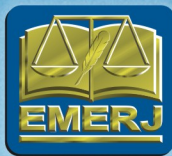


ISSN 1415-4951
(versão impressa)



Revista da

EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Volume 4 n° 15 - 2001



ISSN 1415-4951
(versão impressa)

REVISTA DA

EMERJ

v. 4 - n. 15 - 2001
Julho/Agosto/Setembro

Rio de Janeiro

© 2001, EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

Min. Carlos Alberto Menezes Direito; Des. Semy Glanz; Des. Laerson Mauro; Des. Sérgio Cavalieri Filho; Des. Wilson Marques; Des. Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento; Des. Jorge de Miranda Magalhães; Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes; Des. Luiz Fux; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. José Carlos Barbosa Moreira; Des. Décio Xavier Gama; Des. Jessé Torres Pereira Júnior.

Coordenação: Des. Décio Xavier Gama

Produção Gráfico-Editorial da Assessoria de Publicações da EMERJ

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); Editoração: Márcio Alvim; Revisão: Suely Lima e Rosa Xerfan; Capa: Geórgia Kitsos e André Amora.
Editoração *website*: Jaqueline Diniz.

Apoio Cultural: Banco do Brasil

Impressão: Infra-Estrutura Gráfica Banco do Brasil

Tiragem: 2.500 exemplares

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 - Rio de Janeiro:
EMERJ, 1998.

v.

Trimestral -
ISSN 1415-4951

V.1, n.4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica
Interamericana

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura
do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Todos os direitos reservados à

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
Av. Erasmo Braga, 115/4º andar - CEP: 20026-900 - Rio de Janeiro - RJ
Telefones: (21) 2533-6642 / 2533-5644 / 2588-3376 - Fax: (21) 2533-4860
E-mails: emerj@tj.rj.gov.br ♦ emerjpublicacoes@tj.rj.gov.br



A ESCOLA DO JUIZ

DIRETORIA DA EMERJ

Diretor-Geral

Des. Sérgio Cavalieri Filho

Conselho Consultivo

Des. Celso Guedes

Des. Paulo Sérgio de Araújo e Silva Fabião

Des. Wilson Marques

Des. Sylvio Capanema de Souza

Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes

Des^a. Leila Maria Carrilo Cavalcante R. Mariano

Presidente do Conselho de Conferencistas Eméritos

Des. José Joaquim da Fonseca Passos

Diretor de Estudos e Ensino

Des. Luiz Fux

Supervisor das Coordenações de Área

Des. Sidney Hartung Buarque

Coordenador Administrativo

Des. Décio Xavier Gama

Coordenador Geral de Ensino

Paulo Roberto Targa

Chefe de Gabinete

Maria Alice da Cruz Marinho Vieira

Escola da Magistratura e Conselho de Vitaliciamento

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro vem participando, com empenho, das atividades acadêmicas que o Conselho de Vitaliciamento deve realizar todo mês para os novos magistrados em estágio inicial de dois anos, na forma do art. 95, I, da Resolução nº 1/97, de 13/3/97 (D/J de 20/03/97), do Conselho da Magistratura, art. 95 da Constituição Federal e art. 25 e seguintes da Lei Complementar nº 35/79. Além do apoio de seu quadro de funcionários em espaços adequados de suas instalações, a Escola mantém entendimentos com o eminente Coordenador do Conselho, Desembargador José Joaquim da Fonseca Passos, para reunir palestrantes e debatedores em discussão de temas de maior interesse para a cultura jurídica e formação profissional dos vitaliciandos, sempre dentro da finalidade pedagógica do estágio probatório constitucional.

Assim, desde o início da atual administração reúnem-se os Juízes submetidos ao Curso de Iniciação na EMERJ durante o período inicial de quatro meses, com os demais vitaliciandos já designados para o exercício regular da função, a fim de participarem do Seminário durante a última sexta-feira de cada mês, de 10 às 17 horas.

Em 19 de fevereiro deste ano, o tema único “Provimentos Liminares” foi objeto de conferência do Desembargador Luiz Fux, Diretor de Estudos e Ensino da EMERJ, e dos debates em horário matutino, com a presença conjunta de todos Juízes em fase de vitaliciamento.

Sempre sob a Presidência do Coordenador do Conselho, Des. José Joaquim da Fonseca Passos, e presentes os Senhores Desembargadores Conselheiros, em 30 de março realizou-se o encontro “Inovações na Abordagem da Questão da Violência Doméstica no Juizado Especial Criminal”, com exposição e debates do Des. Thiago Ribas Filho e dos Juízes Geraldo Mascarenhas Prado, Luiz Gustavo Grandinetti, Marcelo Castro, Cristina Tereza Gáulia, Joaquim Domingos de Almeida Neto, Luis Felipe Salomão e outros.

Em 27 de abril, o Seminário “Direito do Consumidor no Brasil e no Mercado Comum Europeu” teve a participação do Professor conferencista Alfredo Calderale das Universidades de Bari e de Foggia, Itália, quando

foram debatedores os Desembargadores Luiz Fux e Wilson Marques. Na parte da tarde, o Des. Sylvio Capanema tratou dos “Aspectos Contratuais do Direito do Consumidor”, o Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes, das “Cláusulas Abusivas” e o Des. Sergio Cavalieri Filho, da “Responsabilidade Civil no Código do Consumidor”.

Em 25 de maio, às 9 horas abriu os trabalhos o Desembargador e Prof. Jessé Torres, no Seminário “Aspectos Multidisciplinares da Lei de Responsabilidade Fiscal”, que discorreu sobre aspectos constitucionais da Lei, sendo, então, debatedor o Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho. Nesse mesmo dia, o Des. Roberto de Abreu e Silva tratou do tema “Responsabilidade Civil Constitucional”, atuando como debatedor o Diretor Sérgio Cavalieri Filho. Em seguida, após o intervalo, falou sobre “Visão Global da Lei de Responsabilidade Fiscal”, o Procurador do Estado e Prof. Francisco Mauro Dias.

Em 29 de junho, esteve presente como primeiro conferencista do Seminário de Direito Constitucional o Prof. e Procurador do Estado Dr. Luis Roberto Barroso que discorreu sobre a “Interpretação Jurídica sob a Ótica Constitucional”, debatendo com ele o Juiz de Direito e Prof. Luis Gustavo Grandinetti. Seguiu-se a palestra do Prof. e Procurador do Estado Nelson Nascimento Diz. À tarde, o Juiz de Direito Dr. João Batista Berthier Leite Soares teve oportunidade de falar sobre o tema “O Magistrado como um dos Intérpretes da Constituição”. O Prof. e Des. Nagib Slaibi Filho prelecionou sobre “O descumprimento de Ordem Judicial pelo Poder Público”, com ele debatendo o Prof. e advogado Dr. Aurélio Wander Bastos.

Em 27 de julho, o “Seminário Ética e Justiça” teve início pela manhã, com a conferência do Professor, filósofo e Jurista, Doutor Miguel Reale, sobre o tema “Teorias da Justiça”, seguindo-se as palestras do Prof. Des. TJ/RS Marcio Oliveira Puggina (“A Hermenêutica e a Justiça do Caso Concreto”) e do Prof. Antonio Carlos Wolkner (“Pluralismo Jurídico”). Na parte da tarde o Prof. Plauto Faraco Azevedo discorreu sobre “Aplicação do Direito no Contexto Social” e o Senador Josaphat Marinho sobre “Ética e Justiça”).

Acentuando a relevância e buscando o maior resultado dessa atividade para os novos magistrados, a Presidência do Tribunal de Justiça, juntamente com o eminente Coordenador do Conselho, Desembargador Fonseca Passos, vem convocando todos por ofício a cada mês para estarem presentes em toda essa fase do processo de vitaliciamento.

D.X.G.

SUMÁRIO

FUNDAMENTOS TEÓRICOS E FILOSÓFICOS DO NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO **11**

Luis Roberto Barroso – Professor da UERJ. Procurador do Estado do RJ

Cap. I. Pré-compreensão do tema. 1. A pós-modernidade e o Direito. 2. A busca da razão possível. Cap.II. Algumas bases teóricas. 1. A dogmática jurídica tradicional e sua superação 2. A teoria crítica do Direito. Cap. III. Algumas bases filosóficas. 1. Ascensão e decadência do jusnaturalismo. 2. Ascensão e decadência do positivismo jurídico. 3. Pós-positivismo e a normalidade dos princípios. Cap. IV. Conclusão. 1. A ascensão científica e política do direito constitucional no Brasil. 2. Síntese das idéias desenvolvidas.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA NA CARTA POLÍTICA BRASILEIRA DE 1988 **48**

Áurea Pimentel Pereira – Desembargadora do TJ/RJ

Família. Origens. Fundamentos natural e social das relações de família e sua disciplina nos textos constitucionais anteriores e na Carta Política de 1988. Simetria de direitos instituída em favor da mulher. Alargamento de sua conceituação na C.F. de 1988. Críticas. Casamento e família legítima. Concubinato e união estável.

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL **63**

Jessé Torres Pereira Júnior – Desembargador do TJ/RJ

O art. 165 da Constituição e a Lei Complementar nº 101, de 04/05/00. A demora da elaboração do seu projeto e a pressão internacional (FMI) para o equilíbrio orçamentário e para a edição da Lei. A Lei de Responsabilidade Fiscal da Nova Zelândia, na qual se inspirou o projeto da Lei nº 101/00 sobre os tema, embora aquele país seja um Estado unitário, não uma federação. O gestor (art. 70, da C.F.) e as complexas e desafiantes 444 disposições da Lei, com suas normas principiológicas e procedimentais. A Lei nº 10028/00 tipificadora dos crimes contra a administração financeira. O perfil constitucional da lei se desenha em cinco pontos: 1) O caráter vinculante do planejamento, cogente e não simplesmente programático e os limites

objetivos de despesas. 2) O tratamento da terceirização de mão-de-obra cujos valores devem ser contabilizados como “Outras Despesas de Pessoal”. 3) A proteção do patrimônio público (art.44). 4) nulidade do ato de desapropriação de imóvel urbano sem cumprimento do art.182, § 3º da C.F., ou prévio depósito do valor da indenização 5). A complementação penal da Lei n° 10028/00. As dez regras fundamentais da LRF que o gestor deverá ter a sua frente, como o crente coloca os dez mandamentos bíblicos na conduta do seu dia-a-dia.

A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

79

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho – Professor da EMERJ e Juiz de Direito TJ/RJ

1. Proibição de concessão de liminares e de antecipações de tutela contra o Poder Público. 2. A propositura de nova ação de investigação de paternidade com base em exame de DNA e a coisa julgada. 3. Crime hediondo e possibilidade de concessão de liberdade provisória com ou sem fiança. 4. Conclusão.

INTERPRETAÇÃO REALISTA DA ALIENAÇÃO DE CONTROLE DE COMPANHIA ABERTA

95

Jorge Lobo – Professor da EMERJ e Procurador de Justiça

I. O art. 254 da Lei das S.A. e sua revogação pela Lei n° 9.457 de 1997.

II. A polêmica alienação de controle de companhia aberta. III – Interpretação realista da alienação de controle da companhia aberta.

PROPAGANDA ENGANOSA E ABUSIVA

120

José Carlos Maldonado de Carvalho - Juiz de Direito TJ/RJ

Introdução. Princípios da publicidade no CDC. Oferta e apresentação de serviços. A publicidade – propaganda no direito estrangeiro. A publicidade enganosa no CDC. A publicidade abusiva no CDC. Os danos e suas consequências. Conclusão.

LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DIFUSAS, COLETIVAS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEAS

129

Wilson Marques – Professor da EMERJ e Desembargador do TJ/RJ

Distinções preliminares. Direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos. Tutela. A Coisa Julgada. Efeitos, limites e extensão. A disciplina do Código

de Defesa do Consumidor. Ação civil pública. Exclusão da litispendência. *Opt out. Opt in.* Art. 104 do CPC.

UMA NOVA VISÃO DO UNIVERSO JURÍDICO **142**

Luis Fux – Professor da UERJ/EMERJ e Desembargador do TJ/RJ

A Crise da Lei: a “dissintonia entre a lei e os anseios sociais”. A Crise da Justiça: A “ineficiência da realização da justiça”. A Crise no ensino Jurídico. O estudo do Direito não mais em círculo fechado, mas com a necessária visão interdisciplinar. A certeza de que um novo tempo se avizinha e de que vamos ao encontro dele.

PENHORA, DEPÓSITO E PRISÃO DO DEVEDOR **157**

Rogério de Oliveira Souza – Juiz de Direito do TJ/RJ

A conduta do devedor que aliena ou onera o bem penhorado de que é depositário. A responsabilidade patrimonial e a infração do dever de custódia. A prisão do depositário infiel. Prazo da prisão (art. 1287 do C.C. e art. 902 do CPC).

LITISPENDÊNCIA POR IDENTIDADE DE CAUSA DE PEDIR **168**

Theophilo Antonio Miguel Filho – Professor da UERJ

I. Problemática. II. Objetivos. III. Justificativa. IV. Metodologia e técnicas utilizadas. V. Desenvolvimento. VI – Conclusão.

LEASING – A DIFERENÇA ENTRE VRG (VALOR RESIDUAL **180**

DE GARANTIA) E PREÇO DA OPÇÃO DE COMPRA NO CONTRATO.

DESCARACTERIZAÇÃO DO LEASING PELA ANTECIPAÇÃO DO VALOR RESIDUAL

Marco Antonio Ibrahim – Professor da EMERJ. Juiz de Direito do TJ/RJ

Introdução. 2. O *Leasing* e a Cláusula potestativa da tríplice opção. 3. A dupla espécie de valores residuais. 4. Efeitos da antecipação dos valores residuais. O dissídio doutrinário e a Jurisprudência. 5. A questão da posse. 6. Conclusão.

A JURISDICIONALIDADE DA ARBITRAGEM **189**

Luiz Roberto Ayoub – Professor da EMERJ e Juiz de Direito do TJ/RJ

Introdução. II. A alegada inconstitucionalidade do art. 7º da Lei nº 9.307/96. III. Algumas resistências ao novo modelo legal e as soluções sugeridas. IV.

Fundamento bastante para justificar sua natureza jurisdicional. V. Efetividade da Lei 9.307/96. VI. Conclusão.

PACTO FEDERATIVO: ASPECTOS ATUAIS

200

José dos Santos Carvalho Filho – Professor da EMERJ e Procurador de Justiça do RJ

Confederação e federação. Estado Unitário. As linhas básicas da federação. Crítica de seus múltiplos aparelhos burocráticos com dispersão de recursos. O número excessivo de municípios. Fator também comprometedor do pacto federativo é o tratamento dado ao setor da saúde dos municípios, com recursos, não raro, inferiores aos das suas Câmaras Municipais. Assim também a má fisionomia do sistema tributário previsto na Constituição.

PENSAMENTO TÓPICO – A CONTRIBUIÇÃO DE VIEHWEG PARA A JUSFILOSOFIA PÓS-POSITIVISTA

210

José Eduardo Nobre Matta - Professor da EMERJ e Juiz de Direito da 6ª Vara Federal

I. Apresentação. II. O contexto da Tópica Jurídica. III. Breve resumo de Tópica e Jurisprudência. IV. Considerações críticas.

AS ALTERAÇÕES DO CÓDIGO FLORESTAL

218

Francisco Carrera – Advogado ambientalista. Diretor da OAB/RJ.

As alterações propostas ao Código Florestal, notadamente no art.14. O princípio da Precaução constante da Declaração do Rio-92. A intervenção do Poder Público, em matéria ambiental tem o sentido de prevenção do dano, sendo um dever constitucional.



FUNDAMENTOS TEÓRICOS E FILOSÓFICOS DO NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO*

LUÍS ROBERTO BARROSO

Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ. Mestre em Direito pela Yale Law School. Advogado no Rio de Janeiro.

CAPÍTULO I - PRÉ-COMPREENSÃO DO TEMA

I. A Pós-modernidade e o Direito¹. Planeta Terra. Início do século XXI. Ainda sem contato com outros mundos habitados. Entre luz e sombra, descortina-se a *pós-modernidade*. O rótulo genérico abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade. A imagem acima do conteúdo. O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial. Vive-se a angústia do que não pôde ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras. Uma época aparentemente *pós-tudo*: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana².

* Tema da palestra proferida na EMERJ/Conselho de Vitaliciamento do TJ/RJ por ocasião do Seminário “Direito Constitucional”, realizado em 24.06.01.

¹ Zygmunt Bauman, **A globalização: as conseqüências humanas**, 1999; Ignacio Ramonet, “O pensamento único e os regimes globalitários”, in **Globalização: o fato e o mito**, 1998; André-Jean Arnaud, **O direito entre modernidade e globalização**, 1999; Boaventura de Souza Santos, “Uma cartografia simbólica das representações sociais: prolegômenos a uma concepção pós-moderna do direito”, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, 1996; José Eduardo Faria, “Globalização, autonomia decisória e política”, in Margarida Maria Lacombe Camargo (org.), **1988-1998: uma década de Constituição**, 1999; Daniel Sarmento, “Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional”, **Revista de Direito Administrativo**, 215/19, 1999; Marilena Chauí, “Público, privado, despotismo”, in Adauto Novaes (org.), **Ética**, 1992; Antônio Junqueira de Azevedo, “O direito pós-moderno e a codificação”, in **Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil**, v. I, 2000; Wilson Ramos Filho, “Direito pós-moderno: caos criativo e neoliberalismo”, in **Direito e neoliberalismo**, 1996; Ted Honderich (editor), **The Oxford Companion to Philosophy**, 1995; Nicola Abbagnano, **Dicionário de filosofia**, 1998; Norbert Reich, “Intervenção do Estado na economia (reflexões sobre a pós-modernidade na teoria jurídica)”, **Revista de Direito Público**, 94/265.

² Cláudia Lima Marques, “A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa”, in **Cidadania e Justiça**, n. 6, 1999: “(Pós-modernidade) é uma tentativa de descre-

Brasil. 2001. Ano 13 da Constituição de 1988. Sem superstições. O constitucionalismo vive um momento sem precedentes, de vertiginosa ascensão científica e política. O estudo que se vai desenvolver procura investigar os antecedentes teóricos e filosóficos desse novo direito constitucional, identificar seus principais adversários e acenar com algumas idéias para o presente e para o futuro. Antes de avançar, traçam-se algumas notas introdutórias para situar o leitor. A interpretação dos fenômenos políticos e jurídicos não é um exercício abstrato de busca de verdades universais e atemporais. Toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve os fatos a serem enquadrados, o sistema jurídico, as circunstâncias do intérprete e o imaginário de cada um. A identificação do cenário, dos atores, das forças materiais atuantes e da posição do sujeito da interpretação constitui o que se denomina de *pré-compreensão*³.

A paisagem é complexa e fragmentada. No plano *internacional*, vive-se a decadência do conceito tradicional de soberania. As fronteiras rígidas cederam à formação de grandes blocos políticos e econômicos, à intensificação do movimento de pessoas e mercadorias e, mais recentemente, ao fetiche da circulação de capitais. A globalização, como conceito e como símbolo, é a manchete que anuncia a chegada do novo século. A desigualdade ofusca as conquistas da civilização e é potencializada por uma ordem mundial fundada no desequilíbrio das relações de poder político e econômico e no controle absoluto, pelo países ricos, dos órgãos multilaterais de finanças e comércio.

No campo *econômico e social*, tem-se assistido ao avanço vertiginoso da ciência e da tecnologia, com a expansão dos domínios da informática e da rede mundial de computadores e com as promessas e questionamentos

ver o grande ceticismo, o fim do racionalismo, o vazio teórico, a insegurança jurídica que se observam efetivamente na sociedade, no modelo de Estado, nas formas de economia, na ciência, nos princípios e nos valores de nossos povos nos dias atuais. Os pensadores europeus estão a denominar este momento de rompimento (*Umbruch*), de fim de uma era e de início de algo novo, ainda não identificado”.

³. Sobre o tema da *pré-compreensão*, vejam-se Karl Larenz, **Metodologia da ciência do direito**, 1997, pp. 285 ss.; e Konrad Hesse, **Escritos de derecho constitucional**, 1983, p. 44: “*El intérprete no puede captar el contenido de la norma desde un punto cuasi arquimédico situado fuera de la existencia histórica sino únicamente desde la concreta situación histórica en la que se encuentra, cuya plasmación ha conformado sus hábitos mentales, condicionando sus conocimientos y sus pre-juicios*”.

éticos da engenharia genética⁴. A obsessão da eficiência tem elevado a exigência de escolaridade, especialização e produtividade, acirrando a competição no mercado de trabalho e ampliando a exclusão social dos que não são competitivos porque não podem ser. O Estado já não cuida de miudezas como pessoas, seus projetos e sonhos, e abandonou o discurso igualitário ou emancipatório. O desemprego, o sub-emprego e a informalidade tornam as ruas lugares tristes e inseguros.

Na *política*, consuma-se a desconstrução do Estado tradicional, duramente questionado na sua capacidade de agente do progresso e da justiça social. As causas se acumularam impressentidas, uma conspiração: a onda conservadora nos Estados Unidos (Reagan, Bush) e na Europa (Thatcher) na década de 80; o colapso da experiência socialista, um sonho desfeito em autoritarismo, burocracia e pobreza; e o fiasco das ditaduras sul-americanas, com seu modelo estatizante e violento, devastado pelo insucesso e pela crise social. Quando a noite baixou, o espaço privado invadira o espaço público, o público dissociara-se do estatal e a desestatização virara um dogma. O Estado passou a ser o guardião do lucro e da competitividade.

No *direito*, a temática já não é a liberdade individual e seus limites, como no Estado liberal; ou a intervenção estatal e seus limites, como no *welfare state*. Liberdade e igualdade já não são os ícones da temporada. A própria lei caiu no desprestígio. No direito público, a nova onda é a governabilidade. Fala-se em desconstitucionalização, *delegificação*, desregulamentação. No direito privado, o código civil perde sua centralidade, superado por múltiplos microssistemas. Nas relações comerciais revive-se a *lex mercatoria*⁵. A segurança jurídica – e seus conceitos essenciais,

⁴. Sobre esta temática, vejam-se Vicente de Paulo Barretto, “Bioética, biodireito e direitos humanos”, in Ricardo Lobo Torres (org.), **Teoria dos direitos fundamentais**, 1999; Luiz Edson Fachin, “Bioética e tecnologia”, in **Elementos críticos de direito de família**, 1999; Maria Helena Diniz, **O estado atual do biodireito**, 2001; e Heloísa Helena Barboza e Vicente de Paula Barretto (orgs.), **Temas de biodireito e bioética**, 2001, onde se averbou: “As técnicas de reprodução humana assistida, o mapeamento do genoma, o prolongamento da vida mediante transplantes, as técnicas para alteração do sexo, a clonagem e a engenharia genética descortinam de forma acelerada um cenário desconhecido e imprevisível, no qual o ser humano é simultaneamente ator e espectador” (Heloísa Helena Barboza, **Bioética x biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos**, p. 2).

⁵. Como o comércio internacional não tem fronteiras, tende a ser regulado por regras de fontes não nacionais, denominadas *lex mercatoria*, que consagram o primado dos usos no comércio internacional e se materializam também por meio dos contratos e cláusulas-tipo, jurisprudência arbitral, regulamentações profissionais elaboradas por suas associações representativas e princípios gerais comuns às legislações dos países.

como o direito adquirido – sofre o sobressalto da velocidade, do imediatismo e das interpretações pragmáticas, embaladas pela ameaça do horror econômico. As fórmulas abstratas da lei e a discricção judicial já não trazem todas as respostas. O paradigma jurídico, que já passara, na modernidade, da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema a ser resolvido.

Seria possível seguir adiante, indefinidamente, identificando outras singularidades dos tempos atuais. Mas o objeto específico do presente estudo, assim como circunstâncias de tempo e de espaço, recomendam não prosseguir com a apresentação analítica das complexidades e perplexidades desse início de era. Cumpre dar desfecho a este tópico⁶.

O discurso acerca do Estado atravessou, ao longo do século XX, três fases distintas: a pré-modernidade (ou Estado liberal), a modernidade (ou Estado social) e a pós-modernidade (ou Estado neo-liberal). A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado, justo ou injusto –, mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa.

II. A Busca da Razão Possível⁷. Os gregos inventaram a idéia ocidental de *razão* como um pensamento que segue princípios e regras de valor universal. Ela é o traço distintivo da condição humana, juntamente

⁶. Nada obstante, não resisto à transcrição de trecho de José Carlos Barbosa Moreira acerca da influência da globalização sobre a cultura e a linguagem no Brasil (“A subserviência cultural”, in **Temas de direito processual**, Sétima Série, 2001): “Às vezes me assalta a tentação de dizer, à guisa de imagem, que a língua portuguesa, entre nós, está sendo repetidamente estuprada. A imagem, contudo, não é boa: o estupro importa violência do sujeito ativo sobre o passivo. Ora, não costuma partir dos norte-americanos, que se saiba, pressão alguma no sentido de batizarmos com nomes ingleses condomínios e clínicas, nem de exclamarmos ‘uau’ quando nos sentimos agradavelmente surpreendidos. O que se passa é que muitos gostam de entregar-se ainda na ausência de qualquer compulsão. Isso acontece com o corpo, e já é algo lamentável. Mas também acontece com a alma, e aí só se pode falar de desgraça”.

⁷. Marilena Chaui, **Convite à filosofia**, 1999; Giorgio Del Vecchio, **Filosofia del derecho**, 1997; Miguel Reale, **Filosofia do Direito**, 2000; Gustav Radbruch, **Filosofia do direito**, 1997; Maria Lúcia de Arruda Aranha e Maria Helena Pires Martins, **Filosofando: introdução à filosofia**, 1986; H. Japiassu, **O mito da neutralidade científica**, 1975; Sigmund Freud, **Pensamento vivo**, 1985; John Rickman (editor), **A general selection from the works of Sigmund Freud**, 1989; Maria Rita Kehl, “A psicanálise e o domínio das paixões”, in Adauto Novaes (org.), **Os sentidos da paixão**, 1991; Hans Kelsen, **Teoria pura do direito**, 1979; Bruce Ackerman, **The rise of world constitutionalism**, 1997; Charles van Doren, **A history of knowlegde**, 1991.

com a capacidade de acumular conhecimento e transmiti-lo pela linguagem. Traz em si a superação dos mitos, dos preconceitos, das aparências, das opiniões sem fundamento. Representa, também, a percepção do outro, do próximo, em sua humanidade e direitos. Idealmente, a razão é o caminho da justiça, o domínio da inteligência sobre os instintos, interesses e paixões.

Sem enveredar por um debate filosófico feito de sutilezas e complexidades, a verdade é que a crença iluminista no poder quase absoluto da razão tem sido intensamente revisitada e terá sofrido pelo menos dois grandes abalos. O primeiro, ainda no século XIX, provocado por Marx, e o segundo, já no século XX, causado por Freud. Marx, no desenvolvimento do conceito essencial à sua teoria – o *materialismo histórico* – assentou que as crenças religiosas, filosóficas, políticas e morais dependiam da posição social do indivíduo, das relações de produção e de trabalho, na forma como estas se constituem em cada fase da história econômica. Vale dizer: a razão não é fruto de um exercício da liberdade de ser, pensar e criar, mas prisioneira da **ideologia**, um conjunto de valores introjetados e imperceptíveis que condicionam o pensamento, independentemente da vontade.

O segundo abalo veio com Freud. Em passagem clássica, ele identifica três momentos nos quais o homem teria sofrido duros golpes na percepção de si mesmo e do mundo à sua volta, todos desferidos pela mão da ciência. Inicialmente com Copérnico e a revelação de que a Terra não era o centro do universo, mas um minúsculo fragmento de um sistema cósmico de vastidão inimaginável. O segundo com Darwin, que através da pesquisa biológica destruiu o suposto lugar privilegiado que o homem ocuparia no âmbito da criação e provou sua incontestável natureza animal. O último desses golpes – que é o que aqui se deseja enfatizar – veio com o próprio Freud: a descoberta de que o homem não é senhor absoluto sequer da própria vontade, de seus desejos, de seus instintos. O que ele fala e cala, o que pensa, sente e deseja é fruto de um poder invisível que controla o seu psiquismo: o **inconsciente**^{8/9}.

⁸. Sigmund Freud, **Pensamento vivo**, 1985, p. 59: “Mas a megalomania humana terá sofrido o seu terceiro e mais contundente golpe da parte da pesquisa psicológica atual, que procura provar ao ego que nem mesmo em sua própria casa é ele quem dá as ordens, mas que deve contentar-se com as escassas informações do que se passa inconscientemente em sua mente”.

⁹. Em uma crônica densa e espirituosa (“A quarta virada”, **Revista de Domingo, Jornal do Brasil**), após comentar as transformações advindas com Copérnico, Darwin e Freud, escreveu

É possível, aqui, enunciar uma conclusão parcial: os processos políticos, sociais e psíquicos movem-se por caminhos muitas vezes ocultos e imperceptíveis racionalmente. Os estudos de ambos os pensadores acima – sem embargo de amplamente questionados ao longo e, especialmente, ao final do século XX – operaram uma mudança profunda na compreensão do mundo. Admita-se, assim, que a razão divida o palco da existência humana pelo menos com esses dois outros (f)atores: a ideologia e o inconsciente. O esforço para superar cada um deles, pela autocrítica e pelo autoconhecimento, não é vão, mas é limitado. Nem por isso a razão se torna menos importante. A despeito de seus eventuais limites, ela conserva dois conteúdos de especial valia para o espírito humano: (i) o *ideal de conhecimento*, a busca do sentido para a realidade, para o mundo natural e cultural e para as pessoas, suas ações e obras; (ii) o *potencial da transformação*, o instrumento crítico para compreender as condições em que vivem os seres humanos e a energia para interferir na realidade, alterando-a quando necessário¹⁰.

As reflexões acima incidem diretamente sobre dois conceitos que integram o imaginário do conhecimento científico: a neutralidade e a objetividade. Ao menos no domínio das ciências humanas e, especialmente no campo do Direito, a realização plena de qualquer um deles é impossível. A *neutralidade*, entendida como um distanciamento absoluto da questão a ser apreciada, pressupõe um operador jurídico isento não somente das complexidades da subjetividade pessoal, mas também das influências sociais. Isto é: sem história, sem memória, sem desejos. Uma ficção. O que é possível e desejável é produzir um intérprete consciente de suas circunstâncias: que tenha percepção da sua postura ideológica (autocrítica) e, na medida do possível, de suas neuroses e frustrações (autoconhecimento). E, assim, sua

Luís Fernando Veríssimo: “Mas houve outra virada no pensamento humano. A de Marx, que nos permitiu pensar num homem predestinado, não pelas estrelas ou pelos seus instintos, mas pela história. Mesmo sem a orientação divina, estaríamos destinados a ser justos, pois a história, no fim, é moral. Em vez da escatologia cristã, Marx propôs uma redenção final cientificamente inescapável, e, se ninguém mais acredita em materialismo histórico na prática, a compulsão solidária persiste, como uma fé religiosa que o desmentido dos fatos só reforça. Talvez porque seja a fé secular que reste para muita gente. Ficamos órfãos de todas as melhores ilusões a nosso respeito (inclusive as marxistas) e nem assim nos resignamos à idéia de que aquilo que vemos no espelho é apenas um bípede egoísta, em breve e descompromissada passagem por um dos planetas menores. Quando esta fé acabar, aí sim estaremos prontos para os magos e as seitas. Tenho ouvido falar numa que adora a Alcachofra Mística e ainda ensina como aplicar na bolsa. Vou investigar”.

¹⁰. Marilena Chauí, **Convite à filosofia**, 1999, pp. 85-7.

atuação não consistirá na manutenção inconsciente da distribuição de poder e riquezas na sociedade nem na projeção narcísica de seus desejos ocultos, complexos e culpas.

A *objetividade* se realizaria na existência de princípios, regras e conceitos de validade geral, independentemente do ponto de observação e da vontade do observador. O certo, contudo, é que o conhecimento, qualquer conhecimento, não é uma foto, um flagrante incontestável da realidade. Todos os objetos estão sujeitos à *interpretação*. Isto é especialmente válido para o Direito, cuja matéria prima é feita de normas, palavras, significantes e significados. A moderna dogmática jurídica já superou a idéia de que as leis possam ter, sempre e sempre, sentido unívoco, produzindo uma única solução adequada para cada caso. A objetividade possível do Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece.

Tais possibilidades interpretativas podem decorrer, por exemplo, (i) da discricionariedade atribuída pela norma ao intérprete, (ii) da pluralidade de significados das palavras ou (iii) da existência de normas contrapostas, exigindo a ponderação de interesses à vista do caso concreto. Daí a constatação inafastável de que a aplicação do Direito não é apenas um ato de conhecimento – revelação do sentido de uma norma preexistente –, mas também um ato de vontade – escolha de uma possibilidade dentre as diversas que se apresentam¹¹. O direito constitucional define a moldura dentro da qual o intérprete exercerá sua criatividade e seu senso de justiça, sem conceder-lhe, contudo, um mandato para voluntarismos de matizes variados. De fato, a Constituição institui um conjunto de normas que deverão

¹¹ Tal conclusão tem a adesão do próprio Hans Kelsen, que tentou desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, considerando que o problema da justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora da teoria do direito. Em sua celebrada **Teoria pura do direito** – uma das obras de maior significação no século que se encerrou – escreveu ele (4ª ed., trad. João Baptista Machado, Armênio Amado, Coimbra, 1979, pp. 466-70): “A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas *uma única* solução correta (ajustada) e que a ‘justeza’ (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. (...) A interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito. (...) Na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva”.

orientar sua escolha entre as alternativas possíveis: princípios, fins públicos, programas de ação.

O constitucionalismo chega vitorioso ao início do milênio, consagrado pelas revoluções liberais e após haver disputado com inúmeras outras propostas alternativas de construção de uma sociedade justa e de um Estado democrático¹². A razão de seu sucesso está em ter conseguido oferecer ou, ao menos, incluir no imaginário das pessoas: (i) *legitimidade* – soberania popular na formação da vontade nacional, por meio do poder constituinte; (ii) *limitação do poder* – repartição de competências, processos adequados de tomada de decisão, respeito aos direitos individuais, inclusive das minorias; (iii) *valores* – incorporação à Constituição material das conquistas sociais, políticas e éticas acumuladas no patrimônio da humanidade.

Antes de encerrar este tópico, é de proveito confrontar estas idéias – reconfortantes e apaziguadoras – com o mundo real à volta, com a história e seus descaminhos. A injustiça passeia impunemente pelas ruas; a violência social e institucional é o símbolo das grandes cidades; a desigualdade entre pessoas e países salta entre os continentes; a intolerância política, racial, tribal, religiosa povoa ambos os hemisférios. Nada assegura que as conclusões alinhavadas nos parágrafos acima sejam produto inequívoco de um conhecimento racional. Podem expressar apenas a ideologia ou o desejo. Um esforço de estabilização, segurança e paz onde talvez preferissem luta os dois terços da população mundial sem acesso ao frutos do progresso, ao consumo e mesmo à alimentação.

A crença na Constituição e no constitucionalismo não deixa de ser uma espécie de fé: exige que se acredite em coisas que não são direta e imediatamente apreendidas pelos sentidos. Como nas religiões semíticas – judaísmo, cristianismo e islamismo –, tem seu marco zero, seus profetas e acena com o paraíso: vida civilizada, justiça e talvez até felicidade. Como se percebe, o projeto da modernidade não se consumou. Por isso não pode

¹² V. Luís Roberto Barroso, “Doze anos da Constituição brasileira de 1988”, in **Temas de Direito Constitucional**, 2001: “O *constitucionalismo* tem se mostrado como a melhor opção de limitação do poder, respeito aos direitos e promoção do progresso. Nada parecido com o *fim da história*, porque valorizar e prestigiar a Constituição não suprime a questão política de definir o que vai dentro dela. Mas o fato é que as outras vias de institucionalização do poder praticadas ao longo do tempo não se provaram mais atraentes”. Vejam-se algumas outras propostas que tiveram relevância ao longo do século. O marxismo-leninismo colocava no centro do sistema, não a Constituição, mas o Partido. O militarismo anti-comunista gravitava em torno das Forças Armadas. O fundamentalismo islâmico tem como peça central o Corão. Nenhuma dessas propostas foi mais bem sucedida.

ceder passagem. Não no direito constitucional. A pós-modernidade, na porção em que apreendida pelo pensamento neoliberal, é descrente do constitucionalismo em geral, e o vê como um entrave ao desmonte do Estado social¹³. Nesses tempos de tantas variações esotéricas, se lhe fosse dada a escolha, provavelmente substituiria a Constituição por um mapa astral.

CAPÍTULO II - ALGUMAS BASES TEÓRICAS

I. A Dogmática Jurídica Tradicional e sua Superação¹⁴. O Direito é uma invenção humana, um fenômeno histórico e cultural, concebido como técnica de solução de conflitos e instrumento de pacificação social. A família jurídica romano-germânica surge e desenvolve-se em torno das relações privadas, com o direito civil no centro do sistema. Seus institutos, conceitos e idéias fizeram a história de povos diversos e atravessaram os tempos. O Estado moderno surge no século XVI, ao final da Idade Média, sobre as ruínas do feudalismo e fundado no direito divino dos reis. Na passagem do Estado absolutista para o Estado liberal, o Direito incorpora o jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII, matéria prima das revoluções francesa e americana. O Direito moderno, em suas categorias principais, consolida-se no século XIX, já arrebatado pela onda positivista, com *status* e ambição de ciência.

Surgem os mitos. A lei passa a ser vista como expressão superior da razão. A ciência do Direito – ou, também, teoria geral do Direito, dogmática jurídica – é o domínio asséptico da segurança e da justiça. O Estado é a fonte única do poder e do Direito. O sistema jurídico é completo e auto-

¹³. José Eduardo Faria, in Prefácio ao livro de Gisele Cittadino, **Pluralismo, direito e justiça distributiva**, 1999: “No limiar do século XXI, contudo, a idéia de constituição cada vez mais é apontada como entrave ao funcionamento do mercado, como freio da competitividade dos agentes econômicos e como obstáculo à expansão da economia”. Insere-se nessa discussão a idéia de Constituição meramente procedimental, que estabeleceria apenas as regras do processo político, sem fazer opções por valores ideologicamente engajados. Sobre o tema, v. Ana Paula de Barcellos, **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**, 2001, p. 20.

¹⁴. Hans Kelsen, **Teoria pura do direito**, 1979; Norberto Bobbio, **Teoria do ordenamento jurídico**, 1990; Karl Engisch, **Introdução ao pensamento jurídico**, 1996; Karl Larenz, **Metodologia da ciência do direito**, 1997; René David, **Os grandes sistemas jurídicos**, 1978; Miguel Reale, **Lições preliminares de direito**, 1990; Claus-Wilhelm Canaris, **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, 1996; Tércio Sampaio Ferraz, **Função social da dogmática jurídica**, 1998; José Reinaldo de Lima Lopes, **O direito na história**, 2000; José de Oliveira Ascensão, **O direito: introdução e teoria geral**, 1993.

suficiente: lacunas eventuais são resolvidas internamente, pelo costume, pela analogia, pelos princípios gerais. Separada da filosofia do direito por incisão profunda, a dogmática jurídica volta seu conhecimento apenas para a lei e o ordenamento positivo, sem qualquer reflexão sobre seu próprio saber e seus fundamentos de legitimidade.

Na aplicação desse direito puro e idealizado, pontifica o Estado como árbitro imparcial. A interpretação jurídica é um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma. O juiz – “*la bouche qui prononce les paroles de la loi*”¹⁵ – é um revelador de verdades abrigadas no comando geral e abstrato da lei. Refém da separação de Poderes, não lhe cabe qualquer papel criativo. Em síntese simplificadora, estas algumas das principais características do Direito na perspectiva clássica: a) caráter científico; b) emprego da lógica formal; c) pretensão de completude; d) pureza científica; e) racionalidade da lei e neutralidade do intérprete. Tudo regido por um ritual solene, que abandonou a peruca, mas conservou a tradição e o formalismo. Têmis, vendada, balança na mão, é o símbolo maior, musa de muitas gerações: o Direito produz ordem e justiça, com equilíbrio e igualdade.

Ou talvez não seja bem assim.

II. A Teoria Crítica do Direito¹⁶. Sob a designação genérica de teoria crítica do direito, abriga-se um conjunto de movimentos e de idéias que questionam o saber jurídico tradicional na maior parte de suas premissas: cientificidade, objetividade, neutralidade, estatalidade, completude. Fundase na constatação de que o Direito não lida com fenômenos que se ordenem independentemente da atuação do sujeito, seja o legislador, o juiz ou o jurista. Este engajamento entre sujeito e objeto compromete a pretensão científica do Direito e, como consequência, seu ideal de objetividade, de um conhecimento que não seja contaminado por opiniões, preferências, interesses e preconceitos.

¹⁵ Montesquieu, **De l'esprit des lois**, livre XI, chap. 6, 1748. No texto em português (**O espírito das leis**, Saraiva, 1987, p. 176): “Mas os Juizes da Nação, como dissemos, são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor”.

¹⁶ Marx e Engels, **Obras escolhidas**, 2 vs., 1961; Luiz Fernando Coelho, **Teoria crítica do direito**, 1991; Óscar Correias, **Crítica da ideologia jurídica**, 1995; Michel Mialle, **Introdução crítica ao direito**, 1989; Luis Alberto Warat, **Introdução geral ao direito**, 2 vs., 1994-5; Plauto Faraco de Azevedo, **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**, 1989; Antonio Carlos Wolkmer, **Introdução ao pensamento crítico**, 1995; Luis Alberto Warat, “O outro lado da dogmática jurídica”, in Leonel Severo da Rocha (org.), **Teoria do direito e do Estado**,

A teoria crítica, portanto, enfatiza o caráter ideológico do Direito, equiparando-o à política, a um discurso de legitimação do poder. O Direito surge, em todas as sociedades organizadas, como a institucionalização dos interesses dominantes, o acessório normativo da hegemonia de classe. Em nome da racionalidade, da ordem, da justiça, encobre-se a dominação, disfarçada por uma linguagem que a faz parecer natural e neutra. A teoria crítica preconiza, ainda, a atuação concreta, a militância do operador jurídico, à vista da concepção de que o papel do conhecimento não é somente a interpretação do mundo, mas também a sua transformação¹⁷.

Uma das teses fundamentais do pensamento crítico é a admissão de que o Direito possa não estar integralmente contido na lei, tendo condição de existir independentemente da bênção estatal, da positivação, do reconhecimento expresso pela estrutura de poder. O intérprete deve buscar a justiça, ainda quando não a encontra na lei. A teoria crítica resiste, também, à idéia de completude, de auto-suficiência e de *pureza*, condenando a cisão do discurso jurídico, que dele afasta os outros conhecimentos teóricos. O estudo do sistema normativo (dogmática jurídica) não pode insular-se da realidade (sociologia do direito) e das bases de legitimidade que devem inspirá-lo e possibilitar a sua própria crítica (filosofia do direito)¹⁸. A interdisciplinariedade, que colhe elementos em outras áreas do saber – inclusive os menos óbvios, como a psicanálise ou a lingüística – tem uma fecunda colaboração a prestar ao universo jurídico.

1994; Robert Hayman e Nancy Levit, **Jurisprudence: contemporary readings, problems, and narratives**, 1994; Enrique Marí et al., **Materiales para una teoría crítica del derecho**, 1991; Carlos María Cárcova, **A opacidade do direito**, 1998; Óscar Correias, “El neoliberalismo en el imaginario jurídico”, in **Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar**, 1996; Clèmerson Merlin Clève, “A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória)”, in **Direito Alternativo – Seminário nacional sobre o uso alternativo do direito**, Instituto dos Advogados Brasileiros, 1993; Luiz Edson Fachin, **Teoria crítica do direito civil**, 2000; Paulo Ricardo Schier, **Filtragem constitucional**, 1999; Leonel Severo Rocha, “Da teoria do direito à teoria da sociedade”, in **Teoria do direito e do Estado**, 1994; Ted Honderich (editor), **The Oxford Companion to Philosophy**, 1995; Marilena Chaui, **Convite à filosofia**, 1999; Marcus Vinicius Martins Antunes, “Engels e o direito”, in **Fios de Ariadne: ensaios de interpretação marxista**, 1999.

¹⁷. Proposição inspirada por uma passagem de Marx, na XI Tese sobre Feuerbach: “Os filósofos apenas interpretaram de diversos modos o mundo; o que importa é transformá-lo”.

¹⁸. Elías Díaz, **Sociología y filosofía del derecho**, 1976, p. 54, *apud* Plauto Faraco de Azevedo, **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**, 1989, p. 36.

O pensamento crítico teve expressão na produção acadêmica de diversos países, notadamente nas décadas de 70 e 80. Na França, a *Critique du Droit*, influenciada por Althusser, procurou atribuir caráter científico ao Direito, mas uma ciência de base marxista, que seria a única ciência verdadeira¹⁹. Nos Estados Unidos, os *Critical Legal Studies*, também sob influência marxista – embora menos explícita –, difundiram os fundamentos de sua crença de que *law is politics*, convocando os operadores jurídicos a recompor a ordem legal e social com base em princípios humanísticos e comunitários²⁰. Anteriormente, na Alemanha, a denominada Escola de Frankfurt lançara algumas das bases da teoria crítica, questionando o postulado positivista da separação entre ciência e ética, completando a elaboração de duas categorias nucleares – a ideologia e a práxis²¹ –, bem como identificando a existência de duas modalidades de razão: a instrumental e a crítica²². A produção filosófica de pensadores como Horkheimer, Marcuse, Adorno e, mais recentemente, Jürgen Habermas, terão sido a principal influência pós-marxista da teoria crítica.

No Brasil, a teoria crítica do direito compartilhou dos mesmos fundamentos filosóficos que a inspiraram em sua matriz européia, tendo se manifestado em diferentes vertentes de pensamento: epistemológico, sociológico-

¹⁹ Oscar Correias, *Crítica da ideologia jurídica*, 1995, pp. 126-32. Michel Miaille, *Introdução crítica ao direito*, 1989, p. 327: “Esta experiência crítica do direito abre campo a uma nova maneira de tratar o direito. (...) É o sentido profundo do marxismo, deslocar o terreno do conhecimento do real, oferecendo uma passagem libertadora: o trabalho teórico liberta e emancipa condições clássicas da investigação intelectual pelo fato decisivo de o pensamento marxista refletir, ao mesmo tempo, sobre as condições da sua existência e sobre as condições da sua interseção na vida social”.

²⁰ Robert L. Hayman e Nancy Levit, *Jurisprudence: contemporary readings, problems, and narratives*, 1994, p. 215. Uma das lideranças do movimento foi o professor de Harvard, de nacionalidade brasileira, Roberto Mangabeira Unger, que produziu um dos textos mais difundidos sobre esta corrente de pensamento: “*The critical legal studies movement*”, 1986. Para uma história do movimento, v. Mark Tushnet, “*Critical legal studies: a political history*”, **100 Yale Law Journal** 1515, 1991. Para uma crítica da teoria crítica, v. Owen Fiss, “*The death of the law*”, **72 Cornell Law Review** 1, 1986.

²¹ Luiz Fernando Coelho, *Teoria crítica do direito*, 1991, p. 398: “As categorias críticas exurgidas dessa dialética são a práxis, que se manifesta como teoria crítica, como atividade produtiva e como ação política, e a ideologia, vista como processo de substituição do real pelo imaginário e de legitimação da ordem social real em função do imaginário”.

²² Marilena Chauí, *Convite à filosofia*, 1999: “Os filósofos da Teoria Crítica consideram que existem, na verdade, duas modalidades da razão: a *razão instrumental* ou razão técnico-científica, que está a serviço da exploração e da dominação, da opressão e da violência, e a *razão crítica* ou filosófica, que reflete sobre as contradições e os conflitos sociais e políticos e se apresenta como uma força libertadora”.

co, semiológico²³, psicanalítico²⁴ e teoria crítica da sociedade²⁵. Todas elas tinham como ponto comum a denúncia do Direito como instância de poder e instrumento de dominação de classe, enfatizando o papel da ideologia na ocultação e legitimação dessas relações. O pensamento crítico no país alçou vôos de qualidade e prestou inestimável contribuição científica. Mas não foi um sucesso de público.

Nem poderia ter sido diferente. O embate para ampliar o grau de conscientização dos operadores jurídicos foi desigual. Além da hegemonia quase absoluta da dogmática convencional – beneficiária da tradição e da inércia –, a teoria crítica conviveu, também, com um inimigo poderoso: a ditadura militar e seu arsenal de violência institucional, censura e dissimulação. A atitude filosófica em relação à ordem jurídica era afetada pela existência de uma *legalidade paralela* – dos atos institucionais e da segurança nacional – que, freqüentemente, desbordava para um Estado de fato. Não eram tempos amenos para o pensamento de esquerda e para o questionamento das estruturas de poder político e de opressão social.

Na visão de curto prazo, o trabalho de *desconstrução* desenvolvido pela teoria crítica, voltado para a desmistificação do conhecimento jurídico convencional, trouxe algumas *conseqüências problemáticas*²⁶, dentre as quais: a) o abandono do Direito como espaço de atuação das forças progressistas; b) o desperdício das potencialidades interpretativas das normas em vigor. Disso resultou que o mundo jurídico tornou-se feudo do pensamento conservador ou, no mínimo, tradicional. E que não se exploraram as potencialidades da aplicação de normas de elevado cunho social, algumas inscritas na própria Constituição outorgada pelo regime militar.

