é claro: permitir que aquele conjunto ou entidade que vinha exercendo uma atividade econômica continue a fazê-lo, sob a direção de outras pessoas, talvez mais diligentes ou mais hábeis.

### *3. Os contornos da noção jurídica de empresa*

O objetivo do exame de todas essas manifestações é tentar delinear os contornos de um conceito jurídico de empresa. Ou seja, é tentar dar identidade própria à empresa no Direito.

Como visto acima, a adoção de um conceito jurídico de empresa já foi discutida na doutrina, tendo sido apresentadas soluções diferentes.

Alguns foram contrários ao reconhecimento de um conceito jurídico de empresa. O fundamento apresentado é que o conceito de empresa não tem qualquer função no Direito e que os conceitos atuais bastam à regulamentação das atividades econômicas. Para esses autores, se os conceitos de pessoa, de sociedade, de personalidade jurídica e de estabelecimento resolvem todos os problemas jurídicos, a noção de empresa não é precisa para manter a coerência no Direito. Na mesma linha, segundo outros autores, o estágio de desenvolvimento econômico brasileiro não justifica o aparecimento da noção de empresa<sup>30</sup>.

Há outras opiniões favoráveis ao reconhecimento parcial da empresa pelo Direito. Segundo esses autores<sup>31</sup>, no estágio atual do Direito, o conceito econômico de empresa não pode ser traduzido por um conceito jurídico unitário. Na verdade, o Direito limita-se a atribuir determinadas consequências jurídicas a certos aspectos da empresa.

Na verdade, essa até é a situação atual. Como foi visto acima, há determinados aspectos da empresa objeto de uma apreciação jurídica, nos mais variados campos do Direito. Ou seja, a análise realizada no nº 2 acima demonstra que a norma positiva tem tratado a empresa de forma fracionada. A lei não adotou um conceito geral de empresa, preferindo tratar a questão de acordo com as necessidades de cada situação.

Inobstante, existem outros autores favoráveis a uma percepção jurídica da empresa, como um todo unitário. Entre eles destacam-se Fran Martins, Rubens Requião, Romano Cristiano e Waldirio Bulgarelli.

Fran Martins<sup>32</sup> coloca a empresa como o elemento utilizado para o exercício de atividades comerciais. A empresa é subordinada ou dirigida por pessoa física ou jurídica. O conceito adotado por Fran Martins coloca a empresa na categoria dos objetos de direito. Mais ainda, na prática, conduz à identificação entre empresa e fundo de comércio. Ou seja, retira ao conceito de empresa toda a originalidade.

Para Rubens Requião<sup>33</sup>, a empresa é o exercício de certas atividades pelo empresário. O empresário é indispensável para dinamizar a empresa. Caso contrário, a empresa fica inativa. Portanto, ao dar importância ao empresário enquanto dinamizador da atividade da empresa, Rubens Requião está automaticamente classificando a empresa na categoria dos objetos de direito.

Tanto a análise de Fran Martins quanto a de Rubens Requião usam os parâmetros tradicionais, ou seja, as regras clássicas que datam do direito romano: a noção de sujeito, a noção de objeto, a noção de relação jurídica.

No entanto, a realidade é que a empresa não se acomoda confortavelmente nessas categorias tradicionais do Direito. Nem faria sentido classificá-la nessas categorias. Classificá-la de acordo com essas categorias é negar ao conceito de empresa um conteúdo original. Se essa originalidade inexistir, o conceito jurídico de empresa é inócuo e, conseqüentemente, é estéril a discussão em torno da adoção, pelo Direito, do conceito econômico de empresa.

Por seu lado, Romano Cristiano<sup>34</sup> adota uma posição curiosa. Ao invés de reduzir a comercialidade para dar lugar à empresarialidade, na verdade afirma a extensão da comercialidade para todas as atividades econômicas. No entanto, essa postura apequena o conceito de empresa. A empresa passa a ser fundamentalmente o comerciante “alargado”.

Em contrapartida, Ruy de Souza<sup>35</sup> apresenta a empresa como o estabelecimento em atividade, debaixo da representação jurídica do empresário. Essa noção de empresa, se bem que se funde na noção de atividade, acaba por confundir a empresa com os atos de comércio. Por outro lado, o autor não explica em que medida a empresa seria um conceito inovador e qual a sua utilidade prática.

Nesse sentido, o estudo do tema por Waldirio Bulgarelli<sup>36</sup> é mais original. Para esse autor, a empresa articula-se fundamentalmente em torno da atividade econômica organizada, sendo que o conceito de empresa é multifacetado. Essa realidade explica-se pelo fato de o conceito de empresa ser um conceito funcional, que visa atender os interesses que em torno dele circulam (interesses dos credores, interesses dos sócios, interesses dos consumidores, interesses dos trabalhadores, etc.). No entanto, Waldirio Bulgarelli não chega a um conceito claro e precisamente enunciado de empresa.

A bem da verdade, ao procurar delimitar o conceito jurídico de empresa, o intérprete tem de se despir de todos os conceitos jurídicos tradicionais. É necessário olhar para a empresa como algo que pode, efeti-

vamente, revolucionar o direito. Ou seja, um conceito que permita a abolição das rígidas noções de sujeito de direito, sociedade e personalidade jurídica. Um conceito que permita melhor traduzir juridicamente a realidade econômica.

Partindo dessa premissa, e usando-se como fundamento a análise realizada no nº 2 acima, procurar-se-á aqui delimitar os contornos do conceito jurídico de empresa.

A aproximação do tema pode ser realizada de duas formas, convergentes. A primeira é por meio do descarte de tudo o que não for comum às manifestações jurídicas da empresa, examinadas no nº 2 acima. A segunda é por meio da identificação do denominador comum a todas as manifestações jurídicas da empresa examinadas no predito nº 2 acima.

Iniciando pelas características que não são comuns às várias manifestações jurídicas da empresa, o primeiro aspecto evidente é a forma jurídica. Com efeito, nos diferentes campos jurídicos, foi possível observar várias manifestações da empresa, empresa enquanto pessoa física, empresa como pessoa jurídica e até empresa como entidade sem forma jurídica definida. Desse modo, conclui-se que a forma jurídica não é elemento relevante na noção jurídica de empresa.

Da mesma maneira, a personalidade jurídica (que é estreitamente ligada à forma jurídica) também não é importante. Nas diversas manifestações de empresa examinadas, constatou-se a possibilidade, por um lado, de existirem empresas sem personalidade jurídica, entes despersonalizados. Por outro lado, verificou-se que tanto a empresa era classificada na categoria tradicional dos objetos de direito, quanto na categoria dos sujeitos de direito. Conseqüentemente, se a empresa tem tamanha elasticidade, é facilmente compreensível que a personalidade jurídica não é o elemento essencial da empresa.

Passando ao exame dos elementos comuns, é possível constatar um denomina-



dor comum, praticamente imutável em todas as manifestações jurídicas da empresa. Esse núcleo comum é a atividade econômica.

A atividade econômica, enquanto núcleo definidor da empresa no Direito, assenta em dois elementos. O primeiro é o exercício de uma atividade econômica contra remuneração. O segundo é a independência no exercício dessa atividade econômica.

Passando à análise do primeiro elemento, é preciso frisar que a atividade econômica enquanto critério definidor da empresa não implica o intuito de lucro. Com efeito, foi visto que, em determinados ramos do direito, não se mencionava o intuito de lucro, ou seja, este não era considerado fator importante dentro da empresa.

Contudo, se não se exige o lucro, a existência da atividade econômica impõe a existência de uma remuneração. Aliás, a remuneração é ponto indispensável para a caracterização da atividade econômica. Se a atividade é exercida contra uma remuneração, essa atividade é econômica, mesmo que não vise o lucro. É o caso da empresa pública, por exemplo, quando presta o serviço de telefonia rural. O custo da instalação da linha nas unidades habitacionais dispersas no campo não pode ser recuperado pela cobrança do serviço prestado. O serviço é prestado contra remuneração, mas esta é manifestamente insuficiente para cobrir os custos de operação. São as atividades, mesmo praticadas sem o intuito de lucro, em que haja uma contrapartida econômica que definem a empresa e são o primeiro do seu conceito jurídico.

O segundo elemento importante da atividade econômica da empresa é a independência. Ou seja, sempre que a atividade for exercida sem independência, não há uma empresa. Por exemplo, nos grupos societários, não há várias empresas, mas há uma única empresa, uma única entidade econômica.

Desse modo, constata-se que o Direito integra a empresa como um conceito de conteúdo particular. A empresa seria a atividade

de econômica, portanto, a atividade exercida contra uma remuneração e de forma independente. Esse seria o perfil do conceito de empresa no Direito.

#### 4. Conclusão

Conforme exposto acima, constata-se que, na realidade, o Direito já integra o conceito econômico de empresa.

Mais ainda, constata-se que o conceito econômico de empresa não se confunde com os conceitos jurídicos tradicionais.

Na verdade, o conceito jurídico de empresa representa uma nova forma de o Direito apreender a realidade, em particular a realidade econômica.

Um exemplo, tirado do direito da concorrência, basta para demonstrar essa conclusão. Imagine-se que, em um determinado mercado, coexistem cinco sociedades, com os atos constitutivos registrados na Junta Comercial. Cada uma dessas sociedades detém 20% do mercado. Dessas sociedades, quatro são controladas pela mesma pessoa física. Porém, uma vez que cada uma dessas sociedades é dotada de personalidade jurídica, a análise da realidade, de acordo com os critérios jurídicos tradicionais, implicaria a conclusão que se trataria de um mercado altamente concorrencial entre empresas juridicamente independentes.

No entanto, aplicando-se à espécie o conceito jurídico de empresa, fácil seria compreender que se trata na verdade de um mercado em que existe um concorrente em clara posição dominante, controlando praticamente todo o mercado.

Deste modo, por meio da utilização do conceito jurídico de empresa é possível melhor apreender a realidade. Ou seja, a utilidade e funcionalidade do conceito jurídico de empresa é a de permitir uma melhor adaptação da norma ao fato e, portanto, uma melhor eficácia da norma.

O presente texto não pretende ser conclusivo. Na verdade, caberá, a partir desta contribuição, identificar e precisar outras si-

tuações de funcionalidade do conceito jurídico de empresa, tal como aqui delineado.

### Notas

<sup>1</sup> Esse aspecto, contudo, não afeta a característica mercantil das sociedades, conforme estabelece o art. 235 da Lei nº 6.404/76.

<sup>2</sup> Ver, a propósito, CAMPOS, Francisco. Intervenção no VI Congresso Jurídico Nacional. in: *RDM* vol 5, p. 31, n. 1 e 2.

<sup>3</sup> BURROUGH, Bryan e HELYAR, John. *Barbarians at the Gate : The Fall of RJR Nabisco*. Londres: Arrow Books Ltd, 1990.

<sup>4</sup> Ver, a respeito, o art. 28 da Lei nº 8.078/90 e o art. 18 da Lei nº 8.884/94.

<sup>5</sup> Acórdão unânime publicado em 27/04/95 da 3ª Turma do TRT da 12ª Região, RO 9.525/93, Rel. Juiz Caetano Rodrigues, publicado na COAD-ADV ementa nº 70.190.

<sup>6</sup> Acórdão unânime de 29/03/95 da Seção Especializada do TRT da 4ª Região, MS 94-029370-6, Rel. Juiz João Luiz Toralles Leite, publicado na COAD-ADV ementa nº 70.274.

<sup>7</sup> Acórdão unânime de 29/03/95 da 3ª Turma do TRT da 4ª Região, RO 14.569/93, Rel. Juiz Arnaldo Ferreira, publicado na COAD-ADV ementa nº. 70.017.

<sup>8</sup> Acórdão unânime publicado em 14/08/95 da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, REsp 51.504-1-SP, Rel. Min. Américo Luz, publicado na COAD-ADV ementa nº 70.947.

<sup>9</sup> Acórdão unânime de 12/08/96 da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Ap. Cív. 276.985-2/0, Rel. Des. Sérgio Pitombo, publicado na COAD-ADV ementa nº 75.759.

<sup>10</sup> que, na doutrina brasileira, tem sido impropriamente ou denominado direito “antitrust” (impropriedade que decorre do fato de o direito brasileiro não conhecer a figura do “trust”) ou direito do abuso de poder econômico (pois nem toda a violação de concorrência implica abuso do poder econômico (ex. acordos de preços).

<sup>11</sup> V. decisão do CADE de 10.09.87 no Processo Administrativo nº 47, Cooperativa Agropecuária Regional de Rio Bonito Ltda v. Cooperativa Central de Produtores de Leite CCPL, rel. Geová Marcondes Coelho de Souza, pub. no DOU de 15.09.87, Seção I, p. 14.908 e em FRANCESCHINI, José I. Gonzaga. *Introdução ao Direito da Concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 173.

<sup>12</sup> Cf. art. 4º da Lei nº 5.764/71.

<sup>13</sup> Decisão do CADE de 15.03.95 nos Atos de Concentração nºs 07 a 10/94, Tubos e Conexões Tigre, Rel. Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, não publicado.

<sup>14</sup> Acórdão unânime de 12/02/96 da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, REsp 80.036-SP, Rel. Min. Rosado de Aguiar, publicado na COAD-ADV ementa nº 74.575.

<sup>15</sup> Acórdão por maioria de 09/04/96 da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Ap. Cív. 8.251/95, Rel. Des. Sylvio Capanema de Souza, publicado na COAD-ADV ementa nº 76.653.

<sup>16</sup> Acórdão unânime de 25/04/95 da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, REsp 57.974-0-RS, Rel. Min. Rosado de Aguiar, publicado na COAD-ADV ementa nº 70.230.

<sup>17</sup> Acórdão unânime de 14/12/94 da 7ª Câmara do Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, Ap. Cív. 7358/94, Rel. Juiz Gualberto Miranda, publicado no Ementário nº 20/95 do Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, no DOERJ de 27/06/95, p. 264, ementa nº 2.

<sup>18</sup> Acórdão unânime publicado em 29/11/96 da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Processo Criminal de Competência Originária 8.313/8, Rel. Des. Gudesteu Biber, publicado na COAD-ADV ementa nº 76.877.

<sup>19</sup> Acórdão unânime registrado em 23/10/95 da 8ª Câmara do Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, AI nº 1.296/95, Rel. Juiz Jayro Ferreira, publicado na COAD-ADV ementa nº 73.861.

<sup>20</sup> Acórdão unânime de 26/03/96 da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, Ap. Cív. 25.768-3, Rel. Des. Amadiz Barreto, publicado na COAD-ADV ementa nº 75.149.

<sup>21</sup> Nesse sentido, v. COSTA, Pedro Oliveira da. *Código de Defesa do Consumidor: dos sujeitos tutelados pelo código*. in: Informativo Semanal COA-ADV nº 01/97 p. 5.

<sup>22</sup> Acórdão unânime de 23/04/85 da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, RE. 104.596-5-PA, Rel. Min. Cordeiro Guerra, publicado na Lex JSTF 83/194.

<sup>23</sup> Acórdão de 07/12/89 da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, Ap. Cív. 150.847-2, Rel. Des. Odyr Porto, publicado na RT 651/79.

<sup>24</sup> Acórdão unânime de 25/08/81 da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, RE. 92.773-5-PR, Rel. Min. Cordeiro Guerra, publicado na Lex JSTF 37/105.

<sup>25</sup> Acórdão unânime publicado em 19/02/90 da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, REsp. 387-MG, Rel. Min. Waldemas Zveiter, publicado na COAD-ADV ementa nº 48.614.

<sup>26</sup> Acórdão registrado em 03/06/88 da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Ap. Cív. 3.998/87, Rel. Des. Thiago Ribas, publicado na COAD-ADV ementa nº 41.063.

<sup>27</sup> O art. 16 do Código Civil não a inclui entre as pessoas jurídicas de direito privado.

<sup>28</sup> V. art. 12, III, do Código de Processo Civil.

<sup>29</sup> V. Substitutivo do Relator, Deputado Osvaldo Biolchi.

<sup>30</sup> V. a propósito, Campos, Francisco. Intervenção no VI Congresso Jurídico Nacional. in: *RDM* vol. 5, p. 31, n. 1 e 2.

<sup>31</sup> V. Marcondes, Sylvio. *Questões de Direito Mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 8.

<sup>32</sup> V. *Curso de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, n. 13, p. 16.

<sup>33</sup> V. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1995, n. 34, p. 56.

<sup>34</sup> V. *Personificação da Empresa*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982, p. 72.

<sup>35</sup> V. *O Direito das Empresas*. Belo Horizonte: 1959, p. 239.

<sup>36</sup> V. *Tratado de Direito Empresarial*. São Paulo: Ed. Atlas, 3. ed, 1997, p. 126-133 e 180-182.

# O direito do consumidor e o devido processo legal na moderna jurisprudência constitucional norte-americana

O Caso *BMW of North America, Inc. v. Gore*

Paulo Soares Bugarin

“Judicial authority is ultimately more moral than physical. It operates by influence, not power alone.

... the universal sense of America has recognized that the Constitution itself depends upon respect for the courts and the law dispensed by them (the people).”

*Bernard Schwartz (1972)*

## Sumário

1. Apresentação. 2. Considerações preliminares. 3. O caso *BMW of North America, Inc. v. Gore*. 4. Comentários finais.

### 1. Apresentação

O presente ensaio parte de uma moderna decisão da Suprema Corte dos EUA – selecionada entre as consideradas mais importantes de 1996, pelo *Legal Information Institute and Project Hermes* (Cornell Univ.)<sup>1</sup> – e visa apresentar alguns aspectos relevantes para a reflexão jurídico-constitucional, em especial no que tange à questão hermenêutica, e especificamente quanto ao consagrado princípio do *Due Process of Law*.

Nesse contexto, fundamenta-se em decisão concessiva de *certiorari*, abrangendo decisão originária da Suprema Corte do Estado do Alabama.

A título ilustrativo, vale destacar que foi introduzida na *Lei Judiciária de 1914* a possibilidade de revisão, pela Corte Suprema, por meio de *certiorari*, de todos os julgados

dos tribunais estaduais versando questões constitucionais. Até então só cabia recurso quando o tribunal estadual de última instância *negava* um “direito, título ou pretensão” derivado da Constituição, tratado ou leis federais.

Cabe, ainda, ressaltar que o *writ of certiorari* insere-se no contexto da chamada *jurisdição discricionária* ou *appellate jurisdiction* da Corte Suprema, em oposição à sua jurisdição obrigatória ou *original jurisdiction*, única com expressa enunciação constitucional, e que vem perdendo progressivamente sua relevância, conforme destaca Bernard Schwartz<sup>2</sup>.

## 2. Considerações Preliminares

É, sem dúvida, questão da maior relevância doutrinária a reflexão jurídico-institucional acerca das peculiaridades e características do afazer hermenêutico *especificamente* constitucional e, também, das consequências político-jurídicas de sua existência efetiva.

Konrad Hesse<sup>3</sup> ensina, nesse contexto, que:

“Para el Derecho constitucional la importancia de la interpretación es fundamental pues, dado el carácter abierto y amplio de la Constitución, los problemas de interpretación surgen con mayor frecuencia que en otros sectores del ordenamiento cuyas normas son más detalladas.”

Ademais, sublinha que, em virtude da existência de um ordenamento constitucional dotado de jurisdição constitucional,

“el Tribunal Constitucional interpreta la Constitución con eficacia vinculante no sólo para el ciudadano sino también para los restantes órganos del Estado, la idea que origina y legitima esta vinculación, que no es sino la del sometimiento de todo el poder del Estado a la Constitución, sólo podrá hacerse realidad si las sentencias del Tribunal expresan el contenido de la

*Constitución*, aunque que sea en la interpretación del Tribunal”.

Por fim, quanto ao objetivo *vital* do processo hermenêutico constitucional, afirma, que:

“El cometido de la interpretación es el de hallar el resultado constitucionalmente ‘correcto’ a través de un procedimiento racional y controlable, el fundamentar este resultado de modo igualmente racional y controlable, creando, de este modo, certeza y previsibilidad jurídicas, y no, acaso, el de la simple decisión por la decisión”.

Essas abalizadas considerações nos alertam para a complexa missão do intérprete constitucional, mormente no contexto do Controle de Constitucionalidade, que, como se sabe, estrutura-se, basicamente, em dois modelos distintos – *controle difuso ou concentrado* –, porém não antagônicos.

J. Afonso da Silva<sup>4</sup> explica que se reconhecem no Direito Constitucional Comparado três *modos de exercício* do controle de constitucionalidade: a) por via de exceção, ou incidental, segundo o qual cabe ao demandado arguir a inconstitucionalidade, quando apresenta sua defesa num caso concreto, isto é, num processo proposto contra ele, por isso é também chamado *controle concreto*; b) por via de ação direta de inconstitucionalidade, de iniciativa do interessado, de alguma autoridade, ou instituição ou pessoa do povo (ação popular); c) por iniciativa do juiz dentro de um processo de partes. Isso posto, conclui que o exercício por via de exceção é próprio do controle *difuso* e os outros, do controle *concentrado*.

Vale destacar que o *sistema brasileiro de controle de constitucionalidade* é o *jurisdicional*, combinando os *critérios difuso e concentrado*, este de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Ressalte-se que o critério difuso, adotado na nossa Constituição de 1891, a primeira da República, e mantido até os dias atuais, foi inspirado no constitucionalismo norte-americano.

Conforme explica Edward s. Corwin<sup>5</sup>, “o chamado Controle Judicial – *Judicial Review* é um dos traços altamente distintivos do modelo político-jurídico americano”. No entanto, esclarece o citado constitucionalista que a sua origem inicial

“é muito mais antiga que a Constituição e, na verdade, que qualquer constituição americana. Pode ser buscada na *common law*, pois certos princípios da mesma foram desde cedo considerados como ‘fundamentais’ e incorporadores de uma ‘lei superior’ que o próprio Parlamento não podia alterar. E parece, escrevia o Chief-Justice Coke, em 1610, em seu famoso *dictum* no caso Bonham, que quando um ato do Parlamento é contrário ao direito e à razão comuns, a *common law* o controlará e o julgará nulo”.

Com efeito, no contexto dinâmico-evolutivo da atuação da *U.S. Supreme Court*, a sempre citada decisão proferida pelo Justice Marshall, no famoso caso *Marbury v. Madison* (1803), consagrou a competência judicial para o controle de constitucionalidade dos atos legislativos, particularmente no que tange aos atos normativos federais.

Corwin ressalta que, mesmo anteriormente ao referido *decisum*, o controle judicial como um meio de assegurar a conformidade das leis e das constituições *estaduais* com a “Lei Suprema do País” jamais foi seriamente contestado, sendo que cabia, em primeira plano, aos judiciários estaduais, com recurso final para a Corte Suprema<sup>6</sup>.

Voltando a Hesse, vê-se que o Texto Constitucional americano se encaixa perfeitamente no contexto de suas colocações. Com efeito, não há, provavelmente, texto constitucional escrito de caráter mais aberto e amplo que a Carta de 1787. Há, inclusive, em função disso, quem chegue a dizer não possuir os EUA, efetivamente, uma Constituição escrita.

Nesse sentido, Pekelis, citado por Inocêncio M. Coelho<sup>7</sup>, assim se expressou:

“... em certo sentido, os Estados Unidos não têm uma Constituição escrita. As grandes cláusulas da Constituição americana (...) não contêm senão um apelo à decência e à sapiência daqueles a quem é confiada a responsabilidade de sua atuação. Dizer que a compensação deve ser *justa*, que a proteção da lei deve ser *igual*, que as penas não devem ser nem *cruéis* nem *inusitadas*, que as cauções e sanções pecuniárias não devem ser *excessivas* nem a investigação *irrazoável*, e que a privação da vida, da liberdade ou da propriedade não se pode determinar sem o *due process*, tudo isso nada mais significa do que autorizar a atividade de criação do direito, sobretudo do direito constitucional, por parte dos juízes, os quais são deixados livres para definir o que seja cruel, razoável, excessivo, devido ou talvez igual”.

Tal estrutura normativo-material, necessariamente aberta e indeterminada, implica uma atitude ativa por parte do intérprete. Com efeito, pode-se dizer que a Constituição passa a ser aquilo que o intérprete diz que ela é, em cada caso concreto. Há aí, inegavelmente, um processo nomogenético, não legislativo, porém, judicial. Não foi à-toa que Luís P. Sanchis<sup>8</sup> qualificou os órgãos judiciários como de *produção jurídica*.

Examinando a natureza especial da *matéria* constitucional, Inocêncio M. Coelho<sup>9</sup> esclarece que

“torna-se evidente que a chamada interpretação *especificamente* constitucional, ao fim e ao cabo, é apenas uma *hermenêutica de princípios*, de pautas axiológicas para cuja efetividade deve-se substituir a idéia *retrospectiva* de interpretação pela idéia *prospectiva* de concretização”.

Tal assertiva, ver-se-á, reflete de modo claro a essência da jurisprudência constitucional americana, conforme se depreende da decisão selecionada, a seguir exposta.

### 3. O caso *BMW of North America, Inc. v. Gore*

*Certiorari to the Supreme Court of Alabama*  
n° 94-896. Argumentos em 11/10/95 –  
Decisão em 20/05/96

#### a) descrição do caso

Após adquirir um veículo BMW novo de um revendedor autorizado do Estado do Alabama, Gore descobriu que seu carro havia sido repintado. Em seguida, impetrou ação de ressarcimento e de punição (punishment) de danos contra a *American Distributor of BMW's*, alegando, entre outros aspectos, que o fato de não ter sido alertado sobre a repintura do veículo constitui *fraude* sob as leis do Alabama. A BMW arguiu que seguiu diretriz nacional de não alertar os revendedores, e, por consequência, os consumidores, de danos ocorridos antes da entrega dos veículos novos, quando o custo do conserto for inferior a 3% do preço de varejo sugerido para o veículo. Tal foi o caso do veículo de Gore.

O Júri considerou BMW responsável por *compensatory damages* de US\$ 4.000,00 e fixou, ainda, um montante de US\$ 4 milhões de sanção (*award*) a título de *punitive damages*, a ser pago ao Estado do Alabama.

Interposta *petição*, após o julgamento, perante o Juiz que o presidiu, foi denegada pretensão da recorrente no sentido de se anular a sanção aplicada, com o fundamento de que tal punição não era *grossly excessive* e que, portanto, não violava a cláusula do *Due Process* prevista na 14ª Emenda.

Interposto *recurso perante a Suprema Corte do Alabama*, foi mantido o entendimento do Juízo de primeira instância, no entanto, foi o montante em tela reduzido para US\$ 2 milhões, com o fundamento de que o Júri, imprópriamente, computou para o seu cálculo o total de vendas similares em todos os Estados, e não somente no Alabama.

#### b) tese perante a Suprema Corte:

A sanção punitiva de danos de US\$ 2 milhões é grosseiramente excessiva (*grossly excessive*) e, por consequência, fere o limite constitucional.

#### c) decisão

1. As penalidades econômicas impostas por um Estado a quem descumpre suas leis, quer sejam multas criadas por lei ou impostas judicialmente, a título de *punitive damages*, devem-se basear no interesse do Estado em proteger sua economia e seus consumidores, em detrimento dos de outros Estados ou da Nação inteira. Assim sendo, a sanção imposta a Gore deve ser analisada à luz dos fatos ocorridos somente no Alabama, levando-se em consideração, unicamente, os interesses dos seus consumidores.

2. Noções elementares de justiça consolidadas na jurisprudência desta Corte Constitucional impõem que uma pessoa seja notificada não somente da conduta sujeita à punição, mas também da gravidade da pena que o Estado lhe poderá impor. O fato de não haver nos autos elementos que comprovem ter BMW sido alertada adequadamente sobre a magnitude da sanção que lhe poderia ser aplicada conduz à conclusão de que a multa de US\$ 2 milhões é *grossly excessive*.

3. Nenhum dos fatores agravantes associados ao primeiro (e talvez mais importante) indício da *excessiveness* de uma *award* punitiva de danos – o grau de reprovabilidade (*reprehensibility*) da conduta do réu – está presente. A lesão causada pela BMW foi puramente econômica, a repintura pré-venda não afetou em nada o desempenho do veículo, os dispositivos de segurança, ou a sua aparência. Também não se caracterizou desrespeito à saúde ou segurança de outros. O entendimento de que a não divulgação pela BMW da repintura feita foi particularmente repreensível porque foi parte de um padrão nacional de conduta irregular é rejeitado, porque a diretoria de uma empresa pode razoavelmente ter interpretado os dispositivos legais estaduais relevantes ao estabelecer fronteiras seguras para a não divulgação de presumíveis danos de pequena monta, e, ainda, porque não há evidências de má-fé por parte da BMW ao fazê-lo, ou que tenha

continuado com tal prática após ela ter sido considerada ilegal. Finalmente, não há nenhuma evidência de ter BMW proferido deliberadamente afirmações falsas, e de ter-se conduzido, de alguma maneira, em obstrução ou desrespeito ao bom andamento dos atos judiciais.

4. O segundo, e talvez mais comumente citado, indício de *excessiveness* – a relação entre o montante da indenização recebido pelo autor e o da sanção punitiva de danos – também não favorece Gore. Uma sanção de US\$ 2 milhões é 500 vezes maior que o valor real da lesão determinado pelo Júri, e não há nenhuma evidência de que o autor ou outro qualquer comprador de BMW se viu ameaçado por qualquer adicional lesão potencial pela política de não divulgação da BMW. Não obstante o fato de não ser possível se delimitar matematicamente uma linha clara entre o constitucionalmente aceitável e o inaceitável que pudesse ser aplicada a todos os casos, a *ratio* aqui presente é claramente fora dos limites do constitucionalmente aceitável.

5. O terceiro relevante indício de *excessiveness* – a diferença entre a sanção aplicada e as sanções cíveis ou criminais que poderiam ser impostas por similar conduta irregular (*misconduct*) – igualmente não salva a posição do autor. Dois milhões de dólares é substancialmente maior do que a multa estadual aplicável de US\$ 2.000,00 e do que as penalidades impostas por outros Estados para similares irregularidades, e, além disso, nenhum dos dispositivos legais pertinentes ou decisões concernentes teriam posto qualquer distribuidor de outro Estado a par de que poderia ser objeto de sanção multimilionária em dólares. Ademais, na falta de precedentes de descumprimento pela BMW de normas e regulamentos conhecidos, não há fundamento para se presumir que uma sanção mais modesta não teria sido suficiente.

6. Em consequência, a conduta da BMW não se configurou suficientemente grave para justificar a severa sanção punitiva que

lhe foi imposta. Isso posto, se a solução adequada demanda um novo julgamento ou simplesmente uma determinação autônoma (*independent determination*) da Suprema Corte do Alabama quanto à sanção necessária para defender os interesses econômicos dos consumidores deste Estado, é matéria a ser decidida, em primeiro lugar, por aquela Corte.

7. (646 So. 2d 619) Julgamento anulado (*reversed*) e devolvido (*remanded*) à Corte de origem (decisão por maioria).

#### 4. Comentários finais

Cabe, desde logo, destacar que a natureza das decisões emanadas da Corte Suprema dos EUA não se assemelha às oriundas das Cortes Européias e do nosso Supremo Tribunal Federal, quando originadas da chamada jurisdição *concentrada* de controle de constitucionalidade. De fato, o chamado *modelo americano*, como já exposto, se fundamenta na jurisdição *difusa ou por meio de exceção*.

É verdade, entretanto, que impera, em ambos os sistemas acima citados, o *aspecto principiológico da interpretação especificamente constitucional*. Não obstante, nesse contexto, avulta-se como paradigmática a realidade constitucional americana.

Conforme visto, tem a Suprema Corte dos EUA a missão precípua de dizer, caso a caso, o que efetivamente significa o texto constitucional. Trata-se de especialíssimo processo de concretização da norma constitucional, que se dá, na maioria absoluta das vezes, pela reflexão de conteúdo nitidamente axiológico – *social-philosophy* – dos membros da Corte.

Tal aspecto, *inter allia*, explica o porquê de se perquirir, quando da “sabatina” – verdadeira investigação político-policial – realizada pelo Senado Federal quando da indicação, pelo Presidente da República de um candidato à Corte Suprema, de sua *posição* quanto aos mais diversos temas polêmicos de interesse nacional, não se limitando a uma mera avaliação do notável



saber jurídico dos indicados. Assim, nesse contexto particularíssimo, torna-se muito mais relevante para o órgão de controle o conhecimento profundo do “*programa*” *ideológico-filosófico* de cada candidato.

Ronald Dworkin<sup>10</sup>, numa perspectiva contemporânea, alerta que

“a antiga polêmica sobre se os juízes devem criar (*make*) ou criam direito é atualmente de maior importância prática do que nunca, pelo menos nos Estados Unidos. Parece bem provável que o atual Presidente nomeará um número de Ministros (*Justices*) para a Suprema Corte suficiente para fixar o perfil ideológico (*character*) desta instituição de imponente político-jurídica (*commanding institution*) por uma geração, e a sociedade só poderá avaliar as escolhas presidenciais de maneira inteligente se tiver uma noção clara sobre o que é um julgamento (*adjudication*) e sobre qual é a função da Suprema Corte”.

Após tais singelas considerações acerca da natureza peculiar do modelo americano, urge que se dirija as atenções para o julgado trazido à baila, o qual pareceu, por vários aspectos, digno de realce, conforme ver-se-á em seguida.

É particularmente importante e influente a jurisprudência constitucional americana sobre a chamada *cláusula* do Devido Processo Legal, tanto nos enfoques material e formal (*substantive due process* e *procedural due process*). O exemplo coligido permite uma boa avaliação da ampla dimensão dessa cláusula no contexto do controle de constitucionalidade exercido pela Suprema Corte Federal.

De fato, não se questiona, *in casu*, o conflito de um ato normativo com alguma disposição constitucional, mas tão-somente se as decisões proferidas pelo Poder Judiciário do Estado do Alabama, em suas duas instâncias, feriram princípio constitucional constante da 14<sup>a</sup> Emenda (Seção I) – o respeito ao devido processo legal –, uma vez

que a sanção imposta a título de *punitive damages* teria sido *grosseiramente excessiva*.

Afirmou a Corte Suprema, em primeiro lugar, a necessidade de que a sanção imposta seja adequada ao contexto geográfico em que ocorreu a conduta malsinada. Não se pode, por conseqüência, *extrapolar* tal contexto e aplicar sanção ao responsável com fins de indenizar danos causados fora da unidade federativa em que o fato ocorreu.

Em seguida, estatui que “noções elementares de justiça” consolidadas na sua jurisprudência exigem que seja o infrator informado não só da conduta punível, mas também da gravidade da punição. Trata-se, inegavelmente, de salutar princípio relativo ao *procedural due process* e que visa permitir ao responsável pelo ato inquinado o maior volume possível de informações sobre o âmbito normativo em que ele (ato) se insere. Isso posto, entendeu a Corte que, *in casu*, há fortes evidências de que a sanção aplicada foi excessiva.

Esclarece, prosseguindo o exame do feito, que se reconhecem três indícios relevantes reveladores da *excessiveness* de determinada sanção judicial a título punitivo de danos: a) sua desproporcionalidade com o grau de *reprehensibility* da conduta do réu; b) a *irrazoabilidade* da relação entre o seu valor e a indenização compensatória recebida pelo autor; e c) a sua diferença em relação às sanções cíveis e criminais aplicáveis em situações similares.

Como se vê, atua a Suprema Corte dos EUA de modo extremamente criativo e criador do sentido sempre renovado e vivo da Constituição de 1787. A enunciação *supra* bem denota a especificidade do afazer hermético constitucional norte-americano. O conceito de *excessividade* não poderia ser mais amplo, polissêmico e indeterminado, variando caso a caso e pessoa a pessoa (julgador a julgador).

Assim, vale a pena, novamente, reproduzir a sua manifestação ao apreciar a incidência do segundo indício acima exposto:

“Não obstante o fato de não ser possível se delimitar matematicamente uma linha clara entre o constitucionalmente aceitável e o inaceitável que pudesse ser aplicada a todos os casos, a *ratio* aqui presente é claramente fora dos limites do constitucionalmente aceitável”.

Em conclusão, após examinar cada um dos três mais relevantes indícios de excessividade da sanção imposta, a Suprema Corte *decidiu* que a conduta da BMW *não* foi suficientemente grave a ponto de justificar a severa punição aplicada.

Essencial ora observar o encaminhamento adotado pelo Pretório Federal, posteriormente à sua decisão. Não obstante ter declarado a excessividade da sanção imposta, e, por via de conseqüência, a sua inconstitucionalidade, por ferir o princípio do *due process of law*, não reformou, de imediato, a decisão recorrida. Limitou-se, num primeiro instante, a anulá-la (*reversed*) e a devolvê-la (*remanded*) à Corte de origem, para que esta decida qual a alternativa apropriada para se adequar a decisão recorrida ao seu entendimento. Assim, cabe à Suprema Corte do Alabama determinar um novo julgamento ou simplesmente definir, desde logo (*independent determination*), qual o valor da *award* necessário para compensar os interesses

econômicos lesados dos consumidores do Alabama.

Por fim, ressalte-se que tal procedimento, parece claro, não impede que após a nova decisão local (estadual), seja a questão, mais uma vez, submetida ao crivo da Suprema Corte Federal, se for o caso.

### Notas

<sup>1</sup> Consulta via *Internet*.

<sup>2</sup> *Constitutional Law, a Textbook*, New York, The Macmillan Company, 1972.

<sup>3</sup> *Escritos de derecho Constitucional (Selección)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 36-37.

<sup>4</sup> *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Malheiros, 8. ed. revista, 1992, p. 50-52.

<sup>5</sup> *A Constituição Norte-Americana e seu significado atual*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1986, p. 172-173.

<sup>6</sup> Op. cit. (CORWIN), p. 174 – A expressão Lei Suprema do País compreende “esta Constituição e as leis do Congresso feitas em obediência a ela, e os tratados feitos... sob a autoridade dos Estados Unidos”.

<sup>7</sup> *Interpretação Constitucional*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 26.

<sup>8</sup> *Ideologia e Interpretación Jurídica*, Madrid, Tecnos, 1993.

<sup>9</sup> *Temas e Problemas da Interpretação Constitucional*, Brasília, UnB, aula inaugural do curso de extensão sobre Hermenêutica Constitucional, 1997.

<sup>10</sup> *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 1.

# A noção de contrato no direito inglês – perspectiva histórica

Antenor Pereira Madruga Filho

## Sumário

1. *Common law*. 2. O ambiente em que se formou o direito inglês. 3. A estruturação do *common law* – A organização das cortes. 4. O sistema de *writs*. 5. A formação do direito contratual por meio do sistema de *writs*. 6. Conclusões.

Apreender a noção de contrato no direito inglês é, em princípio, uma tarefa árdua para o jurista que construiu o seu raciocínio jurídico com base no direito romano-germânico, sob a influência da moral canônica e por meio das lições de perfeitas construções teóricas.

O direito inglês se distanciou e se manteve razoavelmente protegido da evolução mais ou menos comum dos países do continente europeu, apresentando, hoje, um direito material e processual bastante peculiar.

A forma mais fácil de penetrar nos meandros do raciocínio jurídico do direito inglês é voltar-se à sua história e conhecer as suas razões, investigando a origem dos seus institutos e desenvolvendo, junto com os acontecimentos, uma capacidade de ver o contrato com os olhos de um jurista inglês.

A proposta deste trabalho é ser um guia nessa viagem pela história do contrato no direito inglês, cujo fim não é chegar ao presente, mas à noção que os países de origem anglo-americana têm de contrato.

### 1. “*Common law*”

Mesmo após a conquista normanda, não havia na Inglaterra uma jurisdição una, mas

Antenor Pereira Madruga Filho é Consultor da União, responsável pela área internacional da Advocacia-Geral da União. Doutorando em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo. Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

repartida entre diversas jurisdições locais, feudais, eclesiásticas e mercantis, o que levava, em consequência, à inexistência de um direito comum a toda a Inglaterra. É somente a partir do avanço da atuação jurisdicional do rei, por meio de suas cortes reais, que os conflitos em todo o reino passam a ser decididos por uma *common law*.

“Common law” x “civil law”

É usual nos referirmos ao direito vigente na Inglaterra e nos países de origem anglo-americana designando-os pela expressão genérica *common law*. Nesse sentido, fazemos uma classificação distinguindo os países de *common law* dos países de *civil law*, que são os de tradição romano-germânica ou, considerados a partir de uma análise histórico-geográfica, os países do continente europeu e os que receberam a sua influência (diz-se, então, *direito continental* em oposição a *common law*). Todavia, a expressão *common law* pode assumir outros sentidos.

“Common law” x “statutory law”

Em oposição a *statutory law*. A tradução da palavra *law* poderia ser tanto *direito* como *lei*. Mas, quando nos referimos à lei no seu sentido formal, como ato do Poder Legislativo, melhor a traduziríamos para o idioma inglês pelas expressões *statute* ou *act*. O direito legislado pelo parlamento ou pelo executivo, por meio de leis (*acts* ou *statutes*), é diferenciado do direito criado pelos tribunais a partir de decisões de casos concretos e que vem a constituir a *common law*. Portanto, nessa acepção, a *common law* é o resultado das decisões dos tribunais, ou seja, é o *judge made law* ou *case law*, um direito eminentemente jurisprudencial, em que o juiz deve decidir obrigatoriamente pelos precedentes judiciais emanados das cortes superiores.

Como lembra Gilissen<sup>1</sup>,

“o precedente judiciário não é uma verdadeira fonte de direito porque o juiz que proferiu a primeira decisão numa dada matéria teve de encontrar

algures os elementos de sua solução, sobretudo no domínio das regras de fundo, chamadas *substantive law*. Segundo a concepção dominante na história jurídica da Inglaterra, cabe ao juiz ‘dizer o direito’, declarar o que é direito; é a *declaration theory of the common law*: o juiz não cria o direito, constata o que existe; é o seu oráculo vivo, julgando em consciência, segundo a razão”.

Para ser bem compreendida a colocação de Gilissen, vale trazer as observações de Kempin<sup>2</sup> sobre a relação da *legislation* e da *case law* como fontes do direito:

“*legislation is a new rule or norm of law which takes effect only from the time of passage. It tells us WHAT THE LAW WILL BE from now on. Case law, however, tell us WHAT THE LAW IS*”.

Por essa razão, a *case law* fixada em uma decisão judicial pode ter um efeito retroativo, uma vez que a corte pode reconhecer a pré-existência do direito mesmo se ele nunca houvesse sido notado anteriormente.

“Common law” x “equity”

Por fim, compreende-se *common law* como antônimo de *equity*. Os tribunais que aplicavam a *common law*, embora originários da Corte do Rei (dá a expressão *corte* como sinônimo de tribunal), tornaram, com o passar do tempo, apenas formalmente vinculados à figura do Rei, na medida em que adquiriram, por diversas razões histórico-políticas, independência da Coroa. Como veremos mais adiante, no Título IV, essas cortes reais e a sua *common law*, que nascera como uma alternativa de proteção jurisdicional mais justa e eficaz para os indivíduos que a oferecida pelas demais jurisdições existentes na Inglaterra, vão-se tornar uma justiça lenta, extremamente formalista e ineficaz. Gilissen<sup>3</sup> resume bem o declínio da prestação jurisdicional das cortes reais que aplicavam a *common law*:

“O *common law* tornou-se cada vez mais técnico no decurso dos séculos

XIV e XV; limitado no quadro estrito e rígido do processo dos *writs*<sup>4</sup> e pela rotina dos juízes, não podia dar solução satisfatória a numerosos litígios, sobretudo em novos domínios nascidos da evolução económica e social. Os juízes dos tribunais de *common law*, embora nomeados pelo rei, tinham-se tornado relativamente independentes”.

Esse desvio histórico das tradicionais cortes reais fez com que os indivíduos passassem a recorrer diretamente ao Rei em busca de uma solução justa para os seus conflitos.

“A idéia de recorrer de novo, como nos séculos XII-XIII, directamente ao rei (e ao seu Chanceler), fonte de toda a justiça, fez nascer no século XV uma nova jurisdição e um novo processo: o Chanceler decidia em equidade sem ter em conta as regras de processo e mesmo de fundo do *common law*. Aplicando um processo escrito inspirado pelo direito canónico, o Chanceler julgava segundo princípios muitas vezes extraídos do direito romano. Os reis de Inglaterra, no século XVI, alargaram as jurisdições de *equity*, mais favoráveis ao desenvolvimento do seu poder no sentido do absolutismo, em detrimento das jurisdições de *common law*, consideradas arcaicas e obsoletas”.

Na análise de David e Pugsley<sup>5</sup>,

*“le conservatisme et l’esprit de routine des juges des Cours de Common Law ont conduit, au XVIe siècle, à chercher ailleurs que dans ces cours l’application d’un droit nouveau; on a eu recours à cette fin au chancelier; la cour de La Chancellerie a développé sous le couvert de l’équité, un certain nombre d’institutions, accordé un certain nombre de ‘remèdes’ qui constituent un complément aux règles de la common law”.*

A equidade, como um sistema jurídico próprio, foi abolida na Inglaterra em 1875. Nos Estados Unidos, já independente nessa época, a divisão substancial entre equi-

dade e *common law* permanece, embora ali nunca tenha existido tribunais específicos para julgar matérias de *equidade*.

O direito contratual é fruto do *common law*, embora tenha recebido importante influência da equidade.

## 2. O ambiente em que se formou o direito inglês

O direito inglês, tal como hoje o conhecemos, é o resultado de uma evolução histórica ocorrida principalmente a partir da conquista da Inglaterra pelos normandos no século XI, em 1066. Porém, fatos históricos mais antigos contribuíram, também, para construir um ambiente em que o direito inglês pudesse desenvolver-se diferentemente do continente. Essa história pode ser dividida em quatro grandes períodos: 1) período romano: da conquista romana (43 d.C.) à invasão bárbara (407); 2) período bárbaro: da invasão bárbara à reintrodução do cristianismo (597); 3) Período anglo-saxão: da reintrodução do cristianismo à conquista normanda (1066); e 4) período normando: após a conquista normanda.

### Período romano

Dois fatores devem ser primordialmente considerados quando se investiga o arquétipo de qualquer sistema jurídico ocidental, especialmente em relação ao direito contratual: a influência romana e o cristianismo. A Inglaterra foi conquistada pelos romanos em 43 d.C., que ali permaneceram por três séculos e meio, até pouco antes da queda de Roma e do Império do Ocidente. O cristianismo também fincou raízes na Inglaterra enquanto esta esteve sob o poder romano.

É interessante notar, a propósito, como a propagação do cristianismo foi facilitada pelas conquistas de Roma. Gibbon<sup>6</sup>, a esse respeito, escreve:

“Assinalou-se, com acerto e propriedade, que as conquistas de Roma prepararam e facilitaram as do cristianismo... As histórias autênticas dos atos de Cristo foram compostas em lín-

gua grega, a considerável distância de Jerusalém, e após os convertidos gentios se terem tornado extremamente numerosos. Tão logo foram traduzidas para a língua latina, essas histórias ficaram ao alcance do entendimento de todos os súditos de Roma, excetuando-se apenas os campônios da Síria e do Egito, para os quais se fizeram ulteriormente versões específicas. As estradas reais públicas, construídas para uso das legiões, ofereciam cômoda passagem aos missionários cristãos, de Damasco a Corinto, e da Itália aos confins da Espanha ou da Britânia; tampouco encontraram esses conquistadores espirituais qualquer dos obstáculos que habitualmente retardam ou impedem a introdução de uma religião estrangeira num país remoto”.

O ponto de partida para a nossa investigação acerca do ambiente em que se formou o direito inglês é, portanto, uma Inglaterra romana e cristã. Esses dados, se analisados isoladamente, poderiam levar à conclusão de que tanto o continente europeu quanto a ilha britânica tiveram a mesma base cultural, o que seria propício para um desenvolvimento jurídico semelhante. Contudo, embora a diferenciação entre o direito continental e o insular tenha raízes mais recentes, um fator de desagregação já se verifica na constatação de que a presença de Roma e da Igreja na Britânia não teve a mesma influência verificada nas províncias da Gália, Espanha e Itália.

Como anota Haverfield<sup>7</sup>:

*“From the standpoint of the ancient Roman statesman and of the modern Roman historian, the military posts and their garrison formed the dominant element in Britain. But they have left little permanent mark on the civilization and character of the island. The ruins of their forts and fortresses are on our hill-sides. But, Roman as they were, their garrisons did little to spread Roman culture here. Out-*

*side their walls, each of them had a small or large settlement of womenfolk, traders, perhaps also of time-expired soldiers wishful to end their days where they had served. But hardly any of these settlements grew up into towns. York may form an exception... Nor do the garrison appear greatly to have affected the racial character of the Romano-British population”.*

#### Período anglo-saxão

A ocupação romana começou a enfraquecer a partir do século XV, quando os bárbaros, entre eles os anglos e os saxões, iniciaram a conquista da Inglaterra e a colonização da ilha, que duraria quase dois séculos (400-600). Os romanos foram empurrados de volta para o continente e os bretões para Gales e Escócia.

Haverfield<sup>8</sup> narra como se deu a partida dos romanos:

*“finally, the Great Raid of Barbarians who crossed the Rhine on the winter’s night which divided 406 from 407, and the subsequent barbarian attack on Rome itself, cut Britain off from the Mediterranean. The so-called ‘departure of the Romans’ speedily followed. This departure did not mean any great departure of persons, Roman or other, from the Island. It meant that the central government in Italy now ceased to send out the usual governors and other high official and to organise the supply of troops. No one went: some persons failed to come”.*

O cristianismo, junto com os romanos e os bretões, foi banido da ilha e em seu lugar foi reinstalada a mitologia germânica. Mas, em 597, com a chegada de Santo Agostinho, a Inglaterra foi novamente convertida ao cristianismo. Os resultados da reintrodução do cristianismo foram da mais alta importância, como revela Plucknett<sup>9</sup>:

*“The existing tribal organization must have seemed weak and inefficient to the missionaries coming from such well-organized States as existed on the continent, and very soon we see the results of*

*their teaching in the enhanced value placed upon the monarchy, and the petty tribal units were replaced by a few large kingdoms ruled and administered by kings who watched European methods. Soon, too, they learned the Roman art of taxation... Again, the advent of the clergy meant the introduction of a new class into English society, and so a new law of status had to be devised for their protection. Consequently laws were made, and, 'in the Roman style', were written down".*

A nova entrada do cristianismo na Inglaterra, em fins do século VI, conforme anotou Plucknett, inicia o período anglo-saxão. Para o estudo da ambientação do direito inglês, que permitiu sua diferenciação em relação ao direito continental, é importante fazer uma comparação entre o que ocorria na Europa nesse período e a influência sobre a Inglaterra.

Na Europa, o império romano do ocidente havia caído na mão dos povos germânicos já há um século e o direito romano foi, de certa forma, recepcionado pelos novos governantes bárbaros.

“A diferença entre o nível de evolução do direito romano e o do direito dos povos germânicos era de tal modo grande que os invasores germanos não puderam impor o seu sistema jurídico. Além disso, os reis germânicos encontravam no direito público romano um reforço considerável da sua autoridade... A aplicação do princípio da personalidade do direito assegurou a sobrevivência do direito romano do Ocidente, não obstante o desaparecimento do Império Romano do Ocidente. As populações romanizadas da Europa Ocidental continuaram assim a viver segundo o direito romano durante vários séculos... Mas o direito romano continuou a evoluir, sobretudo no contacto com as populações germânicas. Um direito romano ‘vulgar’ (*Vulgarrecht*), no qual dominavam os costumes locais próprios

de cada região, suplanta assim progressivamente os textos da época clássica... O direito romano, no entanto, desapareceu progressivamente no Império Franco. No século X, é virtualmente desconhecido... e apenas sobrevive sob a forma de costumes locais mais ou menos romanizados no Sul da Europa: em Itália, Espanha e no Sul da França”<sup>10</sup>.