Porém, dentro de uma visão histórica mais ampla, é impossível desconsiderar a influência decisiva que a teoria crítica teve no surgimento de uma geração menos dogmática, mais permeável a outros conhecimentos

²³. Para um alentado estudo da interpretação jurídica sob esta perspectiva, v. Lenio Luiz Streck, **Hermenêutica jurídica em crise**, 1999.

²⁴. Sobre esta temática, vejam-se dois trabalhos publicados na obra coletiva **Direito e neoliberalismo**, 1996: Agustinho Ramalho, “Subsídios para pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise”; Jacinto de Miranda Coutinho, “Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal”.

²⁵. Luiz Fernando Coelho, ob. cit., pp. 396-7.

²⁶. Paulo Schier, **Filtragem constitucional**, 1999, p. 34: “Essas teorias, de certa forma, acabaram por desencadear algumas conseqüências problemáticas, dentre as quais (...): (i) a impossibilidade de se vislumbrar a dogmática jurídica como instrumento de emancipação dos homens em sociedade e (ii) o esvaziamento da dignidade normativa da ordem jurídica”.

teóricos e sem os mesmos compromissos com o *status quo*. A teoria crítica deve ser vista, nesse início de século, na mesma perspectiva que a teoria marxista: apesar de seu refluxo na quadra atual, sobretudo após os eventos desencadeados a partir de 1989, conserva as honras de ter modificado e elevado o patamar do conhecimento convencional.

A redemocratização no Brasil impulsionou uma volta ao Direito²⁷. É certo que já não se alimenta a crença de que a lei seja “a expressão da vontade geral institucionalizada”²⁸ e se reconhece que, freqüentemente, estará a serviço de interesses, e não da razão. Mas ainda assim, ela significa um avanço histórico: fruto do debate político, ela representa a despersonalização do poder e a institucionalização da vontade política. O tempo das negações absolutas passou. Não existe compromisso com o outro sem a lei²⁹. É preciso, portanto, explorar as potencialidades positivas da dogmática jurídica, investir na interpretação principiológica, fundada em valores, na ética e na razão possível. A liberdade de que o pensamento intelectual desfruta hoje impõe compromissos tanto com a legalidade democrática como com a conscientização e a emancipação. Não há, no particular, nem incompatibilidade nem exclusão.

CAPÍTULO III - ALGUMAS BASES FILOSÓFICAS³⁰

I. Ascensão e Decadência do Jusnaturalismo. O termo jusnaturalismo identifica uma das principais correntes filosóficas que tem

²⁷ Pessoalmente, fiz a travessia do pensamento crítico para a utilização construtiva da dogmática jurídica em um trabalho escrito em 1986 – “A efetividade das normas constitucionais (Por que não uma Constituição para valer?)”, apresentado no VIII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, Porto Alegre, 1987. Esse texto foi a base de minha tese de livre-docência, concluída em 1988, e que se converteu no livro **O direito constitucional e a efetividade de suas normas** (5ª edição, Ed. Renovar, 2001).

²⁸ **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, 1789, art. 6º: “A lei é a expressão da vontade geral institucionalizada”.

²⁹ Luis Alberto Warat, “O outro lado da dogmática jurídica”, in **Teoria do direito e do Estado** (org. Leonel Severo Rocha), 1994, pp. 83-5.

³⁰ Norberto Bobbio, **O positivismo jurídico**, 1995; Bobbio, Matteucci e Pasquino, **Dicionário de Política**, 1986; Nicola Abbagnano, **Dicionário de filosofia**, 1998; Giorgio Del Vecchio, **Filosofia del derecho**, 1991; José Reinaldo de Lima Lopes, **O direito na história**, 2000; Antonio M. Hespanha, **Panorama histórico da cultura jurídica européia**, 1977; Nelson Saldanha, **Filosofia do direito**, 1998; Paulo Nader, **Introdução ao estudo do direito**, 1995; Cicero, “Da república”, s.d.; René David, **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**, 1978; Bertrand Russell, **História do pensamento ocidental**, 2001; Vladímir Tumánov, **O pensamento jurídico burguês contemporâneo**, 1984; Margarida Maria Lacombe Camargo, **Hermenêutica e argumentação**, 1999; Ana Paula de Barcellos, “As relações da filosofia do direito com a experiência jurídica. Uma visão dos séculos XVIII, XIX e XX. Algumas questões atuais”, **Revista Forense**, 351/3.

acompanhado o Direito ao longo dos séculos, fundada na existência de um *direito natural*. Sua idéia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal. Tal crença contrapõe-se a outra corrente filosófica de influência marcante, o positivismo jurídico, que será examinado mais à frente.

O rótulo genérico do *jusnaturalismo* tem sido aplicado a fases históricas diversas e a conteúdos heterogêneos, que remontam à antiguidade clássica³¹ e chegam aos dias de hoje, passando por densa e complexa elaboração ao longo da Idade Média³². A despeito das múltiplas variantes, o direito natural apresenta-se, fundamentalmente, em duas versões: a) a de uma lei estabelecida pela vontade de Deus; b) a de uma lei ditada pela razão. O direito natural moderno começa a formar-se a partir do século XVI, procurando superar o dogmatismo medieval e escapar do ambiente teológico em que se desenvolveu. A ênfase na natureza e na razão humanas, e não mais na origem divina, é um dos marcos da Idade Moderna e base de uma nova cultura laica, consolidada a partir do século XVII³³.

³¹ O jusnaturalismo tem sua origem associada à cultura grega, onde Platão já se referia a uma justiça inata, universal e necessária. Coube a Cícero sua divulgação em Roma, em passagem célebre de seu **De republica**, que teve forte influência no pensamento cristão e na doutrina medieval: “A razão reta, conforme a natureza, gravada em todos os corações, imutável, eterna, cuja voz ensina e prescreve o bem (...). Essa lei não pode ser contestada, nem derogada em parte, nem anulada; não podemos ser isentos de seu cumprimento pelo povo nem pelo senado (...). Não é uma lei em Roma e outra em Atenas, – uma antes e outra depois, mas uma, sempiterna e imutável, entre todos os povos e em todos os tempos; uno será sempre o seu imperador e mestre, que é Deus, seu inventor, sancionador e publicador, não podendo o homem desconhecê-la sem renegar a si mesmo...” (Cícero, **Da república**, Ediouro, s.d., p. 100).

³² Santo Tomás de Aquino (1225-1274) desenvolveu o mais influente sistema filosófico e teológico da Idade Média, o tomismo, demarcando fronteiras entre a fé e a razão. Pregando ser a lei um ato de razão e não de vontade, distinguiu quatro espécies de leis: uma lei eterna, uma lei natural, uma lei positiva humana e uma lei positiva divina. Sua principal obra foi a **Summa teológica**. Sobre o contexto histórico de Tomás de Aquino, v. José Reinaldo de Lima Lopes, **O direito na história**, 2000, pp. 144 ss.

³³ O surgimento do jusnaturalismo moderno é usualmente associado à doutrina de Hugo Grócio (1583-1645), exposta em sua obra clássica **De iure belli ac pacis**, de 1625, considerada, também, precursora do direito internacional. Ao difundir a idéia de direito natural como aquele que poderia ser reconhecido como válido por todos os povos, porque fundado na razão, Grócio desvincula-o “não só da vontade de Deus, como de sua própria existência”. Vejam-se: Bobbio, Matteucci e Pasquino, **Dicionário de política**, 1986, p. 657; e Ana Paula de Barcellos, “As relações da filosofia do direito com a experiência jurídica. Uma visão dos séculos XVIII, XIX e XX. Algumas questões atuais”, **Revista Forense** 351/3, pp. 8-9.

A modernidade, que se iniciara no século XVI, com a Reforma protestante, a formação dos Estados nacionais e a chegada dos europeus à América, desenvolve-se em um ambiente cultural não mais submisso à teologia cristã. Cresce o ideal de conhecimento, fundado na razão, e o de liberdade, no início de seu confronto com o absolutismo. O jusnaturalismo passa a ser a filosofia natural do Direito e associa-se ao Iluminismo³⁴ na crítica à tradição anterior, dando substrato jurídico-filosófico às duas grandes conquistas do mundo moderno: a tolerância religiosa e a limitação ao poder do Estado. A burguesia articula sua chegada ao poder.

A crença de que o homem possui *direitos naturais*, vale dizer, um espaço de integridade e de liberdade a ser preservado e respeitado pelo próprio Estado, foi o combustível das revoluções liberais e fundamento das doutrinas políticas de cunho individualista que enfrentaram a monarquia absoluta. A Revolução Francesa e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)³⁵ e, anteriormente, a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776)³⁶, estão impregnadas de idéias jusnaturalistas, sob a influência marcante de John Locke³⁷, autor emblemático dessa corrente

³⁴ *Iluminismo* designa a revolução intelectual que se operou na Europa, especialmente na França, no século XVIII. O movimento representou o ápice das transformações iniciadas no século XIV, com o Renascimento. O antropocentrismo e o individualismo renascentistas, ao incentivarem a investigação científica, levaram à gradativa separação entre o campo da fé (religião) e o da razão (ciência), determinando profundas transformações no modo de pensar e de agir do homem. Para os iluministas, somente através da razão o homem poderia alcançar o conhecimento, a convivência harmoniosa em sociedade, a liberdade individual e a felicidade. Ao propor a reorganização da sociedade com uma política centrada no homem, sobretudo no sentido de garantir-lhe a liberdade, a filosofia iluminista defendia a causa burguesa contra o Antigo Regime. Alguns nomes que merecem destaque na filosofia e na ciência política: Descartes, Locke, Montesquieu, Voltaire e Rousseau.

³⁵ O Preâmbulo da Declaração afirma que ela contém *os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem*, tendo o art. 2º a seguinte dicção: “Artigo 2º. O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescindíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”.

³⁶ Da Declaração, redigida por Thomas Jefferson, constam referências às *leis da natureza* e ao *Deus da natureza* e a seguinte passagem: “Sustentamos que estas verdades são evidentes, que todos os homens foram criados iguais, que foram dotados por seu Criador de certos Direitos inalienáveis, que entre eles estão a Vida, a Liberdade e a Busca da Felicidade”.

³⁷ Autor dos **Dois tratados sobre o governo civil**, 1689-90 e do **Ensaio sobre o entendimento humano**, 1690. Vejam-se John Locke, **Second treatise of government**, Indianapolis-Cambridge, Hacket Publishing Co, 1980; e John Locke, “Ensaio acerca do entendimento humano”, Coleção **Os Pensadores**, São Paulo, Nova Cultural, 1990.

filosófica e do pensamento contratualista, no qual foi antecedido por Hobbes³⁸ e sucedido por Rousseau³⁹. Sem embargo da precedência histórica dos ingleses, cuja *Revolução Gloriosa* foi concluída em 1689, o Estado liberal ficou associado a esses eventos e a essa fase da história da humanidade⁴⁰. O constitucionalismo moderno inicia sua trajetória.

O jusnaturalismo racionalista esteve uma vez mais ao lado do iluminismo no movimento de codificação do Direito, no século XVIII, cuja maior realização foi o Código Civil francês – o Código de Napoleão –, que entrou em vigor em 1804. Em busca de clareza, unidade e simplificação, incorporou-se à tradição jurídica romano-germânica a elaboração de códigos, isto é, documentos legislativos que agrupam e organizam sistematicamente as normas em torno de determinado objeto. Completada a revolução burguesa, o direito natural viu-se “domesticado e ensinado dogmaticamente”⁴¹. A técnica de codificação tende a promover a identificação entre direito e lei. A Escola da Exegese, por sua vez, irá impor o apego ao texto e à interpretação gramatical e histórica, cerceando a atuação criativa do juiz em nome de uma interpretação pretensamente objetiva e neutra⁴².

O advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizaram a

³⁸. Thomas Hobbes, **Leviathan**, Londres, Penguin Books, 1985 (a primeira edição da obra é de 1651). Há edição em português na Coleção **Os Pensadores**, São Paulo, Nova Cultural, 1999.

³⁹. Jean-Jacques Rousseau, **O contrato social**, Edições de Ouro, s.d. (a primeira edição de **Du contrat social** é de 1762).

⁴⁰. Em seu magnífico estudo **On revolution**, Londres, Penguin Books, 1987 (1ª edição em 1963), Hannah Arendt comenta o fato intrigante de que a foi a Revolução Francesa, e não a Inglesa ou a Americana, que correu mundo e simbolizou a divisão da história da humanidade em antes e depois. Escreveu ela: “A ‘Revolução Gloriosa’, evento pelo qual o termo (revolução), paradoxalmente, encontrou seu lugar definitivo na linguagem política e histórica, não foi vista como uma revolução, mas como uma restauração do poder monárquico aos seus direitos pretéritos e à sua glória. (...) Foi a Revolução Francesa e não a Americana que colocou fogo no mundo. (...) A triste verdade na matéria é que a Revolução Francesa, que terminou em desastre, entrou para a história do mundo, enquanto a Revolução Americana, com seu triunfante sucesso, permaneceu como um evento de importância pouco mais que local” (pp. 43, 55-6).

⁴¹. José Reinaldo de Lima Lopes, **O direito na história**, 2000, p. 188.

⁴². Sobre codificação, Escola da Exegese e *fetichismo da lei*, vejam-se: Gustavo Tepedino, “O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa”, in Gustavo Tepedino (org.), **Problemas de direito civil-constitucional**, 2000; Maria Celina Bodin de Moraes, “Constituição e direito civil: tendências”, in **Anais da XVII Conferência Nacional dos Advogados**, Rio de Janeiro, 1999.

vitória do direito natural, o seu apogeu. Paradoxalmente, representaram, também, a sua superação histórica⁴³. No início do século XIX, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos⁴⁴. Já não traziam a revolução, mas a conservação. Considerado metafísico e anti-científico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX.

II. Ascensão e Decadência do Positivismo Jurídico. O positivismo filosófico foi fruto de uma idealização do conhecimento científico, uma crença romântica e onipotente de que os múltiplos domínios da indagação e da atividade intelectual pudessem ser regidos por leis naturais, invariáveis, independentes da vontade e da ação humana. O homem chegara à sua maioridade racional e tudo passara a ser ciência: o único conhecimento válido, a única moral, até mesmo a única religião. O universo, conforme divulgado por Galileu, teria uma linguagem matemática, integrando-se a um sistema de leis a serem descobertas, e os métodos válidos nas ciências da natureza deviam ser estendidos às ciências sociais⁴⁵.

As teses fundamentais do positivismo filosófico, em síntese simplificadora, podem ser assim expressas:

⁴³ Bobbio, Matteucci e Pasquino, **Dicionário de política**, 1986, p. 659: “Com a promulgação dos códigos, principalmente do napoleônico, o Jusnaturalismo exauria a sua função no momento mesmo em que celebrava o seu triunfo. Transposto o direito racional para o código, não se via nem admitia outro direito senão este. O recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema do direito positivo foi considerado ilegítimo”.

⁴⁴ Ana Paula de Barcellos, “As relações da filosofia do direito com a experiência jurídica. Uma visão dos séculos XVIII, XIX e XX. Algumas questões atuais”, **Revista Forense** 351/3, p. 10: “Em fins do século XVIII e início do século XIX, com a instalação do Estado Liberal e todo o seu aparato jurídico (constituição escrita, igualdade formal, princípio da legalidade etc.), o *direito natural* conheceria seu momento áureo na história moderna do direito. As idéias desenvolvidas no âmbito da filosofia ocidental haviam se incorporado de uma forma sem precedentes à realidade jurídica. Talvez por isso mesmo, tendo absorvido os elementos propostos pela reflexão filosófica, o direito haja presumido demais de si mesmo, considerando que podia agora prescindir dela. De fato, curiosamente, a seqüência histórica reservaria para o pensamento jusfilosófico não apenas um novo nome – filosofia do direito – como também mais de um século de ostracismo”.

⁴⁵ Em sentido amplo, o termo positivismo designa a crença ambiciosa na ciência e nos seus métodos. Em sentido estrito, identifica o pensamento de Auguste Comte, que em seu **Curso de filosofia positiva** (seis volumes escritos entre 1830 e 1842), desenvolveu a denominada *lei dos três estados*, segundo a qual o conhecimento humano havia atravessado três estágios históricos: o teológico, o metafísico e ingressara no estágio positivo ou científico.

(i) a ciência é o único conhecimento verdadeiro, depurado de indagações teológicas ou metafísicas, que especulam acerca de causas e princípios abstratos, insuscetíveis de demonstração;

(ii) o conhecimento científico é objetivo. Funda-se na distinção entre sujeito e objeto e no método descritivo, para que seja preservado de opiniões, preferências ou preconceitos;

(iii) o método científico empregado nas ciências naturais, baseado na observação e na experimentação, deve ser estendido a todos os campos de conhecimento, inclusive às ciências sociais.

O positivismo jurídico foi a importação do positivismo filosófico para o mundo do Direito, na pretensão de criar-se uma *ciência* jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos *de fato*, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos *de valor*, que representam uma tomada de posição diante da realidade⁴⁶. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça.

O positivismo comportou algumas variações⁴⁷ e teve seu ponto culminante no normativismo de Hans Kelsen⁴⁸. Correndo o risco das simplificações redutoras, é possível apontar algumas características essenciais do positivismo jurídico:

⁴⁶ Norberto Bobbio, **Positivismo jurídico**, 1995, p. 135, onde se acrescenta: “A ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente *objetivo* da realidade, enquanto os juízos em questão são sempre *subjetivos* (ou pessoais) e conseqüentemente contrários à exigência da objetividade”. Pouco mais à frente, o grande mestre italiano, defensor do que denominou de “positivismo moderado”, desenvolve a distinção, de matriz kelseniana, entre *validade* e *valor* do Direito.

⁴⁷ Antonio M. Hespanha, **Panorama histórico da cultura jurídica européia**, 1977, pp. 174-5: “(...) As várias escolas entenderam de forma diversa o que fossem ‘coisas positivas’. Para uns, positiva era apenas a lei (positivismo legalista). Para outros, positivo era o direito plasmado na vida, nas instituições ou num espírito do povo (positivismo histórico). Positivo era também o seu estudo de acordo com as regras das novas ciências da sociedade, surgidas na segunda metade do século XIX (positivismo sociológico, naturalismo). Finalmente, para outros, positivos eram os conceitos jurídicos genéricos e abstratos, rigorosamente construídos e concatenados, válidos independentemente da variabilidade da legislação positiva (positivismo conceitual)”.

⁴⁸ A obra-prima de Kelsen foi a **Teoria pura do direito**, cuja primeira edição data de 1934 – embora seus primeiros trabalhos remontassem a 1911 –, havendo sido publicada uma segunda edição em 1960, incorporando alguns conceitos novos.

- (i) a aproximação quase plena entre Direito e norma;
- (ii) a afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é uma e emana do Estado;
- (iii) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas;
- (iv) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção⁴⁹, herdado do formalismo alemão.

O positivismo tornou-se, nas primeiras décadas do século XX, a filosofia dos juristas. A teoria jurídica empenhava-se no desenvolvimento de idéias e de conceitos dogmáticos, em busca da cientificidade anunciada. O Direito reduzia-se ao conjunto de normas em vigor, considerava-se um sistema perfeito e, como todo dogma, não precisava de qualquer justificação além da própria existência⁵⁰. Com o tempo, o positivismo sujeitou-se à crítica crescente e severa, vinda de diversas procedências, até sofrer dramática derrota histórica. A troca do ideal racionalista de justiça pela ambição positivista de certeza jurídica custou caro à humanidade.

Conceitualmente, jamais foi possível a transposição totalmente satisfatória dos métodos das ciências naturais para a área de humanidades. O Direito, ao contrário de outros domínios, não tem nem pode ter uma postura puramente descritiva da realidade, voltada para relatar o que existe. Cabe-lhe prescrever um *dever-ser* e fazê-lo valer nas situações concretas. O Direito tem a pretensão de atuar sobre a realidade, conformando-a e transformando-a. Ele não é um *dado*, mas uma *criação*. A relação entre o sujeito do conhecimento e seu objeto de estudo – isto é, entre o intérprete, a norma e a realidade – é tensa e intensa. O ideal positivista de objetividade e neutralidade é insuscetível de realizar-se.

O positivismo pretendeu ser uma *teoria* do Direito, na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em

⁴⁹. A aplicação do Direito consistiria em um processo lógico-dedutivo de submissão à lei (premissa maior) da relação de fato (premissa menor), produzindo uma conclusão natural e óbvia, meramente declarada pelo intérprete, que não desempenharia qualquer papel criativo. Como visto anteriormente, esta concepção não tem a adesão de Hans Kelsen.

⁵⁰. Vladímir Tumánov, **O pensamento jurídico burguês contemporâneo**, 1984, p. 141.

juízos de fato. Mas resultou sendo uma *ideologia*, movida por juízos de valor, por ter se tornado não apenas um modo de *entender* o Direito, como também de *querer* o Direito⁵¹. O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A idéia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem.

Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século⁵², a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como um estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* e a teoria dos direitos fundamentais⁵³.

⁵¹. Norberto Bobbio, **O positivismo jurídico**, 1995, p. 223-4. V. também Michael Löwy, **Ideologias e ciência social – elementos para uma análise marxista**, 1996, p. 40: “O positivismo, que se apresenta como ciência livre de juízos de valor, neutra, rigorosamente científica, (...) acaba tendo uma função política e ideológica”.

⁵². Como por exemplo, a *jurisprudência dos interesses*, iniciada por Ihering, e o *movimento pelo direito livre*, no qual se destacou Ehrlich.

⁵³. Sobre o tema, vejam-se: Antônio Augusto Cançado Trindade, **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**, 1991; Ingo Wolfgang Sarlet, **A eficácia dos direitos fundamentais**, 1998; Flávia Piovesan, **Temas de direitos humanos**, 1998; Ricardo Lobo Torres (org.), **Teoria dos direitos fundamentais**, 1999; Willis Santiago Guerra Filho, **Processo constitucional e direitos fundamentais**, 1999; e Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**, 2000.

III. Pós-positivismo e a Normatividade dos Princípios⁵⁴. O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade.

O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito⁵⁵. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado democrá-

⁵⁴ Ronald Dworkin, **Taking rights seriously**, 1997; Robert Alexy, **Teoria de los derechos fundamentales**, 1997; J. J. Gomes Canotilho, **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 1998; Paulo Bonavides, **Curso de direito constitucional**, 2000; Jürgen Habermas, **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, 1997; Jacob Dolinger, "Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts", **Recueil des Cours**, v. 283, pp. 203 ss, Hague Academy of International Law; Miguel Reale, **Filosofia do direito**, 2000; Nicola Abbagnano, **Dicionário de filosofia**, 1998; Paulo Nader, **Filosofia do direito**, 2000; Giorgio del Vecchio, **Filosofia del derecho**, 1997; Marilena Chaui, **Convite à filosofia**, 1999; Ricardo Lobo Torres, **O orçamento na Constituição**, 2000; Eros Roberto Grau, **A ordem econômica na Constituição de 1988**, 1996; Juarez de Freitas, "Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional", **Ajuris** 76/397; Ruy Samuel Espíndola, **Conceito de princípios constitucionais**, 1998; Daniel Sarmento, **A ponderação de interesses na Constituição Federal**, 2000; Margarida Maria Lacombe Camargo, **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**, 1999; Oscar Vilhena Vieira, **A Constituição e sua reserva de justiça**, 1999; Marcos Antonio Maselli de Pinheiro Gouvêa, **A sindicabilidade dos direitos prestacionais à luz de conceitos-chave contemporâneos**, 2001; Ana Paula de Barcellos, **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**, 2001.

⁵⁵ Esse fenômeno é referido por autores alemães como "virada kantiana". V. a respeito, Ricardo Lobo Torres, em remissão a Otfried Höffe, **Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne (O orçamento na Constituição**, 1995, p. 90).

tico de direito. Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça.

A novidade das últimas décadas não está, propriamente, na existência de princípios e no seu eventual reconhecimento pela ordem jurídica. Os princípios, vindos dos textos religiosos, filosóficos ou jusnaturalistas, de longa data permeiam a realidade e o imaginário do Direito, de forma direta ou indireta. Na tradição judaico-cristã, colhe-se o mandamento de *respeito ao próximo*, princípio magno que atravessa os séculos e inspira um conjunto amplo de normas. Da filosofia grega origina-se o princípio da não-contradição, formulado por Aristóteles, que se tornou uma das leis fundamentais do pensamento: “Nada pode ser e não ser simultaneamente”, preceito subjacente à idéia de que o Direito não tolera antinomias. No direito romano pretendeu-se enunciar a síntese dos princípios básicos do Direito: “Viver honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu”⁵⁶. Os princípios, como se percebe, vêm de longe e desempenham papéis variados. O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua *normatividade*.

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não⁵⁷, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que

⁵⁶ Ulpiano, **Digesto** 1.1.10.1: “*Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”. V. Paulo Nader, **Filosofia do Direito**, 2000, p. 82; e Jacob Dolinger, “*Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts*”, **Recueil des Cours**, v. 283, pp. 203 ss, Hague Academy of International Law.

⁵⁷ Luís Roberto Barroso, **Interpretação e aplicação da Constituição**, 1999, p. 149: “Os grandes princípios de um sistema jurídico são normalmente enunciados em algum texto de direito positivo. Não obstante, (...) tem-se, aqui, como fora de dúvida que esses bens sociais supremos existem fora e acima da letra expressa das normas legais, e nelas não se esgotam, até porque não têm caráter absoluto e estão em permanente mutação”. Em decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão: “O direito não se identifica com a totalidade das leis escritas. Em certas circunstâncias, pode haver um ‘mais’ de direito em relação aos estatutos positivos do poder do Estado, que tem a sua fonte na ordem jurídica constitucional como uma totalidade de sentido e que pode servir de corretivo para a lei escrita; é tarefa da jurisdição encontrá-lo e realizá-lo em suas decisões”. **BVerGE** 34, 269, *apud* Jürgen Habermas, **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, v. 1, 1997, p. 303.

rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.

Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica⁵⁸, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras. Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada no sistema. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição. Isto não impede que princípios e regras desempenhem funções distintas dentro do ordenamento.

A distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo à sistematização de Ronald Dworkin⁵⁹. Sua elaboração acerca dos diferentes papéis desempenhados por regras e princípios ganhou curso universal e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria.

Regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de *tudo ou nada* (“*all or nothing*”). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. Por exemplo: a cláusula constitucional que estabelece a aposentadoria compulsória por idade é uma regra. Quando o servidor completa setenta anos, deve passar à inatividade, sem que a aplicação do preceito comporte maior especulação. O mesmo se passa com a norma constitucional que prevê que a

⁵⁸ A *axiologia* está no centro da filosofia e é também referida como teoria dos valores, por consistir, precisamente, na atribuição de valores às coisas da vida. V. Miguel Reale, **Filosofia do direito**, 2000, p. 37 ss.

⁵⁹ Ronald Dworkin, **Taking rights seriously**, 1997 (a primeira edição é de 1977).

criação de uma autarquia depende de lei específica. O comando é objetivo e não dá margem a elaborações mais sofisticadas acerca de sua incidência. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante *subsunção*.

Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de *tudo ou nada*, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante *ponderação*⁶⁰.

Nesse contexto, impõe-se um breve aprofundamento da questão dos conflitos normativos. O Direito, como se sabe, é um sistema de normas harmonicamente articuladas. Uma situação não pode ser regida simultaneamente por duas disposições legais que se contraponham. Para solucionar essas hipóteses de conflito de leis, o ordenamento jurídico se serve de três critérios tradicionais: o da *hierarquia* – pelo qual a lei superior prevalece

⁶⁰ O tema foi retomado, substancialmente sobre as mesmas premissas, pelo autor alemão Robert Alexy (*Teoria de los derechos fundamentales*, 1997, p. 81 ss), cujas idéias centrais na matéria são resumidas a seguir. As regras veiculam *mandados de definição*, ao passo que os princípios são *mandados de otimização*. Por essas expressões se quer significar que as regras (*mandados de definição*) têm natureza biunívoca, isto é, só admitem duas espécies de situação, dado seu substrato fático típico: ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por inválidas. Uma regra vale ou não vale juridicamente. Não são admitidas gradações. A exceção da regra ou é outra regra, que invalida a primeira, ou é a sua violação. Os princípios se comportam de maneira diversa. Como *mandados de otimização*, pretendem eles ser realizados da forma mais ampla possível, admitindo, entretanto, aplicação mais ou menos intensa de acordo com as possibilidades jurídicas existentes, sem que isso comprometa sua validade. Esses limites jurídicos, capazes de restringir a otimização do princípio, são (i) regras que o excepcionam em algum ponto e (ii) outros princípios de mesma estatura e opostos que procuram igualmente maximizar-se, impondo a necessidade eventual de ponderação.

sobre a inferior –, o *cronológico* – onde a lei posterior prevalece sobre a anterior – e o da *especialização* – em que a lei específica prevalece sobre a lei geral⁶¹. Estes critérios, todavia, não são adequados ou plenamente satisfatórios quando a colisão se dá entre normas constitucionais, especialmente entre os princípios constitucionais, categoria na qual devem ser situados os conflitos entre direitos fundamentais⁶². Relembre-se: enquanto as normas são aplicadas na plenitude da sua força normativa – ou, então, são violadas –, os princípios são ponderados.

A denominada *ponderação de valores* ou *ponderação de interesses* é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. Seus balizamentos devem ser o princípio da razoabilidade (v. *infra*) e a preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo⁶³. Não há, aqui, superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atende o ideário constitucional na situação apreciada⁶⁴.

⁶¹. Sobre antinomias e critérios para solucioná-las, v. Norberto Bobbio, **Teoria do ordenamento jurídico**, 1990, pp. 81 e ss.

⁶². Robert Alexy, “Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais”, mimeografado, palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, no Rio de Janeiro, em 11.12.98, p. 10: “As colisões dos direitos fundamentais acima mencionados devem ser consideradas, segundo a teoria dos princípios, como uma colisão de princípios”.

⁶³. Juarez de Freitas, “Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional”, **Ajuris** 76/397, resgata um bom exemplo: “Caso emblemático no Direito Comparado é o do prisioneiro que faz greve de fome. Após acesa polêmica, a solução encontrada foi a de fazer valer o direito à vida sobre a liberdade de expressão, contudo o soro somente foi aplicado quando o grevista caiu inconsciente, uma vez que, neste estado, não haveria sentido falar propriamente em liberdade de expressão”.

⁶⁴. Sobre o tema, na doutrina alemã, Robert Alexy, “Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais”, mimeografado, palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, no Rio de Janeiro, em 11.12.98; Karl Larenz, **Metodologia da ciência do direito**, 1997, pp. 164 ss; Klaus Stern, **Derecho del Estado de la Republica Federal alemana**, 1987, p. 295. Na doutrina nacional, vejam-se Luís Roberto Barroso, **Interpretação e aplicação da Constituição**, 1999, p. 192; e Ricardo Lobo Torres, “Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação”, 2001, mimeografado. E, ainda, as dissertações de mestrado de Daniel Sarmiento, “A ponderação de interesses na Consituição Federal”, 2000, e de Marcos Antonio Maselli de Pinheiro Gouvêa, “A sindicabilidade dos direitos prestacionais”,

Cabe assinalar, antes de encerrar a discussão acerca da distinção qualitativa entre regra e princípio, que ela nem sempre é singela. As dificuldades decorrem de fatores diversos, como as vicissitudes da técnica legislativa, a natureza das coisas e os limites da linguagem. Por vezes, uma regra conterà termo ou locução de conteúdo indeterminado, aberto ou flexível, como, por exemplo, ordem pública, justa indenização, relevante interesse coletivo, melhor interesse do menor⁶⁵. Em hipóteses como essas, a regra desempenhará papel semelhante ao dos princípios, permitindo ao intérprete integrar com sua subjetividade o comando normativo e formular a decisão concreta que melhor irá reger a situação de fato apreciada. Em algumas situações, uma regra excepcionará a aplicação de um princípio. Em outras, um princípio poderá paralisar a incidência de uma regra. Enfim, há um conjunto amplo de possibilidades nessa matéria. Esta não é, todavia, a instância própria para desenvolvê-las.

A perspectiva pós-positivista e principiológica do Direito influenciou decisivamente a formação de uma moderna hermenêutica constitucional. Assim, ao lado dos princípios materiais envolvidos, desenvolveu-se um catálogo de princípios instrumentais e específicos de interpretação constitucional⁶⁶. Do ponto de vista metodológico, o problema concreto a ser resolvido passou a disputar com o sistema normativo a primazia na formulação da solução adequada⁶⁷, solução que deve fundar-se em uma linha de argumen-

2001, mimeografado, onde averbou: “No mais das vezes, contudo, a aplicação da norma constitucional ou legal não pode ser efetuada de modo meramente subsuntivo, dada a existência de princípios colidentes com o preceito que se pretende materializar (...) À luz do conceito-chave da proporcionalidade, desenvolveu-se o método de ponderação pelo qual o magistrado, considerando-se a importância que os bens jurídicos cotejados têm em tese mas também as peculiaridades do caso concreto, poderá prover ao direito postulado, fundamentando-se na precedência condicionada deste sobre os princípios contrapostos” (p. 381).

⁶⁵ V. José Carlos Barbosa Moreira, “Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados”, in **Temas de direito processual**, Segunda Série, 1980, pp. 61 ss.

⁶⁶ Luís Roberto Barroso, **Interpretação e aplicação da Constituição**, 1999, identifica o seguinte catálogo de princípios de interpretação especificamente constitucional: supremacia da Constituição, presunção de constitucionalidade das leis e dos atos emanados do Poder Público, interpretação conforme a Constituição, unidade da Constituição, razoabilidade e efetividade. Para uma sistematização sob perspectiva diversa, v. Juarez de Freitas, “Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional”, **Ajuris** 76/397.

⁶⁷ O método tópico aplicado ao problema funda-se em um modo de raciocínio voltado para o problema e não para a norma. A decisão a ser produzida deve basear-se no exame de um conjunto de elementos, de *topoi* (pontos de vista) relevantes para o caso – além da norma, os fatos, as consequências, os valores –, que dialeticamente ponderados, permitem a solução justa para a situação concreta examinada. O trabalho clássico no tema é de Theodor Viehweg, **Tópica e jurisprudência**, 1979 (1ª edição do original *Topik und Jurisprudenz* é de 1953).

tação apta a conquistar racionalmente os interlocutores⁶⁸, sendo certo que o processo interpretativo não tem como personagens apenas os juristas, mas a comunidade como um todo⁶⁹.

O novo século se inicia fundado na percepção de que o Direito é um sistema aberto de valores. A Constituição, por sua vez, é um conjunto de princípios e regras destinados a realizá-los, a despeito de se reconhecer nos valores uma dimensão suprapositiva. A idéia de *abertura* se comunica com a Constituição e traduz a sua permeabilidade a elementos externos e a renúncia à pretensão de disciplinar, por meio de regras específicas, o infinito conjunto de possibilidades apresentadas pelo mundo real⁷⁰. Por ser o principal canal de comunicação entre o sistema de valores e o sistema jurídico, os princípios não comportam enumeração taxativa. Mas, naturalmente, existe um amplo espaço de consenso, onde têm lugar alguns dos protagonistas da discussão política, filosófica e jurídica do século que se encerrou: Estado de direito democrático, liberdade, igualdade, justiça.

Há dois outros princípios que despontaram no Brasil nos últimos anos: o da razoabilidade e o da dignidade da pessoa humana. O primeiro percorreu longa trajetória no direito anglo-saxão – notadamente nos Estados Uni-

⁶⁸. A obra fundamental da denominada teoria da argumentação é do belga Chaim Perelman, em parceria com Lucie Olbrechts-Tyteca: **Tratado da Argumentação: a nova retórica**, 1996 (1ª edição do original **Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique**, 1958). Vejam-se, também, Antônio Carlos Cavalcanti Maia, “Notas sobre direito, argumentação e democracia”, in Margarida Maria Lacombe Camargo (org.), **1988-1998: uma década de Constituição**, 1999; e Daniel Sarmento, **A ponderação de interesses na Constituição Federal**, p. 89-90, onde averbou: “No campo das relações humanas, as discussões se dão em torno de argumentos, prevalecendo aquele que tiver maiores condições de convencer os interlocutores. Não há verdades apodíticas, mas escolhas razoáveis, que são aquelas que podem ser racionalmente justificadas, logrando a adesão do auditório”.

⁶⁹. Peter Häberle, **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**, 1997 (1ª edição do original **Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und “prozessualen” Verfassungsinterpretation**, 1975), p. 13: “Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”.

⁷⁰. V. Claus-Wilhelm Canaris, **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, 1996, p. 281: “(O sistema jurídico) não é fechado, mas antes *aberto*. Isto vale tanto para o sistema de proposições doutrinárias ou ‘sistema científico’, como para o próprio sistema da ordem jurídica, o ‘sistema objetivo’. A propósito do primeiro, a abertura significa a incompletude do conhecimento científico, e a propósito do último, a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais”.

dos⁷¹ – e chegou ao debate nacional amadurecido pela experiência alemã, que o vestiu com o figurino da argumentação romano-germânica e batizou-o de princípio da proporcionalidade⁷². O segundo – a dignidade da pessoa humana – ainda vive, no Brasil e no mundo, um momento de elaboração doutrinária e de busca de maior densidade jurídica. Procura-se estabelecer os contornos de uma objetividade possível, que permita ao princípio transitar de sua dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais.

O princípio da razoabilidade⁷³ é um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa. Ele permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o meio empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo caminho alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida tem maior relevo do que aquilo que se ganha. O princípio, com certeza, não liberta o juiz dos limites e possibilidades oferecidos pelo ordenamento. Não é de voluntarismo que se trata. A razoabilidade, contudo, abre ao Judiciário uma estratégia de ação construtiva para produzir o melhor resultado, ainda quando não seja o

⁷¹ Para uma breve análise da evolução histórica da razoabilidade no direito norte-americano, a partir da cláusula do devido processo legal, v. Luís Roberto Barroso, **Interpretação e aplicação da Constituição**, 1999, pp. 209 ss. V. também, Marcos Antonio Maselli de Pinheiro Gouvêa, “O princípio da razoabilidade na jurisprudência contemporânea das cortes norte-americanas”, **Revista de Direito** da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. V, 2000.

⁷² Guardada a circunstância de que suas origens reconduzem a sistemas diversos – ao americano em um caso e ao alemão em outro – razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis. Cabe a observação, contudo, de que a trajetória do princípio da razoabilidade fluiu mais ligada ao controle dos atos normativos, ao passo que o princípio da proporcionalidade surgiu ligado ao direito administrativo e ao controle dos atos dessa natureza. Vale dizer: em suas matrizes, razoabilidade era mecanismo de controle dos atos de criação do direito, ao passo que proporcionalidade era critério de aferição dos atos de concretização. Em linha de divergência com a equiparação aqui sustentada, v. Humberto Bergmann Ávila, “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”, **Revista de Direito Administrativo**, 215/151, 1999.

⁷³ Sobre o tema, vejam-se alguns trabalhos monográficos produzidos nos últimos anos: Raquel Denize Stumm, “Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro”, 1995; Suzana Toledo de Barros, “O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais”, 1996; Paulo Armínio Tavares Buechele, “O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição”, 1999. Também em língua portuguesa, com tradução de Ingo Wolfgang Sarlet, Heinrich Scholler, “O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha”, **Interesse Público**, 2/93, 1999.

único possível - ou mesmo aquele que, de maneira mais óbvia, resultaria da aplicação acrítica da lei. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se valido do princípio para invalidar discriminações infundadas, exigências absurdas e mesmo vantagens indevidas.

O princípio da dignidade da pessoa humana⁷⁴ identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a este princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação um símbolo do novo tempo⁷⁵. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.

Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar

⁷⁴ Alguns trabalhos monográficos recentes sobre o tema: José Afonso da Silva, “Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia”, **Revista de Direito Administrativo**, 212/89; Carmen Lúcia Antunes Rocha, “O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social”, **Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil**, 1999; Ingo Wolfgang Sarlet, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**, 2001; Cleber Francisco Alves, **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**, 2001; Ana Paula de Barcellos, **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**, 2001. Em texto escrito no início da década de 90, quando algumas decisões do Supremo Tribunal Federal ameaçavam a efetividade e a força normativa da Constituição, manifestei ceticismo em relação à utilidade do princípio da dignidade da pessoa humana na concretização dos direitos fundamentais, devido à sua baixa densidade jurídica “Princípios constitucionais brasileiros ou de como o papel aceita tudo”, **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 1). Essa manifestação foi *datada* e representava uma reação à repetição de erros passados. A Carta de 1988, todavia, impôs-se como uma Constituição normativa, dando ao princípio, hoje, uma potencialidade que nele não se vislumbrava há dez anos.

⁷⁵ O Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pelas Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948, inicia-se com as seguintes constatações: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem da liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum (...)”.

é composto do *mínimo existencial*⁷⁶, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos⁷⁷.

Aos poucos se vai formando uma massa crítica de jurisprudência acerca do princípio, tendo como referência emblemática a decisão do Conselho de Estado francês, no curioso caso *Morsang-sur-Orge*⁷⁸. No Brasil, o princípio tem sido fundamento de decisões importantes, superadoras do legalismo estrito, como a proferida pelo Superior Tribunal de Justiça ao au-

⁷⁶ Sobre o tema, v. Ricardo Lobo Torres, “A cidadania multidimensional na era dos direitos”, in **Teoria dos direitos fundamentais** (org. Ricardo Lobo Torres), 1999. Veja-se, também, para uma interessante variação em torno dessa questão, Luiz Edson Fachin, **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**, 2001, Nota Prévia: “A presente tese defende a existência de uma garantia patrimonial mínima inerente a toda pessoa humana, integrante da respectiva esfera jurídica individual ao lado dos atributos pertinentes à própria condição humana. Trata-se de um patrimônio mínimo indispensável a uma vida digna do qual, em hipótese alguma, pode ser desapossada, cuja proteção está acima dos interesses dos credores”.

⁷⁷ Ana Paula de Barcellos, em preciosa dissertação de mestrado – “A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana” –, assim consignou seu entendimento: “Uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça”.

⁷⁸ O Prefeito da cidade de Morsang-sur-Orge interditou a atividade conhecida como *lancer de nain* (arremesso de anão), atração existente em algumas casas noturnas da região metropolitana de Paris. Consistia ela em transformar um anão em projétil, sendo arremessado de um lado para outro de uma discoteca. A casa noturna, tendo como litisconsorte o próprio deficiente físico, recorreu da decisão para o tribunal administrativo, que anulou o ato do Prefeito, por *excès de pouvoir*. O Conselho de Estado, todavia, na sua qualidade de mais alta instância administrativa francesa, reformou a decisão, assentando: “*Que le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l’ordre public; que l’autorité investie du pouvoir de police municipale peut, même en l’absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui porte atteinte au respect de la dignité de la personne humaine*” (Que o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da ordem pública; que a autoridade investida do poder de polícia municipal pode, mesmo na ausência de circunstâncias locais particulares, interditar uma atração atentatória à dignidade da pessoa humana). V. Long, Wil, Braibant, Devolvé e Genevois, **Le grands arrêts de la jurisprudence administrative**, 1996, p. 790 ss. Veja-se, em língua portuguesa, o comentário à decisão elaborado por Joaquim B. Barbosa Gomes, “O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa”, in **Seleções Jurídicas ADV** n. 12, 1996, pp. 17 ss.

torizar o levantamento do FGTS por mãe de pessoa portadora do vírus da AIDS, para ajudá-la no tratamento da doença, independentemente do fato de esta hipótese estar ou não tipificada na lei como causa para o saque do fundo⁷⁹. Em outro acórdão, de elevada inspiração, o Tribunal deferiu *habeas corpus* em caso de prisão civil em alienação fiduciária, após constatar, dentre outros fatores, que o aumento absurdo da dívida por força de juros altíssimos comprometia a sobrevida digna do impetrante⁸⁰. No Supremo Tribunal Federal, a preservação da dignidade da pessoa humana foi um dos fundamentos invocados para liberar réu em ação de investigação de paternidade da condução forçada para submeter-se a exame de DNA⁸¹. A demonstrar a dificuldade na definição do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, além dos votos vencidos proferidos neste caso, parte da doutrina sustentou que, ao contrário da tese central do acórdão, a preservação da dignidade da pessoa humana estava em assegurar o direito do autor

⁷⁹. STJ, REsp. 249026/PR, Rel. Min. José Delgado, DJU 26.06.2000, p. 138: “FGTS. LEVANTAMENTO, TRATAMENTO DE FAMILIAR PORTADOR DO VÍRUS HIV. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. É possível o levantamento do FGTS para fins de tratamento de portador do vírus HIV, ainda que tal moléstia não se encontre elencada no art. 20, XI, da Lei 8036/90, pois não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante o preceito maior insculpido na Constituição Federal garantidor do direito à saúde, à vida e a dignidade humana e, levando-se em conta o caráter social do Fundo, que é, justamente, assegurar ao trabalhador o atendimento de suas necessidades básicas e de seus familiares”.

⁸⁰. STJ, HC 12.547-DF, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 12.02.2001, onde se consignou: “A decisão judicial que atende a contrato de financiamento bancário com alienação fiduciária em garantia e ordena a prisão de devedora por dívida que se elevou, após alguns meses, de R\$ 18.700,00 para 86.858,24, fere o princípio da dignidade da pessoa humana, dá validade a uma relação negocial sem nenhuma equivalência, priva por quatro meses o devedor de seu maior valor, que é a liberdade, consagra o abuso de uma exigência que submete uma das partes a perder o resto provável de vida que não seja o de cumprir com a exigência do credor. Houve ali ofensa ao princípio da dignidade da pessoa, que pode ser aplicado diretamente para o reconhecimento da invalidade do decreto de prisão”.

⁸¹. STF, RTJ 165/902, HC 71.373-RS, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.11.94: “INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DNA – CONDUÇÃO DO RÉU ‘DEBAIXO DE VARA’. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, ‘debaixo de vara’, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos”. Ficaram vencidos os Ministros Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence.

da ação de ter confirmada a sua filiação, como elemento integrante da sua identidade pessoal⁸².

Encerra-se esse tópico com uma síntese das principais idéias nele expostas. O pós-positivismo é uma superação do legalismo, não com recurso a idéias metafísicas ou abstratas, mas pelo reconhecimento de valores compartilhados por toda a comunidade. Estes valores integram o sistema jurídico, mesmo que não positivados em um texto normativo específico. Os princípios expressam os valores fundamentais do sistema, dando-lhe unidade e condicionando a atividade do intérprete. Em um ordenamento jurídico pluralista e dialético, princípios podem entrar em rota de colisão. Em tais situações, o intérprete, à luz dos elementos do caso concreto, da proporcionalidade e da preservação do núcleo fundamental de cada princípio e dos direitos fundamentais, procede a uma ponderação de interesses. Sua decisão deverá levar em conta a norma e os fatos, em uma interação não formalista, apta a produzir a solução justa para o caso concreto, por fundamentos acolhidos pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral. Além dos princípios tradicionais como Estado de direito democrático, igualdade e liberdade, a quadra atual vive a consolidação do princípio da razoabilidade e o desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana.

CAPÍTULO FINAL - CONCLUSÃO

I. A Ascensão Científica e Política do Direito Constitucional no Brasil. O direito constitucional brasileiro vive um momento virtuoso. Do ponto de vista de sua elaboração científica e da prática jurisprudencial, duas mudanças de paradigma deram-lhe nova dimensão: a) o compromisso com a efetividade de suas normas⁸³; e b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional⁸⁴. Passou a ser premissa do estudo da Cons-

⁸². Vejam-se, em linha crítica da decisão, Maria Celina Bodin de Moraes, “Recusa à realização do exame de DNA na investigação da paternidade e direitos da personalidade”, **Revista dos Tribunais**/85; e Maria Christina de Almeida, **Investigação de paternidade e DNA**, 2001.

⁸³. Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, 5ª ed., 2001.

⁸⁴. Para um levantamento da doutrina nacional e estrangeira acerca do tema, v. Luís Roberto Barroso, **Interpretação e aplicação da Constituição**, 4ª ed., 2001.

tituição o reconhecimento de sua força normativa⁸⁵, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, superada a fase em que era tratada como um conjunto de aspirações políticas e uma convocação à atuação dos Poderes Públicos. De outra parte, embora se insira no âmbito da interpretação jurídica, a especificidade das normas constitucionais, com seu conteúdo próprio, sua abertura e superioridade jurídica, exigiram o desenvolvimento de novos métodos hermenêuticos e de princípios específicos de interpretação constitucional.

Essas transformações redefiniram a posição da Constituição na ordem jurídica brasileira. De fato, nas últimas décadas, o Código Civil foi perdendo sua posição de preeminência, mesmo no âmbito das relações privadas, onde se formaram diversos microssistemas (consumidor, criança e adolescente, locações, direito de família). Progressivamente, foi se consumando no Brasil um fenômeno anteriormente verificado na Alemanha, após a Segunda Guerra: a passagem da Lei Fundamental para o centro do sistema. À supremacia até então meramente formal, agregou-se uma valia material e axiológica à Constituição, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios⁸⁶.

A Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional⁸⁷.