Os anglos, saxões, francos, lombardos, burgúndios, visigodos, bávaros, alamanos, frisões etc. eram diferentes tribos de uma mesma origem germânica. Foram esses povos, denominados bárbaros, que derrubaram o império romano do ocidente e passaram a governar a Europa aplicando *leges barbarorum* em meio ao direito romano sobrevivente. Na Inglaterra, os anglo-saxões não encontraram um direito romano bem estabelecido, como o que existia na Europa continental. Esse fato vai fazer com que a evolução do direito entre o século V, quando houve a queda do império romano do ocidente, e os séculos X e XI, quando o continente se feudaliza e um senhor feudal, Duque da Normandia, invade e conquista a Inglaterra (1066), apresente já diferenciações entre os dois lados do Canal da Mancha.

Gilissen<sup>11</sup> aponta que a evolução do direito na Europa ocidental e continental dos séculos V ao XII é assim dominada, ao lado da evolução do direito canônico:

- pela sobrevivência, depois pelo desaparecimento progressivo do direito romano;
- pelo progresso do direito dos povos germânicos, em contacto com as populações romanizadas;
- pela atividade legislativa dos reis e imperadores, sobretudo dos Carolíngios;
- enfim, pelo desmembramento do poder no quadro das instituições feudais.

A mesma evolução do direito germânico e interação com o direito romano sobrevivente não acontece na Inglaterra. Os Anglos e Saxões, relata o professor belga

“que, vindos da Germânia, se fixaram no Sul e no Oeste da Inglaterra no sé-

culo VI, viveram segundo os seus próprios costumes, provavelmente misturados com velhos costumes celtas das etnias belgas anteriores à romanização. Nos reinos que aí se formaram, foram redigidos alguns textos de direito consuetudinário, geralmente na língua local, o *old English*, e não em latim como no continente. O rei Alfredo, o Grande, declara ainda, no fim do século IX, que não quis criar novas leis, mas consignar as regras jurídicas mais sábias dos antigos costumes”.

Sob o reinado de Alfredo, tribos escandinavas, que já haviam colonizado a Islândia, partes da Irlanda, da Escócia e do norte da França (que passou a se chamar Normandia), conquistaram toda a metade leste do reino e, entre 1016 e 1035, a Inglaterra, a Noruega e a Dinamarca foram unificadas pelo Rei Cnut<sup>12</sup>. Segundo Plucknett ,

*“Cnut’s laws were long popular in England, and in after years men looked back with respect to his reign, trying to revive his legislation. The Danes left a permanent mark on that part of the country where they had longest ruled. They independently developed a sort of grand jury...; they arrived earlier than the rest of the country at the stage where land could be freely bought and sold; they had a marked tendency to form clubs and guilds; their peasantry were less subject to the lords; borough institutions seem to have flourished peculiarly under their rule”.*

#### Período normando

O Império de Cnut é dividido após sua morte e leva ao trono da Inglaterra São Eduardo, o Confessor (1043-1066). Após a morte de Eduardo e durante a disputa pela sua sucessão, Guilherme o Conquistador, Duque da Normandia e, portanto, vassalo do Rei Francês, invade a Inglaterra e a conquista após a célebre batalha de Hastings, quando 5.000 homens e 2.500 cavalos foram transportados através do Canal da Mancha<sup>13</sup>.

Durante os séculos X, XI e XII,

“as instituições feudo-vassálicas, nascidas pouco antes e durante o período carolíngio, dominaram a organização política e social da França, da Alemanha e, com menor importância, a da Inglaterra, da Itália e da Espanha Cristã”<sup>14</sup>.

Na Inglaterra, o sistema feudal não teve as mesmas características que no continente. Na ilha, o rei manteve certo poder sobre os senhores feudais. Embora o feudalismo tenha sido introduzido pela invasão normanda, ainda que se tenha verificado algumas relações entre lordes e vassalos no período anglo-saxão, foi o próprio Guilherme, o Conquistador, que, com o seu modo de governo e organização administrativa, conseguiu assegurar a supremacia da Coroa sobre os feudos.

Uma das mais eficazes medidas administrativas do reinado de Guilherme, fundamental para alicerçar a estrutura jurídica que se construiria nos próximos séculos e que se mantém até hoje, foi a organização do *Domesday Book*. O conteúdo desse livro, de dois volumes, é assim descrito por Plucknett<sup>15</sup>:

*“The land was described county by county, village by village, the owners and their subtenants were listed and their holdings valued, even the farm stock was recorded with a view to settling clearly the rights of the Crown and the taxable resources of the country. In several cases a few precious lines will summarize the customs of a county or city, and so give us an insight into the local law in force”.*

Um dos efeitos do *Domesday Book*, lembra o Professor de História Legal da Universidade de Londres, “was to assert the chain of feudal relationship and to assure the overlordship of the Crown”<sup>16</sup>. Sistematizando a situação da terra e controlando as relações entre seus vassalos e os vassalos dos seus vassalos, de modo a colocar o rei como o supremo senhor feudal, a quem todos os proprietários de terra deviam fidelidade mesmo em



detrimento dos seus senhores imediatos, Guilherme criou na Inglaterra um sistema feudal peculiar, mais centralizado na figura do rei, não dando lugar à dissipação do poder que existia na França e na Alemanha e evitando a anarquia que ele experimentava como Duque da Normandia. Esse sistema feudal mais brando vai permitir que os sucessores de Guilherme imponham uma lei comum a toda a Inglaterra: a *common law*.

As relações entre a Igreja de Roma e a monarquia inglesa não começaram a se deteriorar apenas quando Henrique VIII decapitou o arcebispo que era seu Chanceler, rompeu com o Papa e o monarca inglês passou a ser chefe da Igreja da Inglaterra. Desde o estabelecimento das cortes cristãs na Inglaterra, que foi parte do preço pago por Guilherme ao Papa pela aprovação da conquista Normanda, já se nota que a Inglaterra procura deixar a Igreja fora dos assuntos seculares.

Kenpin<sup>17</sup> salienta:

*“As part of the price for papal approval of the Conquest, the bishop was removed from the administration of the shires and separate Courts Christian were established for ecclesiastical matters. These measures accomplished two goals: the Church was removed, as it wished, from secular affairs, and ecclesiastical matters were reserved to the Church without interference from lay persons”.*

No mesmo sentido de Kenpin, Plucknett<sup>18</sup> destaca:

*“Church and State which had been inextricably connected in the Anglo-Saxon age henceforth were strictly separate, a policy which happened to coincide with Church’s own ambitions as well with William’s”.*

As relações do reino inglês com a Igreja se deterioraram com Guilherme I, quase provocando um cisma, e com Henrique I (1100-1135), que, temendo o uso da Igreja com fins políticos pelas poderosas monarquias do continente, decidiu ele mesmo nomear os bispos e conceder-lhes autoridade espiritual e temporal.

Conclusões acerca do ambiente em que se desenvolverá o direito inglês

O que podemos concluir de todo esse conjunto de elementos que formam o ambiente em que se desenvolverá o sistema jurídico inglês são quatro premissas: 1) a presença romana durante três séculos e meio não gerou uma civilização com características romanas, assim como ocorreu no Continente, especialmente na Itália; 2) o direito romano sobrevivente à queda de Roma, que foi de certa forma recepcionado pelos invasores bárbaros, não deixou de exercer alguma influência nas instituições inglesas a partir da reintrodução do cristianismo entre as tribos anglo-saxônicas e por meio de alguns costumes remanescentes na Normandia e que foram trazidos pela conquista normanda; 3) a influência do direito canônico na Inglaterra foi menor que no continente, explicando porque o conteúdo moral do direito contratual do *civil law*, influência do direito canônico, não existe no *common law*, onde o *enforcement* das promessas justifica-se mais por razões econômicas; e 4) no sistema feudal inglês, ao contrário do continental, a Coroa manteve certo poder sobre os senhores feudais, o que permitiu, ainda que lentamente, a estruturação de uma *common law*.

Um último fator ainda merece ser analisado para se ter uma visão mais completa do ambiente em que se formou o direito britânico. Desde do século XII, surge na Europa continental um movimento de renascimento do direito romano, a partir do estudo nas universidades do *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, que constituirá uma ciência do direito e a base dos sistemas jurídicos dos países continentais.

“Esta ciência do direito não era idêntica à da época romana porque os professores da Baixa Idade Média não viviam, apesar de tudo, inteiramente fora do mundo do seu tempo; na sua interpretação os textos romanos eram, numa certa medida, influenciados pelas idéias da época, desig-

nadamente pela filosofia cristã e também pelas instituições da Baixa Idade Média. O sistema jurídico, que assim elaboravam, era todavia um direito teórico, um direito erudito, muito mais próximo do direito romano do que dos direitos positivos locais de sua época”<sup>19</sup>.

Até que ponto esse renascimento do direito romano após o século XII influenciou a *Common Law* da Inglaterra? Gilissen<sup>20</sup> oferece-nos a seguinte resposta: “A Inglaterra escapou-lhe, graças ao desenvolvimento do seu *common law*”. Na verdade, a influência do direito romano da Inglaterra advém mais, como já observado, da sobrevivência do direito que era praticado até a queda do Império Romano do Ocidente. Com isso não dizemos que a Inglaterra passou totalmente imune ao renascimento do direito romano. Destacados juristas ingleses, como Bracton e Lord Mansfield, sofreram claramente essa influência. Porém, se analisarmos alguns institutos da *common law*, como o próprio sistema formulário de ações e a aplicação, nos primórdios da *common law*, do princípio *ex nudo pacto actio non oritur*, veremos que a influência romana na Inglaterra é muito mais originária do período clássico e pré-justiniano que decorrente dos estudos feitos pelos professores da idade média no *Corpus Iuris Civilis*.

Delineado o ambiente em que se formou o direito inglês, passaremos, no capítulo seguinte, a analisar como se estruturou o sistema jurídico da *common law*.

### 3. A estruturação do common law – a organização das cortes

#### As diferentes jurisdições

A história da *Common Law* é a história do desenvolvimento da competência das Cortes reais sobre os mais diferentes conflitos. Até o estágio em que essas Cortes puderam julgar qualquer espécie de conflito, existia, na Inglaterra, diversas jurisdições que afastavam a competência da jurisdição

real. Essas jurisdições eram exercidas pelas cortes locais (das Centenas e Condados), Cortes Burguesas, Cortes Comerciais e Cortes Eclesiásticas. Mais tarde, uma jurisdição real, a Corte do Chanceler, vai competir com as cortes de *Common Law*, também reais, aplicando a *equity*.

#### As antigas cortes locais (“Hundred” e “Shire Courts”)

As Cortes dos Condados e as Cortes das Centenas (divisão política herdada do período anglo-saxão) são mantidas após a conquista normanda, com competência geral de natureza civil e criminal. Em 1166, todavia, essas Cortes perdem competência sobre os mais importantes casos criminais, que passam a ser *Pleas of the Crown*, ou seja, pleitos da Coroa, julgados pelas Cortes Reais. Também foi retirada das Cortes do Condado a competência sobre disputas de terra. No século XII, a competência dessas Cortes foi limitada em quarenta xelins, levando-as ao virtual desaparecimento.

#### As cortes senhoriais

Embora a característica do sistema feudal na Inglaterra tenha concentrado poder na mão do Rei, isso não significava que não houvesse um sistema feudal. Assim, prevalecendo o conceito de que os senhores feudais tinham o direito e o dever de possuir cortes para julgar os seus vassallos, foram criadas cortes senhoriais (*manor courts*). Kempin<sup>21</sup> explica:

“Under the form of feudalism introduced by William the Conqueror, each royal grantee of land could grant portions of it to junior tenant lords, and so on down the feudal ladder to the Lord who ultimately, through his villains, worked the land. This process was known as subinfeudation. One who granted land to another was known as the ‘tenant in service’, because he did not actually use the land but was only entitled to services from his tenant. The one who ultimately worked the land, through his villains, was known as

*the tenant in demesne. Each tenant in service had the right and duty to hold court for his junior tenants. This court, composed of all the tenants, decided their disputes and could be asked to advise the Lord on problems of mutual concern. The greatest of the seigniorial courts was the court of the king, who was at the top of the feudal pyramid. It was known as the Curia Regis. Courts in the intermediate rungs of the feudal ladder were known as Honors, or Courts Baron, and in these courts a tenant in chief (one who held his land directly under the king), for example, would meet with barons who held land under him to obtain their advice and preside over the resolution of their disputes.”*

As cortes burguesas (“Borough Courts”)

As Cortes dos Burgueses, ou seja, daquelas que viviam nos Burgos (cidades), como Londres, por exemplo, não tinham jurisdição criminal. Essas cortes, aplicando a lei da cidade para resolver principalmente disputas comerciais e civis mais comuns aos burgueses, resistiram durante muito tempo ao avanço da jurisdição real, como lembra Kempin:

*“Borough courts resisted encroachments of royal jurisdiction for centuries and were still a potent force at the time the American colonies were founded. Indeed, some authorities maintain that borough law as the law most familiar to many of our influential early settlers, and that early American law contained a heavy admixture of borough law”.*

A jurisdição durante a realização das feiras (“Courts of Piepowder”)

A jurisdição comercial era exercida também pelas *Courts of Piepowder*, que se estabeleciam durante as feiras para julgar os conflitos decorrentes dos negócios entabulados nesses eventos. David e Pugsley<sup>22</sup>, a respeito dessas cortes, dizem:

*“En dehors des Cours municipales, il y a lieu encontre de signaler le Cours de*

*piépoudre (Courts of Piepowder) qui, dans les foires, rendent la justice. Le droit de tenir une telle Cour va de pair, au XV<sup>e</sup> siècle, avec le droit de tenir une foire, La Cour, présidée par le steward of the manor ou par le mayor of the borough, a une compétence variable. Un statute la limite aux seuls contrats faits pendant le jour de la foire. Mais il peut se faire que la foire dure assez longtemps: celle de Huntington ainsi se prolonge pendant six semaines chaque année. Parmi les questions soumises à ces juridictions commerciales, on voit des procès relatifs à la conclusion des contrats, à la qualité de la marchandise, à sa conformité à un échantillon ou aux stipulatifs du contrat, etc.”*

Cortes eclesiásticas (“Courts Christian”)

Já foi antes ressaltado que desde 1164, por meio da Constituição de Clarendon, a Igreja foi afastada de matérias seculares, tendo o direito, entretanto, a manter cortes eclesiásticas (*Courts Christian*) como as únicas competentes para julgar assuntos clérigos. A jurisdição eclesiástica poderia conhecer de conflitos decorrentes de promessas não cumpridas, desde que a execução houvesse sido prometida sob compromisso de fé. Sua jurisdição era, então, *ratione peccati*<sup>23</sup>.

Quanto à atuação das cortes eclesiásticas envolvendo casos locais, Kempin<sup>24</sup> faz a seguinte observação:

*“The royal common law courts did not disturb the right of the local courts to hear local disputes that did not involve the interests of the central government. They disapproved, however, of church courts hearing these matters and imposing civil penalties. This was clearly expressed in the Constitutions of Clarendon, in 1164, which restricted jurisdiction over these disputes to the common law courts, the king’s justice, whether the transaction was or was not accompanied by a pledge of faith, which was a pledge of one’s hope of salvation. However, one who untruthfully denied making a promise accompa-*

*nied by such a pledge was guilty of perjury. Perjury was a moral offense over which the church had jurisdiction. On that basis church courts ordered performance of the promise, which was a way to get around the restriction. Royal courts from time to time issued writs of prohibition demanding that the church desist from enforcing such promises. The practice was not fully halted until the 15th century”.*

A criação da jurisdição do rei –  
“Pleas of the Crown”

O rei é considerado sinônimo de justiça. Algumas matérias da mais alta importância, como a paz do reino e o conflito entre os grandes senhores feudais, deveriam ser resolvidas pela intervenção real. Esse princípio de que o rei é a fonte de toda justiça permitiu que as cortes reais julgassem casos antes submetidos às demais jurisdições e também, alguns séculos depois, serviu como justificativa para a criação do sistema de equidade.

No primeiro século da ocupação normanda, a competência do rei envolvia os Pleitos da Coroa (*Pleas of the Crown*), que na nomenclatura moderna receberiam o nome de *direito público*. Eram, eminentemente, casos criminais mais importantes que afetavam a paz do rei (*King's Peace*), além dos assuntos em que as Cortes Reais aparecem como a jurisdição senhorial (feudal) normalmente competente e, também, a prerrogativa real de “alta justiça”, nos casos em que um interesse possa demandar ou justificar a intervenção do rei<sup>25</sup>.

A determinação dos assuntos que poderiam ser considerados *Pleas of the Crown* cabia ao rei, por meio do seu Chanceler. O demandante se dirigia ao Chanceler, solicitando uma ordem para que determinada corte real ouvisse o seu caso. Este, entendendo que o pleito poderia ser ouvido pelas cortes reais, concedia a ordem por escrito (*written*). Essa ordem do rei, para que as suas cortes ouvissem determinado caso, ficou conhecida como *writ* (*breve* em latim).

A limitação da competência das cortes reais, assim, era controlada pelo rei por meio da concessão dos *writs*.

O avanço da jurisdição do rei sobre os  
“common pleas”

*“The Common Law was first the law of land before it could become the law of the land.”*

Plucknett

O passo seguinte no avanço da jurisdição das cortes reais é ir além dos *Pleas of the Crown* e ouvir, também, os *common pleas*, ou seja, os assuntos civis. Os primeiros *common pleas* que receberam a atenção do rei foram os conflitos de terra (*pleas of land*). Segundo Plucknett<sup>26</sup> “*reasons of state demanded that the Crown through its court should have a firm control of the land*”.

A Corte do Rei sempre teve, na qualidade de corte feudal, poder para decidir disputas de terra envolvendo os senhores feudais que detinham a propriedade diretamente da Coroa<sup>27</sup>. A jurisdição sobre os níveis mais inferiores da cadeia feudal, no entanto, fugia à alçada real, como explica Kempin: “*disputes between lesser lords were decided in the court of the lord of whom the land was held and who was tenant in service over it*”. Nos princípios do século XII, o rei começou a interferir com essa jurisdição, determinando, mediante um decreto, que as cortes dos senhores feudais somente poderiam ouvir um caso envolvendo importantes interesses sobre terras se um *writ of right* houvesse sido emitido pelo rei. Esse *writ* dirigido ao senhor feudal, para que este fizesse justiça entre o demandante da terra e o réu, que a possuía, estabelecia que, se isso não fosse feito, o rei ouviria o caso, o que normalmente acontecia. Mais tarde, sob a ficção de que o senhor feudal tinha cedido ao rei seu direito de presidir a corte, o *writ* era emitido diretamente ao demandado, desviando, assim, a corte senhorial e trazendo os *land cases* diretamente para as cortes reais<sup>28</sup>.

Diante dessas características dos primeiros *writs*, Plucknett afirma que eles não são, estritamente falando, documentos instauradores de um processo:

*“They are in form administrative commands to an alleged wrongdoer or to some inferior jurisdiction to do justice in a particular matter in such wise that the King shall no more hear complaints concerning it; disobedience of this writ will be punished in the King’s Court unless a satisfactory explanation can be given... Whatever its form, the original writ was not the assertion of the jurisdiction of the court, but rather a royal commission conferring on the judges the power to try the matters contained in it. For every case a separate ad hoc authority was thus conferred, and Bracton naturally compared the jurisdiction of the common pleas to that of papal judges delegate”<sup>29</sup>.*

Provavelmente no reino de Henrique I (1100-1135), fixou-se o princípio de que nenhum homem livre precisa responder por sua terra sem um *writ* real, a menos que assim deseje (*no freeman need answer for his land without a royal writ unless he chose*). Mas no reinado de Henrique II, sucessor de Henrique I, esse princípio já era, segundo Plucknett, amplamente conhecido<sup>30</sup>.

A formação das cortes do “common law”

No reino de Henrique II (1154-1189), iniciaram-se uma série de eventos que resultaram na criação de um sistema de cortes reais e em uma lei comum a toda a Inglaterra. Esse movimento começou com a implementação da reivindicação real à propriedade de todas as terras na Inglaterra<sup>31</sup>, conforme já visto no item anterior.

A “Magna Curia” e a “Lesser Curia”

Até as reformas efetuadas por Henrique II, toda atividade judiciária, legislativa e executiva do rei era desenvolvida por meio do Grande Conselho (*Great Council* ou *Magna Curia*, como também era conhecido) e da *Lesser Curia* (*household*).

Kempin nos dá a seguinte descrição do *Great Council*:

*“It consisted of all the tenants in chief, other magnates, and great ecclesiastics. The king’s personal advisers also met with*

*it. This Great Council performed a multitude of duties, which were not separated into the modern classifications of executive, legislative, and judicial. It advised the king on matters of state, decide cases between the tenants in chief, accomplished accords between Church and state, and acted as a type of legislature”<sup>32</sup>.*

Quando os conselheiros pessoais do rei se reuniam isoladamente, formavam a *Lesser Curia* e, entre eles, o rei escolhia os juízes que cuidavam de seus assuntos em todo o reino, os quais incluíam a justiça criminal e os pleitos da Coroa (*Pleas of the Crown*)<sup>33</sup>.

A “Court of Common Pleas”

O grande aumento da quantidade de *common pleas*, ocorrido após as reformas introduzidas por Henrique II (comentadas no próximo item), levou a *Magna Curia* a delegar a sua competência. Inicialmente, em 1178, foram apontados cinco juízes para decidir os casos em nome do Conselho. Esse corpo de juízes se desenvolve e gradualmente se afasta da subordinação do Conselho até se transformar, por volta de 1230, em um tribunal independente, a *Court of Common Pleas*.

A Corte da Banca do Rei  
 (“The Court of King’s Bench”)

Os *Pleas of the Crown*, tornando-se também numerosos, passaram a ser julgados por grupos de juízes conhecidos como “*The Justices Assigned for the holding of Pleas before the King Himself*” ou, mais simplesmente, *King’s Bench*. Esse corpo somente é reconhecido como tribunal independente no reinado de Eduardo I (1272-1307)<sup>34</sup>.

Outras cortes reais

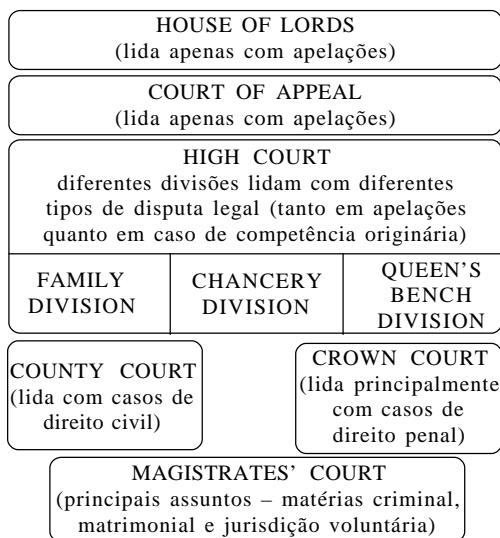
O desenvolvimento do *Common Law* e os conflitos políticos, primeiro entre o rei e os senhores feudais e, depois, entre o rei e o parlamento, determinaram o surgimento de outras cortes como a *Court of Exchequer of Pleas*, a *Court of Chancery* (que não aplicava a *common law* mas a *equity*) e a *Star Chamber* (também uma corte de equidade).

Sobre estruturação do judiciário na Inglaterra, Kempin faz um interessante relato:

*“Our sketch of court development describes, essentially, a separation of the duties of government. The ancient King’s Council was concerned with the totality of governmental affairs. Separation of the House of Lords and the addition of the House of Commons deleted its legislative function. Delegation of judicial duties to the courts of Common Pleas, King’s Bench, and Exchequer of Pleas took away substantial judicial function, and much of the remainder was lodged in the chancellor when he became head of a separate court. Vestiges of judicial power remained in Star Chamber; but with its abolition, the judicial power of the medieval council disappeared. The later Privy Council, product of a new theory of government, had no judicial power in England. It did, however, have judicial power to review decisions made by colonial courts, and therein lay the basis for conflict between the colonies and the mother country”<sup>35</sup>.*

A moderna estrutura judiciária inglesa

Dois leis, o *Judicature Act of 1823* e o *Supreme Court Act of 1925*, redesenharam o sistema judiciário inglês, que hoje tem a seguinte estrutura<sup>36</sup>:



#### 4. O sistema de “writs”

*“Remedies precedes rights”*  
princípio da *Common Law*

Quando anteriormente falamos do avanço da jurisdição real<sup>37</sup>, destacamos que este se deu no sentido de envolver também os *common pleas*. Todavia, não eram todos os pleitos comuns que interessavam às cortes do rei. Essas cortes, jurisdições de competência excepcional, cortes de grandes personagens e das grandes causas, cortes interessadas pelos problemas de ordem pública – pelas *Pleas of the Crown*: paz do reino, propriedade feudal, receitas do rei –, não consideram que esteja dentro das suas atribuições, nem conforme sua dignidade<sup>38</sup>, conhecer qualquer *common plea*.

Por razões de Estado, inicialmente interessava à coroa, entre os *common pleas*, apenas aqueles que envolvessem disputas de terras, que eram, à época, a maior fonte de riqueza e poder econômico. O desenvolvimento da *common law* no sentido de envolver, entre os *commom pleas*, não apenas os *land pleas*, mas também os pleitos pessoais (*personal pleas*), como os acordos privados, somente vai ocorrer quando as relações privadas assumem importância econômica, em virtude do desenvolvimento do comércio.

Com a finalidade de controlar quais casos interessavam ou não à política do reino, foi criado na Inglaterra o *sistema de writs*, que eram formas preestabelecidas de ações. O demandante que desejasse levar o seu caso às cortes reais solicitava ao Chanceler, delegado da *Magna Curia* do rei, um *writ*, e esse oficial, analisando a conveniência de estender ao caso apresentado a jurisdição real, expediria ou não a ordem para que as cortes o ouvissem.

A primeira preocupação do demandante era, portanto, saber se o seu pleito seria adequado a um dos tipos de ações para os quais havia a concessão de *writ*. Se o remédio jurisdicional buscado não se adaptasse a uma das formas de ações preestabelecidas, dificilmente o *writ* seria concedido e, conseqüentemente, as cortes reais não jul-

gariam o caso. Surge, pelo sistema de *writs*, o princípio do *common law*, segundo o qual *remedies precede rights*. Origina-se também desse berço o desenvolvimento do caráter mais processual que material do direito inglês.

Note-se que *writ* e *remedy (action)* não têm, inicialmente, o mesmo significado, embora funcionem conjuntamente. O *writ* é uma questão preliminar, sem a qual a corte não pode considerar o *remedy*. Exemplificando: para que o demandado tivesse uma ação (*remedy*) de *debt*, era necessário ter conseguido, antes, um *writ of debt*.

As formas de ação e os *writs* eram, portanto, um sistema de limitação do acesso às cortes reais, de acordo com o interesse da Coroa, como analisa Plucknett<sup>39</sup>:

*“The forms of action are in themselves a proof that the King’s Court only intended to intervene occasionally in the disputes of his subjects. It was no doubt possible to argue with perfect justice that the country was well provided with competent courts for all ordinary purposes, and that the King’s court was only concerned with matters of state and matters of special difficulty which could not be otherwise determined.”*

Esse mesmo autor observa que a conseqüente standardização das formas de ação em formulários rígidos foi estabelecida como uma rotina de racionalização administrativa:

*“A few classes of cases with which the King’s Court concerned itself were therefore most naturally treated along formulaary lines. They constituted one or two of the several routines of government which the administration had developed, and in order to handle them more easily it was a simple devise to standardise the forms which were used. As long as this condition of things lasted a formulaary procedure was clearly an advantage, and for a while it may have limited the activities of the administration and prevented them from overstepping the proper boundaries of their jurisdiction”<sup>40</sup>.*

Em 1187, havia em torno de cinquenta tipos de *writs* reais e, em 1256, aproximadamente duzentos e cinquenta<sup>41</sup>. O aumento do número de *writs* é um sinal de que a Coroa passa a se interessar pelas relações privadas.

“Se, na origem, os *writs* eram adaptados a cada caso, tornam-se rapidamente fórmulas estereotipadas que o Chanceler passa após o pagamento, sem exame aprofundado prévio (*de cursu*); encontra-se aí, sobretudo, o meio de atrair o maior número de litígios para as jurisdições reais. Os senhores feudais bem tentam lutar contra o desenvolvimento dos *writs*; pela *Magna Carta* de 1215, conseguem pôr freio às limitações das jurisdições reais sobre as dos barões ou grandes vassallos; pelas Provisões de Oxford, em 1258, obtêm a proibição de criar novos tipos de *writs*; mas o *Statute of Westminster II* (1285), documento capital na história do *common law*, concilia os interesses do rei com os dos barões, impondo o *status quo*: o Chanceler não pode criar novos *writs*, mas pode passar *writs* em casos similares (*in consimili casu*)”<sup>42</sup>.

Até 1852, quando foi promulgado o *Common Law Procedure Act*, os juristas ingleses estavam presos a um determinado número de formas de ação, nas quais deveriam enquadrar o caso a fim de obter um provimento sancionador das cortes reais. Portanto, o estudo desses “quadros procedimentais” é fundamental para se compreender a formação do direito inglês<sup>43</sup>.

Uma citação de Maitland revela, entretanto, uma herança do arcaico sistema de *writs*: “Les formes d’action ont été abolies, mais elles continuent à nous dominer de leur tombeaux”.

#### A organização do sistema de “writs” por Henrique II

Henrique II sistematizou os *writs*, modernizando alguns já existentes, principalmente relacionados aos *pleas of the land*, e crian-

do outros. O que mais interessa para compreender a formação do direito contratual inglês é analisar não as *pleas of the land* mas as *personal actions* criadas a partir de então.

Será por meio de algumas dessas *personal actions* que as cortes de *common law* começarão a formar um direito contratual, julgando matérias que envolvem, indiretamente, a inexecução de obrigações assumidas por acordo de vontades.

Dos primeiros *writs* pessoais, os historiadores apontam três que serviam, de alguma forma, para obter a sanção do que considerávamos hoje uma relação contratual: *debt*, *detinue* e *convenant*.

Antes de tratarmos de cada uma dessas ações, é importante lembrar que não havia, nos primórdios do sistema de *writs*, a concepção de que as cortes reais deveriam sancionar determinado caso pela justificativa de haver um acordo de vontades. O princípio *pacta sunt servanda* é ignorado. Juristas do século XII na Corte do Rei, diz Plucknett, não eram dados a especulações metafísicas. Eram, sim, administradores práticos que viam a necessidade em sancionar alguns tipos comuns de dívidas na Corte do Rei. Eles não propuseram nenhuma teoria de obrigações; não disseram nada sobre prestações mútuas, consentimento, *consideration* ou qualquer outra teoria contratual. Tudo que eles fizeram foi estabelecer um procedimento para compelir os devedores a pagar suas óbvias dívidas.

Assim, o credor que desejasse obter das cortes reais a determinação para que o devedor adimplisse a dívida deveria justificá-la não pelo fundamento de que havia um acordo de vontades, mas porque a sua ação era adequada a uma das formas de ação do *common law*.

Essas afirmações não querem dizer que não havia meios na Inglaterra de levar a julgamento a inexecução de um simples acordo de vontades. Isso apenas não era possível nas cortes reais, porém era perfeitamente plausível em outras jurisdições locais, senhoriais, comerciais ou eclesiásticas.

Essas jurisdições, contudo, nem sempre eram eficazes, o que levava os litigantes a preferir as cortes reais.

### 5. A formação do direito contratual por meio do sistema de “writs”

A história que o *common law* percorreu até à noção de contrato como uma promessa ou um conjunto de promessas, para cujo descumprimento a lei confere um remédio e cuja *performance* a lei de algum modo reconhece como um dever<sup>44</sup>, consiste em uma série de tentativas de flexibilizar o sistema de *writs*, fazendo com que as fórmulas rígidas absorvessem casos que teoricamente lhes escapariam. Isso acontece em duas fases: primeiro, tentando adequar pretensões aos antigos *writs* pessoais e, depois, tentando desvencilhar-se desses *writs* quando se tornam obsoletos e outros *writs* passam a ser preferíveis.

Os primeiros “writs” pessoais: “Debt”, “Detinue” e “Convenant”

David e Pugsley destacam que “*l’action de dette évoque pour nous l’engagement formel où le contrat réel du droit romain, l’hypothèse également sanctionnée à Rome par l’actio praescriptis verbis (contrats innomées)*”.

Na teoria da ação de dívida, uma pessoa deveria pagar o preço acordado porque havia recebido um benefício em troca (e não porque promessas devem ser cumpridas). Alguns autores vêem nesse princípio o fundamento da doutrina da *consideration*, peculiar ao direito contratual inglês e que somente mais tarde seria bem definida<sup>45</sup>.

A ação de dívida poderia ser produzida *upon obligation*. Ou seja, o pleito objeto dessa ação estaria consignado em um instrumento selado (*deed under seal*). O selo era um símbolo adotado como a identificação de alguém. Poderia ser impresso pela marca do anel sobre a cera no documento. Hoje, um selo pode ser a palavra “seal”, entre parênteses, colocada logo após a assinatura de alguém.



Se a dívida estivesse consignada em um *deed under seal*, não haveria maiores discussões. Todavia, o *writ of debt* também poderia ser concedido, em outras hipóteses, para a recuperação de um empréstimo, para coletar a renda de um aluguel, o preço de uma venda e, posteriormente, para cobrar várias multas legais<sup>46</sup>. Nesses casos, o problema que surgia na ação de *debt* era a possibilidade de o réu se defender pela compurgação (*wager of law*).

O *wager of law* é uma forma medieval, originária do direito canônico, para encontrar a verdade dos fatos em discussão. No caso de uma ação de *debt* fundada em uma dívida de dinheiro, por exemplo, o réu poderia negar a existência da dívida e oferecer para purgar a lei (*wage his law*). Se a corte aceitasse, o réu deveria retornar e prestar um juramento (*oath*) de que dizia a verdade e se fazer acompanhar de onze pessoas (ou outro número determinado pela corte), conhecidas como *oath-helpers*, que confirmassem ser o réu uma pessoa que dizia a verdade (*a teller of the thuth*). Se todos assim jurassem sobre a Bíblia, o réu ganharia imediatamente o caso<sup>47</sup>.

Esse sistema, que poderia funcionar eficazmente em uma pequena comunidade onde todos se conheciam, mostrou-se, evidentemente, impróprio para o desenvolvimento do direito. Mas Kempin<sup>48</sup> anota que “*even as the population grew, and as persons willing to lie on behalf of friends, or for money, became more common and judges refused to order wager of law, it was still preferred by commercial community, a close-knight group*”.

A ação de *debt* continha ainda outras dificuldades, como a exigência de ser a dívida em dinheiro e de somente poder ser aplicada contra o devedor original. A morte deste impediria a defesa por meio do *wager of law*, essencial no *writ of debt* e, portanto, inviabilizando essa ação.

Os inconvenientes da ação de *debt* são assim descritos por Plucknett<sup>49</sup>:

*“The action of debt, therefore, was fairly comprehensive, but as time went by the*

*defects of the action became more apparent. In the first place, trial was by compurgation (wager of law), and as the middle ages proceed this was felt to be increasingly irrational; although decisions substituted trial by jury in a number of cases, the place left for compurgation still remained considerable. And secondly, as with all the oldest groups of actions, a particularly complicated system of pleading grew up around it. As a result, from the beginning of fifteenth century we see a tendency to avoid using the writ of debt and to make other forms of action serve its purpose”.*

A ação de *detinue* era uma variante da ação de *debt*. Enquanto esta se prestava para a cobrança de dinheiro ou de coisas fungíveis, aquela servia para coisas infungíveis. O desenvolvimento desta ação, porém, não será o mesmo da ação de *debt*. Plucknett destaca que

*“a broad distinction grew up which treated detinue as the particular remedy of a bailor against his bailee... in the subsequent history, debt becomes an important factor in the history of the contract, while detinue contributes much to the development of the rules of personal property law”.*

Por fim, temos a ação de *convenant* entre os antigos *writs* pessoais. Ao contrário das ações de *debt* e *detinue*, este *writ* tinha um amplo escopo sobre matérias contratuais, mas deveria, necessariamente, o acordo ser formulado em um instrumento escrito e, a partir do reino de Eduardo I, ser estabelecido em um *deed under seal*. A exigência do selo nas ações de *convenant* impediu um desenvolvimento mais precoce do direito contratual.

*“The requirement of the seal meant that the writ of convenant could not be used to enforce informal agreements. Instead, the development of contract law took place in other writs that could enforce informal agreements. This in turn meant that legal thinking took the form of inventing, explaining, and expanding the*

*scope of other writs, and delayed the development of a theory of contracts until the 16th century*<sup>50</sup>.

A fórmula do writ de *convenant* era a seguinte:

“*Le Roi au sheriff: Salut! Nous t’ordonnons de faire justice a A – le demandeur – et que B – le défendeur – observe conformément au droit et san délai de la convention qui est intervenue entre le-dit A et B au sujet d’un héritage*”<sup>51</sup>.

Os novos “writs”

Ficou demonstrado no item anterior que os writs antigos (*debt, detinue e convenant*) eram ineficazes para garantir a execução de contratos. Será por meio de um novo padrão de writ que a Inglaterra terá, até o século XVIII, um direito contratual.

A ação de “Trespass on the case”

A ação de *trespass* não tem nada que ver, na origem, com a noção de contrato. Trata-se de uma ação *ex delicto* e não *ex contractu*. Seu objetivo é assegurar a reparação de um dano causado *corpore corpori*, por um ato do réu que, contrariamente ao direito, atinge a pessoa ou os bens do demandante<sup>52</sup>.

O writ de *trespass*, contudo, era uma ação moderna, sem os defeitos e complicações procedimentais que apresentavam os writs antigos. Nessa ação, segundo David e Pugsley, as partes são julgadas por um júri, o qual se pronunciará sobre a demanda após ter ouvido as testemunhas pelos litigantes. O julgamento, pela primeira vez, vai ser administrado após a produção das provas<sup>53</sup>.

A terminologia ambígua da palavra *trespass* vai permitir que as cortes reais construam interpretações que permitam subordinar a maior parte dos pleitos ao quadro procedimental deste writ. Os *common lawyers* entenderam que a palavra “dever” (*duty*) pode ser tanto compreendida como um ingrediente de um *trespass* como de um contrato. A quebra de um dever é inerente à responsabilidade delitual e a assunção de um dever é parte de todo contrato<sup>54</sup>.

A assimilação entre a idéia de *trespass* e a sanção de um contrato tem em *Bukton v. Towsen* (conhecido por *Humber Ferry Case*) um *leading case* (1348). O réu havia-se responsabilizado pelo transporte de uma égua do demandante através do rio Humber e, devido à superlotação, a égua caiu e se afogou. A corte entendeu que, embora não tenha havido a alegação de dolo, necessária para a caracterização da responsabilidade delitual, havia-se configurado um *trespass*.

Posteriormente, as cortes passaram a entender que, diante da assunção (*assumpsit*) de um dever ou de uma obrigação, o mau cumprimento da obrigação (*misfeasance*) e o respectivo prejuízo causado pelo réu seriam considerados *trespass*, independentemente de alegação *of the use of force and arms*. Isto é, sempre haveria *trespass on the case of an assumpsit*.

As ações de *trespass on the case [of an assumpsit]* não resolviam o problema dos casos de pura inexecução (*nonfeasance*), em vista do princípio da *common law* pelo qual “*not doing is no trespass*”.

A jurisprudência evoluirá para considerar, no século XVI, *trespass* também nos casos de *nonfeasance*. Parte do estímulo para essa evolução advém do fato de estar a *Court of Chancery* sancionando tais inexecuções por meio da equidade, o que era preocupante para as cortes de *common law*.

Com o fim da doutrina de que não havia remédio para *nonfeasance*, permaneceu o elemento básico de que algum tipo de dano ou prejuízo era necessário para trazer um caso para o quadro do *trespass*<sup>55</sup>. Essa exigência ficou conhecida como o *quid pro quod* e se constitui na base da doutrina da *consideration*, sem a qual um contrato não se forma no direito inglês, a menos que esteja firmado *under seal* (o instrumento selado equivale à *consideration*).

A exigência de um *assumpsit* formal, que ainda permanecia na *common law*, somente vai desaparecer após a decisão do célebre *Slade’s case (Slade v. Morley, 1602)*. A corte decidiu nesse caso que todo contrato de

execução diferida presume um *assumpsit*. A assunção explícita de um dever não seria mais necessária.

Kempin descreve algumas importantes conseqüências desse caso:

1. poder-se-ia demandar não apenas os danos causados pelo descumprimento do contrato mas, também, o próprio débito;

2. marca o efetivo fim do *wager of law*, embora só formalmente abolido em 1833; e

3. o júri civil, desenvolvido a partir do júri criminal da *King's Bench*, passou a dominar os casos de *common law*.

## 6. Conclusões

A maior parte das conclusões a que chegamos já foram dispostas no decorrer do trabalho. Contudo, vale ressaltar três:

A) Embora outros fatores tenham contribuído para a diferenciação do direito inglês em relação ao direito continental, foi, principalmente, o sistema de *writs* que gerou essa distorção, ao exigir do jurista de *common law* uma visão mais prática que teórica do direito contratual e ao impedir, pelo desenvolvimento de um sistema peculiarmente formal, uma maior influência do renascimento do direito romano ocorrido no continente.

B) Atualmente, o contrato no direito inglês apresenta poucas diferenças práticas em relação ao direito continental. Podemos destacar duas: a doutrina da *consideration* e a inexistência de execução específica como regra geral dos contratos, senão em alguns casos que receberam maior influência da *equity*. Tanto a *consideration* como a inexistência, em regra, de *specific performance*, são resultado de ter o direito contratual se formado a partir de uma ação típica do campo da responsabilidade delitual: a ação de *trespass*.

C) A maior diferença entre o direito contratual inglês e o ocidental não está na prática, mas na formação teórica de cada sistema, o que torna indispensável ao jurista de *civil law* estudar a história da *common law* a fim de aprender a lidar com as suas teorias.

## Notas

<sup>1</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 213.

<sup>2</sup> KEMPIN Jr, Frederick. *Historical introduction to anglo-american law*. 3. ed. St. Paul (MN) : West, 1990, p. 108.

<sup>3</sup> Op. cit. p. 213.

<sup>4</sup> Ver capítulos IV e V sobre o sistema de *writs*.

<sup>5</sup> DAVID e PUGSLEY. *Les contrats en droit anglais*. Paris : LGDJ, 1985. p. 34.

<sup>6</sup> GIBBON, Edward. *Declínio e queda do Império Romano*. Tradução por José Paulo Paes. São Paulo : Companhia das Letras, 1989. p. 227.

<sup>7</sup> Apud PLUCKNETT, Theodore. *A concise history of the common law*. 5. ed. Londres : Butterworth, 1956. p. 6.

<sup>8</sup> Apud PLUCKNETT. op. cit. p. 7-8.

<sup>9</sup> Op. cit. p. 8.

<sup>10</sup> Op. cit. trechos nas páginas 167, 169, 170 e 171.

<sup>11</sup> Op. cit. p. 167.

<sup>12</sup> PLUCKNETT. op. cit. p. 10.

<sup>13</sup> ———. op. cit. p. 11.

<sup>14</sup> GILISSEN, op. cit. p. 188.

<sup>15</sup> Op. cit. p. 12.

<sup>16</sup> Op. cit. p. 13.

<sup>17</sup> Op. cit. p. 37.

<sup>18</sup> Op. cit. p. 12.

<sup>19</sup> GILISSEN. op. cit. p. 203.

<sup>20</sup> Op. cit. p. 204.

<sup>21</sup> Op. cit. p. 26.

<sup>22</sup> Op. cit. p. 33.

<sup>23</sup> DAVID, René, PUGSLEY, David. op. cit. p. 32.

<sup>24</sup> KEMPIN. op. cit. p. 212. grifo nosso.

<sup>25</sup> DAVID e PUGSLEY. op. cit. p. 19.

<sup>26</sup> Op. cit. p. 355.

<sup>27</sup> KEMPIN. op. cit. p. 31.

<sup>28</sup> KEMPIN. op. cit. p. 32.

<sup>29</sup> PLUCKNETT. op. cit. p. 355-356.

<sup>30</sup> PLUCKNETT. op. cit. p. 357.

<sup>31</sup> KEMPIN. op. cit. p. 30.

<sup>32</sup> ———. op. cit. p. 28.

<sup>33</sup> ———. op. cit. p. 29.

<sup>34</sup> KEMPIN. op. cit. p. 34.

<sup>35</sup> KEMPIN. op. cit. p. 43.

<sup>36</sup> Extraído de BRADNEY, A., FISHER, V., NEWELL, D. *How to study law*. 2. ed. Londres : Sweet & Maxwell, 1991. p. 9.

<sup>37</sup> Ver acima, página 17.

<sup>38</sup> DAVID e PUGSLEY. op. cit. p. 20.

<sup>39</sup> Op. cit. p. 353.

<sup>40</sup> Op. cit. p. 353-354.

<sup>41</sup> KEMPIN. op. cit. p. 121-122.

<sup>42</sup> GILISSEN. op. cit. p. 210.

<sup>43</sup> DAVID e PUGSLEY. op. cit. p. 21.

<sup>44</sup> Definição de contrato adotada pelo *Restatement of Contracts, Section 1*.

<sup>45</sup> Os sistemas de *common law* exigem, para a formação do contrato, além da oferta e da aceita-

ção, a existência de *consideration*. Em poucas linhas, pode-se dar apenas uma vaga noção dessa doutrina, aproximando-a da idéia de sinalagma. Ou seja, em contratos gratuitos não há, em regra, *consideration*. É preciso que se estabeleça, no acordo de vontades, uma relação de benefício e detrimento entre as partes, sem a qual não há contrato. A doação, *v.g.*, não é normalmente considerada um contrato no direito inglês.

<sup>46</sup> PLUCKNETT. *op. cit.* p. 363.

<sup>47</sup> KEMPIN. *op. cit.* p. 49.

<sup>48</sup> *Op. cit.* p. 50.

<sup>49</sup> *Op. cit.* p. 363-364.

<sup>50</sup> KEMPIN. *op. cit.* p. 216.

<sup>51</sup> Apud DAVID e PUGSLEY.

<sup>52</sup> DAVID e PUGSLEY. *op. cit.* p. 29.

<sup>53</sup> *Op. cit.* p. 30.

<sup>54</sup> KEMPIN. *op. cit.* p. 223.

<sup>55</sup> KEMPIN. *op. cit.*

## Bibliografia

- GILLISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 213.
- KEMPIN Jr, Frederick. *Historical introduction to anglo-american law*. 3. ed. St. Paul (MN) : West, 1990.
- GIBBON, Edward. *Declínio e queda do Império Romano*. Tradução por José Paulo Paes. São Paulo : Companhia das Letras, 1989.
- PLUCKNETT, Theodore. *A concise history of the common law*. 5. ed. Londres : Butterworth, 1956.
- BRADNEY, A., FISHER, V., NEWELL, D. *How to study law*. 2. ed. Londres : Sweet & Maxwell, 1991.
- DAVID, René, PUGSLEY, David. *Les contrats en droit anglais*. Paris : LGDJ, 1985.
- SCHABER, Gordon, ROHWER, Claude. *Contracts*. St. Paul (MN) : West, 1990.
- TREITEL, G. H. *The law of contract*. 8. ed. Londres : Sweet & Maxwell, 1991.

# Múltiplos de cidadania: o modelo da neojurisdição comunitário-européia

Jorge Fontoura

## Sumário

1. Introdução. 2. Prestação jurisdicional e hipertrofia da cidadania européia. 3. Jurisprudência comunitária e cidadania múltipla. 3.1. O Acórdão Costa/ENEL: a primazia a favor do indivíduo. 3.2. O Acórdão Van Geend en Loos: empresa *versus* Estado. 4. O direito comunitário de segunda geração: o Acórdão Francovich. 4.1. A natureza da caso Francovich como exercício da cidadania múltipla. 5. Conclusões.

## 1. Introdução

O portentoso fenômeno da construção de blocos econômicos, paradoxal marco de paz do final do século XX, o mais belicoso século de toda história, entre todo o turbilhão de novidades que traz, inova e surpreende também com os inauditos espaços jurisdicionais comunitários.

Tais espaços, impensáveis há um átimo de tempo, ainda mais sob a ótica “estatólatra” do Direito, passam, a partir dos prodígios de renovação jurídica trazidos pelos ventos e marés da União Européia, a constituir-se em um mundo de todo novo também para o jurista. E não há como tergiversar diante da *débaçle* de certezas jurídicas sedimentadas, fulminadas pela hegemonia das idéias que preside à construção de blocos econômicos, derivada do querer coletivo e coordenado de Estados Nacionais, receptivos à autolimitação soberana e de subordinação à ordem comunitária.

Nas novas clivagens trazidas pelo direito comunitário europeu, celeremente cons-

Jorge Fontoura é Doutor em Direito Internacional Público pela Universidade de Parma, Itália, e pela Universidade de São Paulo, Consultor Parlamentar da Comissão de Relações Exteriores do Senado Federal e Membro Consultor da Comissão de Relações Internacionais do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Professor -visitante do Curso de Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná.

truído sobre os escombros de uma plethora de convicções seculares pretensamente dogmático-jurídicas, são inúmeros os exemplos do inexorável choque entre o que corajosamente deve ser feito e o que claramente precisa ser mudado, prosaica síntese da dialética da evolução. A forma como se deu a acomodação do princípio de direito inglês da supremacia do Parlamento ao *mandamus* comunitário de primazia e efeito direto de suas normas é, nesse sentido, um significativo e rutilante exemplo.

A assimilação do efeito direto das normas comunitárias deu-se de forma lenta porém incisiva. O direito inglês, conforme vimos, especialmente, foi obrigado a prodígios de criatividade e incomum desprendimento, no sentido de viabilizar juridicamente a adesão do Reino Unido às, então, Comunidades Européias. Para tal propósito, o *European Communities Act*, de 17 de outubro de 1972 (... Art. 2. ( 1) “*All such rights, powers, liabilities, obligations and restrictions from time to time created or arising by or under the Treaties, and all such remedies and procedures from time to time provided by or under Treaties, or as in accordance with Treaties, are without further enactment to be given legal effect or used in the U.K. and shall be recognised and available in law, and be enforced, allowed and followed accordingly ...*”), concebeu uma inventiva fórmula de compromisso para conciliar o ancestral dualismo britânico com as ingentes necessidades da integração. Nos termos de seu art. 2, § 1, *supra*, por meio de um ato do Parlamento, incorporava-se não só o direito comunitário então existente, como ainda conformava-se uma espécie de adesão antecipada a todas as normativas comunitárias futuras, sem precedentes em qualquer ordenamento jurídico e mesmo na lógica jurídica, concedendo uma efetiva “carta branca” à Comissão Européia para legislar a *autrance*. De certa forma, foi somente no recente episódio das “vacas loucas” que a opinião pública britânica pôde efetivamente compreender o significado e abrangência institucional do *European Communities Act*.