⁸⁵. V. Konrad Hesse, “*La fuerza normativa de la Constitución*”, in **Escritos de derecho constitucional**, 1983 e Eduardo García de Enterría, **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**, 1985.

⁸⁶. V. Pietro Perlingieri, **Perfis do direito civil**, 1997, p. 6: “O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”. Vejam-se, também: Maria Celina B. M. Tepedino, “A caminho de um direito civil constitucional”, **Revista de Direito Civil**, 65/21 e Gustavo Tepedino, “O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa”, in Gustavo Tepedino (org.), **Problemas de direito civil-constitucional**, 2001.

⁸⁷. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, **Fundamentos da Constituição**, 1991, p. 45: “A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo”. V. também, Paulo Ricardo Schier, **Filtragem constitucional**, 1999.

A ascensão científica e política do direito constitucional brasileiro é contemporânea da reconstitucionalização do país com a Carta de 1988, em uma intensa relação de causa e efeito. A Assembléia Constituinte foi cenário de ampla participação da sociedade civil, que permanecera alijada do processo político por mais de duas décadas. O produto final de seu trabalho foi heterogêneo. De um lado, avanços como a inclusão de uma generosa carta de direitos, a recuperação das prerrogativas dos Poderes Legislativo e Judiciário, a redefinição da Federação. De outro, no entanto, o texto casuístico, prolixo, corporativo, incapaz de superar a perene superposição entre o espaço público e o espaço privado no país. A Constituição de 1988 não é a Carta da nossa maturidade institucional, mas das nossas circunstâncias. Não se deve, contudo, subestimar o papel que tem desempenhado na restauração democrática brasileira. Sob sua vigência vem se desenrolando o mais longo período de estabilidade institucional da história do país, com a absorção de graves crises políticas dentro do quadro da legalidade constitucional. É nossa primeira Constituição verdadeiramente normativa e, a despeito da compulsão reformadora que abala a integridade de seu texto, vem consolidando um inédito sentimento constitucional⁸⁸.

O constitucionalismo, por si só, não é capaz de derrotar algumas das vicissitudes que têm adiado a plena democratização da sociedade brasileira. (O Direito tem seus limites e possibilidades, não sendo o único e nem sequer o melhor instrumento de ação social). Tais desvios envolvem, em primeiro lugar, a *ideologia da desigualdade*. *Desigualdade econômica*, que se materializa no abismo entre os que têm e os que não têm, com a conseqüente dificuldade de se estabelecer um projeto comum de sociedade. *Desigualdade política*, que faz com que importantes opções de políticas públicas atendam prioritariamente aos setores que detêm força eleitoral e parlamentar, mesmo quando já sejam os mais favorecidos. *Desigualdade filosófica*: o vício nacional de buscar o privilégio em vez do direito, aliado à incapacidade de perceber o outro, o próximo⁸⁹.

⁸⁸. V. Luís Roberto Barroso, "Doze anos da Constituição brasileira de 1988", in **Temas de Direito Constitucional**, 2001. Para um denso estudo acerca da expansão da jurisdição constitucional no Brasil, veja-se Gustavo Binbenbajm, **A nova jurisdição constitucional brasileira**, 2001.

⁸⁹. Sobre o tema, v. o ensaio de Umberto Eco, "Quando o outro entra em cena, nasce a ética", in Umberto Eco e Carlo Maria Martini, **Em que crêem os que não crêem?**, 2001, p. 83: "A dimensão ética começa quando entra em cena o outro. Toda lei, moral ou jurídica, regula relações interpessoais, inclusive aquelas com um Outro que a impõe".

Em segundo lugar, enfraquece e adia o projeto da democratização mais profunda da sociedade brasileira a *corrupção* disseminada e institucionalizada. Nem sempre a do dinheiro, mas também a do favor político e a da amizade. No *sistema eleitoral*, a maldição dos financiamentos eleitorais e as relações promíscuas que engendram. No *sistema orçamentário*, o estigma insuperado do fisiologismo e das negociações de balcão nas votações no âmbito do Congresso. No *sistema tributário*, a cultura da sonegação, estimulada pela voracidade fiscal e por esquemas quase formais de extorsão e composição. No *sistema de segurança pública*, profissionais mal pagos, mal treinados, vizinhos de porta daqueles a quem deviam policiar, envolvem-se endemicamente com a criminalidade e a venda de proteção. A exemplificação é extensa e desanimadora.

A superação dos ciclos do atraso e o amadurecimento dos povos inserem-se em um processo de longo prazo, que exige engajamento e ideal. O novo direito constitucional brasileiro tem sido um aliado valioso e eficaz na busca desses desideratos. Mas o aprofundamento democrático impõe, também, o resgate de valores éticos, o exercício da cidadania e um projeto de país inclusivo de toda a gente. Um bom programa para o próximo milênio.

II. Síntese das Idéias Desenvolvidas. Ao final desta exposição, que procurou reconstituir alguns dos antecedentes teóricos e filosóficos do direito constitucional brasileiro, é possível compendiar de forma sumária as idéias expostas, nas proposições seguintes:

1. O constitucionalismo foi o projeto político vitorioso ao final do milênio. A proposta do minimalismo constitucional, que procura destituir a Lei Maior de sua dimensão política e axiológica, para reservar-lhe um papel puramente procedimental, não é compatível com as conquistas do processo civilizatório. O ideal democrático realiza-se não apenas pelo princípio majoritário, mas também pelo compromisso na efetivação dos direitos fundamentais.

2. A dogmática jurídica tradicional desenvolveu-se sob o mito da objetividade do Direito e o da neutralidade do intérprete. Coube à teoria crítica desfazer muitas das ilusões positivistas do Direito, enfatizando seu caráter ideológico e o papel que desempenha como instrumento de dominação econômica e social, disfarçada por uma linguagem que a faz parecer natural e justa. Sua contribuição renovou a percepção do conhecimento jurídico con-

vencional, sem, todavia, substituí-lo por outro. Passada a fase da desconstrução, a perspectiva crítica veio associar-se à boa doutrina para dar ao Direito uma dimensão transformadora e emancipatória, mas sem desprezo às potencialidades da legalidade democrática.

3. O pós-positivismo identifica um conjunto de idéias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele, a discussão ética volta ao Direito. O pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro.

4. O novo direito constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, foi fruto de duas mudanças de paradigma: a) a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional. A ascensão política e científica do direito constitucional brasileiro conduziram-no ao centro do sistema jurídico, onde desempenha uma função de *filtragem constitucional* de todo o direito infraconstitucional, significando a interpretação e leitura de seus institutos à luz da Constituição.

5. O direito constitucional, como o direito em geral, tem possibilidades e limites. A correção de vicissitudes crônicas da vida nacional, como a ideologia da desigualdade e a corrupção institucional, depende antes da superação histórica e política dos ciclos do atraso, do que de normas jurídicas. O aprofundamento democrático no Brasil está subordinado ao resgate de valores éticos, ao exercício da cidadania e a um projeto generoso e inclusivo de país. ◆

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA NA CARTA POLÍTICA BRASILEIRA DE 1988

ÁUREA PIMENTEL PEREIRA
Desembargadora do TJ/RJ

A família, como fato natural, nasceu do impulso biológico que, originariamente, uniu o homem à mulher, com o objetivo de procriação.

Na civilização romana, a família nasceu sob forma patriarcal, submetidos à autoridade do *pater familias* vivendo a mulher, os filhos e os escravos, observando-se que, com relação aos filhos, tinha o *pater* poder de vida e morte (*ius vitae et necis*).

Na família, assim constituída, o *pater* era, ao mesmo tempo, magistrado e sacerdote do culto doméstico, e tal era a preocupação que se tinha, então, com a preservação do culto religioso familiar que, ao lado do desejo da perpetuação da espécie, se fazia presente com objetivo também importante a continuação do culto dos antepassados, pois se temia que, sua extinção, pudesse trazer a condenação eterna dos membros da família e de seus antepassados.

Sob o domínio despótico do *pater familias*, os membros do grupo familiar, assim constituído, não tinham qualquer significação perante o Estado, por isso mesmo não estando sujeitos à jurisdição da *civitas*, já que *alieni iuris*, presente que, só o *pater* era considerado *sui iuris*.

O mesmo sentido político de formação e patriarcal de natureza, se observou na constituição da primitiva família grega.

É o que anota Paulo Dourado de Gusmão, em sua obra clássica: **Dicionário de Direito de Família, *verbis***:

“A família grega refletiu, em miniatura, a *polis*, em que o seu chefe é, ao mesmo tempo, soberano absoluto e sacerdote do culto doméstico”.

E prossegue o douto jurista:

“Resumindo, a família grega antiga, disciplinada por direito não escrito, é o grupo social, político-religioso-econômico, com sede na casa em que reside o ancestral mais velho, chefe da família, investido de poderes absolutos e sacerdotais, que mantém a sua unidade e dispõe das pessoas e dos bens, e conserva a religião doméstica, transmitindo-a às novas gerações e às que a ela passam a pertencer, bem como, através do casamento, de seus descendentes, com pessoas por ele escolhidos, possibilita, pela procriação, a perpetuação da mesma” (obra citada, p. 561).

Pode-se dizer, portanto, que a família antiga, tinha, ao mesmo tempo, base política e religiosa, onde sobressaía o interesse da coletividade, representada pela autoridade do *pater familias*.

Na sociedade moderna, contudo, a família já não se assenta mais no princípio político da autoridade de seu chefe, mas sim no princípio natural da consangüinidade, onde sobreleva o interesse dos membros da família, em sua individualidade.

Tem-se, portanto, que enquanto na família primitiva o que importava considerar era o interesse do grupo familiar, na moderna, tal interesse cede diante dos valores maiores de cada um dos membros da família, individualmente considerados, observando-se, no direito moderno, a incessante procura da absoluta simetria, entre os direitos do homem e da mulher.

A família moderna, como observa com percuciência Paulo Dourado de Gusmão: “é um grupo social igualitário, em que não mais existe a supremacia do marido e do pai, em que há direitos e deveres iguais, em que a mulher está igualada ao marido, e em que a autoridade paterna constitui função social, destinada a satisfazer os interesses do filho menor” (obra citada, p. 566).

No campo do direito, como anota Pontes de Miranda, em seu **Tratado de Direito de Família**, a palavra família, através dos tempos, tem sido usada, ora para definir o conjunto de pessoas, descendentes de um tronco ancestral; ora para se referir a pessoas ligadas por laços de parentesco, ora finalmente, de forma mais restrita, como correspondente à entidade familiar formada por marido, mulher e filhos.

Já se disse, anteriormente, que a família nasceu de um fato natural, qual seja, o impulso biológico que, originariamente, uniu o homem à mulher, com o objetivo da procriação.

Como fato natural, a família, naturalmente, não tinha, de início, a discipliná-la, regras jurídicas, experimentando, primitivamente, uma fase de *anomia* (ausência de regras).

Com o casamento, surgiu a família legítima, regida e disciplinada por normas legais que passaram a individualizar os direitos e deveres de seus membros.

Dentre nós – em sede constitucional – a família legítima só passou a merecer proteção do Estado, a partir da Constituição Federal de 1934, de vez que, anteriormente, nas Ordenações do Reino, e na Constituição do Império de 1824, o que se preconizou foi, tão só e exclusivamente, proteção para a Família Imperial, ignorando-se as demais.

Nem mesmo, na primeira Constituição da República de 1891, as entidades familiares foram postas sob a proteção do Estado, o que só veio a ocorrer, como já dissemos, com a edição da Carta Magna de 1934.

Observe-se, todavia, que a proteção que o Estado, na Constituição Federal de 1934, e nas Leis Fundamentais, que àquela se seguiram, prometeu outorgar, foi, tão só e exclusivamente, à família legítima, fruto do casamento que se declarou indissolúvel.

É o que se lê, com clareza, nas normas contidas nos artigos 144/147 da Constituição de 1946 e 175 da Constituição de 1969, sendo oportuno lembrar que, só com a Emenda Constitucional nº 9/77, a indissolubilidade do casamento caiu com a introdução do Divórcio.

Na Carta Magna em vigor, com o claro objetivo de proceder a uma verdadeira constitucionalização do Direito de Família, declarou o legislador constituinte, inicialmente, no artigo 226 *caput* que:

“A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Em seguida, nos §§ 1º e 2º do referido artigo consignou:

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

Considerando a íntima relação que os parágrafos sempre guardam com o *caput* dos artigos, tem-se que, na norma sobredita, o legislador cons-

tituinte quis, inicialmente, se referir à proteção, pelo Estado prometida, à família legítima, pois do contrário não teria, nos parágrafos do mesmo artigo, inserido disposições a respeito do casamento e de sua celebração.

Vale, portanto, a declaração contida no artigo 226 e seus parágrafos, como expressa fixação do princípio de que a família legítima nasce com o casamento, merecendo a proteção do Estado.

A título de ilustração, observe-se que disposições idênticas, sempre vinculando a família ao casamento, podem ser lidas – como observa Josaphat Marinho, em seus “Estudos Constitucionais” – nas Constituições da Alemanha e da Itália, (obra citada, p. 221).

Confira-se, *exempli causa*, o que a respeito dispõem a Constituição Italiana (artigos 29 a 31) e a Constituição Suíça (art. 54).

Da família legítima, portanto, cuidou o legislador constituinte, na Carta Magna de 1988, como fruto do casamento, que, como já foi dito, se preconizou, no § 1º do artigo 226, há de ser civil e de celebração gratuita, e, no § 2º do mesmo artigo se admitiu possa ser religioso com efeitos civis.

Anote-se que na Constituição do Império de 1824 – o legislador – a exemplo do descaso que manifestou com relação à existência da família, como entidade social e política merecedora de proteção – também ignorou inteiramente o casamento como instituição.

Só com a Constituição de 1891, finalmente, a respeito do casamento se dispôs, em Lei Fundamental, admitindo-se sua celebração, sob a forma civil, silenciando-se, todavia, quanto ao casamento religioso, do qual só se veio a tratar na Carta Magna de 1934.

Na Constituição Federal em vigor, cuidou ainda o legislador constituinte de matéria de Direito de Família quando, no § 6º do artigo 226, estabeleceu, como forma de dissolução do vínculo matrimonial, o divórcio, que se previu poderá ser concedido após prévia separação judicial por mais de um ano, ou quando comprovada a separação de fato por mais de dois anos.

Também dispôs o legislador, em sede constitucional, sobre as relações de família, quando, no § 5º do já citado artigo 226, proclamou que:

“Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos, igualmente, pelo homem e pela mulher”.

Tal simetria de direitos, na norma precitada estabelecida, que, aliás, guarda perfeita sintonia com a declaração genérica, no inciso I do artigo 5º

da Lei Maior contida, proclamadora da absoluta igualdade entre homens e mulheres, em direitos e obrigações, veio, afinal, assegurar à mulher o papel de realce na sociedade, que anteriormente lhe vinha sendo negado, em nome de posições preconceituosas que a relegavam à condição inferior.

Com efeito, como é sabido, a mulher nos primeiros tempos da história da humanidade, esteve sempre submetida à odiosa discriminação.

Em Roma, como observa Sá Pereira, *in* Direito de Família, p. 33, não tinha a mulher sequer personalidade jurídica, o que, aliás, acontecia, também, com os demais membros da família.

Enquanto solteira, ficava a mulher sob a *manus* do pai, e depois do casamento sob a autoridade, melhor dizendo, domínio do marido.

Diversa não era a situação imposta à mulher pelo Código de Manu, segundo o qual, enquanto solteira, devia a mulher ficar sob o poder do pai, uma vez casada, passava à autoridade do marido, e enviuvando estava submetida ao poder dos filhos, e se não os tivesse, ao dos parentes do marido, tal qual um objeto, sendo, portanto, transferida de mão em mão.

“A noção de propriedade, como observa Domingos Sávio Brandão Lima – gerou no homem um sentimento de domínio sobre a mulher, que ele usava como fator para gerar filhos ou sentimento de prazer, mediante captura, rapto, compra, troca, ou recompensa, exigindo-lhe absoluta fidelidade ou disponibilidade total de seu uso”(**Adultério – A Mais Infamante Causa de Divórcio**, p. 21).

No direito romano, o casamento podia ter lugar sob três formas: a *confarreatio*, a *coemptio* e o *usus*.

A *confarreatio* era casamento solene, celebrado na presença de testemunhas.

Através da *coemptio*, a mulher que era tratada como objeto, como tal era vendida pelo pai ao marido, que por ela pagava um preço.

Já através do *usus*, o que o marido adquiria, não era propriamente a mulher, mas sim o domínio que o pai tinha sobre a filha, domínio esse que, contudo, para o marido, só se consolidava quando se consumasse espécie de prescrição aquisitiva, que a mulher habilmente procurava interromper, ausentando-se, anualmente, do domicílio conjugal por três noites seguidas (*usurpatio trinocium*).

Por outro lado, estando a mulher na família, *in loco filiae*, como sobre os filhos, o *pater* tinha o *ius vitae et necis* – (que, para Jacob Grimm, jurista alemão que Sá Pereira cita em sua obra clássica, **Direito de Família** – tinha suas raízes no *ius abutendi* que tem o *dominus*, sobre a coisa sujeita a seu domínio) – era natural que, em relação à mulher, pudesse, também, o marido tal direito exercer.

Assim, submetida, portanto, inteiramente, à autoridade do marido, qual verdadeira serva, sem personalidade jurídica, não podia a mulher assumir obrigações, em virtude de sua reconhecida incapacidade para os chamados ofícios viris (*propter sexus imbecillitatem infirmitas feminarum* - Ulpiano), condição – que associada a falta de bom senso e fraqueza mental (*infirmitas consilii*), tidas como deficiências femininas – explicava, então, a pretensa incapacidade da mulher para os atos da vida civil.

Nessa ordem de idéias - e é ainda Sá Pereira quem observa – como se via no sexo “a causa natural da incapacidade”, foi o costume e não o reconhecimento de que à mulher faltava discernimento, que orientou a palavra de Catão, quando em Roma se discutiu a *Lex Oppia*, no sentido de, dentre outras restrições, negar à mulher o exercício da judicatura, odiosa proibição que - como anota o douto jurista - na verdade teria sido às mulheres imposta: “não porque elas mentalmente fossem inferiores aos homens, mas, ao contrário, porque se lhes dessem direitos iguais, em breve lhes seriam superiores”. (Op. cit. p. 295/6).

Parece, indisputável, então, que foi o temor da igualdade, que Bulhões de Carvalho conceituou de “covardia viril”, que, em princípio, orientou os legisladores, no sentido de, a pretexto de reconhecimento de uma incapacidade, que na realidade nunca existiu, negar à mulher os direitos a que esta sempre fez jus.

Foi, portanto, sob tal situação de inferioridade, restrição de direitos, e submissão total, que viveu a mulher durante longos séculos, tudo em nome de uma consciência retrógrada e preconceituosa que insistia em dispensar-lhe tratamento discriminatório.

A luta da mulher visando a assumir a verdadeira posição a que sempre teve direito na sociedade, desenvolveu-se através dos tempos, via de processo lento e progressivo, que aos poucos foi pondo fim às desigualdades.

No Brasil, a primeira manifestação que valeu como vedação implícita (não expressa) de discriminação em razão de sexo, veio com a Constituição do Império, de 1884, quando na referida Carta declarou-se de forma genérica:

“Todo cidadão pode ser admitido aos cargos públicos civis, políticos ou militares, sem outra diferença que não seja a de seus talentos e virtudes” (artigo 179, n.14).

No campo do direito, só em 1900 foi permitido a uma mulher, licenciada em Direito, inscrever-se como advogada. Em 1903, após tenaz oposição, uma mulher, a Dra. Myrtes Gomes de Campos, foi admitida como membro do Instituto dos Advogados.

Com a edição do Dc. 21.076/32, foi reconhecido o direito de mulher disputar o acesso aos cargos públicos em igualdade de condições com o homem.

No terreno dos direitos políticos, por força do Código Eleitoral de 1932, conquistou a mulher o direito ao voto.

Com a Constituição de 1934, veio expresso, com solar clareza, o princípio vedatório de qualquer discriminação por motivo de sexo, quando no artigo 113, n.1, proclamou-se:

“Todos são iguais perante a Lei ... Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões, próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas”.

A proibição de discriminação por motivo de sexo não foi expressamente repetida nas Constituições de 1937 e 1946, que preferiram declarar, apenas, de forma genérica, que todos eram iguais perante a lei.

O acesso à judicatura só ocorreu em 1951, quando pela primeira vez, uma mulher, a Dra. Iete Bomilcar Passarelli, ascendeu à magistratura, no antigo Distrito Federal.

No âmbito internacional, como lembra Ruth Bueno em sua obra **Regime Jurídico da Mulher Casada**, no ano de 1953, a VII Sessão da Assembléia Geral da Onu – posteriormente ratificada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 123/55 - proclamou a igualdade de direitos entre o homem e a mulher, assegurando a esta última: “em condições de igualdade, os mesmos direitos que os homens de ocupar todos os postos públicos estabelecidos em virtude de legislação nacional” (Ob. cit. p. 88).

A declaração expressa de isonomia dos sexos voltou a figurar na Carta Magna de 1969 (artigo 153, § 1º), estando presente na Constituição em vigor nos arts. 50, I e 226, § 5º.

Já se disse, que a luta da mulher, para assumir na sociedade a posição a que tinha direito, desenvolveu-se com lentidão, através dos tempos.

Em nosso país, essa luta sensibilizou os legisladores no sentido da reformulação de dispositivos legais, que reduziam a mulher casada à posição de inferioridade, quando a incluíam dentre os relativamente incapazes, assemelhando-a aos silvícolas (vide norma do art. 6º, II, do Código Civil, em sua redação primitiva).

No campo do Direito de Família, as primeiras conquistas da mulher chegaram através do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4121/62), quando àquela foram, então, reconhecidos muitos dos direitos que antes lhe haviam sido negados.

Foi através da referida lei que a mulher deixou de ser qualificada como incapaz, assumindo a condição de colaboradora dos encargos da família, conquistando, importantes direitos a saber: a prerrogativa de recorrer à Justiça, quando a fixação do domicílio conjugal pelo marido a prejudicasse; a exclusão das proibições que se liam na redação primitiva do artigo 242, do Código Civil, relacionadas com a aceitação ou repúdio de herança ou legado, exercício de tutela ou qualquer outro *munus* público; direito de litigar em juízo, exercer profissão ou aceitar mandato sem autorização do marido; a conceituação, como bens reservados, do produto auferido pela mulher com seu trabalho e os bens com o mesmo adquiridos, que, então, foram postos a salvo de execução por dívidas do marido, que não tenham sido assumidas em benefício da família; o exercício do pátrio poder sobre a pessoa dos filhos, juntamente com o marido; a exclusão da odiosa pena que impunha à viúva, que contraísse novas núpcias, a perda do pátrio poder sobre os filhos do leito anterior; o usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, enquanto durar a viuvez, quando o regime do casamento não for o da comunhão de bens, e houver filhos do *de cuius* ou do casal, e da metade, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes do *de cuius*, e, no regime da comunhão universal, o direito real de habitação de imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar, convido observar que os direitos retrocitados (de usufruto e de habitação), foram pela lei assegurados a ambos os cônjuges (arts. 6º, 233, 240, 242, 246 e seu parágrafo único, 263, XII e XIII, 380, 393 e 1611, §§ 1º e 2º - redação da Lei de nº 4121/62).

Na órbita internacional, expressiva afirmação do princípio da igualdade da mulher, pode ser lida na Declaração, feita na Assembléia Geral das

Nações Unidas, em 07/11/67, na qual, dentre outras afirmações, proclamou-se fundamentalmente injusta e ofensiva à dignidade humana, a discriminação imposta à mulher e a limitação de seus direitos, preconizando-se:

“O princípio da igualdade de direitos deverá ser incorporado na Constituição ou ser garantido de outro modo pela lei” (art. 2º, “a”).

Posteriormente, em nosso país, nova conquista recolheu a mulher, quando editada foi a Lei de nº 6.515/77, que, em seu artigo 50, nº 5, ao dar nova redação ao artigo 240 do Código Civil, atribuiu àquela - que antes tinha o papel de “colaboradora dos encargos de família” – a posição de verdadeira colaboradora do marido na chefia da sociedade conjugal.

Não foi, portanto, de um salto, mas sim de forma gradativa que a mulher obteve, afinal, a simetria de direitos com o homem, em sede constitucional, agora, expressamente reconhecida.

É oportuno registrar que: quando se proclamou, na Carta Política brasileira de 1988, a igualdade de direitos e obrigações do homem e da mulher na sociedade conjugal; quando prometida foi a proteção do Estado para as entidades familiares e particularmente para a criança, o adolescente e os idosos; quando se dispôs sobre o casamento, sua celebração e dissolução, a reciprocidade do dever de assistência entre pais e filhos, envolvendo direito de guarda e percepção de alimentos; quando traçaram-se regras sobre a adoção, sem dúvida, revelada foi, de forma clara e precisa, a preocupação do legislador constituinte, em proceder, no corpo da referida Carta, ao que se pode chamar de verdadeira constitucionalização do Direito de Família, dedicando-lhe todo um Capítulo (Capítulo VII do Título VIII), com a inclusão de disposições inovadoras, algumas consagradoras de conquistas muito positivas no campo do direito e da justiça social, como é o caso da declaração de igualdade de direitos dos filhos, independentemente de suas origens, com a proibição de designações discriminatórias, relativas à filiação (art. 227, § 6º), outras, porém, merecedoras de críticas, como ver-se-á adiante.

Com relação à igualdade de direitos e de qualificações dos filhos, convém anotar que a norma do artigo 227, § 6º, já referida, derogou as disposições contidas no artigo 377 e nos §§ 1º e 2º do art. 1605 do Código Civil, que dispensavam tratamento discriminatório aos filhos, ditos naturais e aos adotivos, em tema sucessório.

Impende reconhecer, contudo, que o que dispôs o legislador constituinte, no artigo 229, envolve matéria já amplamente disciplinada em lei ordinária, *in casu*, nos arts. 396 e 397 do Código Civil, que cuidam dos alimentos devidos entre parentes (*iure sanguinis*).

Só que a norma constitucional procurou ser mais abrangente, ao tratar das obrigações dos filhos em relação aos pais, tendo conteúdo moral, e repercussão social, mais positivos, quando preconizou, a assistência dos filhos aos pais, não só na carência, ou necessidade, mas também na velhice, época em que, quantas vezes, o abandono dos pais pelos filhos constitui dolorosa realidade.

No que diz respeito ao dever de assistência dos pais, em relação aos filhos, releva, contudo, registrar que, a norma do art. 229 da Lei Maior, quando a respeito dispôs, fê-lo com imperfeição, já que previu, como credores de tal obrigação, apenas os filhos menores, sem atentar para o fato de que, também com relação aos filhos maiores, os pais podem, excepcionalmente, vir a ser chamados a cumprir a obrigação alimentar, como é o caso da prestação de alimentos, que, em situações especiais, pode ser reclamada pelos filhos inválidos ou comprovadamente necessitados (Confiram-se os artigos 16 da Lei 6.515/77 e 396 e 397 do Código Civil).

Merece também destaque, porque reveladora da clara intenção, do legislador constituinte, de integrar as relações de família, no ordenamento constitucional vigente, a seguinte disposição da Carta Magna de 1988:

Art. 226 - § 8º - O Estado assegurará a assistência à família, na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Convém registrar que a prometida assistência do Estado aos membros da entidade familiar, de forma genérica, no § 8º, do artigo 226 da Constituição Federal preconizada, aparece particularizada em diversas normas da referida Constituição, a saber: nos incisos I e II do § 1º, e incisos I e II do § 3º, do art. 226, que dispõem sobre assistência: materno-infantil e à criança e ao adolescente, no campo da educação, saúde e trabalho; no parágrafo 4º, do artigo precitado que preconiza a punição de toda sorte de abusos, violência e exploração sexual praticados contra criança e adolescente; no § 7º, do mesmo artigo, que prevê apoio educacional e científico, por parte do Poder Público a programas de planejamentos familiar.

Merecem, também, especial destaque, as normas: do inciso XVIII do artigo 6º da Lei Maior, que prevê a concessão de licença remunerada à

gestante; do inciso L do artigo 5º, que assegura tratamento especial à mulher presidiária, que tenha filho em período de amamentação; do inciso XIX do art. 6º, que prevê a concessão de licença paternidade, que tantas críticas inicialmente mereceu; do inciso XXV do art. 6º, que assegura assistência aos filhos e dependentes, até seis anos, em escolas e creches.

Quanto às medidas protetivas destinadas a coibir a violência no âmbito das relações do grupo familiar, na norma programática do artigo 226, § 8º, da Carta de 1988, prometidas, na verdade já estavam previstas em lei ordinária anterior à referida Carta (Código Civil) em dispositivos que não só disciplinam as relações entre os membros da família, como também sancionam expressamente a prática de violências no âmbito de tais relações.

Confirmam-se, também, a respeito, as normas dos artigos 394 e 395 do Código Civil, que preconizam a aplicação de sanções aos pais que abusem de seu poder ou faltem aos deveres paternos, castiguem imoderadamente os filhos, os deixem em abandono, ou pratiquem atos contrários à moral e aos bons costumes. Vejam-se, ainda, as disposições contidas nos artigos 20, 22, 24, 129, 130 e 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente posteriormente editado, que coíbem a prática, pelos pais, de violência contra os filhos, e impõem sanções pelo descumprimento dos deveres de guarda e sustento.

Exemplo, ainda, da clara intenção do legislador constituinte de, no corpo da Carta Magna de 1988, ditar normas disciplinadoras das relações de Direito de Família, é o artigo 5º, LXVII, no qual estabeleceu-se séria sanção (pena de prisão) no caso do descumprimento injustificado da obrigação alimentar, medida que já existe, com o mesmo rigor, prevista em legislação infraconstitucional (artigos 733, § 1º, do C. P. Civil; 19 da Lei nº 5.478/68, 244 do Código Penal).

Por outro lado, ainda com a inescandível intenção de proceder no texto da Carta Magna de 1988, a uma verdadeira constitucionalização das relações de família, vê-se que cuidou o legislador constituinte de dispor a respeito da adoção (art. 227 § 5º), matéria, até então, só tratada em legislação infraconstitucional (Código Civil, artigos 368 e 378) e revogado Código de Menores (artigos 27, 28, 29 e 37).

É oportuno, porém, observar que, a nosso sentir, no artigo 227, § 5º, o legislador constituinte, teria, na verdade, disposto, tão só e exclusivamente, a respeito de adoção de criança e adolescente, que, atualmente, há de se processar, exclusivamente, com base nas regras ditadas pelo Estatuto da

Criança e do Adolescente, que prevêem, como forma única de adoção, a adoção plena.

É a conclusão que se recolhe, explicada pelo fato do dispositivo, que a respeito da adoção dita regras, estar inserido em parágrafo do artigo 227 da C.Federal, cujo *caput* cuida, exclusivamente, de normas de proteção à criança e ao adolescente, reforçando tal entendimento a circunstância de, no referido dispositivo, ter-se declarado que a adoção há de se fazer com a assistência do Poder Público, o que faz pressupor a adoção de menor - sujeito à tutela do Estado – hoje disciplinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Na linha de tal entendimento, vista a norma do § 5º, do artigo 227, como disciplinadora tão só e exclusivamente, da adoção de criança e adolescente, forçoso é convir, então, que tal dispositivo da Lei Maior, não revogou as normas do C.Civil, que dispõem sobre a adoção simples (artigos 368 e 378), que se tem, portanto, como subsistente para aplicação, aos casos de adoção de pessoa maior.

Ainda a propósito da proteção, pelo Estado prometida, na Carta Magna de 88, às entidades familiares, é importante observar que o legislador não cuidou, no texto constitucional, apenas, da família legítima, ocupando-se, também, das chamadas “uniões livres”, a respeito das quais as Constituições anteriores sempre silenciaram, tendo-se permitido erigi-las, no § 3º, do art. 226, quando estáveis, em entidades familiares, colocando-as sob a proteção do Estado, com a clara preocupação, desde logo revelada, de que, ditas uniões, possam vir a ser, no futuro, convalidadas em casamento.

Abstraido o aspecto, indiscutivelmente positivo na norma constitucional sobredita contido, traduzido na preocupação, pelo legislador constituinte revelada, no sentido de que, as uniões de fato existentes, possam, no futuro, ser convalidadas em casamento, crítica pode ser feita, à referida norma, quando reconheceu a união estável, existente entre o homem e a mulher, mesmo sem a existência de filhos, como entidade familiar.

É que, não se pode olvidar que, na palavra “família”, como já vimos anteriormente, está ínsita a idéia de parentesco que, evidentemente, não pode existir entre concubinos.

Sem a presença, portanto, de pessoas ligadas por laços de parentesco, parece incorreto falar-se em existência de família, ou de entidade familiar.

Correta, porém, é a definição, como entidade familiar – que se lê no § 4º do artigo 226 – da comunidade formada por qualquer dos pais e seus

descendentes, pois, nesse caso, estando-se diante de pessoas ligadas por laços de parentesco (pais e filhos), a caracterização do grupo como entidade familiar é, do ponto de vista jurídico, absolutamente adequada.

Não se pode deixar, contudo, de reconhecer que, embora louvável a preocupação do legislador constituinte, com as uniões livres, que proliferam na sociedade moderna, foi, de qualquer forma, impróprio a respeito das mesmas se dispor na Lei Fundamental.

É que, em sendo, como é, o concubinato um fato natural, fora da lei, que à ordem jurídica, até então, nunca interessou, porque, em princípio, por si só, não gerador de direitos, soa absurda a inclusão, no ordenamento constitucional de norma expressa para discipliná-lo, muito menos, com a clara preocupação, que na referida norma se lê, de sugerir para a união estável, o mesmo tratamento dispensado, pela lei, à família legítima, de tal assemelhação tendo resultado, pelo menos aparentemente, engrandecida a primeira e enfraquecida a última.

A propósito das preocupantes tentativas de assemelhação das uniões livres às famílias legítimas, já observava Arnaldo Medeiros da Fonseca, em sua obra clássica: **Investigação de Paternidade**:

“O enfraquecimento da família é, infelizmente, um fato assinalado por vários sociólogos, moralistas e juristas, e uma das tendências da sociedade contemporânea” (Obra citada, p.13).

Aliás, a tendência da assemelhação das uniões livres às famílias legítimas não constitui novidade, estando evidenciada, na ordem infraconstitucional, por diplomas legais que visam a dispensar à concubina tratamento que a aproxime dos direitos em lei assegurados à esposa legítima.

A atitude do legislador, dispondo no ordenamento constitucional vigente, em capítulo dedicado à família, a respeito das uniões livres, no entender da expositora, conspiraria contra os princípios éticos, em que se encontra assentada a família, na medida em que está, em última análise, pondo sob a proteção do Estado o concubinato, união precária, sem base legal, resultante de situação de fato, que de forma alguma pode interessar à ordem constitucional, embora possa deitar reflexos que mereçam ser considerados, no que diz respeito aos eventuais efeitos jurídicos de tais uniões resultantes – que de forma alguma podem se identificar com as relações de Direito de Família - exceção aberta para o concubinato de que tenha resultado prole, hipótese em que as relações dos filhos com os pais serão, sem dúvida, autênticas relações de Direito de Família.

A título de ilustração, é importante anotar que, o que se fez em nosso país, em texto constitucional, não encontra eco nas Constituições de países desenvolvidos, como a Suíça, França e E.E.UU. da América do Norte, Argentina e Itália.

De registrar-se ainda que, a norma do artigo 226, § 3º da C.F., nos termos em que foi redigida, expõe os princípios éticos da sociedade a sérios riscos, na medida em que, uma interpretação mais liberal, do que na referida norma se encontra contido, pode conduzir ao absurdo entendimento de que, caracterizada como união estável, merecedora da proteção do Estado, possa ser havida aquela situação em que os parceiros se encontrem envolvidos em uma relação sexual que, embora duradoura, não preencha o requisito de uma convivência *more uxorio*, pois inconcebível é admitir-se que tenha sido intenção do legislador constituinte, caracterizar como união estável, os casos de concubinação simples que – como observa Beucher, por Arnaldo Medeiros da Fonseca citado, em sua obra **Investigação de Paternidade**, p.19 – estariam representados pela simples comunhão de leito.

Inconcebível, por outro lado, é admitir-se que tenha sido vontade do legislador reconhecer como configurador de união estável, o concubinato que envolva relações adúlteras, pois nesse caso estaria excluída, desde logo, a possibilidade de alcançar-se o objetivo maior, de forma programática inserido na norma constitucional já referida, qual seja, o da conversão da união livre em casamento, a menos que se queira entender que, dita norma, tenha pretendido acenar aos adúlteros, com a solução heróica do divórcio, o que valeria, então, por deplorável contribuição para o enfraquecimento do casamento, base da sociedade e da família.

Gize-se que, desde a edição da Carta Magna em vigor, com a inclusão que se fez na mesma de norma expressa, em que se reconheceu, na união estável, a existência de uma entidade familiar, acentuou-se a tendência que já vinha, anteriormente, se esboçando na doutrina e na jurisprudência, no sentido de reconhecer, em favor da concubina, direitos decorrentes das relações de Direito de Família, embora, na verdade, as relações entre companheiros, sejam, a rigor, de natureza obrigacional.

Com a edição das Leis nºs. 8.971/94 e 9.278/96, tais direitos foram regulamentados, reconhecendo-se à companheira, se e quando finda a união estável, a percepção de alimentos, sob forma de pensão, e a participação nos bens do companheiro, inclusive, no caso de morte deste, a título de direito sucessório, previsão que, em nossa visão, constitui verdadeiro absur-

do, na medida em que erigindo a companheira em herdeira, ampliou o elenco da ordem de sucessão hereditária, na lei civil prevista.

Essas leis, pessimamente elaboradas, que tanto trabalho têm dado aos Tribunais, quando de sua aplicação, estão sendo reformuladas, emendadas e revistas.

É de se esperar que o legislador se sensibilize, no sentido de corrigir os desacertos existentes.

Até lá, cabe à jurisprudência dar, às referidas leis, interpretação que as conciliem com os princípios gerais de direito e a tradição da sociedade brasileira. ◆

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL*

JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR

Desembargador TJ/RJ

O enunciado do tema já nos indica a fonte da qual se devam haurir as primeiras considerações acerca da Lei Complementar nº 101, de 04.05.00 - a Constituição da República.

O parágrafo 9º do artigo 165 da Constituição remete à lei complementar a matéria versada nos incisos I e II: “*Dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual*” e “*Estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.*” Eis a raiz da Lei Complementar nº 101. Houve demora dos Poderes Legislativo e Executivo na elaboração do projeto para oferecer ao Estado e à Sociedade lei complementar que a Constituição de 88 prometia.

O retardo talvez só não tenha sido maior porque houve, como notório, pressão internacional extremamente poderosa para que os países, que enfrentam dificuldades no equilíbrio entre a receita e a despesa de seus orçamentos nacionais, se ajustassem à orientação que se entendeu consensual e que teve como patrocinador e sede de discussão o Fundo Monetário Internacional. Não estou a colocar qualquer tipo de premissa político-ideológica. Limito-me a relatar fatos. Se forem à **internet** e acessarem o *site* do FMI, verificarão que, desde o início da década de 90, existe a proposta de que cada país nessas circunstâncias devesse editar uma lei de responsabilidade fiscal. O primeiro que seguiu a recomendação foi a Nova Zelândia, que aprovou uma lei de responsabilidade fiscal em 1994. É desta lei de respon-

* Palestra proferida no Seminário “Aspectos Multidisciplinares da Lei de Responsabilidade Fiscal” realizado na EMERJ em 25/05/2001.

sabilidade fiscal da Nova Zelândia que a nossa é quase cópia, com algumas adaptações.

A quase cópia teria de apresentar alguns tropeços. A Nova Zelândia é Estado unitário, não é uma federação. De sorte que, quando a nossa Lei de Responsabilidade Fiscal concentra nas mãos do Governo Federal, do Ministério da Fazenda, do Banco Central e do Tribunal de Contas um somatório de poderes fiscalizatórios, está seguindo o modelo de Estado unitário, não de Estado federal. Também não foi por outra razão que se sucederam, perante o Supremo Tribunal Federal, ações diretas declaratórias de inconstitucionalidade argüindo a incompatibilidade dessa lei com a Constituição de uma República Federativa. E também não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal se viu em apuro para examinar uma dessas ADINs, exatamente aquela que argüía que algumas soluções adotadas pela Lei de Responsabilidade Fiscal não eram conciliáveis com Estado federativo. Como, por exemplo, a solução que estabelece exatamente os mesmos percentuais de limites de despesas para todos os Estados da Federação e todos os Poderes constituídos.

O Poder Judiciário estadual tem, segundo a Lei de Responsabilidade Fiscal, que se conter, em suas despesas com pessoal, em 6% sobre a receita corrente líquida do respectivo Estado-membro. Isso vale tanto para os Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro quanto para os Estados de Alagoas ou de Sergipe. Em São Paulo ou no Rio de Janeiro, temos quase 200 (duzentos) Desembargadores. Em Alagoas ou Sergipe, de 11 (onze) a 14 (quatorze) Desembargadores. Com as repercussões sobre a dimensão da estrutura organizacional, tanto administrativa quanto judiciária, desses tribunais, de sorte que a Lei de Responsabilidade Fiscal, a partir de um modelo unitário, adotou soluções igualmente unitárias, contudo esqueceu de adaptá-las à realidade de um Estado federativo. Mais: de um país com dimensões continentais e com diversidades culturais, econômicas e políticas notáveis.

Quando o Supremo Tribunal Federal defrontou-se com essa questão, naquela ADIN, que pretendia, cautelarmente, a suspensão da eficácia de toda a lei, teve dificuldades. Decidiu afastar o pleito cautelar liminar por incômoda maioria de seis a cinco. Houve a retratação de um voto, caso contrário seria seis a cinco acolhendo a suspensão. Foi seis a cinco rejeitando. Vejam como a matéria é de extrema delicadeza jurídica, política e institucional. A Lei de Responsabilidade Fiscal, embora tenha vindo cumprir uma previsão constitucional, e com certo retardo, segue um modelo que não

seria perfeitamente conciliável com a nossa realidade política, institucional e cultural.

Num conjunto de sete ADINs, até aqui, o STF entendeu de acolher, por ora, apenas um requerimento de suspensão cautelar, aquele que incidia sobre o artigo 9º, § 3º, da Lei da Responsabilidade Fiscal, que na aparência encerra uma obviedade. O artigo 9º, § 3º, dispõe que, no caso de os Poderes Legislativo e Judiciário e o Ministério Público não promoverem a limitação das despesas no prazo estabelecido no *caput*, é o Poder Executivo autorizado a restringir o repasse dos valores financeiros (os duodécimos), segundo os critérios fixados pela Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Esse o dispositivo que teve a sua eficácia suspensa em decisão cautelar do STF, por violação do princípio da independência entre os Poderes. As demais ADINs tiveram seus pleitos liminares rejeitados, de modo que, salvo aquele dispositivo, todos os demais da Lei de Responsabilidade Fiscal estão com a sua eficácia garantida por cognição sumária do STF.

A Lei de Responsabilidade Fiscal é extensa. Como não havia a possibilidade de remeter a lei ao contador, para que ele fizesse a conta, tive de fazê-la sozinho. Se não errei, são 444 (quatrocentas e quarenta e quatro) normas. Somando os artigos, os seus parágrafos, os seus incisos e as suas alíneas e itens. É um conjunto complexo e desafiante. Versa sobre matéria que não é aquela com a qual habitualmente o jurista trata no dia-a-dia da administração pública.

Essas 444 normas dispõem sobre procedimentos de controle da gestão (orçamentária, administrativa e financeira), de modo a estabelecer a responsabilidade dos gestores. Temos de entender o significado de responsabilidade do ponto de vista fiscal. Aprendemos que responsabilidade nada mais seria, no campo das obrigações, do que uma obrigação secundária. Para aquele que descumpra a obrigação principal, há a responsabilidade de atender às conseqüências do descumprimento.

A responsabilidade, no campo fiscal, é o descumprimento de um dever funcional. Aqui, estamos no campo das normas estatutárias (aquelas que se impõem unilateralmente, como dever de ofício, àqueles que desempenham função pública). Diante de normas de natureza estatutária, há obrigações e deveres funcionais que devem ser desempenhados de acordo com os procedimentos e controles estabelecidos. Havendo descumprimento desses deveres funcionais, responde o faltoso. A responsabilidade fiscal nada mais é do que o velho conceito de responsabilidade aplicado ao desempenho

dos deveres funcionais de ofício dos administradores públicos, pelos atos de execução do orçamento e de gestão da coisa pública.

Quem é o gestor? A definição vem da Constituição da República. O artigo 70, parágrafo único, declara que prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda ou que em nome desta assuma obrigações de natureza pecuniária. Se o servidor, que realize qualquer dessas operações, tem o dever constitucional de prestar contas, disto seguramente decorre que esse servidor, quanto àquelas operações que realizou, é o gestor, no sentido de responder por elas. Esse é o responsável pela gestão, na medida em que utiliza, arrecada, guarda, gerencia ou administra dinheiro, bens e valores públicos.

Exatamente por esta razão, o novo sistema de responsabilização fiscal, integrado pela Lei de Responsabilidade Fiscal e pela Lei nº 10.028 (que veio tipificar crimes contra a gestão fiscal), chegou ao pormenor de nomeadamente atribuir responsabilidade aos gestores do Poder Judiciário, desde os Presidentes dos Tribunais até aos Juízes e Diretores de Foro.

Observe-se o que dispõe o artigo que, na Lei nº 10.028, veio acrescentar dispositivo à Lei nº 1.079/50: *“Constituem também crimes de responsabilidade do Presidente do Supremo Tribunal Federal ou de seu substituto, quando no exercício da presidência, as condutas previstas no artigo 10 desta Lei (a Lei 1.079) quando por eles ordenadas ou praticadas.*

E o parágrafo: *“O disposto deste artigo aplica-se aos Presidentes e respectivos substitutos quando no exercício da Presidência nos Tribunais Superiores, nos Tribunais de Contas, nos Tribunais Regionais Federais, do Trabalho e Eleitorais, nos Tribunais de Justiça e Alçada dos Estados, do Distrito Federal e aos juízes e diretores do foro e função equivalente no primeiro grau de jurisdição”.*

Evidencia-se que o sistema de responsabilização fiscal pretende uma responsabilização universal e individualizada. Todos e cada um são responsáveis na medida em que utilizem, arrecadem, guardem, administrem e gerenciem dinheiros, bens e valores públicos. São absolutamente todos e em todos os Poderes constituídos.

As 444 normas da Lei de Responsabilidade Fiscal a todos obrigam primariamente. O descumprimento gera a responsabilidade. Em todos os momentos da nossa carreira, estaremos, de um modo ou de outro, direta ou

indiretamente, mediata ou imediatamente, exercendo uma daquelas funções. Ainda que não venhamos a ser, por acaso, juízes diretores de foro e nos mantivermos apenas como juízes responsáveis pela serventia, exercendo sobre ela poder de polícia, estaremos praticando uma daquelas operações que o artigo 70, parágrafo único, define como encargo do gestor e pelo qual ele deve responder e prestar contas. Então, praticamente, em todos os momentos da nossa carreira pública, estaremos sob a incidência dessas 444 normas da Lei Complementar nº 101. Por conseguinte, é preciso estudá-la para que não sejamos colhidos de surpresa.

A Lei Complementar nº 101 foi editada aos 4 de maio de 2000, publicada no Diário Oficial da União de 5 de maio de 2000, auto-proclamando-se em vigor, com eficácia plena, desde então. Houve uma primeira hesitação, sobretudo no âmbito dos Tribunais de Contas, quanto à viabilidade material de se dar aplicação imediata, já no exercício de 2000, a todas aquelas 444 disposições. Dentre elas, havia as que estabeleciam mecanismos de controle de execução orçamentária de pronta, porém problemática, implementação, porque os orçamentos já estavam em execução e haviam sido elaborados no exercício anterior, quando não havia os procedimentos e a responsabilização por sua eventual inexecução.

Como aplicar uma lei que trazia tantas novidades à execução de orçamentos que foram elaborados segundo normas que não as conheciam? Era outra a realidade. Chegou a ser objeto de discussão no encontro dos Tribunais de Contas do Brasil, que ocorreu no Rio de Janeiro, na sede do BNDS, de 31/10/2000 a 01/11/2000. Uma das questões levantadas era exatamente essa. Os representantes dos Tribunais de Contas do País elaboraram uma relação de vinte e cinco questões que pareciam naquele momento sem resposta. Entre elas, exatamente a de saber se se daria ou não cumprimento à Lei de Responsabilidade Fiscal já no orçamento de 2000. Alguns entendiam que deveria ser aplicada somente a partir de 2001. Contudo, a posição majoritária afirmou que, tanto quanto possível, deveria haver um esforço dos Tribunais de Contas para dar imediata aplicação às disposições da Lei da Responsabilidade Fiscal, mesmo na execução de 1999 para 2000. E muito mais ainda de 2000 para 2001.

Como a própria lei se afirma com eficácia imediata a partir da data de sua publicação, temos que aceitar que está em vigor e com plena eficácia desde a sua publicação no DO de 5/5/2000, exceto o artigo 9º, § 3º, cuja eficácia o STF suspendeu.

Qual o perfil básico dessa lei?

Diria que há algumas matérias que se destacam. Algumas orientações se sobrepõem às demais, pois são principiológicas, enquanto outras são procedimentais. Nessas 444 disposições, encontramos tanto normas principiológicas, com a pretensão de definirem grandes enunciados, diretrizes gerais, quanto encontramos normas estritamente procedimentais, destinadas às minúcias da execução, do “como fazer”.

Coloquemos de lado as minúcias do “como fazer”. Dentre as normas que pretendem enunciar grandes diretrizes, dir-lhes-ia que o perfil constitucional da lei desenha-se em cinco pontos.

O primeiro refere-se ao caráter vinculante do planejamento estatal. Não é mais possível, hoje, diante da LRF e do artigo 165 da Constituição da República, dizer-se, por exemplo, como já se disse, que há normas meramente programáticas. Toda a tendência do Direito Constitucional coevo está em atribuir a cada norma constitucional e a cada norma complementar à Constituição uma cogência tal que não pode mais permanecer apenas no plano do possível aperfeiçoamento das instituições para o futuro (o plano das normas ditas programáticas). O Professor Martin Retortillo faz síntese bem humorada dessa história. Observa que no passado, quando se queria insinuar que uma norma da Constituição não era para ser executada, chamava-se a essa norma de programática. Não era para valer, então era programática. Hoje é diferente. Cada norma constitucional tem um teor, um conteúdo, uma força cogente tais que há de encontrar-se na realidade fenomênica o seu campo próprio de implementação.

A LRF veio cumprir esse papel em relação ao planejamento, que não é mais uma proposta que pode ou não ser executada de acordo com as circunstâncias, ou seja, não é mais um ideal a ser perseguido. O planejamento é vinculante. Traduz um dever de agir e um como agir. Deve haver uma discussão nos momentos apropriados (aqueles em que se elaboram e se votam a lei de diretrizes orçamentárias e a lei do orçamento anual). Nesses momentos é que se vai discutir o que é prioritário ou não, e o quanto se deve investir nesta ou naquela prioridade. Desses momentos, fixadas essas diretrizes e prioridades, resulta o planejamento estabelecido e vinculante do administrador público. A este não caberá mais a escusa de que não foi possível fazer, que surgiu outra prioridade, ou que isso é mais importante do que aquilo. Tal possibilidade só existe como exceção, diante do sistema engendrado pela LRF. Uma vez aprovados os três instrumentos previstos na

Constituição (plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei do orçamento anual), terão de ser cumpridos na sua exata dimensão, nem mais, nem menos.

O que a LRF admite é que se, por circunstâncias que a realidade venha a impor, for necessária a substituição de um objetivo ou de uma meta, o administrador justifique essa substituição e indique qual é a respectiva fonte de custeio. Ele não pode acrescentar ao seu plano de trabalho qualquer objetivo ou meta que não tenha cobertura. Se o fizer, estará descumprindo uma norma e responderá por esse descumprimento. Deve executar o que está planejado, ou substituir o que está no planejamento por outra medida, desde que para esta possa encontrar a correspondente fonte de custeio. Caso contrário, não pode fazer. É o que resulta do sistema determinado pela LRF. É o planejamento vinculante e interdependente.

A lei do orçamento anual nada pode consagrar para a execução no exercício seguinte em desarmonia com a lei de diretrizes orçamentárias. O plano plurianual de objetivos e metas não pode consagrar qualquer atividade em desarmonia com as diretrizes orçamentárias e com a lei do orçamento anual. Há um jogo de peças harmonizadas e encaixadas. Ao gestor caberá o papel de dar execução ao que foi previamente estabelecido nesses instrumentos coordenados.

Um segundo ponto que se destaca no perfil da LRF concerne aos limites objetivos de despesas. Entendeu a LRF que o calcanhar de Aquiles da Administração Pública, em matéria de despesas, seria a área de pessoal. Por isto, nesta concentrou atenção, estabelecendo limites exatos para as despesas com pessoal. Esses limites são matemáticos, percentualmente definidos, tanto no artigo 169 da Constituição, com a redação que trouxe a Emenda Constitucional nº 19, quanto em artigos da LRF. Não os pode ultrapassar o Poder Público - Executivo, Judiciário ou Legislativo -, sob pena de conseqüências severas, tanto do ponto de vista institucional quanto do ponto de vista pessoal.

Se a Administração se aproxima desses limites estabelecidos, estará no dever de observar as restrições relacionadas no artigo 22 da LRF: “*Se a despesa total com o pessoal exceder a 95% do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no artigo 20 que houver incorrido no excesso:...*” (vejam que há um limite de 5% de prudência, abrangendo os Poderes sem exceção). Se se ultrapassa 95% do limite com despesas de pessoal, são vedados: “*I - concessão de vantagem, aumento, reajuste ou ade-*

quação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição; II - criação de cargo, emprego ou função; III - alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa; IV - provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança; V - contratação de hora extra, salvo no caso do disposto no inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição e as situações previstas na lei de diretrizes orçamentárias". Basta que a Administração ingresse nessa faixa de 5% para que sobrevenham as restrições. A idéia é compeli-la a tomar providências que façam com que as despesas com pessoal retornem ao leito do limite prudencial de 95%.

A lógica da lei é a da contabilidade pública. Haverá, certamente, que ser interpretada. Esse é o nosso papel. Perceba-se o que aconteceria se o nosso Tribunal ingressasse no limite prudencial de 95% das despesas com pessoal. Não poderíamos prover cargo. A lei ressalva a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento apenas de servidores das áreas de educação, saúde e segurança. Então, não poderíamos completar, repor ou prover as vagas que surgissem com aposentadorias ou falecimentos de membros do Tribunal.

Se tivéssemos superado os 95%, teríamos de deixar vagos esses cargos? Não parece razoável tal interpretação literal, embora possível. Não seria razoável porque impediria o funcionamento regular do Poder. Devemos entender, então, que os servidores referidos na lei não incluem os agentes políticos do Estado. Precisamos ter os órgãos de Poder providos e atuantes. De modo que essas 444 disposições padecem de certas dificuldades interpretativas, que teremos de suprir na medida em que surjam as questões concretas.

Outra orientação importante na área de pessoal refere-se à terceirização. Digo que é importante, e está no perfil básico da LRF, porque é alternativa utilizada pela Administração Pública brasileira de há muito. E também há muito tempo utilizada no Poder Judiciário. A Administração pública brasileira importou da administração privada o modelo da terceirização. E já se fala em quarteirização, que é a gerência da terceirização. Se se tem uma série de serviços terceirizados em determinada empresa, ao cabo de certo período ou etapa da evolução da gestão dessa empresa o seu gestor

verifica que não dá conta de controlar todas as terceirizações. Contrata outra empresa especializada em gerir as terceirizações. É a quarteirização (vários shoppings centers estão agindo assim).

Já se cogita disso também na Administração pública. É uma bola de neve que não pára de crescer, na medida em que se torna mais complexa a gestão. Fez bem, em tese, a LRF em dedicar atenção a esta matéria, que tem peso considerável no dia-a-dia da gestão pública.

O artigo 18, § 1º, estatui: “§ 1º - Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como “Outras Despesas de Pessoal”.

Vê-se que a LRF pretende conter a previsível tendência de achar-se na terceirização a válvula de escape para os limites estabelecidos às despesas com pessoal, terceirizando-se mão-de-obra estranha aos quadros administrativos. A lei dispõe que se houver essa terceirização de mão-de-obra, os valores correspondentes aos respectivos contratos de terceirização terão de ser contabilizados como “outras despesas de pessoal”. E sendo despesas de pessoal, terão de observar os limites para elas fixados. A terceirização deixa de ser um descaminho para superar-se a limitação aos valores das despesas com pessoal, pois ela também será incluída nessa limitação.

O problema interpretativo, interessantíssimo, estará em distinguir a terceirização de serviços da terceirização de mão-de-obra. Só devem ser contabilizadas como despesas de pessoal aquelas que se referem à mão-de-obra substitutiva de servidores ou empregados públicos. Vale dizer que a terceirização de serviços não está compreendida aqui. Esta deve ser excluída da limitação, continuando a ser contabilizada como despesas com serviços, não como despesas com pessoal. Para tanto, é necessário que a terceirização fique caracterizada como do serviço, não da mão-de-obra. Se ficar caracterizada como da mão-de-obra, esbarrará no limite de despesas com pessoal. Eis o desafio interpretativo, aliás presente entre as vinte e cinco questões polêmicas resultantes daquele encontro dos Tribunais de Contas, a que me referi.

Imaginemos, na estrutura do Poder Judiciário, o cargo de porteiro de auditório, em desuso. Poderia a Administração contratar profissionais, terceirizando mão-de-obra, a pretexto de realizar funções assemelhadas à do porteiro de auditório? Se se adotar interpretação de maior rigor, a resposta é negativa. Essa mão-de-obra terceirizada seria substitutiva de um

cargo que existe nos quadros, o que não justificaria a contratação substitutiva ou, caso esta se demonstrasse necessária, não caracterizaria terceirização de serviço. Se adotada interpretação mais flexível, dir-se-ia que depende de o número de porteiros de auditório e as tarefas que realizam não mais atenderem à necessidade administrativa, exigente de maior volume de mão-de-obra terceirizada, e esta não seria, então, “substitutiva” de servidores, mas supletiva.

Prevaleceu no encontro dos Tribunais de Contas a interpretação mais restritiva. Então, havendo o cargo com tarefas assemelhadas àquelas que a mão-de-obra terceirizada viria a executar, estaria caracterizada a contratação substitutiva e o valor desse contrato teria de ser contabilizado como “outras despesas com pessoal”. A tendência é que os Tribunais de Contas venham a examinar assim as prestações de contas e os contratos de terceirização. Daí ser estratégico para a Administração pública, sobretudo para o Poder Judiciário, todo o empenho na definição do que seja terceirização de serviço. Terceirizar o serviço significa despersonalizar a sua execução: “*Não quero a mão de obra do seu fulano ou beltrano, mas uma empresa que realize o serviço, seja com fulano ou beltrano. Ao contrato de prestação de serviço importa a execução da tarefa, não quem a executará, salvo se for especialíssima, intuito personae*”. Para que isso fique claro, quando promover-se a licitação, o respectivo edital deverá especificar o serviço, evitando qualquer indicação que possa ser interpretada como definidora de mão-de-obra.

Não importa à Administração quem a empresa terceirizada vai contratar e qual o salário que pagará, desde que sejam pessoas suficientemente qualificadas para a execução do serviço. É preciso deixar claro no edital que a execução do serviço é problema da empresa. A exigência da Administração é a da qualidade da prestação.

Se a empresa não apresentar um bom serviço, serão tomadas as providências previstas na lei ou no contrato. É assim que, na prática, será diferenciada a terceirização do serviço da terceirização da mão-de-obra, estabelecendo-se a linha divisória entre despesa de serviço com terceiro e despesa com pessoal. No serviço com terceiro, a despesa é limitada à previsão orçamentária. Na despesa com pessoal, não apenas à previsão orçamentária, mas aos exatos e matemáticos limites constitucionais e legais.

Terceiro ponto do perfil da LRF concerne à proteção do patrimônio público. No artigo 44, veda a alienação de bens para atender a custeio. O

expediente de alienarem-se bens públicos para fazer caixa e cobrir despesas está proibido. O discurso da privatização terá de ser revisto. Será necessária demonstração objetiva de que a empresa governamental é deficitária, que gerou despesas que o Estado não tem condições de cobrir, que está defasada tecnologicamente porque não teve recursos para investir na modernidade. A LRF responsabiliza o gestor que alienar bens públicos para custear despesas. Então, o discurso terá de se ajustar a uma nova prática. Ou será o inverso? A questão é também política. Há ressalva quanto a destinarem-se bens à Previdência Social.

O Tribunal dispõe de certo número de veículos antieconômicos. Já não estão em atividade, ou, se estão, têm um custo de manutenção tão elevado que não é compensador. A Lei nº 8.666/93 (lei geral das licitações e contratações) prevê o leilão para que a Administração se desfaça dos bens que não servem. É a primeira solução que vem à cabeça do administrador público: se o bem não serve, deve ser avaliado e alienado mediante leilão.

A LRF dá alternativa: ao invés de alienar, doar à Previdência. As normas administrativas em geral prevêem terceira opção – ceder a outros órgãos da Administração, aos quais esses bens sejam úteis. É um caso a pensar: alienam-se esses bens inservíveis, com receita para o Fundo do Tribunal de Justiça; doam-se ao Rio-Previdência, que os poderia converter em receita para atendimento aos pensionistas; seriam cedidos a outros órgãos estatais. As possibilidades deverão ser examinadas pelo gestor. Seja qual for a linha adotada, terá de justificar a sua conveniência para a Administração.

Outra questão interessantíssima, que integra o perfil constitucional da LRF, está no artigo 46: *“É nulo de pleno direito ato de desapropriação de imóvel urbano expedido sem o atendimento do disposto no § 3º do art. 182 da Constituição, ou prévio depósito judicial do valor da indenização”*.

O momento certo de exigir-se do expropriante o depósito do valor indenizatório justo é questão controvertida. Se é ao início da demanda, quando já deveria ser o mais próximo possível do valor de mercado do bem em expropriação, ou se será ao final da demanda, depois de fixado o valor definitivo da indenização. Há duas posições sobre o assunto. O STF inclina-se pela solução de considerar que o valor devido na desapropriação é apenas aquele que resultará da decisão judicial definitiva. Entretanto, há enten-

dimentos respeitáveis no sentido de que esse valor já deve ser buscado pelo juiz ao início da demanda. Se o Poder Público alega urgência e pede a imissão provisória na posse *initio litis*, já deve o juiz preocupar-se em estimar o valor do depósito mais próximo possível do valor de mercado.

O artigo 46 da LRF adiciona ingrediente novo à questão. Estaria a lei a apoiar o entendimento de que já ao início da desapropriação deve colocar-se valor que se aproxime do valor prévio e justo a que se refere a Constituição. Como essa regra está um tanto perdida no emaranhado daquelas 444 normas, talvez demore um pouco para que chegue aos Tribunais. Mas chegará. Alguém mais adiante a suscitará, com base no artigo 46 da LRF, quando o expropriante, como habitual, oferecer valor que se possa demonstrar ser muito inferior ao de mercado, e o expropriado pedir ao juiz que fixe, para o depósito prévio, valor maior. O juiz talvez ganhe aqui novo fundamento para a decisão que queira tomar, para exigir que ao início da demanda venha depósito substancial.

O quinto ponto do perfil é a complementação penal. Encontra-se na Lei nº 10.028/00, que vai nos trazer enorme problema. Não pelo fato de tipificar como crime algumas condutas que antes eram meras infrações administrativas. Refiro-me ao sentido técnico-jurídico. Na descrição dos tipos, a lei teve de valer-se de certas expressões e rótulos que encerram conteúdo técnico-contábil-administrativo que não é aquele com o qual habitualmente tratamos.

Para que o Ministério Público ofereça a denúncia, para que o juiz colha a prova e julgue à vista dela, precisarão entender de matéria com a qual não têm trato habitual. Exemplo: é crime ordenar ou autorizar a inscrição em restos a pagar de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei. Pena: detenção de seis meses a dois anos. Qual o juiz que, nos seus estudos de Direito Penal, teve ocasião de investigar o que sejam restos a pagar e empenho prévio da despesa? Certamente, nenhum de nós teve essa oportunidade. É matéria tipicamente administrativa e de contabilidade pública. É a especialidade da especialidade. Nem são categorias sob o estudo geral do Direito Administrativo.

Para que se maneje a aplicação desse dispositivo, verificando se há ou não a perfeita tipificação do crime, será imprescindível entender-se o que são restos a pagar e o que é prévio empenho das despesas. Há várias outras disposições definindo tipos cujo núcleo contém expressões como essas. Penso que a EMERJ e as Faculdades de Direito, enfim, todas as esco-

las de preparação de profissionais do Direito, terão de se preocupar em promover estudos sobre a Lei nº 10.028/00, com visão interdisciplinar. Não será estudo apenas para o iniciado em matéria penal. Os profissionais terão que se valer de subsídios de especialistas em contabilidade pública e em direito da gestão pública. É ramo novo que se está a abrir, sob pena de aplicação inconseqüente.

Parece claro que o juiz criminal, diante de uma situação dessas (a aplicação de conceitos técnicos que não conheça), não poderia nomear perito em contabilidade pública para dizer-lhe o que significa tal ou qual expressão, fundando a sua sentença no laudo pericial. O juiz terá de pessoalmente dominar esses conceitos, formando o seu convencimento a partir da análise crítica que for capaz de desenvolver em face das circunstâncias do caso concreto.

Meus amigos, o tempo é curto e me dispus a lhes deixar como mensagem final uma síntese que se curva às dificuldades do tema. O povo brasileiro é receptivo à perspectiva mística. Faz parte de nossa formação. Imaginei que algo acessível à média das pessoas resultaria de compor os dez mandamentos do gestor pós LRF. Quais seriam as dez regras fundamentais que o gestor haverá de colocar à sua frente, como o crente coloca os dez mandamentos bíblicos na conduta de seu dia-a-dia? Vejamos:

I - Amar o planejamento sobre todas as demais funções, jamais cedendo à tentação de improvisar, salvo comprovadíssima exceção de evidentíssimo interesse público, protegida pelos princípios constitucionais ou prevista em lei.

II - Fazer do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e seu anexo de metas fiscais, bem como da lei de orçamento anual, o pão nosso de cada dia da gestão.

III - Definir com clareza o que a expressão “Ação governamental” significa para as finalidades do ente, não autorizando ações que acarretem aumento de despesa sem prévio parecer favorável dos órgãos de planejamento e controle interno e jurídico.

OBS. – A LRF, nos artigos 15 e 16, faz alusão a essa “ação governamental” para criar uma restrição. Observem a redação do artigo 16: “A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias”.

Assim, qualquer “ação governamental” que implique aumento de despesa tem de atender às exigências do artigo 16. O núcleo do atendimento está nessa expressão. Ação governamental é conceito que terá que ser ajustado às finalidades institucionais de cada órgão. O que seria “ação governamental” para o Poder Judiciário? Parece-me que são as atividades que dizem respeito à prestação da jurisdição. O que for atividade de suporte, apenas administrativa ou de mera gestão material, não seria uma ação governamental, no âmbito do Judiciário. Esta corresponde ao desempenho da finalidade institucional do órgão. No caso do Poder Judiciário, a prestação jurisdicional. Qualquer atividade relacionada à prestação jurisdicional, que acarrete aumento de despesa, terá de atender àquelas exigências.

IV - Não praticar ato que crie ou aumente despesa corrente sem compensação, seja através de elevação de receita ou da redução de outras despesas, nem imaginar que a terceirização contornará os limites das despesas com pessoal.

V - Não cobiçar o quadro de pessoal do próximo, antes verificando, a cada quatro meses, se a despesa do seu próprio quadro respeita os limites legais de acordo com a escala móvel dos últimos doze meses.

OBS. – A LRF estabelece que, a cada quatro meses, o órgão deve verificar as suas despesas com pessoal dos últimos doze. É uma escala móvel, com o fim de apurar se a despesa se contém nos limites fixados, de acordo com a sua realidade orçamentária, que, por óbvio, será a peculiar de cada qual.

VI - Não temer ordenar ou autorizar despesas, porém fazê-lo por meio de atos expressamente motivados, após a manifestação escrita dos órgãos competentes.

OBS. – A primeira reação que a LRF provoca no gestor é de um quase pânico. Não colocará sua assinatura em nada que implique aumento de despesa, porque responderá por esse aumento, por mais justificável que pudesse ser. O profissional que teme tomar decisões não pode ser gestor. Mais grave ainda no nosso caso. O juiz é profissional da decisão, ninguém pode temer decidir. Em matéria de gestão, diante da LRF, a decisão terá de ser muito bem fundamentada, veiculada por ato motivado, alicerçado em

pareceres que o justifiquem, especialmente se houver aumento de despesa. Os processos administrativos deverão ser bem instruídos, com pareceres, colhendo-se orientação, verificando se tudo está de acordo com os procedimentos estabelecidos.

VII - Não alienar bens e direitos do patrimônio público com o fim de cobrir despesas correntes, salvo se destinadas à Previdência Social.

VIII - Não maldizer os controles interno e externo, pois que também eles têm dúvidas e melhor será reparti-las com quem é legalmente competente para saná-las do que adotar entendimentos isolados.

OBS. – Há uma certa disputa, de muitos anos, entre os órgãos de execução e os órgãos de controle. Percebi isso em algumas ocasiões, quando chamado a ministrar cursos sobre licitações e contratos. Certa feita, num desses cursos, em um Tribunal Superior, em Brasília, perguntei, como de hábito, sobre a formação dos participantes. O coordenador do curso me respondeu com voz irritada: *“Só vão participar aqueles que executam. O pessoal do controle não entrará. O que o senhor disser aqui, que eventualmente mostre que estamos errando, o controle virá em cima da gente. Temos que saber antes deles”*.

É uma visão equivocada. Os órgãos de controle existem para ajudar a Administração a prevenir o erro e a corrigir o que eventualmente passe pelo gestor. Deve haver, pois, integração e harmonia entre os órgãos.

É claro que haverá pontos de discordância técnica ou conceitual. Mas é preciso não esquecer que a Constituição remete aos Tribunais de Contas a competência de controle sobre a gestão pública. Logo, em caso de divergência, que se cumpra a orientação daquele que é o titular constitucional do controle. No mínimo, deslocar-se-á para ele a responsabilidade pelos resultados.

IX - Estimular todos os níveis de servidores participantes da gestão a que estudem, debatam e proponham a adequada aplicação da LRF e de seus instrumentos, posto que a responsabilidade fiscal é solidária.

OBS. – A solidariedade da responsabilidade fiscal deve procurar o seu embasamento expresso, porque, como sabemos, solidariedade não se presume, está na lei ou no contrato. Tal fundamento está na Constituição, art. 74, § 1º: *“Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária”*.

Em matéria de gestão fiscal, a Constituição estabelece que há solidariedade entre os gestores e os controladores. Todos são co-responsáveis pela gestão dos bens, dinheiros e valores públicos.

X - Não desonrar os restos a pagar e os reconhecimentos de dívidas porque, caso se demonstrem ilícitos, poderão levá-lo a arder no inferno do xadrez.

OBS. – A Lei nº 10.028 cunhou figuras penais que se referem ao descumprimento das normas relativas aos restos a pagar e aos reconhecimentos de dívida, que costumavam ser usadas antes desta lei com exagerada flexibilidade. Agora temos disciplina severa para os restos a pagar e os reconhecimentos de dívida, inclusive criminalizando certas condutas.

Meus amigos: espero que, tangido pela brevidade, tenha ilustrado o perfil constitucional da Lei de Responsabilidade Fiscal. Agradeço o convite formulado e espero que tenha atendido ao que de mim esperavam. Muito obrigado. ◆

A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL*

LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO

Professor da EMERJ e da UNESA. Juiz de Direito TJ/RJ

Carl Schmitt, polêmico constitucionalista alemão da primeira metade do século passado, dizia que é em situações de estado de necessidade que a Constituição é convocada para demonstrar sua força normativa. Anos depois, outro constitucionalista alemão, Konrad Hesse, comprovou o acerto da tese de Schmitt e concluiu que “*não é, portanto, em tempos tranquilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força*”¹.

A recente história do nosso país testemunha, por sua vez, a correção desse pensamento. Durante a ditadura militar, a Constituição era *adequada*, a toda a hora, aos ditames da segurança nacional, a cujo preceito todos – inclusive e infelizmente até o Judiciário – tinham de se curvar. Sua normatividade, assim, era condicionada ao poder militar, sem qualquer concessão.

O momento presente, apesar do exercício democrático que o País experimenta, também é um momento em que a força normativa da Constituição tem sido posta à prova. Já no governo Collor de Mello e no atual governo, as leis da economia passaram, perigosamente, a ditar as condutas governamentais e a impor à sociedade verdades absolutas, acondicionadas em fórmulas e equações ininteligíveis para o grande povo, sob a ameaça da hiperinflação, da crise cambial e da crise energética, sucessivamente. E quem se atreve a ir de encontro à diretriz governamental é logo acusado de *não pensar no Brasil*.

* Palestra proferida na EMERJ na qualidade de debatedor do Professor Luís Roberto Barroso, por ocasião do Seminário sobre “Direito Constitucional” realizado no dia 29/06/2001.

¹ A **Força Normativa da Constituição**, 1991, Sérgio Antonio Fabris Editor.

Parte da imprensa segue a mesma trilha de onipotência das circunstâncias econômicas sobre os ditames constitucionais. Agora há pouco, tendo a crise energética como pano de fundo, o cineasta e comentarista político da TV Globo, Arnaldo Jabour, disse, censurando o Judiciário, que os juízes precisam aprender que liminar não faz chover. O governo, que sabe fazer chover medidas provisórias, até hoje não conseguiu fazer chover no sertão nordestino. E o comentarista também só sabe fazer chover nos seus filmes.

No plano estadual, um governo irresponsável descumpre reiteradamente a Constituição e as decisões judiciais, sem a menor cerimônia.

Estamos, portanto, em um tempo em que a força normativa da Constituição de 1988 está realmente sendo posta à prova.

Voltando a Konrad Hesse², o autor explica que a Constituição “*converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral, - particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder, mas a vontade de Constituição*”, que, segundo o próprio, consiste “*na compreensão da necessidade de uma ordem jurídica inquebrantável*”, na “*compreensão que essa ordem é mais do que legitimada pelos fatos*” e que essa “*ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana*”.

Diariamente os Juízes são chamados para extraírem da Constituição toda a sua força normativa. Às vezes o fazem bem, outras vezes o fazem timidamente e outras nem o fazem como deveriam fazer. Cabe a nós Juízes identificarmos quais são as tarefas impostas pela Constituição e executá-las quando essas tarefas esbarrarem nos óbices impostos por uma legislação infraconstitucional, pré ou pós-constitucional, com ela incompatível.

Algumas questões estão sendo postas agora aos Juízes e outras certamente serão submetidas em futuro muito próximo. Podemos destacar três questões incidentemente em vara cível, de família e criminal, respectivamente, para pôr em teste a decantada interpretação constitucional.

1. A PROIBIÇÃO DE CONCESSÃO DE LIMINARES E DE ANTECIPAÇÕES DE TUTELA CONTRA O PODER PÚBLICO

A primeira delas diz respeito à concessão de medidas cautelares e de antecipações de tutela contra o Poder Público. Como todos sabem, as Leis

² *Op. cit.*

8.076/90, 8.437/92 e 9.494/97 restringem sobremaneira a concessão de liminares e de antecipações de tutela contra o Poder Público, em confronto não só com a constitucionalização da tutela de emergência, prevista no artigo 5º, XXXV, da Constituição, mas, também, com o que a doutrina chama de reserva de jurisdição, em que se situaria a tutela de emergência, como desdobramento natural e insofismável do poder jurisdicional.

Vamos detalhar um pouco mais a questão para permitir sua ampla compreensão e a manifestação do conferencista.

Na medida em que a reconstrução democrática passou a permitir que o Poder Judiciário exercesse sua função institucional de dizer o Direito, o Poder Executivo sentiu-se incomodado com sua atuação, especialmente por conta de liminares contra os sucessivos planos econômicos que o País experimentou. Sua reação foi a edição de medidas provisórias que se transformaram em leis, visando a obstaculizar a concessão de medidas liminares ou de antecipações de tutela contra o Poder Público.

A primeira dessas leis foi a Lei nº 8.076/90 que proibiu a concessão de liminares contra o plano econômico elaborado pelo Governo Collor até a então longínqua data de 15/09/92.

A segunda foi a Lei nº 8.437/92 que, entre outras providências, cerceou a concessão de liminar em ação cautelar toda a vez que providência semelhante não puder ser concedida em mandado de segurança (casos de adição de vencimentos ou reclassificação de funcionários públicos). Estabeleceu, ainda, que em mandado de segurança coletivo e em ação civil pública a liminar só pode ser concedida após audiência do Poder Público, que o fará em 72 horas.

Finalmente, a última providência nesse sentido restritivo veio com a Lei nº 9.494/97 que estendeu a sistemática prevista para a medida liminar em ação cautelar para as antecipações de tutela.

Importa aqui separar o joio do trigo. Algumas das providências referidas encontram-se dentro da esfera de possibilidade do legislador ordinário, como aquela que veda liminares ou antecipações de tutela em casos de adição de vencimentos ou de reclassificação de funcionários públicos, situações já previstas na legislação que rege o mandado de segurança e que nunca foi atacada de inconstitucional.

Outra coisa é vedar peremptoriamente a concessão de liminar contra os planos econômicos do governo ou permiti-la somente em data futura, como fez a Lei nº 8.076/90. Há, aí, evidente inconstitucionalidade, pois não

só o direito de ação está constitucionalizado, como o direito à tutela de emergência. Fê-lo o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição:

“XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A Lei nº 8.076/90, inequivocamente, tentou subtrair do conhecimento do Poder Judiciário ameaça a eventual direito, incidindo, assim, em flagrante inconstitucionalidade.

A segunda lei referida – Lei nº 8.437/92 –, em seu artigo 2º, também beira a inconstitucionalidade, quando determina que a liminar só pode ser deferida após a oitiva do Poder Público, nos mandados de segurança coletivos e nas ações civis públicas. Embora em seu teor literal não exista inconstitucionalidade, porque não há supressão da possibilidade de conhecimento por parte do Judiciário, nem proibição de concessão de liminares, uma interpretação extremada e literal pode resultar em inconstitucionalidade. Suponha-se que um município esteja prestes a transferir seu vazadouro de lixo de um lugar para outro, sem observância das cautelas legais, sem relatório de impacto ambiental, sem ouvir a comunidade em audiência pública e sem observar que no novo local há importante veio de água que abastece a cidade. Proposta a ação civil pública, se o juiz interpretar literalmente o artigo 2º da Lei citada, não poderá conceder a liminar antes da oitiva do município, que terá 72 horas para fazê-lo. Nesse meio tempo, o município pode perfeitamente transferir o vazadouro de lixo e contaminar o ambiente de forma irremediável. A concessão de liminar *inaudita altera parte*, no caso, se impõe como única forma de evitar mal maior. O impedimento criado pelo referido artigo 2º afigura-se, em situações de extrema emergência, inconstitucional.

A inconstitucionalidade só existe, frise-se, em caso de extrema emergência. Não sendo extrema, podendo aguardar-se a oitiva do Poder Público e as 72 horas para manifestação, a providência até consulta aos melhores interesses de realização da prestação jurisdicional, para evitarem-se liminares temerárias.

Por fim, sempre que a Lei nº 9.494/97 produzir os mesmos efeitos em antecipações de tutela, a conclusão será a mesma. Ou seja, quando a proibição de concessão de liminar for inconstitucional, também o será a concessão de antecipação de tutela.

A inconstitucionalidade apontada não decorre somente do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição, mas da própria estruturação do Poder Judiciário. A função constitucional do Poder Judiciário é essa mesma, de dizer o Direito, de evitar a restrição indevida de situações legais de vantagem. Fazê-lo após a concretização do dano, sem possibilidade de evitá-lo é não fazer justiça. E o fim do Judiciário é justamente realizar a justiça. Fracassando em sua finalidade, perde o Judiciário sua razão de ser e, com isso, compromete-se a sua estrutura constitucional.

A tutela de emergência está dentro das atribuições funcionais do Poder Judiciário sem possibilidade de restrição.

José Joaquim Gomes Canotilho³, ao estudar a função jurisdicional, assim se posicionou:

“A independência aponta também, e de uma forma decisiva, para a exigência da separação e exclusividade da função de julgar por parte dos juízes. Não basta, porém, ao contrário do que muitas vezes se julga, um poder judicial separado de outros poderes. A independência judicial postula o reconhecimento de uma reserva de jurisdição entendida como reserva de um conteúdo material funcional típico da função jurisdicional. Esta reserva de jurisdição actua simultaneamente como limite de actos legislativos e de decisões administrativas, tornando-os inconstitucionais quando tenham um conteúdo materialmente jurisdicional”.

Há inegável conteúdo jurisdicional em legislação que veda a concessão de liminares e de antecipações de tutela.

Portanto, a Lei nº 8.076/90 é toda inconstitucional. O artigo 2º da Lei nº 8.437/92 e a Lei nº 9.494/97, quando de suas interpretações resulte a impossibilidade de concretização da tutela de emergência, também se tornam inconstitucionais.

2. A PROPOSITURA DE NOVA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE COM BASE EM EXAME DE DNA E A COISA JULGADA

A evolução tecnológica do final do século XX tem lançado os juristas em verdadeiro estado de perplexidade, tal as potenciais transformações operadas na sociedade.

³ **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 580, 1998, Livraria Almedina.

O desenvolvimento da genética permitiu a identificação do DNA e, por meio dele, tornou quase certa a paternidade. Se antes uma ação de investigação de paternidade dependia de meios probatórios imprecisos, como a prova testemunhal, a documental, a pericial hematológica e a de traços fisionômicos, agora o exame de pareamento cromossômico é prova quase definitiva e segura da paternidade.

Por causa desta nova realidade tecnológica, passou-se a indagar se seria possível reabrir discussão sobre a paternidade, encerrada pela eficácia preclusiva da coisa julgada.

Sabe-se que a coisa julgada é uma qualidade da sentença de mérito, quando dela não couberem mais recursos, e que torna imutável e indiscutível a sentença. A única possibilidade de reabrir a causa é a da ação rescisória, submetida, porém, ao prazo decadencial de dois anos após o trânsito em julgado.

Pois bem, superado o prazo de dois anos, é ainda possível intentar-se a ação rescisória ou propor-se nova ação de investigação de paternidade, com base na prova pericial de pareamento cromossômico, antes indisponível, ao tempo em que fora julgada a ação?

Para responder à grave questão antes é preciso recorrer ao texto constitucional, para dele extrair as principais regras constitucionais acerca do assunto.

A Constituição de 1988 foi extremamente ciosa de sua responsabilidade em enquadrar a família sob um novo enfoque, mais humano e menos discriminatório. O artigo 226 da Carta inaugura o capítulo da Família com uma portentosa afirmação de que *a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*. Está, portanto, prometida uma especial proteção, um algo a mais, um tratamento diferenciado e nobre à família.

Ora, segundo a longínqua tradição de nossa civilização, a família funda-se primordialmente no vínculo biológico. É certo que outros vínculos também remotos inauguram a família, como o civil, pelo casamento e pela adoção, e, mais recentemente, a união estável, consagrada pela Constituição. Mas, inegavelmente, o biológico tem, na sociedade atual, um valor muito mais arraigado e forte, embora sob tratamento jurídico igualitário.

Ultimamente, tem se pregado, com boa dose de razão e segura argumentação, que o vínculo sócio-afetivo também merece ser alocado entre os fundadores da família. Há alguns textos jurídicos extremamente consistentes sobre o assunto que levam a concluir pela absoluta procedência da tese, mas que não convém aqui citar para não fugir ao assunto principal.

De qualquer modo, a família, qualquer que seja sua origem, é merecedora de tutela constitucional.

Prosseguindo no exame da Constituição, depara-se com o artigo 227, parágrafo 6º, que assegura um direito ao estatuto familiar, ou, para dizer com José Afonso da Silva⁴, um direito de filiação:

“O art. 227, p. 6º, contém importante norma relativa ao direito de filiação, reconhecendo igualdade de direitos e qualificações, aos filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, proibidas quaisquer designações discriminatórias a ela relativas”.

Alude o Professor a um direito constitucional à igualdade de *qualificação* entre filhos adotivos e biológicos, e, para estes, independentemente de terem sido havidos sob o manto matrimonial. O que quer o texto constitucional é preservar o estatuto familiar acima de qualquer coisa, de qualquer tratamento, de qualquer designação, enfim, de qualquer discriminação.

O que está por trás do dispositivo, entre outras coisas, é a promulgação de um verdadeiro direito ao estatuto biológico. O vínculo biológico é preexistente até ao nascimento, é inerente ao ser humano, é inalienável, é perpétuo, quer a lei e a sentença o queiram ou não. Integra a dignidade do ser humano, que é um outro princípio agasalhado duplamente pela Constituição, no artigo 1º, III, e no artigo 227, este especificamente dirigido à criança e ao adolescente.

Tamanha a importância das ações de estado que a doutrina sempre lhes reconheceu a condição de ação perpétua, não submetida a qualquer prazo prescricional ou decadencial. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 149 estatuinto que *“é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”.*

Recolhendo as lições da doutrina e a interpretação do Supremo, ampliando-a até, a Lei nº 8.069/90, estabeleceu a perpetuidade das ações de estado:

“Art. 27 – O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser

⁴ Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 710, 1988, Ed. Revista dos Tribunais.

exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

Nesse aspecto, há verdadeira comunhão de entendimentos da doutrina, já há muito elaborada, e da lei relativamente recente. Uma e outra encontram apoio incondicional da Constituição, quanto à proteção da família e ao direito ao estatuto biológico.

Como compatibilizar tudo isso com o instituto da coisa julgada, tão importante para a segurança jurídica, tão antigo, tão fundamental para o direito processual e, ao mesmo tempo, tão hermético ao progresso tecnológico?

O ideal seria que a própria legislação ordinária previsse a possibilidade de ação rescisória nas ações de investigação de paternidade independentemente de prazo decadencial, em homenagem ao sobrevalor que a Constituição confere à família e ao direito ao estatuto biológico, sempre que prova nova surgisse para atestar a paternidade. A redação de um tal dispositivo poderia ser bastante similar à do inciso VII do artigo 485 do Código de Processo Civil.

Não havendo tal previsão legal, resta, tão somente, uma árdua tarefa de interpretação. O mesmo inciso VII do artigo 485 poderia fornecer a porta de acesso à uma rescisória. Vejamos como está redigido o inciso:

“Art. 485 – A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

...

VII – depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável”.

Poderia a prova pericial ser considerada documento? No regime do Código de Processo Civil, documento não se confunde com prova pericial. A prova pericial consiste, segundo o mesmo Código, em exame, vistoria ou avaliação a ser procedida por alguém que reúna conhecimento técnico específico sobre determinada área do saber. Já o documento tem sido considerado qualquer representação do fato que se quer provar ou que contenha uma declaração de vontade. Nesse rol incluem-se qualquer escrito, público ou particular, bem como qualquer reprodução mecânica, como a fotográfí-

ca, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie (artigo 383 do Código de Processo Civil).

Francesco Carnelutti⁵ definia documento como “*una cosa rappresentativa, o sea capaz de representar um hecho*”.

Assim, prova pericial não é documento.

Por outro aspecto, o inciso também não poderia ser utilizado porque, mesmo que se tratasse a prova pericial de documento, não seria *novo*, como exige o dispositivo referido. A propósito, consulte-se Barbosa Moreira⁶:

“Por documento novo não se deve entender aqui o constituído posteriormente. O adjetivo novo expressa o fato de só agora ser ele utilizado, não a ocasião em que veio a formar-se. Ao contrário: em princípio, para admitir-se a rescisória, é preciso que o documento já existisse ao tempo do processo em que se proferiu a sentença. Documento ‘cuja existência’ a parte ignorava é, obviamente, documento que existia; documento de que ela ‘não pôde fazer uso’ é, também, documento que, noutras circunstâncias, poderia ter sido utilizado, e portanto existia”.

Em princípio, portanto, a ação rescisória não poderia ser utilizada. Não é que não devesse ser usada, mas reconhece-se a dificuldade de sua utilização no estágio atual da doutrina e da jurisprudência. E, realmente, a sua utilização não resolveria mesmo o problema em sua integralidade, porque limitada ao prazo decadencial de dois anos. Extrapolado o prazo, o problema se poria novamente, sem solução.

A resolução da questão passa, necessariamente, pelo reconhecimento da relatividade da legislação, que só é capaz de regular certas relações jurídicas que estão ao seu alcance de percepção e que só pode relacionar-se com coisas que conhece e que têm condição de compreender. A lei não pode regular tudo o que está além de seu alcance, além da vista do legislador, embora se proponha a ser o mais duradoura possível.

Responder à pergunta proposta demanda também certa dose de humildade dos juristas, que não podem se encerrar em uma redoma jurídica,

⁵ **La Prueba Civil**, p. 156, 1992, Ediciones Depalma.

⁶ **Comentários ao Código de Processo Civil**, volume V, p. 135/136, 1993, Ed. Forense.

alheando-se ao grande mundo que está aí fora, mundo de dinamismo, de avanços e progressos tecnológicos insuspeitados.

As restrições que a legislação infraconstitucional oferece à possibilidade de propositura de nova ação de investigação de paternidade com base em exame pericial de DNA só podem ser interpretadas de modo restritivo e relativo, referidas que estão a uma determinada época, a um estágio da sociedade, a uma etapa evolucionista da ciência. Superada a época, o estágio e a etapa para a qual foram construídas, as restrições perdem inteiramente sua razão de ser. A legislação infraconstitucional perde o seu proveito restritivo e deve ceder lugar aos princípios maiores do ordenamento jurídico.

Entre estes princípios reitores estão o que preconiza a proteção especial da família e o direito ao estatuto biológico (direito à filiação).

Forçoso admitir que não podem a lei, o Direito e a sentença alterar o estatuto biológico de alguém. Não podem alterar a genética porque nada podem contra as leis da natureza, que são leis que antecedem o próprio homem e suas regras sociais. A lei, o Direito e a sentença judicial prestam-se a resolver conflitos sociais despontados em determinado meio social e em determinada época. Não se prestam a alterar o inalterável, o que está, no momento atual, fora dos domínios do homem. Nem é seu propósito fazê-lo. É certo que a ciência está prestes a alterar mesmo as leis da natureza, procedendo à clonagem de seres humanos, à mutação genética, à reprodução assistida etc. Mas essas são tarefas da ciência biológica, que ao Direito cabe somente reconhecer. Não é de sua essência – nem sua finalidade – alterar as leis da natureza.

Por isso, é que a conclusão deve encaminhar-se para a admissão de nova ação de investigação de paternidade, tão somente para apreciação da prova pericial de pareamento cromossômico que não podia ser realizada à época da anterior ação de investigação de paternidade. A presidir a conclusão estão os princípios constitucionais acima referidos: a proteção especial da família e o direito ao estatuto biológico (direito à filiação).

O Ministro José Augusto Delgado⁷ chega à mesma conclusão, embora por fundamento diferente. Sustentou que a sentença injusta fere o princípio da moralidade pública e, assim, não pode prevalecer. Especificamente sobre o assunto examinado, diz o Ministro:

⁷ “Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais”, in **Justiça & Cidadania**, Ano III, nº 14, Abril/2000, p. 16/20.

“A sentença não pode expressar comando acima das regras postas na constituição, nem violentar os caminhos da natureza, por exemplo, determinando que alguém seja filho de outrem, quando a ciência demonstra que não o é. Será que a sentença, mesmo transitada em julgado, tem valor maior que a regra científica? É dado ao juiz esse poder absoluto de contrariar a própria ciência? A resposta, com certeza, é de cunho negativo. A sentença trântisa em julgado, em época alguma, pode, por exemplo, ser considerada definitiva e produtora de efeitos concretos, quando determinar, com base exclusivamente em provas testemunhais e documentais, que alguém é filho de determinada pessoa e, posteriormente, exame de DNA comprove o contrário.

...

A sentença não pode modificar laços familiares que foram fixados pela natureza.

No exemplo referido, há que ser considerada a fragilidade das provas testemunhais e documentais em confronto com a certeza da prova pericial representada pelo DNA, em razão da credibilidade que lhe dá a ciência”.

A solução ora proposta não está livre de problemas. Se ela se propõe a proteger a família e o direito de filiação, o mesmo raciocínio pode ser invocado para destruir famílias e o estado de filiação, bastando que o exame de DNA prove justamente o contrário: que alguém não é pai do filho que registrou. Cessam aí, de uma só vez, os vínculos da família e sanguíneo. Mas há que se considerar que também aí estar-se-á a proteger a família e o direito ao estatuto biológico. Por acaso o suposto pai não tem um direito ao reconhecimento de que determinado filho não é seu? Não tem direito ao reconhecimento de que não há vínculo biológico entre ele e o suposto filho? É indubitável que tem. E quanto ao argumento de que a interpretação sugerida serviria para destruir famílias, é preciso dizer que quando o suposto pai pretender realizar o exame pericial de DNA é sinal de que família já não há: ela já teria sido desfeita pela ausência completa de afetividade. A permanência do reconhecimento jurídico da família, nesse caso, seria, também, um tratamento jurídico inteiramente artificial, criado pelo Direito, mas inexistente na essência.

Outro problema se coloca. A abertura da via para a desconstituição de uma sentença de mérito diante de avanços tecnológicos pode ser perigo-

sa e gerar instabilidade jurídica. Suponha-se que nova ação de indenização por danos causados por desabamento de prédios seja proposta com base em prova pericial agora irrefutável e que à época da anterior ação não podia ser realizada. Idem com relação a acidentes de trânsito. E assim sucessivamente. Realmente o risco existe e para obviá-lo só resta recorrer à interpretação constitucional. Sempre que um valor constitucional impuser, de modo inelutável, a necessidade de desconstituir-se a sentença trânsita em julgado, só cabe ao intérprete declará-lo. Mas é preciso admitir que os exemplos acima, que tratam de indenizações, dificilmente encontrariam guarida em princípios constitucionais ao ponto de destituir-se a segurança jurídica decorrente da coisa julgada para permitir a reabertura da discussão.

Para sepultar os inegáveis problemas que podem advir da solução ora preconizada só mesmo a legislação estabelecer que as sentenças proferidas em ações de estado não fazem coisa julgada material quando o avanço tecnológico permitir a realização de prova pericial não utilizada à época porque indisponível.

Enquanto isso não ocorrer, o recurso à interpretação sob a ótica da Constituição deve permitir a propositura da nova ação de investigação de paternidade exclusivamente para conhecimento de prova pericial de pareamento cromossômico.

Não se pode deixar à deriva importantes princípios constitucionais – proteção à família e direito ao estatuto biológico – por inviabilidade originada de lei infraconstitucional a qual não era permitido conhecer o futuro.

3. CRIME HEDIONDO E POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA COM OU SEM FIANÇA

Várias são as situações em que a simples propositura da demanda penal e seu recebimento provocam restrições de direitos do réu. Os exemplos mais expressivos são o recebimento da denúncia por crime hediondo e por crime inafiançável. No primeiro caso, fica vedada a concessão de fiança e de liberdade provisória e, no segundo caso, a concessão de liberdade provisória mediante fiança.

Há, ainda, um grupo de situações em que, até sem denúncia, mas tão só com a capitulação atribuída pela autoridade policial, direitos do indiciado são restringidos: a capitulação por crime que admita a prisão temporária e a capitulação por crime que permita a interceptação de correspondência telefônica.

De todas as situações mencionadas, examinemos somente a situação de denúncia por crime hediondo. É preciso enfrentar, primeiramente, a questão se a qualificação do crime como hediondo evitaria a revogação da preventiva ou a concessão da liberdade provisória. A prisão preventiva, como espécie de prisão cautelar, só encontra fundamentação constitucional nos pressupostos da cautelaridade: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Carecendo de um deles, a medida deixa de ser cautelar e, desse modo, torna-se ilegítima. Portanto, os pressupostos para a decretação da preventiva devem ser examinados antes do exame da qualificação do crime como hediondo. Não havendo tais pressupostos, rui por terra o decreto de prisão, independentemente de o crime ser qualificado como hediondo.

Do mesmo modo, a circunstância de tratar-se de crime hediondo não pode servir, de modo absoluto, de impedimento à liberdade provisória. Isso porque os dispositivos constitucionais que garantem a liberdade como direito fundamental, de um lado, e o que prevê a inafiançabilidade dos crimes hediondos e a vedação legal à liberdade provisória, de outro, precisam ser harmonizados. Um não pode ser interpretado alheio ao outro. O direito à liberdade não é absoluto, do mesmo modo que a proibição da liberdade não o pode ser. O único critério democrático e seguro para harmonizar os dispositivos e conciliar os direitos individuais com os direitos da sociedade em proteger-se é o do exame da *necessidade* e da *conveniência* da prisão.

A lei dos crimes hediondos cria a presunção de que essa necessidade e conveniência existem em razão da gravidade da infração. Mas a presunção não pode ser absoluta e deve admitir prova contrária, a cargo do réu. Inverte-se, assim, o ônus da prova: a liberdade passa a ser exceção e a prisão, a regra.

Por outro lado, manter a prisão tão-somente porque a lei impede a liberdade provisória, sem qualquer necessidade de fundamentá-la em fatos concretos, é violar o princípio constitucional do devido processo legal, não em sua dição abstrata, mas em sua aplicação concreta que ordena que qualquer constrição de direitos só pode ocorrer se for justificada, legítima e devidamente fundamentada.

Negar tal raciocínio equivale a recusar ao Poder Judiciário o poder-dever de prestar jurisdição e de aplicar o Direito ao caso concreto, em um processo dialético presidido pelo ideal de Justiça.