A construção de um direito não-estatal, no sentido de gerado além das instâncias internas de *municipal law* e não proveniente da negociação estatal soberana e expressa, pelo viés do tratado internacional, ou mais remotamente pelo consentimento tácito com *opinio juris*, na forma do costume, conforme vem-se construindo o direito comunitário europeu, é prática inusitada e extravagante sob o ponto de vista do direito internacional público clássico, por excelência soberanófilo. Nesse sentido, seu ineditismo e atipia têm sido objeto de críticas de grande densidade doutrinária, com o trabalho de interpretação construtiva e aplicação interpretativa das normativas comunitárias européias pela Corte de Justiça das Comunidades Européias, no Luxemburgo, sendo considerado por muitos juristas como o colapso branco da velha democracia iluminista, com a imprecisão de ter a União Européia se construído à revelia dos parlamentos, sob a égide ilegítima da magistratura comunitária, em uma inaceitável *Europe des juges*.

Não há como se negar, de fato, a substancial natureza pretoriana da construção do direito comunitário, cujos princípios basilares vem sendo deduzidos a partir da jurisprudência luxemburguesa, proferida por quinze juízes que formal e materialmente não representam seus Estados, senão o compromisso apátrida da consolidação e do aprofundamento comunitários. Os quinze juízes e os nove advogados gerais que compõem a Corte são nomeados de comum acordo pelos governos, por seis anos renováveis por mais seis. De fato, cada um dos Estados-membros designa um juiz e os cinco maiores países – Alemanha, França, Itália, Reino Unido e Espanha – dispõem cada um de um advogado geral permanente, estabelecendo-se um sistema de rodízio para os quatro demais postos. Contando com três assessores pessoais, *les référendaires*, os magistrados comunitários usam o Francês como idioma de trabalho, com a cultura jurídico-comunitária impondo-se de forma a não identificá-los como representantes ou prepostos nacionais.

O aperfeiçoamento das relações políticas, econômicas e culturais dos Estados comunitários europeus tem sido, com efeito, rigidamente conduzido por uma neonata ordem jurídica, de todo inovadora em seus princípios e propósitos. A maciça adesão ao processo de integração européia que se tem verificado, o seu inexorável sucesso político, recomendam, no entanto, dentro de uma concepção da Ciência do Direito como dúctil caudatária dos influxos sociais, antes que inflexível e dogmática condutora das sociedades, que à *Europe des juges* se contraponha a idéia correlata, porém distinta em essência, de *Europe du Droit Communautaire*.

A novidade e atipia do fenômeno de integração de Estados soberanos com o objetivo de formar blocos econômicos, surgido a partir do Tratado de Paris, de 18 de abril de 1951, e substancialmente sofisticado com o Tratado de Roma, que instituiu as Comunidades Européias, em 25 de março de 1957, determinaram a imediata criação do Direito Comunitário Europeu. Tomando por referencial o modelo adotado, que poderia grosso modo ser seguido em análogos processos de integração, o ordenamento jurídico comunitário comportaria três grupos de normas jurídicas, diferenciados a partir de suas fontes.

Cumprir assinalar que, nesse sentido, um dos fatores complicadores para o entendimento jurídico da integração reside, em nosso País, no pouco estudo que temos dedicado ao direito internacional público, considerado por significativa parte da comunidade jurídica como “perfumaria” de pouca ou nenhuma utilidade. Celso de Albuquerque Mello registra, com muita propriedade, no prefácio de recente edição de seu antológico Curso de Direito Internacional Público, Editora Renovar, o surrealismo da proclamação de abertura do Brasil para o mundo, em oposição à carência quase absoluta de conhecimentos jurídicos para a empreitada. Em verdade, ainda era possível, até há bem pouco tempo, o bacharelado jurídico em prestigiosas faculdades brasileiras sem cur-

sar-se a disciplina de direito internacional público, meramente facultativa ou mesmo “não oferecida”.

Destinado a aplicar-se em um espaço jurisdicional inusitado, envolvendo os territórios dos Estados-partes, o direito comunitário europeu tem o condão de conformar, em relação aos súditos dos quinze Estados comunitários, um formidável desdobramento das prerrogativas da cidadania.

A abordagem mais direta e atual que se poderia dar ao tema da cidadania européia parte da exegese dos artigos 17 a 22 do Tratado de Amsterdã. Aqui se considera o vasto *acquis communautaire* já constituído, por meio do *status civitatis* conferido pela cidadania da União<sup>1</sup>. Ao estipular que

“... é cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-membro. A cidadania da União é complementar da cidadania nacional e não a substitui”,

como está previsto no art. 17 do Concerto de Amsterdã, deu-se vazão à nítida *mens legis* de querer atribuir à cidadania comunitária natureza aditiva em relação àquela nacional, inteiramente ao sabor do que se pode expressar como *múltiplos de cidadania*. Ademais, é também o que celebra o precedente Tratado de Maastricht em seu artigo 8º, ainda que sem estipular de forma expressa que a cidadania da União é complementar à nacional e não a substitui<sup>2</sup>.

No âmbito do presente trabalho, preferi, também, deixar de lado os instigantes e neonatos institutos da Petição ao Parlamento Europeu e ao Provedor de Justiça, nos termos do art. 21 do Tratado de Amsterdã. Abandonei, ainda, o fascinante tema de dimensão político-jurídica da neocidadania múltipla, como a inaudita capacidade eleitoral ativa e passiva, art. 19 do Tratado de Amsterdã, corolário da irrestrita liberdade de circulação e permanência.

Da mesma forma, não centrei meu estudo na questão da identidade externa que se tem buscado forjar como *acquis communautaire*, inclusive pela inovadora atribuição

alargada da proteção diplomática, nos termos do artigo 20 do Tratado de Amsterdã, o que em certa medida já tinha sido elaborado jurisprudencialmente no caso Boukhalfa *versus* República Federal da Alemanha, Processo C-214/94, Acórdão de 30 de abril de 1996.

A abordagem que preferi dirigiu-se à cidadania múltipla derivada da capacidade para a propositura de ações atribuída indistintamente a todos os jurisdicionáveis. Inédita sob todos os prismas, nomeadamente em se tratando de uma ação proposta pelo súdito contra seu próprio Estado patrial, ainda que pelos inefáveis meandros de representação via Comissão Européia, em alguns casos, feitos de tal cariz são hoje comuns no dia-a-dia da Justiça Européia e projetam-se como o motivo condutor do presente trabalho.

A ampliação da *facultas agendi* e da *norma agendi* do cidadão comunitário, imbuído de direitos e deveres perante a ordem jurídica comunitária, configura uma dinâmica não de direito internacional, porém de direito interno e de aplicação pelos próprios juízes locais. A legitimidade *ad causam* conferida aos indivíduos, que podem atuar *in pectore*, sem os tradicionais mecanismos de representação do “direito das gentes” (o filtro político da representação diplomática), conforma um novo matiz do exercício clássico da cidadania, atrelada ancestralmente a uma necessária ordem estatal, contra a qual nem a tutela internacional dos direitos humanos ousou atentar. Verifique-se que a previsão de salvaguardas como a da “exaustão dos remédios locais”, antes do emprego dos limitados e retóricos instrumentos dos quais a tutela internacional dos direitos humanos dispõe, é forma elegante de referir e preservar incólume a soberania estatal.

## 2. Prestação jurisdicional e hipertrofia da cidadania européia

A eficácia e efetividade da prestação jurisdicional comunitária, estendida também aos indivíduos, a proliferação do sentimen-

to de cidadania européia, enfatizada por uma série de programas políticos de grande profundidade, como a eleição direta para os membros do Parlamento Europeu (não se trata mais de grupos de representação de Parlamentos nacionais, a partir de 1979, e sim de representação direta da cidadania européia), a capacidade eleitoral difusa ativa e passiva, e o prestigiamento das regiões dos Estados-membros, muitas vezes em detrimento dos poderes centrais, com as autoridades locais, prefeitos, chefes de governos regionais, relacionando-se diretamente com a Comissão Européia, projeta e acendra o exercício de cidadania derivada. A hipertrofia da cidadania comunitária, revelada de forma intensa, inclusive em uma série de emblemáticas decisões do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, determinou mesmo o avanço político da própria Europa de instituições comuns.

À parte da Corte Européia de Direitos Humanos, em Estrasburgo, alheia ao estrito âmbito da União Européia, por não dizer respeito a sua estrutura funcional, referindo-se a um processo paralelo de tutela internacional dos direitos humanos, fundamentada no direito internacional público clássico, a Corte de Justiça das Comunidades Européias, no Luxemburgo, tem promovido sobremaneira, em sua original atuação, o *status civitatis* comunitário, que, ao contrário de elidir ou restringir a cidadania originária, dá-lhe inteireza e funcionalidade, em especial tratando-se de demanda contra o próprio Estado patrial. Agora, nas novas relações do direito comunitário, os Estados podem ocupar o pólo passivo da relação processual ainda que muita vez demandado pela Comissão Européia, *sub iudice* não somente em relação a seu Poder Judiciário, mas como réu potencial na Justiça Comunitária, o que quer significar, como veremos, um espectro bem mais amplo do que a mera jurisdição estatal.

Em que pese estarmos há poucas décadas do início e ainda em pleno processo de consolidação e aprofundamento da Europa



de instituições comuns, já é no entanto possível asseverar que a construção comunitária é fundamentalmente um processo de construção jurídica. E também é a experiência recente que tem demonstrado, no modelo europeu, a vitalidade e a oportunidade da jurisprudência, diante do silêncio obsequioso dos tratados em relação a matérias vitais ou politicamente indesejáveis em um determinado momento histórico, o que não vincula a posterior faculdade decisória de uma instância judicial supranacional.

As características originárias do direito comunitário europeu, deduzidas a partir do Tratado de Roma, têm sido identificadas como AUTONOMIA, OBRIGATORIEDADE e UNIFORMIDADE DE APLICAÇÃO E INTERPRETAÇÃO. O modelo seguido pelo direito europeu, para conformar tal uniformidade, foi surpreendente: valendo-se do instituto que se constitui na chave mestra ou válvula estabilizadora de todo o direito comunitário, os juízes nacionais, que são em última análise seus efetivos aplicadores, podem, sempre que a matéria permita, consultar, por via “pré-judicial”, a Corte do Luxemburgo, para que esta pronuncie a correta interpretação aplicável ao caso concreto. O ineditismo de tal julgamento, bem como os princípios de independência e livre convicção do juiz que adotamos, seguramente nos distanciam em muito de tal solução. O julgamento com a consulta prévia feita pelo juiz singular (facultativa), ou colegiado de última instância (obrigatória), em busca de um *prius logico*, conforme a sentença, por mais extraordinário que possa parecer, já é aplicado corriqueiramente na União Européia, nos termos do emblemático art. 177 do Tratado de Roma, 234 na versão de Amsterdã, assim redigido oficialmente na língua portuguesa:

“O Tribunal de Justiça é competente para decidir a título prejudicial:

a) sobre a interpretação do presente Tratado;

b) sobre a validade e interpretação dos actos adoptados pelas Instituições da Comunidade;

c) sobre a interpretação dos estatutos dos organismos criados por um acto do Conselho, desde que estes estatutos o prevejam.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal de Justiça que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal de Justiça”.

Certamente a parte final do dispositivo, que constringe a via pré-judicial em casos de julgamentos nacionais de última instância (“...*talle giurisdizione è tenuta ...* “, no texto original do Tratado de Roma), é a que mais estupefaz e intriga a nossa visão latino-americana e logo iberogênica de exercício da jurisdição. Definitivamente, há muito de novo sob o sol.

### 3. *Jurisprudência comunitária e cidadania múltipla*

Às características originárias, subsumidas da interpretação literal do Tratado de Roma e de seus complementos institucionais, têm-se somado aquelas que, forjadas na jurisprudência luxemburguesa, apresentaram-se como *sine quibus non* à efetividade da integração contida no projeto europeu, a saber: a PRIMAZIA do direito comunitário sobre os ordenamentos jurídicos internos e o seu EFEITO DIRETO, sem os mecanismos de incorporação aos direitos estatais. Pelo seu caráter inusitado, essas inovadoras e surpreendentes clivagens têm sido designadas como direito comunitário de primeira geração, distinguindo-se do segundo grande passo jurisprudencial dado pela Corte do Luxemburgo, ao afirmar o princípio da responsabilidade do Estado pela violação

do direito comunitário, ainda que em relação aos seus próprios jurisdicionados, deduzido a partir do Acórdão Francovich, de 19 de novembro de 1991, e que vem sendo considerado direito comunitário de segunda geração<sup>3</sup>.

### 3.1. O Acórdão Costa/ENEL: A primazia a favor do indivíduo

No silêncio dos tratados institutivos das então Comunidades Europeias quanto à hierarquia das normas comunitárias em relação aos ordenamentos jurídicos internos (o que seguramente foi deixado pelo legislador comunitário para ser construído pela tessitura inquestionável dos fatos, em uma insuspeita inspiração de *common law*)<sup>4</sup>, já na primeira metade dos anos 60 a Corte do Luxemburgo constrói e prolata o princípio da primazia do direito comunitário. Com isso, consolida-se o entendimento de que normas internas posteriores não poderiam revogar o direito comunitário, fosse ele originário ou derivado, em que o contribuinte demandava o Estado italiano, por não-observância do Direito Comunitário.

Tratou-se do histórico Acórdão Costa/ENEL, em reenvio procedente da Itália, proferido em 15 de julho de 1964, que definiu o particularismo do direito comunitário em relação ao direito internacional clássico:

*“... le transfert opéré par les États, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du traité, entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de communautaire”*<sup>5</sup>.

Dando contornos mais definitivos à característica da primazia, o *Aresto Simmenthal*, de 9 de março de 1978, sobre questão “pré-judicial” proveniente do Tribunal de Susa, na Itália,<sup>6</sup> em causa da *Amministrazione delle Finanze* contra S.p.a. *Simmenthal*, determinou que “o juiz nacional encarregado de aplicar, no âmbito da sua competência, a

disposição de direito comunitário tem a obrigação de garantir a plena eficácia de tais normas, deixando de aplicar por iniciativa própria qualquer disposição contrastante da legislação nacional, ainda que posterior, sem solicitar ou esperar a prévia modificação legislativa ou mediante qualquer outro procedimento constitucional”<sup>7</sup>.

Considerada a característica mais sacrílega do direito comunitário, sob o ponto de vista da concepção clássica do Direito, a primazia do ordenamento jurídico comunitário acabou por incorporar-se pacificamente à cultura jurídica europeia, tendo a jurisprudência comunitária recebido o respaldo de interpretações benignas de alguns textos constitucionais de Estados comunitários, como ocorreu na França, onde a arraigada concepção cartesiana de soberania foi suplantada pela inteligência pró-integração do art. 55 da Constituição da V República<sup>8</sup>

Também merece destaque o caso da Itália, onde reiterados arestos da Corte de Cassação consagraram o primado do direito comunitário, apoiados na interpretação extensiva do art. 11 da Constituição de 1946, historicamente destinado a permitir a adesão da República Italiana às Nações Unidas, no delicado contexto do segundo pós-guerra<sup>9</sup>.

Vale considerar, quanto à questão da primazia, que o direito comunitário suscita *insights* totalmente novos para um dos mais tradicionais temas debatidos no direito público clássico e que diz respeito às relações de potencial conflito entre o direito interno e o direito internacional, ou, dialeticamente, apenas não-interno na contingência do direito comunitário europeu. Diante dos novos quadros que se verificam na União Europeia, tendentes a aplicarem-se em virtuais direitos comunitários de blocos econômicos que, à imagem e semelhança da Europa, pretendam-se mercados comuns, as tradicionais doutrinas do monismo e do dualismo, bem como as antológicas teses de Tripel e Anzziloti, parecem irremediavelmente superadas por demandas inconcebíveis há apenas poucas décadas.

### 3.2. *O Acórdão Van Geende en Loos: empresa versus Estado*

O histórico processo *Van Geend en Loos*, julgado em 5 de fevereiro de 1963, que define jurisprudencialmente os termos do efeito direto do direito comunitário europeu, tem sido curiosamente considerado em doutrina, em que pese seu anterior julgamento em relação ao caso *Costa/Enel* (15 de julho de 1964), como corolário e decorrência inelutável da primazia.

Não expressamente previsto como princípio geral no Tratado de Roma, a dispensa da passagem do direito comunitário derivado (não contido nos tratados institutivos e seus eventuais protocolos adicionais) pelos tradicionais mecanismos de incorporação e recepção do direito interno, o efeito direto logo se consagrou na cultura jurídica comunitária, implementado pela jurisprudência do Luxemburgo.

Em verdade, o art. 189, “c”, do Tratado de Roma, ao estipular que os regulamentos comunitários eram diretamente aplicáveis no ordenamento jurídico interno, deixou um imenso hiato em relação a todas as demais normativas comunitárias, em especial as diretivas, o que conduziu a Corte do Luxemburgo a realizar uma efetiva construção pretoriana do efeito direto. O ponto de partida, o caso *Van Geend en Loos*, estabeleceu a faculdade que os particulares têm de invocar o direito comunitário de qualquer natureza, já perante suas jurisdições nacionais, independentemente da eventual incorporação que se lhe tenha conferido por meio dos trâmites constitucionais ordinários.

Como clara decorrência doutrinária da primazia, o efeito direto recebeu definição mais acabada também pelo viés jurisprudencial, nos termos do Acórdão *Simmenthal*, prolatado em 9 de março de 1978:

“... a aplicabilidade direta significa que as regras de direito comunitário devem operar a plenitude de seus efeitos de uma maneira uniforme em todos os Estados-membros, a partir de suas entradas em vigor e durante to-

das as suas vigências; da mesma forma, tais disposições são uma fonte imediata dos direitos e obrigações para todos, quer se tratem de Estados-membros ou particulares que sejam partes em relações jurídicas relevantes de Direito Comunitário. Tal efeito concerne ainda a todo magistrado, que, no âmbito da competência da qual é investido, possui, enquanto órgão do Estado-membro, a missão de proteger os direitos conferidos aos particulares pelo Direito Comunitário”<sup>10</sup>.

### 4. *O direito comunitário de segunda geração: o Acórdão Francovich*

Ao julgar o processo C-6/90, firmando o acórdão de 19 de novembro de 1991 (“*Andrea Francovich e outros*” *versus* “*Repubblica Italiana*”), a Corte de Justiça das Comunidades Europeias decidiu que

“o direito comunitário impõe o princípio segundo o qual os Estados-membros são obrigados a reparar os prejuízos causados aos particulares pela violação de direito comunitário que lhes sejam imputáveis...”<sup>11</sup>

A responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados aos particulares, compreendidas as pessoas físicas ou jurídicas, não está prevista em nenhuma disposição dos Tratados de Roma ou Maastricht, ou mesmo no Ato Único Europeu, ou em qualquer outro documento convencional da União Européia. Pelo mecanismo tradicional, a ação de incumprimento, solução que se depreende da inteligência dos artigos 169, 170 e 171 do Tratado de Roma, constituía-se em remédio ineficaz, já que se resolvia com pouca convicção a questão das sanções a serem aplicadas a um Estado comunitário faltoso. Diante da ação ou omissão estatal em relação ao direito comunitário, tal Estado deveria tão-somente tomar as medidas necessárias à execução do Acórdão decorrente, em uma típica atitude de *soft law*, ou seja, a redação retórica e pouco eficaz que se pode utilizar em tratados, dentro do espírito de

coordenação ínsito ao direito internacional público. Se, no entanto, o Estado nada fizesse, poderia apenas sofrer como consequência ou uma nova ação por incumprimento, dessa vez baseada no acórdão não cumprido, ou uma ação de natureza política, levada a cabo pelos Estado-membros insatisfeitos, o que poderia ocorrer ou não, em função das peculiaridades do caso objetivamente considerado. A propósito, Marta Chantal da Cunha Machado Ribeiro afirma, em sua tese de doutoramento, na Universidade de Coimbra, em 24 de novembro de 1995, que:

“... tomando em consideração este panorama, a única conclusão possível era a de que o cumprimento do direito comunitário e o próprio sucesso da construção comunitária dependia só e exclusivamente da vontade ilimitada dos Estados-membros. Fenômeno de direito internacional ainda que dotado de características próprias, o direito comunitário padecia aqui de uma mesma fraqueza, mais concretamente, ausência de uma sanção eficaz para a violação do princípio pacta *sunt servanda*”<sup>12</sup>.

Por outro lado, Joël Rideau lembra que as ações ou inações dos Estados sempre tiveram a possibilidade de constituir violação do direito comunitário, suscetíveis de engajar suas responsabilidades<sup>13</sup>, tendo inclusive a Corte de Justiça Comunitária se manifestado expressamente, conforme ocorreu no Acórdão *Humblet*, de 16 de dezembro de 1960<sup>14</sup>

Também a revisão do Tratado de Maasticht, ao introduzir modificações no art. 171 do Tratado de Roma, criando sanções financeiras aos Estados inadimplentes do direito comunitário, com intuito meramente dissuasório, não chegou, no entanto, a viabilizar efetivas indenizações em relação a prejuízos sofridos por jurisdicionáveis comunitários, comprometendo o exercício da cidadania derivada, esta de natureza europeia.

A Corte do Luxemburgo permaneceu, a propósito, por longo tempo silenciosa sobre

a efetivação da responsabilidade estatal, aparentemente deixando à discrição dos Estados e de seus ordenamentos jurídicos uma eventual responsabilização do poder público. Tratava-se a toda evidência de matéria altamente polêmica e que trazia a lume o delicado contexto da remanescente autoridade do Estado, *vis-à-vis* o crescente espaço de poder granjeado pela “Europa Comum”.

Conforme observou Denys Simon, desde sua cátedra na Universidade Robert Schuman, em Estrasburgo, o pano de fundo para a construção do princípio da responsabilidade do Estado pela violação do direito comunitário em relação a particulares, por meio do eficaz iter da elaboração jurisprudencial, já havia sido adredemente lançado, com a adoção dos princípios da primazia e do efeito direto.

Ao julgar o Caso *Francovich*, em verdade e mais amplamente, também o caso “Bonifaci e outras” *versus* “Republica Italiana”, contemplando uma diretiva sobre tutela de empregados em caso de falência do empregador, inatendida pela Itália, a Corte do Luxemburgo deu o terceiro e decisivo passo na construção jurisprudencial do direito comunitário europeu.

#### 4.1. A natureza do caso *Francovich* como exercício da cidadania múltipla

Em janeiro de 1990, deram entrada na Secretaria da Corte de Justiça das Comunidades Europeias, por despachos *a quo* de 9 de julho e 30 de dezembro de 1989, os processos C-6/90, Tribunal de Vicenza, Itália, e C-9/90, Tribunal de *Basano del Grapa*, Itália, para efeitos de reenvio pré-judicial, nos termos do art. 177 do Tratado de Roma, trazendo à mesa judicial comunitária, a questão da correta interpretação do artigo 189, parágrafo 3º, do mesmo Tratado de Roma, bem como a Diretiva 80/987 CEE do Conselho, de 20 de outubro de 1980<sup>15</sup>. Tal norma comunitária derivada referia-se à harmonização legislativa dos Estados-membros no que concerne à proteção dos trabalhadores

assalariados, em caso de insolvência do empregador, no sentido de constituírem-se fundos imediatamente disponíveis para a pronta e efetiva tutela econômica dos cidadãos abruptamente desempregados.

O primeiro dos processos, C-6/90, referia-se à demanda do Senhor Andrea Francovich contra a República da Itália, fundado na seguinte *causa petendi*: o autor tinha trabalhado para a empresa CDN Elettronica S.n.C., em Vicenza, de 11 de janeiro de 1983 a 7 de abril de 1984, tendo apenas recebido pagamentos esporádicos por conta de seu salário, pelo que demandou o empregador no Tribunal de Vicenza, que condenou a empresa, por decisão de 31 de janeiro de 1985, a pagar ao reclamante a quantia de 6 milhões de Liras italianas.

Na fase de execução da sentença, o oficial de justiça certificou a negativa de penhora, estando o estabelecimento fechado, dilapidado e abandonado, pelo que invocou então Andrea Francovich o direito de obter as garantias contempladas pela Diretiva comunitária que não havia sido cumprida pelo Estado italiano.

O processo C-9/90, que foi poucos meses posterior ao Caso *Francovich*, era totalmente análogo e dizia respeito à ação proposta por Danila Bonifaci e outras contra a empresa Gaia Confezioni S.r.L., que foi declarada em situação falimentar em 5 de abril de 1985, sem possibilidades de indenizar as reclamantes. Da mesma forma, pleiteou-se então junto à Justiça italiana, no Tribunal de *Basano del Grapa*, diante da insolvência da ré, a responsabilização da República Italiana por não ter obedecido a diretiva 80/987, violando dessa forma o direito comunitário. Tal *status quaestio* levou o juiz italiano a suspender a instância, até que a Corte do Luxemburgo decidisse, a título “pré-judicial”, a efetiva natureza da responsabilidade do Estado, diante da pretensão dos particulares destinatários do dano.

Com o reenvio pré-judicial à Corte do Luxemburgo, procedido pela Justiça italiana, suspendeu-se o julgamento até 19 de novem-

bro de 1991, quando da publicação do Acórdão *Francovich*, fadado historicamente a marcar a mais importante evolução instrumental do direito das comunidades européias e significativamente vinculado ao exercício do direito de petição, apenas que projetado a uma nova órbita jurisdicional, agora de natureza comunitária.

Nos anos que se seguiram, inúmeras causas análogas às demandas italianas foram trazidas à Corte Européia, com a responsabilidade do Estado sendo detalhadamente construída e lapidada a partir da violação do direito comunitário, em especial nos Acórdãos “Brasserie du Pêcheur” (Processo nº C-46/93)<sup>16</sup> e “Factortame”. Referindo-se não mais a indivíduos como vítimas de prejuízos materiais e sim a empresas, tivemos, no primeiro caso, uma cervejaria francesa demandando a República Federal da Alemanha por danos sofridos diante de barreiras não-tarifárias que impediram a livre circulação de seu produto, em flagrante violação do artigo 30 do Tratado de Roma, tendo o reenvio pré-judicial procedido da Suprema Corte Federal alemã. No segundo caso, originário da *High Court*, Reino Unido, havia uma demanda proposta por armadores espanhóis da empresa Factortame, que, tentando operar no Reino Unido, foram impedidos, haja vista uma série de exigências nacionais de domicílio e residência de proprietários de navios, totalmente extravagantes ao bom direito comunitário.

## 5. Conclusões

De toda a sorte, o princípio da responsabilidade estatal deduzido a partir do caso *Francovich*, o mais importante aperfeiçoamento instrumental do direito comunitário europeu, consagra-se como indiscutível consequência inerente ao sistema de tratados de construção e consolidação da Europa de instituições comuns. De resto, o aporte que traz ao exercício da cidadania européia parece ser definitivo.

No momento em que o Mercosul decididamente supera sua fase de decisões semi-

nais, para como marca internacionalmente vencedora afirmar-se na qualidade de efetiva terceira união aduaneira de toda a História (o *Zollverein*, do processo de unificação alemã, e o Tratado de Roma das comunidades européias são os dois outros casos efetivamente relevantes), e diante do inexorável aprofundamento das relações entre os países signatários do Concerto de Assunção de 26 de março de 1991, a reflexão concernente aos aspectos aqui abordados, a saga da construção do direito comunitário europeu projeta-se com grande significado e interesse. Nesse passo, é importante considerarmos os chamados déficits institucionais de que padece o Mercosul, criteriosamente elencados nos estudos de Jorge Grandi, recentemente publicados em Madri<sup>17</sup>

É certo que, nos processos de integração, não há modelos e cada projeto é um conjunto próprio de circunstâncias políticas, históricas e mesmo geográficas. Como asseverou Fausto de Quadros em conferência proferida em Brasília, no Encontro Internacional sobre Questões Jurídicas da Integração, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho Federal de Justiça, em 29 de novembro de 1996, "... a História até pode ser uma versão, mas a Geografia será sempre e necessariamente um fato". Não será a imagem e semelhança do modelo europeu de integração que irão garantir o sucesso da construção de blocos econômicos, como as imensas dificuldades que vêm sendo enfrentadas pela Comunidade Andina parecem demonstrar com clareza solar. Como, no entanto, na feliz expressão do professor e historiador Estevão Chaves de Rezende Martins, "... ninguém nasce em um mundo vazio de História"<sup>18</sup>, é imperioso que, lançando os olhos para a experiência européia, dela saibamos, com desassombro e discernimento, haurir o que há de boa lição.

A conquista de direitos auferidos pela cidadania européia, por meio do direito comunitário, é notável. Conforme vimos, a legitimidade *ad causam*, ainda que contra seu próprio Estado patrial, não mais tão-somen-

te à luz do direito nacional, conduz a cidadania a prodígios nunca dantes verificados. A considerar que a conquista de tais direitos, contra o querer desmedido dos déspotas e depois do próprio Estado nacional moderno, foi, desde sempre, um formidável marco do triunfo da civilização contra a barbárie, resta tão-somente destacar o grande momento ora vivenciado pela Europa de instituições comuns.

Vale, por último, consignar, conforme as valiosas lições de Antônio Remiro Brotóns, catedrático de direito internacional público da Universidade Autônoma de Madri, em seu memorável curso para o diploma de estudos avançados de integração (CEFIR - Centro de Formación para la Integración Regional, Grupo do Rio/União Européia, Punta del Este, Uruguai, fevereiro/março de 1998), que, apesar de seus múltiplos sucessos, o processo de integração européia carece sempre e cada vez mais de uma visão crítica e reflexiva.

Almejamos, dentro de tal perspectiva, que, com a mesma prudência política, energia criadora e coragem em direção ao futuro, a Europa saiba conduzir, doravante, o difícil dilema que se criou, inevitável subproduto das conquistas de sua própria cidadania. Trata-se da ingente questão da exclusão social extracomunitária, verdadeiro hiato de prática democrática, espaço no qual perdura ainda, infelizmente, todo um caminho a construir.

#### Notas

<sup>1</sup> MOURA RAMOS, Rui Manuel de. *Maastricht e os Direitos do Cidadão Europeu*. Coimbra : Curso de Estudos Europeus da Faculdade de Direito, 1994.

<sup>2</sup>Embora o tema se revista de uma flagrante modernidade, haja vista o tratamento recente como *lege lata* e mesmo dos estudos doutrinários, o *acquis communautaire* pró-cidadania comum é um velho e recorrente tema no inconsciente coletivo europeu-rista. Erigir as Comunidades Européias não exclusivamente com o espírito de mera integração econômica, dando-lhe feição política e, fundamentalmente, social, é um compromisso claramente oni-

presente na história e mesmo na pré-história da integração. A propósito, cumpre compulsar o pre-mônico verbete *cittatananza*, de autoria de Rolando Quadri, publicado em 1959, no *Novissimo Digesto Italiano*.

<sup>3</sup>Ainda que não devidamente elaborado doutrinariamente, em muito devido a sua total novicidade, a obrigação de o juiz nacional aplicar “de ofício” o direito comunitário, independentemente da invocação das partes, passa a constituir-se no mais recente desdobramento jurisprudencial do direito comunitário europeu, a partir dos Acórdãos Jeroën Von Schijndel” (Processos C-430/93 e C-431/93) e *Peterbroeck* (Processo C-312/93). Prolatados em 14 de dezembro de 1995, os dois rumorosos acórdãos projetam-se como a mais recente e instigante questão jurídico-comunitária, fadada a transportar-nos a um hipotético direito comunitário de novíssima ou terceira geração.

<sup>4</sup>“*Sans doute, les fondateurs des communautés ont voulu faire preuve de prudence politique et les Traités de Paris et de Rome ne contiennent aucune dispositions expresse du type allemand: ‘bundesrecht brichts landesrecht’, le droit federal brise le droit local – consacrant la primauté. Mais l’absence d’une règle explicite sur ce point sur les traités ne préjuge évidemment pas de souhait implicite des pères fondateurs de l’Europe de voir consacrer la supériorité du droit communautaire*”. BERRANGER, Thibaut de. *Constitutions nationales et construction communautaire*. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1997.

<sup>5</sup>Processo nº 6/64, Recueil, p. 1141, CJCE.

<sup>6</sup>Processo nº 106/77, Recueil, p. 629, CJCE.

<sup>7</sup>“Il giudice nazionale incaricato di applicare nell’ambito della propria competenza le disposizioni di diritto comunitario há l’obbligo di garantire la piena efficacia de tali norme, disapplicando all’occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa remozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale”. POCCAR, Fausto. *Lezioni di diritto delle comunità europee*. 2. ed. Milano : Giuffrè, 1979.

<sup>8</sup>“Art. 55 – *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont dès leurs publication une autorité supérieure à celle des lois sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l’autre.*”

<sup>9</sup>“Art. II – *L’Italia repudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con le altre Stati, alle limitazioni de sovranità necessarie ad un ordinamento che assicure la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo*”.

<sup>10</sup>Processo nº 106/77, Recueil 1978, p. 629, CJCE.

<sup>11</sup>Processo nº C-6/90, Recueil, p. I-573, CJCE.

<sup>12</sup>RIBEIRO, M.C.C.M. *Da responsabilidade do Estado pela violação do direito comunitário*. 1. ed. Coimbra : Almedina, 1996.

<sup>13</sup>RIDEAU, Joël. *Droit institutionnel de l’union et des communautés européennes*. 2. ed. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1996.

<sup>14</sup>Processo nº C - 6/60, Recueil 1128, CJCE.

<sup>15</sup>Jornal Oficial das Comunidades Europeias, JOCE, nº L 253, 20 de outubro de 1980, p. 23.

<sup>16</sup>“*L’importance de l’arrêt rendu par la Cour de Justice de 5 mars 1996 dans ces affaires mérite sans aucune doute une appréciation à souligner le souce d’elaborer un système complet de protection du particulier dans l’ordre juridique communautaire. En effet il complète de manière decisive la construction par le juge communautaire d’une véritable théorie de l’action en responsabilité fondée sur la violation du droit communautaire par les autorités nationales, malgré le contexte lui aussi particulière, dans lequel s’inscrivaient les deux litiges au principal.*

*Dans les deux cas en effet, la violation du droit communautaire, à l’origine du préjudice allégué par les requérantes, trouvait sa source dans une omission ou une action du législatuer national*”. RIGAUX, Anne. “*L’Arrêt Brasserie du Pêcheur – Factortame III: le roi peut mal faire en droit communautaire*”. Strasbourg : Editions du Juris, Europe, maio de 1996.

<sup>17</sup>Grandi, Jorge. “*Los siete desafíos y los siete déficits de la integración para America Latina*”. Madrid, n. 24, Síntese, 1996. “... *Se analizan dos de las asignaturas pendientes que registran gran parte de los procesos de integración y los nuevos regionalismos: el déficit democrático y el muy íntimamente asociado déficit social. En Europa estas asignaturas han llegado a afectar la credibilidad de un proceso exitoso com más de cuarenta años de existencia. En el TLCAN, en el ALCA - así como en el MERCOSUR y la Comunidad Andina - estas cuestiones generan creciente preocupación e interés por parte de los actores socio-económicos y políticos.*

*En América Latina estos temas han sido tímidamente abordados y poco estudiados a pesar que el binomio participación-cohesión social y económica constituye el cimiento esencial de todo proyecto común interestatal como es la integración. Frente a una ambiciosa integración múltiple y simultánea llena de desafíos, riesgos y oportunidades como la que viven las Américas - y el mundo en general - estos déficit generan alta tensión. El estudio reflexiona sobre la necesidad de romper el círculo vicioso y transformalo en virtuoso mediante la coordinación de un buen grado de direccionalidad, gestionabilidad y gobernabilidad; en suma, de institucionalidad para hacer funcionar en forma permanente un conjunto de interacción humana tan complejo como es el que se genera en un proceso de integración.*”

<sup>18</sup>Correio Braziliense. Estudos. Fls.38, edição de 14 de novembro de 1995.

## Bibliografia

- BERRANGER, Thibaut de. *Constitutions nationales et construction communautaire*. Paris : Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1997.
- FONTOURA, Jorge. A construção jurisprudencial do direito comunitário europeu. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 35, n. 140, out./dez. 1998.
- Lineamentos para um direito comunitário, *Boletim de Integração*. n. 7. Brasília : Ministério das Relações Exteriores, Itamaraty, 1993.
- GRANDI, Jorge. Los siete desafíos y los siete déficits de lá integración para America Latina. [s.l.] : Síntese, n. 24, 1996.
- MOURA RAMOS, Rui Manuel. Maastricht e os direitos do cidadão europeu. Coimbra : Curso de Estudos Europeus da Faculdade de Direito, 1994.
- POCAR, Fausto. *Lezioni di diritto delle comunità europee*. Milano : Giuffrè, 1989.
- QUADRI, Monaco et alii. Trattato istitutivo della comunità economica europea. Milano : Giuffrè, 1970.
- QUADROS, Fausto de. Direito das comunidades europeias e direito internacional público. Lisboa : Teses/ Almedina, 1991.
- RIBEIRO, M.C.C.M. *Da responsabilidade do Estado pela violação do direito comunitário*. 1. ed. Coimbra : Almedina, 1996.
- RIDEAU, Joel. *Droit institutionnel de l' union et des communautés européennes*. 2. ed. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1996.
- RIGAUD, François. *Droit Publique et Droit Privé dans les relations internationales*. Paris : Pedone, 1976.
- Rigaux, Anne. *L'Arrêt "Brasserie du Pêcheur – Factortame III: le roi peut mal faire en droit communautaire*. Strasbourg : Editions du Juris, Europe, maio de 1996.
- SCHWARZENBERGER, George. *International law and order*, Steves and Sons. London : [s.n.], 1971.
- SCOVAZZI, Tullio et alii. *Corso di diritto internazionale pubblico*. 2 volumes, Milano : Giuffrè, 1992.
- VISSCHER, Charles de. *Théories et réalités en droit international publique*, Paris : Pedone, 1970.
- ZANINI, Gustavo. "Reflejos del derecho comunitario sobre el derecho nacional". In: *Revista da Faculdade de Direito/USP*. v. 65, São Paulo : [s.n.], 1970.



# A jurisprudência da Corte de Justiça da Comunidade Européia como orientadora do novo direito

Véra Maria Jacob de Fradera

## Sumário

1. Introdução. 2. A interpretação dos objetivos da União Européia pela Corte de Justiça da Comunidade Européia e a formação do *novo direito*. A) A *liberdade*, princípio estrutural do sistema jurídico comunitário, e sua interpretação pela jurisprudência da CJCE. B) O princípio da igualdade ou da não-discriminação: um princípio dotado de múltiplas faces. C) A solidariedade. 3. Os princípios gerais do Direito e a criação do direito pela CJCE. 4. Conclusão.

## 1. Introdução

Sabemos todos que o Direito Comunitário é um Direito *sui generis*, criado a partir de tratados internacionais e tendo em vista, pelo menos na sua primeira fase, um objetivo de carácter económico, qual seja, o de estabelecer um Mercado Comum, cujos fundamentos repousam nas denominadas *quatro liberdades*: liberdade de circulação de *peçoas*, de *bens*, de *capitais* e de *serviços*. Como elemento essencial para a efetivação dessas liberdades, deverá ser assegurada a *livre concorrência*.

Por outro lado, não sofreu esse Direito, como todos os demais, a influência da História, da Filosofia e de uma determinada crença religiosa. É um Direito criado artificialmente. Não obstante, forma um *sistema jurídico*, de tipo aberto, porquanto influi nos sistemas nacionais e sofre influência de sua parte (deles), resultando, dessa relação, algo muito original, tanto no que se

Véra Maria Jacob de Fradera é Mestre em Direito Comunitário pela Universidade de Paris II, Professora na UFRGS e Advogada em Porto Alegre, RS.

refere ao aspecto institucional como ao âmbito do Direito privado.

Entre os múltiplos aspectos insólitos que caracterizam o Direito Comunitário, merece especial destaque o papel da *jurisprudência* da Corte de Justiça da Comunidade Européia, CJCE, na interpretação, criação e formação desse direito.

Na verdade, é possível afirmar, sem temor de cometer uma falta, que o Direito Comunitário é, em grande parte, um produto jurisprudencial.

Com efeito, a jurisprudência da Corte de Justiça da Comunidade Européia vem construindo, desde os primórdios da criação da União Européia, um direito de origens e características muito distintas daquelas encontradas em todos os demais sistemas jurídicos existentes.

O trabalho criador da jurisprudência da Corte Européia tem sido, como notório, de extrema riqueza e inegável originalidade.

Num estudo de reduzidas dimensões como esse que estamos desenvolvendo, não se pode, é óbvio, abordar o tema exaustivamente. Dessa sorte, deter-nos-emos em apenas dois campos em que a jurisprudência da Corte de Justiça da Comunidade Européia tem contribuído com maior eficiência à formação do *novo direito*.

Antes de abordarmos a questão relativa ao papel da Corte no âmbito do Direito Comunitário, convém esclarecer o sentido da expressão *novo direito*.

A constatação de que nosso século chega ao final, assim como a percepção de novos contornos na vida social, determina uma específica missão atribuída aos operadores do Direito dotados, em geral, de uma cosmovisão bem distinta daquela dos legisladores do início do século, no sentido de elaborar as formas ideais de regulação do convívio social, porquanto as transformações ocorrem em todos os setores da vida, da arte e das ciências. E o Direito, ciência de carácter cultural, produto da atividade do homem e a ele destinada, necessita, talvez mais do que qualquer outro ramo do conhe-

cimento, de alterações necessárias ao ajustamento às exigências da sociedade do século vindouro.

O novo homem, inserido numa sociedade dominada pela *massificação*, pela *tecnologia*, pela *internacionalização*, necessita criar um direito adaptado às formas atuais de convivência social. É a partir das características da sociedade deste fim de século que vem sendo elaborado um direito cujo centro é o Homem. Sendo o sistema voltado para o Homem, os valores da liberdade, da igualdade e da solidariedade são postos em relevo em todos os setores do Direito, com maior ênfase nas áreas da família, contratos e propriedade, pilares básicos do sistema jurídico.

Assim sendo, tanto o legislador, como o aplicador do Direito devem voltar-se para a construção de formas mais flexíveis de regulação da vida social, surgindo dessa necessidade as denominadas *normas narrativas*<sup>1</sup>, cujo teor é constituído por *valores*.

No que diz respeito à União Européia e ao Mercosul, a criação de um Mercado Comum na Europa e de uma Zona de Livre Comércio na América do Sul tem em vista objetivos condizentes harmonicamente com essa maior consideração ao Homem, centro do ordenamento jurídico nesse final de século. Tanto isso é verdade que os mercados regionalizados supõem as antes referidas quatro liberdades (circulação de pessoas, bens, serviços e capitais) completadas pela livre concorrência, que nada mais é do que uma expressão do princípio da igualdade, no sentido de possibilitar a todos o acesso ao mercado em idênticas condições.

Como se sabe, a questão da concorrência tem sido objeto de inúmeros estudos nos Estados Unidos, cuja lei *anti-trust* é tida como modelo em vários países. Mas é reconhecidamente na Alemanha, mais do que em qualquer outro ordenamento, que vem sendo dada maior ênfase à necessária observância do *princípio da igualdade* relacionado à livre concorrência. Se todos são iguais perante a lei, todos devem ter acesso ao mercado, proibida toda e qualquer discriminação<sup>2</sup>.

Ademais dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade, promovem os mercados regionalizados outro valor fundamental, o da *solidariedade*, como um reverso dos direitos. Assim, fala-se em *direito-dever* de trabalho e se prescreve a colaboração dos cidadãos no desenvolvimento material e cultural da sociedade.

A expressão *novo direito* representa, pois, uma concepção absolutamente inédita das relações entre direitos nacionais e a esfera supranacional, distinta da clássica, internacional. O *novo direito* sobrepõe-se de tal forma aos direitos nacionais, justamente em virtude da sua peculiar natureza (*primado* sobre o direito nacional, *imediatez*, etc.), que *as normas nacionais só terão caráter cogente à medida que estiverem de acordo com as diretrizes traçadas pela esfera supranacional*.

Tendo em vista os aspectos que vimos de destacar em relação ao papel da Corte de Justiça da Comunidade Européia na interpretação e aplicação do *novo direito*, nosso breve estudo analisará *a interpretação dos objetivos da União Européia pela Corte de Justiça da Comunidade Européia, CJCE, (I) e a subsequente criação do novo direito* e, a seguir, *os princípios gerais do Direito Comunitário e sua descoberta pela Corte de Justiça da Comunidade Européia, em conformidade com o conceito pós-moderno de direito (II)*.

## 2. A interpretação dos objetivos da União Européia pela Corte de Justiça da Comunidade Européia e a formação do novo direito

Como muito bem observou Pierre Pescatore<sup>3</sup>, os tratados instituidores das Comunidades estão *impregnados de teleologia*, pois, diversamente de quaisquer outros, são *inteiramente fundados sobre a noção de objetivos a atingir*, objetivos que podem ser sintetizados em duas palavras: a realização de um Mercado Comum e, em segundo lugar, já como uma consequência do atingimento desse objetivo, o estabelecimento da unidade política.

Dessa sorte, a jurisprudência da CJCE vem-se inspirando desses objetivos, desenvolvendo paulatinamente o que podemos denominar um *novo direito*, no sentido de que o produto da interpretação teleológica dos tratados resulta em uma concepção de Direito voltada para *valores*, de acordo com a atual concepção de Direito.

Para melhor ilustrar nossas assertivas, faremos alusão a algumas decisões em que estão destacados os valores da *liberdade*, da *igualdade* e da *solidariedade*, valores fundantes do Direito Comunitário, com influência nas suas (deles) concepções dos sistemas nacionais.

### A) A liberdade, princípio estrutural do sistema jurídico comunitário, e sua interpretação pela jurisprudência da CJCE

Uma primeira observação a respeito do Direito Comunitário já revela seu principal alicerce, o princípio da liberdade, expresso nas quatro liberdades, acrescido da noção de livre concorrência. Em relação ao elenco de liberdades constantes dos tratados comunitários, caberia indagar se esse elenco é taxativo ou apenas exemplificativo. De acordo com a maioria da doutrina, trata-se de relação apenas exemplificativa, tanto é que a terminologia utilizada pelos tratados representa uma fórmula para dissimular uma grande lacuna do sistema comunitário no que se refere a uma concepção geral de *liberdade de comércio*, já presente em outros tratados, bem mais antigos, o *Zollverein* alemão, por exemplo<sup>4</sup>. Nesse tratado, de 22 de março de 1833, o próprio preâmbulo refere como seu objetivo *a liberdade de comércio e de tráfico profissional*<sup>5</sup>.

Talvez pelo fato de existir uma lacuna dessa natureza nos textos dos tratados é que a CJCE tenha desenvolvido tão importantes aplicações do princípio da liberdade de comércio. Alguns exemplos, apenas para ilustrar, pois em espaço tão reduzido é impossível aprofundar a questão. Em relação à *liberdade de circulação de pessoas*:

decisão *Hessische Knappschaft*, de 9 de dezembro de 1965, Rec. 44/65, p. 11 981, concl. J. Gand; decisão *R. Rutilli c. Ministre de l'Intérieur*, 28 de outubro de 1975, Rec. p. 1219, concl. H. Mayras<sup>6</sup>, etc. Em relação à *liberdade de estabelecimento*: decisão *J. Thieffry c. Conseil de l'Ordre des avocats à la Cour de Paris*, 71/76, Rec. p. 765, concl. H. Mayras. Com referência à *liberdade de prestação de serviços*, decisão *J. H. M van Binsbergen c. Bestuur van de Bedrijfsleven voor Metaalnijverheid*, aff. 33/74, de 3 de dezembro de 1974.

No que diz respeito à *livre circulação de capitais*, a mais importante decisão<sup>7</sup> sobre essa matéria é datada de 11 de novembro de 1981, *G. Casati*, questão proposta pelo Tribunal de Bolzano, aff. 203/80 rec. p. 2 595, concl. Caportorti<sup>8</sup>. Com relação à *liberdade de circulação de mercadorias*: decisão *Grosoli*, datada de 12 de dezembro de 1973, questão proposta pelo Tribunal correccional de Trento, aff. 131 /73, rec. p. 1555, concl. H. Mayras<sup>9</sup>. No que diz respeito à *livre concorrência*: decisão de 25 de outubro de 1977: *Metro S.B. Grossmärkte GmbH e Co KG c/ Commission des Communautés européennes*, aff. 26 / 76, rec. p. 1875, concl. G. Reischl, na qual se definem as características gerais da concorrência no plano da Comunidade Européia, com base nos artigos 85 e 86 do Tratado de Roma<sup>10</sup>.

### *B) O princípio da igualdade ou da não-discriminação: um princípio dotado de múltiplas faces*

Como se pode facilmente depreender do conceito de igualdade, ela é essencial à realização de um verdadeiro Mercado Comum e à garantia das condições de concorrência, com total isenção de violação das regras a ela pertinentes. Por outro lado, a igualdade entre as instituições comunitárias e entre os Estados membros é obrigatória<sup>11</sup>, assim como a *lealdade comunitária*, destacada na decisão *REWE e COMET*, de 16 de dezembro de 1976.

A jurisprudência emanada da CJCE interpretou a regra da não-discriminação, prevista no artigo 4, b, do Tratado CECA<sup>12</sup>, como uma *condição essencial ao estabelecimento e ao funcionamento do Mercado Comum*<sup>13</sup>.

Em outra oportunidade, a CJCE afirmou que *a proibição de discriminação enunciada no artigo 40, § 3, al. 2, do Tratado nada mais é que a expressão específica do princípio geral de igualdade que integra os princípios fundamentais do Direito Comunitário*<sup>14</sup>.

### *C) A solidariedade*

De acordo com os termos do artigo 5<sup>o</sup> do Tratado, têm os Estados membros uma dupla obrigação de comportamento, positivo e negativo.

Assim, devem os Estados membros tomar todas as medidas gerais e/ou particulares com vistas a assegurar a execução das obrigações que decorrem do Tratado ou dos atos das instituições comunitárias, bem como facilitar o cumprimento das finalidades da Comunidade e abster-se de tomar medidas suscetíveis de comprometer a realização dos objetivos do Tratado.

São muitos e variados os exemplos de decisões da CJCE em que está referido, ainda que às vezes de forma implícita, o princípio de solidariedade: decisões *Deutsche Milchkontor*, de 1983, Rec. 1983, p. 2635, *Deutsche Gramophon c. Metro*, de 1971, *Franovich*, de 19 de novembro de 1991, Rec. 1991, I, p. 5402 etc.

A CJCE tem fundado a invocação à solidariedade não só no art. 5<sup>o</sup> do Tratado, como também no princípio geral da solidariedade, princípio subjacente, possibilitando à jurisprudência ultrapassar, em algumas oportunidades, os textos, aplicando-o a casos não-previstos.

Após essas brevíssimas considerações a respeito da atuação da CJCE como aplicadora de um *novo direito* a partir da interpretação teleológica dos tratados instituidores da UE, passaremos a analisar o papel da CJCE Européia ao aplicar princípios gerais do Direito, ensejando, igualmente, o surgimento de um *novo direito*, com características pós-modernas<sup>15</sup>.

### 3. Os princípios gerais do Direito e a criação do direito pela CJCE

Sabemos todos que as normas jurídicas não são os únicos elementos constitutivos de um ordenamento jurídico, pois outros elementos, de igual importância, integram o sistema, como, por exemplo, os fatores metajurídicos e os princípios gerais do Direito. Apenas para maior clareza, devemos referir o que se entende por princípios gerais do Direito: *imperativos bastante gerais, que podem ser induzidos de um conjunto de regras*<sup>16</sup>.

Constituem esses princípios a verdadeira essência do ordenamento, pois representam os valores que presidiram a formação de um povo, são a tradução das idéias políticas que determinaram a feição da legislação, e, por isso mesmo, sua influência perdura por muito tempo depois de entrar a Codificação em vigor. A título exemplificativo, podemos referir as idéias de Liberdade, Igualdade e Laicidade na França, as de Segurança e Confiança na Alemanha e, entre nós, Ordem, Progresso e Solidariedade.

Nos sistemas nacionais, os princípios gerais do Direito desempenham as funções *interpretativa* e de *preenchimento* de lacunas da lei, sendo esta última função expressamente atribuída pelo legislador em alguns dos mais importantes Códigos privados do século passado, como o Códice Napoléon e o BGB. No Brasil, a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 4º, faz referência aos princípios gerais do Direito como uma das formas de serem supridas lacunas da lei.

A origem dessas *autorizações legislativas* repousa na necessidade de dotar-se o sistema jurídico de certas *aberturas*, representadas pelas *cláusulas gerais* e pelos *conceitos indeterminados*, tendo em vista a flexibilização e a permanência do sistema ao longo do tempo. Como se sabe, os sistemas jurídicos oitocentistas estavam baseados na *plenitude lógica*, de modo a ser preservado o princípio da *rígida separação de poderes* no Estado. A autorização do legislador ao juiz para aplicar um conceito

indeterminado, como é o caso dos princípios gerais do Direito, em face de uma lacuna da lei, permite a solução do caso concreto dentro do sistema, sem que o juiz desempenhe o papel de legislador.

Outra observação a ser feita é a de que os princípios gerais do Direito nem sempre são escritos, o que exige uma metodologia para extraí-los. Essa tarefa é, em geral, atribuída à doutrina e à jurisprudência.

A essa altura, caberia uma indagação: *as observações que acabamos de fazer, em relação ao Direito interno, caberiam em relação ao sistema de Direito Comunitário?*

De tudo o que antes afirmamos, restou evidenciada a natureza de *sistema aberto* do Direito Comunitário, dada a comunicação entre o sistema supranacional e os sistemas nacionais dos Estados membros.

Por outro lado, afirmamos também que esse Direito é um produto jurisprudencial, elaborado passo a passo pelas decisões prolatadas pela CJCE, e tendo em vista os objetivos colimados pela União Européia, com destaque para a criação, desenvolvimento e permanência do Mercado Comum.

A peculiar natureza do Direito Comunitário em relação a sua formação *artificial* (no sentido de que suas origens diferem em tudo daquelas dos demais sistemas jurídicos em vigor) não afasta, contudo, a existência de *lacunas* em seu interior.

Outra razão existe, não menos relevante, para o recurso aos princípios gerais do Direito pela Corte de Justiça da Comunidade Européia, qual seja, a de uma correta interpretação das normas de Direito Comunitário. A utilização dos princípios gerais do Direito visa, além do que vimos de referir, a uma *finalidade sistematizadora* do ordenamento comunitário<sup>17</sup>.

Cabe, então, uma indagação: como ocorre a recepção dos princípios gerais do Direito pelo Direito Comunitário?

Ora, o primeiro movimento do juiz comunitário no sentido de *descobrir* os princípios gerais do Direito é o de investigar as suas *fontes*, que, evidentemente, não são

todas de origem comunitária, e nem poderiam sê-lo, por ser esse ordenamento de criação recentíssima e ter sido construído *passo a passo*, a partir de uma estrutura fundamental, representada pelos tratados fundantes ou constitutivos da Comunidade<sup>18</sup>.

É importante salientar que os protocolos e declarações anexas aos tratados originais, dispendo sobre modificações e revisões do texto original, têm valor jurídico idêntico ao dos tratados.

Tendo o sistema comunitário origem tão insólita, donde procede, então, a *autoridade* dos princípios gerais do Direito como *fonte* do Direito Comunitário, de vez que não dispõe o juiz comunitário de reservatórios de *normas fundamentais* em que são hauridos, em outros ordenamentos, os princípios gerais do Direito?

De acordo com a melhor doutrina europeia, as fontes de princípios gerais do Direito no sistema comunitário podem ser-lhe *externas* ou *internas*.

Examinemos, pois, as fontes de princípios gerais do Direito externas ao Direito Comunitário:

1 – os princípios reconhecidos pelo Direito Internacional<sup>19</sup>, o que é natural, porquanto o Direito Comunitário é considerado uma *nova ordem jurídica de Direito Internacional*.

2 – os princípios em vigor no *Direito interno dos Estados membros* (legislação, doutrina, jurisprudência). O exame da Jurisprudência da CJCE permite observar que, desde os primórdios da Comunidade, ela inspirou-se de regras *reconhecidas pelas legislações, a doutrina e a jurisprudência dos países membros*<sup>20</sup>.

3 – os princípios comuns aos *Direitos Constitucionais nacionais* tendentes à proteção dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, porquanto não se poderia admitir que medidas tomadas no ordenamento comunitário pudessem ferir esses direitos<sup>21</sup>.

De acordo com a lição do Professor Denis Simon, *a invocação das tradições comuns ou das concepções comuns às constituições nacionais se revelará uma fonte de inspiração extremamente fecunda para colocação em evidência dos*

*princípios de direito aplicáveis na ordem comunitária*<sup>22</sup>.

As fontes de captação de princípios gerais internas ao próprio Direito Comunitário são expressas pelos denominados princípios estruturais do Direito Comunitário, deduzidos pela CJCE, a partir das bases constitutivas, econômicas e políticas da Comunidade.

Com efeito, da mesma forma que um juiz natural *extrai* os princípios gerais do Direito a partir dos fundamentos sobre os quais se ergue a ordem jurídica nacional, a Corte o faz a partir da filosofia da construção econômica e jurídica criada pelos tratados.

Entre esses princípios, podem ser enumerados aqueles de carácter econômico, os de carácter constitutivo, tais como o respeito à repartição de competências e poderes, o equilíbrio institucional, a igualdade e a solidariedade entre os Estados membros, a uniformidade de aplicação e primado do Direito Comunitário, etc.

#### 4. Conclusão

Do exposto, podemos inferir como conclusão que o Direito Comunitário representa, sem dúvida, um *novo direito*, cuja característica mais destacada é a forma como se relaciona com o Direito interno dos Estados membros: a supranacionalidade.

O papel da CJCE na aplicação do *novo direito* é fundamental, porquanto a interpretação por ela dada aos valores fundantes da Comunidade e a sua concepção de princípios gerais de Direito Comunitário têm o condão de impor-se às normas integrantes dos sistemas nacionais dos Estados membros, em sendo elas incompatíveis com os objetivos, já mencionados, da Comunidade.

#### Notas

<sup>1</sup> A expressão *norma narrativa* foi cunhada pelo professor Erik Jayme, de Heidelberg, como um dos temas do XIV Congresso da Academia Internacional de Direito Comparado, realizado em 1994, na cidade de Atenas.

<sup>2</sup> Essa identificação da livre concorrência ao princípio da igualdade é devida sobretudo à influência de Carl Schmidt, cujos estudos sobre os monopólios enfatizaram a necessidade de utilização de norma da espécie *lei* para disciplina da matéria, para que *sempre e somente* fosse interpretada em *sentido geral e abstrato*. Vide, igualmente, nosso estudo intitulado, Direito da Concorrência e Integração em perspectiva comparatista, publicado na *Revista do Consumidor*, n. 31, 1999.

<sup>3</sup> Les objectifs de la Communauté Européenne como principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice, in: *Miscellanea Ganshof van der Meersh*, Bruylant, Bruxelles, 1972, II, p. 325.

<sup>4</sup>Ibid., p. 339.

<sup>5</sup> No original: *Freiheit* des Handels und des gewerblichen Verkehrs. Referido por Pescatore, op. cit., p. 339.

<sup>6</sup> Veja textos in Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes, Tome 2, 4<sup>ème</sup> édition, DALLOZ, p. 81.

<sup>7</sup> Porque a matéria não havia sido até então enfrentada pela jurisprudência e essa decisão foi a primeira a abordar alguns dos problemas resultantes da livre circulação de capitais.

<sup>8</sup> Veja texto da decisão, ob. referida, p. 154.

<sup>9</sup> Veja texto da decisão, ob. ref. p. 76.

<sup>10</sup> Veja texto da decisão, ob. ref., p. 190.

<sup>11</sup> A noção de igualdade é um dos elementos necessários à construção do conceito de *lealdade comunitária*, comportamento exigido entre os Estados membros.

<sup>12</sup> As medidas ou práticas estabelecendo uma discriminação entre compradores ou entre utilizadores são incompatíveis com o mercado comum do carvão e do aço.

<sup>13</sup> Decisão *GIVORS*, de 10 de maio de 1960, cit. por PAPAPOULOU, Rebecca-Emmanuela, Bruylant Bruxelles, 1996, p. 61, nota 8.

<sup>14</sup> Decisão de 19 de outubro de 1977, (decisões conjuntas) 117/76 e 16/77, *RUCKDESCHEL*,

*HANSA-LAGERHAUS*, (et al.), *Rec.*, 1977, p. 1753, concl. CAPOTORTI, p. 1774.

<sup>15</sup> De acordo com Erik Jayme, a cultura pós-moderna se caracteriza pelos seguintes aspectos: pluralismo, comunicação, narração e retorno aos sentimentos e pela integração. In *Identité Culturelle et Intégration: le droit international privé postmoderne*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, tome 251, THE HAGUE/ BOSTON/ LONDON, MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, 1995.

<sup>16</sup> A esse respeito, consultar a obra clássica de ESSER, Johannes, *Princípio y Norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1956.

<sup>17</sup> Em relação ao assunto, vide nosso estudo Os princípios gerais do Direito Comunitário, in: *Revista AJURIS*, novembro de 1998, p. 17, edição especial.

<sup>18</sup> Tratados de Paris de 1951, em vigor em 1952, e os Tratados de Roma (25 de março de 1957), em vigor em 14 de janeiro de 1958, os Tratados visando à revisão dos Tratados Originais, isto é, o Ato Único Europeu, assinado em Luxemburgo e Haia, respectivamente em 17 e 28 de fevereiro de 1986 e em vigor desde 1º de julho de 1987, o Tratado sobre a União Européia, assinado em Maastricht, aos 7 de fevereiro de 1992, em vigor a partir de 1º de novembro de 1993.

<sup>19</sup> Veja a respeito a decisão CJCE de 27 de fevereiro de 1962, *Commission c. Italie 10/61*, *Rec.*, 3.

<sup>20</sup> Cf. decisão *Algera*, de 12 de julho de 1957, 7/56 e 3 a 7 /57, *Rec.* 81 (definição das condições de revogação dos atos administrativos, por existir lacuna a respeito no sistema comunitário).

<sup>21</sup> Veja a decisão *Danvin*, 26/67 *Rec.* 463, sobre a vedação do enriquecimento sem causa.

<sup>22</sup> In *Le système juridique communautaire*. Paris, PUF, 1997, p. 39. Vide nosso Harmonização do Direito Público (Constitucional) no âmbito do MERCOSUL, in: *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, ESMESC, ano 4, vol. 4, p. 247.

# Elementos do contrato de arrendamento mercantil (*leasing*) e a propriedade do arrendatário

Ivo Teixeira Gico Junior

## Sumário

Do arrendamento mercantil. 1. Do surgimento. 2. Dificuldades de um conceito. 3. Natureza jurídica. 4. Tipos de arrendamento mercantil. A) O arrendamento mercantil financeiro ou *financial leasing*. B) O arrendamento mercantil operacional ou *operational leasing*. C) O retroarrendamento ou *sale and lease back*. D) O *leasing* impróprio ou *self leasing*. 5. Dos direitos e obrigações. 5.1. Do arrendador. 5.2. Do arrendatário. 6. Da propriedade em garantia do arrendador. 6.1. Da propriedade. 6.2. Dos limites à propriedade. 6.3. Direito real em garantia. 6.4. Propriedade em garantia. 7. Direito de real aquisição do arrendatário.

## *Do arrendamento mercantil*

### *1. Do surgimento*

É comum no Direito existir defasagem entre norma e realidade, em especial no ramo do Direito Comercial, em que as práticas são por demais dinâmicas e normalmente baseadas no costume, sempre em busca de novas formas de alcançar a finalidade última do comércio, qual seja, o lucro. Nessa busca incessante, o empresariado tem-se defrontado com os mais diversos tipos de obstáculos, sendo, hodiernamente, a competição internacional, a constante necessidade de renovação de maquinário e parque tecnológico, bem como a decorrente falta de capital de giro os mais sérios. Nesse contexto, surgiu o instituto do arrendamento mercantil,

Ivo Teixeira Gico Junior é Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília, pós-graduando em processo civil pelo IBDP/IBEP e conciliador cível no Tribunal de Justiça do DF.



um novo tipo contratual com o escopo de ser uma alternativa de financiamento para as empresas, para otimizar o processo produtivo com a liberação de capital de giro, permitindo uma taxa de renovação industrial acelerada, aumentando a produção com a implementação de novas técnicas e, obviamente, gerando lucro para o arrendador e o arrendatário<sup>1</sup>.

No entanto, ainda que pelo aspecto econômico seja fácil visualizar a origem do arrendamento mercantil, historicamente há uma celeuma instaurada entre doutrinadores, sejam eles nacionais ou estrangeiros. O cerne da questão está em como e onde surgiu esse instituto inovador. No âmbito da doutrina brasileira, não há corrente dominante, mas a mais coerente é a que sustenta sua origem norte-americana. Ainda assim, há doutrinadores que defendam que suas origens se encontram na Babilônia (Código de Hamurabi), no Antigo Egito<sup>2</sup>, em Roma<sup>3</sup> ou na Idade Média<sup>4</sup>. Desde logo, essas posições que buscam para o instituto origens mais remotas nos parecem equivocadas, uma vez que é relativamente recente o surgimento do problema a que visa solucionar o *leasing*<sup>5</sup>, no caso, a necessidade de financiamento e desmobilização de capital.

Em geral, atribui-se o arrendamento mercantil primeiro ao *Lend and Lease Act* americano de 1941, quando, em plena Segunda Guerra Mundial, o então presidente Roosevelt determinou o empréstimo de equipamentos bélicos aos países aliados, sob condição de, finda a guerra, estes comprarem ou devolverem aqueles. Mesmo que relevante, esse não deve ser considerado o surgimento do *leasing*<sup>6</sup>, uma vez que a intenção do referido Ato era tão-somente ajudar os Aliados a combaterem o Eixo, prestando uma colaboração em benefício de uma causa comum. A opção de devolução ou compra dos equipamentos objetivava tão-somente evitar a mera doação dos bens, abrindo espaço para um possível, ainda que improvável, ressarcimento. Entendimento reforçado pela afirmação de Maria Helena

Diniz, que nega essa origem, “visto tratar-se de ato político e não mercantil”<sup>7</sup>.

Adotamos, então, como origem do *leasing*, com respaldo em parte da doutrina, a iniciativa comercial do americano D. P. Boothe Junior, que idealizou um meio de aumentar sua produção sem possuir meios patrimoniais e financeiros para isso. Na realidade, o fornecedor de gêneros alimentícios havia realizado um contrato com o exército norte-americano e, ao verificar que o volume contratado excedia e em muito sua capacidade de fornecimento, buscou um meio de satisfazer o contrato. Frente a essa necessidade de ampliação imediata de seu maquinário, buscou em uma instituição financeira, no caso um banco, meios de alcançar seu objetivo. Como não podia disponibilizar o capital necessário, ainda que por meio de um financiamento, nem dispunha de garantias fortes, pactuou com o banco que este compraria em nome próprio o equipamento de acordo com as necessidades daquele, o arrendatário, e em seguida lhe forneceria os bens, para uso, mediante uma remuneração periódica. Ante o sucesso da operação, foi fundada por Boothe e mais alguns sócios a *U.S. Leasing Company*, seguindo-se um aperfeiçoamento e alastramento do contrato de *leasing* não só nos Estados Unidos, como no resto do mundo<sup>8</sup>.

A partir da década de 60, algumas iniciativas começaram a introduzir o *leasing* no Brasil, sem que existisse qualquer regulamentação da matéria. Essa não se fazia essencial para o comércio, que por natureza é mais dinâmico que o Direito positivo. “A autonomia da vontade e atipicidade dos contratos que dominam o direito comercial justificariam, pois, a introdução do *leasing* no Brasil, sem necessidade de qualquer legislação específica sobre a matéria”<sup>9</sup>. No entanto, como o contrato de *leasing* não era apenas atípico, mas implicava uma operação financeira, cujos maiores benefícios eram fiscais, em o instituto começando a ter certa importância na vida comercial brasileira, o legislador tomou por bem regulá-lo,

ainda que meramente para efeitos tributários. Isso ocorreu em 1974, com a Lei nº 6.099, que dispõe “sobre o tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil e dá outras providências”, não só introduzindo oficialmente o *leasing* em nosso ordenamento jurídico, como denominando-o arrendamento mercantil. No entanto, por ser muito genérica a Lei, criou uma série de dúvidas e discussões entre os doutrinadores e comerciantes sobre as operações de *leasing*, principalmente quanto ao regime fiscal das mesmas<sup>10</sup>, pois a Lei Tributária do *Leasing* é lacônica, deixando a regulamentação mais detalhada pelo Banco Central brasileiro, mais especificamente pelo Conselho Monetário Nacional<sup>11</sup>. Essa normatização se dá, até hoje, mediante resoluções, cartas-circulares, circulares, portarias, instruções normativas, decretos e algumas poucas leis não-específicas. Tudo isso torna a regulamentação do arrendamento mercantil um emaranhado de normas que dificultam o seu entendimento e, não raro, desvirtuam o contrato de arrendamento mercantil.

## 2. Dificuldades de um conceito

Como pudemos notar, o contrato de arrendamento mercantil veio da realidade fática para a jurídica com características inovadoras e objetivos próprios. Nesse processo, os doutrinadores têm encontrado grandes dificuldades em entender e conceituar o instituto. Ao nosso ver, essa dificuldade decorre de três fatores: a) a insistência em decompô-lo em outros contratos mais típicos<sup>12</sup>, tratando-o de acordo com a fase em que se encontra; b) a tendência de se procurar nele um ou outro tipo contratual predominante, ainda que *sui generis*, e tratá-lo como tal; e c) a discrepância entre o praticado e exigido pelo mercado, e o expresso em lei. Muito disso se deve à falta de preparo do legislador, à independência com que o mercado cria suas próprias regras e à nossa tradição romano-germânica de

“buscar sempre estereótipos formais aos quais possamos submeter todo e qualquer tipo de relação jurídica (...) essa compulsão nos leva ao risco de, partindo do abstrato (os estereótipos) para definir o concreto (a relação jurídica propriamente dita), acabarmos por distorcer de alguma maneira a verdade desta última, para melhor fazê-la ‘enquadrar-se’ no modelo com que comparamos”<sup>13</sup>.

Essas abordagens não só dificultam o seu entendimento como podem levar a distorções, como a cogitada aplicação da Lei do Inquilinato, por entenderem ser a locação a figura proeminente no arrendamento mercantil. Obviamente essa posição tem bases muito frágeis, mas devem os intérpretes do Direito acautelarem-se no tratamento do *leasing*, sob o risco de cometerem outros desatinos não tão claros, e, ainda que não possamos fugir dessa tendência ou concepção, devemos sempre nos lembrar dos fatores fáticos e dos princípios por detrás do arrendamento mercantil, concebido como uma forma de facilitar a circulação do capital, funcionando como uma garantia real, ou mais que real como preferem alguns.

## 3. Natureza jurídica

Temos, portanto, que o arrendamento mercantil é decorrente de uma operação complexa que se desdobra em vários segmentos, não obstante a unicidade do contrato. Além de sua complexidade, hodiernamente existem várias espécies de *leasing*, que foram surgindo à medida que o instituto se desenvolveu e foi sendo utilizado para diferentes finalidades. É possível e necessário, porém, estabelecer um conceito padrão, suficientemente elástico, de forma a abranger todas as subespécies existentes em nosso ordenamento, mas, ao mesmo tempo, não tão genérico a ponto de ser incapaz de distingui-lo dos demais institutos afins, tornando-se inútil.

Inúmeros autores realizaram sua decomposição para melhor entender o todo; tome-

mos, pois, para sua análise, algumas caracterizações já feitas. J. A. Penalva Santos<sup>14</sup>, seguindo a tradição civilista, caracterizou-o como sendo complexo, sinalagmático, composto de um financiamento e arrendamento de bens, com a cláusula de opção tríplice; Waldirio Bulgarelli entende que é “um contrato consensual, bilateral, oneroso e de execução sucessiva, e firmado *intuitu personae*”<sup>15</sup>; Arnaldo Rizzardo o vê como “um contrato de natureza econômica e financeira, pelo qual a empresa cede em locação a outrem um bem móvel ou imóvel, mediante o pagamento de determinado preço”<sup>16</sup>; para Caio Mário, é “uma espécie de ‘locação-venda’ (*locatio mixta cum venditione*)”<sup>17</sup>; P. R. Tavares Paes admite a natureza “complexa, abrangendo uma locação, uma compra e venda (que não é essencial no *leasing*, pois existe sem essa opção, eventualmente um mandato”<sup>18</sup>; Arnaldo Wald diz que:

“trata-se, na realidade, de uma fórmula intermediária entre a compra e venda e a locação, exercendo função parecida com a da venda com reserva de domínio e com a alienação fiduciária, embora oferecendo ao utilizador do bem maior leque de alternativas no caso de não querer ficar com a propriedade do equipamento após um primeiro prazo de utilização”<sup>19</sup>.

Em caminho um pouco diverso, Orlando Gomes<sup>20</sup>, apesar de reconhecer tratar-se de “uma operação financeira destinada a proporcionar aos empresários o acesso aos bens de produção”, caracteriza-o como um contrato “mais próximo da locação, cujas regras se lhe aplicam se não há próprias”, sendo a distinção entre ambos fundamentalmente causal, mas sendo ambos de conteúdo semelhante. Outra posição interessante é a dos que defendem ser um contrato complexo por conter elementos de outros contratos típicos como a locação, a promessa de compra e venda, a compra e venda a prestação e o financiamento, todos coligados<sup>21</sup>. Há posições ainda mais curiosas e isoladas,

mas não menos importantes, como a de Washington Luiz da Trindade<sup>22</sup>, que exalta exageradamente a garantia real que representa o contrato de modo a resumi-lo em um dito aspecto fiduciário; para ele,

“o *leasing*, pela sua visível base fiduciária, distingue-se de outros negócios complexos, não precisamente pela locação, mas pela administração e utilidade produtiva de coisa alheia, em proveito do instituidor ou de uma entidade financiadora, e de cuja administração o contrato retira o seu benefício ou vantagem, inclusive pela cláusula de opção de venda, fazendo-a movimentar-se juridicamente, para ter a livre disposição da coisa inicialmente locada.”

Como podemos ver, é assente na doutrina a classificação do *leasing* nos moldes categóricos do Direito Civil clássico, mas tentemos fazer uma breve análise do instituto partindo do fato concreto para a legislação, como fez o jurista José Leão<sup>23</sup>.

De um modo geral, o que move o homem é o interesse, mas o que vem a ser interesse? Numa terminologia processualista, poderíamos dizer que é o desejo de um determinado bem da vida, ou que “a razão entre o homem e os bens, ora maior, ora menor, é o que se chama interesse”<sup>24</sup>. Bem, esse desejo pode ser de três ordens: de consumir, formar patrimônio, ou utilizar o bem para dele auferir vantagem, utilidade ou prazer. Estas estão envolvidas em qualquer desejo, solitária ou conjuntamente com as demais. O *finis mercatorum est lucrum*, esse é o objetivo final de qualquer atividade comercial, o desejo do comerciante é tão somente obter lucro. No caso do arrendamento mercantil, na ótica do arrendatário, busca-se o lucro não pelo consumo<sup>25</sup>, nem por mera formação de capital, antes sim por simples uso econômico do bem<sup>26</sup>. Já pela ótica do arrendador, busca-se a remuneração do capital investido em taxa acima da que seria possível obter em outras negociações financeiras com a mesma segurança, ou seja, maior lucro median-

te a remuneração mensal, assegurada pela propriedade do bem correspondente ao valor despendido.

O contrato de *leasing*, como já foi dito antes, é oneroso e sinalagmático, logo, gera vantagens para ambas as partes. Ele é antes um financiamento que uma locação ou forma de aquisição de patrimônio (*e.g.*, compra e venda); para o arrendatário, o resultado do contrato é meio e não fim, no sentido de que seu objetivo mediato é a modernização ou ampliação de seu maquinário sem imobilização de capital, apenas deseja produzir mais e melhor para, aí sim, obter lucro, enquanto para o arrendador não é a venda ou a locação do bem que lhe trará lucro, mas a remuneração do capital despendido (juros) acrescida de taxas de administração (financiamento), o contrato por si só lhe trará lucro. Não passa, pois, de “um novo processo de financiamento, surgido como uma imposição do processo técnico, que visa precipuamente a proporcionar às empresas maior capital de giro, com vantagens adicionais de ordem contábil e de ordem fiscal”<sup>27</sup>, não obstante a prática comercial e a regulação do Banco Central terem desvirtuado o instituto.

A Lei nº 6.066, de 12-9-74, em seu artigo 1º, com a redação alterada pela Lei nº 7.132, de 26-10-83, estabeleceu o que seria arrendamento mercantil para fim de incidência de seu tratamento tributário; o referido artigo considera *leasing* o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta.

Como pode-se ver, o legislador em momento algum disse o que era arrendamento mercantil, arrendatário ou arrendador, nos termos da boa técnica legislativa<sup>28</sup>, que reza que cabe à doutrina as definições. A Lei apenas condiciona sua aplicação aos contratos de arrendamento mercantil que em seus mol-

des se encaixarem, logo, podem existir contratos de *leasing* em que a arrendadora é pessoa física ou que tenha por objeto bem que não foi adquirido pela arrendadora segundo as especificações da arrendatária; tão-somente esses contratos não se enquadram no regime legal dessa norma, pode-se até aplicar-lhes por analogia o texto legal, mas jamais dizer que estão contidos nessa previsão legal, principalmente, porque a Lei refere-se a um único tipo de arrendamento mercantil, o financeiro.

Não obstante a estreita tipicidade normativa do *leasing*, o Conselho Monetário Nacional, órgão do Banco Central do Brasil competente para regular e fiscalizar os contratos de arrendamento mercantil<sup>29</sup>, por meio da Resolução nº 2.309, de 28-8-96, em seu Anexo, não só permitiu “contratar operações de arrendamento com o próprio vendedor do bem ou com pessoas jurídicas a ele coligadas ou interdependentes”<sup>30</sup>, em franca contrariedade ao estipulado no artigo 2º da Lei nº 6.099, como também permitiu pessoas físicas figurarem na relação jurídica como arrendatárias (artigo 12 da Resolução). Esse tipo de conduta por parte do órgão regulador, apesar de bem recebida pelo mercado, que já praticava tais modalidades, em nada contribui para o melhor entendimento do instituto, nem para sua consolidação no ordenamento brasileiro, visto que, para o Banco Central, não há qualquer limite legal para o *leasing* que não os praticados e por ele aceitos. Essa volatilização do conceito e funcionamento do arrendamento torna quase impossível uma sistematização do instituto, conseqüentemente, de difícil compreensão pelo jurista, que tem por base de seus estudos a norma. No entanto, a ilegalidade da regulação do Banco Central deve ser objeto de um estudo mais aprofundado, não-condizente com o objeto aqui pretendido.

Bem, após uma breve exposição de como a doutrina enxerga o instituto e do regulado na legislação, tentemos uma conceituação de *leasing* que sirva para todos os subtipos e

o diferencie dos demais instrumentos de financiamento e garantia. Em um primeiro olhar, o conceito mais simples composto apenas pelos elementos essenciais seria a locação mediante remuneração mensal, composta por parcela do capital despendido na aquisição do bem, acrescida de juros e taxa de administração, por prazo determinado, findo o qual o arrendatário, unilateralmente, pode optar entre três possibilidades: a renovação contratual descontada a taxa de depreciação do bem; a rescisão contratual; ou aquisição do bem mediante o pagamento do valor de opção ou residual. No entanto, vale ressaltar que o Banco Central, na regulação do arrendamento mercantil internacional, permitiu que inexistisse a cláusula de aquisição, a chamada promessa de compra e venda, por isso, mudamos o conceito, em sua parte final, para – findo o qual o arrendatário, unilateralmente, pode optar entre duas possibilidades: a renovação contratual, descontada a taxa de depreciação do bem; ou a extinção do contrato, seja pela aquisição do bem (nos tipos em que é prevista), mediante o pagamento do valor residual, ou pelo simples encerramento do contrato por decurso de prazo.

#### 4. Tipos de arrendamento mercantil

Para se entender o arrendamento mercantil e suas variações, é importante conhecer os três sujeitos envolvidos nessa operação: o fornecedor, o arrendador e o arrendatário.

O fornecedor é aquele que entrega o bem à arrendatária e o fatura à arrendadora. Ele será escolhido por aquela, que estabelecerá o bem a ser arrendado e suas qualificações, mas os moldes do negócio (formas de pagamento, valor, entrada, etc.) serão combinados entre arrendador e fornecedor. Pode ser qualquer um capaz de fornecer o bem à arrendatária, pessoa física ou jurídica, e não é nem elemento integrante do contrato de arrendamento mercantil, que se estabelece entre arrendador e arrendatário, nem essen-

cial ao contrato, pois há tipos de *leasing* em que efetivamente não há fornecedor, *e.g. sale and lease back*.

Já a arrendadora é, geralmente, a empresa de *leasing*, que comprará em nome próprio o bem, nas especificações exigidas pela arrendatária, e o arrendará a esta. Importante ressaltar que, apesar de a arrendatária estabelecer as características do bem a ser adquirido, todas as outras cláusulas da compra e venda, como forma de pagamento, valor da entrada, garantias de pagamento, são estabelecidas entre arrendador e fornecedor, visto que esse contrato obriga e tem seus efeitos limitados a apenas seus dois integrantes, arrendador e fornecedor. Em última análise, a arrendadora é a proprietária do bem objeto do arrendamento, seja essa propriedade posterior (*leasing* financeiro) ou anterior (*leasing* operacional) ao estabelecimento do contrato de arrendamento. Ela recebe as contraprestações mensais do arrendatário, nas quais embute parcela do capital despendido, juros (custo do capital), taxa de administração e, às vezes, parcela do seguro do bem. Pode ser pessoa jurídica (para todos os tipos de *leasing*) ou física (nos casos previstos pelas Resoluções do Banco Central).

Por último, o arrendatário é quem escolhe o bem segundo suas especificações junto ao fornecedor, recebe-o deste depois de estar firmado o contrato entre o fornecedor e o arrendador e faz uso dele mediante o pagamento de contraprestações por um período determinado contratualmente. Não é proprietário, mas mero possuidor, que pode gozar e usufruir do bem nos limites do uso médio, pela duração do contrato. A ele compete, ao final do contrato, optar pela sua continuação ou sua extinção, seja pela aquisição do bem – quando possível – ou por transcurso de prazo. Pode ser pessoa física ou jurídica.

Alguns doutrinadores encaram o *leasing* como um contrato tríplice, formado por esses três sujeitos. Entre eles, Carlos Souza<sup>31</sup> e Maria Helena Diniz, que determinam como

elemento jurídico essencial à caracterização do *leasing* a existência de três empresas: “a que vende as máquinas (fabricante), a que as compra, pagando o preço (*leasing broker* ou *leasing banker*), e a que obtém, sem ter comprado (arrendatário), os referidos bens de produção”<sup>32</sup>.

Nesse ponto, temos de discordar dessa corrente, uma vez que o fornecedor só será parte no contrato quando sua pessoa se confundir com o arrendador ou o arrendatário, sendo discutível, e ao nosso ver imprópria, a denominação de fornecedor em casos como o de *self leasing* ou *sale and lease back*. Salvo nessa hipótese, o dito fornecedor jamais será parte contratual, apenas a exigência de não ser o arrendador proprietário do bem é que seria elemento jurídico do pacto, não o próprio fornecedor<sup>33</sup>. A relação contratual entre este e o arrendador se estabelece somente *inter partes*, atingindo alguns de seus efeitos apenas reflexamente o contrato de arrendamento mercantil, exatamente nos mesmos moldes das relações produtor/fornecedor e fornecedor/consumidor<sup>34</sup>. O acordo entre o produtor e fornecedor em nada afeta a relação entre fornecedor e consumidor, vez que são relações jurídicas diversas e não se confundem. Tendo em mente esse pressuposto básico que é a bilateralidade do contrato de arrendamento mercantil e as características de seus sujeitos, passemos a examinar as variantes do *leasing*:

A) *O arrendamento mercantil financeiro, ou financial leasing*<sup>35</sup>: “é aquele em que uma empresa se dedica habitual e profissionalmente a adquirir bens produzidos por outro para arrendá-los, mediante uma retribuição estabelecida, a uma empresa que deles necessita”<sup>36</sup>. Sua característica mais destacada é o financiamento realizado pelo arrendador, ou seja, a empresa arrendadora funciona como uma financeira e a essa atividade se dedica. Normalmente, ela é procurada pelo futuro arrendatário que determina o bem e suas especificações, para então a arrendadora adquiri-lo, em nome próprio, para uso do arrendatário. Predomina o caráter financeiro do contrato.

A grande vantagem do contrato está no tratamento fiscal que lhe é atribuído, em proveito de empresa e cliente, como as deduções no imposto de renda. É o arrendamento mercantil típico ou clássico que os italianos chamam de *leasing finanziario*, sendo

“da una stretta inerenza del contratto alle finalità dell’impresa, sicché le parti, sollecitate anche da particolari agevolazioni fiscali, prevengono che la *res* acquistata dalla società finanziaria in nome proprio e per conto dell’utente, esaurisca le utilità economiche di cui è capace entro un determinato periodo di tempo che coincide di regola con la durata del rapporto rispetto al quale per la configurazione è da escludersi qualsiasi collegamento con la vendita, la locazione ed il mutuo ma, al più, i canoni vengono a rappresentare il corrispettivo del godimento del bene (...)”<sup>37</sup>.

Em outras palavras, o arrendamento mercantil financeiro é, via de regra, realizado por empresas cujo objeto de trabalho é especificamente o *leasing*, e a coisa adquirida pela sociedade financeira o é em nome próprio, mas satisfazendo as necessidades do arrendatário. Normalmente, sua utilidade econômica se exaure em um determinado período de tempo, que, de regra, coincide com a própria duração contratual. Esse simples fato basta para excluir-se qualquer coligação entre o arrendamento mercantil e a compra e venda, locação e o mútuo.

Como normalmente a vida útil do bem coincide com o prazo contratual, ele não pode ser rompido unilateralmente antes de seu término previsto, diferentemente do que ocorre no *leasing operacional*, que veremos a seguir.

Apesar de não haver uma definição legal do que venha a ser arrendamento mercantil financeiro, a Resolução do Banco Central nº 2.309<sup>38</sup> estabelece as principais características desse contrato, de forma tal que todo *leasing* que se enquadrar em seus incisos será um *financial leasing*, desde que:

- as contraprestações abarquem não só o aluguel do bem, como também juros, encargos administrativos e lucro do arrendador, de forma tal que lhe permita recuperar o custo do bem arrendado durante o prazo contratual;

- a operacionalidade do bem arrendado, incluindo aqui despesas com manutenção, assistência técnica e serviços correlatos, seja de inteira responsabilidade do arrendatário;

- haja a opção de compra, pelo chamado valor de opção ou residual, que pode ser livremente estabelecido, podendo inclusive ser o valor de mercado do bem.

Pode-se observar que, no arrendamento mercantil financeiro, valoriza-se claramente a natureza de financiamento do contrato, sendo elemento essencial para este que o arrendador não seja produtor ou importador de bens, antes sim um aplicador de recursos, especializado em arrendar bens a terceiros, a capitalizá-los. Não é de se estranhar que muitos autores o vejam como sendo, necessariamente, estabelecido entre pessoas jurídicas e seu objeto se restrinja unicamente a bens de produção, como é o caso de Orlando Gomes<sup>39</sup>, mas essas restrições não encontram mais respaldo na nova regulamentação do instituto, podendo ele ser celebrado entre pessoa física e jurídica, e incidir sobre qualquer bem<sup>40</sup>.

A diferenciação desse contrato de outros típicos, como bem ressalta Francesco Bene, está no fato de que o período determinado de duração da utilidade econômica do bem, via de regra, coincide com o da duração do arrendamento, restando indubitável a diversidade de sua natureza. Sua maior vantagem é de natureza fiscal e contábil. Mas isso não é mais respeitado, o mercado vem praticando cada vez mais o *leasing* financeiro com período de duração menor que o de vida útil do bem arrendado. Esse desvirtuamento do arrendamento mercantil financeiro, no nosso entender, acarreta sérias conseqüências no mundo do Direito.

Outro aspecto de importância ressaltado por Fran Martins é o risco da obsolescên-

cia. Há objetos que, em pouco tempo, tornam-se obsoletos, seja pelo aparecimento de outros mais modernos (*e.g.* os computadores), seja pelo próprio desgaste natural do bem. No *leasing* financeiro, esse risco é do arrendatário, uma vez que, em havendo o pacto, o seu cumprimento é obrigatório e irrenunciável. Não é possível interromper o contrato em curso, pois em jogo não está meramente o uso do bem, mas sua disponibilidade, mesmo porque as partes objetivam também a transferência da propriedade do bem arrendado ou o exaurimento de seu valor econômico, o que justifica tenha sido acoplado ao arrendamento o termo 'mercantil', pois a propriedade necessariamente será transferida do arrendador, quer para o arrendatário em caso de exercício da opção de compra, quer para terceiros, caso não haja o exercício da opção<sup>41</sup>.

Por isso, o referido jurista defende que, mesmo que o arrendatário devolva o bem, "todas as prestações pactuadas serão devidas ao arrendador"<sup>42</sup>. Essa questão tem sido muito debatida entre os doutrinadores, mas a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça<sup>43</sup>, em Recurso Especial de que foi relator o ilustre Ministro Athos Carneiro, decidiu pela ilicitude de tal cobrança, ainda que assim o fosse estipulado como cláusula penal.

Ainda assim, cabe mais uma ressalva sobre o posicionamento de Fran Martins. Não nos parece assistir-lhe razão quando afirma que as partes sempre objetivam a transferência da propriedade do bem, mesmo porque, no caso típico, o bem não tem mais qualquer valor econômico ao final do contrato e, como todos bem sabem, só podem ser objeto do comércio os bens de valor econômico. O que ocorre de fato é que à arrendadora não interessa mais a propriedade do bem, pois, além de já ter recebido todo o capital investido e seu lucro, não lhe será de qualquer utilidade a integração da posse, visto que se trata de uma empresa financeira. Em contrapartida, para a arrendatária o bem já cumpriu sua função, não tem

mais qualquer valor econômico, está desatualizado ou por demais gasto, seu interesse restringe-se tão-somente em arrendar novo bem mais moderno ou novo e continuar suas atividades.

Apesar disso, como o bem não tem mais valor econômico relevante, dificilmente a arrendadora o venderá, na melhor das hipóteses, terá grandes dificuldades em fazê-lo. Por isso, é compreensível e até natural que o venda para a própria arrendatária, que pode ainda utilizá-lo de alguma forma ou mesmo revendê-lo com maior facilidade, uma vez que efetivamente trabalha na área em que o bem é útil e provavelmente conhece quem poderia interessar-se. É por isso que não reconhecemos nesse contrato o caráter translatício de propriedade, que, ainda que presente, é decorrente de mera comodidade, não elemento de sua finalidade. Mas, como já dissemos antes, as práticas comerciais têm distorcido o instituto, utilizando-se cada vez mais de contratos de *leasing* financeiro com prazo de término inferior ao de vida econômica do bem arrendado. Nesses casos, realmente há, como afirma Fran Martins, a vontade primeira das partes em realizar a transferência da propriedade, por isso, não relutamos em sustentar que o regime tributário e contábil a que se submete o *leasing* nessa hipótese deve ser alterado, podendo, inclusive, passar a se cobrar certos impostos, como o ICMS, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos<sup>44</sup>.

B) O arrendamento mercantil operacional ou *operational leasing*: é um desvirtuamento do contrato de *leasing* que, ao nosso entender, não deveria ser acolhido como categoria desse tipo mercantil. Por ele entende-se

“aquele em que uma empresa, proprietária de certos bens, os dá em arrendamento à pessoa, mediante o pagamento de prestações determinadas, incumbindo-se, entretanto, o proprietário dos bens a prestar assistência técnica ao arrendatário durante o período do arrendamento”<sup>45</sup>.

Muitos autores o sequer diferenciam de uma outra figura contratual, o *renting*<sup>46</sup>. É o arrendamento atípico que os italianos chamam de *leasing impuro*, que

“vieni a configurarsi li dove le parti intendano realizzare un preminente e coesenziale effetto traslativo, senza che abbia più relevanza la figura sogettiva dell’impreditore, nonchè la stessa conformazione del bene oggetto del contrato, destinato a conservare alla scadenza del rapporto un valore residuo particolarmente apprezzabile per l’utilizzatore in quanto notevolmente superiore al prezzo d’opzione, sichè il trasferimento del bene all’utilizzatore non costituisce, come nel leasing tradizionale, una eventualità marginale ed accessoria, ma rientra nella funzione dalle parti assegnata al contrato, di talchè i canoni scontano ad un tempo il corrispettivo del godimento del bene nonchè le rate di prezzo”<sup>47</sup>.

Em outras palavras, no *leasing* operacional, as partes buscam prementemente e efetivamente um efeito translatício, o objetivo final do contrato é a transferência da propriedade, sem que tenha qualquer relevância a figura subjetiva do empreendedor (financiador). Além disso, o bem objeto, ao fim do prazo contratual, ainda mantém um valor econômico residual considerável para o arrendatário, notavelmente acima do preço da opção, não há coincidência entre o prazo de depreciação e o prazo contratual. Essa diferença é de tal monta que o exercício da opção de compra e a conseqüente transferência da propriedade para o arrendador não constituem, como no *leasing* tradicional, uma eventualidade marginal e acessória.

Nesse ponto, há algumas diferenças entre a doutrina estrangeira e a brasileira, inclusive dentro da própria última, que está desatualizada como se verá a seguir. Para Rodolfo de Camargo Mancuso, o *operational lease* é



“uma subespécie do *financial leasing*. É normalmente utilizado para bens de fácil colocação no mercado e que apresentam obsolescência precoce, v.g. material eletrônico, máquina fotostática, automóveis, estes considerados individualmente (*single leasing*) ou em frota (*flooteem leasing*). (...) O locatário tem a faculdade de rescindir unilateralmente o contrato, sem que, com isso, se lhe retire necessariamente a opção de compra. Apenas, nesta última hipótese, o preço será aquele de mercado ao tempo de exercício da opção.

Há ainda uma outra subespécie do *financial leasing*, na qual inexistente possibilidade de rescisão unilateral, e o locatário não possui opção de compra, ou só poderá exercê-la ao preço de mercado, no momento de seu exercício”<sup>48</sup>.

Ainda segundo o referido doutrinador, o arrendamento mercantil operacional se distinguiria da figura do *renting* tão-somente por uma questão de rigor de nomenclatura. No primeiro, o bem seria adquirido de terceiro (fornecedor) pelo arrendador, enquanto no segundo, o *leasing* se estabelecer-se-ia diretamente entre fabricante e arrendatário.

Já para José Wilson Nogueira de Queiroz, não há qualquer distinção, sendo que “as operações de *renting* ou *leasing* operacional traduzem uma locação de material com cláusula de prestação de serviço, podendo incluir uma opção de compra do material e poderá ser rescindido a qualquer instante, ou mediante simples aviso com antecedência de 30 dias.”

O *renting* teria as seguintes características diferenciais:

- consistiria em uma “locação-prestação de serviços”;
- independe da intervenção de uma instituição financeira;
- em geral, utilizam-se bens padronizados (e.g. xerox);
- o risco de obsolescência corre por conta do arrendador;

- via de regra, por força contratual, o arrendador obriga-se à prestação de assistência técnica.

Mais recentemente, Arnaldo Rizzardo<sup>49</sup> distingue o *leasing* operacional da locação pelo simples fato de que naquele o pagamento das prestações caracterizariam a amortização do preço do bem, podendo, inclusive, ser mensuradas pelo grau de utilização do bem, como o número de cópias feitas em uma máquina de xerox.

Bem, a Lei nº 6.099, em seu artigo 2º, afasta de sua regulamentação e decorrentes benefícios tributários o *leasing* operacional: “Não terá o tratamento previsto nesta Lei o arrendamento de bens contratado entre pessoas jurídicas direta ou indiretamente coligadas ou interdependentes, assim como o contratado com o próprio fabricante”. Como já mencionamos antes, a própria Lei não descaracteriza como *leasing* o contrato de arrendamento mercantil operacional, apenas o exclui de seus benefícios tributários.

Novamente, não obstante a estreita tipicidade legal e ao seu arrepió, o Conselho Monetário Nacional estendeu ao *leasing* operacional os benefícios da Lei, por meio da Resolução do Banco Central nº 2.309, ao estabelecer em seu Anexo:

“Artigo 1º - As operações de arrendamento mercantil com o tratamento tributário previsto na Lei nº 6.099, de 12-9-74, alterada pela Lei nº 7.132, de 26-10-83, somente podem ser realizadas por pessoas jurídicas que tenham por objeto principal de sua atividade a prática de operações de arrendamento mercantil, pelos bancos múltiplos com carteira de arrendamento mercantil e pelas instituições financeiras que, nos termos do art. 13 deste Regulamento, estejam autorizadas a contratar operações de arrendamento com o próprio vendedor do bem ou com pessoas jurídicas a ele coligadas ou interdependentes.

Parágrafo Único: *As operações previstas neste artigo podem ser dos tipos financeiro e operacional*” (grifo nosso).

Além de ter extrapolado sua competência legal, o CMN (Conselho Monetário Nacional) ainda subverteu o antigo modelo de *leasing* operacional, estabelecendo como principais características desse contrato<sup>50</sup> os seguintes requisitos:

- as contraprestações devem incluir o custo do arrendamento do bem e os serviços referentes a sua colocação à disposição da arrendatária, mas devem limitar-se a até 75% do custo do bem arrendado;

- as despesas de manutenção, assistência técnica e serviços correlatos à operacionalidade do bem arrendado são de responsabilidade da arrendadora ou da arrendatária, o sendo normalmente daquela;

- o preço para o exercício da opção de compra deve ser, necessariamente, o valor de mercado do bem arrendado.

A resolução toma como base, para distinguir essa espécie contratual do arrendamento financeiro, a limitação ao total das prestações, a possibilidade de uma cláusula acessória estabelecendo o serviço de manutenção e assistência pela arrendadora e a necessidade de o valor residual ser o valor de mercado do bem. Mas Fran Martins<sup>51</sup> ressalta que o principal elemento para a distinção entre as duas figuras é que no arrendamento mercantil financeiro há a obrigatoriedade, uma vez realizado o contrato, não pode uma das partes rescindi-lo unilateralmente, enquanto no *leasing* operacional, havendo aviso prévio, o arrendatário pode rescindir o pacto. A principal função do contrato seria a locação por períodos curtos, de modo a possibilitar novo arrendamento do bem, sem qualquer finalidade translática da propriedade. Enquanto no *leasing* financeiro prevalece o caráter de financiamento com transferência da propriedade, no *leasing* operacional prevalece a cessão do uso, a locação, possibilitando a rescisão unilateral do contrato.

Os artigos 5º (*leasing* financeiro) e 6º (*leasing* operacional) da Resolução não diferenciam os institutos, mas lhes dão caracte-

rísticas próprias: no primeiro, as prestações devem permitir a total recuperação do custo do bem arrendado durante o prazo contratual, a operacionalidade corre por conta do arrendatário e deve haver a opção de compra pelo valor residual garantido<sup>52</sup> (VRG), que pode ser livremente acordado; já no segundo, as prestações devem incluir o custo do bem e os serviços prestados pela arrendadora, mas limita-se a 75% do valor do bem, a operacionalidade pode correr por conta de qualquer um dos contratantes, mas normalmente o é pela arrendadora, e a opção de compra deve ter o valor de mercado.

Como se pode ver, as duas modalidades diferenciam quanto à composição das prestações, e, ainda que a Resolução não determine seu cálculo, limita seus valores. Destaca-se o caráter financeiro do *leasing* financeiro, o VRG pode ter valor simbólico, visto que a financeira já recuperou seu investimento, ou mesmo valor de mercado, mas como o certo é que o prazo do contrato coincida com o de vida econômica do bem, esse valor de mercado será, no mínimo, bastante reduzido. Destaca-se também o caráter locatício do *leasing* operacional, que se distinguirá da locação pela dupla opção (ou tríplice como já nos referimos anteriormente<sup>53</sup>) e pela prestação de serviço essencialmente ligada ao contrato.

Arnaldo Rizzardo faz uma crítica a essa Resolução quanto ao regulamento do *leasing* (artigos 5º e 6º), pois ela contrariaria o artigo 2º da Lei nº 6.099. Como já bem dissemos antes, a Resolução extrapola completamente a tipicidade legal estabelecida e, ao arripio desta, cria e modifica figuras de *leasing*, sendo assim completamente ilegal. O referido doutrinador levanta ainda outras questões:

“O mais grave, porém, é a faculdade inserida no inc. III de ambos os artigos 5º e 6º: a fixação do valor pela opção de compra equivalente ao preço de mercado do bem, o que é obrigatório no arrendamento mercantil operacional.

A rigor, pois, possível que as contraprestações nem envolvam o preço do bem. Chega-se, destarte, a um total desvirtuamento da natureza do *leasing*. No financeiro, há uma faculdade em se fixar o preço pelo valor de mercado; no operacional, nota-se uma exigência de tal fixação[...].

Não pode, ainda, passar despercebido que o prazo do *leasing* operacional ficará em noventa dias, conforme o art. 8º, inc. II da resolução. Ora, em vista do art. 6º, as contraprestações terão um limite de até 75% do custo do bem. E o preço no caso da opção corresponderá ao preço de mercado do bem arrendado. A conclusão leva a uma vantagem excessivamente onerosa, ao enriquecimento fácil, à exploração vergonhosa, posto que, em última instância, permite-se juros de 25% ao mês<sup>54</sup>.

Concordamos com o autor quando afirma ter a Resolução extrapolado os limites legais, mas devemos ver com maior cuidado a questão da fixação dos preços e dos prazos. O que a referida norma fez foi tão-somente estabelecer opções e limites, veja-mos o caso do VRG ser determinado pelo valor de mercado; no *leasing* financeiro, se o for dessa forma, via de regra, o bem terá exaurido a sua vida econômica tendo pouco ou nenhum valor de mercado, portanto, não configuraria qualquer vantagem exagerada para nenhuma das partes, pois o arrendador já se teria pago (artigo 5º, inciso I) e o arrendatário pagaria um valor ínfimo, para não dizer simbólico, ainda assim é mera opção, as partes podem pactuar de forma diversa; no *leasing* operacional, a exigência do pagamento do valor de mercado para a opção de compra pode ter sido uma forma de se evitar que se realizassem vendas à prestação disfarçadas de *leasing*, resultando em fraude, pois o comprador está obrigado a pagar o valor de mercado, mesmo porque, como já afirmamos antes, o caráter translático é mais forte no arrendamento mercantil financeiro, ainda assim, de forma

acessória e eventual. Além disso, a tendência de as prestações serem mais altas no arrendamento operacional é por que não só devem incluir a remuneração da prestação de serviço (assistência técnica), via de regra, prestada pelo arrendador, como também devem levar em conta as altíssimas taxas de depreciação a que estão submetidos os bens normalmente arrendados nesse tipo de contrato, como os microcomputadores.