Ademais, aprofundando o debate e ampliando a margem de discussão, não se pode olvidar que a Constituição assegura às partes isonomia

processual, não só garantindo iguais instrumentos para a perseguição da tutela jurisdicional almejada, como impedindo que uma das partes submeta inteiramente a outra, de modo a acarretar a esta a perda de direitos constitucionalmente assegurados. Em outros termos, não se pode conferir ao Ministério Público o poder absoluto de, ao capitular a infração penal por ocasião da denúncia, suprimir ou restringir direitos constitucionalmente assegurados, sem que se possa permitir ao Juiz, em cognição provisória e sem adentrar o mérito, restabelecer tais direitos quando parecer justificável fazê-lo, mesmo já tendo recebido a denúncia. Tornando ainda mais clara a afirmação: a capitulação dada na denúncia, devidamente recebida, enquadrando um crime como hediondo, é apenas uma pretensão, uma situação jurídica, que para se configurar necessita da sentença condenatória. Por ser uma pretensão, provisória e abstrata, a denúncia e seu recebimento, por si só, não podem impedir a concessão da liberdade e a revogação da preventiva.

Aliás, a denúncia nada mais é do que o exercício do direito público, abstrato e genérico de invocar a tutela jurisdicional do Estado. Seu exercício não pode provocar automaticamente a vedação da liberdade provisória. Algo mais há que existir. Nesse sentido, o Código de Processo Penal, no artigo 383, exige, como não poderia deixar de ser, a cognição judicial sobre a definição jurídica do fato descrito na denúncia, permitindo ao Juiz modificá-la, ainda que com isso aplique pena mais grave. O artigo 384 do Código, igualmente, permite a cognição judicial para ajustar o fato narrado na denúncia à prova dos autos.

Mais uma vez, não se diga que o recebimento da denúncia torna preclusa a discussão em momento anterior ao da sentença de mérito e, assim, legitima aquela classificação legal e a restrição de direitos constitucionais. Não. Tanto quanto a denúncia, o despacho liminar de conteúdo positivo que a segue é igualmente abstrato, superficial, sem exame do mérito, limitando-se o Magistrado a verificar se estão presentes as condições da ação e os pressupostos processuais.

Entretanto, quando a denúncia, devidamente recebida, acarreta a restrição de direitos, é dever permanente do Juiz analisar mais profundamente a capitulação provisória da peça inicial e, se for o caso, afastar a restrição em cognição igualmente provisória e apenas na medida necessária para restabelecer o equilíbrio das partes no processo e o regular exercício de direitos constitucionais.

Isso é possível porque vigora, quanto à jurisdição, o princípio do *jura novit curia*, pelo qual a demanda deve conter tão só o pedido e a causa de pedir, dispensada a parte de dar a qualificação jurídica do fato. Tanto é assim que o Juiz pode dar qualificação jurídica diversa da constante da denúncia, ainda que isso possa acarretar pena mais severa, segundo a dição do artigo 383 do Código de Processo Penal.

Analisando o princípio *jura novit curia* à luz do direito argentino, e especificamente, quanto à cessação antecipada de prisão preventiva por superveniente denúncia com qualificação jurídica que impeça a sua decretação, Clariá Olmedo⁸ concluiu que, mesmo com a capitulação impeditiva de prisão preventiva, a prisão poderia ser decretada ou mantida:

“Otro supuesto de cese anticipado se presenta cuando la causa es elevada a juicio por un delito que no permita la prisión preventiva, al modificarse por la acusación la calificación legal contenida en el procesamiento. Aquí el problema presenta serias dudas, sin embargo, si se tiene en cuenta que para el tribunal de juicio rige el iura curia novit. Pensamos que si bien no podría negarse la excarcelación, ante este supuesto debe mantenerse la medida ordenada”.

Se a qualificação jurídica de um fato criminoso compete primordialmente ao Juiz, com maior razão, quando essa qualificação importa em restrição à liberdade, é função indelegável do Juiz avaliar a correspondência entre a qualificação jurídica e a restrição por ela provocada. A esse respeito vige não só a reserva de jurisdição, mas, especificamente, a reserva de juiz, tão bem explicada por Canotilho⁹:

“A ideia de reserva de jurisdição implica a reserva de juiz (Richtervorbehalt) relativamente a determinados assuntos. Em sentido rigoroso, reserva de juiz significa que em determinadas matérias cabe ao juiz não apenas a última mas também a primeira palavra. É o que se passa, desde logo, no domínio tradicional das penas restritivas da liberdade e das penas de natureza criminal na sua globalidade. Os tribunais são os ‘guardiões da liberdade’

⁸ *Derecho Procesal Penal*, v. II, p. 452, Marcos Lerner Editora

⁹ *Op. cit.*, p. 580.

*e daí a consagração do princípio **nulla poena sine iudicio** (CRP, artigo 32º/2).*

Não há dúvida que, não só no exemplo referido pelo notável constitucionalista, da pena criminal, mas toda outra atividade estatal que importe em cerceamento de liberdade ambulatorial é reservada ao Judiciário, que necessariamente terá a primeira e a última palavra.

Seja por que fundamento for, o Superior Tribunal de Justiça já demonstra segura tendência para admitir a liberdade, mesmo contra texto expreso da lei, mas bem interpretando a Constituição.

A qualificação como hediondo não obriga, por si só, a permanência da prisão. Aí está a interpretação constitucional. A presunção de inafiançabilidade e de impedimento à liberdade criada pela Constituição e pela Lei dos crimes hediondos só tem justificação se encontrar apoio na razoabilidade, na necessidade e na conveniência, remontando, em última instância, aos pressupostos de cautelaridade: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Tais pressupostos estão simplesmente presumidos pela gravidade da infração, mas admitem prova em contrário, do mesmo modo que a capitulação dada na denúncia, mesmo recebida, comporta permanente cognição judicial, antecipada e superficial embora, especificamente para o exame da conveniência e necessidade da imposição de restrições a direitos constitucionais.

4. CONCLUSÃO

Finalizando, Wilhelm Humboldt¹⁰ disse, em outro contexto: “*As Constituições não podem ser impostas aos homens tal como se enxertam rebentos em árvores. Se o tempo e a natureza não atuaram previamente, é como se se pretendesse coser pétalas com linhas. O primeiro sol do meio-dia haveria de chamuscá-las*”.

Ora, se a Constituição precisa do tempo para originar-se, precisará de mais tempo ainda e de muito trabalho de interpretação para desenvolver-se plenamente. De nada vale uma bela Constituição sem tempo e sem trabalho de interpretação do mesmo modo que de nada valem as pétalas cerzidas pelas mãos sábias da natureza, se não tivermos olhos para enxergá-las, olfato para sentir-lhes o perfume e sensibilidade para compreendê-las. ◆

¹⁰ *Apud* Konrad Hesse, *ob.cit.*

INTERPRETAÇÃO REALISTA DA ALIENAÇÃO DE CONTROLE DE COMPANHIA ABERTA*

JORGE LOBO

Livre Docente em Direito Comercial pela UERJ e Advogado

“Não existe conhecimento sem crítica racional, crítica ao serviço da busca da verdade”¹

Karl Popper

I. O ART. 254 DA LEI DAS S.A.

A - A CDE-14, DE 1974, E O II PND

A Exposição de Motivos do Conselho de Desenvolvimento Econômico nº 14, de 25.06.1974, elaborada pelos Ministros da Fazenda, Mário Henrique Simonsen, e do Planejamento, João Paulo dos Reis Velloso, exortou o legislador, ao debruçar-se sobre a reforma do DL. nº 2.627, de 1940, a criar *“mecanismos que impeçam que cada ação do majoritário possua um valor potencial muito superior ao de cada ação do minoritário”*, e o II Plano Nacional de Desenvolvimento, concebido pelo Governo Geisel², ao tratar da revisão da Lei das S.A., proclamou que deveria se *“evitar que cada ação dos majoritários possua valor de mercado superior a cada ação do minoritário”*, diretrizes que refletiam *“a preocupação governamental de proteger os minoritários em face dos controladores.”³*

* Tema da palestra proferida na Escola da Magistratura de São Paulo, por ocasião do Simpósio “A Reforma da Lei das Sociedades Anônimas”, realizado em 20.10.2000.

¹ “Conhecimento e formação da realidade”, in **A busca de um mundo melhor**, Ed. Fragmentos, 3ª ed., p. 33.

² Lei nº 6.151, de 04.12.1974

³ Modesto Carvalhosa, **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**, SP, Saraiva, 1998, v. 4., tomo II, p. 142.

B - O ANTEPROJETO E O PROJETO DE LEI DAS S.A.

O Anteprojeto de Lei das S.A., de autoria de Alfredo Lamy Filho e J. L. Bulhões Pedreira, e o Projeto de Lei das S.A., do Poder Executivo, todavia, ignoraram a CDE-14, de 1974, e o II PND, já que, segundo a Exposição de Motivos do Projeto de Lei das S.A., “*garantir às ações dos minoritários valor econômico igual ao bloco de controle, seria incoerente, porque aos controladores a lei atribuiu deveres e criou responsabilidades.*”⁴

C - O ART. 254 APÓS A “EMENDA LEHMANN”

Após acirrados debates na Câmara dos Deputados em torno do art. 254 do Projeto, as Emendas nºs 201, 202 e 232, dos Deputados Alberto Hoffman, Herbert Levy e Cunha Bueno, que propugnavam a paridade, foram rejeitadas⁵, havendo, entretanto, o Senado, através de proposta do Senador Otto Lehmann, alterado a redação do artigo 254⁶, para cometer à CVM o dever de zelar para que fosse “*assegurado tratamento igualitário aos acionistas minoritários*” na hipótese de alienação de controle de companhia aberta.

D - A RESOLUÇÃO Nº 401, DE 1976, DO CMN

A Resolução nº 401, de 22.12.1976, do Conselho Monetário Nacional, ao cuidar da matéria, obrigou o adquirente, nas operações de alienação de controle, de companhia aberta, a fazer oferta pública de compra das ações com direito de voto dos demais acionistas da companhia, para garantir “*tratamento igualitário ao do acionista controlador*”⁷.

⁴ Exposição de Motivos do Projeto de Lei das S.A. — Mensagem nº 204, letra “D”.

⁵ Sobre o tema, leia-se a excelente síntese do Prof. Modesto Carvalhosa, ob., v. e tomo cit., p. 143 e segs.

⁶ Redação do art. 254 após a “Emenda Lehmann”: “Art. 254: *A alienação do controle da companhia aberta dependerá de prévia autorização da Comissão de Valores Mobiliários. § 1º - A Comissão de Valores Mobiliários deve zelar para que seja assegurado tratamento igualitário aos acionistas minoritários, mediante simultânea oferta pública para aquisição de ações; § 2º - Se o número de ações ofertadas, incluindo as dos controladores ou majoritários, ultrapassar o máximo previsto na oferta, será obrigatório o rateio, na forma prevista no instrumento da oferta pública; § 3º - Compete ao Conselho Monetário Nacional estabelecer normas a serem observadas na oferta pública relativa à alienação de controle de companhia aberta*”.

⁷ Redação da Res. CMN nº 401/76: “I - *A alienação do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer, nos termos desta Resolução, oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar tratamento igualitário ao do acionista controlador*”.

E - A REVOGAÇÃO DO ART. 254 DA LEI DAS S.A. PELA LEI Nº 9.457, DE 1997

Em 1997, a Lei nº 9.457, em seu art. 6º, revogou o art. 254, tendo o autor do Projeto de Reforma, Dep. Antonio Kandir, justificado a supressão da oferta pública aos minoritários nestes termos: “*Dessa maneira, a obrigatoriedade da oferta pública produz o pior dos mundos. Ao mesmo tempo inibe e dificulta processos de alienação de controle necessários ao saneamento de empresas e produz situação desfavorável aos minoritários, uma vez que o não-saneamento de uma empresa resulta em queda do valor de suas ações, no que se prejudicam, mais que todos, os acionistas minoritários.*”⁸

F - A “RECONSTITUIÇÃO, COM ALTERAÇÕES”, DO ART. 254 PELO SUBSTITUTIVO, DE AUTORIA DO DEP. EMERSON KAPAZ, AO PROJETO DE REFORMA DA LEI DAS S.A.

Em 1999, na Comissão de Economia, Indústria e Comércio da Câmara dos Deputados, o Dep. Emerson Kapaz, após examinar os Projetos de Lei nºs. 3.115 e 3.519, de 1997, e 1.000, de 1999, sobre a Reforma da Lei das S.A., propôs a “*reconstituição, com alterações*”, do art. 254, numerado 254-A, por considerar o dispositivo essencial para proteger os acionistas minoritários, os quais, em regra, destacou o Parlamentar, são abandonados à sua própria sorte nos processos de alienação de controle, esclarecendo caber à CVM, no exercício do poder de defender a escorreita aplicação da lei, fiscalizar e exigir que a oferta pública se estenda aos minoritários nas mesmas condições oferecidas ao bloco de controle.

G – O SUBSTITUTIVO DO DEP. ANTONIO KANDIR

Em 6 de junho de 2000, o Dep. Antonio Kandir, Relator da matéria na Comissão de Finanças e Tributação, em seu Substitutivo, sugeriu que o 254-A tivesse a seguinte redação: “*Art. 254-A: A alienação do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutive, de que o adquirente se obrigue a fazer a oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar tratamento igualitário ao do acionista controlador. §1º - A Comissão*

⁸ *Apud* Modesto Carvalhosa, ob., v. e tomo cit., p. 148.

de Valores Mobiliários autorizará a alienação de controle de que trata o ‘caput’, desde que verificado que as condições da oferta pública atendem aos requisitos legais; §2º - Se o número de ações ofertadas, incluindo as dos controladores ou majoritários, ultrapassar o máximo previsto na oferta, será obrigatório o rateio, na forma prevista no instrumento da oferta pública; §3º - Compete à Comissão de Valores Mobiliários estabelecer normas a serem observadas na oferta pública de que trata o ‘caput’. §4º - As companhias poderão conceder aos seus acionistas sem direito de voto o direito previsto neste artigo em igualdade ou não com as ações com direito a voto, devendo regular no estatuto com precisão e minúcia as condições do exercício deste direito. A posterior modificação do estatuto neste caso obedecerá o disposto no §1º do art. 136.”

H - REDAÇÃO FINAL DO ART. 254-A

Após votada na Câmara dos Deputados, a Subemenda Substitutiva às Emendas de Plenário e ao Primeiro Substitutivo ao Projeto de Lei nº 3.115, de 1997, o artigo 254-A passou a ter a seguinte redação: “Art. 254-A. *A alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutive, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle. § 1º Entende-se como alienação de controle a transferência, de forma direta ou indireta, de ações integrantes do bloco de controle, de ações vinculadas a acordos de acionistas e de valores mobiliários conversíveis em ações com direito a voto, cessão de direitos de subscrição de ações e de outros títulos ou direitos relativos a valores mobiliários conversíveis em ações que venham a resultar na alienação de controle acionário da sociedade. § 2º A Comissão de Valores Mobiliários autorizará a alienação de controle de que trata o ‘caput’, desde que verificado que as condições da oferta pública atendem aos requisitos legais. §3º Compete à Comissão de Valores Mobiliários estabelecer normas a serem observadas na oferta pública de que trata o ‘caput’. §4º O adquirente do controle acionário de companhia aberta poderá oferecer aos acionistas minoritários a opção de perma-*

necer na companhia, mediante o pagamento de um prêmio equivalente à diferença entre o valor de mercado das ações e o valor pago por ação integrante do bloco de controle. §5º As companhias poderão conceder aos seus acionistas sem direito de voto o direito previsto neste artigo em igualdade ou não com as ações com direito a voto, devendo regular no estatuto com precisão e minúcia as condições do exercício deste direito. A posterior modificação do estatuto neste caso obedecerá o disposto no §1º do art. 136.”

II. A POLÊMICA ALIENAÇÃO DE CONTROLE DE COMPANHIA ABERTA

A - A CONTROVÉRSIA NA DOUTRINA NACIONAL

Ao ser publicado o Anteprojeto de Lei das S.A., Modesto Carvalhosa insurgiu-se, com indignação, e sustentou, com veemência, que o texto em questão deveria *“propor medidas concretas de equidade entre acionistas controladores e não-controladores quando da venda das ações de controle da sociedade”*⁹, na linha preconizada pela Exposição de Motivos CDE nº 14, de 1974, e pelo II PND, advertindo que *“não existe precedente, em qualquer país, de um anteprojeto que, no seu preâmbulo, declare taxativamente que os acionistas controladores têm o direito de embolsar o premium na venda do controle da companhia, não assistindo aos demais acionistas, que ao longo da vida da sociedade contribuíram para o seu capital, qualquer direito nessa transação.”*¹⁰

(a) O ágio pertence exclusivamente aos acionistas controladores

Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, ao discorrerem sobre o tema, ponderaram: (1º) *“...toda economia de mercado atribui valor econômico ao controle da companhia, independentemente do valor unitário das ações, que o asseguram”*; (2º) *“...o valor das ações resulta do direito, que confere, de participação nos lucros e no acervo líquido da companhia, enquanto que o controle decorre do poder de determinar e definir suas políticas”*; (3º) *“... o Anteprojeto reconhece a realidade do poder do acionista controlador para atribuir-lhe respon-*

⁹ *A nova lei das sociedades anônimas. Seu modelo econômico*, RJ, Editora Paz e Terra, 1976, p. 119.

¹⁰ Ob. cit., p. 120.

sabilidades próprias, de que não participam os acionistas minoritários”, e, (4º) “... seria, pois, incoerente se pretendesse, para efeitos de transferência desse poder, negar a sua existência e proibir o mercado de lhe atribuir valor econômico”.¹¹

Fábio Konder Comparato¹², após admitir que, na cessão onerosa das ações do bloco de controle, a tendência dos países desenvolvidos é garantir aos acionistas de igual categoria tratamento equitativo, (1º) atacou a idéia de que o ágio decorrente do poder de controle societário pertence a todos os acionistas; (2º) questionou as causas que permitiriam aos minoritários “pretender essa igualdade de status com os titulares do controle, se àqueles não se atribuem, em estrita lógica, os mesmos deveres e responsabilidades inerentes ao exercício do poder de comando na empresa”¹³, e, (3º) para neutralizar os malefícios que poderiam atingir os não controladores, sugeriu duas medidas: assegurar-lhes o direito de recesso pelo valor contábil de suas ações e a criação de normas para reprimir o *insider trading* praticado por diretores ou controladores da companhia e pessoas a eles ligadas¹⁴.

Luiz Leonardo Cantidiano defendeu a concepção de que, “se a alienação implicar apenas novos administradores, não sofreriam, em tese, quaisquer minoritários, algum tipo de prejuízo, descabendo, portanto, a extensão da oferta pública a qualquer deles, ordinários ou preferenciais. Mas, na hipótese de o novo controlador visar à extinção da companhia, aí, sim, a oferta deveria ser estendida para todos os minoritários, pois todos eles estariam em situação na qual poderiam sofrer prejuízos.”¹⁵

Roberta Nioac Prado afirmou que o prêmio de controle cabe apenas aos controladores, pois, “significando a alienação uma simples mudança

¹¹ **Fundamentos da Reforma das S/A**, AEDE- SBERJ, RJ, 1976, 1ª ed., p. 22-23, *apud* Mauro Rodrigues Penteadou, “Apontamentos sobre a alienação do controle de companhias abertas”, **RDM**, ano XXVIII, 1989, v. 76, p. 17.

¹² “O Poder de Controle na Sociedade Anônima”, SP, **RT**, 1976, p. 253-258.

¹³ Ob. cit., p. 258

¹⁴ *Idem*, p. 261.

¹⁵ *Apud* Roberta Nioac Prado, “Da obrigatoriedade por parte do adquirente do controle de sociedade por ações de capital aberto de fazer simultânea oferta pública, em iguais condições, aos acionistas minoritários - art. 254 da Lei 6.404/76 e Resolução CMN 401/76 - é efetivo mecanismo de proteção aos minoritários?”, **RDM**, ano XXXVI, 1997, v. 106, p. 91, referindo-se a “Alienação e aquisição de controle”, **RDM**, ano XXIV, 1985, v. 59, p. 62.

de controlador, não entendo que deva haver oferta pública a nenhum acionista, seja ele ordinário ou preferencial. (...), neste caso, o valor que se agrega ao bloco de ações que determinam o controle da empresa diz respeito exclusivamente à possibilidade que esse bloco proporciona àqueles que o detém de alterar a administração, de forma a dinamizá-la e fazer com que a empresa gere maiores lucros”, obtemperando, contudo, que deve ser dado tratamento igualitário em caso de posterior encerramento das atividades da sociedade, porquanto, “tratando-se de uma alienação de controle em que os adquirentes intencionem extinguir a companhia em um segundo momento (...), aí, sim, entendo que devam estes estender a oferta a todos os minoritários, inclusive aos preferencialistas sem voto (...), porque, neste caso, no preço pago pelo controle estará embutido não apenas o valor de controlar a empresa, mas principalmente todo o seu ativo. Ativo, este, que muitas vezes não se reflete nem no valor de Bolsa e nem mesmo no patrimonial das ações individualmente consideradas, um dos quais podemos citar como exemplo o valor do intangível da empresa que será agregado na incorporadora.”¹⁶

(b) O ágio deve ser partilhado entre controladores e minoritários

Arnoldo Wald ensinou que “a oferta pública prevista no art. 254, embora represente um ônus para o adquirente do controle, pode ser saudável por representar o veículo através do qual o valor do controle é distribuído entre todos os acionistas com direito a voto.”¹⁷

Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro asseveraram que as “transferências de controle, envolvendo vultosos ágios pagos apenas aos controladores, podem ainda mais desestimular o investimento acionário. Daí entendermos que a solução adotada na lei vale como medida pragmática, tendo em vista as condições do momento histórico e as características peculiares da conjuntura, justificando-se em face da experiência verificada em anos recentes em nosso País.”¹⁸

¹⁶ Art. cit., p. 105

¹⁷ “A proteção dos acionistas minoritários na alienação do controle de companhias abertas”, *Revista da CVM*, 4/2, n. 13, 1986, *apud* Mauro Rodrigues Penteado, art. cit., p. 19.

¹⁸ *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, SP, Ed. Bushatsky, 1979, 1ª ed., v. 2, p. 743.

Guilherme Döring Cunha Pereira dissertou que “o poder de controle é encarado como pertencente à própria sociedade e, indiretamente, à totalidade dos acionistas.”¹⁹

Modesto Carvalhosa alertou “que o acionista minoritário, embora normalmente não tome a iniciativa de promover a capitalização da sociedade, empresta seu esforço para tal mister, (...); ademais, esse tipo de acionista experimenta os efeitos da política de autocapitalização da companhia, usualmente realizada pelo controlador. É, portanto, co-partícipe da valorização patrimonial da empresa, merecendo portanto tratamento igualitário, quando da alienação de seu controle.”²⁰

Waldirio Bulgarelli enfatizou que “o não controlador, que não recebeu dividendos durante muito tempo, pela política imposta pelo controlador de fortalecer a empresa, tem direito a reclamar quando o controlador, aproveitando-se dos resultados dessa mesma política, vende com ágio astronômico as suas ações de controle”²¹, acrescentando, ainda, que os especuladores e rendeiros, embora também tivessem contribuído com seus recursos para o autofinanciamento da companhia, mesmo querendo, não poderiam, devido ao princípio majoritário, participar ativamente da vida societária, e, ademais, que, “ao vender o controle (...) com grandes lucros, está-se vendendo, subjacentemente, os intangíveis e mais propriamente o aviamento da empresa”²², para deduzir que “o certo será a distribuição, ao menos do ágio, entre todos que contribuíram para o fortalecimento da empresa.”²³

(c) O ágio pertence a todos os acionistas da companhia aberta

Nélson Cândido Motta advogou que “admitir que as ações preferenciais, porque não votam, tenham menos direitos — salvos os direitos políticos — do que as ações ordinárias equivale a reconhecer que o direito de voto possa ser causa de desigualdade entre acionistas, quer em relação ao patrimônio da sociedade, quer em relação ao tratamen-

¹⁹ **Alienação do poder de controle acionário**, SP, Ed. Saraiva, 1995, p. 164-171.

²⁰ *Apud* Mauro Rodrigues Penteado, art. cit., fazendo referência a “Oferta Pública de Aquisição de Ações”, tese, SP, 1978, p. 142-143.

²¹ **Regime jurídico da proteção às minorias nas S/A.**, RJ, Renovar, 1998, p.158.

²² *Ob. cit.*, p.159.

²³ *Idem*, p.160.

*to que a lei manda dispensar a todos, indistintamente, nos casos de alienação de controle de companhia aberta (...)*²⁴.

Leslie Amendolara asseverou que, se os acionistas minoritários têm o direito de participar do “prêmio de controle” porque “*haviam contribuído com a formação do capital e investido seus recursos nos negócios*”²⁵, este direito deve ser estendido aos preferencialistas, já que eles também contribuíram para a formação do capital social.

B - A CONTROVÉRSIA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

No período de vigência do tratamento igualitário, em um processo em que se discutiu se a CVM deveria ser responsabilizada pelo exame e avaliação indevidos em caso de alienação de controle, em virtude de haver considerado o valor total das ações em poder do novo controlador e que representavam todo o bloco de controle e não apenas aquelas efetivamente adquiridas, o que teria ocasionado prejuízos aos acionistas minoritários, já que, na oferta pública, o montante oferecido não lhes garantia um tratamento igualitário, a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, ao julgar a Apelação Cível nº 140.587-RJ, condenou a CVM a pagar aos minoritários valor equivalente à diferença entre o preço por eles obtido na venda de suas ações e aquele conseguido pelos controladores²⁶.

A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Recurso Especial nº 2.276 – RJ, que tratava de participação ou não dos preferencialistas no prêmio de controle, entendeu que a oferta pública só alcançava as ações com direito de voto, já que as preferenciais têm garantidas outras vantagens, dispostas na Lei nº 6.404²⁷.

Ainda o Superior Tribunal de Justiça, numa decisão relativa à incorporação do Banco Financial de Mato Grosso, envolvendo oferta pública prévia para aquisição de controle, estendeu-a aos acionistas sem voto, por

²⁴“Alienação de controle de instituições financeiras. Acionistas minoritários. Notas para uma interpretação sistemática da Lei das S.A.”, **RDM**, ano XXI, 1982, v. 46, p. 41, *apud* Roberta Nioac Prado, art. cit., p. 91.

²⁵ **Os direitos dos acionistas minoritários: com alterações da Lei 9.457/97**, SP, Editora STS, 1998, p.105.

²⁶ Apelação Cível n.º 140.587 – Rio de Janeiro (Registro n.º 8.803.699), Relator: Min. Dias Trindade *in* Nelson Eizirik. **Sociedades Anônimas: jurisprudência**, RJ, Renovar, 1996, p. 743-746.

²⁷ Recurso Especial nº 2.276 – Rio de Janeiro (Registro n.º 90.0001659-2), Relator Min. Garcia Vieira *in* Nelson Eizirik, ob. cit., p. 367-372.

considerar a natureza da sociedade (que necessitava de autorização) e que a aquisição do controle era uma providência preliminar à incorporação²⁸.

C - A CONTROVÉRSIA NA LEGISLAÇÃO, NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRAS

(a) Direito americano

(1) Legislação americana

Conforme acentuou Roberta Nioac Prado, não há norma legal no Direito americano que torne obrigatória a oferta pública na alienação de controle de uma companhia, sendo a proteção aos minoritários expressa apenas nas noções de *disclosure* e de *insider trading*²⁹.

(2) Doutrina americana

(2.1) O ágio pertence a todos os acionistas da mesma categoria.

William D. Andrews³⁰, contudo, apregoa que todos os acionistas com ações de espécie e classe iguais devem ter a possibilidade de aliená-las igualmente e de partilhar o *premium* proporcionalmente a sua contribuição ao capital, por ser o poder de controle um bem da companhia.

André Tunc recordou que os redatores dos *Principles of Corporate Governance* pensavam que um acionista dominante não deve, sem autorização dos acionistas desinteressados, tirar mais vantagens de sua situação, proporcionalmente aos acionistas que estão nas mesmas condições.³¹

(2.2) O ágio pertence a todos os acionistas da companhia

Berle e Means³², a seu turno, foram além, pois, após qualificarem a alienação de controle da empresa como a venda de um bem social, sustentaram que o valor pago como ágio pelo bloco de controle deve ser distribuído a todos os acionistas da companhia.

(2.3) O ágio, sob a denominação de prêmio de controle, pertence, exclusivamente, ao controlador.

²⁸ José Edwaldo Tavares Borba. **Direito Societário**, 6ª ed. rev. aum. e atual., RJ, Renovar, 2001, p. 475-476 (nota de rodapé 1), citando matéria da **Gazeta Mercantil** de 21.10.93, p. 35.

²⁹ Art. cit., p. 97.

³⁰ “The stockholder’s right to equal opportunity in the sale of shares”, **Harvard Law Review**, 78/ 505-563, 1965, *apud* Roberta Nioac Prado, art. cit., p. 98.

³¹ André Tunc. **Le droit américain des sociétés anonymes**. Économica: Paris, 1985, p. 158-159.

³² *Apud* Roberta Nioac Prado, art. cit., p. 98.

Hoje, nos EUA, prevalece a opinião de que somente o acionista controlador, alienante do controle, faz jus ao prêmio³³, desde que não haja fraude ou atos de má-fé, acentuando Lewis D. Solomon e Alan R. Palmiter que “a regra geral é a de que os acionistas podem vender suas ações pelo preço que conseguirem, incluído neste o prêmio não disponível aos outros acionistas. Os acionistas controladores não precisam dividir esse prêmio”³⁴.

Para Easterbrook e Fischel,³⁵ os minoritários não se opõem à alienação de controle se ela puder levar a uma administração mais eficiente, capaz de tornar a companhia mais rentável e suas ações mais valorizadas.

Steven L. Emanuel afirma que a posição do controlador na companhia tem valor econômico e que o controlador hesitaria na alienação caso não recebesse nenhum prêmio, já que conta com vantagens e privilégios não desfrutados pelos minoritários, advertindo que há exceções ao direito do controlador de vender suas ações livremente³⁶, como, v.g.: (1) A exceção de pilhagem (*the “looting” exception*), que é a mais importante, pois impede o controlador de transferir suas ações para quem irá pilhar a companhia, se ele tem ciência disso ou tinha como saber; (2) A exceção da venda de voto (*the “sale of vote” exception*) que se verifica quando o bloco de controle é menor que a maioria das ações, mas o vendedor exerce uma influência relevante sobre a diretoria ou quando o contrato de venda expressamente menciona um pagamento adicional se o alienante entregar parte do controle da diretoria, garantindo a eleição de pessoas indicadas pelo comprador; (3) O desvio de uma oportunidade coletiva (*“diversion of collective opportunity”*) aplicável a situações em que, por alguma razão, o prêmio de controle deva pertencer à companhia ou a todos os acionistas, dando-se como principais exemplos situações em que “a Corte entende que o prêmio de controle representa uma oportunidade de negócios

³³Robert W. Hamilton, **The Law of Corporations**, St. Paul, Minnesota, 1987, p. 359, *apud* Osmar Brina Corrêa Lima, **O acionista minoritário no direito brasileiro**, RJ, Forense, 1994, p. 79.

³⁴**Corporations. Examples and Explanations**, Aspen Law & Business, Second Edition, 1994, p. 411-420.

³⁵ **Corporate Control Transactions**, 91 Yale L. J. 737, 1982 *apud* Lewis D. Solomon e Alan R. Palmiter, *ob cit.*, p. 411-420.

³⁶ Steven L. Emanuel, **Corporations**, NY, Emanuel Publishing Corp., 1997, 3rd Edition, p. 240-249.

*que a companhia poderia ou deveria perseguir como sociedade e quando o comprador inicialmente tentou comprar a maior parte ou todo o ativo da companhia (...), mas foi chamado pelo controlador que lhe ofereceu seu bloco de ações em troca de um prêmio”.*³⁷

(3) *Jurisprudência americana*

William A. Klein e J. Mark Ramseyer, em seu ótimo livro “Business Associations. Agency, Partnerships, and Corporations”³⁸, citam diversos casos de alienação de controle analisados pelas Cortes americanas, a saber:

PERLMAN V. FELDMANN

Feldmann, acionista controlador e principal diretor da companhia de aço Newport Steel Corporation, vendeu suas ações à Wilport Company, uma das destinatárias finais do aço, que visava criar uma fonte certa de fornecimento no mercado, obtendo por suas ações um valor de US\$ 20,00 por ação, embora o preço de mercado fosse US\$ 12,00, o que levou os minoritários a alegarem que esse preço incluía uma compensação pela venda de um ativo da empresa, consistente no poder de alocar os produtos fabricados pela companhia numa época em que havia maior demanda e pouca oferta de fornecimento, havendo esse poder sido transferido com a venda e beneficiado apenas ao controlador.

Obtemperaram, ainda, que, como diretor e acionista controlador, Feldmann tinha uma relação fiduciária com a companhia e com os minoritários e, que, não obstante, neste caso, não tenha havido fraude, nem mau uso de informações confidenciais, nem saque, ele obtivera proveitos pessoais de uma oportunidade da companhia³⁹.

Ao tratar deste julgamento, Osmar Brina Corrêa Lima alerta que, em segunda instância, o Tribunal, para reformar a sentença de primeiro grau, baseou-se no seguinte fundamento: “*Nós não pretendemos sugerir que o acionista majoritário não possa dispor do seu bloco de ações de controle a terceiros de fora (outsiders) sem ter de prestar contas à companhia de seu proveito, ou mesmo nunca fazer isso impunemente, quando o comprador é cliente interessado, atual ou potencial, no produto da sociedade. Entretanto, quando a venda necessariamente resulta no sacrifício desse elemento dos intangíveis (goodwill) e conseqüente inusi-*

³⁷ Ob. cit., p. 245.

³⁸ Westbury (New York), **The Foundation Press, Inc.**, 1997, Third Edition, p. 644 e segs.

³⁹ Ob. cit., p. 652-656.

*tado proveito para o fiduciário que causou o sacrifício, ele deve prestar contas de seu ganho. Assim,(...), nós pensamos ser juridicamente correto que o fiduciário não possa apropriar-se sozinho do valor desse prêmio”.*⁴⁰

ZETLIN V. HANSON HOLDINGS, INC.

Neste caso, os acionistas controladores venderam suas ações com prêmio, havendo a Corte, ao reconhecer que aquele que investe o capital necessário para adquirir um *status* dominante na companhia tem o direito de controlá-la, decidido que, fora casos de pilhagem no ativo da companhia, usurpação de oportunidade da companhia, burla ou outras condutas de má-fé, o controlador é livre para vender e o comprador é livre para adquirir, pois o prêmio de controle é adicionado pelo investidor que está disposto a pagar pelo privilégio de influir diretamente nos negócios da companhia, não sendo razoável impor, na omissão da lei, que o controle só fosse transferido mediante oferta para todos os acionistas, ressaltando, por fim, que uma mudança tão radical deveria ser realizada pelo Legislativo⁴¹.

FRANSDEN V. JENSEN-SUNDQUIST AGENCY, INC.

Em 1975, Walter Jensen, único acionista da Jensen-Sundquist Agency, Inc., resolveu desfazer-se de suas ações, alienando 52% para seus familiares, 8% para Dennis Frandsen e o restante para terceiros, ficando estabelecido, entre os novos acionistas, um direito de preferência, que assim pode ser resumido: se os majoritários pusessem suas ações a venda, dever-se-ia dar a Frandsen o direito de adquiri-las; se ele não quisesse comprá-las, os majoritários teriam que se dispor a comprar as ações de Frandsen pelo mesmo preço que havia sido por eles fixado.

Grande parte do ativo da Jensen-Sundquist Agency, Inc. era composta pela maioria das ações do First Bank of Grantsburg, que despertaram o interesse da First Wisconsin Corporation, oferecendo esta US\$ 88,00 por ação do banco, constando da proposta, ademais, que cada acionista da Jensen-Sundquist receberia US\$ 62,00 por ação, que seria transformada em US\$ 88 em ação do banco, e que um documento deveria ser assinado pelos minoritários, renunciando a qualquer direito que eles porventura pudessem ter naquela transação.

⁴⁰ Pronunciamento da Corte, reproduzido por Osmar Brina Corrêa Lima, ob. cit., p. 78-79.

⁴¹ Klein e Ramseyer, ob. cit., p. 649-652.

Frandsen discordou da proposta, anunciando que exerceria o seu direito de preferência e compraria o bloco majoritário a US\$ 62,00 por ação, tendo a companhia decidido, entretanto, alienar suas ações do First Bank of Grantsburg ao First Wisconsin por US\$ 88,00 a ação e depois liquidar-se, para que todos os acionistas fizessem jus ao seguro da sociedade.

Frandsen protestou, pois queria ter certeza de que a alienação do bloco majoritário não tornaria desconfortável a situação dos minoritários, adquirindo suas ações por preço menor, afirmando, além disso, que a First Wisconsin era culpada de interferência prejudicial em seus direitos contratuais.

Neste caso, o Tribunal não vislumbrou uma venda de ações, já que a idéia da First Wisconsin não era tornar-se acionista da Jensen-Sundquist, entendendo que Frandsen, na verdade, disputava a aquisição do First Bank of Grantsburg e, por fim, que o First Wisconsin estava apto para concluir sua proposta sem se preocupar com Frandsen, já que não infringira nenhum texto legal (aí incluída a lei anti-truste), nem induzira o controlador do First Bank a violar o acordo de acionistas⁴².

JONES V. H.F. AHMANSON & COMPANY

Embora não tenha havido, neste caso, nenhuma transferência de controle, a Corte de Apelação achou por bem manifestar-se sobre o assunto e acabar por confirmar que os acionistas majoritários têm uma responsabilidade fiduciária, para com a minoria e a sociedade, de controlar a companhia de maneira justa e equitativa, não podendo utilizar seu poder em seu benefício ou em detrimento da minoria, daí porque qualquer uso que envolva a companhia ou o poder de controlá-la deve beneficiar a todos os acionistas proporcionalmente, não devendo conflitar com a conduta correta dos negócios da sociedade, negando, portanto, acolhida à defesa da maioria que alegou que, no uso de suas próprias ações, não há dever fiduciário.⁴³

(b) Direito francês

(1) Legislação francesa

No Direito francês há normas legais e regulamentares que tornam a oferta pública obrigatória nos casos de alienação de controle de companhia aberta.

Em 1973, a “Association Française des Banques” editou “*normas determinando que, quando houvesse transferência de controle*

⁴² *Idem*, p. 644-649.

⁴³ *Ibidem* p. 657-661.

*acionário de uma instituição financeira com alienante identificado, os minoritários deveriam alienar suas ações, obrigatoriamente, junto com o bloco de controle, pelo mesmo preço e condições*⁴⁴, e, em 2 de agosto de 1989, a Lei 89-531 deu competência ao Conselho das Bolsas de Valores para regular as ofertas públicas e obrigou “*aquele que adquirisse mais de 1/3 das ações votantes de uma empresa (...) a fazer oferta pública de compra dos 2/3 restantes pela chamada garantie de cours*”⁴⁵ e, por fim, em maio de 1992, a oferta de compra foi estendida a todas as ações, votantes ou não⁴⁶.

(2) Doutrina francesa

André Tunc ensinou que o princípio de que um acionista é livre para vender suas ações pela quantia que lhe for oferecida esbarra, no caso da cessão de controle, em um dever fiduciário, portanto, a venda de ações de um acionista que dirige a sociedade comporta a alienação de uma função ou, pelo menos, do poder de designar quem a exercerá, aduzindo que, se a venda for por preço maior que o da bolsa, por compreender a posição de comando, haverá, então, um proveito ilícito, que deve ser restituído à sociedade.⁴⁷

Michel de Juglart e Benjamin Ippolito doutrinam que a cessão de controle permite, de forma mais simples que as ofertas públicas de venda, que se opere a transferência de controle de uma sociedade⁴⁸.

Ripert e Roblot, no entanto, lecionam que a oferta pública, embora intrincada e custosa, é mais vantajosa, por não obrigar o comprador a adquirir todos os títulos que lhe forem oferecidos⁴⁹.

(3) Jurisprudência francesa

Num caso de concentração de sociedades, cuja questão era saber se os acionistas minoritários, que se recusaram a ceder suas participações, poderiam opor-se à transferência de controle, que levava praticamente ao

⁴⁴ *Apud* Roberta Nioac Prado, art. cit., p.102.

⁴⁵ *Idem*, p. 103.

⁴⁶ *Ibidem*

⁴⁷ **Le droit américain des sociétés anonymes**, Paris, Ed. Économica, 1985, pp. 156-158.

⁴⁸ Michel de Juglart e Benjamin Ippolito, **Cours de Droit Commercial avec travaux dirigés et sujets d'examen**. Deuxième volume, Septième édition, Paris, Éditions Montchrestien, 1983, pp. 843-844.

⁴⁹ Georges Ripert. **Traité Élémentaire de Droit Commercial**. Dixième édition par René Roblot. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980, Tome II, p. 86.

desaparecimento da sociedade, invocando a nulidade das decisões do conselho de administração e da deliberação da assembléia geral extraordinária por abuso de direito, a *Cour de Cassation* respondeu que não cabe aos tribunais, mas aos órgãos da sociedade, apreciar a oportunidade de suas decisões, válidas se tomadas regularmente, reafirmando, mais, que os acionistas minoritários podem, se tiverem interesse, se desfazer de seus títulos pelo mesmo preço pago pela cessão do bloco de controle (conforme decisão de 6 de março de 1973, arts. 91 a 96, regulamento geral da *compagnie des agents de changé préc.*)⁵⁰.

Em caso de alienação de controle por operação complexa, em duas etapas (aquisição de ações e posterior subscrição em aumento de capital), o *Tribunal de grande instance de Paris*, em sentença de 20 de janeiro de 1988, decidiu que a oferta pública não era necessária, por considerar que “*se a obrigação de manter a cotação deve ser observada quando a compra atinge uma quantidade de títulos suscetível de dar o controle da sociedade emissora, este não é o caso quando o controle é conseguido por uma operação complexa cuja venda dos títulos corresponde apenas a um dos elementos, o outro elemento, ligado ao aumento de capital, excluindo qualquer transferência de ações.*”⁵¹

(c) Direito inglês

Segundo Guilherme Döring Cunha Pereira, o *City Code on take and mergers* inglês deu uma diretriz inovadora às ofertas públicas para aquisição de controle de uma companhia, fixando como idéia fundamental garantir as mesmas condições oferecidas ao alienante aos acionistas de classes idênticas⁵², acentuando John H. Farrar que “*a principal regra nesse sentido é a que determina que, efetuada a compra de alguma ação da sociedade alvo quando já se pretendia adquirir o controle por meio de uma futura oferta pública de aquisição, essa oferta deve ser feita a todos os acionistas em termos não menos favoráveis que os da compra isolada.*”⁵³

⁵⁰ Michel de Juglart e Benjamin Ippolito, ob. cit., p. 844.

⁵¹ *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*. Paris, Sirey, 1989, p. 80.

⁵² John H. Farrar, *Company Law*, Londres, Butterworths, 1985, p. 521, *apud* Guilherme Döring Cunha Pereira, ob. cit. p. 135.

⁵³ *Apud* Guilherme Döring Cunha Pereira, *idem*.

(d) Direito belga

A Comissão Bancária belga, entidade governamental sem poder normativo, prega que o prêmio de controle deve pertencer a todos os acionistas e recomenda a oferta pública de aquisição das demais ações para que haja um tratamento igualitário.⁵⁴

D - SÍNTESE DA CONTROVÉRSIA

Portanto, a propósito da alienação de controle de companhia aberta, há:

(a) os que entendem que o preço do bloco de controle é formado pelo valor patrimonial global das ações cedidas e transferidas aos adquirentes e pelo *premium* correspondente ao valor atribuído pelo mercado ao poder de definir e comandar os destinos da companhia aberta, daí não caber falar em ágio ou sobre preço, porém em prêmio de controle, que deve pertencer, única e exclusivamente, aos controladores, e,

(b) os que sustentam que o controle é um bem intangível, um ativo social da companhia, os quais, a sua vez, se dividem em duas correntes, uma pensa que o ágio, que os adquirentes estão dispostos a pagar para deter o controle da companhia aberta, deve ser rateado entre controladores e minoritários; outra, argumentava que, se o controle é um bem social, todos os acionistas, independentemente da espécie de ações que possuam, merecem beneficiar-se com a venda do controle e participar do rateio do ágio.

Anote-se, por fim, que, no Brasil, dissertaram, com proficiência, sobre o tema, sem, todavia, adotar uma posição em favor de determinada tese: Fran Martins⁵⁵, J. A. Tavares Guerreiro⁵⁶, Luiz Gastão Paes de Barros Leães⁵⁷, Mauro Rodrigues Penteado⁵⁸, Nelson Laks Eizirik⁵⁹ e Wilson de Souza Campos Batalha⁶⁰.

⁵⁴ *Apud* Guilherme Döring Cunha Pereira, ob. cit., p. 145.

⁵⁵ **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas; Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**, RJ, Forense, 1978, v. 3.

⁵⁶ “Alienação de controle de companhia aberta: o papel das instituições financeiras”, in **RDM**, ano XVII, 1978, v. 30, p. 115-119, cabendo ressaltar que, em seu clássico **Das sociedades anônimas no direito brasileiro**, em co-autoria com Egberto Lacerda Teixeira, o mestre Tavares Guerreiro ensinou que o prêmio de controle deve ser partilhado entre controladores e minoritários.

⁵⁷ “Alienação de controle de companhia aberta seguida de fechamento de capital (parecer)”, in **RDM**, ano XXXVII, 1999, v. 113, p. 255-264.

⁵⁸ “Apontamentos sobre a alienação do controle de companhias abertas”, in **RDM** ano XXVIII, 1989, v. 76, p. 15-25.

⁵⁹ **Reforma das S.A. e do mercado de capitais**, RJ, Renovar, 1997.

⁶⁰ **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas: Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976**, RJ, Forense, 1977, v. 3.

III. INTERPRETAÇÃO REALISTA⁶¹ DA ALIENAÇÃO DE CONTROLE DA COMPANHIA ABERTA

O ágio é um bem intangível da companhia, que deve ser compartilhado entre controladores, minoritários e, até mesmo, preferencialistas, ou um valor econômico inerente às ações ordinárias nominativas com direito de voto que compõem o bloco de controle, a ele fazendo jus exclusivamente os controladores?

Se pregarmos que o ágio integra o preço do bloco de controle e, portanto, deve pertencer tão-somente aos controladores, ou se advogarmos que o ágio é um sucedâneo da valorização patrimonial da companhia e, por conseguinte, deve ser distribuído entre controladores e minoritários, ou se sustentarmos que o ágio é um bem social e que o seu rateio não pode basear-se no fato de ações da companhia serem de diferentes espécies e terem

⁶¹ No final do século XIX, Oliver Holmes, juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, lançou os fundamentos da Escola de Jurisprudência Sociológica Americana, depois desenvolvidos por Benjamin Cardozo e Roscoe Pound, havendo Pound, de forma lapidar e inovadora, defendido que (a) o Direito “é uma ciência de engenharia social”; (b) “o Direito deve ser estável e, sem dúvida, não pode permanecer inalterável”; (c) “a tarefa do Direito na resolução dos conflitos de interesses é eminentemente prática, eficaz, executiva”; (d) “a tarefa de engenharia social do Direito é ajustar os interesses em conflito, detectando os de maior prioridade sobre os demais”; (e) para valorar um problema jurídico ou conflito litigioso é necessário captar o sentido e o alcance de fatos abrangidos pelo problema” (*apud* Maria da Conceição Ferreira Magalhães, **A Hermenêutica Jurídica**, RJ, Forense, 1989, p. 80/84).

Inspirando-se em Holmes, Cardozo e Pound, eminentes juristas americanos criaram a Escola do Realismo Jurídico, que, ultrapassando a Escola Sociológica, afirma ser o direito real, efetivo, concreto, o declarado pelos tribunais, ao julgarem casos concretos, e não produto de um método silogístico-dedutivo, frio e mecânico, puramente lógico-racional.

Enquanto nos Estados Unidos da América as Escolas Sociológica e Realista granjeavam adeptos, na Europa se fortalecia e expandia, por inspiração das idéias do Círculo de Viena, da Escola de Upsala e de Cambridge, a Escola do Realismo Empírico, à frente Alf Ross, Lundstedt e o sueco Olivecrona, segundo a qual os juristas não devem pautar-se pelo idealismo metafísico, que prega poder chegar-se ao conhecimento imediatamente através da razão e independente dos sentidos e da experiência (o denominado conhecimento *a priori*), mas pelo realismo científico, que nega ser possível atingir-se o conhecimento apenas exercitando a faculdade da razão, em especial no campo do Direito, em que deve preponderar o estudo, a observação e a verificação dos fatos e fenômenos sociais, aos quais se aplicará o Direito positivo pelos tribunais e se tornará eficaz a norma por sua aceitação por parte da consciência jurídica popular.