Quanto à questão do prazo, não é verdade que “o prazo do *leasing* operacional ficará em noventa dias”. O artigo 8º da Resolução nº 2.309 estabelece tão-somente os prazos *mínimos*, sendo de dois ou três anos de acordo com o bem para o arrendamento mercantil financeiro (inciso I) e de noventa dias para o arrendamento mercantil operacional (inciso II), ou seja, tanto em um quanto em outro, as partes devem estudar os custos e prazos e pactuar a melhor opção. É verdade que se poderia chegar ao absurdo de uma taxa de juros de 25% ao mês, mas em que casos seria tal taxa aceitável e o contrato viável? É isso que se deve ter em mente, opções limites são para casos limites. Os contratos de arrendamento não são contratos padrão, em que se recebem todas as cláusulas de forma padronizada e pré-estabelecidas, apesar de as empresas de *leasing* de carro tentarem nos convencer do contrário.

C) O retroarrendamento<sup>55</sup> ou *sale and lease back*: também conhecido como *leasing* de retorno<sup>56</sup>, de retro<sup>57</sup> ou *cession-bail* para os franceses, o retroarrendamento, como preferimos chamar, nada mais é que uma subespécie do *leasing* financeiro<sup>58</sup>, a única distinção é que, nesta modalidade, o bem pertencia anteriormente ao arrendatário, que o vende ao arrendador e depois o toma em *leasing*. Para aqueles que defendem que o arrendamento mercantil é um contrato triplice, teríamos a confusão da figura do fornecedor e do arrendatário. Podemos dizer, então, que o retroarrendamento é o *leasing* que tem por objeto bens que estavam no ativo permanente do arrendatário, que os vendeu para a arrendadora e em seguida os arrendou.

Na verdade, há uma outra diferença entre o *leasing* financeiro e o de retorno. Enquanto no primeiro o arrendatário não quer imobilizar capital para adquirir máquinas e equipamentos, no segundo ele quer desmobilizar um capital que já lhe pertence. Como se pode ver, a utilização de um ou de outro depende apenas da realidade de cada arrendatário, suas necessidades é que determinarão a melhor opção. José Wilson Nogueira de Queiroz<sup>59</sup> o considera uma alternativa para o crescente problema da falta de capital de giro nas empresas, pois “a locatária alienante converterá parte de seu imobilizado em dinheiro, enfrentando a falta de liquidez, e não perdendo, todavia, a disposição do bem que permanece em seu poder e posse, [...], com a possibilidade de usufruir dos benefícios fiscais [...]”.

A Lei nº 6.099, de 13-9-74, trata do retroarrendamento no seguinte artigo:

“Artigo 9º – As operações de arrendamento mercantil contratadas com o próprio vendedor do bem ou com pessoas a ele vinculadas, mediante quaisquer das relações previstas no art. 2º desta Lei, poderão também ser realizadas por instituições financeiras expressamente autorizadas pelo Conselho Monetário Nacional, que estabelecerá as condições para a realização das operações previstas neste artigo.”

Apesar da clareza do diploma legal, esse artigo deve ser lido em conjunto com o segundo da mesma Lei, que reza o seguinte:

“Artigo 2º – Não terá o tratamento previsto nesta Lei o arrendamento de bens contratados entre pessoas jurídicas direta ou indiretamente coligadas ou interdependentes, assim como o contratado com o próprio fabricante.”

Alguns doutrinadores<sup>60</sup> criticam a redação da norma por considerá-la confusa, vez que o artigo 9º refere-se a vendedor e o artigo 2º a fabricante, sendo que este também pode ser aquele. No entanto, ocorre que cada dispositivo trata de matéria diversa, apro-

veitando-se no 9º apenas os conceitos de “coligadas ou interdependentes” do artigo 2º, que darão sentido à expressão “vinculadas”, e os limites impostos por ele. Expliquemos melhor.

O artigo 2º da Lei nº 6.099 excluiu de seu âmbito de aplicação os contratos de arrendamento mercantil realizados entre pessoas jurídicas coligadas ou interdependentes, direta ou indiretamente, ou seja, quando na qualidade de arrendadora e de arrendatária figurarem pessoas jurídicas coligadas ou interdependentes. A este negócio jurídico não se aplicam os benefícios fiscais previstos na Lei nº 6.099. Importante ressaltar que em momento algum a Lei proíbe tal contrato, apenas não lhes estende seus benefícios.

Já o artigo 9º permite que o retroarrendamento seja realizado por instituições financeiras e que como vendedora e arrendadora figurem pessoas vinculadas, pois como permissão para a realização do *sale and lease back* basta o artigo 1º, parágrafo único, dessa mesma Lei. A *mens legis* é no sentido de permitir não só o retroarrendamento realizado por instituições financeiras credenciadas pelo CMN, como reconhecer a existência dessa modalidade quando a vendedora não é a arrendadora, mas pessoa com ela vinculada. Aí, para melhor explicar o que venha a ser vinculada, utiliza-se das expressões contidas no artigo 2º, quais sejam, coligadas ou interdependentes, direta ou indiretamente. Tanto assim o é que o próprio CMN se encarregou de esclarecer o alcance das expressões coligadas ou interdependentes mediante a Resolução nº 351 de 1975, reafirmada pela própria Resolução nº 2.309, em seu artigo 27.

D) O *leasing* impróprio ou *self leasing*: também conhecido como *leasing* consigo mesmo, esse tipo contratual é mera variação do *leasing* financeiro, excluído expressamente pela Lei nº 6.099. Ele se divide em dois tipos: o *self leasing* por vinculação e o *manufacture leasing*.

O *self leasing* por vinculação é a modalidade de arrendamento mercantil em que na

pessoa do arrendatário e do arrendador se encontram pessoas vinculadas. Para os que defendem a triplicidade subjetiva do contrato, teríamos como arrendador, arrendatário e fornecedor pessoas vinculadas. Importante lembrar que vinculadas são as pessoas, jurídicas ou físicas, coligadas ou interdependentes, direta e indiretamente, nos termos do artigo 27 da Resolução nº 2.309 do Banco Central.

Já no *manufacture leasing*, temos o fabricante do bem funcionando como arrendador, financiando diretamente a aquisição de seu produto pelo arrendatário por meio do *leasing*.

Além de a Lei nº 6.309 excluir de seus benefícios expressamente o *self leasing*, em seu artigo 2º, a própria Resolução nº 2.309 veda esses subtipos contratuais em seu artigo 28, inciso I, quando proíbe o estabelecimento de contrato de arrendamento mercantil entre pessoas físicas e jurídicas coligadas ou interdependentes. A principal utilidade e razão para sua vedação legal é a possibilidade de se contornar limites legais para imobilização de capital e evitar o pagamento de tributos. Quando as instituições financeiras adquirem imóveis e equipamentos por meio do arrendamento mercantil, essa situação de posse, mas não propriedade, permite que elas ultrapassem o índice máximo de imobilização estabelecido pelas instituições fiscalizadoras do regime bancário<sup>61</sup>.

Há ainda algumas outras variações do contrato de arrendamento mercantil, como a *dummy corporation* e o *lease purchase*, mas esses subtipos, relacionados com a figura do *trust* do sistema jurídico da *common law*, não são muito utilizados no Brasil, não sendo de maior interesse esmiuçá-los no presente estudo.

## 5. Dos direitos e obrigações

### 5.1. Do arrendador

O contrato de arrendamento mercantil é oneroso e sinalagmático, portanto gera di-

reitos e obrigações para ambas as partes. O arrendador tem as seguintes obrigações:

- adquirir o bem nos estritos termos de especificação determinados pelo arrendatário;
- assegurar-se da boa procedência do bem, de seu estado de conservação e de sua integridade, como se fosse um mandatário do arrendatário na aquisição;
- realizar seguro do bem arrendado;
- transferir a posse do bem a ser arrendado de imediato para o arrendatário;
- respeitar o direito ao uso regular da coisa do arrendatário, não molestar sua posse direta.

Como já dissemos antes, o contrato de arrendamento mercantil se inicia com o acordo entre arrendatário e o arrendador para a aquisição de um determinado bem. O arrendante pode ou não ser possuidor desse bem. Em não o sendo, deve adquiri-lo de forma a satisfazer todas as exigências do arrendatário. Aqui deve-se observar alguns detalhes: como é o arrendatário quem arcará com o pagamento em definitivo, ainda que diferido, do bem objeto e é o seu interesse econômico que deve ser satisfeito pelo bem, a ele cabe especificar todas as suas características, podendo inclusive determinar a marca, fornecedor ou empresa de quem deve ser adquirido, pois nessas escolhas estão imbuídos os fatores preferência e confiança do arrendatário.

Quanto à procedência do bem, cabe ao arrendante assegurar-se de que este encontra-se em perfeitas condições, pois a relação de compra e venda do bem estabelece-se exclusivamente entre o adquirente e o vendedor, no caso, arrendante e fornecedor. Este não faz parte do contrato de arrendamento mercantil, não vende o bem para que seja arrendado, vende-o ao arrendador e com ele se esgotam suas responsabilidades; o arrendatário aqui não passa de terceiro interessado, não integrante do contrato. Além disso, apesar de ser um direito do arrendatário escolher o bem, não é incomum que lhe dê

apenas as especificações genéricas, cabendo ao arrendador realizar certas escolhas; em sendo assim, é possível que seja responsabilizado por culpa *in eligendo*, caso surjam problemas com o bem que prejudiquem o arrendatário em sua fruição econômica plena.

O bem objeto de arrendamento mercantil, uma vez entregue, fica sob a responsabilidade da arrendatária, que deve cuidar dele como se dela fosse, em um papel semelhante ao do depositário, mas pode utilizar-se dele, nos limites do uso regular, como se proprietária fosse. No entanto, ela não é proprietária, é arrendatária, e como tal não lhe cabe o ônus gerado por motivos imprevisíveis ou de força maior, esses recaem sobre o arrendador, que deve substituir o bem ou repará-lo. Por isso, é aconselhável que o arrendador faça um seguro, não um seguro do contrato, mas um seguro do bem objeto do contrato. O proprietário do bem é o arrendador, mas, como existe a opção de compra, e as prestações são majoradas para atender também a isso, a destruição do bem por motivo alheio gera prejuízos ao arrendatário, podendo inclusive gerar lucro cessante, motivo pelo qual deve ser realizado um seguro, que terá obviamente seu prêmio incluso nas contraprestações<sup>62</sup>.

Já sobre a transferência da posse do bem, o mais aconselhável é que o bem passe direito da posse do vendedor/fornecedor para o arrendatário, sem que o arrendante tome parte nisso. Nada impede que o arrendante receba o bem e o repasse de imediato para o arrendatário, mas, de forma a reduzir ao máximo os riscos, é melhor que o vendedor o faça ou o próprio arrendatário, pois assim a responsabilidade durante o transporte não recairia sobre o arrendante. Além disso, o bem não pode ficar em posse do arrendante mais do que o necessário para a transferência, sob o risco de causar prejuízos indenizáveis ao arrendatário, mais um motivo para que este receba o bem diretamente do vendedor. No caso de haver inexecução culposa por parte do arrendador, que pode ser

caracterizada pela não-compra ou entrega do bem, existem perdas e danos, que podem realizar-se como dano emergente e lucro cessante, de acordo com o caso concreto<sup>63</sup>.

Em contrapartida, o arrendante tem os seguintes direitos:

- escolher a melhor forma de pagamento do bem, na compra e venda realizada entre ele e o fornecedor;
- exigir garantias à execução do contrato de arrendamento mercantil;
- manter a propriedade, ainda que resolúvel, do bem contratado;
- receber periodicamente, e sem atrasos, a contraprestação pelo arrendamento;
- realizar visitas periódicas para a inspeção do bem, desde que previamente acordado com o arrendatário;
- ser informado imediatamente de qualquer usurpação ou ato danoso ocorrido ou em ameaça de ocorrer (esbulho e turbulação);
- posse e propriedade de peças, implementos e acessórios que forem incorporados ao equipamento.

A relação de compra e venda estabelece-se estritamente entre comprador e vendedor, mesmo que a destinação do bem já esteja determinada por outro contrato, o de arrendamento. Por isso, cabe às partes contratantes a escolha da melhor forma de pagamento e das garantias a serem implementadas. No entanto, essa liberdade contratual não é de todo plena, pois pode o arrendatário não concordar com determinados acordos, desde que estes ameacem, fundadamente, de alguma forma, o perfeito desenvolvimento do contrato de arrendamento, facultando-lhe desistir do contrato ou exigir a remoção da cláusula contratual. Como se vê, o arrendatário não pode influir diretamente no contrato de compra e venda, mas tem amplos poderes para exigir do arrendador certas mudanças para melhor adequar-se ao contrato vinculado.

Tal qual qualquer outro contrato mercantil, o *leasing* não dispensa as garantias

da execução da obrigação. “Em geral, tomam feições de arras confirmatórias destinadas a reforçar o adimplemento dos compromissos assumidos pela locatária perante a empresa de *leasing*”<sup>64</sup>. Essas garantias podem ser classificadas em principal e acessórias. A manutenção da propriedade do bem arrendado por todo o contrato é a principal garantia do *leasing*; vale reforçar que *a manutenção da propriedade pelo arrendador é mera garantia do cumprimento contratual*, é como se fosse um super direito real em garantia<sup>65</sup>. O arrendador não tem qualquer interesse em permanecer com o bem, a ele interessa apenas o recebimento das contraprestações, que trazem imbutidas o preço, os custos, as taxas e o lucro sobre a operação.

Já como garantias acessórias podem ser apontadas as pessoais e as fidejussórias. Em geral são cambiais, notas promissórias ou letras de câmbio e, tal qual na alienação fiduciária, devem corresponder às contraprestações a que se obriga a arrendatária. Outra espécie de garantia é uma caução em dinheiro ou o próprio adiantamento do pagamento do VRG, que, nessa hipótese, não consiste em uma antecipação da opção de compra, que descaracterizaria o *leasing*<sup>66</sup>, mas em mero depósito a título de garantia de que a obrigação será cumprida. Por algum tempo, realizaram-se contratos de arrendamento mercantil garantidos por duplicatas, mas, como o *leasing* não é uma compra e venda nem prestação de serviço, o título é inválido, inapto, portanto, a garantir qualquer coisa<sup>67</sup>.

O contrato de arrendamento mercantil é vantajoso para o arrendatário porque este tem acesso a determinados bens sem que tenha de imobilizar capital, possibilitando inclusive uma taxa de renovação maior. Já o arrendador, normalmente uma instituição financeira, tira vantagem das contraprestações recebidas no curso do contrato, que incluirão uma justa remuneração pelo capital aplicado. Exatamente por isso, dentro do período estabelecido contratualmente, que pode ser de até um ano no arrendamento

mercantil rural<sup>68</sup>, mas que normalmente é de um mês, o arrendador faz jus a receber a sua contraprestação, e seu inadimplemento coloca o arrendatário em mora, dando fim ao contrato. A arrendadora faz os seus cálculos e planejamentos contando com o crédito a receber das contraprestações, por isso não pode o arrendatário atrasar nos seus pagamentos, pelo menos não em casos de seguimento normal do contrato. Mister ressaltar que, não obstante o inadimplemento ser uma causa resolutive do contrato, ela não deve ser encarada de forma absoluta, a mora no pagamento deve ser de tal monta que inviabilize a continuação do contrato, ou seja, deve efetivamente ocorrer o inadimplemento.

Em havendo previsão expressa, pode o arrendador realizar inspeções periódicas no local em que se encontra o bem para averiguar o uso correto e, inclusive, realizar testes de manutenção. No entanto, essas visitas devem ser acordadas previamente, principalmente quanto ao horário de acesso para que não gere qualquer problema ao arrendatário, como a paralisação das atividades em horário comercial.

No caso de esbulho ou turbação da posse, e, em geral, fato novo, o arrendatário tem a obrigação de comunicar imediatamente ao arrendador o ocorrido, para que este possa defender sua garantia e resguardar seu investimento, ainda que o arrendatário possa fazê-lo pelas vias legais apropriadas. A defesa, efetiva ou não, da posse pelo arrendatário não exclui o direito do arrendador de ser comunicado do ocorrido.

O uso normal de um equipamento muitas vezes necessita de acessórios e implementos; quando o contrato de arrendamento mercantil se encerra e o arrendatário não exerce sua opção de compra, não pode ele retirar os acessórios e implementos que estavam incorporados ao bem principal. Para evitar quaisquer discussões, recomenda-se que essa cláusula venha prevista expressamente no contrato.

## 5.2. Do arrendatário

O arrendatário permanece com a posse do bem por toda a duração do contrato, por isso a ele cabem as seguintes obrigações:

- solver o débito e todos os seus acessórios (juros, comissões permitidas, taxas, correção monetária) pontualmente;
- utilizar o bem em consonância com o contratado;
- proteger e conservar o bem por todos os meios possíveis, inclusive com a realização de reparos decorrentes do uso normal ou desgaste de peças;
- não pode alterar ou modificar, de qualquer forma, o equipamento e os elementos que o compõem, substituindo, sem autorização do arrendador, peças e acessórios que não sejam por outras legítimas;
- informar imediatamente o proprietário em caso de esbulho ou turbação ou qualquer fato novo;
- pagar os impostos e encargos fiscais;
- não pode dispor da coisa a qualquer título, oneroso ou gratuito, pois que sua não é, sem autorização expressa do arrendador<sup>69</sup>;
- responsabilizar-se pelo Valor Residual Garantido (VRG) caso não exerça a opção de compra ou renove o contrato.

Uma das formas de resolução contratual do *leasing* é o inadimplemento das contraprestações por parte da arrendatária. Em tese, basta um único atraso para que o contrato esteja encerrado por inadimplemento, desde que reste comprovado que ele provocou a inviabilidade do processo; não basta a mora, é necessário comprovado inadimplemento. Além disso, é necessário que se constitua o devedor em mora, sendo essencial a notificação ou citação em ação de busca e apreensão ou execução do contrato, ou seja, o aviso judicial da mora; ademais, tendo-se em vista a natureza e os objetivos do contrato de arrendamento mercantil, a possibilidade de purgação da mora deve sempre ser concedida ao arrendatário, de modo a preservar os interesses legítimos das

partes e manter a comutatividade contratual, desde que não implique maior prejuízo ao arrendador<sup>70</sup>.

O arrendatário é titular do direito de uso e gozo do bem arrendado, mas não pode usufruir dele além da utilização normal da sua espécie, nem diversamente do contratado, pois o uso abusivo pode danificar o bem, reduzindo a sua eficácia enquanto garantia do contrato. Normalmente, no *leasing* há um planejamento prévio em que o futuro arrendatário apresenta ao futuro arrendante um plano de utilização do bem objeto e os lucros que ele lhe trará. Esse plano passa a fazer parte do contrato e deve ser obedecido por aquele que se obrigou.

Salvo quando o próprio contrato prevê que as revisões e trocas de peças serão feitas pelo arrendador, o que ocorre geralmente no *leasing* operacional, o arrendatário se obriga a realizá-las e arcar com os custos das trocas de peças necessárias à normal utilização do bem. Não se refere aqui às hipóteses de dano causado por força maior ou terceiro, mas aquelas despesas normais de manutenção e funcionamento características do equipamento. Nessas trocas, está o arrendatário obrigado a utilizar-se de peças e acessórios originais ou legítimos, sob o risco de arcar com qualquer dano que venha a ocorrer ou com qualquer variação da depreciação ocasionada pela utilização de componentes de baixa qualidade. Da mesma forma, está limitado à vontade do arrendador quanto a alterações e adaptações do bem, ainda que essenciais para o seu melhor funcionamento para a arrendatária, desde que tais alterações não tenham sido previamente acordadas. De um modo ou de outro, as alterações no bem arrendado não podem ser tais que o descaracterizem, sob o risco de se extinguir o contrato por perda de objeto.

Já quando houver qualquer ameaça ou efetivo dano ao bem arrendado, ou ocorra fato novo, deve o arrendatário não só defender o bem no melhor de suas possibilidades, inclusive por meios judiciais, como co-



municar de imediato o arrendador, para que, além da ciência do ocorrido, possa defender seus interesses se assim lhe aprouver.

Durante a duração do contrato, todos os impostos e encargos fiscais diretamente relacionados com a utilização e manutenção do bem arrendado correm por conta do arrendatário, pois é ele quem efetivamente o tem e tira proveito. Assim, no caso de um arrendamento de um veículo automotor, o pagamento do IPVA recairia sobre o arrendatário. Importante ressaltar que essa responsabilidade não se refere aos impostos e despesas característicos da arrendadora no correr do contrato de arrendamento mercantil, pois do contrário estaríamos a justificar a transferência da carga tributária, que não é o caso.

Ao arrendatário é vedado a cessão, sublocação ou transferência de seus direitos e obrigações sem prévia anuência do arrendador. Por isso, a Resolução nº 2.309 do Banco Central exige que venham expressas no contrato as responsabilidades do arrendatário que incorrer em qualquer dessas hipóteses sem a devida autorização. No entanto, não se deve confundir cessão, sublocação ou transferência com o subarrendamento, este é permitido legalmente e caracteriza-se pelo contrato de arrendamento mercantil com uma empresa de *leasing* no exterior vinculado a um outro contrato de *leasing*, o subarrendamento, com pessoas jurídicas no País.

Uma das mais importantes obrigações do arrendatário foi incluída pela Portaria nº 564 do Ministério da Fazenda, de 1978, confirmada pela referida Resolução, e não encontra respaldo na Lei nº 6.099, que é a figura do Valor Residual Garantido<sup>71</sup>. A Lei do Arrendamento Mercantil, em seu artigo 5º, “d”, exige que o instrumento do contrato traga em si “o preço para opção de compra ou critério para sua fixação, quando for estipulada esta cláusula”. É uma proteção ao arrendatário, que desde o início do contrato saberá de antemão o custo de aquisição do bem, ou pelo menos os critérios a serem uti-

lizados para determiná-lo. Ele corresponde à pequena parcela de depreciação<sup>72</sup> do bem que não foi incluída nas contraprestações contratuais, é o resto de valor econômico que o bem possa ainda ter. A soma das contraprestações não abarcará todo o valor do bem, deve chegar até um determinado percentual do valor do bem, consubstanciando-se o restante no valor residual ou preço de aquisição, de forma a completar, assim, a plenitude do custo do bem. Mas a Resolução nº 2.309, em seu artigo 7º, inciso VII, alínea “a”, manteve a “previsão de a arrendatária pagar valor residual garantido (...)”, o que não existe em qualquer lugar na Lei regulada. Ele corresponde a um valor mínimo que o arrendador deve receber, na venda do bem a terceiro, caso não seja exercida a opção de compra pelo arrendatário. Se esse valor não for alcançado, caberá ao arrendatário a sua complementação.

Em sendo uma extrapolação legal, é de se cogitar a ilegalidade de sua cobrança. Há quem vá mais longe e identifique uma verdadeira contradição com o espírito do *leasing*, como Arnaldo Rizzardo<sup>73</sup>, pois “[...] de acordo com o sentido de VRG, o arrendador terá assegurado sempre um valor residual, ao final. Mesmo que não exercida a opção de compra, esse valor residual deverá ingressar na sua receita. Vendendo o bem a terceiro, se não atingir o VRG, ao arrendatário caberá a complementação [...]”.

Não encontramos maiores problemas na cobrança do VRG, uma vez que vemos nele mera parcela da depreciação que não foi incluída nas contraprestações acrescido, às vezes, do relativo valor do bem depreciado ao final do contrato, exatamente por isso o *quantum* do VRG e o do valor de opção ou residual serão bastante próximos; apenas este poderá ser menor por não trazer imbuído os gastos com uma possível demora e custos da alienação para terceiro. O referido autor apenas não concebeu o VRG como parcela de depreciação não-inclusa nas prestações; para ele, o preço está completamente imbuído nelas, mas, se assim o fosse, que

natureza teria o valor residual? Por que pagar mais a alguém por algo que já se pagou efetivamente? Se fosse desse modo, o arrendamento mercantil se aproximaria ainda mais da venda com reserva de domínio, com a transferência da propriedade no momento do adimplemento da última parcela, quando, na realidade, o valor residual deve ser pago tão-somente ao fim do contrato e optativamente, como condição de aquisição do bem. O arrendante só terá o total valor do bem de volta com o recebimento do valor residual, por isso, quanto mais altas as prestações, menor o valor residual, a relação é de proporcionalidade inversa.

Mesmo no caso de opção de aquisição, o que se estará pagando ao arrendador é a parcela de depreciação do bem que não foi incluída nas contraprestações, o chamado valor de opção. Essa exclusão das contraprestações tem por objetivo suavizar as mensalidades, tornando economicamente viável o negócio, visto que elas já são visivelmente superiores às praticadas na locação. A postergação do pagamento integral do valor do bem se dá de forma a permitir que o arrendatário, já tendo tido retorno financeiro da utilização econômica do bem no curso do contrato, possa então finalmente terminar de pagar pelo bem.

Na complementação do VRG pelo arrendatário, nada mais há do que uma transferência consensual do risco; o arrendatário concordou em cobrir totalmente o investimento do arrendador marcado pelo preço avençado do bem, além de outros custos. Apenas convencionam que uma pequena parcela será destacada das prestações de forma a permitir que ela seja arcada pelo próprio arrendatário no caso da opção de compra, ou por terceiro na extinção do contrato. O arrendatário, nesse caso, é mero garante do valor. A arrendadora não arca com os riscos da venda, a ela só interessa receber de volta o seu investimento, seu interesse no objeto é puramente como garantia. A arrendatária é que pode ter algum tipo de interesse na sua propriedade.

Quando a taxa de depreciação do bem é muito baixa, tendo o bem arrendado ainda relevante valor econômico ao final do *leasing*, é comum que se renove o contrato de arrendamento, pois o valor residual seria alto (parcela de depreciação não incluída + valor relativo do bem depreciado). É sobre esse valor que será calculado o novo arrendamento, levando-se em consideração tudo o que já foi pago.

Por fim, para que o arrendatário se ponha em pé de igualdade ou pelo menos em uma posição mais favorável com relação ao arrendador, certas prerrogativas lhe são garantidas:

- escolher o bem a ser arrendado e todas as suas especificidades;
- ser informado do valor pago ao fornecedor e a forma de pagamento;
- ser informado do valor das taxas e remunerações implícitas nas contraprestações;
- saber de antemão o *quantum* do valor residual ou sua fórmula de cálculo<sup>74</sup>;
- ter seu *ius fruendi* garantido pelo arrendatário;
- Aceitar ou não a substituição do bem arrendado no curso do contrato<sup>75</sup>;
- optar pela renovação do contrato, a devolução do bem ou sua aquisição<sup>76</sup>.

O arrendamento mercantil traz embutido em si um financiamento de um bem que o arrendatário quer ter acesso sem imobilizar capital, ou que não dispõe de capital para adquirir. Exatamente por isso, a ele cabe o direito de escolher o bem que melhor lhe serve, podendo determinar-lhe todas as características, inclusive o fornecedor. Todo e qualquer detalhe referente ao bem pode e deve ser determinado pelo arrendatário, pois só a ele interessam; mesmo porque a propriedade do arrendador é a título de garantia e, com o adimplemento da obrigação, há a possibilidade de aquisição pelo arrendatário.

Apesar de poder determinar todas as características do bem, não lhe cabe a prerrogativa de determinar a forma de pagamen-

to, pois não será ele a diretamente realizá-lo, essa negociação cabe ao arrendador que terá de despender o capital de imediato, financiar a aquisição. No entanto, todos os detalhes desse acordo devem ser repassados ao arrendatário, pois o preço acordado será elemento essencial de cálculo para as prestações que ele terá de pagar; além disso, certos tipos de acerto podem prejudicar o arrendamento, facultando ao arrendatário impugná-las ou exigir que o arrendador não as assuma. De qualquer forma, o arrendatário deve ser sempre informado de tudo que envolva a negociação.

O arrendatário também deve ser informado do valor de todas as taxas, custos e juros, bem como sua forma de cálculo, inclusos na contraprestação, discriminadamente, para que tenha a real noção de quanto está pagando à arrendadora e para que possa negociar esses preços.

Ao final do contrato, cabe ao arrendatário exercer ou não a opção de compra; para tanto, ele deve pagar o chamado valor residual. Este representa um percentual da depreciação do bem arrendado que não foi diluído nas contraprestações, acrescido do relativo valor econômico do bem (nos casos de bens com baixas taxas de depreciação, e.g. automóveis). Como é uma despesa que o arrendatário terá de arcar, ele deve ser informado de antemão do seu valor ou sua fórmula de cálculo, não só para poder planejar-se caso o valor seja considerável, como para poder proteger-se de cobranças indevidas que não correspondam ao valor residual propriamente dito. Na hipótese de o contrato estar sendo encerrado antecipadamente, deve-se excluir das prestações e do valor de opção os juros, pois estes não são devidos quando do pagamento antecipado. Se impossível a determinação do *quantum* a ser pago, pelo menos a fórmula de seu cálculo deve ser informada no instrumento do contrato. O valor da opção de compra deve ser sempre determinado ou determinável.

## 6. Da propriedade em garantia do arrendador

O arrendador normalmente é uma instituição financeira, o que ressalta o caráter financeiro do contrato de *leasing*. A ele interessa o retorno do capital empregado na aquisição do bem, que não lhe tem qualquer utilidade senão como garantia de adimplemento da obrigação principal por parte da arrendatária, qual seja, o pagamento de todas as contraprestações. Exatamente por isso a sua propriedade é extremamente limitada, não passando de um mero direito real em garantia. Relembremos alguns conceitos envolvendo propriedade e raciocínios.

### 6.1. Da Propriedade

A propriedade é o direito real por excelência, direito subjetivo padrão ou direito fundamental<sup>77</sup>. Há, de forma geral, três formas de conceituá-la<sup>78</sup>:

a) tentando reduzi-la aos seus elementos essenciais positivos (direito de usar, gozar, reivindicar, alienar, etc): todos esses direitos os encontramos em várias combinações. A tendência é que se reduza o conteúdo da propriedade a esses elementos essenciais, procurando a sua definição na sua enumeração – uns definindo unicamente a plena propriedade, enquanto outros procurando restringir esses elementos aos que, sem eles, a propriedade não pode ser considerada como tal, reduzem, assim, a definição de propriedade ao mínimo;

b) um segundo grupo pretende destacar o elemento genérico da vontade do proprietário relativamente à coisa. O elemento ativo, o conteúdo do poder do proprietário consistiria nessa possibilidade de manifestar livremente a sua vontade acerca da coisa – de tal modo se tem quase a definição da propriedade no momento dinâmico da exteriorização da vontade do proprietário;

c) um terceiro grupo põe em evidência o momento estático dessa relação jurídica da propriedade, isto é, o elemento da pertinência da coisa ao proprietário, sem qualquer

preocupação com a possível manifestação da vontade do homem sobre a coisa.

O critério de propriedade no direito positivo está no nosso Código Civil, o qual, em seu artigo 524, limitou-se a traçar o seu conteúdo: “a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”, e a Constituição, a sua garantia, artigo 5º, inciso XXII, desde que ela obedeça a sua função social (inciso XXIII). Com o conteúdo legal e proteção (e restrição) constitucional, nos passos do primeiro grupo retratado por Scialoja, podemos tomar como conceito de propriedade o seguinte: a propriedade é o direito de usar, gozar e dispor da coisa, nos limites do seu fim social, e reivindicá-la de quem injustamente a detenha.

O uso (*ius utendi*), o gozo (*ius fruendi*) e a disposição da coisa (*ius abutendi*) são os elementos que compõem a propriedade, são atributos ou faculdades que lhe são inerentes. Quando estão reunidos em uma única pessoa, tem-se a chamada propriedade plena (*plena in re*), mas, se houver um desmembramento e uma dessas faculdades a outrem for passada ou do proprietário for tirada (e.g. cláusula de inalienabilidade), então teremos a propriedade limitada. Essa restrição pode ser voluntária ou legal, sendo que hoje poder-se-ia falar também na restrição social da propriedade.

O direito de usar é a faculdade de colocar a coisa a serviço do titular, sem modificação da sua substância<sup>79</sup>, seja em benefício próprio ou de terceiro. O direito de gozar é a faculdade de beneficiar-se dos frutos, sejam os que da coisa naturalmente advêm ou os civis. Já o direito de dispor é a faculdade de gravar de ônus, colocar a disposição de terceiro, alienar ou abandonar a coisa; e o direito de reavindicar a coisa (*rei vindicatio*) consiste no poder que o proprietário tem de buscar a coisa nas mãos alheias, retomá-la. Esses elementos são essenciais à propriedade, mas podem ser destacados em favor de terceiros, desde que o direito à substân-

cia da coisa, em torno da qual se congregam as faculdades elementares, não seja afetado<sup>80</sup>.

Como veremos adiante, a propriedade do arrendador é tão restringida que é questionável se sua substância não foi realmente atingida no contrato de arrendamento mercantil.

### 6.2. Dos limites à propriedade

A propriedade, hoje, não tem mais o caráter absoluto que tinha no passado. É um direito real de conteúdo virtualmente limitado, e a sua plenitude não é incompatível com tais limitações. No Brasil, o artigo 147 da Constituição de 1946 garantia a propriedade, “salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social(...)”; a de 1967, no artigo 157, seguia a mesma tendência; e o atual artigo 5º, inciso XXIII, subordina-a finalisticamente à sua função social<sup>81</sup>. Da mesma forma, existem inúmeras restrições legais à propriedade, como o direito de vizinhança, as servidões, o direito sanitário, etc.

Além desses limites, por assim dizer, de ordem pública, como já mencionamos, uma das faculdades da propriedade é de disposição de seus elementos. Por isso, é possível que, por razões particulares, o proprietário resolva reduzir seu direito de propriedade, impingindo-lhe certos ônus reais (*res* – sobre a coisa). Esses ônus caracterizam-se como direitos reais, que podem ser sobre coisa alheia, em garantia e de aquisição<sup>82</sup>, sendo esses dois últimos exatamente os que nos interessam para o presente raciocínio.

### 6.3. Direito real em garantia

O conceito dos direitos reais de garantia sofreu oscilações históricas, apresentando-se, na origem, como todo direito sobre uma coisa estabelecido para garantia de um crédito<sup>83</sup>. É a sujeição de uma coisa, em vínculo real, à garantia de cumprimento de uma obrigação. A garantia real opõe-se à garantia pessoal ou fidejussória, que implica a submissão de uma segunda pessoa à dívida.

Os direitos reais – seja o mais amplo deles, a propriedade, seja qualquer dos direitos reais de gozo, como, por exemplo, o usufruto – podem servir, desde a criação no direito moderno dos negócios fiduciários do tipo romano ou do tipo germânico, de garantia a um crédito, enquadrando-se na categoria que Pontes de Miranda<sup>84</sup>, inspirando-se em autores alemães, denominou direitos reais em garantia, para distingui-la dos tradicionais direitos reais de garantia, que são o penhor, a anticrese e a hipoteca, isto é, direitos reais limitados ou direitos reais sobre coisa alheia<sup>85</sup>. Mais adiante, tentaremos demonstrar como o contrato de arrendamento mercantil introduziu no ordenamento brasileiro a noção de propriedade em garantia.

Em princípio, a garantia real somente se compreendia com a transmissão do domínio da coisa, surgindo o conceito técnico de direito real em garantia apenas quando passou-se a admitir o ônus sem a transmissão de propriedade<sup>86</sup>. A primeira manifestação foi a *fiducia*, na qual o devedor transmitia ao credor uma coisa em plena propriedade, convencendo-se simultaneamente que o credor dela não podia dispor, devendo restituí-la com o adimplemento da obrigação principal. Para evitar seus inconvenientes, foi instituído o *pignus*, que consistia na entrega da coisa ao credor como depositário, mero possuidor, e não proprietário. Mas ele privava o proprietário do uso da coisa, por isso, foi desenvolvida a *hypotheca*, que era a possibilidade de o proprietário se servir da coisa enquanto ela servia de garantia ao credor, sem necessidade de transmissão da posse ou domínio. Por último, surgiu a possibilidade de a coisa servir como garantia mas sem que se cogitasse da sua venda no caso de inadimplemento, a obrigação seria garantida pelos frutos que a coisa gerasse.

Os ordenamentos modernos passaram a admitir três tipos de garantia real: a) a coisa dada em garantia sai da posse imediata do dono para as mãos do credor ou terceiro, podendo ser levada a venda caso a obriga-

ção não seja cumprida devidamente; é o penhor; b) a garantia se constitui na coisa sem que o proprietário perca a posse imediata ou a propriedade, podendo, entretanto, o credor promover sua venda em caso de inadimplemento da obrigação; é a hipoteca; c) o credor pode adquirir o direito de receber os proveitos, no todo ou em parte, da coisa dada em garantia que lhe será entregue ou a terceiro, até que lhe baste para a satisfação do crédito; é a anticrese<sup>87</sup>.

No entanto, com as mudanças do mundo moderno, esses tipos de garantia real não satisfaziam mais as necessidades econômicas da sociedade. Era necessário garantir de forma mais eficaz o crédito. Para isso, foi criada a alienação fiduciária em garantia, que não passa do resgate do antigo instituto da *fiducia*, só que, dessa vez, há a transmissão da propriedade em garantia e da posse mediata, mas não da posse imediata, esta, bem como o direito de usar a coisa, fica com o alienante-devedor. Com o adimplemento da obrigação, a posse imediata do devedor consolida-se em propriedade plena de novo, sem que haja necessidade de qualquer novo ato de ambas as partes.

Por algum tempo, essas garantias nos serviram adequadamente, mas os comerciantes começaram a enfrentar certas situações em que nenhuma dessas formas de garantia se enquadravam bem ou que, apesar de ser possível utilizá-las, acarretariam gastos demasiados. Surgiu, então, o arrendamento mercantil, em que o credor adquire uma coisa em nome próprio, mas com a única finalidade de transferi-la para o arrendatário, que, ao final do contrato, poderá ter sua posse imediata consolidada em propriedade. A sua principal distinção da venda com reserva de domínio é o caráter de financiamento do *leasing*, que inclui, em suas prestações, não só o preço do bem (posto que não é venda), mas também taxas de administração, juros e lucro. Da locação é ainda mais visível a sua distinção, uma vez que quem loca não transfere ao locatário o pleno uso econômico do bem, nem lhe promete a venda.

Além disso, no arrendamento mercantil, as grandes vantagens são fiscais e contábeis; esse é o verdadeiro passo evolutivo desse instituto. Ele coloca em segundo plano o direito sobre a coisa, ainda assim, consiste em melhor garantia de crédito do que os demais institutos. É mais vantajoso para ambos os contratantes e ao mesmo tempo garante o crédito com a propriedade. Enquanto os institutos anteriores limitavam ou retiravam a propriedade do devedor, o mecanismo do *leasing* é impedir que o bem adentre o seu patrimônio até que se cumpra a obrigação principal. Exatamente pelo fato de a propriedade ser limitada pela sua finalidade pignoratícia, devemos encará-la com certos cuidados. A propriedade limitada pela sua finalidade de garantia deve cumprir sua função social como tal.

#### 6.4. Propriedade em garantia

Dissemos anteriormente que a propriedade é composta pelos elementos essenciais: uso, gozo, disposição e poder de reivindicar. Afirmamos também, em consonância com Lafayette<sup>88</sup>, que o proprietário poderia ter uma ou algumas dessas faculdades limitadas, desde que não se alcançasse a substância da propriedade. Analisemos então a propriedade quando ela é dada em garantia e, no caso do arrendamento mercantil, quando ela é adquirida em garantia.

Temos de plano um problema conceitual, quem aliena não grava, posto que aquele que grava em garantia começa a expor o bem à alienação, se a garantia consiste em subordinar ao seu fim o valor do bem. Para a extração do valor, tem-se de alienar<sup>89</sup>. Da mesma forma, quem adquire propriedade adquire para si, sendo inovadora, para não dizer estranha, a noção de que alguém possa tornar-se proprietário de um bem apenas para garantir-se, como ocorre na alienação fiduciária, e ainda mais inovadora a aquisição de propriedade no *leasing*, pois que, além de garantia, é forma de financiar outrem. A despeito desse dilema, aliena-se para garantir e adquire-se propriedade para financiar.

No direito inglês, a *equity* é invocada pelos juízes e juristas no *mortgage of personal property*, que é venda a título de garantia, não propriamente penhor (*gage*); no direito alemão, os juristas e juízes admitem que a *Sicherungsübereignung, Sicherungsübertragung*, constituir-se-ia ao lado da lei.

O direito inglês utiliza três expedientes para justificar a propriedade em garantia: a condição resolutiva, o pacto de retrovenda e a condição suspensiva. Nas duas primeiras hipóteses, o bem efetivamente entra no patrimônio do adquirente; na terceira, o bem entra no patrimônio do credor no inadimplemento. Jurisprudencialmente, introduziu-se a remição, a *equity of redemption*, a favor do alienante, e a pretensão de cobrar a diferença entre o valor do bem e a dívida, e terminou-se por ver na situação jurídica do adquirente apenas a de quem tem em seu patrimônio bem em garantia. É o que chamo de propriedade em garantia, trata-se de um direito real – a propriedade – restrito ontologicamente e teleologicamente à sua finalidade pignoratícia; é um verdadeiro direito real em garantia<sup>90</sup>!

Para fundamentar essa pretensão, o direito anglo-saxão trabalha com conceitos estranhos ao sistema jurídico brasileiro, a *equitable mortgage*, que teria o credor, titular de direito sobre a *legal property*. Um teria a *legal ownership*; outro, a *equitable ownership*. Mas o negócio jurídico só funcionaria assim se fosse registrado. Temos plena consciência de que nosso sistema jurídico repudia a propriedade sobre a mesma coisa por dois sujeitos, ainda que no sentido expresso pelos ingleses. Mas a idéia por detrás dela não nos é de todo estranha. Na realidade, vislumbra-se nessa construção alienígena uma correta aplicação dos princípios da isonomia e da proibição do enriquecimento ilícito. É por isso que os sistemas da *civil law* vêm a mais de dois mil anos lutando pela proibição da existência do pacto comissório<sup>91</sup>, que seria a possibilidade de o proprietário, a título de garantia, poder ficar com o bem como adimplemento da obrigação.

Na Itália, também há quem distinga<sup>92</sup>, na propriedade que se transmite ao credor por força do negócio fiduciário, a *proprietà formale*, que pertenceria ao fiduciário, e a *proprietà materiale*, que seria do fiduciante, seguindo o molde dos ingleses.

No direito germânico, houve quem enxergasse na propriedade a título de garantia um direito real em garantia (*Reichsgericht* – 1910), chegou-se até a falar em penhor oculto. Surgiram até mesmo proposições do tipo “o direito cedido não sai do patrimônio do cedente e não entra no patrimônio do cedido”, o que, para doutrinadores como Pontes de Miranda, são efetivamente chocantes<sup>93</sup>. Por outro lado, os conceitos de propriedade formal jurídica e propriedade material econômica ressoariam como confissão de fracasso na construção jurídica, sem as escusas do empirismo inglês.

Para ele, a transmissão da propriedade em garantia contém a transmissão da propriedade mais o acordo de não poder o adquirente dispor da propriedade do bem e ter de restituí-lo ao se solver ou se extinguir por outro modo a dívida. A *actio fiduciae* protegia o transmitente. No sistema brasileiro, se houvesse cláusula de segurança, na pior das hipóteses, teríamos a propriedade resolúvel. O proprietário o seria *pleno iure*, podendo transferir o que tem, seria proprietário como qualquer outro. E segue dizendo:

“Êsse ponto é o que mais importa para se fixar o conceito de transmissão em segurança. O que é matéria do direito das coisa fica; o que já passou no direito das obrigações, sem penetrar no direito das coisas, fica no direito das obrigações. Compreende-se que antes da disciplina jurídica dos direitos reais de garantia se haja lançado mão dêsse expediente, que exerceu função de segurança; e também que dêle se valessem os antigos e se valham hoje os interessados quando as circunstâncias lhes apontam inconvenientes, *in casu*, das constituições de direitos reais de garantia. [...] A obri-

gação de restituir, logo após ser solvida integralmente a dívida, existe e é pessoal”<sup>94</sup>.

O referido doutrinador, em uma tentativa de sistematizar juridicamente de forma correta a prática de transmissão da propriedade em segurança, divide o fenômeno em duas partes, a real e a pessoal. Ele mesmo chega a afirmar que quem aliena faz mais do que precisa, bastando-lhe gravar, mas, no caso concreto, nem sempre é possível ou interessante às partes que o façam, sendo necessária ou exigida a transmissão. Nessa hipótese, de transmissão em segurança da propriedade, afirmar que o credor-proprietário não tem limitações reais, mas obrigações pessoais, como a de retransmitir a propriedade, é o mesmo que afirmar que, em caso de não cumprir o acordo, o devedor-alienante não poderia adjudicar o bem, nem reavê-lo de outra forma. Deu porque quis, os prejuízos que se resolvam nas perdas e danos; “o comerciante fica com os móveis do escritório, (...), e ao solver a dívida tem pretensão contra o credor, que o deixou de ser, para haver a propriedade dos bens. Mas pretensão pessoal”<sup>95</sup>.

Com a devida vênia, razão não o assiste, uma vez que seria excesso de formalismo e liberalismo querer tornar a propriedade um direito absoluto resolvendo os problemas decorrentes em simples indenização pecuniária. Tanto assim o é que a lei, em inúmeras oportunidades, veda a cláusula comissória, e, apesar de haver doutrinadores que defendam a inadequação da vedação<sup>96</sup>, ela demonstra o reconhecimento pelo sistema jurídico brasileiro de que, na transmissão da propriedade em segurança (alienação fiduciária), a propriedade restringe-se à parcela ideal correspondente ao valor do crédito, e não à coisa em si. Seria como se fosse um condomínio entre alienante-devedor e proprietário-credor, em que a parcela ideal deste se reduziria à medida que o débito fosse sendo quitado, na proporção do valor restante, até se extinguir.

Até agora tratamos da transmissão da propriedade em segurança, mas tentemos olhar a propriedade do arrendador no contrato de arrendamento mercantil com as noções que acabamos de discutir. Haveria qualquer diferença se o arrendatário comprasse o bem com capital emprestado pelo arrendador e depois lhe desse o bem em garantia? Em termos práticos, salvo o trabalho e o número de impostos em cada transação, não! Pois é exatamente isso que esse novo contrato faz, ele abrevia passos em nome da eficiência. Quem escolhe o bem é o arrendatário, quem usa o bem é o arrendatário, quem *realmente* recebe o bem do fornecedor é o arrendatário, quem paga os impostos sobre o bem é o arrendatário e quem exaure a importância econômica da coisa é o arrendatário!

Olhando desse modo, fica difícil não enxergar, nos termos de Lafayette, verdadeiro atentado à substância da dita propriedade do arrendador. Ele não a possui em momento algum, seja o bem móvel ou imóvel; neste último, a coisa ainda é registrada em seu nome, prova de aquisição (artigo 530, Inciso I, do CC), mas no primeiro, apenas mediante uma ficção jurídica, ou seja, uma invenção – a *traditio ficta* –, é que ele será proprietário, vez que o artigo 620 do Código Civil brasileiro exige a tradição para que ocorra a aquisição. Ele não pode usar o bem, não pode gozar do bem, nem dispor do bem e, mesmo que seja inadimplida a obrigação, terá de vendê-lo, pois que é vedada, em nosso ordenamento, a cláusula comissória.

É por isso que tanto na alienação fiduciária, quanto no arrendamento mercantil o detentor da propriedade o é a título de garantia. Não chegamos a afirmar, como os ingleses, que existem dois direitos de propriedade (*legal e equitable ownership*), nem chegaremos ao ponto de sustentar a existência de um condomínio entre devedor e credor nas porções inversas do crédito, mas sim um direito real de propriedade limitado pelo fim de garantia<sup>97</sup>. É um direito real em garantia, uma propriedade ontologicamen-

te e teleologicamente limitada. Em ambos os casos, o proprietário é credor, credor com garantia real sim, mas mero credor, e em momento algum ele sai dessa condição. Em ambas as hipóteses, temos a propriedade em garantia como uma propriedade resolúvel, nos moldes dos negócios jurídicos germânicos, portanto, passíveis de seqüela. No *leasing*, o arrendador adquire o bem como forma de financiamento do arrendatário, este é que não tem ou não pode imobilizar o capital necessário para a aquisição, recorrendo, então, àquele (normalmente instituição financeira) para que adquira o bem e o arrende. A propriedade do arrendador serve única e exclusivamente como garantia de que o arrendatário quitará o seu débito.

Caso contrário, teríamos de concordar plenamente com Pontes de Miranda e Caio Mário, para então sermos contrários à vedação da cláusula comissória, pois a lei estaria realmente tentando vedar que o proprietário se tornasse aquilo que já seria, proprietário. E a porção não correspondente entre débito e valor do bem deveria ser restituída, mas por pretensão pessoal, não real. Não é o que acontece.

O arrendador adquire o bem em nome próprio, mas para uso e gozo do arrendatário. Alguns poderiam alegar que as contraprestações seriam frutos civis e que o arrendador, como proprietário, estaria delas gozando em sentido genérico. Mas, como a própria Resolução nº 2.309 afirma, é condição para a caracterização do *leasing* financeiro que “as contraprestações e demais pagamentos previstos no contrato, devidos pela arrendatária, sejam normalmente suficientes para a arrendadora recuperar o custo do bem arrendado durante o prazo contratual da operação e, adicionalmente, obtenha um retorno sobre os recursos investidos”. Como se vê, entre as contraprestações e o bem, não há qualquer relação direta, apenas o capital despendido para a aquisição deste é que é um dos elementos do cálculo daquelas, e, uma vez firmado o contrato, a variação do preço no mercado pouco impor-



ta para a determinação das prestações, a taxa de depreciação será fixada pela Secretaria da Receita Federal. A relação entre bem e prestação não é exatamente a de coisa e fruto, a relação entre o custo de aquisição (capital) e as prestações se aproxima mais dessa idéia.

Quanto à possibilidade de disposição, sendo o contrato registrado, não pode o arrendador dispor do bem. Pelo menos tem essa prerrogativa muito reduzida, pois o adquirente se vinculará ao contrato de arrendamento mercantil e ao seu desfecho: encerramento e liquidação da dívida (VRG), aquisição (valor de opção) ou renovação. A propriedade do arrendador se aproxima da propriedade do credor no negócio fiduciário germânico, o terceiro adquirente, em sendo o contrato registrado, terá sua propriedade submissa à condição resolutiva. Caso assim não o fosse, ela se aproximaria do absolutismo do tipo romano, no qual

“[...] a *propriedade fiduciária* é plena, tanto que o credor pode aliená-la a terceiro, sem que o devedor, ao pagar a dívida, tenha outro direito contra ele que não o de exigir perdas e danos por não poder o credor retransferir-lhe a coisa como se obrigou pelo *pactum fiduciae*; e contra terceiro nenhum direito assiste ao devedor. Em caso de negócio fiduciário do tipo germânico, a *propriedade fiduciária* que dele resulta nada mais é do que uma propriedade limitada, porque subordinada a condição resolutiva (o pagamento do débito pelo devedor), motivo por que, se o credor, antes de ocorrida a condição, a transferir para terceiro, este a adquirirá também como propriedade resolúvel, perdendo-a para o devedor, se a dívida for solvida”<sup>98</sup>.

As garantias antigas separavam do patrimônio do devedor o bem gravado, ou mesmo o retiravam de sua propriedade; no contrato de arrendamento mercantil, evita-se que ele entre no patrimônio do devedor, pelo

menos até que as obrigações estejam adimplidas. Há uma verdadeira cláusula suspensiva para a aquisição do bem ou, observando-se o outro pólo da relação, uma condição resolutiva da propriedade.

### 7. Direito de real aquisição do arrendatário

Apesar de ser um elemento típico, mas não essencial, do contrato de arrendamento mercantil, a opção de compra do arrendador é um elemento indetificador do pacto. Nessa opção de aquisição, está embutida uma promessa de compra e venda do bem objeto do arrendamento, exurgindo uma série de perplexidades. A principal delas é a possibilidade ou não de suprimento, por sentença judicial, de uma declaração de vontade não emitida pelo arrendador, no caso de exercício da opção.

O arrendador, quando da assinatura do contrato, já externa sua vontade, para o arrendamento e para a aquisição, ou realiza mera promessa de venda? Essa questão merece um estudo mais aprofundado, mas, apenas para provocar a discussão, trabalhemos com um hipótese em que fique clara a necessidade de nova externalização de vontade por parte do arrendador. O arrendamento de bem imóvel. Como se sabe, o Brasil segue o sistema romano-germânico, no qual adota-se a duplicidade formal para a aquisição (contrato translático e tradição ou transcrição), logo, mesmo que o arrendatário exerça sua faculdade, é necessário que o arrendador externe nova declaração de vontade. Poderia essa declaração de vontade ser suplantada por sentença judicial?

Frederico Marques<sup>99</sup> já defendia a muito que, se a declaração de vontade se apresenta como infungível, o seu efeito na esfera das relações intersubjetivas que o direito regula pode, no entanto, ser isolado, pelo que tal infungibilidade é apenas de ordem jurídica, e não a de ordem natural como sucede com as obras e serviços que se exigem *ratione personae*, tais como o quadro de um pin-

tor, o concerto de um músico, a estatueta de um escultor, etc. Os órgãos do Judiciário, em certas ocasiões, podem suprir a vontade do obrigado inadimplente, quando existe obrigação anterior de emitir essa declaração e o obrigado se recusa a cumpri-la.

A legislação evoluiu nesse sentido, de forma tal que não há mais que se discutir essa possibilidade. O Decreto-Lei nº 58 de 1937 prevê a adjudicação compulsória, por sentença, ao promitente comprador, do imóvel loteado prometido à venda, em caso de recusa da escritura pelo vendedor. Foi seguido pelo artigo 346 do CPC de 1939, que regulou o procedimento para a referida ação, e pelo artigo 1.006. A Lei nº 649, de 1949, alterou a redação do artigo 22 do Decreto-Lei, estendendo seus efeitos aos compromissos de compra e venda, sem cláusula de arrependimento, de imóveis não loteados. O novo CPC também tratou do assunto no artigo 632 e seguintes, das obrigações de fazer. A Lei nº 6.014 de 1973 adaptou ao novo regime o artigo 22 do DL 58, e a Lei nº 6.766 de 1979 estendeu a proteção aos pré-contratos, propostas de compra, reserva de lotes e instrumentos similares, mediante aplicação dos artigos 639 e 64º do CPC.

Hoje, podemos afirmar sem maiores constrangimentos que é possível vislumbrar um direito real no contrato de arrendamento mercantil, e, tal qual o da promessa de compra e venda, faz parte de uma nova categoria de direitos reais, os chamados direitos reais de aquisição. É unânime nos autores que trabalham o *leasing* reconhecer nele imbuída a promessa de compra e venda, é a chamada opção de compra ao final do contrato. Antes ela representava um direito expectativo, mera promessa, e muito se discutiu se em caso de arrependimento era devido perdas e danos ou não<sup>100</sup>, mas essa concepção liberal não mais encontra respaldo em nosso sistema jurídico, principalmente com a nova ordem constitucional e a consagração da função social da propriedade.

Independentemente dos requisitos legais específicos e sua restrita aplicação, acredi-

tamos que, uma vez registrado o contrato de *leasing*, goza o arrendatário de direito real sobre a coisa arrendada (Lei nº 6.766, artigo 25), e, negando-se o arrendador a cumprir sua promessa, cabe ao arrendatário o direito à adjudicação compulsória. Mister explicitarmos que real é o direito do arrendatário sobre o imóvel quando do registro do contrato, mas, como bem explica Darcy Bessone<sup>101</sup>, o “*direito à adjudicação compulsória*, simples forma coativa e específica de execução de uma *obrigação de fazer*, inclui-se na categoria dos *direitos pessoais*”, condicionado ao pagamento do preço avençado e independente da averbação ou registro do contrato.

### Notas

<sup>1</sup> Relevante aqui ressaltar o posicionamento de José Delgado, quando diz que o surgimento do *leasing* “(...) foi uma resposta ao desafio imposto por um dilema econômico, vinculado à necessidade do aumento de produtividade. (...) O sistema creditício tornou-se insuficiente para conter as aspirações de seu mundo consumidor. A compra à vista e a compra financiada não eram opções satisfatórias. O lucro exigido para as transações não era compatível com o capital imobilizado. O *leasing* é uma alternativa, pois, provocando apenas substituição na demanda de capital, permite aumentar os lucros”. DELGADO, José Augusto. *A Caracterização do Leasing e seus Efeitos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 269, p. 79-80.

<sup>2</sup> BEY, El Moktar. *Leasing et crédit-bail mobiliers*. Paris: Dalloz, 1970. p. 3. In: MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 14. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 450.

<sup>3</sup> SILVA, Elvino Filho. O *Leasing* Imobiliário no registro de Imóveis. XI Encontro de Oficiais de registro de Imóveis do Brasil. In: *Revista de Direito Imobiliário*, jan./jun., 1985, n. 15, p. 14. *Apud: Leasing – Doutrina e Jurisprudência*, DELGADO, José Augusto. Curitiba: Juruá, 1997. p. 34.

<sup>4</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Contrato de Leasing*. *Revista dos Tribunais*, Março, v. 389, 1968, p. 13.

<sup>5</sup> O vocábulo *leasing* vem do inglês, significando emprestar, sendo possível a tradução como arrendar.

<sup>6</sup> Nesse sentido MARTINS, op. cit., p. 450. RIZZARDO, Rizzardo. *Leasing – Arrendamento Mercantil no Direito Brasileiro*. 3. Ed. rev. atual. e amp. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1997. p. 25.

<sup>7</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 11. Ed. aum. e atual. v. 3. São Paulo, Saraiva, 1996. p. 521.

<sup>8</sup> WALD, Arnaldo. *Histórico e desenvolvimento do leasing*. Rio de Janeiro, Revista Forense, v. 250, a. 71, abr./jun., 1975, p. 14 e ss.

<sup>9</sup> WALD, Arnaldo. A introdução do *leasing* no Brasil. *Revista dos Tribunais*, v. 415, a. 59, Maio, 1970, p. 13.

<sup>10</sup> WALD, Arnaldo. O regulamento do *leasing* pelo Banco Central. Rio de Janeiro, Forense. In: *Revista Forense*, v. 250, a. 71, abr./jun., 1975, p. 44-45.

<sup>11</sup> BRASIL. Lei nº 6.099, 13 de setembro de 1974. Art. 7º “Todas as operações de arrendamento mercantil subordinam-se ao controle e fiscalização do Banco Central, segundo normas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, a elas se aplicando, no que couber, as disposições da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e legislação posterior relativa ao Sistema Financeiro Nacional.”

<sup>12</sup> Aqui vale uma nota, em tendo sido o contrato de arrendamento mercantil tipificado pelo artigo 1º da Lei nº 6.099, não há mais que se falar em *leasing* como contrato atípico. Nesse sentido: PEREIRA, Carlos Mário da Silva. Instituições de direito civil. 10. ed. 4. Tiragem. v. 3. Rio de Janeiro, Forense, 1997. p. 147.

<sup>13</sup> LEÃO, José Francisco Lopes de Miranda. *Leasing*: natureza jurídica e aspectos gerais. In: *Seminário sobre Arrendamento Mercantil*. Atibaia, São Paulo, Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Alçada e ABEL – Associação Brasileira de Empresas de *Leasing*. 14/8/98.

<sup>14</sup> SANTOS, J. A. Penalva. *Leasing*. Rio de Janeiro, Revista Forense, v. 250, a. 71. abr./jun. 1975. p.47.

<sup>15</sup> BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. 9. Ed. São Paulo, Atlas, 1997. p. 375.

<sup>16</sup> RIZZARDO, op. cit., 147.

<sup>17</sup> PEREIRA, op. cit. p. 147.

<sup>18</sup> PAES, P. R. Tavares. *Leasing*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993. p. 21.

<sup>19</sup> WALD, *A Introdução...*, p. 10.

<sup>20</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1979. p. 569 e 570.

<sup>21</sup> SOUZA, Carlos Antônio Farias de. *Contratos de Leasing*. Revista Informatizada Data Venia. n. 21. ano 4. jan., 1999. p.2.

<sup>22</sup> TRINDADE, Washington Luiz da. *Leasing: negócio jurídico fiduciário*. Salvador: Salvador Ltda., 1974. p. 67.

<sup>23</sup> LEÃO. op. cit., p. 147.

<sup>24</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 18. Ed. rev. atual. e ampl. v. 1. São Paulo, Saraiva, 1995. p. 3-4.

<sup>25</sup> Bens fungíveis não podem ser objeto do contrato de *leasing*, salvo se for individualizado de tal forma que perca sua fungibilidade (e.g. maquinário produzido em série com uma placa ou número de série).

<sup>26</sup> ANDRADE, Jorge Pereira. Arrendamento mercantil (*Leasing*). In: *Contrato Nominados*. Yussef Said Cahali (coord.). São Paulo: Saraiva, 1995. p. 215.

<sup>27</sup> ALMIRO, Affonso. *Leasing*: nova técnica de Financiamento. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 250. a. 71. abr./jun. 1975. p. 417.

<sup>28</sup> No Brasil, assim como nos países de tradição civilista (*civil law*), a maioria dos juristas entende que a lei não deve trazer definições, encargo dos doutrinadores, o que permite a atualização legislativa por mera alteração interpretativa sem alteração do texto legal. Mas há os que defendam o contrário, como o Ministro Nelson Jobim, seguindo a tradição norte-americana, para quem a boa técnica legislativa consiste em definir no próprio texto legal o sentido do que está sendo regulado, “as regras de uso daquela palavra”, para evitar confusões.

<sup>29</sup> Vide nota 11 em conjunto com a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, art. 9º.

<sup>30</sup> BRASIL. Resolução do Banco Central nº 2.309. Anexo, Capítulo I, art. 1º.

<sup>31</sup> SOUZA. op. cit. p. 523.

<sup>32</sup> DINIZ. op. cit. p. 523.

<sup>33</sup> Importante ressaltar que, como já dissemos *supra*, o Banco Central, ao arrepio da Lei, permitiu o arrendamento mercantil diretamente com o fabricante ou pessoa a ele coligada, extinguindo esta exigência.

<sup>34</sup> Apesar de o presente artigo não trabalhar com as hipóteses de *leasing* em que o arrendatário é um consumidor, nunca é demais ressaltar a plena aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor em tais contratos.

<sup>35</sup> Também conhecido como *full payout lease*.

<sup>36</sup> MARTINS, op. cit., p. 453.

<sup>37</sup> BENE, Francesco del. Gli Effetti del Fallimento sui Rapporti Giuridici Preesistenti: L’Ipotesi del Fallimento del Concedente nel Contratto di Leasing. *Giustizia Civile*, Rivista Mensile di Giurisprudenza. Milano: Giuffrè, a. 45, set., n 9, 1995. p. 409.

<sup>38</sup> BRASIL,. Resolução do Banco Central. nº 2.309. Anexo I, Art. 5º.

<sup>39</sup> GOMES. op. cit. p. 572.

<sup>40</sup> BRASIL. Resolução do Banco Central nº 2.309. Anexo I, artigo 11: “Podem ser objeto de arrendamento bens móveis, de produção nacional ou estrangeira e bens imóveis adquiridos pela entidade arrendadora para fins de uso próprio da arrendatária, segundo as especificações desta”, e artigo 12: “É permitida a realização de operações de arrendamento mercantil com pessoas físicas e jurídicas na qualidade de arrendatárias”.

<sup>41</sup> CARDOSO, Jorge R. G. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. Revista dos Tribunais. 1993. Vol. 5. 76. In: CARNEIRO, Athos Gusmão. O contrato de *Leasing* Financeiro e as Ações

Revisão. *Revista dos Tribunais*, a. 86. v. 743, set., 1997. p. 14.

<sup>42</sup> MARTINS. op. cit. 454.

<sup>43</sup> Recurso Especial nº 16.824. Quarta Turma. Relator Ministro Athos Carneiro. Diário de Justiça. 28-6-93. p. 12.895.

<sup>44</sup> HAYNES, Lloyd. *Economic and Tax Nuances of Leasing*. Monitor, Leasing and Financial Services. v. 20, n. 5, set./out., Philadelphia, 1993. p. 20.

<sup>45</sup> MARTINS. op. cit. 455.

<sup>46</sup> Nesse sentido: CARNEIRO, op. cit. p. 13. RIZZARDO. op. cit. p. 38; MARTINS. op. cit. p. 455. Em sentido contrário: DINIZ. op. cit. p. 217.

<sup>47</sup> BENE. op. cit., p. 410.

<sup>48</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Apontamentos sobre o contrato de leasing*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 22.

<sup>49</sup> RIZZARDO, op. cit., p. 40.

<sup>50</sup> BRASIL. Resolução do Banco Central nº 2.309. Anexo I, artigo 6º.

<sup>51</sup> MARTINS. op. cit. p. 456.

<sup>52</sup> O VRG é “o preço contratualmente estipulado para o exercício da opção de compra, mas também corresponde ao valor contratualmente garantido pela arrendatária como o mínimo que será recebido pela arrendadora na venda a terceiros do bem arrendado, na hipótese de não exercida a opção de compra” (BRASIL. Portaria nº 564 do Ministério da Fazenda, de 3-11-78). Ele representa, no *leasing* financeiro, a parcela da depreciação não-inclusa nas prestações. Está regulado também na Resolução nº 2.309, artigo 7º, inciso VII, alínea “a”, e pela Portaria do Ministério da Fazenda nº 140, de 27-7-84. Para aqueles que as quiserem consultar, elas estão disponíveis na íntegra no seguinte endereço eletrônico: [www.leasingabel.com.br](http://www.leasingabel.com.br).

<sup>53</sup> Apesar de a maioria dos doutrinadores afirmar que o elemento destacante do *leasing* é a tríplice opção ao final do contrato (compra, extinção e renovação), como há a possibilidade de inexistir a opção de compra, em nosso conceito básico de arrendamento mercantil utilizamos a dupla opção (extinção ou renovação unilateral), sendo que a opção de extinção se subdividiria em duas: extinção propriamente dita e compra do bem, quando esta fosse prevista.

<sup>54</sup> RIZZARDO, op. cit., p. 43.

<sup>55</sup> Essa denominação de retro + arrendamento é uma referência à retrovenda, bem como uma tentativa de traduzir para um único termo a expressão inglesa *sale and lease back*.

<sup>56</sup> AVANTI, Sílvia. *Leasing: aspectos controvertidos do arrendamento mercantil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 32.

<sup>57</sup> RIZZARDO, op. cit., p. 46.

<sup>58</sup> BRASIL. Resolução do Banco Central nº 2.309, Anexo I, art. 13: “As operações de arrendamento mercantil contratadas como o próprio vende-

dor do bem ou com pessoas a ele coligadas ou interdependentes somente podem ser contratadas na modalidade de arrendamento mercantil financeiro, aplicando-se a elas as mesmas condições fixadas neste Regulamento”.

<sup>59</sup> QUEIROZ, José Wilson de Nogueira. Arrendamento mercantil: *leasing*. 2. Ed. Rev. e Ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 20.

<sup>60</sup> Neste sentido vide: MANCUSO, op. cit., p. 22.

<sup>61</sup> MÉLEGA, Luiz. *O leasing e o sistema tributário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 11. *In*: RIZZARDO, op. cit. p. 53.

<sup>62</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 57.871. Relator Min. Eduardo Ribeiro. Data da Decisão: 11-3-96. DJ de 30-3-98. p. 40.

<sup>63</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 33.578. Relator Min. Antônio Torreão Braz. Data da Decisão: 12-9-95. DJ de 30-10-95. p. 36.771.

<sup>64</sup> QUEIROZ, op. cit., p. 54. Ressalvamos que não concordamos com a utilização do termo “locatária”, mas o mantemos por rigor metodológico nas citações.

<sup>65</sup> Nesse sentido, mas tratando de alienação fiduciária em garantia, o voto do Desembargador Amaro Martins de Almeida, do TJRJ, reproduzido na íntegra no relatório do Recurso Extraordinário: “Sem sombra de dúvida que o proprietário fiduciário é titular, na hipótese, de direito real; seu crédito, com galas de super privilégio inerente às garantias instituídas para as alienações fiduciárias do Decreto-Lei nº 911, não está sujeito a rateio em falência”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 83.438. Relator Min. Moreira Alves. Data da Decisão: 16.11.76. DJ de 15-12-76.

<sup>66</sup> BRASIL. Resolução do Banco Central nº 2.309, Anexo I, art. 7º, inciso VII, “a”, 8º e 10º.

<sup>67</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 45.792. Relator Min. Barros Monteiro. Data da Decisão: 3-3-98. DJ de 22-6-98. p. 80.

<sup>68</sup> BRASIL. Resolução do Banco Central nº 2.309, Anexo I, art. 7º, inciso IV.

<sup>69</sup> BRASIL. Resolução do Banco Central nº 2.309, Anexo I, art. 7º, inciso XII – “a faculdade da arrendatária transferir a terceiros no País, desde que haja anuência expressa da entidade arrendadora, os seus direitos e obrigações decorrentes do contrato, com ou sem co-responsabilidade solidária”.

<sup>70</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 9.219. Relator Min. Athos Carneiro. Data da Decisão: 19-6-91. DJ de 23-09-91. p. 13.086.

<sup>71</sup> Vide nota 52.

<sup>72</sup> A taxa de depreciação do bem, para efeitos de imposto de renda, é determinada pela Receita

Federal, de acordo com tipo do bem. BRASIL. Portaria do Ministério da Fazenda nº 564, art. 2º “(...) Taxa Mensal de Depreciação: 10/84 do inverso do número de anos de vida útil normal do bem arrendado, fixado pela Secretaria da Receita Federal (§4º do artigo 193 do Regulamento baixado com o Decreto nº 76.186, de 2 de setembro de 1975)”.

<sup>73</sup> RIZZARDO, op. cit., p. 80.

<sup>74</sup> BRASIL. Lei nº 6.099, artigo 5º, “d”, e Resolução do Banco Central nº 2.309, Anexo I, art. 7º, inciso VI.

<sup>75</sup> BRASIL. Resolução do Banco Central nº 2.309, Anexo I, art. 7º, inciso VIII – “as condições para uma eventual substituição dos bens arrendados, inclusive na ocorrência de sinistro, por outros da mesma natureza, que melhor atendam as conveniências da arrendatária, devendo a substituição ser formalizada por intermédio de aditivo contratual”.

<sup>76</sup> BRASIL. Resolução do Banco Central nº 2.309, Anexo I, art. 7º, inciso V – “as condições para o exercício por parte da arrendatária do direito de optar pela renovação do contrato, pela devolução dos bens ou pela aquisição dos bens arrendados”.

<sup>77</sup> PEREIRA, op. cit., Vol. IV, p. 70.

<sup>78</sup> SCIALOJA. *Teoria della Proprietà nel Diritto Romano*. v. 1. Roma: [s.n.], 1933. p. 272-273. In: LOPES, Miguel Maria Serpa Lopes. *Curso de Direito Civil*. v. 6, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1960. p. 226.

<sup>79</sup> SÁ PEREIRA, Virgílio de. Manual Lacerda. v. 8, n. 5. In: PEREIRA, op. cit., v. 4, p. 73.

<sup>80</sup> LAFAYETTE. Direito das Coisas, § 25. In: PEREIRA, op. cit., v. 4, p. 73.

<sup>81</sup> SENADO FEDERAL, Subsecretaria de Edições Técnicas. *Constituição da República Federativa do Brasil*: quadro comparativo. Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1996. p. 18-19.

<sup>82</sup> Nem todos os autores defendem a existência dessa categoria, alguns incluindo-a na de garantia e outros negando expressamente. Entre os doutrinadores nacionais que a adotam temos: PEREIRA, op. cit., v. 5; LOPES, op. cit., v. 6 e MARIA, José Serpa Santa. *Curso de Direito Civil: direitos reais limitados* – continuação da obra de Miguel Maria de Serpa Lopes. v. 7. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1998.

<sup>83</sup> ESPÍNOLA, Eduardo. *Direitos reais limitados ou direitos sobre a coisa alheia e direitos reais de garantia no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro, Conquista, 1958. p. 301.

<sup>84</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial, 3. Ed., Reimpressão. Tomo XXI. Rio de Janeiro, Borsoi, 1971. p. 354 e ss.

<sup>85</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. 3. Ed. Rev. Atual. e Aum. Rio de Janeiro, Forense, 1987. p. 154.

<sup>86</sup> PEREIRA, op. cit., p. 221.

<sup>87</sup> ESPÍNOLA, op. cit., p. 300-301.

<sup>88</sup> Vide nota 80.

<sup>89</sup> MIRANDA, op. cit., p. 329.

<sup>90</sup> José Carlos Moreira Alves a denomina propriedade fiduciária, no caso da alienação fiduciária em garantia, por ser esse o termo utilizado pela Lei (Alves, op. cit., p. 153 e ss), mas nós denominamos propriedade em garantia, pois essa nova categoria abarcaria não só a propriedade fiduciária, como também a propriedade que detém o arrendador no contrato de *leasing*, que de tantas restrições torna-se verdadeiro direito real limitado diverso das categorias existentes.

<sup>91</sup> BRASIL. Código Civil. Artigo 765: “É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratório, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento”. Na alienação fiduciária, há igual proibição expressa na Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1995. Artigo 66, § 7º, tal proibição se estende, por analogia, ao arrendamento mercantil.

<sup>92</sup> CARIOTA-FERRARA, L. *I negozi fiduciari*. Padova: Dott. Antonio Milani, 1933, nº 24, p. 30 e JAEGER, P. G. *La Separazione del Patrimonio Fiduciario nel Fallimento*. Milano, Dott. A. Giuffrè, 1968. p. 38 e ss. In: ALVES, op. cit., p. 154.

<sup>93</sup> MIRANDA, op. cit., p. 330.

<sup>94</sup> MIRANDA, op. cit., p. 332.

<sup>95</sup> Idem, ibidem, p. 339.

<sup>96</sup> PEREIRA, op. cit., Vol. IV, p. 309 e MIRANDA, op. cit., 330 e ss.

<sup>97</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 83.198. Relator Min. Moreira Alves. Data da Decisão: 2-9-77. DJ de 17-10-77. Relatório e voto do Ministro Moreira Alves, sobre a limitação da propriedade fiduciária: “Não há dúvida de que o credor garantido pela propriedade fiduciária (que é garantia real cujo título é o contrato de alienação fiduciária em garantia) pode, ocorrendo a falência do devedor alienante, pedir a restituição do bem alienado fiduciariamente [...]”.

<sup>98</sup> ALVES, op. cit., 155.

<sup>99</sup> MARQUES, J. Frederico. Instituições de Direito Processual Civil. v. 5. Rio de Janeiro, Forense. p. 318-319. In: COSTA, Divanir José da. O Sistema da Promessa de Compra e Venda de Imóveis. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Ano 35, out./dez., n. 140, 1998. p. 180-181.

<sup>100</sup> PEREIRA, op. cit., p. 315.

<sup>101</sup> BESSONE, Darcy. *Da compra e venda, promessa & reserva de domínio*. Belo Horizonte, Bernardo Álvares, 1960. In: COSTA, op. cit., p. 183.

## Bibliografia

### Livros

- ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. 3. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- DELGADO, José Augusto. *Leasing: doutrina e jurisprudência*. Curitiba: Juruá, 1997.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 11. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, v. 3. 1996.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Direitos reais limitados ou direitos sobre a coisa alheia e direitos reais de garantia no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquista, 1958.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 6, 1960.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Apontamentos sobre o contrato de leasing*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- MARIA, José Serpa Santa. *Curso de direito civil: direitos reais limitados, continuação da obra de Miguel Maria de Serpa Lopes*. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 7, 1998.
- MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte Especial. 3. ed. reimpressão, tomos XXI, XXII e XXIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- PAES, P. R. Tavares Paes. *Leasing*. 2. ed. rev. e Amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 10. ed. 4. tiragem. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. 4. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, v. 4. 1997.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1. v. 1975.
- RIZZARDO, Rizzardo. *Leasing: arrendamento mercantil no direito brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 18. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, v. 1. 1995.
- SENADO FEDERAL, Subsecretaria de Edições Técnicas. *Constituição da República Federativa do Brasil: quadro comparativo*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1996.
- TRINDADE, Washington Luiz da. *Leasing: negócio jurídico fiduciário*. Salvador: Distribuidora de Livros Salvador, 1974.
- VANTI, Silvia. *Leasing: aspectos controvertidos do arrendamento mercantil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- ZDANOWICZ, José Eduardo. *Leasing: arrendamento mercantil: legislação básica*. Porto Alegre: D.C. Luzzatto, 1988.

### Artigos, palestras, seminários e outros

- ABEL, Associação Brasileira de Empresas de *Leasing*. Arrendamento mercantil (*Leasing*) – Histórico. [www.leasingabel.com.br/entende.htm](http://www.leasingabel.com.br/entende.htm).
- ALMIRO, Affonso. *Leasing: nova técnica de financiamento*. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 250, a. 71, Abr./Jun., 1975, p. 416-419.
- ANDRADE, Jorge Pereira. Arrendamento mercantil (*leasing*). In: *Contratos Nominados*. Yussef Said Cahali (coord.). São Paulo: Saraiva 1885. p. 211-231.
- BENE, Francesco del. Gli Effetti del Fallimento si Rapporti Giuridici Preesistenti: L'Ipotesi del Fallimento del Concedente nel Contratto di Leasing. *Giustizia Civile, Rivista Mensile di Giurisprudenza*. Milano : Giuffrè, a. 45, set., n. 9, 1995. p. 403-424.
- BULGARELLI, Waldirio. A problemática dos saldos devedores nas operações de *leasing*. *Caderno de Direito Econômico e Administrativo*. Revista dos Tribunais. a. 2, n. 8, jul./set., 1994, p. 222-225.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. O contrato de *Leasing* Financeiro e as Ações Revisionais. In: *Revista dos Tribunais*. a. 86, v. 743, set., 1997, p. 11-25.
- COSTA, Divanir José da. O sistema da promessa de compra e venda de imóveis. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 35, out./dez., n. 140, 1998, p. 179-188.
- DELGADO, José Augusto. *Aspectos controvertidos na doutrina e na jurisprudência sobre o leasing painel sobre o tema: aspectos polêmicos*. Atibaia/São Paulo: Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Alçada e ABEL - Associação Brasileira de Empresas de *Leasing*., 14 e 15/08/98.
- DELGADO, José Augusto. *Leasing*. Curso de Extensão na Universidade de Brasília: Centro Acadêmico de Direito e Departamento de Direito da UnB, 09 a 23 de Novembro de 1998.
- HAYNES, Lloyd. *Economic and Tax Nuances of Leasing*. Monitor, *Leasing and Financial Services*, Philadelphia, v. 20, n. 5, set./out. 1993. p. 20 e ss.
- LEÃO, José Francisco Lopes de Miranda. *Leasing: natureza jurídica e aspectos gerais*. In: *Seminário sobre Arrendamento Mercantil*. Atibaia/São Paulo: Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Alçada e ABEL - Associação Brasileira de Empresas de *Leasing*, 14/08/98.

- SANTOS, J. A. Penalva. *Leasing*. Rio de Janeiro: In: Forense, *Revista Forense*, v. 250, a. 71, abr./jun., 1975, p. 46-61.
- SOUZA, Carlos Antônio Farias de. Contratos de *leasing*. *Revista Informatizada Data Venia*: [www.datavenia.inf.br](http://www.datavenia.inf.br), n. 21, a. 4, jan., 1999.
- WALD, Arnaldo. A introdução do *leasing* no Brasil. In: *Revista do Tribunais*, v. 415, a. 59, Maio, 1970, p. 9-14.
- WALD, Arnaldo. Histórico e desenvolvimento do *leasing*. Rio de Janeiro: *Revista Forense*, v. 250, a. 71, abr./jun., 1975. p. 11-26.
- WALD, Arnaldo. *Leasing*: o que é, como funciona. Rio de Janeiro: Forense, In: *Revista Forense*, v. 250, a. 71, abr./jun., 1975. p. 34-35.
- WALD, Arnaldo. O regulamento do *leasing* pelo Banco Central. In: Rio de Janeiro: Forense, *Revista Forense*, v. 250, a. 71, abr./jun., 1975. p. 44-45.

# Notas sobre a cidadania e a nacionalidade no Direito Grego

Arnaldo Moraes Godoy

## Sumário

1. Introdução. 2. Cidadãos, estrangeiros e escravos. 3. Conclusões.

### 1. Introdução

A hospitalidade (*filoxenia*) é uma virtude grega, lê-se no pórtico de um manual de grego moderno. Não há dúvidas da veracidade do dito, dada a importância do turismo no fomento da economia grega nos dias de hoje. O estrangeiro é bem vindo na Grécia atual. Não se pode dizer o mesmo nos tempos de dominação turca, no medievo e na época de dominação romana, quando o orgulho ático fora subjugado: havia inimigos por todos os lados. À época clássica, o estrangeiro era hostilizado em Esparta (mas o fato não é regra no mundo helênico) e bem recebido em Atenas, onde vigorava o adágio “trata teu inimigo como se, amanhã, viesse a ser amigo”. Íntima a ligação entre cidadania e nacionalidade; os estrangeiros, em geral, não tinham direitos políticos.

As fontes diretas para o presente estudo encontram-se em Heródoto (que foi estrangeiro nos países por onde passou), em Tucídides (que historiou a Guerra do Peloponeso), em Xenofonte, em Platão, Aristóteles, além de Plutarco, que biografou gregos ilustres à época da dominação romana. As fontes indiretas também copiosas, destacando-se Foustel de Coulanges (*A Cidade Antiga*), Gustave Glotz (*A Cidade Grega*) e A. Jardé

Arnaldo Moraes Godoy é Procurador da Fazenda Nacional, especialista em Filosofia pela UEL – Londrina, cursou o International Business Program da Universidade de Miami FLA – USA e é mestrando em Filosofia do Direito pela PUC- SP.



(A Grécia Antiga e a Vida Grega). O presente artigo, com apoio nesses autores, pretende uma pequena síntese a propósito das características que informaram a cidade e a nacionalidade entre os antigos gregos, de modo a evidenciar alguns pontos de contato com a modernidade.

## 2. Cidadãos, estrangeiros e escravos

A cidade (*pólis*) é o espaço onde se desenvolvia a vida pública, a política, a cultura. O grego era vinculado a sua cidade, não teorizava ou vivia num Estado de dimensões mais amplas. Os antigos habitantes da península balcânica falavam uma língua parecida (com algumas nuances mais sofisticadas no dialeto ático), acreditavam no mesmo Panteão; porém é hábito historiográfico indicar diferenças entre Atenas e Esparta.

Em Esparta, havia severas restrições aos estrangeiros, em virtude da escassez de recursos. À mingua do que comer, evitava-se o peregrino. Radica aí o termo *xenofobia*.

A cidade era dominada pelos espartanos, detentores dos direitos de cidadania, que governavam a *pólis* autorizados por Licurgo (o legislador lendário). Os espartanos descendiam dos primeiros conquistadores. Dedicavam-se aos negócios do Estado e eram impedidos de comerciar. O nascimento era o critério que identificava a nacionalidade e que firmava a cidadania: cidadão era o descendente do cidadão, linha ascendente que remontava aos privilégios da conquista originária.

Os periecos (*períoikoi*) eram livres, praticavam atividades de indústria e comércio, mas não eram cidadãos; não descendiam dos primeiros conquistadores. Eram livres, porém submissos. Os hilotas (*heilotes*) eram donos de situação jurídica similar à do escravo. Presos à terra, não detinham nenhum direito político. Agradados com a liberdade, pertenciam à classe dos neodamódes (*neodamódes*), categoria também mais tarde encontrada no Direito

Romano, que identificava os libertos, em oposição aos ingênuos.

Em Atenas, nacionalidade e cidadania eram monopólio dos cidadãos, assim considerados os nascidos de pai e mãe atenienses; era um critério fixado pelo sangue. Os estrangeiros (conquanto não inimigos) tinham livre entrada no Porto do Pireu. Formavam a classe dos metecos (*métoikoi*). Preciavam da proteção jurídica de um cidadão ateniense, o *prostátes*. Os metecos viviam da indústria e do comércio, de onde vinha um poder econômico que lhes conferia poder político.

Havia em Atenas um grande número de escravos (*dôuloi*). Não tinham personalidade jurídica, eram instrumentos animados, não podiam contratar, embora representassem seus patrões nas avenças. Seus testemunhos em juízo só valiam quando obtidos sob tortura. Quando libertos, pertenciam ao grupo dos *apeleútheros*. Compravam a manumissão, podiam ser resgatados por parentes e amigos, obtinham liberdade quando beneficiados pelos testamentos de seus donos. Em Atenas, as alforrias não dependiam das formalidades que mais tarde o Direito Romano conheceu, a propósito das manumissões pelo censo, pela vindicta, por testamento ou pela fórmula *in sacrosanctis ecclesis*, essa última resultado da influência cristã.

A condição do estrangeiro era a mais interessante. Centro comercial do Egeu, Atenas recebia gente de todas as partes. O estrangeiro deixava de ser inimigo (*ekhtrós*) quando reconhecida sua qualidade de hóspede (*xénos*). Não tinha acesso à justiça, situação atenuada a partir do século IV a.C. com a proliferação dos tratados de *asúlia* e de *súmbola*, que antecedem as modernas convenções internacionais. Fixavam-se foros para discussões judiciais, qualificavam-se os estrangeiros vinculados ao Estado contratante. Surge a honraria da *proxenia*, pertencente a um hóspede estrangeiro do poder público, antecessor da moderna figura do cônsul.

Não obstante a comunhão com outros povos, vigia em Atenas uma lei de Péricles que determinava a cidadania pela filiação: ateniense era filho de pai e mãe atenienses. Havia exceções e estrangeiros podiam obter cidadania por motivos muito sérios, graves, robustos, determinados por critérios e opções políticas que regiam os modelos de concessão, apontados pelos interesses do Estado.

### 3. Conclusões

O Direito Grego, um tanto esquecido por nossa tradição jurídica, indica critérios de fixação de nacionalidade e cidadania próximos aos critérios da modernidade, entre nós informados pelo nascimento (solo e sangue, artigo 12 da Constituição Federal de 1988).

A recepção de estrangeiros é um pouco mais pragmática, embora com os mesmos contornos que regem contemporaneamente as nações mais desenvolvidas, exceto nos casos de asilo político.

As xenofobias do século XX (de que são vítimas armênios, judeus, palestinos) lembram modelos de Esparta. A onda de xenofobia na Europa (sobretudo na França) dá-se por motivos próximos às razões que insuflaram os espartanos: hoje defende-se o emprego, ontem a comida, o que teleologicamente tem idêntico sentido.

Destacam-se também dois paradoxos. O mundo contemporâneo tende para a globalização e a queda de fronteiras, mas as minorias étnicas e estrangeiras são vilipendiadas; no mundo grego, lançaram-se os fundamentos de uma consciência antropocêntrica e humanista, mas que conviveu com a restrição à plena realização dos deslocados e mal nascidos.

### Bibliografia

- ANDREWES, Antony. *Greek society*. Londres: Penguin Books, [s.d.].
- ARISTÓTELES. *A Constituição de Atenas*. São Paulo: Hucitec, 1995. Edição bilíngüe, português/grego.
- ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- AMOURETTI, Marie-Claire; RUZÉ, Françoise. *Le Monde Grec Antique*. [S.l.]: Hachette, 1990.
- CAVAIGNAC, Eugène. *Sparte*. Paris: Arthème Fayard, [s.d.].
- COULANGES, Foustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Hemus, 1975.
- FINLEY, M. L. *Economia e sociedade na Grécia Antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 1989.
- FORREST, W.G. *A History of Sparta*. London: Bristol Classical Press, 1995.
- GERNET, Louis. *Droit et institutions en Grèce Antique*. Paris: Flammarion, 1982.
- GIORDANI, Mário Curtis. *História da Grécia*. Petrópolis: Vozes, 1992.
- GLOTZ, Gustave. *La cité grecque*. Paris: Éditions Albin Michel, 1988.
- HERÓDOTO. *História*. Rio de Janeiro: W. M. Jackson Inc., 1964.
- JARDÉ, A. *La Grèce Antique et la vie grecque*. Paris: Delagrave, [s.d.].
- JONES, A. H. M. *Sparta*. New York: Barnes&Nobles, 1993.
- MOSSÉ, Claude. *Les institutions grecques*. Paris: Armand Colin, 1996.
- PAPPAGEOTES, George C.; EMMANUEL, Philip D. *Conversational modern greek*. New York: Cortina Learning International, 1990.
- PETRIE, A. *Introducción al estudio de Grecia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1980.
- PLATÃO. *Apologia*. São Paulo: Atena Editora, [s.d.].
- PLUTARCO. *Vidas Paralelas*. São Paulo: Paumape, 1991.
- ROSTOVITZ, M. *História da Grécia*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1986.
- TOYNBEE, A. J. *A herança dos gregos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.
- VANNIER, François. *Le VI Siècle Grec*. Paris: Armand Colin, 1967.
- XENOPHON. *A History of my Times*. London: Penguin, [s.d.].

# A filosofia do controle concentrado de constitucionalidade das leis na ordem jurídica brasileira pós-88

Paulo Roberto Barbosa Ramos

## Sumário

1. A função do constitucionalismo. 2. A função do controle de constitucionalidade das leis. 3. A democracia, o Poder Judiciário e o controle de constitucionalidade das leis. 4. A filosofia de controle concentrado de constitucionalidade das leis. 5. A filosofia do controle concentrado de constitucionalidade das leis na ordem jurídica brasileira pós-88.

### *1. A função do constitucionalismo*

Em *Considerações sobre o Governo da Polônia*, afirmou Rousseau que é contra a natureza dos corpos sociais se impor leis que não possam revogar; mas não é nem contra a natureza nem contra a razão que não possam revogar as leis por meio de solenidades estabelecidas por eles próprios<sup>1</sup>.

Sem grande esforço, a partir dessa genial colocação de Rousseau, percebe-se que a idéia de uma superlegalidade constitucional nasceu da síntese do enfrentamento dialético entre os supostos conceitos do racionalismo de constituição e o fato da mutabilidade da vida histórica. Se não é possível subtrair à constituição a mutabilidade histórica, esta só penetrará na constituição por meio dos mecanismos nela própria previstos, quer dizer, por meio dos métodos especiais de reforma. É o abandono da tese da imutabilidade do conteúdo para assegurar a sua permanência como forma<sup>2</sup>.

Isso não significa, entretanto, que o constitucionalismo seja algo destituído de qual-

Paulo Roberto Barbosa Ramos é Promotor de Justiça Titular da Promotoria de Justiça Especializada dos Direitos dos Cidadãos Portadores de Deficiência e Idosos de São Luís/MA, Professor Assistente do Departamento de Direito da UFMA, Mestre em Direito pela UFSC, Doutorando em Direito Constitucional pela PUC/SP.

quer sentido, de qualquer finalidade, legitimador de todo e qualquer poder; significa tão-somente que as relações de poder, vivenciadas em cada momento histórico, impõem aos homens novas formas de organização, de articulação do poder, daí a necessidade de previsão de mecanismos capazes de absorver essas alterações, com a intenção de manter os princípios informadores do próprio constitucionalismo, os quais podem ser sintetizados *no respeito aos direitos dos indivíduos mediante a previsão de mecanismos de limitação do poder*. Essa é a sua natureza e, como disse Agostinho Ramalho, lembrando Aristóteles, *a natureza de cada coisa é o seu fim*<sup>3</sup>.

Se a finalidade do constitucionalismo é garantir a existência dos direitos fundamentais por meio da limitação do poder, sem, no entanto, representar um entrave às transformações sociais, que constituem um fato, que nada pode impedir, nem mesmo o constitucionalismo, tem este, para lograr cumprir sua natureza, a função de indicar os mecanismos por meio dos quais a ordem será alterada, para se adaptar ao novo momento histórico e o novo momento histórico a ela, sem que sejam feridas aquelas conquistas que representam um grande avanço no processo civilizatório, quais sejam: *o reconhecimento do homem enquanto ser de direitos; o reconhecimento de que cada povo tem o direito de dar a si mesmo uma constituição que julga boa; que os que obedecem à lei devem, também, reunidos legislar*<sup>4</sup>, a partir das quais o próprio constitucionalismo é identificado.

Então, a manutenção dessas conquistas é a função do constitucionalismo, que encontrou no controle de constitucionalidade das leis o mecanismo para a fiscalização dos limites das transformações sociais, tendo em vista, em última análise, o resguardo dos direitos humanos fundamentais. Assim sendo, parece correta a observação de Ferrajoli de que nenhuma maioria, nem sequer a unanimidade, pode legitimamente decidir a violação de um direito de liberdade ou não decidir a satisfação de um direito soci-

al, porquanto os direitos fundamentais, precisamente porque garantidos a todos e subtraídos à disponibilidade do mercado e da política, formam a esfera do *indecidível que e do indecidível que não* e operam como fatores não só de legitimação, mas também, e sobretudo, de deslegitimação das decisões ou das não-decisões<sup>5</sup>.

Não faz sentido, então, a observação de Sartori<sup>6</sup>, segundo a qual as constituições são apenas formas que estruturam e disciplinam os processos decisórios do Estado, estabelecendo apenas como as normas devem ser criadas, não decidindo o que será estabelecido pelas normas, porquanto o abandono da imutabilidade do conteúdo para assegurar a permanência como forma, destacado por Garcia-Pelayo<sup>7</sup>, serve apenas para demonstrar que o constitucionalismo moderno precisou dessa relativização de conteúdo para encontrar a sua própria identidade, e sua identidade se encontra numa alteração de conteúdo voltado para, por meio da forma, garantir os direitos fundamentais, já que a forma escrita da constituição é característica de um constitucionalismo comprometido com os direitos fundamentais do homem.

## 2. A função do controle de constitucionalidade das leis

O controle de constitucionalidade das leis só tem sentido se analisado a partir de uma legítima idéia de constitucionalismo, e a legítima idéia de constitucionalismo está comprometida visceralmente com a dignidade do homem, pelo motivo de almejar o reconhecimento do homem enquanto ser de direitos a partir da idéia de limitação do poder.

Se as experiências do constitucionalismo não conseguiram realizar tal intento, trata-se de uma outra questão, mas o fato é que o legítimo constitucionalismo almejou o bem comum, na medida em que teve origem numa disposição moral da sociedade, provocada pela consciência do estado de sofrimento, miséria, penúria e infelicidade em

que vivia o homem dentro de uma sociedade que o ignorava enquanto ser de direitos<sup>8</sup>.

Em outros termos, o controle de constitucionalidade das leis só faz sentido dentro da idéia original do constitucionalismo, isso porque a constituição, o instrumento mediante o qual o constitucionalismo se mostra, nada mais é do que uma carta que torna de todos conhecido que as relações de poder devem ter como referência os direitos fundamentais e a impossibilidade de concentração do poder, com a finalidade de assegurar a subsistência dos direitos incorporados a algo que pode ser chamado de *avanço no processo civilizatório*.

Portanto, se a principal função do controle de constitucionalidade das leis é não permitir um retrocesso histórico a partir da capacidade de desconsideração de decisões/leis que afrontem os direitos caracterizadores do legítimo constitucionalismo, o controle de constitucionalidade das leis revela-se uma tarefa de extraordinária importância, não sendo responsabilidade apenas de um homem ou de alguns, mas de toda coletividade.

Sendo assim, o controle de constitucionalidade das leis aparece como algo intrinsecamente ligado à democracia, porquanto voltado para garantir efetivamente o respeito a uma ordem que reconhece aos homens certos direitos inalienáveis e imprescritíveis, sem contudo desconhecer que a marca da democracia é a criação social de novos direitos, longe de ser mera conservação dos já conquistados<sup>9</sup>.

Com base nesse raciocínio, o controle de constitucionalidade das leis não é o controle de leis/atos/decisões que façam referência a toda e qualquer constituição, mas somente àquelas que realmente traduzam um movimento de reconhecimento de direitos fundamentais e de limitação do poder.

Dessa forma, nota-se que o controle de constitucionalidade das leis deve ter uma base ética, deve estar voltado para a realização do bem comum a partir de determinado projeto de sociedade, projeto esse que jamais deve ser esquecido, sob pena de se desvirtu-

ar as funções das instituições do modelo de sociedade que propiciou a emergência do constitucionalismo.

É por essa razão que o controle de constitucionalidade só faz sentido quando se volta para garantir um modelo de sociedade resultado de um consenso histórico, o qual procura dar dignidade a todos os homens, uma vez que todos são portadores de direitos inalienáveis e imprescritíveis.

Em sendo assim, revela-se completamente descabido falar em controle de constitucionalidade das leis em regimes autoritários ou totalitários, até mesmo porque, nesses ambientes, não estão resguardados os direitos humanos e o poder está concentrado, o que faz com que esses espaços estejam destituídos da idéia de constitucionalismo da qual se está falando e em que o controle de constitucionalidade das leis é possível<sup>10</sup>.

### *3. A democracia, o Poder Judiciário e o controle de constitucionalidade das leis*

Não é impertinente dizer mais uma vez que o controle de constitucionalidade das leis só faz sentido em ambientes democráticos, porquanto é justamente dentro desses onde existem as melhores condições para a consolidação dos direitos fundamentais, justamente os direitos que a técnica do controle de constitucionalidade das leis procura resguardar.

Segundo Ackerman e Rosenkrantz<sup>11</sup>, a existência do controle judicial de constitucionalidade das leis depende da opção da democracia de cada país. Isso não quer dizer que aqueles países que optem por um tipo de democracia que não comporte um controle judicial de constitucionalidade das leis não tenham um parâmetro para a limitação do poder e, conseqüentemente, para o resguardo dos direitos fundamentais. A Inglaterra desmente aqueles que querem pensar doutra forma.

Os mencionados autores desenvolveram essas idéias, tendo em vista três grandes experiências de sociedades democráticas: a inglesa, caracterizada pela *democracia constitucional monista*; a americana, pela *demo-*

*cracia constitucional dualista*, e a alemã, pela *democracia constitucional fundamentalista*<sup>12</sup>.

O primeiro tipo de democracia constitucional se distingue dos demais pela inadmissibilidade do controle judicial de constitucionalidade das leis, porque é resultado de consenso entre os cidadãos o fato de que o Parlamento é a única instância legítima existente, pois apenas seus integrantes são eleitos diretamente pelo povo. Por conta disso, é de aceitação geral que essa instituição tenha autoridade suficiente para estabelecer todas as leis necessárias para o bem-estar do povo, sem que sejam censurados por qualquer outra instância de poder.

A anuência da possibilidade de um controle sobre as ações do Parlamento seria a própria recusa do princípio da vontade da maioria e, conseqüentemente, da legitimidade do poder.

O segundo tipo de democracia constitucional, representado pelos Estados Unidos da América do Norte, denomina-se dualista. É dualista porque distingue as decisões em duas espécies: as do povo e as dos representantes do povo.

As decisões do povo são tomadas em momentos delicados da vida política do país, ou seja, em momentos extraordinários, por exigirem grandes mobilizações em torno de determinados objetivos. As decisões dos representantes do povo são tomadas quotidianamente. Diante dessa situação, o controle judicial de constitucionalidade das leis torna-se aceitável porque sua função é a de estabelecer limites para as decisões destes últimos em relação às decisões daquele<sup>13</sup>.

Os fundamentalistas, por outro lado, argumentam que nem o povo pode derrogar determinados direitos inseridos na constituição, pelo motivo de fazerem parte da herança cultural, herança essa que reflete um avanço no processo civilizatório. Em virtude disso, a atividade de controle de constitucionalidade das leis consiste na conservação dos direitos fundamentais, caracterizadores daquilo que se vem chamando de *avanço do processo civilizatório*<sup>14</sup>.

Assim, para os fundamentalistas, a razão de ser dos direitos é que eles servem como sustentáculo para a perseguição de objetivos coletivos por parte das instituições democráticas e que, por isso, caso fossem ceder frente às decisões da coletividade, não logriam satisfazer a função a que estão chamados a desempenhar<sup>15</sup>. Trata-se, na verdade, do resgate da idéia de democracia liberal, caracterizada pela presença de certos direitos que representam limites à atuação da maioria<sup>16</sup>. Aliás, Dworkin analisa muito bem essa questão, dizendo que “uno derecho contra del gobierno debe ser un derecho a hacer algo aun cuando la mayoría piense que hacerlo estaría mal, e incluso cuando la mayoría pudiera estar peor porque esse algo se haga”<sup>17</sup>.

Diante da abordagem desses três modelos de democracia, vê-se que o controle de constitucionalidade das leis só é possível nesses espaços, na medida em que só dentro deles os direitos fundamentais estão resguardados.

Se na concepção monista não se confere ao Poder Judiciário a incumbência de efetuar o controle de constitucionalidade das leis é porque, dentro das sociedades em que esse modelo de democracia se desenvolveu, o povo já se constitui no maior controlador de constitucionalidade das leis, porquanto possui plena consciência de que seus direitos fundamentais devem ser respeitados. Em virtude dessa situação, o controle de constitucionalidade, mesmo sem constituição, dá-se naturalmente, porque a sociedade conseguiu inserir no seu cotidiano o respeito àquilo que os países que adotam constituições escritas tentam garantir aos seus cidadãos mediante um controle institucional e nem sempre conseguem.

No Brasil, ainda está bem distante a viabilização de um espaço democrático no qual o controle de constitucionalidade das leis possa emergir com eficácia real. Percebe-se, todavia, por meio das garantias inseridas na Constituição de 1988, um desejo de construir no país uma democracia do tipo fun-

damentalista, por via da outorga a diversos órgãos estatais e da sociedade civil da capacidade de reivindicar ao Poder Judiciário o cumprimento dos dispositivos constitucionais. Ademais, o próprio Poder Judiciário foi significativamente fortalecido por essa Constituição. Assim, parece muito pertinente a observação de Dobrowolski, segundo a qual se o constituinte não desejasse uma justiça ágil, ter-se-ia omitido em lhe conceder os meios necessários para que tivesse esse perfil de agilidade, perfil esse que pode ser caracterizado pelas ações que permitem a imediata correção das violações a direitos<sup>18</sup>.

Ainda, para caracterizar essa aspiração fundamentalista da Constituição brasileira de 1988, deve-se citar a inserção do § 4º do art. 60, cuja redação determina que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de poderes; os direitos e garantias individuais.