Ao referirmo-nos a “interpretação realista” da questão do ágio na alienação de controle de companhia aberta, pretendemos, inspirados nos cânones das Escolas de Jurisprudência Sociológica Americana, do Realismo Jurídico e do Realismo Empírico, abordar o tema de forma “eminentemente prática, eficaz, executiva”, tendo em conta “o sentido e o alcance dos fatos abrangidos pelo problema”, “o Direito real, efetivo, concreto” e não o elaborado de forma apriorística, pois, a nosso ver, no campo do Direito, o que deve preponderar é o estudo, a observação e verificação dos fatos e fenômenos sociais e se a sua aplicação pelos tribunais fará Justiça às partes.

ou não direito de voto, daí dever a lei assegurar a controladores, minoritários e preferencialistas, indistintamente, o direito à percepção do ágio, estaremos enunciando uma proposição apriorística⁶², porque formulada sem conhecermos mais e melhor as circunstâncias do caso e independentemente das forças que, de fato, devem motivar a aplicação do Direito, estaremos emitindo um juízo de valor⁶³, sempre ditado “por predileções de ordem pessoal”⁶⁴, baseado na razão prática, que, como diz KANT, por ser prática, deixa de ser razão e passa a ser vontade, e, exatamente por ser vontade e não verdade, a questão do ágio, no Direito brasileiro, ao ser considerado no II PND e na CDE-14/74, mereceu um tratamento; no Anteprojeto e no Projeto de Lei das S.A., outro; sob o império do art. 254 original, com a redação da Emenda Lehmann, outro; após a Lei nº 9.457/97, outro; com o Projeto Kapaz-Kandir, outro, e, por fim, na sua definitiva redação, outra, quase se podendo dizer que, no caso do indigitado art. 254 revogado ou 254-A, a vontade e a razão (teórica ou pura) estão dissociadas, o que inevitavelmente acarretou, na vigência do superado art. 254, e acarretará, na do art. 254-A, quando de sua aplicação, flagrantes injustiças, consoante se constata dos seguintes exemplos, frutos de nossa faculdade especulativa:

1º) Estabelecendo a Lei das S.A. que o ágio é uma parcela integrante do preço de venda das ações de controle, dele devendo beneficiar-se apenas o controlador, estar-se-á fazendo Justiça a minoritários e preferencialistas:

(a) se o controlador delegar, através de um contrato sigiloso, a uma instituição especializada em administração de grandes fortunas, a gestão de seu *portfolio* de ações e passar a vida como se acionista rendeiro fosse, fazendo-se representar por procurador nas assembleias gerais da companhia para atender aos ditames das alíneas a e b, do art. 116, da Lei brasileira das S.A.?

(b) se o adquirente, após a celebração da compra e venda, realizar um processo de fusão ou incorporação, com perda do valor patrimonial

⁶² Para Alf Ross, as proposições distinguem-se em apriorísticas e empíricas. “As proposições apriorísticas são verdadeiras tão só em virtude de sua forma e, por isso, são tautológicas ou analíticas, pois nada dizem a respeito do mundo... As proposições empíricas só possuem valor enquanto possam refletir a realidade dos fatos, devendo, portanto, ser verificadas por meio da experiência” (Alaôr Caffé Alves, apresentação à edição brasileira da obra **Direito e Justiça**, de Alf Ross, Ed. Edipro, 1ª ed., p. 10).

⁶³ Segundo Alaôr Caffé Alves, para Ross, os juízos de valor “são subjetivos, expressões de sentimentos e desejos e não vinculados a propriedades reais do objeto”, ob. cit., p. 9.

⁶⁴ Karl Popper, **A Lógica da Pesquisa Científica**, Ed. Cultrix, 2ª. ed., p. 39.

da ação dos minoritários e preferencialistas, embora garantido-lhes o direito de recesso, por enquadrarem-se no art. 136, IV, c/c 137, II, da Lei das S. A.?

(c) se o adquirente, controlador de empresa concorrente, comprar o controle e, logo após, dissolver, liquidar e extinguir a companhia?

(d) se, além da venda de suas ações e da função de comandar os destinos da companhia, o controlador deliberar demitir importantes administradores e eleger pessoas de confiança do futuro adquirente?

(e) se o controlador aproveitar-se de uma oportunidade de negócio, que beneficiaria diretamente à companhia e indiretamente a todos os acionistas?

2º) Dispondo a Lei das S.A. que o ágio é um bem intangível, que deve ser compartilhado entre controladores e minoritários ou entre todos os acionistas da companhia, estar-se-á fazendo Justiça ao controlador:

(a) se o controlador houver dado mais importância à empresa do que à sua vida pessoal e familiar, a ela se dedicando com abnegação 14 horas por dia, 7 dias por semana, 12 meses por ano, e, sempre que necessário, houver (1) prestado fiança e aval pessoais, para beneficiar a companhia; (2) dado em penhor bens móveis e em hipoteca imóveis próprios, pondo em risco seu patrimônio pessoal, para manter a empresa em funcionamento; (3) acordado com a companhia operação de lease-back de bens sociais a juros módicos ou, até mesmo, sem juros, para capitalizar a empresa; (4) concedido empréstimos e financiamentos, inclusive sem cobrar juros por possuir geração de caixa própria e disponibilidade ociosa; (5) participado efetivamente da administração dos negócios sociais, enquanto os minoritários e preferencialistas viviam vida de acionista renteiro, sem a menor preocupação com os destinos da empresa?

(b) se minoritários e preferencialistas, baseados em informação privilegiada, adquirirem ações em bolsa às vésperas da alienação de controle de uma empresa fundada e desenvolvida pelo controlador há décadas e que a ela se devotou com denodo?

Da realidade fática também podemos reunir provas contundentes que evidenciam ser temerário fixar-se, *a priori*, regra cogente sobre matéria tão intrincada:

(a) durante muitos anos, a Companhia Nacional de Tecidos Nova América, fundada e controlada por imigrantes italianos, foi a maior indústria de tecidos da América Latina. Na década de 70, no propósito de moderni-

zar-se, manter-se competitiva e rentável e continuar a liderar o ranking, contratou com o BNDES um empréstimo de dezenas de milhões de dólares, destinados, quase exclusivamente, à aquisição e importação de máquinas e equipamentos ingleses, o que significou o início de sua derrocada, em virtude de duas seguidas maxidesvalorizações da moeda brasileira, que obrigaram os controladores, para honrar os compromissos com o BNDES, a transferir-lhe o controle acionário da companhia, posteriormente vendido em leilão público na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro para empresários de São Paulo, que imediatamente fecharam a fábrica, no local hoje funcionando o “Nova América Outlet Shopping”, o que leva à pergunta: se o BNDES, ao alienar as ações de controle, houvesse se beneficiado do ágio sozinho, ter-se-ia feito Justiça a minoritários e preferencialistas?

(b) o Ponto Frio, empresa constituída, na década de 40, a partir de uma pequena loja no Centro do Rio, é, hoje, a maior rede de eletrodomésticos do país em número de estabelecimentos, com 369 pontos, e a segunda em faturamento. Com a morte de seu controlador, em dezembro de 1999, antiga divergência, segundo noticiaram os principais jornais e revistas do país, entre a viúva e seu filho, titulares de 56% do capital total da companhia, e o presidente do Conselho de Administração, principal executivo e acionista detentor de 12.8% do capital social, a quem se atribui o mérito do sucesso do empreendimento, agravou-se, o que motivou a controladora e seu filho a decidirem alienar o controle acionário e, em consequência, no regime da Lei 9457, de 1997, a perceberem o ágio com exclusividade, o que leva à seguinte indagação: se a controladora e seu filho venderem as ações de controle, (“sem nunca terem colocado os pés na empresa”, conforme também amplamente divulgado pela mídia), estar-se-á fazendo Justiça aos minoritários – inclusive ao principal responsável pelo extraordinário crescimento que experimentou a companhia – e aos preferencialistas?

(c) o Grupo Gerdau, o maior produtor de aços longos da América Latina, é controlado pela “família Gerdau” e dirigido por Jorge Gerdau Johannpeter, que se dedica, consoante se lê nos nossos principais jornais e revistas, a exemplo de vários outros membros da família, diariamente, em tempo integral, ao conglomerado. Para concorrer no mercado externo, foi necessário implementar o “gerenciamento pela qualidade total” e provocar um “choque de qualidade” na empresa, o que a levou a obter excelentes resultados e merecer o seguinte destaque no jornal inglês **Financial Ti-**

mes.⁶⁵ “A bandeira azul e amarela do grupo siderúrgico brasileiro tremula nas fachadas de dez unidades espalhadas pelo Uruguai, Canadá, Chile, Argentina e Estados Unidos. ‘Enquanto muitas empresas de controle familiar viram a globalização trazer o mundo para o Brasil, a Gerdau levou seu estilo gerencial e seu conhecimento da indústria siderúrgica para o mundo’. Em vez de esperar, de braços cruzados, que os grandes conglomerados internacionais avançassem sobre a siderurgia brasileira, Gerdau levou a companhia familiar sob o seu comando pelo caminho inverso. Para não correr o risco de ser globalizado um dia, preferiu globalizar-se.”⁶⁶, o que leva à pergunta: numa possível alienação do controle do Grupo Gerdau, far-se-á Justiça aos controladores, que, com incrível afincamento, se dedicaram ao crescimento e expansão da companhia, se os mesmos tiverem que dividir o prêmio de controle com os demais acionistas, que se limitaram a investir, colher dividendos periódicos e enriquecer com a valorização de suas ações na BOVESPA?

(d) criada em 1924, no Rio de Janeiro, pelo comerciante Luiz La Saigne e entregue ao genro, Henrique de Botton, a Mesbla foi, durante décadas, uma potência comercial, chegando a ser avaliada em 500 milhões de dólares e contando com 12.000 empregados e 48 lojas em 18 estados. Durante os anos 80, transferido o controle acionário a André de Botton, filho de Henrique, e após seus quatro irmãos haverem assumido cargos de direção, André implantou um plano de expansão que, ao fracassar, levou a companhia, a partir de 1990, a experimentar vultosas e sucessivas perdas, que se agravaram em 1994, com o Plano Real, ficando a Mesbla sem crédito e com as prateleiras vazias, o que a levou a impetrar concordata preventiva e, no curso do processo, a fechar as lojas que davam prejuízo e a lograr convencer seus principais credores a se transformarem em acionistas, ficando, ao final de longa negociação, o capital social da Mesbla dividido da seguinte forma: 0,4%, pertencente a De Botton, 16%, ao Banco Pactual e a José Paulo Amaral, e 53%, aos bancos BCN, Unibanco e Pontual, havendo estes três bancos vendido suas ações para Ricardo Mansur, que pretendia uni-la à rede Mappin, por ele recém-adquirida, reerguer a Mesbla e desenvolver ainda mais a Mappin. Quando a situação da Mesbla e do Mappin tornou-se crítica, devido ao insucesso dos planos de reorganização, José

⁶⁵ Nely Caixeta, “Mister Gerdau”, Revista **EXAME** - 4 de outubro de 2000, p. 165-166.

⁶⁶ *Idem*, p. 165.

Paulo Amaral foi chamado pelos credores para intervir, sanear a empresa e salvá-la da falência, em meio a notícias da presença no Brasil de representantes de gigantescas lojas de departamentos interessadas na aquisição de ambas as companhias. Se José Paulo Amaral tivesse obtido êxito e, recuperadas as sociedades, Mansur decidisse alienar o controle acionário para investidores externos, ter-se-ia feito Justiça aos demais acionistas, que, durante anos, amargaram enormes prejuízos, se Mansur desfrutasse sozinho do prêmio de controle?

Como se vê, se o legislador decidir que o ágio deve ser dividido entre controladores e minoritários, segundo corrente doutrinária predominante, muitas vezes, nas multiformes situações fáticas⁶⁷ que se apresentam no complexo, intrincado e sofisticado mundo das empresas, estar-se-á premiando os minoritários em detrimento dos controladores e preferencialistas; outras tantas, se o legislador decidir que o ágio é um bem intangível, que deve ser partilhado entre todos os acionistas, consoante ensinam alguns doutos, estar-se-á premiando os minoritários e preferencialistas em prejuízo dos controladores; outras mais, se o legislador decidir que o ágio é uma parcela integrante do preço de venda das ações de controle, dele devendo beneficiar-se apenas os controladores, estar-se-á premiando os controladores esquecendo-se dos minoritários e preferencialistas.

Por isso, pensamos que:

1º) não há resposta extreme de dúvidas, nem mesmo razoavelmente satisfatória, sobre a polêmica de se o ágio é um bem intangível da companhia ou se integra o preço do bloco de controle, mas há resposta certa para esta outra: se, de forma apriorística, determinar-se que (a) o ágio compõe o preço global das ações de controle ou (b) que o ágio é um ativo da companhia, com certeza absoluta estar-se-á criando a possibilidade de o juiz ser compelido a ignorar as condições peculiares e as circunstâncias especiais do caso concreto submetido a seu julgamento e a aplicar uma regra que não fará Justiça a controladores, minoritários e preferencialistas, conforme a opinião que se sustente;

⁶⁷ Situações assaz agravadas pelo fato de que o homem não é *anima* incorporada, como pregou a tradição cartesiana, mas uma unidade psicofísica, uma criatura que vive na corrente da vida, tem desejos e paixões, sente alegrias e tristezas, ama e odeia, consoante ressaltou Wittgenstein (*in Wittgenstein, La Naturaleza Humana*, de P.M.S. Hacker, tradução espanhola, Editorial Norma, 1ª ed.)

2º) a questão do ágio na alienação de controle de companhia aberta deve ser resolvida não pelo Direito *in abstracto*, mas pelo Direito concreto em ação, não por juízos de valor, mas por juízos de realidade, não por proposições apriorísticas, mas por proposições empíricas, com base nos cânones do neoempirismo lógico e, em especial, nos da Escola do Realismo Empírico, que é uma tentativa de superar a alternativa entre o realismo psicológico da Escola de Uppsala e o realismo comportamentista ou sociológico americano, para a qual “*constitui princípio elementar da ciência a necessária definição de um objeto de acordo com qualidades objetivas e não de acordo com quaisquer avaliações apriorísticas baseadas em juízos de valor*”.⁶⁸

Destarte, com fundamento nos ensinamentos da Escola do Realismo Empírico, em especial quando enfatiza que, “*na ciência jurídica, se deve sustentar que o direito é um fato social, cuja existência e descrição somente podem ser equacionadas em termos puramente fáticos, sensíveis e empíricos, sem necessidade de se recorrer a princípios morais, racionais ou ideológicos*”⁶⁹, e partindo da premissa de que não se deve, aprioristicamente, formular uma norma legal definindo se o ágio cabe (a) só ao controlador, (b) ao controlador e aos minoritários ou, então, (c) ao controlador, minoritários e preferencialistas, o art. 254-A deveria ter instituído um princípio geral sobre a matéria, cometendo, primeiro, à CVM⁷⁰ e à

⁶⁸ Alf Ross, ob. cit., p. 96. Recorde-se, ademais, por oportuno, que, na multiplicidade das filosofias, o ceticismo provocou uma separação metodológica entre os juízos de realidade e os juízos de valor, sendo que os juízos de realidade seriam a expressão de um conhecimento objetivo, empírico e racionalmente fundado, enquanto os juízos de valor, conforme, por todos, ensinou PERELMAN, por definição são irracionais, não obstante, acentue-se, por indiscutível, que uma análise mais profunda e isenta de paixões, concluirá que os juízos de realidade não são inteiramente independentes dos juízos de valor, daí não poder haver um fosso entre os juízos de realidade e os juízos de valor, mas, por igual, não se poder preferir estes em prejuízo daqueles.

⁶⁹ Alf Ross, ob. cit., p.11.

⁷⁰ Para que não se diga, sem conhecer dados concretos, que é inviável o exame pela CVM de todos os casos de alienação de controle da companhia aberta, por ela supostamente não possuir adequada infra-estrutura e corpo técnico em número suficiente para desincumbir-se bem dessa atribuição, cumpre esclarecer que estão registradas na CVM como companhias abertas apenas 998 sociedades (novembro de 2000), sendo que somente 465 companhias (novembro de 2000) têm ações negociadas em bolsa e, ademais, como ressaltado por Modesto Carvalhosa, a CVM sempre lutou para “*dar consistência ao preceito (do art. 254) notadamente quando tratou da matéria da transferência indireta de controle*” (Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, cit., v. cit., p. 145), o que é explicitado no Parecer nº 86/82, objeto de estudo de Luiz Leonardo Cantidiano, publicado em RDM, ano XXXIV, 1985, v. 56, p. 59. Por fim, a CVM firmou ainda orientação no sentido de:

jurisprudência, em segunda e definitiva instância, o exame e a solução de eventuais conflitos de interesses surgidos entre os acionistas de companhia aberta quanto ao direito ao rateio do ágio com apoio em juízos de realidade, na certeza de que o próprio mercado encontrará meios de se proteger e de evitar litígios.⁷¹ ◆

(a) o art. 254 só se aplicar na venda ou permuta de ações cujos titulares estejam no efetivo exercício do controle (Parecer CVM-SJU nº 58/78);

(b) para garantir o pagamento de igual preço aos minoritários, ter competência de verificar o cálculo do preço pago às ações dos controladores (Parecer CVM-SJU nº 09/83);

(c) mesmo não tendo havido pagamento de ágio na alienação de controle, ser obrigatória a oferta pública aos minoritários, para que exerçam, querendo, o direito de alienação de suas ações pelo preço pago aos controladores (Parecer CVM-SJU nº 79/83), e

(d) a oferta aos minoritários dever ocorrer simultaneamente à compra das ações dos controladores (Instrução CVM-SHJU nº 63/83), o que levou o excelente Carvalhosa a concluir que, “*para a Comissão (...), o controle possui um valor econômico inerente*” (ob. cit., p. 146, recomendando-se a leitura e o estudo de todo o capítulo, que esgota a matéria, inclusive com um amplo e atualizado enfoque sobre a orientação jurisprudencial, do qual nos valemos, mais uma vez, pela segurança que nos inspira seu festejado e ínclito autor).

⁷¹ Por fim, como ressaltado por Roberta Nioac Prado (art. cit., p. 101), a solução adotada no Direito americano foi a de deixar o legislador fundar-se em princípios gerais e, para a doutrina e a jurisprudência, a análise e a decisão casuística, já que o próprio mercado é capaz de regular-se.

PROPAGANDA ENGANOSA E ABUSIVA

JOSÉ CARLOS MALDONADO DE CARVALHO

Professor da Universidade Estácio de Sá. Juiz de Direito do TJ/RJ

INTRODUÇÃO

A veiculação de mensagens atrativas, como meio de apresentação de empresas e entidades, comercialização de produtos e serviços, passou a ter um controle mais efetivo com a edição do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

Com efeito, traçando uma linha eminentemente defensiva, a legislação disciplinadora passou a refrear a publicidade enganosa e abusiva, possibilitando, de forma aberta e aparente, um indiscutível avanço na proteção do consumidor.

Estimulando o consumo de bens e serviços, a publicidade, inserida de forma direta e imediata na atividade econômica, encontra-se voltada para o denominado “ciclo de consumo”.

Todavia, em alguns casos, utilizando-se de testemunhos de cidadãos conhecidos e respeitados, reveste-se a publicidade de falsa seriedade, já que o produto ou serviço veiculado, na maioria das vezes, em nenhum momento sequer foi experimentado pelo seu defensor publicitário.

Informado por princípios básicos, como identificação da mensagem, vinculação contratual, veracidade, não-abusividade e correção, o sistema da publicidade regulado pelo CDC tem como objetivo principal evitar a publicidade clandestina, assim como a subliminar, sancionando, de forma direta e objetiva, a má publicidade e os seus transgressores.

Independentemente da fiscalização exercida pelo Conselho de Auto-regulamentação Publicitária – CONAR, órgão formado por anunciantes, agências de publicidade e veículos de comunicação, os abusos provocados passaram a contar com um controle mais efetivo, que, com a implementação das novas regras previstas no CDC, permitirá a aplicação de sanções civis, penais e administrativas.

Por não haver sociedade de consumo sem publicidade, torna-se necessária a investigação sobre o conteúdo transmitido e a conduta do forne-

cedor, para que, além do campo ético, seja possível buscar-se o controle administrativo e judicial.

PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE NO CDC

O direito brasileiro, atento às transformações impostas pela civilização hodierna, vem buscando se adaptar às novas relações socioeconômicas decorrentes da massificação do consumo.

Esse fenômeno, que afeta a vida de cada cidadão, é uma realidade indiscutível que, por meio da comunicação visual e auditiva, faz com que o consumidor desfrute, por mera indicação, dos sugeridos “prazeres da vida”.

E é através desse prisma negativo que a denominada publicidade enganosa ou abusiva encontra um campo fértil, sem que possam ser observadas, no momento em que ocorre a veiculação, as reais intenções comerciais dos textos ou imagens produzidos.

A publicidade, “essa indomável força que comanda o mundo negocial”¹, como remarca CARLOS ALBERTO BITTAR, mobiliza desejos e simpatias do espectador em relação ao produto ou serviço, que, por encobrir informações necessárias ao consumidor, configura uma ilicitude, apesar da criatividade da produção e da transmissão dos anúncios publicitários.

Considerada por GUIDO ALPA como “o símbolo próprio e verdadeiro da sociedade moderna”², a publicidade não pode ser empregada, indistintamente, como sinônimo de “propaganda”.

Ademais, como esclarece CAIO DOMINGUES, a publicidade “é muito menos poderosa e sujeita a muito mais limitações do que imaginam os leigos e aqueles que a conhecem superficialmente”³.

E, como arremata o eminente autor, a publicidade, como fenômeno cultural, não inventa, não inova, não revoluciona e não cria novos códigos. Deve ser tão rica de informações quanto possível e primar pela clareza, evitando subterfúgios (op. cit., p.199).

Com efeito, a publicidade, antes da edição do Código de Defesa do Consumidor, não se submetia a qualquer regulamentação legal. O Conselho

¹ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. “O controle da publicidade: sancionamento a mensagens enganosas e abusivas”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, 126-31, 1992, p. 127.

² *Diritto Privato dei Consumi*, Editora A. Guiffirè, Milano, 1976, p. 123.

³ DOMINGUES, Caio A. “A publicidade enganosa e abusiva”. *Revista de Direito do Consumidor*, IV, São Paulo, 1992, p. 193.

de Auto-regulamentação Publicitária, que detém apenas o poder ético de retirar de circulação a publicidade enganosa ou abusiva, carecia de autoridade para impor suas decisões aos anunciantes e aos veículos de comunicação.

Com a vigência da Lei 8.078/90, a propaganda, com sentido comercial, que tenha por objetivo convencer o consumidor a adquirir determinado produto ou a utilizar-se de serviços, tem agora um outro controle além do privado. Implantou-se, assim, o sistema misto de controle: o legal pelo CDC e o privado pelo CONAR.

O controle da publicidade exercido pelos órgãos públicos – Ministério Público e associações de defesa de consumidores – possibilitou uma atuação mais direta e efetiva no combate às práticas lesivas aos direitos dos consumidores.

A ação do CONAR – associação civil constituída por agentes do mercado publicitário para a preservação das normas éticas do setor –, além de assegurar a filtragem das mensagens nas agências e nos centros de criação, impede, no campo ético, a difusão de anúncios contrários aos preceitos protetivos inseridos no Código.

Em síntese, norteia-se a publicidade de acordo com os seguintes princípios: da obrigatoriedade da informação, da veracidade, da disponibilidade e da transparência.

De acordo com o primeiro princípio, toda a informação deve ser clara e precisa. Pelo segundo, toda informação ou mensagem publicitária deve ser verdadeira, com a indicação dos elementos básicos do produto ou serviço. Em consonância com o terceiro princípio, todos os dados sobre a mensagem publicitária devem estar disponíveis, assim como os dados fáticos, científicos e técnicos. Finalmente, com base no quarto princípio, toda mensagem publicitária deve ser facilmente identificável como tal, não se admitindo qualquer tipo de mascaramento subliminar ou dissimulatório.

DA OFERTA E APRESENTAÇÃO DE PRODUTOS E SERVIÇOS

Para o Direito tradicional, o simples oferecimento que se faz, como sublinha SILVIO RODRIGUES, “dos termos de um negócio, convidando a outra parte a com eles concordar”, por si só caracteriza a oferta e, por conseguinte, a proposta e a responsabilidade civil decorrentes⁴.

⁴ **Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade.** Editora Saraiva, São Paulo, 1985, p. 67.

Por outro lado, o vocábulo “oferta” utilizado pelo CDC, como facilmente se observa, tem uma maior abrangência: significa todos os métodos, técnicas, instrumentos e meios que buscam aproximar o consumidor dos produtos ou serviços que são colocados à sua disposição no mercado.

Por essas razões, a “oferta” e a “apresentação de produtos ou serviços”, como indicados no CDC, devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas, em língua portuguesa, sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantias, prazos de validade e origem, entre outros dados (art. 31 do CDC).

O dever de informar, conseqüentemente, não é apenas um simples controle da enganosidade e da abusividade da informação: é fundamental que o consumidor esteja habilitado a conhecer a qualidade do bem ofertado e possa, por seus próprios meios, obter outros esclarecimentos essenciais, exercendo, assim, a livre escolha que lhe é assegurada.

A PUBLICIDADE-PROPAGANDA NO DIREITO ESTRANGEIRO

Estabelece o Código Civil italiano, em seu art. 1.336, inciso I, que “a oferta dirigida ao público vale como proposta quando ela contém as condições essenciais do contrato visado”⁵.

Em sentido oposto, a Convenção das Nações Unidas, de 1988, dispendo sobre os contratos de venda internacional, explicita que “uma proposta dirigida a pessoas indeterminadas é considerada apenas como um convite à oferta, a menos que a pessoa que fez a proposta tenha claramente indicado o contrário” (art. 14, alínea 2).

A tradição francesa, por seu turno, ainda mantém incólume o princípio de que a oferta, por si só, não tem força obrigatória. É necessário que sejam também indicados os preços e, eventualmente, que tal oferta esteja sob a condição tácita de que o estoque de mercadoria não esteja ainda esgotado no momento em que a compra for efetivada⁶.

A simples exposição de mercadorias nas vitrines de uma loja, segundo a prática alemã, não caracteriza a oferta. Trata-se de exposição com fins publicitários, ou seja, um simples convite e não uma proposta⁷.

⁵ “*La offerta al pubblico, quando contiene gli estremi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta, vale come proposta, salvo che risulti diversamente dalle circostanze o dagli usi*”.

⁶ CARBONNIER, Jean. **Droit civil II: Les biens et les obligations**, 4ª ed., Paris, 1964, nº 99, pp. 340-341.

⁷ BGH, 16.01.80, NJW, 1980, p. 1.388, **Münchener Kommentar**, 3ª ed., 1993, § 145, anot. 8, nota 32.

A PUBLICIDADE ENGANOSA NO CDC

O princípio da veracidade da informação publicitária, assinalado por CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA como “o mais importante princípio da actividade publicitária”⁸, não é absoluto, apesar de sua origem remota e da tipificação como crime.

O dever geral de correção na veiculação da publicidade, como previsto na Lei 8.088/90, impõe ao fornecedor do produto ou serviço, além do princípio da identificação da mensagem publicitária (art. 36), o da veracidade (art. 37, § 1º), o da vinculação contratual da mensagem (art. 30), o da não abusividade (art. 37, § 2º), o do ônus *probandi* (art. 38) e, finalmente, o da correção do desvio publicitário (art. 56, XII).

Além disso, sob a égide do disposto no § 1º, do artigo 37, do CDC, o conceito de abusividade não é tão restrito; ao contrário, ele é amplo e flexível, já que não se exige prova da enganosidade real, bastando apenas a potencialidade do engano.

A intenção e a imprudência – dolo e culpa –, só ganham destaque e importância no tratamento penal do fenómeno.

Basta, portanto, que seja o consumidor induzido a erro para a caracterização da publicidade enganosa.

Por outro lado, a obrigação de informar o consumidor, nos termos do art. 31 do CDC, não implica na exigência de que a norma seja cumprida através de mensagens publicitárias.

Não estando o fornecedor obrigado a tal prática, a utilização do veículo publicitário correrá, conseqüentemente, por conta e risco do anunciante.

A carência de publicidade não impõe ao fornecedor, por conseguinte, qualquer sanção. Apenas quando houver a veiculação publicitária, na hipótese em que a informação for ruim ou insuficiente, é que a sanção correspondente será aplicada.

O alcance dessa regra, porém, deverá ser sopesado em cada caso, pois, como é cediço, varia de categoria para categoria de consumidores.

Verificada, todavia, a potencialidade de ludibriar o consumidor, não se faz necessária a análise da vontade do fornecedor (anunciante, agência ou veículo de propaganda), já que para o crime de publicidade enganosa basta a existência do dolo, direto ou eventual, pois, como esclarece DAMÁSIO

⁸ Os direitos dos consumidores. Livraria Almeida, Coimbra, 1992, p. 81.

DE JESUS⁹, a expressão “sabe ou deveria saber”, contida no art. 67 do CDC, é indicativa de dolo eventual de perigo.

Ao contrário, no âmbito do direito civil, tal verificação não se faz necessária, posto que apenas a potencialidade do perigo de indução do consumidor a erro tipifica a publicidade como enganosa, independentemente da comprovação do engano e do prejuízo efetivo, como aliás conclui JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO¹⁰.

Impõe-se apenas investigar, como fator decisivo, se o conteúdo transmitido é suscetível de indução a erro, a partir da mensagem, independentemente da conduta do fornecedor.

Assim, constatado que o consumidor poderá ser levado a considerar como verdadeira a informação falsa, restará caracterizada a publicidade enganosa. Verificado, porém, que o consumidor não tomou por verdadeira a informação falsa, a publicidade será lícita, apesar de conter falsidades.

Fundamenta-se tal assertiva na regra prevista no art. 38 do CDC, pois se fosse relevante a conduta do fornecedor – dolo ou culpa – para a caracterização da publicidade enganosa em seus aspectos civis e administrativos, desnecessário seria o princípio da inversão do ônus da prova.

A PUBLICIDADE ABUSIVA NO CDC

Da mesma forma que a publicidade enganosa, a abusiva tem conceito amplo e flexível. O art. 37, § 2º, do CDC, afirma que, mesmo verdadeira, ela não é permitida.

A abusividade, contudo, não se mantém exclusivamente na órbita dos interesses dos concorrentes, como ocorre com a publicidade enganosa: vai além, por força de característica própria e exclusiva.

Em conseqüência, poder-se-á, através de um critério meramente residual, afirmar que “abusivo é tudo aquilo que não seja enganoso”¹¹ (op. cit., p. 208).

Com efeito, de acordo com o disposto no art. 37, § 2º, do CDC, a simples indicação enumerativa de hipóteses de publicidade abusiva não esgota a possibilidade de reconhecimento de diferentes formas que possam tipificar condutas características de outras espécies de publicidade abusiva.

⁹ JESUS, Damásio Evangelista. **Direito do Consumidor**, V. I, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992, p. 100.

¹⁰ **Comentários ao CDC**. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1996, p. 127.

¹¹ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Ob. cit. p. 208.

Apesar da não proibição da publicidade de bebidas alcóolicas ou de cigarros, essas modalidades, que invadem nossos lares e escritórios independentemente do nosso aval, fazem parte do nosso dia-a-dia.

Não há dúvida de que também é abusiva toda e qualquer publicidade que, de alguma forma, discrimine o ser humano ou que utilize o medo ou a superstição para persuadir o consumidor a adquirir um produto ou um serviço. Da mesma forma, é abusiva aquela que incita a violência e a degradação do meio ambiente ou introduz o sentimento de insegurança.

Também de acordo com os mesmos princípios norteadores do CDC, a publicidade dirigida aos hipossuficientes – físico-psíquicos, econômicos ou circunstanciais, como crianças, idosos, doentes, índios, rurícolas e moradores da periferia –, não poderá se afastar dos parâmetros especiais traçados pela legislação de defesa do consumidor, em razão da vulnerabilidade acentuada daqueles assim conceituados.

Diante disso, a não obediência às regras e princípios legais estabelecidos para a atividade publicitária caracterizará a propaganda abusiva.

OS DANOS E SUAS CONSEQÜÊNCIAS

Caracterizada a ilicitude da publicidade, o anunciante será responsabilizado nas esferas administrativa, civil e penal.

O CDC admite, ainda, ações individuais ou coletivas, com a fixação de indenizações visando a desestimular novas práticas, incluindo-se no pólo passivo da relação processual, como decorrência da solidariedade, todos os que colaborarem para a veiculação da mensagem ilícita.

Aliás, independentemente das sanções administrativas e penais, as práticas abusivas impõem o dever de reparar os danos, materiais e morais, causados (art. 6º, VII, do CDC).

Consistindo a sanção civil na indenização dos danos – materiais e morais – decorrentes da veiculação ilícita, a sanção administrativa impõe a efetivação da contrapropaganda. No campo penal, a responsabilidade decorrerá da tipificação da conduta de promover publicidade enganosa, independentemente do resultado financeiro.

A contrapublicidade (*corrective advertising*), às expensas do anunciante, poderá ser aplicada como penalidade administrativa ou judicial, no mesmo veículo onde se caracterizou a publicidade enganosa ou abusiva (art. 56, XII).

Poderá ser ainda imposta ao transgressor da norma, nos termos do art. 84, a abstenção ou prática de conduta, sob força de preceito cominatório. Quando reiteradas essas práticas abusivas, impõe-se a desconsideração da personalidade jurídica da empresa (art. 28).

O fato de fazer ou promover a publicidade que sabe – ou deveria saber – ser enganosa ou abusiva, é punido pelo CDC de forma mais branda (art. 67), reservando-se a punição mais grave para a prática da publicidade abusiva na modalidade em que o fornecedor ou anunciante é capaz de induzir o consumidor a um comportamento prejudicial ou perigoso à sua saúde ou à sua segurança (art. 68).

Por força do princípio da *restitutio in integrum*, os danos morais e patrimoniais decorrentes da publicidade enganosa ou abusiva devem ser ressarcidos de forma integral (art. 6º, VI).

Demonstrando o caráter inovador do Código, nas sanções administrativas, autorizou-se a concessão de medida liminar na ação cautelar em processo administrativo, impondo desde logo a sanção como medida provisória, até o julgamento final do processo (art. 56, parágrafo único).

CONCLUSÃO

A obrigação de informar o consumidor, nos termos do art. 31 do CDC, não implica na exigência de que a norma seja cumprida através de mensagens publicitárias.

Não estando o fornecedor obrigado a tal prática, a utilização do veículo publicitário correrá, conseqüentemente, por conta e risco do anunciante.

A carência de publicidade não impõe ao fornecedor qualquer sanção. Apenas quando houver a veiculação publicitária, na hipótese em que a informação for ruim ou insuficiente, é que a sanção correspondente será aplicada.

A simples potencialidade de indução do consumidor a erro tipifica a publicidade como enganosa, independentemente da comprovação do engano e do prejuízo efetivo.

Investiga-se, como fator decisivo, apenas se o conteúdo transmitido é suscetível de indução a erro, a partir da mensagem, independentemente da conduta do fornecedor.

Constatado que o consumidor poderá ser levado a considerar como verdadeira a informação falsa, restará caracterizada a publicidade engano-

sa. Verificado, porém, que o consumidor não tomou por verdadeira tal informação, a publicidade será lícita, independente de conter ou não falsidades.

A publicidade, como técnica ou arte de formação de enunciados que veiculem propaganda, quando impregnada com um certo grau de ambigüidade, deverá ser apreciada, na aferição de sua licitude, de acordo com os motivos, objetivos, mensagem e potencialidade, de modo a não causar engano (art. 37, *caput* e § 1º, da Lei 8.078/90).

Na caracterização da ilicitude do engano publicitário, não é necessária a incidência do elemento subjetivo – dolo ou culpa –, sendo, portanto, irrelevante a boa-fé subjetiva do anunciante.

A publicidade dirigida aos hipossuficientes – físico-psíquicos, econômicos ou circunstanciais –, não poderá se afastar dos parâmetros especiais traçados pela legislação de defesa do consumidor, em razão da vulnerabilidade acentuada daqueles assim conceituados.

Ante a impossibilidade de serem listadas todas as práticas abusivas, as condutas tipificadas no art. 39 do CDC são exemplificativas.

A simples potencialidade ou a capacidade de enganar é mais do que suficiente para caracterizar a ilicitude da conduta enganosa ou abusiva, cujo dano ao consumidor é um mero *plus*.

Em se tratando de publicidade, a prova da veracidade ou da não-abusividade da informação publicitária fica sempre a cargo do anunciante, derogando-se a regra geral onde o ônus *probandi* é imposto ao consumidor, independentemente da sua impossibilidade. ◆

LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DIFUSAS, COLETIVAS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEAS*

WILSON MARQUES

Professor da EMERJ. Desembargador do TJ/RJ

Nós chamamos de direitos difusos aqueles que, titularizados por uma pluralidade indeterminada e praticamente indeterminável de pessoas, não podem ser divididos em porções individuais, ou seja, não podem ser decompostos em feixes de interesses particularizados.

Como diz Barbosa Moreira, não se sabe, sequer idealmente, “onde acaba a *quota* de um e onde começa a do outro”.

Segue-se daí - acrescenta o mesmo autor - que “instaura-se entre os destinos dos interessados tão firme união que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui *ipso facto*, lesão da inteira coletividade”.

Os sujeitos não se ligam entre si por um vínculo jurídico: o liame é fático.

São exemplos de direitos difusos: o direito ao meio ambiente, à preservação da flora, da fauna, ao patrimônio cultural, histórico, artístico etc. Especificamente nas relações de consumo o direito de não ser afetado por publicidade enganosa ou abusiva.

Na mesma linha, o Código de Defesa do Consumidor considera direitos difusos “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (artigo 81, parágrafo único, I).

Cumpra não confundir direitos difusos com direitos coletivos.

Tal como os direitos difusos, os direitos coletivos também são indivisíveis, relativamente a seu objeto, mas a diferença está em que já ago-

* Tema da palestra proferida na EMERJ, por ocasião do Seminário “Direito do Consumidor no Brasil e no Mercado Comum Europeu”, realizado em 25/04/2001.

ra se está diante de uma pluralidade *determinada ou determinável* de pessoas, todas ligadas, entre si, em virtude de uma mesma relação jurídica básica.

Lá, os titulares são indeterminados e o vínculo é fático; aqui, os titulares são determinados e o vínculo é jurídico (“mesma relação jurídica básica”).

Por exemplo: o direito dos consorciados de obstar ao aumento ilegal de prestações de um consórcio; o direito dos alunos (ou de seus pais) de não se sujeitarem a exorbitantes aumentos das mensalidades escolares etc.

O interesse em ver reconhecida a ilegalidade do aumento é indivisível. A ilegalidade do aumento não será maior para quem tenha mais cotas, nem menor para quem as tenha menos, antes será igual para todos. Mas as pessoas que sofreram os prejuízos são determinadas ou determináveis, identificadas ou identificáveis, e assim são divisíveis os prejuízos que cada uma sofreu e, pois, divisível a pretensão de repetição do que se pagou ilegalmente a mais.

O artigo 81, II, do Código de Defesa do Consumidor define direitos coletivos como aqueles “transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

No inciso III desse mesmo dispositivo legal, o Código criou uma nova categoria de direitos coletivos *lato sensu*: a dos direitos individuais homogêneos.

Ao contrário dos direitos difusos e coletivos (transindividuais de natureza indivisível), o objeto dos direitos individuais homogêneos é *divisível*, pois é quantificável a extensão do dano que sofreu cada interessado e, também ao contrário do que ocorre com os direitos difusos, mas à semelhança do que sucede com os direitos coletivos, os titulares dos direitos individuais homogêneos são *determinados* ou ao menos determináveis.

Os vários titulares do direito estão ligados, entre si, por um vínculo fático.

Como decidiu, corretamente, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 175.888-PR-, de que foi relator o eminente Ministro Demócrito Reinaldo “os direitos individuais homogêneos são identificáveis e divisíveis, titularizáveis e quantificáveis”.

Não obstante todas essas diferenças, os direitos individuais homogêneos têm um certo ponto de contato com os direitos difusos, porque aqui, tanto quanto lá, os danos decorrem de circunstâncias fáticas comuns.

Bom exemplo de direito individual homogêneo encontramos no direito dos compradores de automóvel de determinada marca, ano e modelo, produzido, em série, com o mesmo defeito. Aqui há uma relação comum subjacente entre os vários consumidores - todos estão sofrendo com o mesmo defeito do veículo - mas são identificáveis e titularizáveis os prejudicados e divisíveis e quantificáveis os prejuízos que cada um sofreu.

Em resumo:

| | | | |
|---------------------------------|--------------------------|------------------|-------------------------------------|
| Direitos difusos | Titulares indeterminados | Vínculo fático | Objeto indivisível |
| Direitos coletivos | Titulares determinados | Vínculo jurídico | Objeto indivisível (ou divisível ?) |
| Direitos individuais homogêneos | Titulares determinados | Vínculo fático | Objeto divisível |

TUTELA DE DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.
A COISA JULGADA.

Efeitos. Limites. Extensão.

Dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, como já se salientou, são titulares pessoas em número determinado ou indeterminado.

Todas elas, obviamente, dispõem de legitimação para a propositura das ações destinadas à obtenção da tutela dos direitos de que todos são titulares.

Mas, como nem sempre ou quase nunca as ações destinadas à obtenção da tutela de tais direitos serão propostas por todos os legitimados a intentá-las, cumpre indagar se as que não figuraram, no processo, como partes, serão, igualmente, beneficiadas ou prejudicadas, conforme a sentença conceda ou recuse a tutela pleiteada para o interesse que lhes é comum.

Em outras palavras, o que se quer saber é se, havendo, como há, nos casos figurados, pluralidade de legitimados à impugnação do mesmo ato, a sentença proferida contra ou a favor de um faz coisa julgada material contra ou a favor dos outros? E em decorrência, se o resultado do processo, de que acaso tenha participado apenas um (ou alguns) dos legitimados, deve

tornar-se vinculativo até para os juízes de outros eventuais processos, em que venha a ser parte outro (ou outros) membros da coletividade.

Várias situações são configuráveis:

Se a ação de impugnação for intentada por todos os legitimados, *simultaneamente*, em litisconsórcio ativo ... *tollitur quaestio*.

Se o litisconsórcio for unitário - mesmo pedido e mesma causa de pedir - a decisão será uniforme para todos.

Nos outros casos - de litisconsórcio comum ou simples - a decisão será, ou não, uniforme, para todos.

Mas, em todos os casos, a sentença beneficiará ou prejudicará todos os legitimados porque todos figuraram no processo como partes. (Código de Processo Civil, artigo 472).

No caso de impugnação do mesmo ato, por mais de um legitimado, mas não simultaneamente, senão que sucessivamente, com diferentes causas de pedir, a questão também não oferece a menor dificuldade.

Nesse caso, o litisconsórcio não é unitário, cada litisconsorte poderá receber sentença de teor diferente da dos outros e, nos exatos termos do mesmo artigo 472 do Código de Processo Civil, a sentença proferida em cada processo não prejudicará nem beneficiará quem nele não figurou como parte.

A grande dificuldade está na hipótese restante - impugnação do mesmo ato, por mais de um legitimado, sucessivamente, com a mesma causa de pedir e pedido.

Exemplo: Na defesa do interesse coletivo, um acionista propõe ação de anulação de determinada deliberação de assembléia da sociedade. O pedido é julgado improcedente.

Depois, um outro acionista, que não propôs aquela ação em litisconsórcio com o primeiro, mas que, tanto quanto ele, dispõe de legitimação para propor a mesma ação, formulando o mesmo pedido, com a mesma causa de pedir (v.g.: não foram publicados editais anunciando a realização da assembléia) usa desse poder e propõe essa mesma ação, para pedir ao juiz que lhe dê, com o mesmo fundamento, exatamente aquilo que negou ao outro acionista, que propôs a ação em primeiro lugar.

Alega, v.g. que a causa foi mal conduzida por parte daqueles que, ajuizando-a não souberam explorar os melhores argumentos ou produzir as provas mais convincentes.

Ou, então, alega que o legitimado que se antecipou aos outros, mancomunado com o adversário, provocou ele mesmo a própria derrota, deixando intencionalmente de utilizar as armas de que dispunha.

A pura e simples extensão da coisa julgada aos co-titulares do interesse coletivo importaria na consagração de injustiça consistente em privar os outros legitimados de obter novo pronunciamento judicial sobre o litígio.

Por outro lado, seria igualmente desaconselhável permitir que, a despeito da vitória no primeiro processo, a outra parte se visse indefinidamente sujeita a novas investidas judiciais, com o mesmo fundamento e o mesmo fim.

Se os acionistas do primeiro grupo e os do segundo tivessem proposto as suas ações em conjunto, em litisconsórcio facultativo ativo, a decisão obrigatoriamente teria de ser a mesma para ambos, pois esse litisconsórcio seria unitário - mesmo pedido e mesma causa de pedir.

Litigando em separado, um depois do outro, a decisão logicamente não poderá ser de um teor para um e de outro teor para outro.

Não se concebe que a deliberação da Assembléia não seja e seja anulada; que continue de pé e vá ao chão; que dela se possam e não se possam extrair efeitos válidos.

Quando o litisconsórcio é unitário, a uniformidade da decisão tem de ser preservada a qualquer custo.

Mesmo que os legitimados à impugnação do mesmo ato litiguem em separado, uns depois dos outros.

Mas só há uma maneira de assegurar a uniformidade da decisão, no caso por último figurado, que agora se está a examinar.

É subordinar o juiz do segundo processo à coisa julgada formada no primeiro.

Assim não se corre o risco de quebrar a uniformidade da decisão.

Essa solução, única imaginável, oferece, no entanto, dois grandes inconvenientes.

Um de ordem técnica: a sua adoção importa em estender os efeitos da coisa julgada material a quem não foi parte no processo, sem previsão legal, em tal sentido, e com ofensa à regra constante do artigo 472 do Código de Processo Civil. (*res inter alios judicata, nec nocet, nec prodest*)

A sentença estará prejudicando terceiro (o autor da segunda ação, que não figurou, como parte, na primeira) quando pelo referido dispositivo legal, “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”.

Outro de ordem prática: a adoção da referida solução importa em escancarar as portas para a fraude. Um diretor da sociedade, interessado em manter deliberação ilegal da assembléia de acionistas, entra em conluio com um acionista, tão mau caráter quanto ele, e aquele propõe ação mal fundamentada e mal instruída, de anulação das deliberações da assembléia, para que o pedido seja julgado improcedente, livrando-se, assim, os interessados na manutenção do ato ilegal das futuras investidas dos acionistas honestos, atingidos pela coisa julgada material formada no processo instaurado a requerimento do acionista desonesto e conluiado com o diretor mau caráter.

Até agora, estamos, pois, assim: para evitar a quebra da uniformidade da decisão só existe uma solução: estender os efeitos da coisa julgada material, formada no primeiro processo, a quem nele não figurou como parte. Mas essa solução única apresenta os dois grandes defeitos indicados: um de ordem técnica e outro de ordem prática.

Em situação inteiramente similar - a dos vários legitimados à impugnação, por meio de Ação Popular, do mesmo ato lesivo ao patrimônio público - a Lei nº 4.717, de 29.6.95, que dispõe sobre a matéria, resolveu o problema de forma magnífica.

A sentença que julgar o pedido procedente, por qualquer fundamento, ou improcedente, porque considerou válido o ato impugnado faz coisa julgada material *erga omnes*, atingindo, portanto, as partes e terceiros, inclusive os outros legitimados à propositura da mesma ação. (Artigo 18)

Já a que deu pela improcedência do pedido por deficiência de prova não faz coisa julgada material para ninguém: nem para as partes, nem para terceiros. (Cf. o mesmo artigo 18)

Com esse sistema, a uniformidade da decisão não corre nenhum risco; a extensão da coisa julgada material a quem não foi parte no processo é legítima, porque determinada pela lei posterior (artigo 18 da Lei nº 4.717, de 29.6.95), que abriu exceção à regra da lei anterior (artigo 472 do Código de Processo Civil) e os conluios entre os interessados na manutenção do ato não surtirão nenhum efeito prático, pois a mesma ação poderá ser proposta, ulteriormente, por qualquer legitimado, sem obstáculo representado pela coisa julgada material, no caso inexistente.

Tal sistemática foi adotada, também, pela Lei nº 7.347, de 24.7.85, que regula a Ação Civil Pública (artigo 16) e pelo Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078, de 11.9.90 - (artigo 103).

A adoção da mesma sistemática para solução do mesmo problema, nos demais casos de pluralidade de legitimados à impugnação do mesmo ato, mediante aplicação analógica, extensiva ou ampliativa dos referidos dispositivos legais, parece ser a única solução aceitável para o instigante problema.

Expõe-se, no entanto, a críticas para as quais não há resposta satisfatória: 1) Permite que a coisa julgada opere *secundum eventum litis*, sem expressa autorização legal, o que não é ortodoxo; 2) Autoriza a aplicação de norma de exceção à regra do citado artigo 472, com infração à regra de hermenêutica, de acordo com a qual as normas de exceção se interpretam restritivamente, não admitindo interpretação analógica, extensiva ou ampliativa.

A DISCIPLINA DA MATÉRIA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor trata da matéria nos artigos 103 e 104.

No primeiro desses dispositivos - artigo 103 - a matéria é disciplinada em três incisos relativos aos direitos difusos (I), direitos coletivos (II) e direitos individuais homogêneos (III).

Direitos difusos

Inciso I

De acordo com o inciso I, a sentença que julga o pedido de tutela de direito difuso faz coisa julgada material “*erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova...”.

Trata-se de reprodução, quase *ipsis litteris* do já citado artigo 18 da Lei da Ação Popular (4.717, de 29.6.65).

Aqui, também, a sentença faz coisa julgada material *erga omnes*, no caso de procedência do pedido ou de improcedência porque se considerou válido o ato e não faz coisa julgada material para ninguém, nem para o próprio autor da ação originária, no caso de improcedência do pedido por insuficiência de provas.