Lamentavelmente, a Constituição de 1988 coincidiu com um processo mundial de desvalorização dos direitos e, ao mesmo tempo, não conseguiu despertar, naqueles encarregados de sua defesa, a adesão ao seu espírito, *voltado para construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*.

Essa falta de sensibilidade, especialmente por parte do Poder Judiciário, demonstra que a maioria de seus integrantes não tem a consciência de que o processo democrático não é uma atividade inorgânica e espontânea, mas uma atividade regrada. As regras que devem reger o processo democrático não são arbitrárias senão que respondem à finalidade de maximizar seu valor epistêmico<sup>19</sup>.

Assim, para que essa situação seja invertida, faz-se necessário que o Judiciário deixe de desempenhar uma função apenas jurídica, técnica, secundária e passe a exer-

cer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, com decisões de natureza e efeitos marcadamente políticos<sup>20</sup>, fazendo com que, apesar de não eleito pelo povo, seja caracterizado como um Poder funcional para o sistema democrático<sup>21</sup>, agindo no sentido da materialização, extensiva a todos os homens, dos direitos fundamentais e de impedir a concentração de poder.

#### 4. A filosofia do controle concentrado de constitucionalidade das leis

A existência do controle de constitucionalidade das leis requer a presença de uma intenção de regular a atividade legislativa, dirigida a obter que dita atividade se desenvolva nos limites que estabelecem alguns preceitos, revestidos de determinadas particularidades, preceitos esses que recebem o nome de constitucionais<sup>22</sup>. Os referidos limites, preceitos, marcos, referem-se aos direitos fundamentais da pessoa humana, caracterizadores do avanço do processo civilizatório.

Portanto, a verdadeira razão da existência do controle de constitucionalidade das leis é justamente a de proteger esses princípios, bem como as instituições criadas para viabilizar a sua materialização.

Cada sociedade, de acordo com o modelo de democracia que acolhe, privilegia o controle mais viável para efetivação dos direitos fundamentais<sup>23</sup>.

E foi justamente tendo em vista desenvolver um ambiente concretamente democrático que emergiu na Europa, entre o final da primeira década e início da segunda, a idéia do controle concentrado de constitucionalidade das leis.

A referida idéia surgiu para rejeitar a possibilidade de todo e qualquer juiz poder efetuar dito controle, pois se buscava preservação tanto das idéias de separação dos poderes quanto de segurança jurídica, tão caras aos europeus, os quais sentiram em muitos momentos a força do poder ilimitado e o terror da insegurança jurídica.

Em virtude da necessidade de se impedir uma sociedade de poder concentrado e

suscetível a insegurança jurídica, entenderam que tão relevante tarefa não poderia ser acometida aos juízes, classe de burocratas investida de maneira não-democrática nas suas funções, assim como apenas preparados dentro de uma cultura extremamente legalista<sup>24</sup>.

Procuravam os arquitetos da nova sociedade européia instituir um órgão que efetuassem o controle de constitucionalidade das leis visualizando a constituição como um projeto de sociedade a ser efetivamente materializado, o qual se ancorava, antes de mais nada, na necessidade de garantir os direitos fundamentais, só possível dentro de um espaço democrático, só viabilizado em contextos caracterizados pela inexistência da concentração do poder. Projetaram, então, os Tribunais Constitucionais, cuja composição é efetuada de forma distinta da dos demais tribunais, isso como maneira de assegurar sua maior legitimidade, bem como sua consonância com um período histórico comprometido com a materialização de direitos caracterizadores do avanço do processo civilizatório.

Assim, o controle concentrado de constitucionalidade das leis surge para garantir segurança jurídica à sociedade<sup>25</sup>, tendo por base a rapidez do julgamento de uma lei ou ato normativo cuja constitucionalidade é questionada, tudo dentro de um processo objetivo, sem partes, sempre com a intenção de, a partir dessa decisão, que uniformiza tratamentos e atuações, agilizar a construção de uma sociedade rumo ao bem-estar social, só possível num ambiente democrático, porque reconhecedor da separação dos poderes como condição *sine qua non* para a garantia dos direitos humanos fundamentais<sup>26</sup>.

##### 5. A filosofia do controle concentrado de constitucionalidade das leis na ordem jurídica brasileira pós-88

Se a filosofia do controle concentrado de constitucionalidade das leis se assenta na necessidade de garantir os direitos humanos fundamentais, por meio do mecanismo

da valorização do sistema de separação dos poderes e da idéia de segurança jurídica, o constituinte de 1988, tendo em vista o atraso da sociedade brasileira na realização desse projeto, só poderia valorizar esse controle como forma de construir, no menor espaço de tempo possível, uma sociedade mais justa.

Assim, verifica-se que o controle concentrado de constitucionalidade das leis adotado no Brasil tendeu para esse caminho, o de construir, no menor espaço de tempo possível, uma sociedade mais justa, só pecando quando manteve a atribuição de guarda da Constituição a um tribunal ordinário, muito embora órgão de cúpula do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, acostumado a tomar decisões preocupado muito mais com filigranas formais que com a vontade de ver as normas inscritas na Constituição efetivamente materializadas.

Dáí ter alertado o constitucionalista Repetto que o trabalho do órgão controlador de constitucionalidade das leis não deve-se reduzir a comparar os preceitos constitucionais com a lei cuja constitucionalidade se discute, isso porque nem a lei nem a constituição têm um conteúdo fixo e determinado que o órgão controlador se limita a constatar<sup>27</sup>.

Apesar do alerta de REPETTO, o seu entendimento ainda não ecoou no Brasil, porquanto as normas jurídicas são vistas pela grande maioria dos juízes como razões operativas para justificar suas ações ou decisões, quando a boa orientação indica que não são, a menos que se as conceba como derivadas de princípios morais<sup>28</sup>.

Apesar dessa tradicional postura dos magistrados brasileiros, a preocupação maior do constituinte 1988 esteve voltada para criação de mecanismo para a garantia dos direitos fundamentais do homem, mediante mecanismos limitadores do poder e voltados para propiciar a segurança jurídica.

Em virtude dessa preocupação, deram grande destaque ao controle concentrado de constitucionalidade das leis, aquele efetuado por um único tribunal e da maneira mais



breve possível, provocador de consequências imediatas, com eficácia *erga omnes*.

Diante disso, parece correto o ensinamento de Repetto segundo o qual a extensão das garantias constitucionais reconhecidas aos particulares, a maior ou menor amplitude de competência que se reconheça aos diversos órgãos constitucionais, o caráter exclusivo ou concorrente, mínimo ou máximo da competência; a possibilidade para os particulares ou bem só para determinados órgãos constitucionais de solicitar a declaração de inconstitucionalidade, a oportunidade para solicitar esta e os efeitos de tal declaração nos indicam em benefício de quem se estabeleceu o controle de constitucionalidade<sup>29</sup>.

Isso, por si só, indica a vontade do legislador constituinte de ver o projeto de sociedade voltado para a materialização dos direitos humanos fundamentais rapidamente consolidado.

Dessa forma, o controle concentrado de constitucionalidade das leis na ordem jurídica brasileira pós-88 assenta-se na filosofia de consolidar a democracia por meio da materialização imediata dos direitos humanos fundamentais, daí a prioridade a um controle célere e em tese de constitucionalidade das leis, possível de ser efetuado por vários segmentos da sociedade civil brasileira.

### Notas

<sup>1</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. *Considérations sur le Gouvernement de Pologne* apud GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. 3. ed. Madrid: Manuales de la Revista de Occidente, 1953. p. 130.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>3</sup> MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na perspectiva da sociedade democrática: o juiz-cidadão. In: *Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão*. n. 4, 1995. p. 63. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción española por Alfredo Gallego Anmabitarte. 2. ed. e 4. reimpressão. Barcelona: Ariel, 1986. p. 215.

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução

por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 51-54.

<sup>5</sup> FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (org). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 98-99.

<sup>6</sup> SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional - como mudam as constituições*. Tradução por Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1996. p. 214-215.

<sup>7</sup> GARCIA-PELAYO. Op. cit., p. 131.

<sup>8</sup> BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 54.

<sup>9</sup> CHAUI, Marilena. Apresentação. In: LEFORT, Claude. *A invenção democrática: os limites do totalitarismo*. Tradução por Isabel Marva Loureiro. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 11.

<sup>10</sup> Defende-se essa idéia porque a existência de constituição escrita não implica, em absoluto, *ipso facto* uma garantia de distribuição e, portanto, limitação do poder, já que, cada vez com mais frequência, a técnica da constituição escrita é usada conscientemente para camuflar regimes autoritários e totalitários. Em muitos casos, a constituição escrita não é mais que um cômodo disfarce para a instalação de uma concentração do poder em mãos de um único detentor, o que faz com que a constituição esteja privada de seu intrínseco fim: a institucionalização e distribuição do poder político. LOEWENSTEIN, Karl. Op. cit., p. 214.

<sup>11</sup> ACKERMAN, Bruce. Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad. In: ACKERMAN, Bruce et al. *Fundamentos y Alcances del control judicial de constitucionalidad - investigación colectiva del centro de estudios institucionales de Buenos Aires. Cuadernos y Debates*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, n. 29, 1991. p. 13-31.

<sup>12</sup> ACKERMAN, Bruce, ROSENKRANTZ, Carlos F. Tres concepciones de la democracia constitucional. In: BRUCE, Ackerman et al. *Fundamentos y Alcances del control judicial de constitucionalidad - investigación colectiva del centro de estudios institucionales de Buenos Aires*. p. 13-31.

<sup>13</sup> *Id. Ibid.*, p. 16.

<sup>14</sup> *Id. Ibid.*, p. 22.

<sup>15</sup> *Id. Ibid.*, p. 23.

<sup>16</sup> NINO, Carlos S. Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad. In: ACKERMAN, Bruce et al. Op. cit., p. 122.

<sup>17</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Traducción por Marta Guastavino. Barcelona: Editorial Ariel, 1995. p. 289.

<sup>18</sup> DODROWOLSKI, Sílvio. *O pluralismo e o controle de poderes do Estado*. Florianópolis: UFSC, 1993. p. 206. (Tese de Doutorado).

<sup>19</sup> NINO, Carlos S. Op. cit., p. 125.

<sup>20</sup> DOBROWOLSKI, Sílvio. Op. cit., p. 99.

<sup>21</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução por Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 43.

<sup>22</sup> REPETTO, Raul Bertelsen. *Control de constitucionalidad de la ley*. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1969. p. 5.

<sup>23</sup> Note-se que aqui não se está falando de sociedades democráticas apenas formalmente, mas sim de sociedades efetivamente, materialmente democráticas e daquelas que tenham uma sincera disposição de tornarem-se democráticas.

<sup>24</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução por Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 88-89. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. [s.l.:s.n.], [s.d.]. p. 67.

<sup>25</sup> Não deve passar despercebido o fato de na Áustria, país onde nasceu o controle concentrado

de constitucionalidade das leis, por inspiração de Kelsen, existir a possibilidade de haver tratamento desigual diante de uma declaração de inconstitucionalidade de lei, isso em razão do efeito que produz, que é *ex nunc*, a fim de que seja garantido o princípio da segurança jurídica, que acaba ferindo o da igualdade, mais importante ainda. Vide CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., p. 104-114.

<sup>26</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., p. 84.

<sup>27</sup> Id. Ibid. p. 31.

<sup>28</sup> NINO, Carlos. Op. cit., p. 108 & BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Traducción por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Madrid: Editorial Civitas, 1987. p. 42-43.

<sup>29</sup> REPETTO, Raul Bertelsen. Op. cit., p. 6.

# Usucapião: doutrina e jurisprudência

Dilvanir José da Costa

## Sumário

1. Conceito e fundamentos. 2. Pressupostos. 2.1. Prescrição aquisitiva e extintiva: afinidades. 3. Efeitos. 3.1. Modo originário de aquisição. 4. Requisitos. 5. *Acessio possessionis*. 6. Posse com *animus domini*. 6.1. Inversão do título da posse. 6.2. Promessa de compra e venda. 6.3. A posse injusta como fonte de usucapião. 6.4. Furto e roubo. 6.5. Veículo furtado. 7. Posse contínua e pacífica. 8. Justo título e boa-fé. 9. Usucapião dos móveis: desnecessidade de ação, salvo automóvel e telefone. 10. Usucapião entre condôminos. 11. Usucapião de imóveis públicos. 12. Usucapião especial rural ou *pro labore*. 12.1 Terras devolutas. 13. Usucapião especial urbano: requisitos – termo inicial do prazo – área de até 250 m<sup>2</sup>. 14. Cláusula de inalienabilidade. 15. Conclusão.

## 1. Conceitos e fundamentos

Usucapião é o modo autônomo de aquisição da propriedade móvel e imóvel mediante a posse qualificada da coisa pelo prazo legal. Provém de *usus* (posse) e *capio, capere* (tomar, adquirir), ou seja, adquirir pela posse.

Desde a mais alta antiguidade se reconheceu a necessidade social desse instituto. O Direito Romano o disciplinou como modo de aquisição. A Igreja lhe fez restrições, por razões morais e com suporte no Direito Natural, pelo fato de admitir o usucapião uma expropriação sem indenização. Não assim o Direito Civil, sobretudo ao consagrar a propriedade com função social. Daí a colocação do instituto ao nível da utilidade

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.

social da *res judicata* e da presunção absoluta de conhecimento da lei.

O domínio perpétuo tem limites e condições. Ao proprietário não é dado negligenciar o seu direito, sob pena de perdê-lo no interesse social. Segundo um brocardo italiano, “o amor faz passar o tempo e o tempo faz passar o amor”. Até o amor se perde com o tempo...

A doutrina admite duas ordens de fundamentos para o usucapião: subjetivos e objetivos. 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 propriedade através dos séculos. Pelo princípio da filiação dos domínios, um só título ineficaz comprometeria todos os posteriores, ensejando ação reivindicatória imprescritível ou eterna, a ameaçar os atuais proprietários indefinidamente. Também sob o aspecto processual, a admissão da prova imemorial ou diabólica do domínio, com levantamento dos títulos através dos séculos, geraria o caos nos tribunais. Com o usucapião ou prescrição aquisitiva nada disso é necessário. A posse pacífica por vinte anos sana todos os vícios dos títulos e até prescinde dos mesmos, gerando um domínio por modo próprio e autônomo, tranquilizando os proprietários e, com eles, suas respectivas famílias e toda a sociedade. Por isso o usucapião contribui para a paz social. E também para o progresso, estimulando a posse e uso das coisas, sobretudo os imóveis.

## 2. Pressupostos

O usucapião decorre dos seguintes pressupostos lógicos:

I – ofensa ou violação de um direito subjetivo real (posse ou ocupação de objeto

móvel ou imóvel sem consentimento ou mesmo contrariando a vontade do respectivo dono);

II – nascimento da ação real para o titular ofendido (busca e apreensão, ação possessória ou reivindicatória etc. );

III – inércia ou negligência do titular em movimentar a respectiva ação ou outra medida interruptiva da prescrição;

IV – decurso do prazo legal de usucapião aplicável à espécie.

### 2.1. Prescrição aquisitiva e extintiva: afinidades

É grande a afinidade entre o usucapião ou prescrição aquisitiva e a prescrição extintiva. Basta atentar para os mesmos pressupostos lógicos:

I – ofensa ou violação de direito subjetivo pessoal ou obrigacional, de família ou sucessório (não-pagamento de dívida ou obrigação no vencimento etc. );

II – nascimento da ação respectiva;

III – inércia ou negligência do credor ou titular do direito;

IV – decurso do prazo legal.

Como consequência, em última análise, ocorre a perda do crédito ou do direito pessoal ou obrigacional. Dir-se-á que também aqui se verifica um fenômeno aquisitivo: o devedor se enriquece, liberando-se da dívida; assim como ocorre um fenômeno extintivo no usucapião: o titular do direito real o perde para o possuidor. Logo, há simetria entre a prescrição extintiva e o usucapião. São dois aspectos do mesmo fenômeno. Não foi sem razão que o Código Civil francês regulou os dois institutos conjuntamente (arts. 2.219 a 2.281). Mas andou bem o nosso código em regular o usucapião na parte especial, como modo autônomo de aquisição da propriedade e dos direitos reais de gozo.

## 3. Efeitos

A consequência imediata do decurso do prazo legal da posse com os demais requisitos é a aquisição do direito real por usucapião,

modo autônomo que joga por terra o direito anterior, inclusive o registro imobiliário do imóvel. Técnica e juridicamente, esse efeito é consequência imediata e lógica do decurso do prazo legal na posse, independentemente da ação declaratória de usucapião e do registro público da respectiva sentença, ambos com efeito apenas declaratório de um direito adquirido ou constituído anteriormente. Tanto é lógico e correto que a Súmula 237 do STF admite a arguição eficaz de exceção de usucapião em defesa, na ação reivindicatória movida pelo proprietário inscrito no registro imobiliário contra o possuidor que já preencheu os requisitos do usucapião. Mas a sentença que reconheça o usucapião nessa hipótese só terá eficácia ali, entre as partes, para evitar a saída do possuidor qualificado.

Para aperfeiçoar e valorizar o seu direito real, ensejando a sua alienação e oneração e o pleno exercício, faz-se necessária a ação declaratória de usucapião, esta sim com eficácia *erga omnes* e citação não só do proprietário inscrito no registro público como dos confinantes e terceiros eventuais interessados, estes por editais. Somente a sentença neste processo pode ser lançada no registro público, com efeito declaratório apenas mas aperfeiçoador do domínio, ensejando a alienação normal do imóvel e a constituição de outros direitos reais como o usufruto, a servidão e a hipoteca.

O possuidor de imóvel, com prazo de usucapião completado ou não, pode até alienar a sua posse, mas só aliena direito e ação.

É tal como ocorre na sucessão hereditária, em que o domínio se transfere aos herdeiros no momento da morte do proprietário, mas aqueles têm de aperfeiçoar seu direito, especificando, identificando e quantificando a herança em procedimento próprio de inventário, cuja sentença de adjudicação ou partilha de imóvel é levada ao registro público, com efeito declaratório mas ensejador do pleno exercício de todos os direitos reais sobre a coisa. Assim como o possuidor

no usucapião, o herdeiro pode alienar ou ceder direitos hereditários antes da adjudicação ou partilha.

O efeito imediato da aquisição por usucapião, tecnicamente, com o implemento do prazo, enseja uma questão: qual a consequência se o possuidor vem a perder a posse após o decurso do prazo legal, inclusive a perda para o proprietário inscrito no registro imobiliário?

Obviamente, quem perde a posse deve reagir com a ação adequada, inclusive contra o dono. Nessa ação mesma poderá ser argüido o usucapião. Posteriormente seria acionada a declaratória *erga omnes*.

Mas se não se move a possessória e o tempo vai passando, qual seria o destino do usucapião já consumado? Antes de tudo, é condição fundamental da ação de usucapião ser o autor possuidor (art. 941 do CPC), tanto que os artigos 942 e 943 até exigiam justificação prévia da posse e só foram alterados por razões de economia processual. Logo, deve o possuidor esbulhado tentar antes de tudo recuperar a posse, argüindo, inclusive, usucapião.

Outro efeito do usucapião é retroagir à data do início da posse, o que parece contraditório com o efeito acima referido, de se operar no momento da implementação do prazo legal da posse. Por razões outras é que ocorre a retroação, a fim de se afastar a pretensão de indenização pelo uso da coisa alheia antes do decurso do prazo. O Código Civil português de 1966 é expresso quanto a esse efeito: “Invocada a usucapião, os seus efeitos retrotraem-se à data do início da posse” (art. 1.288).

### 3.1. *Modo Originário de aquisição*

O usucapião constitui modo originário de aquisição, segundo a maioria da doutrina e da jurisprudência, e, por isso, não havendo transmissão de direito real, não gera o imposto respectivo. O artigo 945 do CPC refere-se a outros tributos. Conferir: TJSC, ap. 29.161 in JC 61/102; TJRJ, ADCOAS, 1988, nº 118.220; TJSP, RT 635/206, RJTJSP 107/239,

109/277; STJ, REsp. 23-PR, RSTJ 5º/307; STF, acórdão do Pleno no RE 94.580-RS, in RTJ 117/652-667, fundamentado em erudito voto do Ministro Moreira Alves, concluindo que: a) o art. 110 do CTN proíbe a lei tributária de alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados pela Constituição para definir ou limitar competências tributárias; b) no usucapião não ocorre transmissão a qualquer título, de imóveis ou de direitos reais sobre imóveis, e por isso os autores nacionais e estrangeiros que arrola o consideram modo originário de aquisição (segue-se uma série de juristas eminentes, entre os quais Pontes de Miranda e Orozimbo Nonato, relator do precedente no RE 9.056, in RF 121/77. Em consequência, foi julgado inconstitucional o texto da lei estadual exigindo o tributo.

Contestando a tese oposta da aquisição derivada no usucapião (Brinz, Caio Mário), o Ministro Moreira Alves acentua que o critério verdadeiro para a distinção é a existência ou não de transmissão e não o fato de a coisa ter tido dono anteriormente.

#### 4. Requisitos

##### BENS IMÓVEIS

###### *Usuc. ord.*

10 anos de posse contínua e pacífica entre presentes ou 15 anos entre ausentes, com *animus domini*, justo título e boa-fé (art. 551).

###### *Usuc. extr.*

20 anos de posse contínua e pacífica, com *animus domini* e independente de título e boa-fé (art. 550).

##### BENS MÓVEIS

###### *Usuc. ord.*

3 anos de posse contínua e pacífica, com *animus domini*, justo título e boa-fé (art. 618).

###### *Usuc. extr.*

5 anos de posse contínua e pacífica, com *animus domini* e independente de título e boa-fé (art. 619).

#### 5. Acessoio possessionis

O possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido, acrescentar à sua posse a do seu antecessor, sendo ambas contínuas, pacíficas e *animus domini* (art. 552). A falta de documentos que comprovem a *accessio possessionis* não fica suprida por vagos depoimentos (TJGO, ap. 36.268-5, BDI, 1995, nº 24, p. 14). Não tem posse *ad usucapionem* quem a recebeu de mero detentor, que a exercia sob a dependência do verdadeiro possuidor (TA-PR, ap. 55.832-7, COAD N/T, 1994, nº 23, sum. 65.768). É necessária a cessão de direitos por parte de todos os herdeiros do antigo possuidor (TJSP, ap. 250.425-1, BDI, 1997, nº 3, p. 16).

#### 6. Posse com animus domini

Depois da posse e do tempo, o grande requisito do usucapião vem a ser o qualificativo da posse, que se designa em doutrina como posse *animus domini*, que se traduz literalmente “com animo ou intenção de dono” e tecnicamente “com pretensão de dono”. Em nosso Código Civil e na Constituição, esse requisito vem com a expressão “possuir como seu”. Vulgarmente e até na jurisprudência se diz “posse em nome próprio”, para se distinguir da posse em nome alheio, que não gera usucapião. Qualquer das expressões deixa dúvida sobre o verdadeiro sentido ou conteúdo desse requisito legal, que pode ser apreendido melhor recorrendo-se à idéia contrária. Assim, não possui “como seu” quem tem posse contratual, pela qual se reconhece o domínio de outro sobre o objeto. Exemplos típicos são o locatário, o comodatário, o depositário, o empregado e similares, os quais não podem adquirir por usucapião (arts. 486 e 487). Nas posses contratuais, o possuidor direto não exclui a posse do possuidor indireto, impossibilitando-se o usucapião por falta do requisito “posse exclusiva”.

A propósito, os tribunais têm decidido:

“Não tem posse em nome próprio quem se acha em relação de depen-

dência para com outro, conservando a posse em nome deste e em cumprimento de suas ordens ou instruções. É a situação da filha em relação ao pai (Carvalho Santos, CCB Interpret., vol VII, p. 33) ou vice-versa, como na espécie. É fâmulos da posse ou mero detentor. Logo, não pode transmitir a outrem (*accessio*) o inexistente.” (TAC-PR, ap. 55.832-7, BDI, 1994, nº 13, p. 11).

“Meros prepostos ou fâmulos não exercem posse em nome próprio mas sim em caráter provisório ou precário.” (TJPR, ap. 25.032-8, COAD, N/T, 1994, súm. 64.488).

“A posse por mera permissão do *de cuius* é precária, não se computando para fins de usucapião. Aberta a sucessão, estabeleceu-se condomínio entre os herdeiros, afastando o usucapião por falta de posse exclusiva.” (TJBA, ap. 20.344-3, j. 11-6-96, COAD, N/T, 1997, nº 20, súm. 78.408).

### 6.1. Inversão do título da posse

Mesmo nas posses contratuais, entretanto, pode, excepcionalmente, vir a ocorrer o requisito, por meio do instituto da inversão do título da posse. É o que ocorre quando o contratante possuidor rompe o pacto e desafia o dono, passando a comportar-se como proprietário (não paga aluguel, desobedece às ordens do dono, constrói acessões e benfeitorias, enfim, passa a agir com toda a aparência e arbítrio de proprietário, sem que este reaja durante o tempo necessário à consumação da prescrição aquisitiva). O usucapião está sempre associado à idéia de renúncia presumida do proprietário da coisa possuída.

### 6.2. Promessa de compra e venda

Questão polêmica é a do contrato de promessa de compra e venda, em que o promissário cumpre todas as obrigações e não consegue a escritura espontaneamente nem a adjudicação compulsória do imóvel,

por falta dos requisitos desta. Mesmo tendo posse vintenária do imóvel, o Supremo Tribunal Federal vinha negando o usucapião, sob o fundamento de falta do requisito “possuir como seu”. Segundo a Suprema Corte, liderada na questão pelo Ministro Moreira Alves, na promessa de compra e venda o promissário reconhece o domínio do vendedor. *Data maxima venia*, não tem lógica essa jurisprudência e, portanto, a promessa de compra e venda deve ser excluída do rol das posses contratuais, para efeito de usucapião.

Seria um contra-senso reconhecer o usucapião em favor de quem esteja na posse sem efetuar qualquer pagamento pela coisa, visando sua aquisição, e não o reconhecer em favor daquele que está na posse com a intenção de adquirir o domínio e até já resgatou o seu preço... O rigor técnico não pode prevalecer contra a lógica e o bom senso.

Mas a situação já mudou. Ao contrário do Supremo Tribunal, que não reconhecia *animus domini* no promitente comprador, o Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo até *justo título*, ensejador de usucapião ordinário (REsp. 32.972-SP, 3ª Turma, DJU 10-6-96, p. 20.320, BDI, 1996, nº 25, p. 22, adiante transcrito a propósito de justo título), assim como passou a reconhecer (contrariando o STF), ao promissário de boa fé, o direito a embargos de terceiro contra a penhora do imóvel por dívida do promitente vendedor, independentemente de inscrição da promessa no registro imobiliário (Súmula 84 do STJ).

Tão cabível é o usucapião na promessa que até se recomenda nas hipóteses de documentação incompleta ou mesmo complicada, em virtude de sucessões não regularizadas, conforme decidido pelo TJSP na Apelação 269.631-2/0, *in* BDI, 1997, nº 15, p. 26.

### 6.3. A posse injusta como fonte de usucapião

Vimos que as posses contratuais não geram usucapião, não só porque existe nelas o reconhecimento do domínio alheio por

parte do possuidor (falta de *animus domini*), como porque coexiste a posse indireta do proprietário (posse não exclusiva do possuidor – art. 486).

Também não geram usucapião as meras detenções ou ausência de posse, obviamente, exercidas pelos fâmulos ou servidores da posse (caseiros, administradores, agregados e similares – art. 487), bem como as decorrentes de mera permissão ou tolerância dos verdadeiros possuidores (detenções por parentes, amigos ou vizinhos – art. 497, 1ª p.).

Vimos que essas posses contratuais e as meras detenções podem, eventualmente, transformar-se em posses *ad usucapionem* ou em nome próprio, pelo fenômeno da inversão do título respectivo, desde que o detentor ou o possuidor em nome alheio se insurja contra o verdadeiro possuidor e passe a se comportar como esbulhador, sem a competente reação da vítima durante o prazo da prescrição aquisitiva.

Quais seriam então, por exclusão, as posses que se enquadram como fontes típicas de usucapião? Apontamos as seguintes hipóteses principais: a) a transmissão voluntária da posse pelo titular a terceiro, em caráter exclusivo (alienação do direito de posse); b) a posse resultante de abandono da coisa pelo possuidor; c) e a posse injusta ou resultante de violência (esbulho), ocupação clandestina e aquela a título precário (apropriação), desde que o possuidor ofendido não reaja contra tais usurpações do seu direito. Omitindo-se o possuidor ofendido, a posse injusta se instala e pode dar origem ao usucapião. Tais fenômenos se acham disciplinados mais claramente no Código Civil português de 1966 ( aquisição e perda da posse ).

Argumentar-se-á que tais atos são contra a posse, ensejando os interditos, e não geradores de posse. Isso é correto desde que haja e enquanto durar a reação do possuidor legítimo. Não havendo ou cessando a reação, cessa tecnicamente a violência e começa a contar prazo de usucapião em

favor do possuidor violento. O mesmo em relação à posse clandestina, desde que tornada pública, e ao precarista que inverte o título. O Código Civil português é claro a propósito:

“Se a posse tiver sido constituída com violência ou tomada ocultamente, os prazos da usucapião só começam a contar-se desde que cesse a violência ou a posse se torne pública” (art. 1297).

“Os detentores ou possuidores precários não podem adquirir para si, por usucapião, o direito possuído, excepto achando-se invertido o título da posse; mas, neste caso, o tempo necessário para a usucapião só começa a correr desde a inversão da posse.” (art. 1290).

Veja ainda nosso estudo sobre “o sistema da posse “ na” Revista de Informação Legislativa”, Senado Federal, nº 139, p. 109–117 e na “Revista dos Tribunais”, v. 757, p. 703–714.

#### 6.4. Furto e roubo

Assim como o esbulhador do imóvel, que afasta o dono pela força, pode vir a usucapir, também o ladrão ou assaltante pode vir a adquirir por usucapião extraordinário, que sana todos os vícios da posse. Temos de separar o direito de propriedade sobre as coisas, mesmo furtadas ou roubadas, e seus modos de aquisição, tecnicamente, de outros aspectos do furto e do roubo. O autor do crime responde penalmente pelo fato na via própria. E pelo ilícito civil responderá também com perdas e danos perante a vítima do furto ou roubo, indenizando-lhe o valor do objeto subtraído, lucros cessantes etc. no prazo prescricional das ações pessoais. Mas o objeto furtado ou roubado passa a integrar o seu patrimônio ou de terceiro possuidor de boa ou de má fé, após cinco anos de posse contínua, pacífica e pública, que é essa a técnica dos modos de aquisição da propriedade. Antes da prescrição aquisitiva, cabe, obviamente, a ação real de busca e apreensão da coisa.



Eis, a propósito, a lição de Pontes de Miranda:

“A *res furtiva*, que era espécie de *res vitiosa*, não podia ser usucapida. Não, assim, hoje em dia. O ladrão pode usucapir; o terceiro usucape, de boa ou de má fé, a coisa furtada” (“Tratado de Direito Privado”, Borsoi, Rio, 1956, v. XV, parágr. 1.697, nº 2, p. 111).

#### 6.5. Veículo furtado

Em v. acórdão de 17 de maio de 1990, o egrégio Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul examinou o tema sob esta ementa:

“Automóvel furtado. Reconhece-se usucapião extraordinário pela posse superior a cinco anos, mesmo que o primeiro adquirente conhecesse o *vitium furti*. ‘O ladrão pode usucapir; o terceiro usucape, de boa ou de má fé, a coisa furtada’ (Pontes de Miranda). Sentença confirmada.”

Merecem destaque neste estudo os seguintes fundamentos do voto do Juiz Jauro Duarte Gehlen:

“Já Lafayette, no seu clássico ‘Direito das Coisas’, giza na nota nº 55 ao § 66 da obra que: ‘As coisas imóveis *vi possessae* e os móveis furtados – *res furtivae* – segundo o Direito Romano, não podiam ser prescritas nem mesmo pelo adquirente que em boa-fé as houvesse recebido do autor do esbulho ou do furto’ (...). Esse rigor não foi aceito pelo direito moderno. De fato, a posse do terceiro adquirente não traz em si o vício da posse anterior. Por que, pois, negar-lhe a virtude de produzir a prescrição?’” (op. cit., Ed. Rio, 1977, p. 228/229).

“Cita o eminente Relator lição de Pontes, segundo a qual até mesmo ‘o próprio ladrão pode usucapir’. E isso corresponde à melhor interpretação doutrinária que sobre o tema se pode fazer, como já se viu supra. Permitirmo-la, porém, acrescentar a lição de Lenine Nequete sobre o tema, para que possa

ser mais facilmente apreendido. Aqui se adentra em área pouco explorada pela nossa doutrina, é verdade, qual a do termo inicial para a contagem dessa posse, o que já foi motivo de críticas do prof. Raul Chaves em seu artigo ‘A usucapião e o crime’ (*in* Estudos Jurídicos em Homenagem à Faculdade de Direito da Bahia, Ed. Saraiva, 1981, p. 51-79). Se no direito anterior, como anota Lenine, ‘em que não se dispensava a boa-fé, o criminoso em tempo algum poderia prescrever, apenas podendo-se fazê-lo quando o terceiro viesse a lhe adquirir a coisa ignorando-lhe o vício’ (op. cit., p. 181), já no Direito moderno existem legislações, como as da Espanha e do México, exemplificativamente, que expressamente prevêm que: ‘A posse hábil para o ladrão e seus cúmplices ou acobertadores só começa a fluir uma vez prescrita a ação penal ou extinta a pena porventura concretizada na sentença’ (idem, *ibidem*).

No Direito brasileiro, segundo o já citado prof. Raul Chaves e Lenine Nequete, e a partir do pressuposto de que os interesses tutelados pelo Direito Penal devem prevalecer sobre aqueles mais privatísticos do Direito Civil, há que igualmente se entender que: a) enquanto não prescrita a ação penal não pode o criminoso, ainda que revista a sua posse os requisitos *ad usucapionem*, invocar a prescrição aquisitiva; b) prescrita, todavia, a ação penal, assiste ao criminoso aquele direito, computando-se a posse desde o seu início; c) ajuizada a ação penal, mas declarada extinta a pena na sentença irrecorrida, a posse até então decorrida fica inutilizada, aplicando-se o art. 74 do CPP, isto é, a restituição da *res furtiva* ao lesado, com perdas e danos; d) absolvido o acusado, toda a posse decorrida antes da ação penal, como a entre esta e a sentença, será

aproveitada para a contagem *ad usucapionem*, não se podendo considerar interrompida por via de processo onde não se concluiu pela condenação.

No concernente ao terceiro aqui-rente, exatamente a hipótese dos autos, também lapidar a conclusão de Lenine Nequete nesse aspecto: ‘... quanto ao terceiro que adquiriu do criminoso a coisa, das duas uma: ou a aquisição se operou com justo título e boa fé e, nesta hipótese, *tollitur quaestio*; ou, pelo contrário, o adquirente sabia ou tinha razões para suspeitar da origem criminosa da mesma e, então, terá ele incorrido igualmente em delito (de receptação, dolosa ou culposa), situação na qual colherão a seu respeito todas as observações expendidas supra.’ (idem, *ibidem*, p. 182).

Torno a enfatizar que, na espécie, o autor/apelado se enquadra na primeira dessas hipóteses, pelo que, conclui-se com o monografista citado, *tollitur quaestio*.” (TARS, 4<sup>a</sup> Câm. Cível, Ap. 190012799 in JTARCS, n<sup>o</sup> 75, p. 173–176)

Confirmam a tese as seguintes decisões:

“Usucapião – Automóvel adquirido por meio de estelionato – Novas transferências do carro – Improcede reivindicatória de coisa móvel, contra quem já possui esta, por mais de três anos, pacificamente, com justo título e boa fé”. (TJSP, ap. cível 73.681)

“Usucapião – Bem móvel – Veículo automotor – A circulação de veículos automotores nas vias terrestres do país exige o certificado de registro expedido na conformidade do Código Nacional de Trânsito (art. 53, *caput*). Havendo dúvida sobre o número real do chassi, não coincidente o de fábrica com o existente na peça, aquele que pretende ver regularizado o veículo em seu poder junto à repartição administrativa do trânsito pode-se valer da ação de usucapião visando ao reconhecimento de seu domínio.

Desnecessária, na hipótese, a realização da audiência preliminar de justificação de posse, devendo toda a prova ser produzida em audiência de instrução e julgamento. Por outro lado, desnecessária também a presença obrigatória do Ministério Público: não se cuida de usucapião de terras particulares, quando a lei expressamente a exige (arts. 944 e 246 do CPC), mas de usucapião de bem móvel, pelo procedimento sumaríssimo, nos termos do art. 275, II, “a” do CPC, para a qual a lei não exige essa intervenção obrigatoriamente.” (1<sup>o</sup> TACSP, Ap. 413.082-5, 7<sup>a</sup> Câm., j. 13-6-89, rel. Juiz Osvaldo Caron, in RT 644, p. 106)

“Ação de usucapião – Bem móvel – Furto – A dificuldade da apuração da vítima do furto do automóvel usucapiendo, para permitir sua citação pessoal, ante a adulteração do número do chassi, é superável pela publicação de edital, na forma do art 231, I, CPC, sem prejuízo do chamamento dos interessados certos, ou seja, aqueles que, ultimamente, mantiveram registrado o veículo em seus nomes. Sentença desconstituída. Apelo provido.” (TA-RS – Ac. unân.da Câm. Fér. Cív., de 19-1-94 – Ap. 193.213.295 – Rel. Juiz Breno Mussi, in COAD, N/T, 1994, n<sup>o</sup> 38, súm. 66.785).

### 7. Posse contínua e pacífica

Para rápida inteligência dos dois conceitos *supra*, aproveitamos o exemplo do ladrão. Desde que permaneça, ininterruptamente, por cinco anos, na posse da coisa furtada; desde que não seja molestada a sua posse pelo dono durante esse prazo, teremos aí presentes os dois requisitos. Deixa de ser pacífica, por exemplo, se houve interrupção da prescrição da ação real por uma forma típica.

A propósito, decidiu o colendo STJ:

“Posse contínua. O ato formal de interrupção do prazo afasta a prescri-

ção aquisitiva.” (REsp. 21.228-8-BA, DJU 10-12-93)

“Posse pacífica. Não perde o caráter a posse contestada via ação possessória julgada improcedente, ainda com liminar de reintegração”. (REsp. 6.569-SP, DJU 3-8-92).

### 8. *Justo título e boa-fé*

Esse é um requisito para o usucapião ordinário ou de prazo menor. Para adquirir o domínio em prazo mais curto, o adquirente há de ter não apenas o *animus domini* ou pretensão de dono, mas sim a *convicção* de ser dono da coisa. Ele acredita e confia que seja o legítimo dono, em face do justo título de domínio de que dispõe, embora esse título seja ineficaz por algum motivo e ele desconheça o seu vício.

Logo, justo título é o título hábil, em tese, para transferir o domínio, embora ineficaz, nulo ou anulável (escritura falsa, aquisição a *non domino* etc. ). Boa-fé é desconhecer o defeito do título. Tendo o título e confiando nele o possuidor, merece tornar-se dono por usucapião mais rapidamente, convalidando o seu domínio adquirido por transcrição ou tradição ineficazes.

O conceito de justo título vai-se ampliando à medida que a lei e a jurisprudência vão reconhecendo novos direitos ao promitente comprador de imóvel, tais como os embargos à penhora independente de registro imobiliário do compromisso (Súmula 84 do STJ) e a outorga compulsória da escritura definitiva por meio de sentença, conforme o último figurino do art. 84 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor), transplantado para o art. 461 do CPC. O STJ não considerou justo título a promessa de venda por instrumento particular *não registrável* (RSTJ 4º/1.468) e a promessa de cessão de direitos não registrada (AI 121.060-RS, DJU 19-12-96), esta última assim ementada: “A promessa de cessão de direitos sobre imóvel, sem registro no álbum imobiliário, não é considerada como justo título para fins de usucapião.” Mas a decisão em harmonia com a

Súmula 84 e com as novas tendências da legislação sobre a promessa de compra e venda é a seguinte:

“Usucapião ordinário. Promessa de compra e venda. Justo título. Conceito. Tendo direito à aquisição do imóvel, o promitente comprador pode exigir do promitente vendedor que lhe outorgue a escritura definitiva de compra e venda, bem como pode requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.

Segundo a jurisprudência do STJ, não são necessários o registro e o instrumento público, seja para o fim da Súmula 84, seja para que se requeira a adjudicação. Podendo dispor de tal eficácia, a promessa de compra e venda, gerando direito à adjudicação, gera direito à aquisição por usucapião ordinário. Inocorrência de ofensa ao art. 551 do Cód. Civil. Recurso conhecido pela alínea “c”, mas não provido.” ( REsp. 32.972-SP, rel. Min. Cláudio Santos, DJU 10-6-96, p. 20.320).

### 9. *Usucapião dos móveis: desnecessidade de ação, salvo automóvel e telefone*

Somente o artigo 550 do Código Civil, relativo ao usucapião dos imóveis, contém esta exigência:

“... podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para a transcrição no registro de imóveis”.

Relativamente aos móveis, o artigo 618 limita-se a dizer:

“Adquirirá o domínio da coisa móvel o que a possuir como sua, sem interrupção, nem oposição, durante três anos”.

Por sua vez, o Código de Processo Civil só regula a ação de usucapião de terras particulares (arts. 941–945).

O usucapião dos móveis comuns é automático. Independe de ação declaratória.

Nos imóveis, é necessária a ação para aperfeiçoar o domínio, inclusive com o registro declaratório, ensejador da alienação e da constituição de outros direitos reais. Nos móveis comuns, nada disso é necessário. O usucapiente já tem posse e, portanto, tradição, que presume o domínio. Se o eventual pretense proprietário vier com a busca e apreensão ou reivindicação, o possuidor se defenderá com a exceção de usucapião e basta.

Eventualmente pode-se exigir a ação, por analogia com os imóveis, quanto a certos móveis que dependem de registro policial ou administrativo, como o automóvel, para efeito desse registro e liberação ao tráfego. O mesmo com relação ao telefone. Segue o procedimento sumário do artigo 275, II, “a”, do CPC (1º TACSP, RT 644/106).

A propósito do telefone, há decisões considerando sua assinatura um direito pessoal, não usucapível. Mas a tendência hoje é considerá-lo um bem patrimonial objeto de posse, uso e locação, negociável, penhorável e, portanto, usucapível, conforme as seguintes decisões do Superior Tribunal de Justiça e de outros tribunais: REsp. 41.611-6-RS, 3ª Turma, DJU 30-5-94; REsp. 64.627-8-SP, 4ª Turma, DJU 25-9-95; RT 713/226, 723/298; JTA 145/498; RTJE 136/137.

### 10. Usucapião entre condôminos

Caio Mário da Silva Pereira, com apoio em Lafayette, Assis Moura e Serpa Lopes, assim escreveu a esse respeito:

“E em nosso direito, assim antigo quanto moderno, não tem cabida o usucapião entre condôminos; uma vez que não é lícito a um excluir da posse os demais, mostra-se incompatível com esta modalidade aquisitiva a condição condominial, que por natureza exclui a posse *cum animo domini*.” (“Instituições de Direito Civil”, Forense, Rio, v. IV, 9ª ed., nº 307, p. 114).

Não é bem assim hoje na jurisprudência. A questão não seria não ser lícito a um excluir da posse os demais, mas sim o fato de um condômino descumprir a norma e excluir de fato os demais da posse, como acontece. Nem o condomínio exclui por natureza a posse com ânimo ou pretensão de dono, fenômeno subjetivo que pode ocorrer até por inversão do título nas posses contratuais. A tendência moderna é admitir o usucapião entre condôminos, desde que presentes os requisitos da posse exclusiva de um deles, localizada ou sobre todo o imóvel, com *animus domini* e diante da inércia dos demais pelo prazo legal. A posse em nome próprio é decisiva e dependerá das circunstâncias e da prova.

Vejam-se estas decisões:

“Para obter usucapião sobre imóvel em condomínio, o condômino deve provar sua posse com exclusão dos direitos possessórios dos demais. Estes não precisam residir no imóvel para conservar seus direitos.” (RT 502/79, 538/55, 544/73).

“Para que a posse do herdeiro seja obstáculo à partilha é de mister que ela se exerça com exclusão dos demais.” (RT 525/7).

“A ação de usucapião não pode ser proposta pelo herdeiro contra os outros, quando não manifesta a intenção de possuir com exclusividade.” (RJTAMG 58/59, p. 92).

“Usucapião – Condomínio *pro indiviso* – Posse exclusiva do herdeiro sobre todo o imóvel com os demais requisitos. Inércia dos condôminos – Possibilidade – (RJTJSP 91/235, RT 680/94).

“Usucapião. Condomínio. Pode o condômino usucapir, desde que exerça posse própria e exclusiva sobre o imóvel. Caso, porém, em que exercia a posse em nome dos demais. Improcedência.” (STJ, REsp. 10.978-RJ, DJU 9-8-93).

## 11. Usucapião de imóveis públicos

Eduardo Espínola escreveu:

“Os bens públicos, de qualquer espécie, não podem ser adquiridos por usucapião. No direito anterior, os bens dominiais do Estado podiam ser adquiridos por usucapião extraordinário; mas o prazo requerido era de quarenta anos (Lafayette – Direito das coisas, cit., p. 169; Carlos de Carvalho – Nova Consolidação, art. 431, parágrafo único).

O Código Civil, porém, depois de classificar os bens públicos, no art. 66, dispõe no art. 67: ‘Os bens de que trata o artigo antecedente só perderão a inalienabilidade que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescrever.’ Alguns doutores e comentadores e uma parte da jurisprudência se pronunciaram contra o usucapião dos bens do domínio do Estado, em face do dispositivo do Código. A interpretação oposta foi admitida por diversos autores e por decisões dos tribunais. Mas em face dos dispositivos dos Decretos nºs 19.924, de 27 de abril de 1931, e 22.785, de 31 de maio de 1933, ficou definitivamente excluído o usucapião de quaisquer bens públicos: ‘Art. 2º (do Decreto – de 1933): ‘Os bens públicos, seja qual for a sua natureza, não são sujeitos a usucapião’.” (“Posse, Propriedade, Condomínio, Direitos Autorais”, Conquista, Rio, 1956, p. 221– 222 ).

A Súmula 340 do STF veio confirmar que o Decreto de 1933 era lei interpretativa ou apenas reiterava o que já dispunha o Código Civil. E fê-lo nestes termos:

“Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.”

O parágrafo 3º do artigo 183 e o parágrafo único do artigo 191 da vigente Constituição federal (1988) mantiveram o princípio amplo:

“Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.”

## 12. Usucapião especial rural ou pro labore

A propósito, Washington de Barros Monteiro escreveu:

“A Constituição de 1946, no art. 156, § 3º, secundando as de 1937 (art. 148) e 1934 (art. 125), instituiu outra modalidade de usucapião, o *pro labore*, em benefício daquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar, por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, trecho de terra não superior a vinte e cinco hectares, tornando-o produtivo pelo seu trabalho e tendo nele sua morada. Reunidos tais requisitos, o ocupante adquire a propriedade, mediante sentença declaratória, devidamente transcrita.

De acordo com esse dispositivo, reproduzido na Lei nº 4.504, de 30-11-1964 (Estatuto da Terra), art. 98, o usucapião *pro labore* só pode concernir a prédio rústico, isto é, a imóvel rural destinado à pecuária e à agricultura, ou outra atividade produtiva. Não se estende, destarte, a terrenos urbanos ou citadinos. Distingue-se o usucapião *pro labore* do previsto pelo Código Civil, porquanto seu objetivo é a fixação do homem no campo. Requer ocupação produtiva do imóvel, devendo neste morar e trabalhar o usucapiente.

Para o seu reconhecimento judicial, dispensam-se justo título e boa-fé, mas não poderá abranger área superior a vinte e cinco hectares. Por último, anote-se ainda que até bens públicos podem ser objeto dessa forma de usucapião (Dec.-lei nº 9.760, de 5-9-1946, art. 5º, parágrafo único; Dec.-lei nº 710, de 17-9-1938, art. 12, § 1º; Lei nº 4.504, de 30-11-1964, arts. 97 – 102).” (“Curso de Direito Civil”, Direito das Coisas, Saraiva, SP, 14ª. ed., p. 130-131).

A Constituição federal de 1967 (art. 164) e a Emenda nº 1 de 1969 (art. 171) regularam a matéria nestes termos:

“A lei federal disporá sobre as condições de legitimação da posse e de preferência para aquisição, até cem hectares, de terras públicas por aqueles que as tornarem produtivas com o seu trabalho e o de sua família.”

Houve então quatro inovações: a) a Constituição delegou à lei federal a disposição sobre a matéria, em vez de regular diretamente; b) aumentou a área de terra para até cem hectares; c) referiu-se a terras públicas; d) não mencionou prazo de ocupação.

Cumprindo a delegação constitucional, a Lei nº 6.969, de 10-12-81, assim regulou a “aquisição de imóveis rurais por usucapião”:

a) limitou a área a 25 hectares ou ao módulo rural superior; b) referiu-se a “terras particulares e terras devolutas em geral”; c) fixou em cinco anos o prazo de ocupação.

Sobreveio a Constituição federal de 1988, que, em seu artigo 191 e respectivo parágrafo único, fixou os seguintes requisitos para o usucapião especial rural:

a) não ser o postulante proprietário de imóvel rural ou urbano;

b) possuir com *animus domini*;

c) pelo prazo de cinco anos, sem interrupção nem oposição;

d) área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares;

e) tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família e tendo nela sua morada;

f) o imóvel não pode ser público.

### 12.1. Terras devolutas

Como espécies do gênero “imóveis públicos”, as terras devolutas estariam excluídas do usucapião pelo parágrafo único do artigo 191 da Constituição, amplo e incisivo. Estaria derogada a Lei nº 6.969/81 e restaurada a Súmula 340 do STF. Essa a maioria das opiniões (Theotônio Negrão, CPC, Usucapião Especial, Saraiva, 28ª ed., p. 1318, nota 1ª ao art. 2º da Lei 6.969/81; Maria Helena Diniz, Cód. Civil Anotado, Saraiva, 1995, nota ao art. 550).

O professor Sílvio Rodrigues entende que o artigo 188 da Constituição parece distinguir terras públicas de terras devolutas, para fins de política agrícola, criando nova espécie de bens dominiais, sujeitos ao usucapião (Rev. Liter. de Direito, SP, jan/fev/97, p. 8 e 9).

### 13. Usucapião especial urbano: requisitos – termo inicial do prazo – área de até 250 m<sup>2</sup>

O artigo 183 e seu parágrafo da Constituição federal de 1988 criaram nova modalidade de usucapião, com os seguintes requisitos:

a) posse contínua e pacífica, com *animus domini*, pelo prazo de cinco anos;

b) área urbana de até 250 m<sup>2</sup>;

c) utilização como moradia própria ou da família;

d) não sendo proprietário de imóvel urbano ou rural;

e) não recair sobre imóvel público.

Por se tratar de direito novo e a fim de evitar surpresa e afronta ao direito de propriedade, a jurisprudência vai-se firmando no sentido da contagem do prazo somente a partir da vigência da Constituição, como se pode conferir: TAMG: Ap. 122.426-0, BDI, 1993, nº 2, p. 23; TARS: 1ª, 4ª e 5ª Câmaras, BDI, 1993, nº 18, p. 12, JTARGS 81/145, 91/167, RT 705/92; TJSP: Ap. 194.233-1, BDI, 1994, nº 12, p. 22; Ap. 242.663-1, BDI, 1996, nº 14, p. 23; STF, RE 145.004-MT, j. 21.5.96.

Vale citar este julgado do TJSP na Ap. 203.229-1/9:

“Usucapião urbano – art. 183 CF.

Restou definitivamente assentado ocorrer impossibilidade jurídica do pedido de usucapião com base em posse anterior à CF. Seria surpresa iníqua e confisco odioso dos bens daqueles que confiavam no ordenamento jurídico.” (BDI, SP, 1994, nº 22, p. 19).

A propósito da redução de prazo de prescrição, já tivemos importante precedente

na Lei nº 2.437, de 7-3-55, que reduziu os prazos máximos de trinta para vinte anos, entre outros, cuja interpretação gerou a Súmula 445 do STF, segundo a qual a nova Lei se aplicou aos prazos em curso sem surpresa para os proprietários negligentes, em virtude do longo período de sua *vacatio legis* (publicada em 7-3-55, só entrou em vigor em 1º-1-56).

Logo, tratando-se de nova modalidade de usucapião e a fim de evitar surpresa para os proprietários, o prazo de usucapião especial urbano se conta a partir da nova Constituição que o instituiu.

Outro aspecto polêmico do usucapião especial urbano diz respeito ao requisito “área urbana de até 250 m<sup>2</sup>”. A interpretação literal excluiria até mesmo o terreno com acessão ou edificado. A interpretação sistemática incluiria o terreno edificado, recorrendo-se ao outro requisito: “utilização como moradia”. Não se mora nem sobrevive em simples área sem teto... Mas tal interpretação incluiria até mesmo um luxuoso apartamento de 250 m<sup>2</sup>, o que seria um contra-senso. Logo, a interpretação teleológica do instituto evita tais excessos. O texto refere-se a uma área de até 250 m<sup>2</sup>, com as acessões usuais dessa dimensão de terreno. Em regra, não se constrói uma mansão em 250 m<sup>2</sup>, mas uma habitação modesta ou popular. Por analogia, poder-se-á compreender, no conceito, um apartamento popular. Os demais exigiriam usucapião comum. Tudo que extrapolar a finalidade visada pela Constituição deverá ser excluído do usucapião especial. Na dúvida, não se aplica o usucapião excepcional, que visa proteger o possuidor de habitação popular.

#### 14. Cláusula de inalienabilidade

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime no RE 97.707-PR, sendo relator o Ministro Alfredo Buzaid, julgou, com apoio em Clovis Beviláqua, Barros Monteiro e Orlando Gomes, não usucapível o imóvel gravado de inalienabilidade. Só se admitem três exceções à inalie-

nabilidade: desapropriação, execução por dívidas fiscais e subrogação (RTJ 106/770).

A decisão não é pacífica. Como modo originário de aquisição (nº 3.1. *supra*), o usucapião não guarda relação com o proprietário anterior.

Além disso, o usucapião extraordinário supera todos os vícios possíveis da posse, conforme decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, a propósito de módulo rural (RJTJSP 141/194). A execução por dívida fiscal já se ampliou para atingir também o imóvel inalienável em condomínio, cujas taxas de administração são imprescindíveis.

#### 15. Conclusão

O usucapião é o mais poderoso modo de aquisição dos bens. Consagra por excelência o princípio *ex facto jus oritur*. Joga por terra registros imobiliários, aquisições por acessão e por sucessão hereditária.

Tem como requisitos básicos a posse qualificada dos bens e o decurso do tempo, e por fundamento subjetivo a renúncia presumida do proprietário negligente, que manifesta desprezo por seus bens. Até as coisas carecem de trato, assistência e vigilância.

Seu fundamento objetivo último reside na ordem pública e na paz social, que decorrem da segurança dos cidadãos e das famílias, confiantes na estabilidade de seu domínio sobre os bens essenciais da vida em sociedade. A segurança é de todos, proprietários titulados e simples possuidores a longo prazo. A estes o usucapião protege diretamente e àqueles, pela via indireta do reforço ou convalidação de seus títulos eventualmente defeituosos. Não haveria tranqüilidade se fosse eficaz ou proveitosa a pesquisa de nulidades nos títulos de domínio dos imóveis por gerações sucessivas e através dos séculos, pela *via crucis da probatio diabolica*.

Seu valor social decorre também da valorização da posse dos bens, com todos os consectários do uso e cultivo em proveito e benefício de todos, direta e indiretamente.

Mas, para evitar manipulações e artifícios na prática de tão relevante instituto jurídico, a lei o cerca de requisitos técnicos que exigem perícia no seu trato, a exemplo da posse com *animus domini*, que tanto desafia a argúcia dos profissionais do direito, aos quais prestamos modesta homenagem por meio dessa pesquisa.

### *Bibliografia*

BARROS MONTEIRO, W. Curso de Direito Civil. Direito das Coisas. SP: Saraiva.

BEVILÁQUA, Clovis. Direito das Coisas. Rio: Forense.

CHAVES, Raul. A usucapião e o crime in “Estudos jurídicos em homenagem à Faculdade de Direito da Bahia”. SP: Saraiva.

COSTA, Dilvanir José da. O sistema da posse. Artigo in Rev. de Inform.

Legislativa, nº 139, pp 109-117 e in RT 757/703-714.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. SP: Saraiva, art. 550.

ESPÍNOLA, Eduardo. Posse, propriedade, condomínio e direito autoral. Rio: Conquista.

GOMES, Orlando. Direitos Reais. Rio: Forense.

LAFAYETTE. Direito das Coisas. Rio: Freitas Bastos.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio: Forense, v. IV.

PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado, t.XV. Rio: Borsoi

RODRIGUES, Sílvio. Artigo sobre usucapião de terras devolutas in “Revista Literária de Direito”, jan/fev 1997, pp 8 e 9, SP.

SERPA LOPES, M.M. de. Curso de Direito Civil. Direito das Coisas. Rio: Freitas Bastos.

THEOTÔNIO NEGRÃO. CPC. Usuc. especial. SP: Saraiva.



# Ontologia jurídica e realidade – o problema da “ética da tolerância”

Alexandre da Maia

## Sumário

1. Ontologia *versus* retórica: tentativas de explicação do fenômeno jurídico. 2. O problema da ontologia na filosofia, em especial na filosofia do direito. 2.1. Colocações iniciais: metafísica, filosofia e ontologia. 2.2. A ontologia nas teorias clássicas do direito. 2.3. Análise crítica e novas formas de estudo. 3. “Ética da tolerância” e ontologia jurídica: caminhos possíveis. 3.1. Ontologia na realidade jurídica subdesenvolvida. 3.2. Por uma união entre perspectivas ontológicas e retóricas no direito: o problema da “ética da tolerância”. 3.3. Possibilidades de discussão para o futuro.

### *1. Ontologia versus retórica: tentativas de explicação do fenômeno jurídico*

A palavra “ontologia” vem do grego, em que a partícula *on* vem do participio que significa “o que é”, “o ente”, dando origem ao termo *ontos*. A indagação inicial, sugerida pela etimologia, busca investigar o que é o ente<sup>1</sup>. Discutir o tema da ontologia jurídica, pois, requer certos esclarecimentos de sentido de emprego do respectivo termo. Para tanto, há uma incursão pela análise de certos marcos que, a princípio, não seriam rigidamente fixáveis, mas que, em virtude da necessidade de se realizarem estudos com bases sólidas, requerem uma estipulação de “tipos ideais”<sup>2</sup> para efetivar tal mister. Tais tipos ideais, por conseguinte, podem não corresponder com total exatidão aos fenômenos da realidade; todavia, são formas de observar os fenômenos a partir

Alexandre da Maia é Mestre e doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Professor de Introdução ao Direito na Faculdade de Direito de Olinda – FADÓ/AESO. Mestrando em Teorias Críticas do direito pela *Universidad Internacional de Andalucía* – Espanha.

de *standards* que, mesmo não totalmente exatos, são necessários para a tentativa de análise da vida social.

O marco inicial deste estudo está na fixação do debate que cria uma certa semelhança entre a ontologia e a própria filosofia, o que seria uma metonímia<sup>3</sup>, em virtude de a ontologia ser uma espécie do gênero “filosofia”.

Por outro lado, como tipos ideais, cria-se a dicotomia entre a ontologia e a retórica<sup>4</sup>, ambos como formas de observação filosófica. A ontologia, que busca a análise do ser, defende a postura de que as formas de conhecimento existentes estão todas concentradas no próprio objeto de análise, buscando a fixação de uma idéia de essência. Portanto, a ontologia não permite a possibilidade de se elencarem perspectivas de abordagens alheias ao ser do analisado.

Por seu turno, o pensamento retórico parte de outro viés, por meio do qual a possibilidade do conhecimento existe também na necessidade de se agregarem outros elementos que, a princípio, seriam estranhos ao ser do objeto cognoscente, especificamente no que tange à teoria do discurso. Para o desenvolvimento do presente trabalho, optamos por uma análise do problema da ontologia filosófica no direito e quais os limites e as vantagens de um pensamento ontológico no direito.

A nossa escolha pelo presente tema se deve à utilização indiscriminada de palavras e, por conseguinte, de formas de pensamento que buscam muito mais legitimar o poder conferido do que criar uma idéia de conteúdo ao conhecimento, e, em especial, ao direito<sup>5</sup>. Observa-se por demais uma série de formas de argumentação que buscam difundir certas idéias como “democráticas”, ou “emancipatórias”<sup>6</sup>, sem, na verdade, haver uma preocupação com a fixação dos conteúdos de tais expressões. O que mais corrobora a nossa opinião é o fato de que, na maioria das vezes, tais formas de pensar estão sendo utilizadas de maneira distorcida. Tal distorção quase sempre ocorre por parte de quem quer que detenha quaisquer tipos

de poder, tais como o político, o religioso, e, em nossa seara, o jurídico, talvez um dos mais relevantes dentro do vasto elenco existente. Em outras palavras: uso da persuasão – entre outras estratégias – como forma de dominação, sem que haja uma fixação de conteúdo do método utilizado para dominar<sup>7</sup>.

O rol de exemplos é bastante extenso e, quase sempre, voltados para uma visão sistematizante do direito<sup>8</sup>. Veja-se, por exemplo, o emprego da palavra “democracia” de maneira totalmente descontrolada e no mais das vezes com a intenção de transmitir uma falsa idéia do que venha a ser uma prática de fato democrática, sendo, pois, uma visão distorcida, a fim de se obter quaisquer vantagens com tal forma de convencimento. Dizer-se democrático sem uma fixação de conteúdo da idéia do que isso significa, por exemplo, faz com que haja uma exacerbação dos elementos subjetivos, a tal ponto que cada qual, ao seu bel prazer, dentro de seus interesses, diga o que vem a ser democracia. E é exatamente nessa fixação aleatória que encontramos um desprezo por quaisquer formas de ontologia.

Percebe-se, então, que nossa concepção de ontologia é um corolário da idéia do ser em si, acrescentando-se as questões relativas ao conteúdo do objeto do conhecimento em análise. Logo, perquirir acerca da ontologia do direito significa a busca da análise de seu conteúdo, independentemente das formas de manifestação do fenômeno jurídico<sup>9</sup>.

Tal vazio ontológico pode trazer consequências nefastas às formas do conhecimento, podendo todas serem desvirtuadas dos seus objetivos. Todavia, uma ontologia pode demonstrar, no direito, uma falta de adequação de suas formas de manifestação – a princípio, dogmáticas<sup>10</sup> – ao mundo empírico. Logo, como a realidade social é um dado alheio ao modelo dogmático-estatal de estudo do direito para uns e, para outros, é parte integrante da essência do direito, percebe-se claramente que nem sempre a ontologia e a retórica estão em caminhos

distintos, por existir a possibilidade de uma ontologia baseada na tolerância argumentativa no direito, como veremos nas nossas conclusões.

Por outro lado, o apego à ontologia implica tomarmos como inexoráveis pontos de partida previamente estipulados e/ou perceptíveis por meio de métodos gnoseológicos. Ou seja, determinadas formas de conhecimento nos são passadas na forma de *dados a priori*, que, por possuírem tal natureza, não podem ser contraditados, e sim tomados como pontos primeiros de referência no estudo de determinado ramo do conhecimento. No direito, por exemplo, o “ontologismo” pode ser muito bem exemplificado a partir do positivismo jurídico e do jusnaturalismo, ambos formas de tentativa de fixação de uma ontologia, mas de abordagens epistemológicas distintas.

Alguns autores acentuam que, na filosofia do direito de hoje, não se permite mais uma visão do direito a partir de um viés ontológico, haja vista que tal vertente teórica poderia, na verdade, limitar as formas de conhecer o direito, especificamente ignorando o papel da linguagem no direito etc<sup>11</sup>. Todavia, a total falta de apego à ontologia também pode trazer problemas próprios do emprego distorcido, quase sempre consciente, de certas palavras que são cruciais para um entendimento o mais acertado possível do que vem a ser o direito.

Eis a aporia na qual nos encontramos hoje nos estudos da Filosofia do Direito, e que é nosso objeto central de estudo. Para uma análise isenta do tema, decidimos observar como as teorias jurídicas investigam e analisam o fenômeno jurídico e como suas formas de observação contribuem – ou não – para a fixação de um conteúdo ao direito. Após essa observação das tentativas de fixação de ontologia, faremos nossas críticas e formulações teóricas próprias ao final do trabalho.

Nosso objetivo é, pois, demonstrar como a ontologia jurídica é abordada de maneira distinta pelas diversas teorias existentes e que a análise ontológica, caso seja realizada

nos parâmetros tradicionais, tem pouca contribuição a dar para o aperfeiçoamento da teoria e *praxis* jurídicas. Demonstrar-se-á como essas “buscas por uma ontologia” não conseguem lograr êxito em seus objetivos.

A partir de então, avizinha-se uma nova forma de observação da ontologia no direito, a partir de uma aproximação com os dados retóricos. Tal ponto de vista será abordado na conclusão do trabalho.

## 2. O problema da ontologia na filosofia, em especial na filosofia do direito

### 2.1. Colocações iniciais: metafísica, filosofia e ontologia

A metafísica busca ser a ciência das ciências, ou, usando o termo de Abbagnano, a “ciência primeira”<sup>12</sup>. Muito embora haja divergências quanto à aplicabilidade do termo ciência, poderíamos dizer que a metafísica busca ser o fundamento de todo e qualquer modo de conhecer. Logo, seria uma espécie de baliza, de regra rectora do saber e, também, do conhecer.

Em virtude das diversas circunstâncias históricas, o saber se divide em diversos campos autônomos, sendo a metafísica a base primeira de todos eles. Parece que há, de certo modo, uma inserção da idéia de validade no saber baseado na metafísica. Todavia, o termo validade possui outras formas de entendimento dentro da seara jurídica e, mais especificamente, do garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli. Max Scheler chega a dizer que o aprimoramento dos métodos filosóficos contribuem para a abordagem de questões metafísicas, essenciais à filosofia, sendo como uma forma de se perceber uma filosofia primeira, com bases metafísicas<sup>13</sup>.

Tais ramos do saber teriam áreas autônomas de investigação, mas, por virem todos da idéia de metafísica, teriam, sempre, um tronco comum a todas elas. Enfim, há um campo de inter-relação entre tais formas de conhecer, o que é, sem dúvida, um corolário da idéia de metafísica na filosofia.

Assim, todas as formas de conhecer buscavam, em síntese, em uma “ciência primeira” todas as causas, todos os princípios basilares das formas de conhecer e os demais problemas que estariam em uma forma comum a todas as ciências. Assim, a metafísica daria a base comum de fundamentação de todas as ciências. No dizer de Abbagnano, seria uma “enciclopédia de ciências”<sup>14</sup>. E, claro, tal metafísica também teria por intuito o esclarecimento acerca do objeto das ciências<sup>15</sup>. É exatamente em tal contexto que começam a surgir as preocupações ontológicas.

Há variações de entendimento do termo “metafísica” no decorrer da História, muito embora todas elas buscando caracterizá-la como esse fundamento primeiro e comum a todas as ciências, conforme exposto *supra*. Assim, podemos enquadrar a metafísica em três aspectos: como teologia, como ontologia e como gnoseologia. Miguel Reale busca uma síntese entre essas duas últimas formas de conhecer, no que ele denomina ontognoseologia. Afirma Reale que, na verdade, a busca de uma ontologia tem por finalidade sempre uma atividade de conhecimento, e vice-versa<sup>16</sup>.

A metafísica teológica sempre existe quando se busca a base das ciências em um ente único e perfeito, que impõe formas primeiras que também são perfeitas. Ou seja, o objeto da metafísica seria, em suma, “o ser mais elevado e perfeito”<sup>17</sup>. Assim, tal forma de pensamento metafísico ocorre sempre a partir da correlação porventura existente entre uma ciência e um ente.

No que diz respeito à metafísica como teologia, parece que se consubstancia em uma análise dita primitiva do fenômeno do ser e do conhecer. Tal primitivismo não é, em absoluto, um juízo de valor, mas sim uma constatação fática. Tal assertiva tem fundamento na fixação da idéia de modernidade como sendo a possibilidade de distinção entre as diversas formas existentes de produção do conhecimento<sup>18</sup>. No mundo jurídico, o direito – se pudéssemos estabelecer uma ontologia mediante um parâmetro

estritamente procedimental – será tanto mais moderno quanto mais distinto ele for dos demais enunciados prescritivos éticos<sup>19</sup>. Já a metafísica como ontologia seria um ponto de observação filosófica mais próprio de nossa análise.

A metafísica ontológica busca a idéia de uma análise última no ser em si, o que para muitos filósofos daria a impressão de que estabelecer uma série de objetos de análise por parte de um sujeito configuraria uma ontologia. Todavia, em um viés mais amplo, a ontologia seria uma forma de manifestar os fundamentos do ser, ou seja, algo que nenhuma ciência pode deixar de ter. Logo, inclui-se aí a idéia de essência do ser, que seria fundamental a toda e qualquer forma de conhecer, havendo, então, uma equivalência entre as idéias de metafísica e de ontologia.

Todavia, há o reconhecimento de que existem modos particulares de ser, muito embora tais formas localizadas sejam uma consequência dos meios metafísico-ontológicos mais gerais. O direito possuiria, por seu turno, sua própria ontologia, desde que baseada em princípios mais gerais, que serviriam não apenas a ele, mas a todas as formas de ser e conhecer. Existe, pois, para essa forma peculiar de pensamento, uma “necessidade do ser”<sup>20</sup>. E, por existir tal necessidade, a idéia de essência seria própria da metafísica. A questão que poderia ser debatida deveria, então, girar em torno da possibilidade ou não de haver mais de um significado à idéia de essência. Todavia, vale ressaltar que tal idéia de essência, mesmo que com um sentido único, não dá à ciência um caráter sublime, como havia na metafísica religiosa; trata-se, apenas, de se estabelecer a explicação das próprias coisas existentes.

A retórica busca exatamente trazer aspectos de persuasão para formar, às vezes, por meio de uma construção filosófica, uma essência mutável, o que é, desde já, questionável, pois o resultado de uma construção retórica não é um dado *a priori*, como os enunciados ontológicos pretendem ser.

Como vimos, as fronteiras entre a retórica e a ontologia como “tipos ideais” não são tão rígidas assim, muito embora haja campos autônomos de análise de ambas as formas de pensamento.

Com a separação entre ontologia e teologia, percebe-se que algumas teorias ocupadas com indagações ontológicas se voltam cada vez mais para o mundo empírico, no sentido de que a essência é demonstrada mediante uma observação repetitiva e constante da experiência. Desse modo, para alguns, as preocupações ontológicas passam a ser compreendidas como uma forma de conhecimento da essência por meio do mundo empírico, buscando trazer a ontologia à experiência. Todavia, seu pano de fundo nunca se altera: a busca, a partir de paradigmas epistemológicos os mais diversos, de dados *a priori* que seriam pontos de partida inexoráveis para a determinação da essência ou conteúdo de um determinado objeto – como o direito, por exemplo – a partir de formas específicas de se conhecê-lo.

A ontologia, pois, para alguns, seria a própria filosofia, mas, para outros autores, a ontologia seria uma espécie do gênero filosofia, assim como a epistemologia e a axiologia.

No que tange à metafísica, se a entendermos como ontologia, os conceitos são equivalentes, pois toda forma de razão primeira para as demais formas de conhecimento viria da essência do ser. Por outro lado, parece-nos que a ontologia seria uma das formas de abordar a metafísica, pois esta pode ser fundamentada por meio de outros argumentos que não estão estreitamente vinculados à essência, como no caso de uma metafísica com base na religião, por exemplo.

## 2.2. *A ontologia nas teorias clássicas do direito: a teoria dos objetos na filosofia do direito*

A partir da análise do fenômeno ontológico na filosofia geral, buscaremos agora observar como o direito se utilizou, e ainda se utiliza, da noção de ontologia em seus postulados, especialmente no que tange à

teoria clássica de abordagem, bastante peculiar e de certa forma uníssona no tratamento do tema.

No entender de Miguel Reale, o ser e o conhecer estão intimamente interligados, são conceitos correlatos. Com efeito, o referido autor estabelece duas formas de acepção do termo “ontologia”<sup>21</sup>. Em um sentido amplo, a ontologia seria a forma de determinação do ser e, de uma maneira mais restrita, a relação do ser com o conhecer, ou seja, ontognoseologia. Em ambas as perspectivas, o autor, com base em Edmund Husserl, trabalha a questão ontológica dentro da teoria husserliana dos objetos, chamadas “ontologias regionais”<sup>22</sup> por Cossio, tão utilizada para caracterizar os fenômenos, especialmente o mundo jurídico. Logo, os objetos que podem ser percebidos e conhecidos na experiência são classificados como *ideais*, *naturais* e *culturais*. Alguns, ainda, incluiriam os objetos *metafísicos*. Muito embora existam críticas a serem feitas a tal forma de ontologia fenomenológica, vale a sua exposição inicial para uma apreciação crítica *a posteriori*.

Por objetos naturais, físicos ou psíquicos, entendem-se aqueles que existem a partir de dados concretos, perceptíveis mediante uma observação de fatos e das emoções. Os átomos, por exemplo, seriam objetos naturais físicos; por outro lado, os sentimentos e emoções estariam qualificados como objetos naturais psíquicos. Há quem pense o direito como objeto natural. Pontes de Miranda<sup>23</sup>, por exemplo, afirma que o direito é fruto do fenômeno da vida. Logo, Pontes não restringe o direito ao ser humano, o que leva a crer que pode surgir direito nas plantas, musgos, líquens, plânctons etc.

Já os objetos ideais seriam aqueles que existem pelo fato de serem pensados pela mente humana. Logo, não possuem existência corpórea, nem são percebidos como emoções, mas sim são criados pelo intelecto humano. Uma circunferência, por exemplo, não existe na experiência; apenas se estabelece uma representação gráfica de sua idéia formulada mentalmente. Os números

matemáticos não existem além da mente; todavia, a sua utilização se faz fundamental para a compreensão de certos fenômenos físicos e químicos.

Como exemplo de tentativa de observação do direito como objeto ideal, o positivismo normativista kelseniano é o mais significativo. Todavia, há divergências doutrinárias a respeito; para alguns, Kelsen não veria a norma como objeto ideal apenas. Porém, a vinculação do direito ao Estado seria uma forma de caracterizar tal direito como um objeto ideal, haja vista que a própria idéia de Estado é em si um produto da mente, em virtude de o Estado ser um ente abstrato, criado para regulamentar o direito e todo o direito. Kelsen, como expoente do normativismo, reduz o direito ao Estado e, conseqüentemente, às normas jurídicas, próprias do intelecto humano<sup>24</sup>.

Por outro lado, os chamados objetos culturais<sup>25</sup> pressupõem a sua verificação empírica, ou seja, perceptível por meio dos órgãos dos sentidos. Além de ser um dado empírico, há sobre tal objeto uma carga valorativa para a concretização de sua essência. Assim, o direito como objeto cultural poderia ser enquadrado a partir da própria teoria tridimensional do direito, de autoria do Prof. Miguel Reale<sup>26</sup>, bem como a partir da chamada teoria egológica do direito, de Carlos Cossio<sup>27</sup>.

Uma análise da teoria tridimensional do direito e da teoria egológica do direito requer um estudo muito mais profundo, o que não é o nosso intuito neste trabalho. Vale ressaltar que, pela primeira teoria, o professor Reale observa a realidade jurídica a partir da observação dos fatos sociais e dos respectivos juízos de valor feitos em relação a eles. Por exemplo, a repugnância de certo modo generalizada que existe por certos atos e fatos, como o canibalismo.

Todavia, os elementos fato e valor, apesar de claramente perceptíveis no seio social, ainda não podem trazer conseqüências jurídicas, haja vista que, para tanto, há que existir mais um elemento, eminentemente

formal: a norma, mais especificamente a norma jurídica.

Assim, para que um determinado fato/ato seja considerado jurídico, ele deve estar consubstanciado no trinômio *fato/valor/norma*, especificamente a norma jurídica emanada ou tutelada pelo Estado.

Já a teoria egológica cossiana estabelece a conduta como centro do objeto do direito, ao contrário da teoria kelseniana, na qual o direito se resumiria à norma jurídica estatal. A própria teoria da norma jurídica em Cossio estabelece uma disjunção, na qual, ocorrendo a conduta lícita ou a ilícita, houve uma incidência normativa sem hierarquização entre elas (endonorma e perinorma). Já Kelsen estabelece, entre as normas secundária e primária, uma hierarquia, sendo o essencial para o direito a norma primária, e a secundária, um mero artifício lógico para se alcançar o verdadeiro objeto do direito: a norma, advinda do Estado, que prescreve a conduta ilícita e suas conseqüências. Assim, para Cossio, o objeto verdadeiro do direito seria a conduta normatizada, sendo a norma jurídica um mero instrumento formal para moldar e adequar condutas sociais, levando-se ao adágio segundo o qual toda conduta que não está juridicamente proibida está juridicamente permitida.

### 2.3. Análise crítica e novas formas de estudo

A forma de estudo da ontologia tal como colocada acima traz uma série de problemas. A divisão das chamadas ontologias regionais, na verdade, é apenas uma forma de demonstrar quais são os tipos de objetos que existem e quais são, entre eles, os que podem ser conhecidos. Muito embora tal forma de pensar ainda seja muito adotada no ensino de teoria do direito nas Faculdades brasileiras, ela, na verdade, nada esclarece. Afirmar que um objeto só pode ser conhecido em virtude do pensamento não traz em si nenhum caráter essencial a ele. Ou seja, o fato de o direito, para uns, ser um objeto natural, ideal ou cultural não dá a ele, em nenhuma dessas formas, uma essência

específica, apenas traça formas de conhecimentos distintos para o direito. Enfim, fica-se apenas no mero campo descritivo-fenomenológico, sem um aprofundamento da idéia de essência e de ontologia.

Claro que é extremamente tentador aos filósofos do direito efetuarem uma redução dos problemas essenciais do direito a tais categorias, o que, para eles, resolveria o problema da ontologia jurídica. Outros, de maneira distinta, buscam investigar se o direito pode ou não ser enquadrado em tais tipos de objetos, o que é, sem dúvida, uma indagação de maior monta.

Podemos dizer, então, que o estudo ontológico mais cultuado pelo direito é o que menos traça parâmetros para a fixação de uma ontologia jurídica, o que pode ser paradoxal, mas é o que de certo modo ocorre. Descontentes, pois, com essas “ontologias regionais”, a preocupação dos filósofos do direito passa a ser traçar novos rumos ao estudo do direito. A tarefa, agora, é buscar a fixação de dados ontológicos sem empregar o termo “ontologia” propriamente dito, mas sim mediante outras formas de investigação de problemas jurídicos, como o positivismo jurídico e o jusnaturalismo, como já faziam os antigos. A busca de dados *a priori*, assim, existe muito antes da fenomenologia de Husserl, a partir do estudo de problemas clássicos da filosofia, em especial da filosofia do direito.

### 3. “Ética da tolerância” e ontologia jurídica: caminhos possíveis

#### 3.1. Ontologia na realidade jurídica subdesenvolvida

O problema da ontologia, além de ser um árduo ponto de discussão na filosofia, também possui uma importância fundamental na teoria do direito. A base teórica do direito é de fundamental importância para que se possam fazer análises diversificadas e conectadas a problemas sócio-jurídicos de extrema relevância nos dias de hoje.

Além do mais, os matizes ontológicos que nortearam a filosofia do direito sempre foram os mais variados. Tais pontos de análise buscam, cada qual ao seu modo, uma ontologia jurídica. Todavia, o problema está exatamente na necessidade ou não de uma ontologia no direito.

A teoria do garantismo jurídico, elaborada por Luigi Ferrajoli<sup>28</sup>, busca unir ambas as perspectivas, a tradicional e a crítica, para buscar uma ontologia específica: a dos direitos fundamentais como base e conteúdo substancial de toda e qualquer forma de direito válido. Ferrajoli busca na teoria tradicional os conceitos de *validade* e de *elemento formal* do direito, este último extraído diretamente da teoria pura do direito. Das teorias críticas ao direito dogmático, entre as quais o direito alternativo, Ferrajoli busca uma fixação do direito não mais como forma (Kelsen), mas também com o seu elemento substancial, muito embora a idéia de legalidade está, para ele, intrínseca ao direito. Enfim, é uma tentativa de união de perspectivas a princípio opostas, com a finalidade de se traçar um paradigma ao direito. E, como toda ontologia é uma forma de se estabelecer paradigmas, o que se busca – mas não se alcança – é a fixação de uma ontologia jurídica a partir da junção dos elementos formal e substancial característicos do direito.

Ocorre que, na realidade subdesenvolvida, cada vez mais difícil fica a tarefa de se estabelecer uma ontologia. Se a fixação de conteúdo tem por objetivo a emancipação de direitos para alguns, ela também pode transformar o intérprete e o interessado pelo direito em um escravo de si mesmo e dos elementos ontológicos.

O chamado direito subdesenvolvido demonstra claramente uma complexidade social intensa. Além do surgimento da distinção entre o direito e as demais ordens normativas éticas, há uma enormidade de formas de solução de conflitos no meio social, quase sempre ocasionadas pela inércia do Estado em solucionar os conflitos

existentes no mundo social, cada vez mais intensos e sem soluções do direito oficial.

Logo, as formas não-oficiais de solução de problemas são hoje a regra de países subdesenvolvidos, o que faz com que existam mil formas distintas de direito em um mesmo espaço territorial, como bem estabelece Boaventura de Sousa Santos<sup>29</sup>. Tal pluralidade jurídica nos faz ter em mente que as múltiplas possibilidades afastariam a idéia de uma ontologia jurídica nos países subdesenvolvidos, restando apenas uma abertura retórica para o fundamento de legitimidade das decisões a partir de uma estruturação competente do uso das palavras como formas de dominação.

Todavia, como bem explicita Adeodato, tal estrutura de pensamento, por criar um dado *a priori*, também seria uma forma de ontologia, mesmo que reconhecendo a pluralidade. Então, afirmar que não existe uma ontologia seria, paradoxalmente, uma ontologia, por ser um enunciado com pretensões de verdade inquestionável<sup>30</sup>, assim como as leis e comandos estatais, por exemplo.

Não haveria, pois, espaço à ontologia? Talvez uma ética da tolerância possa ser uma forma de tentar conciliar perspectivas ontológicas e retóricas.

### 3.2. *Por uma união entre perspectivas ontológicas e retóricas no direito: o problema da “ética da tolerância”*

Como visto anteriormente, existe um problema grave na filosofia do direito em conciliar problemas de segurança e de justiça na caracterização do objeto *direito*. Tal problema está exatamente na tentativa de conciliar uma idéia de conteúdo ao direito, eminentemente na busca de uma ontologia, como propõe Cláudio Souto<sup>31</sup>, com a possibilidade de que esse conteúdo responda aos anseios sociais e às necessidades da coletividade, cada vez mais alheia ao processo de conquistas efetivas de direitos.

Todavia, fixar conteúdos, como já salientado nessas considerações finais, não estabelece uma possibilidade de mutação –

pois os dados colhidos seriam paradigmas fixos – e, por conseguinte, pode-se, com outro viés epistemológico, cometer os mesmos erros do positivismo exegético e do jusnaturalismo: a fixação de dogmas inquestionáveis como sendo o conteúdo do direito em si<sup>32</sup>. A tendência, ao que parece, não é o apego a maniqueísmos, mas sim à necessidade de uma pluralidade de possibilidades de uma ontologia jurídica, havendo a inter-relação entre a ontologia e a retórica.

Se se quer ainda falar em ontologia, não se pode mais fazê-lo na forma tradicional, ou seja, de imposição de verdades absolutas como o fundamento de legitimidade do direito e do poder. O que se propõe, então, é uma revisão do conceito de ontologia no direito; uma ontologia mutável, capaz de abarcar as diferenças existentes a partir dos fundamentos de argumentação traçados pelos conflitantes.

Tal postura, claro, prejudica a investigação do problema da segurança no direito, haja vista que, sem as normas jurídicas, estatais ou não, inexistem referenciais de aplicação do direito para resolver conflitos sociais. Mesmo que a admissão da pluralidade possa, para alguns, ser uma forma de abandono completo da ontologia, assim não pensamos, haja vista que os enunciados, em geral, buscam sempre manifestar uma idéia de verossimilhança do que se quer dizer, ou seja, de dados que busquem, por si sós, ser considerados verdadeiros. Por conseguinte, a oração “o direito deve assumir a pluralidade de possibilidades de sua determinação” é, também, uma ontologia, por buscar transmitir a verossimilhança do que foi informado<sup>33</sup>. Enfim, há uma junção de perspectivas ontológicas e retóricas na caracterização do direito.

Como uma forma de coadunar os problemas gerados pela ontologia e efetuar sua respectiva junção com a retórica, Adeodato surge com a proposta de uma “ética da tolerância”, que busque exatamente respeitar a diversidade, servindo as normas do direito positivo como forma de auferir a segurança necessária ao direito e os espaços



argumentativos como claramente existentes em respeito à diversidade de formas de percepção do jurídico.

Enfim, a ética da tolerância seria uma maneira de não se fixar na ontologia generalizante dos jusnaturalismos e positivismos até então imperantes na filosofia do direito. O eixo da ontologia se modifica, criando espaços para as possibilidades de uso de estruturas retóricas para a solução dos conflitos. Ou seja, uma idéia de essência mutável, a partir de um referencial normativo preexistente, mas concatenado a problemas concretos que precisam ser solucionados, sendo o direito uma forma de resolver os problemas comuns existentes, os *topoi*. Daí o nome tópica, estabelecida no direito por Theodor Viehweg.

Todavia, a ética da tolerância enfrenta problemas de manipulação na mesma ordem sofrida pelo garantismo jurídico. Ou seja: a questão da manipulação das normas que funcionariam como ponto de partida. Mas o que se busca é a união do ponto de partida ao problema concreto, que pode ser solucionado de inúmeras maneiras possíveis. Mesmo assim, o espaço retórico permite que aquele que tem bom uso de sua persuasão faça prevalecer sua opinião, pouco importando o fato de ela ser ou não adequada a ideais democráticos ou a formas de inserção e conquistas de direitos sonogados.

Parece, pois, que o direito, realmente, não possui nenhum conteúdo específico. Não há como reduzir a complexidade do direito a palavras que especifiquem uma única e correta idéia do que ele vem a ser. Sendo assim, o espaço para a argumentação seria algo inexorável, ontológico, mesmo. Todavia, toda ontologia tem seus problemas, como salientamos *supra*. Estamos diante de mais uma aporia filosófica no direito. Existem possibilidades de reversão das aporias mencionadas?

### 3.3. Possibilidades de discussão para o futuro

A grande batalha do teórico do direito é enfrentar os problemas sugeridos acima. Temos plena convicção que, em um trabalho

dessa ordem, não poderíamos chegar a conclusões mais esclarecedoras do fenômeno jurídico, muito embora a intenção tenha sido a de fomentar o debate. E a discussão de temas tão inesgotáveis de perquirições e, por isso mesmo, longe de conclusões – que seriam uma forma de estabelecer ontologias – já é uma grande vitória para o aprimoramento intelectual daqueles que têm interesse pelo direito; um direito vivo, que porém nem sempre consegue mostrar a sua cara; um direito consagrador ou tolhedor de bens e liberdades; uma forma de conhecimento que existe desde que somos seres sociais.

A tentativa de expor as idéias em filosofia do direito já provoca inquietação e formas diversas de pensar. Que tenhamos, também, uma ética da tolerância com as formas divergentes de pensamento, que, mais do que contestar academicamente, colaboram para o engrandecimento do debate e para o aprofundamento de questões desde sempre debatidas pela filosofia e pelo direito.

Logo, os espaços sociais sempre trazem em si formas de direito. A imposição de modelos rígidos e que se legitimam por si sós pode, fatalmente, levar o direito a ser uma forma de dominação sem a preocupação com a diversidade, com a pluralidade e com a complexidade próprias do meio jurídico-social<sup>34</sup>. Mas, como vimos, a pluralidade, por ser forma, também pode ser manipulada, mas que as possibilidades de argumentação existam. E, num Estado de Direito frágil como o do Brasil, a capacidade plena de argumentar já seria, como de fato é, uma grande vitória; não que tal conquista possa ser considerada o último estágio de aferições de direitos, mas sim o pontapé inicial para que possamos celebrar outras conquistas sociais. E o direito é um excelente aliado para almejar tais objetivos.

### Notas

<sup>1</sup> Cf. GAOS, José: *Introducción a "El ser y el tiempo" de Martin Heidegger*. México : Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 19.

<sup>2</sup> Sobre a teoria dos tipos ideais, cf. WEBER, Max. *Economía y sociedad*: esbozo de una sociología comprensiva. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. p. 7 e 16 s.

<sup>3</sup> Em sentido contrário, cf. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 662-663, em que o autor faz uma análise do termo “ontologia” como uma expressão própria da idéia de uma metafísica como saber dos saberes, sendo um fundamento para todas as formas de ser e conhecer. Desenvolveremos tal tema no próximo capítulo.

<sup>4</sup> Para uma análise de tal dicotomia, cf. ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito*: uma crítica à verdade na ética e na ciência. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 8-16.

<sup>5</sup> Para um aprofundamento da questão da legitimidade político-jurídica, cf. ADEODATO, João Maurício. *O problema da legitimidade: no Rastro do Pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1989., especialmente nas p. 53 s.

<sup>6</sup> Basta observar as estruturas de argumentação adotadas pelos teóricos do chamado “direito alternativo”. Para uma análise do tema, cf. MAIA, Alexandre da. “O movimento do direito alternativo e sua influência no poder judiciário da comarca do Recife. *Revista da OAB – Seccional de Pernambuco*. a. 32, n. 24. Recife: OAB-TS, 1997. p. 41-62.

<sup>7</sup> O que, para Abbagnano, é uma forma de construção retórica. Cf. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia* n. 3, p. 856-857.

<sup>8</sup> Sobre as teorias sistêmicas no direito, cf. STAMFORD, Artur. *A decisão judicial: dogmatismo e empirismo*. Recife: CPGD-UFPE (dissertação de mestrado), 1998, p. 20-76.

<sup>9</sup> Tal busca de conteúdo a partir de métodos rigorosos de pesquisa está presente em quase todas as obras de Cláudio Souto. Cf., SOUTO, Cláudio. *Ciência e ética no direito: uma Alternativa de Modernidade*. Porto Alegre : Fabris, 1992. p. 75 s. Apesar da necessidade de tais métodos, reconhece Cláudio Souto que essas formas de fixação de conteúdo ainda são muito incipientes na Sociologia do Direito. Cf. tb., sobre as acepções do termo “ontologia”, REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo : Saraiva, 1994. p. 30 e 44-45.

<sup>10</sup> Sobre o problema do direito dogmático, cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo : Atlas, 1994. p. 31-51 e 85-93.

<sup>11</sup> Cf., como exemplo, ROBLES MORCHÓN, Gregorio: “Introducción” in KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried (orgs.). *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. Madrid : Debate, 1992. p. 14-17.

<sup>12</sup> ABBAGNANO, Nicola: *Dicionário de Filosofia* n. 3, p. 660. Em outro entendimento, cf. HEIDEGGER, Martin. *Introdução à metafísica*. Rio de Janeiro : Tempo brasileiro, 1987. p. 33 s.

<sup>13</sup> SCHELER, Max. *Visão filosófica do mundo*. São Paulo : Perspectiva, 1986. p. 8 e 14.

<sup>14</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia* n. 3, p. 661.

<sup>15</sup> Para uma abordagem do problema do conhecimento no direito, cf. TEIXEIRA, João Paulo Allain. “A caracterização do objeto da ciência do direito e seu problema hermenêutico-decisório”. *Revista da ESMAPE*, v. 3, n. 7. Recife : ESPAPE, 1998, p. 405-428, especificamente nas p. 405-407.

<sup>16</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. n. 9, p. 175-176.

<sup>17</sup> Cf. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. n. 3, p. 661.

<sup>18</sup> ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. n. 4, p. 8-16. Cf. tb. LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília : UnB, 1980. p. 195-198

<sup>19</sup> ADEODATO, João Maurício. “Modernidade e direito”. in *Revista da ESMAPE*, v. 2, n. 6, Recife : ESMAPE, 1997. p. 255-273.

<sup>20</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. n. 3, p. 663.

<sup>21</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. n. 9, p. 30 e 44-45.

<sup>22</sup> COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1964. p. 54 s.

<sup>23</sup> MIRANDA, [Francisco Cavalcanti] Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. Rio de Janeiro : Borsoi, 1972. *passim*.

<sup>24</sup> Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo : Martins Fontes, 1985. p. 2-16.

<sup>25</sup> Para um conceito de cultura, cf. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. n. 9, p. 240 s.

<sup>26</sup> REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*: situação atual. São Paulo : Saraiva, 1994. p. 117-128.

<sup>27</sup> COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. n. 22, *passim*.

<sup>28</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid : Trotta, 1998. p. 851 s.

<sup>29</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder*: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre : Fabris, 1998. p. 64 s. Cf. tb., do mesmo autor, *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo : Cortez, 1997. p. 235-280.

<sup>30</sup> ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito*: uma crítica à verdade na ética e na ciência. n. 4, p. 207.

<sup>31</sup> SOUTO, Cláudio. *Ciência e ética no direito*: uma alternativa de modernidade. n. 9, p. 99-107.

<sup>32</sup> Sobre os temas, cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: Técnica, decisão, dominação. n. 10, p. 170 s. Cf. tb. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 45 s.

<sup>33</sup> ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. n. 4, p. 208-213, quando trata da “inevitabilidade de uma ontologia”.

<sup>34</sup> Cf. CÁRCOVA, Carlos María. *La opacidad del derecho*. Madrid : Trotta, 1998. p. 38-46, que afirma a falta de clareza dos postulados jurídicos em função da complexidade social circundante.

# Da competência para processar e julgar crimes praticados por promotores de justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Anildo Fabio de Araujo

O art. 8º, inciso I, letra *b*, do Regimento Interno do TJDFT dispõe que compete ao Conselho Especial processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns e de responsabilidade, os Membros (Promotores de Justiça) do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios (MPDFT), ressalvada a competência da Justiça Eleitoral. A referida disposição regimental é de duvidosa constitucionalidade.

Nos termos do art. 108, inciso I, letra *a*, segunda parte, da Constituição da República, compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns e de responsabilidade, os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

De acordo com o art. 128, inciso I, letra *d*, da Constituição da República, o Ministério Público da União compreende, entre outros, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. No mesmo sentido: art. 24, inciso IV, da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.

Consoantemente, a Lei Complementar nº 75/93, em seu art. 18, inciso II, letra *c*, estabelece como prerrogativas dos membros do Ministério Público da União que oficiem perante juízos de primeira instância ser processado e julgado, nos crimes comuns e de responsabilidade, pelos Tribunais Regio-

Anildo Fabio de Araujo é Advogado e Técnico Processual do Ministério Público da União, Especialista em “Ordem Jurídica e Ministério Público” e em “Direito Processual Civil”.

nais Federais, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

A Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal e dos Territórios (Lei nº 8.185/91, art. 8º, inciso I, letra *b*, *especialmente*) não dispõe sobre tal competência.

Assim, o ordenamento constitucional e infraconstitucional destina aos Tribunais Regionais Federais a competência para processar e julgar os membros do Ministério Público da União, incluindo-se aqui os membros do MPDFT, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada, apenas, a competência da Justiça Eleitoral.

O TJDF, com base no art. 96, inciso III, da Constituição Federal, julgou ser competente para ação penal contra membro do MPDFT, tendo alguns desembargadores se posicionado favoráveis ao teor da regra do art. 108, inciso I, letra *a*, do Texto Supremo (*Ação Penal nº 013/89*, Rel. Des. Luiz Claudio Abreu). O TJDF reafirmou sua competência: “Compete ao egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, nos termos da Lei de Organização Judiciária, da Constituição Federal e do Regimento Interno, o julgamento dos atos praticados por membro do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios” (Embargos de Declaração no Habeas Corpus, processo nº 1998.00.2.0014403, Acórdão nº 111.568, Rel. Des. Lécio Resende).

Esse entendimento é compartilhado pelo ex-Procurador-Geral da República, Aristides Junqueira (*in* “Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios”, Ano 1, nº 1, Brasília, jul./set. de 1993, p. 22), *verbis*:

“É de se observar que três são os foros por prerrogativa de função dos membros do Ministério Público da União. Se se tratar do Procurador-Geral da República, a competência será do Supremo Tribunal; se for membro do Ministério Público da União que officie perante tribunais, competente será o Superior Tribunal de Justiça; e os demais serão processados e julga-

dos pelo Tribunal Regional Federal da região em que estiverem lotados.

Como o Ministério Público do Distrito Federal está compreendido no Ministério Público da União (art. 128, I, *d*), poder-se-ia concluir que seus membros, se autores de infração penal, seriam processados e julgados pelo Superior Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, e não pelo Tribunal de Justiça.

Mas, a norma especial, contida no artigo 96, III, arreda tal conclusão, porque dispõe que compete privativamente ao Tribunal de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

Portanto, ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal compete julgar os membros do Ministério Público do Distrito Federal.”

Todavia, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (*Queixa-crime n. 95.01.04557-9/DF*, Rel. Juiz Carlos Fernando Mathias, Plenário. Por maioria. Decisão: 20/04/95. Publicada no *Diário da Justiça, Seção 2*, dia 08.06.95, p. 35.722) já firmou entendimento no sentido de que é o juízo competente para julgamento dos membros do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios nos crimes comuns e de responsabilidade, *verbis*:

“EMENTA: Constitucional. Penal. Competência para julgamento dos membros do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios nos crimes comuns e de responsabilidade. Imunidade judiciária. Crimes contra a honra no exercício da advocacia. Tipificação de delito.

I— A interpretação sistemática dos arts. 108, I, *a*, e 128, I, *d*, da Lei Fundamental e mais o disposto no art. 18, II, *c*, da Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar

75/93) e no art. 2º, parágrafo único, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93), conduz à competência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, para julgar, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral, os membros do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios que oficiem perante juízes de primeira instância, sem embargo da letra fria do art. 96, III, da Constituição. (...)"

O entendimento do ex-Procurador-Geral da República, apesar de salutar, merece ser analisado. Compreendo que o art. 96, III, da Constituição da República não é norma especial e sim genérica e aplica-se aos Estados. Já o art. 108, inciso I, letra *a*, é específico, aplicável ao Ministério Público da União, inclusive ao Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, sendo o Tribunal Regional Federal da respectiva região em que estiverem lotados a Corte competente para processar e julgar os membros do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios.

O Superior Tribunal de Justiça ainda não analisou essa competência, embora demonstre ser favorável à Justiça distrital, que é federal, especializada e sediada no Distrito Federal<sup>1</sup>. Para o Colendo Tribunal Superior, a competência penal se estende aos crimes dolosos contra a vida, visto que a competência em razão da pessoa (foro privilegiado) suplanta a competência em razão da matéria. Nesse sentido: HC nº 3.316-PB, Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro<sup>2</sup>, *verbis*:

“HC – CONSTITUCIONAL – TRIBUNAL DO JÚRI – PROMOTOR PÚBLICO – COMPETÊNCIA – A Constituição da República reeditou a instituição do Tribunal do Júri, atribuindo-lhe competência para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXIX). A Carta Política, igualmente, estabeleceu ser da competência do Tribunal de Justiça pro-

cessar e julgar os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e eleitoral (art. 96, III). Interpretação sistemática da Constituição (norma especial derroga norma geral) autoriza concluir, porque o homicídio é crime comum, ser da competência do Tribunal de Justiça processar e julgar Promotor Público acusado desse delito.”

Tratando-se de crime eleitoral, a competência é da Justiça Eleitoral, no caso, do Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal. Este posicionamento decorre do entendimento do Superior Tribunal de Justiça<sup>3</sup> e do Tribunal Superior Eleitoral<sup>4</sup>.

Mas o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, é quem poderá fixar a competência para julgar os crimes comuns, caso o legislador federal não se adiante em explicitá-la.

O meu posicionamento anterior era no sentido de que era necessário adequar o Regimento Interno do TJDF ao Texto Constitucional e à Lei Complementar nº 75/93, suprimindo do art. 8º, inciso, I, letra *b*, a competência do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios para processar e julgar, originariamente, os membros do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios.

Contudo, atualmente entendo e defendo que a competência para processar e julgar os membros do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios (leia-se: Promotores de Justiça) é do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, *por questões funcionais*, pois seria incômodo exigir que o Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios se deslocasse aos Tribunais Regionais Federais, da respectiva região onde ocorreu o crime (*lato sensu*, abrangendo também as contravenções, bem como os delitos tentados) para o oferecimento da denúncia, transação penal, suspensão condicional do processo, etc. Além dos gastos financeiros e óbices à célere prestação jurisdicional, não é razoável destinar essa competência aos Tribunais Regionais

Federais, visto que o Procurador-Geral de Justiça exerce suas atividades institucionais no Distrito Federal, onde tem o seu domicílio. Ademais, a maioria das ações penais são públicas, cabendo ao Chefe do *Parquet* do Distrito Federal e Territórios a iniciativa da persecução penal em juízo, oferecendo a denúncia, propondo a suspensão condicional da pena, etc.

Ademais, a Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal e dos Territórios anterior (Lei nº 6.750, de 10 de dezembro de 1979) destinava ao Tribunal de Justiça a competência para processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral e do Tribunal do Júri, os membros do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios (art. 9º, inciso I, letra “a”). Portanto, histori-

camente, a competência é do Tribunal de Justiça local.

Em face do exposto, torna-se necessário emendar a Constituição Federal de 1988, consagrando expressamente, no art. 96, inciso III, a competência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios para processar e julgar os Promotores de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

#### Notas

<sup>1</sup>Veja: CC nº 12.282-DF, Rel. Min. Antônio Torreão Braz; CC nº 14.396-DF, Rel. Min. César Asfor Rocha; e HC nº 4.442-DF, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini.

<sup>2</sup>STJ, Sexta Turma, em 18.04.95. Publicado no Diário da Justiça, seção 1, dia 10.03.97, p. 5.996.

<sup>3</sup>Conflitos de competência nºs 1.005/SP, 1.265/SP e 1.447.

<sup>4</sup>Resolução nº 17.731. In: *Revista de Jurisprudência do TSE*, v. 4, n. 1, jan./mar. 1993. p. 262., e Acórdãos n. 10.902, de 19.09.89.