Assim, não se exclui a possibilidade de propositura da “outra ação” pelo próprio autor da ação originária, não atingido pela coisa julgada material, que não se formou para os outros nem para ele próprio.

Aliás, se assim não fosse, a lei diria “qualquer *outro* legitimado” e não “qualquer legitimado”.

A cláusula “poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento” (leia-se com idêntica causa de pedir) e deve ser interpretada extensivamente: poderá intentar outra ação, com a mesma causa de pedir e com o mesmo pedido.

Se esta ação – com a mesma causa de pedir e o mesmo pedido - for intentada pelo mesmo autor da ação originária, o que é possível, como já vimos, a ação não será “outra”: será a mesma, diante da tríplice identidade de partes, pedido e causa de pedir.

A exigência da propositura da ação somente com base em “nova prova” não merece encômios.

Se “A” propôs determinada ação em face de “B” e o juiz julgou o pedido improcedente porque, apreciando mal a prova, considerou-a insuficiente para a procedência, não se afigura razoável impedir “C”, que não está sujeito à coisa julgada que não se formou no processo anterior, de propor outra ação, com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, valendo-se da mesma e quem sabe da única prova existente que, agora, corretamente avaliada, poderá levá-lo à procedência do pedido, possibilidade que fica afastada, *a priori*, se o dispositivo legal em exame for aplicado na sua literalidade.

De acordo com o parágrafo 1º do artigo 103 “os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe”.

Trata-se de dispositivo assaz enigmático.

Se por força da regra constante do artigo 103, I e II, a sentença, no caso de improcedência, por razão que não seja a da insuficiência de provas, faz coisa julgada material *erga omnes*, então é claro que essa sentença prejudica - sim - “os interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classes” (exatamente o que o parágrafo 1º diz que não acontece). Ou se não prejudica, então não é verdade que a sentença, nesse caso, faz coisa julgada material *erga omnes*, como diz o artigo 103, I.

Talvez se possa conciliar os dispositivos dizendo que o parágrafo 1º é aplicável somente aos casos de improcedência por insuficiência de provas.

A solução, no entanto, não está imune à crítica no sentido de que, assim interpretado, o dispositivo torna-se inútil porque se, nesse caso, a sentença não faz coisa julgada em relação a terceiros e nem em relação às partes, é evidente que, nessa eventualidade, não poderá mesmo haver prejuízo para ninguém, sendo desnecessário que o parágrafo 1º assim o declare, expressa e explicitamente.

Com a autoridade de autora do anteprojeto de que resultou o Código de Defesa do Consumidor, Ada Pellegrini Grinover assim explica a existência do dispositivo:

*“Exemplifique-se: numa demanda coletiva, que vise à retirada do mercado de produto considerado nocivo à saúde pública, a sentença rejeita o pedido, julgando a ação improcedente, por não considerar o produto danoso. A coisa julgada, atuando **erga omnes**, impede a renovação da ação (salvo na hipótese de insuficiência de provas) por parte de todos os entes e pessoas legitimados às ações coletivas. Mas não obsta a que o consumidor Caio, reputando-se lesado em sua saúde pelo produto, ajuíze sua ação pessoal indenizatória.”*

Ora, se, no primeiro caso, o pedido era inibitório e agora é indenizatório, é claro que, diante da diversidade do pedido e das partes, (talvez da causa de pedir, também) em nenhum caso, não expressamente previsto em lei, a sentença prejudicará terceiros, mal se compreende a necessidade de o artigo 103, parágrafo 1º afirmar que, nos casos figurados (tanto quanto nos não figurados) “os efeitos da coisa julgada... não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria, ou classe”.

Direitos coletivos

Inciso II

Os limites subjetivos da coisa julgada, nas ações intentadas em defesa de direitos coletivos, não são diferentes dos traçados, no inciso I, para os direitos difusos.

A única diferença – se é que isso é uma diferença - está na maior extensão dos efeitos da coisa julgada na tutela dos direitos difusos - que alcança toda a coletividade, sem exceção - v.g. direito ao meio ambiente - e na menor extensão desses efeitos na tutela dos direitos coletivos, que atinge somente os membros do grupo, categoria ou classe - v.g. os participantes de um consórcio.

Direitos individuais homogêneos

Inciso III

Aqui o tratamento dado à matéria é diferente .

Se o pedido for julgado procedente, a sentença fará coisa julgada material **erga omnes** “para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores”.

Na hipótese inversa, de pedido julgado improcedente, a sentença fará coisa julgada material apenas *inter partes*.

Essa conclusão está em harmonia com o parágrafo 2º do mesmo artigo 103, de acordo com o qual:

“Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo, como litisconsortes, poderão propor ação de indenização a título individual”.

A cláusula “...para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores...” deve ser entendida com o clássico grão de sal. Faltou dizer: todas as vítimas que tenham pretensão idêntica à das que intentaram a ação, ou seja, todos aqueles que querem a mesma coisa, com o mesmo fundamento, ou, ainda, todos aqueles legitimados a intentar a ação em litisconsórcio ativo, facultativo e unitário.

Sim, porque não podem estar contempladas no dispositivo, as vítimas que têm pretensões diferentes - (v.g. 1: querem abatimento do preço, em lugar da complementação do peso ou medida ou 2: querem a substituição do produto por outro da mesma espécie, em lugar da restituição imediata da quantia paga etc. etc.).

Com efeito, dar a tais vítimas prestação diversa da pretendida, retirando-lhes a possibilidade de obter a escolhida, não é beneficiá-las e sim prejudicá-las.

É bem verdade que, interpretado como aplicável somente aos casos de litisconsórcio unitário, o artigo 103, III, é ocioso, porque, não apenas no caso figurado, como em qualquer outro, a coisa julgada formada no processo que correu com os legitimados que intentaram a ação estende-se subjetivamente aos que poderiam intentá-la, em litisconsórcio unitário, com aqueles, e não a intentaram.

Por outro lado, se de acordo com a dicção do artigo 103, III, a coisa julgada somente opera *erga omnes* “no caso de procedência do pedido” e, portanto, no caso de improcedência do pedido, não faz coisa julgada material *erga omnes*, operando, apenas, *inter partes*, assim não beneficiando, nem prejudicando terceiros (artigo 472) é evidente que, nesse caso, os interessados que não ingressaram, no processo, como litisconsortes e que, portanto, nele não figuraram como parte, não podem ser prejudicados pela sentença que se proferiu e, desse modo, podem perfeitamente propor ação de indenização, ou qualquer outra, a título individual.

Ora, se é assim, para que declará-lo inutilmente, e de forma expressa, no parágrafo 2º, com violação ao princípio de acordo com o qual a lei não deve conter palavras inúteis?

Mais: O dispositivo alude à “ação de indenização”. Mas, se a ação não for de indenização não ocorrerá o mesmo? Por que, então, a restrição?

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Extensão subjetiva da coisa julgada

Artigo 103, parágrafos 3º e 4º

“O parágrafo 3º do artigo 103” - anota a mesma Ada Pellegrini Grinover - “inova profundamente com relação aos princípios processuais sobre a coisa julgada: inspirado no princípio da economia processual e nos critérios da coisa julgada *secundum eventum litis*, bem como na ampliação *ope legis* do objeto do processo, expressamente autoriza o transporte, *in utilibus*, da coisa julgada resultante de sentença proferida na Ação Civil Pública para as ações individuais de indenização por danos pessoalmente sofridos”.

Duas hipóteses podem ocorrer, diz a mesma autora:

Primeira: A Ação Civil Pública foi julgada improcedente. Os terceiros, titulares de pretensões indenizatórias, a título de ressarcimento de danos pessoalmente sofridos, estarão imunes à coisa julgada, podendo ajuizar normalmente as suas ações reparatórias. Até aqui nenhuma novidade traz a primeira parte do artigo 103, parágrafo 3º, pois as ações são diversas, não só com relação às partes, como, também, pelo objeto.

Segunda: A Ação Civil Pública foi julgada procedente. Fugindo às regras clássicas sobre a coisa julgada, o Código autoriza, por economia processual, o aproveitamento da coisa julgada favorável, oriunda da Ação Civil Pública, possibilitando às vítimas e seus sucessores serem por ela beneficiados, sem necessidade de nova sentença condenatória, passando-se, assim, incontinenti, à liquidação e execução da sentença.

A autora exemplifica: Se a Ação Civil Pública, que tenda à obrigação de retirar do mercado um produto nocivo à saúde pública for julgada *procedente*, reconhecendo a sentença os danos, reais ou potenciais, pelo fato do produto, poderão as vítimas, sem necessidade de novo processo de conhecimento, alcançar a reparação dos prejuízos pessoalmente sofridos, mediante liquidação e execução da sentença coletiva. Se, porém, a Ação Civil Pública for julgada *improcedente*, as vítimas e seus sucessores poderão intentar, normalmente, suas próprias ações reparatórias, a título individual.

O fenômeno é semelhante ao dos efeitos civis da sentença penal condenatória, sobre os quais dispõe o artigo 91, I, do Código Penal, de acordo com o qual “são efeitos da condenação: I: tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”. Nesse caso, passa-se desde logo à liquidação e execução da sentença, no juízo civil (Código de Processo Penal, artigo 63; Código de Processo Civil, artigo 584, II).

No parágrafo 4º do artigo 103, o Código utiliza a mesma técnica do parágrafo 3º ao estabelecer que “aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória”.

Considerando que os efeitos da sentença penal condenatória não podem passar da pessoa do delinqüente, parece razoável o entendimento de que a regra do parágrafo 4º é aplicável, v.g. ao empregado que praticou o crime do artigo 74, ao deixar de entregar ao consumidor o termo de garantia, mas não o é ao empregador que nenhuma condenação sofreu pelo fato delituoso do seu empregado.

EXCLUSÃO DA LITISPENDÊNCIA.

Opt out. Opt in.

Artigo 104.

De acordo com a primeira parte do artigo 104 “as ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do artigo 81 não induzem litispendência para as ações individuais...”.

Nesta parte, o dispositivo, além de pecar na terminologia, quando utiliza a expressão “não induzem” no lugar de “não produzem” ainda afirma o óbvio, ou seja, que não há litispendência entre as ações coletivas e as ações individuais.

Com efeito, uma de duas: Ou há identidade de partes, pedido e causa de pedir e há litispendência; ou não há essa identidade e não se há de falar em litispendência. Para deixar isso claro, não havia necessidade de a primeira parte do dispositivo dispor como dispõe.

Como explica a mesma Ada Pellegrini Grinover, a segunda parte do artigo 104 dispõe sobre situação diferente da que ocorre com as ações destinadas à tutela de direitos difusos e coletivos, onde o objeto do processo (indenização do bem indivisivelmente considerado; obrigação de fazer ou de não fazer) é diferente do objeto da ação individual (indenização dos danos pessoalmente sofridos).

Cuida-se, agora, diz a tratadista, de ação coletiva reparatória aos indivíduos pessoalmente lesados, onde o objeto mesmo do processo consiste

na condenação genérica, a indenizar as vítimas pelos danos ocasionados. O pedido de ação coletiva *contém* os pedidos individuais, formulados nas distintas ações reparatórias, no que respeito ao reconhecimento do dever de indenizar.

A seu ver, a hipótese é regida pelo artigo 104 do Código de Processo Civil, que dispõe sobre a continência, afirmação que se reluta em aceitar, porque a continência supõe identidade de partes, inexistente no caso figurado.

De acordo com o referido artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, nas ações coletivas de que tratam os incisos I, II e III do artigo 103 (o dispositivo fala só em incisos II e III, mas, ao que tudo indica, por mero equívoco) duas situações são configuráveis:

Primeira: O autor da ação individual *opta* pela suspensão do seu processo, no prazo de trinta dias, a contar da ciência do ajuizamento da ação coletiva: Será incluído na coisa julgada formada no processo coletivo.

Segunda: O autor da ação individual *não opta* pela suspensão do seu processo, antes opta pelo prosseguimento deste: será excluído da coisa julgada coletiva, ainda que favorável.

Esse regime foi mutuado do sistema norte-americano das *class actions*, que conhece a técnica da *opt out* e a *opt in*, pela qual quem opta por não ser abrangido pela coisa julgada é dela excluído, ficando os não optantes submetidos à regra da extensão subjetiva do julgado. ◆

UMA NOVA VISÃO DO UNIVERSO JURÍDICO

LUIZ FUX

Professor da EMERJ e da UERJ. Desembargador TJ/RJ

INTRODUÇÃO

JULIUS KIRCHMAN, jus-filósofo do século XIX, comparava o mundo natural ao mundo jurídico através de uma imagem poética, ao confrontar as constantes mutações do direito, enquanto o sol, a lua e as estrelas mantinham o mesmo brilho desde a criação do universo.

O mundo jurídico também tem sua constelação onde sobrelevam como estrelas mais reluzentes a Lei e a Justiça.

A primeira corresponde, segundo MIGUEL REALE, à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem. A segunda resulta da aplicação prática do que dispõe a lei nas hipóteses em que se verifica a “irrealização espontânea” do direito, fenômeno histórico evidenciado por COUTURE. A intervenção da justiça fulcra-se, exatamente, na constatação de que, diante da recusa ao cumprimento das leis, impõe-se a mediação judicial coativa e soberana.

O notável mestre peninsular ENRICO TULLIO LIEBMAN, que se exilou no Brasil refugiando-se da perseguição nazista e em São Paulo fundou a nossa “escola processual brasileira”, afirmava que “direito sem justiça” representava legar o respeito à ordem e à boa vontade dos homens; e “justiça sem direito” implicava dispor no “vácuo”.

Esse amálgama entre a Lei e a Justiça, dois grandes astros do mundo que ora contemplamos, é a essência da “experiência jurídica”, porquanto, consoante a lúcida percepção de RECASÉN SICHES, lançada na sua notável obra **Nueva Filosofía de la Interpretacion del Derecho**, México, 1973, “a índole do direito positivo não está em construir um reino de idéias puras, válidas por si sós, abstraindo-se toda aplicação real a situações concretas da vida”. Lei e Justiça, portanto, compõem as duas faces deste universo sobre as quais gravitam todos os fenômenos jurídicos.

Sob a ótica da natureza que enfeita o preâmbulo desta digressão, nos é permitido um primeiro passo na invasão do tema proposto, ao anunciar que resplandece no céu do terceiro milênio a “Era da Legitimidade”, resultante das novas expectativas quanto à “lei e à justiça”, emergentes das respostas à crise jurídica que agoniza no mundo que ora contemplamos.

A crise hoje vivenciada tem dupla *ratio essendi*: a “dissintonia entre a lei e os anseios sociais” e a “ineficiência da realização da justiça”.

A lei, como regra de conduta, no seu amplo espectro de regulação das atividades humanas, tem-se revelado afastada das expectativas da comunidade.

A justiça, por sua vez, se apresenta ineficiente e incapaz de cumprir o sumo postulado enunciado pelos juriconsultos romanos de *perpetua voluntas unicuique suum tribuendi* (a vontade perpétua de dar a cada um o que é seu), quer pelas desigualdades que encerra, quer pela tardança da prestação jurisdicional, quer pela qualidade da resposta judicial.

Cada uma dessas questões deve ser enfrentada, para que se possa anunciar as perspectivas do mundo jurídico no limiar do terceiro milênio, que, na sua essência, residem na instauração da denominada “Era da Legitimidade” encartada numa das “Eras do Direito”, idealizadas pela notável cultura de NORBERTO BOBBIO.

A CRISE DA LEI

A crise da lei representa a “crise dos paradigmas”. O modelo de legalidade liberal individualista revela-se ineficaz aos olhos da nova sociedade de massa. Magnífica transformação sofreu a concepção dos direitos desde a sua percepção jusnaturalista, fruto dos fecundos debates da Idade Média, transpassando o racionalismo decorrente da primazia do individualismo pregado pela Revolução Francesa e pela humanização das encíclicas papais contra os rigores do capitalismo, até desembocar na nova “Era dos Direitos” não mais individuais senão “coletivos ou supra-individuais”.

Essa novel realidade jurídica reclama exaustivas regulações, a par das investidas existentes nesse segmento, com a tutela legal e judicial dos interesses difusos, na linguagem de PROTO PISANI. Destarte, a evolução socioeconômica fez exsurgirem os denominados “novos direitos” gerados em ambiente legislativo diverso daquele de outrora, inaugurando no cenário jurídico realidades imprevisíveis, situações surpreendentes. Ora são delitos novos, inimagináveis, e que escapam à sanção por força da anterioridade;

ora situações humanas de convivência que rompem a ortodoxia do direito privado e que reclamam um tratamento humanizado pelo legislador; ora direitos que antes se situavam no plano meramente ideológico e que, hoje, ocupam espaço concreto nas esferas supra-individuais, como v.g., o direito a um “meio ambiente saudável”. Enfim, são “direitos surpreendentes”, todos classificados por BOBBIO como de “terceira geração”, que reclamam “o debruçar do legislador e o manto de uma nova ordem jurídica”.

Nada obstante, urge, também, uma redefinição normativa que se identifique com as carências e necessidades cotidianas de cada grupo social, consoante as suas peculiaridades.

Em direito, nada pode ser genérico, nada pode ser global; consoante proclamavam os antigos: *ubi societas ibi ius*.

A tão decantada globalização, que encontrou no plano da arte e da estética um caminho de comunicação universal, que na literatura serviu à busca de uma linguagem única que servisse de ponto de encontro da humanidade, desde a tragédia grega de SÓFOCLES na Grécia Antiga, passando pelo teatro anglo-saxônico de SHAKESPEARE, pela lírica de CAMÕES, transitando pela maravilhosa prosa de MACHADO DE ASSIS ou aportando na sublime poesia de FERNANDO PESSOA, que inspirou os homens a navegar por imensos e desconhecidos mares, até iniciar a “navegação cibernética”, através da qual a globalização das informações são recolhidas sem limites, sem restrições, sem controle e sem mando, esbarra no inatingível “Sonho Kantiano”, pela instauração da ordem universal e da paz perpétua.

É que, mercê da impossibilidade de regular-se meios sociais diversos com o mesmo instrumental legislado, a globalização tem a sua face oculta onde encontra subterfúgio o objetivo inconcusso de submissão econômica dos fracos aos fortes.

As peculiaridades sociais de cada comunidade não encontram na globalização uma resposta às desigualdades, visto que não se pode regular de forma genérica a conduta de pessoas desiguais.

RUI, na clarividência de suas luzes, advertia que a efetivação do princípio isonômico impunha “tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais”.

Desta sorte, a transição para uma nova juridicidade deve considerar a globalização do direito com reservas, porquanto se deslegitima quando alcança meios sociais nos quais gravitam valores ético-políticos diversos daqueles onde a norma global vai incidir.

Afinal, antiquíssima e a um só tempo atual, a lição de SALEILLES, *in Les Méthodes Juridiques*, ps. XXI-XXII: “O Direito é feito para trazer em disposições positivas e imperativas toda a evolução social. As mudanças econômicas e sociais constituem o fundo e a razão de toda a evolução jurídica”.

Modernamente, tem-se a adequação da lei aos valores sociais da comunidade onde vai incidir como requisito de “eficácia” da ordem jurídica. A sociedade deve “viver o direito e reconhecê-lo”, através de uma adesão racional ou mesmo por meio de um “assentimento costumeiro”, como o denominou MAURICE HAURIOU, para que seja “formalmente válida e socialmente eficaz” a regra de direito.

JEHRING, em seu *L’Esprit du Droit Romain*, fundado nos antigos juristas, advertia que as leis deveriam se adaptar “às necessidades da vida e às exigências da sociedade”.

Sobressai, assim, como expectativa do terceiro milênio, um “Pluralismo Jurídico”, como novo paradigma do direito positivo. Não aquele supostamente progressista, de “teor democrático popular”, através de ordens informais, eis que, como lembrado por WOLKMER, “à nossa tradição ético-cultural introjetada e sedimentada no inconsciente da coletividade e das instituições brasileiras repugna uma cultura jurídica informal com a total e absoluta ausência do Estado”, mas um pluralismo que considere em perfeita interação o cruzamento interdisciplinar entre o Direito como fonte normativa oficial e o Poder Social. É o denominado “Pluralismo Jurídico Comunitário Participativo”, que parte de um “sistema de necessidades” envolvendo exigências valorativas, bens materiais e imateriais como a vida, liberdade, justiça, e que variam de uma sociedade para outra.

Em suma, um direito coexistencial, fruto da vontade oficial e de seus consumidores.

Numa das mais recentes constatações de estudiosos do fenômeno jurídico, concluiu-se a necessidade de “simplificar o direito”, considerando, exatamente, o meio social de sua efetivação. Isto porque, um direito inacessível sob a ótica de sua ininteligibilidade “arrasta a inacessibilidade à justiça”, uma vez que um cidadão que desconhece os direitos que ostenta jamais poderá exercê-los em juízo ou fora dele.

JOHN MAYHEW, através do principal estudo empírico inglês a respeito desta aptidão pessoal do cidadão para reconhecer um direito e defendê-lo pelos meios disponíveis, denominado **Institutions of representation:**

Civil Justice ad Public, concluiu que: “O conhecimento daquilo que está disponível constitui pré-requisito da solução do problema da necessidade jurídica e é preciso fazer muito mais para aumentar o grau de conhecimento do público”. Na clássica conclusão da escola francesa de Quebec, referida por ABEL SMITH, “*le besoin d’information est primordial et prioritaire*”.

Esta capacidade jurídica pessoal se relaciona com os recursos financeiros, diferenças de educação e *status* social, no dizer de CAPPELLETTI, razão por que o pluralismo que se preanuncia e se reclama para o terceiro milênio rompe barreiras ortodoxas para descortinar um mundo mais justo.

Sinteticamente, nesse ângulo ora examinado e numa visão perspectiva, o terceiro milênio, como “Era da Legitimidade”, tem o compromisso ideológico de erigir um ordenamento que de forma simples e acessível contemple os novos direitos e consagre um “pluralismo jurídico-participativo”, em que as leis encerrem o sentimento de justiça generalizado na sociedade.

A CRISE DA JUSTIÇA

A crise judicial é a enfermidade mais grave do que a da lei, porquanto multifária nos seus sintomas. Aqui e alhures, a justiça, como instituição responsável pelo bem e pela felicidade através da intermediação dos conflitos intersubjetivos, alcançou graus alarmantes de insatisfação popular, quer pela sua morosidade, quer pela ineficiência das formas usuais de prestação judicial, quer pela qualidade das decisões. MAURO CAPPELLETTI viu esse grupo de deficiências, qualificando-as de “Barreiras de Acesso à Justiça”. Este quadro atual infirma o desígnio maior da jurisdição que é a pacificação social, alimentando, por consequência, no âmago do cidadão comum, o desejo de “vingança privada”, forma primária de solução dos conflitos e cuja eliminação marcou o epílogo de uma luta secular na história da organização civilizada da sociedade, no dizer preciso de FREDERICO MARQUES.

Mister frisar-se que em todos os países do mundo de matiz romano-germânico como o nosso, preconizantes do sistema do *civil law*, a justiça é morosa, solene, custosa e, de regra, produz um resultado decepcionante aos olhos de seus consumidores.

CAPPELLETTI e BRYAN GARTH, professores em Stanford, no relatório acerca do acesso à justiça elaborado sob o título “*Justice for all*”, informam que, na Itália, um processo tramita durante 500 dias na instância primeira e 700 dias no segundo grau. Na Espanha, malgrado a agilidade dos instrumentos inseridos na “*Ley de Enjuiciamiento Civil*”, o processo não

se finda antes de 3 anos. Idêntica lentidão vivencia o processo francês que emprestou, genuinamente para o mundo, um exemplo de codificação que foi o primeiro **Code de Procédure Civile**.

Conforme se pode observar, não é peculiar ao nosso processo e à justiça brasileira a patologia da morosidade. E a razão histórica ressalta descortinada nos dias de hoje.

Os sistemas antes mencionados têm o substrato de suas origens e de seus princípios nas idéias iluministas que romperam com o absolutismo do Estado e seus organismos, para valorizar o “homem”, na sua concepção individual. Segundo os teóricos do “século das luzes”, o judiciário era uma parcela do superado Estado - Absolutista e a ele também se deveriam colocar as amarras necessárias para que os cidadãos não sofressem os desmandos e os arbítrios da magistratura. Essa suposta prepotência do judiciário vem estampada na concepção de ROUSSEAU, segundo a qual, o juiz representava um verdadeiro “ditador”. Visando tolher a atuação da justiça sem limites, MONTESQUIEU preconizava que o juiz deveria ser apenas “*la bouche de la loi*”, adstringindo-se a pronunciar as palavras da lei no caso concreto, sem torná-las realidade, imediatamente.

Esta tortuosa visão da função judicial, introjetada no século onde foram erigidos os princípios e os dogmas processuais reinantes até então, foi a responsável pela criação de liturgias, formas, garantias engessadoras da atuação do judiciário e, *a fortiori*, responsáveis pela lentidão da resposta judicial.

Um juiz que apenas se limita a declarar a vontade da lei, não a tornando efetiva de pronto, não faz mais do que concitar o vencido a cumprir o comando sem qualquer eficácia no plano fenomênico. A simples recusa em atender à decisão, impõe ao vencedor que se utilize de outro instrumento capaz de tornar realidade aquilo que consta da sentença. Logo, a exortação ao respeito à decisão ressoa aos ouvidos do leigo e do vencido como “mera divagação”... É o que a *vox populi* denomina de “sensação de impunidade”.

Ademais, a autorização para que o judiciário apenas concite o vencido ao cumprimento da obrigação contida na decisão, explica, mas não justifica, o malogro da denominada “sentença condenatória”.

Na sua essência, a condenação civil não é mais do que mera “declaração”, como advertia LIEBMAN, no seu **Manuale di Diritto Processuale**, porque o juiz quando condena se limita a conclamar o venci-

do a cumprir a obrigação sob pena de execução. E o que é a execução senão um processo que visa a satisfação da parte vencedora e que, de regra, recai na frustração da ausência de resultado?

Mais uma vez a voz do povo proclama a ineficiência judicial, através de um de seus ditos, a saber: “o vencedor por vezes ganha, mas não leva...”

Não reside apenas nesse ponto o malogro da “condenação civil”. Esta forma de realização de Justiça é tanto mais ineficiente na medida em que atua *ex post facto*; isto é: depois de consumada a lesão. De regra, o seu cumprimento resulta em favor do vencedor um “verdadeiro prêmio de consolação”, no dizer crítico de BARBOSA MOREIRA.

Entretanto, a efetividade do aparelho judicial está exatamente em “prevenir” o dano ao invés de prover de forma ressarcitória, atentando para a moderna doutrina preconizada, dentre tantos, por CANDIAM *in Nozioni Istituzionali di Diritto Privato*, no sentido de que a justiça deve prover acerca do “ilícito de lesão” e do “ilícito de perigo”. Para os primeiros, funciona a condenação, para os segundos, há de se prover sob a forma de “inibição” porquanto, nesse caso não há lesão mas “*ha ragione di temere la violazione di um diritto*”.

Enfrentemos, agora, a tormentosa questão das solenidades e ritualismos que postergam a prestação jurisdicional, porquanto o judiciário não pode discricionariamente deixar de cumprir as etapas traçadas pelo legislador sob pena de violação do princípio, do *due process of law*, de eminência constitucional.

Os ritualismos propostos inegavelmente conspiram para a morosidade da prestação jurisdicional, encerrando um quadro gravíssimo não só de ineficiência mas também de violações aos mais comezinhos anseios de justiça.

Afirmou-se em magnífica sede que “se a injustiça como violação à lei é má, a injustiça como sistema é intolerável”...

A tardança da resposta judicial sacrifica o jurisdicionado que clama por justiça imediata, mormente aquele que não tem condições de suportar o “tempo de duração do processo”. A par da frustração causada pelo advento da providência em momento já inoportuno e inútil, a demora da realização do valor de justiça revela quão inacessível se demonstra o acesso à Justiça pela parte mais débil.

A Convenção Européia de Proteção das Liberdades Fundamentais, que ostenta a mesma eminência da Declaração Universal dos Direitos do

Homem, assenta no artigo 6º, § 1º, que um país que não se desincumbe da prestação jurisdicional em prazo razoável tem uma “Justiça inacessível”.

Outrossim, a perfeita exegese do canône constitucional do “acesso à justiça”, segundo o qual “nenhuma lesão ou ameaça a direito escapará à apreciação do judiciário”, pressupõe a sua efetividade, no sentido entrevisto por CHIOVENDA de que “ninguém deve sofrer o mais tênue prejuízo pelo fato de ter recorrido à Justiça”.

Destarte, a demora da resposta judicial leva ao exaurimento de forças à parte débil que, diferentemente do litigante mais portentoso, não tem condições de arcar com essa lentidão, permitindo àquele arrancar-lhe vantajosas concessões. Por esta razão, CAPPELLETTI, curvado sobre o problema, cedeu à realidade ao concluir: “a justiça é igual para todos, mas um pouco mais igual para os ricos e um pouco menos igual para os pobres”.

Por outro lado, e independentemente das condições dos litigantes, subjaz outro problema técnico derivado da morosidade.

A quem interessa a lentidão do processo? Ao autor que tem razão, ou ao réu que, através da utilização de supostas garantias, posterga o reconhecimento civilizado da justeza da pretensão do *ex adversus*? Ressalta evidente que o desnecessário decurso do tempo no processo repousa sobre os ombros de quem tem razão, em favor do abuso daquele ciente da sua posição desfavorável.

Ao ângulo axiológico, a parte que necessita de tempo para comprovar seu direito ou contra-direito é que deve suportar o “ônus do tempo no processo”. Trata-se de uma conclusão dessumida dos princípios da “isonomia” e do “devido processo legal”. Quanto ao primeiro, inegável reconhecer o desequilíbrio que se causa em projetar em alguém o ônus suportável por outrem.

Ao segundo aspecto, oferecer à parte que tem razão um processo delongado, ritual e moroso, é encerrar a consagração, às avessas, do *due process of law*, podendo mesmo aduzir-se a um “*indevido processo legal*”. Resumindo esta distorção do sistema, a moderna doutrina processual italiana, da lavra de ITALO ANDOLIMA, na sua obra **Cognizione ed Esecuzione Forzata nel Sistema della Tutela Giurisdizionale** detectou um “dano marginal” à parte “*specificamente causato dalla durata temporale del processo*”.

Diante deste desanimador panorama, o que se aguarda para o terceiro milênio?

MARTIN HEIDEGGER afirma que toda pergunta envolve uma intuição do perguntado... e *in casu* a resposta também é intuitiva: “uma justiça rápida” que considere a ineficiência das formas usuais de realização do bem através da jurisdição, percebendo que as ritualidades são necessárias apenas para os denominados “casos de incerteza”, já que no momento em que o juiz obtém a certeza - (não a verdade que é uma quimera sob a ótica do processo) - deve cessar a sua atividade especulativa e surgir uma decisão, relegando à parte que tem interesse na contraprova a assunção do ônus do tempo necessário ao alcance da exatidão de sua versão.

Por oportuno, não basta uma justiça rápida, senão também adequada.

Na prestação da justiça, o juiz deve considerar as necessidades do caso concreto, ajustando as formas às questões de fundo, para que estas não sejam sacrificadas em prestígio daquelas. A permissão de adaptação da realidade normativa à realidade prática, tão decantada por KANT, corresponde à efetivação do princípio de que “a todo direito corresponde uma ação que o assegura”. PROTO PISANI preconiza a necessidade de combinações entre as diversas formas procedimentais no afã de atender às peculiaridades do caso concreto. “*Non esiste un unico processo che offra una unica forma di tutela per tutte le situazioni di vantaggio, ma esistono invece una pluralità di processi ed una pluralità di forme di tutela giurisdizionale; la diversità di questi processi e di queste forme di tutela e delle loro variegate combinazioni, riflettono la diversità dei bisogni di tutela delle situazioni di vantaggio*”, in **Appunti Sulla Giustizia Civile**, p. 11-12.

Nesse seguimento, o legislador e o juiz do terceiro milênio hão de ter em mente que as “situações de periclitación e as de evidência” merecem tutela imediata. A primeira, em face da possibilidade de dano irreparável acaso a justiça não seja imediata. A segunda, porque em face de um “direito líquido e certo” não se revela justo o aguardar indefinido de uma resposta judicial, que não pode ser outra senão aquela que acompanha a prova inequívoca que conduz à verossimilhança e à probabilidade de êxito do alegado pela parte. Conforme tivemos oportunidade de expender *in LUIZ FUX*, “Tutela de Segurança e Tutela de Evidência”, nossa tese aprovada quando da obtenção da titularidade em Processo Civil na Faculdade de Direito da UERJ, a defesa em juízo dos “direitos evidentes” e dos “direitos em estado de periclitación” reclamam um regime jurídico muito diverso daquele que é tradicional, orientado pela presteza e fungibilidade da prestação jurisdicional.

Destarte, quando se alvitra para o terceiro milênio a “realização imediata de justiça”, por via reflexa, pugna-se pela imediatidade da satisfação do vencedor no plano prático.

As sentenças devem valer por si sós, sem necessidade de atividades complementares que impliquem nova e delongada relação processual. A auto-executividade e a mandamentalidade das decisões é anseio cuja contemplação não pode ultrapassar a “nova era” sem a correspondente consagração.

O juiz, além de servir como a “boca da lei”, há de ser os seus “braços”, realizando aquilo que definiu como justo, com soberania e coatividade no mesmo processo em que decidiu. Em conseqüência, suas decisões devem ser cumpridas sob severas penas, porquanto o descumprimento da decisão judicial atenta contra a soberania judiciária, abala a ordem e a paz. As decisões jurídicas hão de se transmutar de simples exortações para verdadeiras “ordens”, passíveis de exigibilidade imediata pelo próprio poder que as produziu.

Os juízes passam a despir-se do traje burocrático-judicial para encerrar nas decisões que profiram, o império da lei e da justiça, remontando ao prestígio alcançado pelo pretor romano, que atuava com *imperium iudiciis* e cuja influência logrou arregimentar notável prestígio à magistratura anglo-saxônica do *common law*.

Forçoso reconhecer que o descumprimento das sentenças como um “desacato judicial” é, sem dúvida, um reclamo atual da sociedade, que não mais se compadece com a necessidade da complementaridade de um processo de execução que admite todas as formas de postergação dos direitos do vencedor. PROTO PISANI, nos apontamentos citados, destaca trecho onde erige a “prisão” como meio de coerção capaz de compelir o vencido ao cumprimento da sentença, merecendo o repúdio da doutrina italiana capitaneada por SÉRGIO CHIARLOMI, sob o argumento de que haveria uma “Penalização do Processo Civil”.

A razão perspectiva nos parece acompanhar PISANI, na medida em que a eventual restrição à liberdade não implicará retrocessos e inconstitucionalidades, já que aqui e alhures - países anglo-saxônicos - a prisão por dívida é vedada, não assim aquela decorrente do descumprimento voluntário e afrontoso de ordens judiciais. MOLINA PASQUEL esclarece na obra sobre **Contempt of Court-Correciones Disciplinarias y Medios de Apremio**, n. 63, que a restrição à liberdade decorre do descumprimento

do que consta do decreto de *specific performance* ou das *injunctions* e não pelo inadimplemento da obrigação no plano extrajudicial.

Last but not least, a lentidão e a conseqüente ineficiência da resposta judicial não representam, lamentavelmente, os únicos males contemporâneos da justiça.

A qualidade da decisão como decorrência de sua falta de adequação às expectativas sociais vem desencantando aqueles que se subsumem à autoridade do judiciário.

Nesta zona, a crise judicial confina com a crise da lei, porque no sistema adotado da tripartição dos poderes a matéria-prima com a qual o juiz trabalha é a lei, justa ou injusta, adequada ou inadequada à realidade social.

Em certa medida, a “justiça da decisão” depende da “justiça legal”, porquanto o magistrado tem como atividade precípua a subsunção dos fatos às normas existentes. A lei preexiste e nem pode retroagir. Logo, a sentença como ato de definição judicial do justo não é senão a aplicação da lei ao caso concreto, ou, à vontade concreta da lei, como preferia CHIOVENDA.

Variados exemplos de sistemas se apresentam à superação desse obstáculo para o terceiro milênio.

Em primeiro lugar, aquele que admite uma postura ideológica do magistrado e que se nos apresenta ilegítima, que é a de considerar a lei apenas “uma referência”. Semelhante entendimento nos permitiria remontar à “Escola do Direito Livre” capitaneada por KANTOROWICZ, que até hoje não mereceu, senão, alusões didáticas e, à semelhança da denominada “Jurisprudência Sentimental” do juiz MAGNAUD, atravessou o firmamento jurídico da Europa como um meteoro; da sua trajetória curta e brilhante não restaram vestígios...

A jurisdição - e isto não se pode olvidar - é uma função popular e, decerto, o cidadão não descansaria tranqüilo pudessem os juízes ser “os artesãos do caso concreto”, gerando nefastas expectativas. MENDELSSONHN-BARTHOLDY, opondo-se à “livre indagação” assentou no início do século, na obra **Das Imperium des Richters**, p. 153 que: “O texto legal oferece dupla vantagem: é útil para o povo e protege o juiz. Constitui para este um vínculo, um grilhão, limite ao seu império. Outrora o julgador deliberava de acordo com a sua consciência; a desconfiança popular cobriu-o com a lei; serve esta de couraça para ele contra a maledicência, mas também o amarra e imobiliza de modo que lhe não permite o anseio da onipotência”.

A “anterioridade legal” é, realmente, fator de tranquilização da opinião pública contra os eventuais despotismos da magistratura. As normas em branco tornam casuísticas as decisões judiciais, fazendo surgir uma temível discricionariedade a par das desigualdades possivelmente produzidas por decisões diversas proferidas em casos semelhantes. DEL VECHIO, na obra **In Sulla Positività come Carattere del Diritto**, p. 17, advertiu, com preciosismo, para o valor da positividade como instrumento de “certeza”, tão importante para o direito no doutrinar: “A pretensa liberdade na aplicação do Direito constitui, de fato, além de um paralogismo teórico, um perigo permanente contra a liberdade jurídica dos cidadãos, a qual tem exatamente uma das principais condições: a certeza do direito calcada, sobretudo, na soberania inconcussa da lei”.

Subjaz, entretanto, a necessidade de superação da lei inadequada e injusta no momento de sua aplicação. Qual a resposta antevista pelos “novos tempos”, repudiada a doutrina do direito *contra legem*?

Em primeiro lugar, as expectativas da elaboração de leis socialmente justas repousa no citado pluralismo participativo.

Nada obstante, os juízes, no afã de implementar a tripartição e cumprir a lei, devem manter um vigilante pensamento crítico à dogmática e à hermenêutica tradicionais. Afinal, a norma positiva não é um conjunto de preceitos rijos, cadavéricos, mas uma força viva, operante, suscetível de desenvolvimento, no dizer de MAX SALOMON - **Das Problem der Rechtsbegriffe** - p. 63-64.

Em conseqüência, a postura judicial que se aspira para o “terceiro milênio” é aquela que liberta o juiz da camisa de força de se adstringir à literalidade, permitindo-o alcançar as realidades do ambiente em que atua, adaptando vetustos textos legais às novas expectativas e à dinâmica social, através da visão interdisciplinar do fenômeno jurídico.

As sentenças deverão ostentar como requisito intrínseco de validade “a justiça que encerram”, vindo, ao depois, a verificação da adequada “roupagem jurídica”. Uma sentença em que se constrói o “jurídico” antes do “justo”, se equipara a uma casa onde se erige o teto antes do solo... Em suma, numa visão *Aristotélica*, caberá à magistratura, no primeiro momento, *secundum legis*, construir a “justiça do caso concreto”, ensejando uma era frutuosa de notável “poder criativo dos juízes”.

PLAUTO FARACO DE AZEVEDO, na sua notável **Crítica à Dogmática e à Hermenêutica Jurídica**, almeja essa era do poder judicial

criativo que enseje a harmonia social e o aperfeiçoamento da ordem jurídica; “um poder que atenda às exigências de justiça perceptíveis na sociedade e compatíveis com a dignidade humana, um poder para cujo exercício o juiz se abra ao mundo ao invés de fechar-se nos códigos, interessando-se pelo que se passa ao seu redor, conhecendo o rosto da rua, a alma do povo, a fome que leva o homem a viver no limiar da sobrevivência biológica”.

Enfim, um juiz humanizado e que empreste essa sensibilidade à sua função, para que o tempo testemunhe a luta da justiça em prol da vida e da esperança do homem.

Advirta-se, no entanto, que não há aspirações que não passem pela premissa do “humano”.

O direito e as sentenças valerão tanto quanto valham os operadores jurídicos do terceiro milênio. PLATÃO, cuja utopia tanto sucumbiu ao racionalismo aristotélico, legou à história uma afirmação insuperável: “Não pode haver justiça sem homens justos”, o que nos conduz à reflexão, quanto à derradeira crise neste ocaso de milênio: “a Crise do Ensino Jurídico”.

A CRISE DO ENSINO JURÍDICO

A experiência jurídica nos seus momentos de produção e de aplicação trazem de volta à cena os nossos dois grandes astros: a Lei e a Justiça.

As crises enfocadas quanto a ambos, subsumidas na neutralidade do homem jurídico em relação às expectativas da comunidade, têm como estuário comum a inegável influência do ensino jurídico. É através deste que o operador do direito, na acepção ampla do vocábulo, adquire a sua visão do jurídico e de suas configurações.

Neste processo de intelectualização jurídica, o estudante, de regra, é instado a pensar o direito como um conjunto de preceitos, sem que se lhes descortine as virtualidades das leis, os antecedentes de sua criação, um juízo valorativo à luz dos campos do “ser” e do “dever ser”.

A tendência desta postura corriqueira se envereda no caminho da formação de positivistas, os quais, inafastavelmente restarão por plasmar nas múltiplas atividades que venham a exercer, a obscuridade de suas culturas e o absentismo de suas sensibilidades.

PLAUTO FARACO, mais uma vez nas digressões antes citadas leciona: “Esta situação denota mais do que uma lacuna importante no aprendizado jurídico. É ela indicativa de que o ensino funciona como um sistema fechado em que gravitam conceitos jurídicos, cultivados com elevado grau

de abstração que o afasta dos dados sociais reais, a tal ponto que os juristas tornam-se prisioneiros do tecnicismo que engendram...”

A não ser pela inércia de um discurso ideológico secularmente veiculado pelas Faculdades de Direito e, em conseqüência, reproduzido em grande parte da literatura jurídica, não há porque pretender circunscrever a investigação realizada pela Dogmática jurídica à enunciação de “puros juízos de constatação”, rigidamente separados de quaisquer outras indagações a ela referentes.

O “pensar” estritamente dogmático, engessado pelo reducionismo lógico-formalista, faz escapar ao estudante de Direito a *ratio essendi* da matéria-prima que adquire nas faculdades e que se destina à solução dos “multifários dramas humanos”.

Como formar homens sensíveis, justos, críticos, se o estudo do Direito se perfaz em circuito fechado, em que a contemplação da norma estática encerra a um só tempo o juízo de valor e o juízo da realidade? Qual o espaço acadêmico para o desenvolvimento do pensamento crítico?

O terceiro milênio reclama uma opção translúcida sobre a proposta universitária no campo do direito.

Impossível é resistir aos nossos invasores, porquanto o estudo do Direito sem a necessária visão interdisciplinar, afasta o jurista do mundo, criando um universo apartado da realidade onde sobressaem a limitação, a perplexidade e a notável perda de prestígio, frustrando os anseios e as esperanças que se depositam historicamente nos corações e nas mentes dos “bacharéis”.

A ênfase à visão interdisciplinar do direito, recolocando-se no altar-mor a que fazem jus a filosofia, a sociologia, a hermenêutica e a história das instituições, atenderá à sagrada missão do sacerdócio do magistério.

Enfim, retomando KIRCHMAN, pretendemos alcançar um novo firmamento, com outro brilho para nossas estrelas maiores, a saber: a Lei e a Justiça, que encantam nossos sonhos, frequentam nossas vidas e alimentam nossas esperanças.

O caminho, sabemos, é árduo; por ele passaram as mentes mais privilegiadas da humanidade, de Platão a Kant; em prol da disseminação dessa virtude que é a justiça, o Senhor de todas as idéias e de todas as palavras morreu na cruz, mas este ainda é o sonho da humanidade. É o grande valor sobre o qual repousam as perspectivas do terceiro milênio a desafiar a sensibilidade dos homens sob a forma de indagação: o que é Justiça?

As nossas propostas talvez não confirmem a resposta, senão indicam uma nova forma de perguntar.

KARL ENGISCH, na sua **Introdução ao Pensamento Crítico**, nos revela que por vezes não se deve buscar a resposta, senão mudar a forma de indagar, e exemplifica: num determinado dia o metrô de uma grande metrópole amanheceu com todas as paredes pichadas com os seguintes dizeres “GOD IS THE ANSWER!” (Deus é a resposta!). No dia seguinte, as paredes apresentavam, abaixo, uma nova pichação: “WHAT IS THE QUESTION?” (Qual é a pergunta?).

Por hoje, nem a pergunta e nem a resposta, mas a certeza de que um novo tempo se avizinha e de que vamos ao encontro dele, com a fé que nos tranqüiliza a alma, com a serenidade de que lutamos em prol do bem e da verdade e com a independência de consciência do poeta FERNANDO PESSOA:

*“Não se pode servir à sua época e à todas as épocas ao mesmo tempo;
Nem escrever para homens e Deuses o mesmo poema”.* ◆

PENHORA, DEPÓSITO E PRISÃO DO DEVEDOR

ROGERIO DE OLIVEIRA SOUZA

Juiz de Direito

“E se algum devedor, depois de ser condenado em alguma quantia de dinheiro, pão, vinho ou outra semelhante cousa, que se costuma contar, pesar, ou medir, alhear seus bens em prejuízo do vencedor, por neles se não fazer execução, seja preso, e o não soltem até cumpridamente satisfazer ao vencedor, sem poder fazer cessão” (Livro III, Título LXXXVI, parágrafo 13, Ordenações Filipinas, 1603).

A doutrina e a jurisprudência pátrias são férteis em debater e decidir casos em que o devedor aliena ou onera os bens que se encontram penhorados com o fim de garantir a satisfação do direito do credor, no entendimento quase unânime de que os negócios jurídicos realizados (v.g., compra e venda, promessa de compra e venda, doação etc.) são ineficazes em relação ao credor, embora válidos e eficazes em relação aos terceiros contratantes¹. Padecem os debates, no entanto, de um rigoroso enquadramento da *conduta do devedor* que aliena ou onera o bem penhorado, esquecendo-se os operadores do Direito de que o devedor, normalmente, se encontra na posição de depositário do bem com todas as obrigações e deveres daí

¹ Ovídio Baptista da Silva esclarece que “a penhora torna ineficaz, em relação ao credor penhorante, o ato de alienação que o devedor praticar do bem penhorado, de modo que a atividade executória prosseguirá sobre o bem afetado com a penhora mesmo contra o adquirente” (cf. **Curso de Processo Civil**, V. II, p. 61, 1990, Sérgio Fabris Editor, Porto Alegre). No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco leciona que “no tocante à fraude de execução, pode-se dizer pacífica a doutrina brasileira atual, quando afirma tratar-se de causa de ineficácia do ato dispositivo” (cf. **Execução Civil**, p. 252, 3^o ed. 1993, Malheiros, São Paulo). Por fim, pode-se citar Yussef Said Cahali, acentuando que “na realidade, doutrina e jurisprudência, com maior precisão técnica, estão consolidadas no sentido de qualificar o ato praticado em fraude de execução, como sendo inoperante ou ineficaz em relação ao credor exequente, para deduzir daí a possibilidade de serem executados os bens assim alienados, com o objetivo de ser satisfeita a dívida” (cf. **Fraude Contra Credores**, p. 392, 1989, Ed. RT, São Paulo).

decorrentes. Indaga-se, portanto, se o devedor-depositário do bem penhorado encontra-se sujeito à prisão, em razão da alienação ou oneração.

A análise da questão deve se iniciar pela responsabilidade patrimonial do devedor perante seu credor, posto que “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei” (CPC, 591). A responsabilidade é patrimonial, não mais sujeitando a vida ou a pessoa do devedor à satisfação de suas obrigações; assim, o patrimônio (entendido em sua acepção jurídica, como o universo de bens, materiais e imateriais, de valor jurídico-econômico), é o limite da responsabilidade do devedor. O art. 612 do Código de Processo Civil, a seu turno, estabelece que “realiza-se a execução no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados”. A penhora individualiza, no universo patrimonial do devedor, o bem necessário e suficiente à satisfação do crédito, revelando-se ato de extrema importância em todo o processo de execução.

Citado e deixando o devedor de pagar, o oficial procederá à penhora de “tantos bens quanto bastem para o pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios”, na dicção do art. 659 do Código de Processo Civil. A penhora é um ato processual complexo, subordinado a exigências legais de tempo, modo e com objeto próprio, a fim de ser válida e eficaz em seus contornos jurídicos.

Rege o art. 664 do Código de Processo Civil que “considerar-se-á feita a penhora mediante a apreensão e o depósito dos bens”, sendo elemento constitutivo do auto de penhora “a nomeação do depositário dos bens” (CPC, 665, IV). A preocupação do legislador sobressai de ambos os dispositivos, voltada para a preservação da integridade jurídico-material dos bens que sofreram a constrição judicial, posto que, doravante, servirão à satisfação do direito do credor, seja por transformação (venda em hasta pública), seja pela adjudicação ou usufruto. Pretende a lei que o bem penhorado seja destinado a cumprir o comando insculpido no art. 591 do Código de Processo Civil, ou seja, a responder patrimonialmente pelas obrigações do devedor.

O depósito dos bens penhorados se apresenta como elemento intrínseco ao próprio ato finalístico da penhora; penhora sem depósito é penhora sem garantia eficaz, permanecendo o bem desguarnecido de qualquer proteção quanto às investidas do próprio devedor ou de terceiro². Enquanto que

² “É nula a penhora feita sem nomeação de depositário. E a gravidade da falha caracteriza nulidade absoluta, reconhecível e decretável de ofício, o que esta Câmara providencia em fazer”. (Ac. Un., 3º Cível, TARS, de 14.02.90, ap. 189.101.843, Rel. Juiz Sérgio Gischkow Pereira, JTARS 77/130).

o ato de penhora se destina a separar, apreender e afetar parte do patrimônio do devedor, o ato de depósito faz nascer para o depositário (o próprio devedor ou terceiro), obrigações materiais de guarda e proteção inerentes ao depósito. Ao invés de representar mera formalidade procedimental, o ato de nomeação do depositário do bem penhorado se revela de extrema importância, sujeitando o infrator das obrigações legais pertinentes, a responder especificamente pela ofensa causada, sem se confundir com o andamento do processo de execução e satisfação do crédito (fraude à execução).

O devedor-depositário encontra-se unido ao chamado “depósito necessário”, previsto no inc. I do art. 1.282 do Código Civil, que é aquele “que se faz em desempenho de obrigação legal”, posto que decorrente da norma genérica trazida no art. 666 do Código de Processo Civil, que estabelece ser o devedor o depositário, salvo “se o credor não concordar”³. Cabe, desta forma, ao proprietário do patrimônio afetado, a guarda e conservação desta parcela que sofreu a penhora, como interessado maior em sua preservação. A regra atende, ainda, à determinação judicial de que “a execução se fará pelo modo menos gravoso para o devedor” (CPC, 620), sabendo-se que a nomeação de terceiro como depositário do bem penhorado implicará, na maioria das vezes, em despesas inerentes ao ato⁴.

A distinção dos efeitos da conduta do devedor, pessoalmente, e em relação ao credor e a terceiros, quando aliena ou onera o bem penhorado, deve ser aprofundada, eis que traz conseqüências diversas para o ato e para a própria pessoa do devedor. É cediço que a alienação ou oneração do bem constricto judicialmente não tem eficácia jurídica em relação ao credor, que permanece com direito de preferência sobre o bem disposto indevidamente pelo devedor. Embora o devedor permaneça com a livre disposição dos bens, tanto que o ato de alienação ou oneração é válido em relação ao contratante (adquirente ou beneficiário), há de se considerar que tal ato acarreta maior demora e maior custo ao credor na solução da demanda

³ Barbosa Moreira, em sua obra **O Novo Processo Civil Brasileiro**, arremata que “os bens podem ficar sob depósito nas mãos do próprio executado, se o exequente concordar (art. 666, *caput*); em semelhante hipótese, assume aquele as responsabilidades inerentes à posição, tornando-se passível das mesmas sanções aplicáveis, quando for o caso, a qualquer outro depositário” (cf., ob. cit., p. 313, 10ª ed., 1990, Ed. Forense, Rio de Janeiro).

⁴ “Indiscutível o direito do executado de ficar depositário dos bens penhorados, quando inexistam motivos relevantes para modificação desta situação, visto que a execução deve ser efetivada da maneira menos gravosa para o devedor” (Ac. Un. 7ª Cam. 1ª TACivSP, 25.03.83, apel. 302.188, Rel. Juiz Paulo Shintate, RT 579/146).

executiva, posto que o terceiro poderá opor embargos na defesa do negócio jurídico realizado com o devedor, impondo ao credor o ônus de defender o ato judicial. Além disso, é provável que a oposição dos embargos acarrete a suspensão do processo de execução, conforme dispõe o art. 1.052 do Código de Processo Civil, segundo o qual “quando os embargos versarem sobre todos os bens, determinará o juiz a suspensão do curso do processo principal; versando sobre alguns deles, prosseguirá o processo principal somente quanto aos bens não embargados”. A conduta do devedor é causadora direta e imediata de tais efeitos processuais negativos, suportados exclusivamente pelo credor.

O sistema jurídico volta-se com rigor para a repreensão de tal comportamento do devedor-depositário, pois infrator do comando insculpido no art. 179 do Código Penal, que estabelece o seguinte tipo penal: “fraudar a execução, alienando, desviando, destruindo ou danificando bens, ou simulando dívidas: pena: detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa”, iniciando-se a ação penal por iniciativa privada (queixa). A conjugação da reprimenda penal em razão do comportamento do devedor desenvolvido perante o Juízo Cível, torna claro que o sistema reprime tal comportamento, sujeitando o devedor infrator às penas da lei. Além disso, o devedor também ofende a norma processual civil trazida no art. 600, inc I, do Código de Processo Civil, segundo a qual “considera-se atentatório à dignidade da justiça o ato do devedor que frauda a execução”. O foco legislativo é duplo, um de natureza penal, outro, processual civil, sendo que uma consequência não traz obstáculo ao reconhecimento da outra. O art. 601 do Diploma Processual, a seu turno, esclarece que o devedor indigno sujeita-se à multa, “sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material”. Necessário, assim, que o operador do Direito esteja cênscio das múltiplas facetas que o ato de alienação ou oneração do bem penhorado pelo devedor acarreta a ele, fazendo com que a primazia do ato de constrição seja respeitada.

No debate jurídico hodierno, existe preocupação crescente em se banir do sistema judicial a possibilidade de se proceder à prisão do devedor por dívida, salvo as hipóteses constitucionalmente previstas do devedor de obrigação alimentícia e do depositário infiel (CF, 5^o, LXVII). Não se prega um retorno anacrônico aos tempos em que o devedor respondia pessoalmente pela obrigação não cumprida, isto é, com a sua vida, o seu corpo ou a sua liberdade. O que se pretende é tornar claro que o sistema jurídico posi-

tivo é perfeitamente definido em seus contornos e em sua extensão, devendo estes serem explorados inteiramente, a fim de que os comandos normativos tenham plena eficácia na vida prática dos cidadãos. Além disso, a plena atuação do Direito, em sua função pedagógica, deve ser enfatizada, de molde a servir como reconhecimento aos justos e como admoestação aos faltosos.

Ao proceder à alienação ou oneração do bem que se encontra penhorado, o devedor-depositário vergasta a própria ordem jurídica; põe em cheque a seriedade da punição prometida ao agente do ato que atenta contra a “dignidade da justiça”, voltada esta para a efetiva satisfação do direito previamente reconhecido⁵. O devedor-depositário, assim, deve responder pessoalmente pela infração aos deveres de depositário, eis que se revela infiel às suas obrigações legais, sem prejuízo da declaração judicial de ineficácia do ato de disposição⁶.

O art. 1.287 do Código Civil estabelece que, “seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário, que o não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo, mediante prisão não excedente a 1 (um) ano, e a ressarcir os prejuízos (art. 1.273)”. O art. 601 do Código de Processo Civil pune o devedor indigno com a multa, deixando azo às outras “sanções de natureza processual ou material”, sendo que esta última é a própria pena de prisão estabelecida no citado artigo do Código Civil, sem prejuízo da perseguição criminal. A dificuldade que pode se apresentar, no caso concreto, é a identificação do momento para se decretar a prisão, posto que a situação prática da disposição do bem imóvel e do bem móvel são veiculadas no processo através de mecanismos distintos e oportunidades próprias.

⁵. Conforme assevera Cândido Dinamarco (ob. cit., p. 289): “a alienação do bem penhorado constitui forma particularmente grave de fraude de execução, em que até mesmo se dispensa o requisito da insolvência do alienante. Ela se resolve num atentado ao estado de concreta sujeição do bem, e não apenas na tentativa de subtrair bem responsável e ainda não constrito. Isso significa que, no jogo entre a eficácia do ato de alienação realizado apesar da penhora e a do ato imperativo do Estado, há de prevalecer invariavelmente esta, independentemente de quaisquer outras considerações”.

⁶. “A responsabilidade do executado e depositário do bem penhorado não se resolve aí nos termos da lei civil, pois lhe não é dado substituir o que lhe foi entregue por coisas do mesmo gênero, quantidade e qualidade, o que suporia a sua disponibilidade. Cabe-lhe, no exercício da sua função processual, empregar “a diligência de um bom pai de família”, estando sempre pronto a apresentar em juízo os bens que lhe foram confiados. Verdadeira função pública, portanto, o depositário responde civil e criminalmente pela guarda dos bens sob sua custódia, qualquer que seja a natureza, sob pena de ação de depósito com a implicação prisional” (Ac. Un. 1ª Turma do STF, 12.12.80, rec. HC 58.475-SP, Rel. Min. Luiz Rafael Mayer, RTJ 97/597).

O art. 593 do Código de Processo Civil se utiliza de dois “verbos” para caracterizar a fraude à execução, quais sejam, *alienação* e *oneração*, de molde a incluir a conduta do devedor no gênero maior “disposição” dos bens. Alienar e onerar são negócios jurídicos de ontologia e efeitos diversos, posto que a alienação faz retirar o bem do patrimônio do devedor, transferindo-o a terceiro, enquanto que a oneração mantém o bem incólume, podendo retirar do devedor apenas a utilização de alguma de suas qualidades (v.g., direito obrigacional de uso, direito real de garantia etc.). Em qualquer delas, no entanto, há transferência da posse do bem, seja da posse direta (v.g., locação, comodato), seja da posse indireta (v.g. hipoteca), mantendo o devedor a propriedade intacta no caso de oneração, e despojando-se dela, no caso de alienação. Para os fins de ser considerado como depositário infiel, o devedor-depositário apenas incorre nas sanções legais prescritas, na hipótese de alienação do bem, posto que, enquanto simplesmente onerado, continua possuindo indiretamente o bem, exercendo controle finalístico de sua utilidade, embora subordinado às obrigações contratuais assumidas para com terceiro (v.g., o locatário, o comodatário, o credor hipotecário etc.).

Acentue-se, mais uma vez, que se pretende distinguir os efeitos do ato do devedor e os efeitos da conduta do devedor: enquanto que a consequência jurídica é a mesma, ou seja, o ato de oneração é ineficaz em relação ao devedor, a circunstância de que o devedor continua depositário do bem (ainda que de sua posse indireta), faz com que as repercussões negativas para o credor sejam de natureza e gravidade diversas e menores, quando comparadas com a alienação do bem penhorado.

O depositário exerce posse sobre o bem sujeito aos deveres de guarda, proteção, conservação e exibição, obrigando-se a devolvê-lo; é para o exercício desta posse que é nomeado depositário. A repreensão prisional do sistema jurídico visa a tornar efetivo estes deveres de depositário. O depositário, mesmo exercendo a posse indireta no caso de simples oneração, permanece com os deveres de vigilância sobre o bem onerado. Os direitos do possuidor direto do bem onerado, em caso de realização de hasta pública, não poderão ser opostos ao credor ou ao arrematante, resolvendo-se em obrigação pessoal exclusivamente em relação ao devedor. No caso da oneração se dar através de direito real de garantia (penhor, hipoteca, alienação fiduciária, anticrese), sua averbação poderá ser feita, mesmo quando já constar inscrita a penhora (CPC, 659, parágrafo 4º), podendo se revelar insubsistente a garantia real que o terceiro pretendia obter com a realização

do negócio (CC, 859), assim como se dará com a própria alienação⁷. A oneração pode vir a ser conhecida em qualquer momento após a realização do negócio jurídico que lhe deu causa; no entanto, permanecendo o devedor na posse indireta do bem onerado, não poderá ser reconhecido como depositário infiel, sabendo-se que a posse direta exercida pelo beneficiário da oneração (locatário, comodatário etc.), não poderá opor sua posse ao credor.

Quanto à alienação do bem, sua repercussão negativa para o desenvolvimento do processo de execução é muito maior, havendo interesse e permissão do sistema jurídico para que o devedor faltoso seja pessoalmente responsável pelo ato de disposição indevida do patrimônio penhorado. Embora o bem penhorado continue integrando o patrimônio do devedor e este continue sendo seu proprietário e, como tal, senhor dos direitos inerentes à propriedade (CC, 524), a penhora torna o bem preferencialmente destinado à satisfação do direito do credor (CPC, 612). A penhora reduz consideravelmente o poder de disposição do bem, colocando o credor em uma relação de preferência sobre os destinos daquele bem do devedor. A verificação do momento em que se dá a infração dos deveres de depositário, em se tratando de bem imóvel, é aquela em que se constata a averbação do negócio jurídico de alienação no registro imobiliário. A propriedade, no sistema jurídico brasileiro, por ato entre vivos, somente se adquire pelo registro (CC, 530, I), havendo mero direito obrigacional enquanto não registrado o título de aquisição. Mesmo que o devedor tenha alienado o bem penhorado, mas o instrumento do negócio jurídico não tenha sido averbado, sua eficácia para com terceiros é absolutamente nenhuma, permanecendo intocável a penhora realizada e inscrita (CPC, 659, parágrafo 4º). As obrigações decorrentes do depósito do bem penhorado, assim, continuam a existir entre o credor e o devedor, mesmo que este não mais exerça, faticamente, o poder de guarda e vigília sobre a coisa, cuja posse direta foi transferida, pelo ato de alienação, para terceiro. Este terceiro, às escâncaras, não poderá opor sua posse ao credor, que terá livre acesso ao bem para os fins de avaliação e hasta pública.

Ajustam-se as hipóteses que podem ocorrer: o devedor-depositário onera o bem penhorado, mas não responde como depositário infiel, eis que

⁷ Conforme leciona Afranio de Carvalho, “dada a eficácia relativa da inscrição preventiva, o executado continuará titular do domínio e, nessa qualidade, pode alienar o imóvel penhorado. Embora o adquirente fique sujeito a ver decretada a ineficácia da alienação, não incumbe ao registrador antecipá-la, pelo que há de praticar o ato registral” (cf. **Registro de Imóveis**, p. 288, 3ª ed., 1982, Forense, Rio de Janeiro).

continua exercendo a posse indireta sobre o bem; o devedor-depositário aliena o bem penhorado, respondendo como depositário infiel, mesmo que o negócio jurídico não tenha sido averbado no registro de imóveis. Em ambos os casos, o ato de disposição é ineficaz em relação do direito do credor, por representar fraude à execução (CPC, 593, II), prosseguindo a execução e a hasta pública sobre o bem penhorado; estando a penhora inscrita (CPC, 659, parágrafo 4º), os requisitos de má-fé e insolvabilidade do devedor são desnecessários, nos termos do art. 240 da Lei 6.015/73, segundo o qual “o registro da penhora faz prova quanto à fraude de qualquer alienação posterior”⁸.

A oneração ou alienação de bem móvel penhorado é de mais fácil apreensão. Sua verificação, normalmente, se dá quando se procede à avaliação para os fins de hasta pública e o bem não é encontrado na posse do devedor-depositário. Nesse caso, instado a apresentar o bem e não o fazendo no prazo estipulado pelo juiz, caracterizada está a infração dos deveres de depositário, servindo a certidão do oficial de justiça como prova suficiente de tal desmando. A apresentação posterior, caso ainda interesse ao processo (não tendo o objeto da penhora sido substituído por outro, por exemplo), suprirá a falta anterior, sem escusar o devedor, no entanto, de responder pessoalmente pelo ato infrator.

De qualquer forma, para se reconhecer que o devedor é depositário infiel, necessário que o juiz declare que o ato de disposição foi feito em fraude à execução (CPC, 593). A decisão judicial assume importância crucial para que o devedor seja responsabilizado como depositário infiel, posto que, enquanto não declarada a fraude, o devedor continua livre para dispor de seu patrimônio, inclusive do bem penhorado, eis que proprietário (CC, 524). É a alienação fraudulenta, ou seja, de forma a causar prejuízo a satisfação do direito do credor, que gera a responsabilidade do depositário faltoso, sem impedir a decretação de ineficácia relativa do ato (em relação ao credor)⁹.

⁸. Confira em Cândido (ob. cit., p. 289): “tem-se, pois uma escala de gravidade (...) a alienação de bem penhorado ultraja a constrição judicial efetiva e pendente (...), por isso é que, na mesma proporção, as reações do direito são correspondentemente crescentes (...) não se exigindo uma nem outra quando alienado o bem penhorado (insolvência e má-fé)”.

⁹. Pontes de Miranda, em linguagem característico, assevera que “a compra e venda em fraude de credores é anulável; a em fraude à execução, ineficaz. Por isso mesmo, se o que vendeu, ou o que comprou, *in fraudem creditorum*, solve a dívida, torna-se eficaz. Existiu e valia, posto que ineficaz; agora, existe, vale e tem eficácia. Se fosse nula, não seria possível convalidar-se. Entre o terceiro e outros valem os contratos e outros modos de transmissão; apenas são ineficazes. Valem mesmo atos do executado” (cf., **Código de Processo Civil Comentado**, p. 468, 1ª ed., Forense, Rio de Janeiro).

O devedor pode alienar ou onerar o bem penhorado, com o intuito, inclusive, de saldar seu débito para com o credor através da percepção do produto da venda ou oneração; a fraude se verifica quando, após o ato de disposição, o devedor deixa de proporcionar garantia adequada ao credor, desprovendo o Juízo de bem que servirá aos atos de arrematação ou, quiçá, de adjudicação. Não haveria qualquer invalidade do ato em que o devedor viesse a dispor do bem penhorado e requeresse a substituição da penhora pelo depósito do dinheiro proveniente do negócio jurídico realizado, obedecendo, inclusive à gradação prevista no art. 655, I, do Código de Processo Civil. É o comportamento fraudulento que gera a responsabilidade pessoal pelo ato de disposição.

A decisão judicial tem natureza declaratória, posto que o pedido incidental do credor é ver declarada a ineficácia do ato de disposição em relação a si próprio, pouco lhe importando as relações jurídicas encetadas pelo devedor para com o terceiro beneficiário do negócio jurídico realizado. Sendo reconhecida a ineficácia por decisão judicial, o credor prosseguirá nos ulteriores atos do processo, até a realização de hasta pública. Sendo declaratória, os efeitos da decisão retroagem à data do ato de disponibilidade do bem, alcançando, inclusive, eventuais frutos produzidos no período.

Na mesma decisão que declarar ser o ato fraudulento, o juiz decidirá, fundamentadamente (CF, 93, IX), quanto à aplicação da pena de prisão ao devedor depositário infiel, nos termos autorizativos do art. 601 do Código de Processo Civil, não sendo necessária a provocação da parte interessada, eis que a análise do comportamento do devedor encontra-se unguida aos deveres do juiz na condução do processo de execução, conforme estabelece o art. 499 do mesmo Código, inserindo-se a medida como decorrência maior do dever processual que lhe compete no sentido de “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça”, na dicção normativa do inciso III do art. 126 do Código, aplicável, por similitude, ao processo de execução (CPC, 598)¹⁰. Não se há de confundir, conforme acentuado acima, o comportamento processual do devedor depositário infiel, com o comportamento penal de fraudar a execução; o foco de atenção e interesse do juiz é diverso, devendo, no primeiro caso, contentar-se em averiguar a vontade do devedor em proceder à disposição do bem penhorado, independente do dolo (v.g.,

¹⁰ A Súmula 619 do Supremo Tribunal Federal aplica-se à matéria: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da proposição de ação de depósito”.

causar prejuízo, subtrair-se a ação da Justiça etc.), elemento essencial do delito, de análise cogente no segundo caso. A prisão do devedor depositário visa a resguardar a maestria do ato judicial de penhora, com vista à satisfação do direito do credor através da destinação de parcela do patrimônio do devedor a fim específico; não tem por escopo a imposição de pena de natureza criminal (multa ou restrição da liberdade), cuja ação penal está subordinada ao oferecimento de queixa pelo ofendido, mas sim, de natureza processual, visando à eficácia prática do processo¹¹. Por esta razão, deverá o Juiz decidir a questão referente à responsabilidade do devedor por sua conduta enquanto depositário infiel, na mesma oportunidade em que declarar a ineficácia do ato de alienação, não podendo postergar, para fase posterior do processo, a decisão quanto à aplicação da pena de prisão (CPC, 601: “sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material”). A simultaneidade de ambas as decisões visa a preservar a finalidade da prisão processual, qual seja, a preponderância do ato estatal em face da vontade fraudulenta do devedor.

O prazo da prisão do devedor depositário vem regulado no art. 1.287 do Código Civil (“não excedente a um ano”) e no parágrafo 1º do art. 902 do Código de Processo Civil (“cominação da pena de prisão até 1 ano”). Observe-se que a pena de prisão, de natureza criminal, prevista no art. 179 do Código Penal, para a hipótese de “fraude à execução”, situa-se no intervalo mínimo de 6 meses e máximo de 2 anos. A dicotomia de respostas não vicia o fundamento da prisão: resguardar a utilidade final do processo e punir aquele que foi investido de um múnus público. Fica ao alvedrio do Juiz a estipulação do prazo certo da prisão processual, considerando os prejuízos causados, o bem penhorado, o momento em que se deu a conhecer a infra-

¹¹. Os seguintes arestos, um anterior à Constituição Federal de 1988 e outro posterior, assentes no entendimento sumular, permitem a apreensão do enfoque do texto: “*Habeas corpus*. Prisão civil do executado que não restituiu ao Juízo os bens penhorados de que era depositário. Tratando-se de depósito de direito processual, em que o depositário é auxiliar do Juízo da execução, a prisão civil é imposta no processo em que se realizou o depósito, não se lhe aplicando as normas da ação de depósito, pois esta visa apenas à tutela do depósito que não seja judicial” (HC, 55.271-PE, 2ª Turma, DJ 26.08.77, Rel. Min. Moreira Alves). O segundo, assim deduzido: “Depositário. Judicial. Prisão. Possibilidade. Pode o Juiz decretar a prisão do executado, nomeado depositário judicial do bem penhorado, se o alienou. Deslealdade processual, quebra da confiança do juízo que não pode restar incoseqüente. Por não se tratar de prisão administrativa, mas judicial, por emanar de Juiz no exercício da jurisdição, não contraria a Constituição. Ao reverso, tem nela seu fundamento maior (art. 5º, LXVII). Prisão nos próprios autos. Súmula 619 do STF. Precedentes jurisprudenciais. Agravo provido” (AI, 191137280, 1ª Câmara Cível, 19.11.1991, Rel. Juracy Vilela de Souza, RJTARGS 81/116).

ção processual, a possibilidade física e jurídica de reaver o bem alienado etc.

A decisão que decreta a prisão tem natureza constitutiva, pois visa a modificar o estado de liberdade do devedor; além disso, se apresenta como interlocutória (CPC, 162, parágrafo 2º), desafiando recurso de agravo (CPC, 522). O período de prisão deverá ser cumprido nas dependências da própria delegacia policial, posto ser processual e não criminal, embora seja definitiva e não provisória, para os fins processuais penais. Sua execução ficará subordinada ao transcurso do prazo para a interposição do recurso cabível, no caso, 10 (dez) dias, devendo ser cumprida através de mandado, por Oficial de Justiça. O recurso será julgado por Câmara Cível do Tribunal de Justiça, seja para apreciar o agravo de instrumento ou o *habeas corpus*, eis que a matéria é civil, em todos os seus contornos.

Em suma, ao assumir a responsabilidade de depositário, o devedor deverá ter em mente as responsabilidades inerentes à função pública de que se fará executor, com obrigações de guardar, conservar, vigiar, exhibir e devolver o bem penhorado; faltando a quaisquer delas em razão de ato negocial de alienação do bem, que será ineficaz em relação ao credor, responderá pessoalmente pela infração processual, sujeito à pena de prisão civil. ◆

LITISPENDÊNCIA POR IDENTIDADE DE CAUSA DE PEDIR

THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO

Professor da UERJ

I. PROBLEMÁTICA

Em virtude da pesada carga tributária imposta pelo Governo, vem se tornando freqüente a utilização, por parte dos contribuintes, das vias judiciais em busca de um provimento jurisdicional que os desonere do recolhimento de determinado tributo.

O problema surge quando o Poder Judiciário não lhes dá guarida, mas, mesmo assim, os contribuintes, mormente as pessoas jurídicas, insistem em fazer prevalecer, a todo custo, os argumentos que dão supedâneo à pretensão esposada em juízo, por intermédio de brechas existentes na interpretação da legislação processual.

Uma das vias mais largamente utilizadas é o mandado de segurança, em virtude de seu rito sumaríssimo, que comporta provimento judicial *in initio litis*, bem como da benesse legal da prioridade para julgamento.¹

Uma das técnicas utilizadas consiste em decompor a tese autoral em tantos argumentos quantos bastem para fazê-la bem sucedida, ainda que, para tanto, mais de uma ação mandamental tenha que ser ajuizada com o intuito de se alcançar o mesmo resultado prático.

Ocorre que, em regra, a autoridade impetrada é a mesma, deparando-se esta com dois mandados de segurança versando sobre o mesmo assunto, *verbi gratia*, pretensão desconstitutiva de notificação fiscal de lançamento de débito. O caso é levado ao Poder Judiciário, em sede de preliminar de mérito nas informações prestadas, para pronunciamento acerca da existência de possível litispendência. Indigitado óbice é refutado pelo impetrante, ao argumento de se tratar de ações distintas, por diversidade da *causa petendi*.

¹ Artigo 17, *caput*, da Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951.

II. OBJETIVOS

Ao final do presente trabalho, restará demonstrado que a causa de pedir não pode ser desdobrada em diversos argumentos, gerando diversas ações e oportunidades para obtenção do sucesso de uma tese autoral, eis que com eles não se confunde.

III. JUSTIFICATIVA

A importância deste estudo se justifica para preservar a integridade de diversos princípios processuais, como o do juiz natural, o da livre distribuição, o da lealdade processual, bem como a coisa julgada, coibindo a proliferação de práticas processuais que enfraqueçam a segurança jurídica e a credibilidade dos pronunciamentos judiciais.

IV. METODOLOGIA E TÉCNICAS UTILIZADAS

A pesquisa jurisprudencial e doutrinária, inclusive com abordagens relativas ao Direito Comparado, será o método utilizado para se alcançar a conclusão.

V. DESENVOLVIMENTO

Objetivando atingir a melhor compreensão acerca da matéria, admitamos que uma pessoa jurídica impetre ação mandamental contra ato do Chefe da Divisão de Arrecadação do Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS, objetivando ser desobrigada do recolhimento do adicional de 2,5%, incidente sobre a contribuição previdenciária devida, instituído pelo art. 22, § 1º, da Lei nº 8.212/91, em relação às parcelas vencidas ou vincendas, pelo fato da cobrança do indigitado acréscimo violar o princípio da isonomia, uma vez que confere tratamento tributário desigual a contribuintes que têm a mesma capacidade contributiva.

Uma vez proferida sentença de mérito denegando a segurança, retorna ao Poder Judiciário mediante novo ajuizamento, sustentando, dessa vez, não ser sociedade seguradora e, conseqüentemente, sujeito passivo da relação jurídica de natureza tributária.

Aduz a Impetrante, como *causa petendi*, que a pretensão ora deduzida baseia-se na premissa de não ser sociedade seguradora, portanto, contribuinte do tributo em questão.

Assim, afirma que se tem como arbitrária e ilegal a iminente cobrança que está para ser ajuizada, tendo a Impetrante sofrido sérios danos em

razão da inscrição de tal débito em dívida ativa, com o conseqüente indeferimento de expedição de certidão negativa de débitos fiscais.

Daí se serve de outro *writ of mandamus*, objetivando a concessão de ordem judicial para afastar a cobrança do adicional de 2,5%, regulado pelo art. 22, § 1º, da Lei nº 8.212/91, haja vista não se enquadrar nas hipóteses previstas em lei para tal cobrança, por não ser sociedade seguradora.

“La litispendencia es uno de esos temas clásicos que siempre ha estado ahí.

Fácil de identificar, de uso cotidiano en el foro, polémico en muchos aspectos concretos, condicionante de otras instituciones.”
(Francisco Ramos Méndez)

A litispendência e a coisa julgada são dois institutos processuais afins cujo objetivo é obter segurança jurídica e estabilidade nas relações sociais, evitando a perpetuação dos conflitos de interesses.

Encontram-se definidos pela lei processual civil nos três primeiros parágrafos do artigo 301. Com efeito, *“verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada”*, sendo que *“uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. Há litispendência, quando se repete ação que está em curso; há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida, de que não caiba recurso.”*

Destarte, competindo ao réu, antes de discutir o mérito, alegá-las (artigo 301, incisos V e VI), incumbe ao juiz extinguir o processo, independentemente de apreciação meritória, quando acolher a alegação, a teor da norma autorizadora inculpada no inciso V do artigo 267 da Lei Adjetiva.

Daí exsurge a importância da precisa identificação dos elementos subjetivo, objetivo e causal da ação, vale dizer, por intermédio da perfeita identidade das partes, pedido e causa de pedir, poder-se-á identificar quando uma ação é idêntica à outra.

A causa de pedir consubstancia-se nos fatos e fundamentos jurídicos do pedido, assim conforme definido pelo inciso III do artigo 282 do Código de Processo Civil.

Segundo Eduardo Arruda Alvim, “responde à tradição do direito brasileiro, e, em realidade, representa posição universal, a de que, para se identificar uma ação, é absolutamente imprescindível examinarem-se os fatos e

os fundamentos jurídicos em que se baseia esta ação (causa de pedir), os quais, são, a seu turno, os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, nos quais de deve assentar a sentença que haja julgado essa ação, agora em forma de sua fundamentação. Uma ação deve ser identificada à luz de sua substância, que são os fatos jurídicos ocorridos (teoria da substanciação).”²

José Carlos Barbosa Moreira³ afirma que a identificação da *causa petendi* coincide com a resposta às perguntas: por que o autor pede tal providência? Qual o fundamento de sua pretensão? Prossegue definindo-a como o fato ou conjunto de fatos a que o autor atribui a produção do efeito jurídico por ele afirmado, sendo que não integram a causa de pedir a qualificação jurídica dada pelo autor ao fato em que apóia sua pretensão e a norma jurídica aplicável à espécie.

Destarte, segundo Luiz Fux, “se o autor promove uma ação visando à anulação de uma escritura, alegando erro e não obtém êxito, não pode, posteriormente, propor a mesma ação com base nos mesmos fatos, sob a invocação de que o que houve foi dolo. Nesta hipótese, o autor estaria apenas alterando a qualificação jurídica do fato e não a sua conseqüência jurídica que é o desfazimento do vínculo, mercê de repetir a mesma base fática, incidindo na vedação das ações à luz da teoria da substanciação.”⁴

Para Araken de Assis⁵ “é rigorosamente neutro o fundamento legal, ou *nomen iuris*, na expressão de certa doutrina, na caracterização da *causa petendi*. Deriva tal certeza de antigo e obscuro brocardo - *iura novit curia* - que atribui exclusivamente ao órgão jurisdicional o dever de joeirar os fatos e encontrar a regra jurídica na qual, supostamente, incidiram”.

Prossegue afirmando que “no que tange à cumulação de ações, admitir a indiferença do fundamento legal implica identificar uma única ação, se o autor, após expor o complexo de fatos, invoca duas ou mais regras jurídicas para designar a conseqüência reconhecida neste material. Daí, se alguém se vitimou em acidente de trânsito quando era passageiro de um ônibus e, na ação de reparação de seus prejuízos, aponta tanto o artigo 159 quanto o artigo 1056 do CCB como regras que autorizam o pedido, trata-se de uma única ação.”

² **Curso de Direito Processual Civil**, volume 1, Editora Revista dos Tribunais, 1999.

³ **O Novo Processo Civil Brasileiro**, 15. ed., Editora Forense, 1993.

⁴ **Curso de Direito Processual Civil**, Editora Forense, 2001.

⁵ **Cumulação de Ações**, 1. ed. - 2ª tiragem, Editora Revista dos Tribunais, 1991.

Segundo Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco⁶, “*vindo a juízo, o autor narra os fatos dos quais deduz ter o direito que alega. Esses fatos constitutivos, a que se refere o artigo 282, inciso III, do Código de Processo Civil (...) também concorrem para a identificação da ação proposta (...).*”

*O fato que o autor alega (...) recebe da lei determinada qualificação jurídica (...). Mas o que constitui a **causa petendi** é apenas a exposição dos fatos, não sua qualificação jurídica. Por isso é que, se a qualificação jurídica estiver errada, mas mesmo assim o pedido formulado tiver relação com os fatos narrados, o juiz não negará o provimento jurisdicional (...). O direito brasileiro adota, quanto à causa de pedir, a chamada doutrina da substanciação, que difere da individuação, para a qual o que conta para identificar a ação proposta é a espécie jurídica invocada (...), não as meras ‘circunstâncias de fato’ que o autor alega.”*

Para Humberto Theodoro Junior⁷, “*a **causa petendi**, por sua vez, não é a norma legal invocada pela parte, mas o fato jurídico que ampara a pretensão deduzida em juízo.*”

Todo direito nasce do fato, ou seja, do fato a que a ordem jurídica atribui um determinado efeito. A causa de pedir, que identifica uma causa, situa-se no elemento fático e em sua qualificação jurídica. Ao fato em si dá-se a denominação de ‘causa remota’ do pedido; e à sua repercussão jurídica, a de ‘causa próxima’ do pedido.

Para que sejam duas causas tratadas como idênticas é preciso que sejam iguais tanto a causa próxima como a remota.”

Na hipótese vertente, insurge-se a impetrante contra ato administrativo que a autouou pelo não recolhimento do adicional incidente sobre a contribuição previdenciária prevista na Lei nº 8.212/91. Dessa autuação exsurgiram alguns efeitos, dentre eles, a constituição do crédito tributário e o conseqüente indeferimento do pedido de expedição de certidão negativa de débito. Este decorreu daquele. Em verdade, o fato é único, mas com desdobramentos lógicos.

⁶ **Teoria Geral do Processo**, 9. ed., 2ª tiragem, Malheiros Editores, 1993.

⁷ **Curso de Direito Processual Civil**, V. I, 19. ed., Editora Forense.

Para impugná-lo, a demandante valeu-se da ação mandamental, obtendo pronunciamento jurisdicional desfavorável. Sua primeira tese autoral repousou em suposta violação ao princípio da isonomia.

Após a prolação da sentença, comparece a outro Juízo, atacando o mesmo ato administrativo, todavia, com novos argumentos jurídicos.

Nessa nova oportunidade, alega não ser contribuinte do adicional de 2,5%, incidente sobre a contribuição social, instituído pelo art. 22, § 1º, da Lei n.º 8.212/91, por não ser sociedade seguradora.

Data venia, tal expediente é inviável tecnicamente, além de atentar contra os princípios processuais do juiz natural, da lealdade e da boa-fé. Ao demandante não é dado deduzir sua pretensão parceladamente, revelando paulatinamente argumentos para dar supedâneo à sua demanda, à medida em que os anteriores são rechaçados.

Em elucidativa hipótese, “se alguém propõe ação declaratória de investigação de paternidade alegando concubinato (art. 363, I, do CCB) entre a mãe do investigante e o investigado, poderia o juiz, não obstante a falta de prova do concubinato, julgar procedente a ação porquanto, na instrução, se provou a existência de relações entre aquelas pessoas na época própria da concepção? E indicando o autor, desde logo, na inicial, o concubinato e as relações sexuais (art. 363, II, CCB), ter-se-ia cumulação de ações ou uma ação com dois fundamentos? Inclina-se Ovídio A. Baptista da Silva pela última solução e aduz: *‘a circunstância de estarem os fundamentos de uma mesma demanda distribuídos por dois ou mais dispositivos legais, não implicará que existam necessariamente tantas ações quantos sejam os preceitos legais em causa.’*” (grifo nosso)

Conforme José Rogério Cruz e Tucci⁸, *“diferentemente de outras legislações, em especial a alemã e a italiana, nas quais sempre predominou a liberdade das partes na apresentação de suas respectivas alegações, é da tradição do processo brasileiro a adoção da regra da eventualidade, impondo aos demandantes o dever de propor, num mesmo momento, todos os meios de ataque e defesa. Como anota Liebman, o nosso processo civil, fiel às suas origens, manteve dois postulados herdados do processo comum medieval: o de uma ordem legal necessária das atividades processuais, como uma sucessão de estádios ou fases diversas, nitidamente separadas entre si; e o princípio da eventu-*

⁸ *A causa petendi no Processo Civil*, Editora Revista dos Tribunais, 1993.

alidade, que obriga as partes a propor ao mesmo tempo todos os meios de ataque ou de defesa, ainda que contraditórios entre si". (grifo nosso)

Ensina Ernane Fidélis dos Santos⁹ que “o processo não é apenas instrumento de solução de litígios, no interesse das partes. É também meio de que o Estado se utiliza para impor a paz social. Daí não ficar o processo a critério das partes, a ponto de lhes permitir o uso desregrado de expedientes fraudulentos, procrastinatórios e imorais, para conseguir seus objetivos (...).” Com efeito, na exata dicção do mandamento insculpido no artigo 14, inciso II, da Lei Adjetiva, compete às partes e a seus procuradores proceder com lealdade e boa-fé.

Ademais, há evidente litispendência, conforme anteriormente definido.

Comparando as duas ações mandamentais, as partes, o fato e o objeto são os mesmos. O que varia são os argumentos dos quais se vale o autor para obter o provimento judicial pretendido.

Em voto da lavra do Eminentíssimo Relator Francisco de Assis Vasconcellos Pereira da Silva, na Apelação número 492.544-0, 2 de julho de 1992, decidiu a 7ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo que “o fato e o fundamento jurídico do pedido (direito afirmado pela autora) integram a causa de pedir, que por força da adotada teoria da substanciação haverá de se conservar inalterada durante todo o processo. Entretanto, *não integram a causa de pedir os argumentos em que a autora se baseia para sustentar os fundamentos do pedido*. A propósito, calha precisamente a explicação do ilustre Professor José Ignacio Botelho de Mesquita, constante de parecer veiculado na **Revista dos Tribunais**, 564/41: ‘Do mesmo modo, não se confunde o fato constitutivo do direito, que é a hipótese de fato prevista na lei como necessária e suficiente para gerá-lo, com os argumentos de fato com que o autor procura demonstrar a ocorrência daquela hipótese, o que os italianos denominam *fattispecie di legge*. Daí a afirmação de Pontes de Miranda, transcrita na sentença: simples mudança de fato na sustentação dos fundamentos da ação não constitui alteração do pedido.’”¹⁰ (grifo nosso)

Na Apelação 146.089-1/4, 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 20 de agosto de 1991, afirmou o Eminentíssimo Relator

⁹ **Manual de Direito Processual Civil**, V. I, 4. ed., Editora Saraiva.

¹⁰ No mesmo sentido, vide acórdão do 2º Tribunal de Alçada Cível na Apelação 211.720-8, 5ª Câmara, 22/12/87, Relator Alves Bevilacqua: JTACSP, Lex, 110:286.

Silveira Paulilo: “...Não se pode olvidar que ‘passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido’. É o que diz o artigo 474 do CPC... Enfática, ainda, nesse sentido, a lição da Egrégia Quarta Câmara Civil deste Tribunal: ‘Quando examina se ocorre ou não nulidade de arrematação, o juiz não fica adstrito aos fundamentos invocados pela parte. Esta apenas aponta o fato. O juiz lhe dá o Direito: *Da mihi factum, dabo tibi ius*. Se já foi decidido que a praça não é nula porque não houve irregularidade da arrematação, *não pode a parte volver a juízo esposando a mesma pretensão e variando apenas o fundamento*’ (cf. RT 605/46)”. (grifo nosso)

Em ambas, o fato jurídico é único: autuação do impetrado pela entidade autárquica previdenciária, sendo que por intermédio do Poder Judiciário quer ver desconstituída. A obtenção de certidão negativa de débito não consubstancia pretensão autônoma, mas mera consequência do acolhimento da primeira.

Para tanto, se vale de diversos argumentos desdobrados para fundamentar sua pretensão desconstitutiva, enquanto deveria utilizá-los de uma só vez, sob pena de estar maculando a salutar disciplina do artigo 474 do Código de Processo Civil, dispositivo este que alberga os princípios da igualdade processual (artigo 125, inciso I, do Código de Processo Civil) e da paridade de armas, que informam o direito processual como um todo.

O *supra* indigitado artigo 474, ao estabelecer que “*passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido*”, está a, verdadeiramente, consagrar o princípio da eventualidade, inserido no artigo 300 da Lei Adjetiva, às avessas. Resta, assim, assegurado o tratamento isonômico preconizado pelo artigo 5º, *caput*, da Constituição da República.

Nesse diapasão, pode-se categoricamente afirmar, em síntese, a fim de definir o preciso conceito de litispendência, que a causa de pedir não se confunde com os argumentos dos quais se vale o demandante para embasar a pretensão deduzida. Afigura-se inconcebível admitir que a tese autoral seja desmembrada em diversos argumentos e pulverizada ao longo de tantos processos quantos sejam necessários até ulterior sucesso, pois tal expediente acarreta prejuízo para a defesa do réu e colide frontalmente com o princípio do juiz natural.

Insatisfeito com a improcedência da pretensão deduzida, ao demandante não é permitido alterar seus argumentos e ajuizar nova (*rectius*: a mesma, em verdade) ação perante outro Juízo, a fim de, em uma segunda tentativa, obter outra chance de sucesso.

Com efeito, os argumentos técnico-jurídicos dos quais se utiliza o demandante para dar supedâneo à tese esposada não se prestam à individualização da causa de pedir, sob pena de se admitir o desmembramento em tantas ações quantas forem os diversos argumentos, em evidente afronta aos ditames do artigo 474 e, por conseguinte, aos princípios processuais da lealdade, boa-fé e igualdade das partes.

A argumentação jurídica não integra a individualização da *causa petendi*. A qualificação jurídica se inclui na motivação ou fundamentação jurídica da pretensão, mas não na individualização da causa de pedir nem, por fim, no objeto do processo.

Há que se observar que o efeito prático a ser alcançado com a tutela estatal é rigorosamente o mesmo nas duas ações entre as quais sustenta-se a ocorrência de litispendência.

Impende trazer à colação a elucidativa lição de Francisco Málaga Diéguez¹¹, *in verbis*:

Por último, es preciso subrayar que la causa petendi comprende únicamente hechos: la calificación y argumentación jurídicas no integran el objeto del juicio, sino más bien la fundamentación o motivación de la demanda, ya que los elementos jurídicos alegados en la misma no vinculan al Juez por obra de los aforismos iura novit curia y da mihi factum et dabo tibi ius. No pretende negarse aquí el importante papel que la norma jurídica juega en la configuración de la causa de pedir, pues es evidente que ésta sólo comprende aquellos hechos que, al originar e individualizar la acción que se ejercita, han sido previstos por dicha norma como imprescindibles para la concesión de la tutela judicial que se pretende. Sin embargo, esta exigencia de relevancia normativa no impide distinguir los hechos de su fundamentación jurídica, de suerte que, si los primeros coinciden en sendos juicios, la divergencia en uno de los elementos de la segunda (denominación de la acción, calificación jurídica) no obsta en

¹¹ La Litispendencia, Jose Maria Bosch Editor, Barcelona, 1999.

modo alguno a la existencia de identidad causal. En este punto, debe suscribirse por tanto la teoría de la sustanciación, en demérito de la teoría de la individualización, según la cual sólo integran la causa petendi ‘el derecho o razones jurídicas determinantes de lo que se pide’, así como de la denominada teoría sincrética, según cuyos postulados la causa de pedir ha de estar ‘fácticamente sustanciada y jurídicamente individualizada’.

En la dirección que aquí se propone apunta como una parte de la jurisprudencia más reciente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, que conceptúa la causa petendi como ‘el relato fáctico que fundamenta la acción y desemboca unas concretas peticiones.’ No obstante, también existen numerosas sentencias en las que parece suscribirse la mencionada teoría sincrética, al afirmarse que integran dicha causa los hechos y su calificación jurídica. A pesar de estos últimos pronunciamientos, debe concluirse que, si en dos juicios se formula la misma pretensión entre las mismas partes, basada en los mismos hechos individualizadores, el mero cambio de calificación jurídica no altera ni transforma la causa de pedir, y por tanto el segundo Juez deberá admitir la eficacia excluyente de la litispendencia.”

Conforme recente pesquisa na jurisprudência italiana (**Rivista di Diritto Processuale**, ano LXIII, número 2, abril a junho de 1998, páginas 545/577):

Em caso de ação declaratória tendo por objeto a validade de um negócio, a sentença de procedência preclui ao réu rediscutir tal relação, exercitando em separado juízo que pretenda anulá-la que podia e sabia poder exercitar já no curso do primeiro processo.

Segundo Ernesto Fabiani¹², tal solução parece impor-se por força:
- do princípio pelo qual o julgado cobre (não só o deduzido mas também) o deduzível, a menos que se queira anular este princípio;

¹². “*Interesse ad agire, mero accertamento e limiti oggettivi del giuocato*”, **Rivista di Diritto Processuale**, ano LXIII, número 2, abril a junho de 1998, páginas 545/577.

- do princípio - prevalente seja em doutrina seja em jurisprudência - pelo qual o julgado preclui mesmo as ações relativas a direitos diversos daquele declarado, mas com ele incompatíveis - quer tenham eficácia impeditiva, modificativa ou extintiva a respeito da situação subjetiva deduzida - e deduzíveis em via de exceção ou de demanda reconventional no primeiro processo (na espécie, direitos do réu de impugnativa do negócio declarado existente);

- da própria essência do julgado, que se veria de outro modo tornada vã se se considerasse possível que o “bem da vida” por ele atribuído possa sucessivamente ser reposto em discussão através da instauração de um novo juízo.

Vejam, agora, elucidativos posicionamentos jurisprudenciais, que denotam a distinção que ora se pretende demonstrar.

*“Filiação. Segunda ação de investigação da paternidade. Causa de pedir da primeira distinta da **causa petendi** da segunda. Inexistência de ofensa à coisa julgada. CCB, art. 363.*

*Pelo disposto nos incisos do artigo 363 do CCB, o filho dispõe de três fundamentos distintos e autônomos para propor a ação de investigação da paternidade. O fato de ter sido julgada improcedente a primeira ação que teve como causa de pedir a afirmação de que ao tempo da sua concepção a sua mãe estava concubinada com seu pretendido pai, não lhe impede de ajuizar uma segunda demanda, com outra **causa petendi**, assim entendida que a sua concepção coincidiu com as relações sexuais mantidas por sua mãe com seu pretendido pai.*

São dois fundamentos diferentes, duas causas de pedir distintas, e a admissibilidade do processamento da segunda ação não importa em ofensa ao princípio da autoridade da coisa julgada.”¹³

“Processual Civil. Administrativo. Mandado de Segurança. Servidora Pública Estadual. Remoção. Litispendência. Ocorrência.

¹³. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 112.101-RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 29/6/00, DJ 18/9/00.

- *O mandado de segurança, embora seja uma ação de natureza constitucional destinado à proteção de direito líquido e certo contra ato ilegal ou abusivo de poder emanado de autoridade pública, é regulado subsidiariamente pelo Código de Processo Civil e, portanto, deve submeter-se ao comando do artigo 267, V, que prevê a extinção do processo sem julgamento de mérito quando verificado o instituto da litispendência.*
- *Nos termos da nossa lei instrumental civil, reputam-se idênticas duas ações quando houver identidade entre as partes, a causa de pedir e o pedido. (art. 301, parágrafo 2º, do CPC)*
- *Em consonância com tais conceitos, ocorre a litispendência na hipótese em que servidora pública estadual postula o reconhecimento do direito à remoção para acompanhar marido, funcionário público estadual lotado na Secretaria de Fazenda, reproduzindo pleito formulado em ação mandamental anteriormente ajuizada, em curso, sendo irrelevantes, **in casu**, os novos documentos anexados quanto a situação funcional e residencial de seu cônjuge.*
- *Recurso ordinário desprovido.*¹⁴

VI. CONCLUSÃO

O mesmo fato jurídico pode render ensejo a diversas conseqüências. A fim de impugná-las, o jurisdicionado não pode desmembrar sua pretensão ao longo de diversos argumentos para engendrar, supostamente, distintas ações, sob pena de investir contra o mandamento processual insculpido no artigo 474 da Lei Adjetiva.

Com efeito, o princípio da eventualidade existe para ambos os litigantes, com vistas a preservar a igualdade dos mesmos, a segurança jurídica e consecução da estabilidade nas relações sociais.

Logo, conforme o caso, existirá coisa julgada ou litispendência quando o demandante retornar a Juízo, com novos argumentos, mas atacando o mesmo fato jurídico gerador de sua irresignação e suas diversas conseqüências. Nesse diapasão, é de se acolher preliminar de litispendência ou coisa julgada para extinguir o segundo processo, sem julgamento do mérito, na forma autorizadora do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil. ◆

¹⁴. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário em Mandando de Segurança nº 8240 – MG, Relator Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, data da decisão 24 de junho de 1999.

“LEASING” - A DIFERENÇA ENTRE VRG E PREÇO DA OPÇÃO DE COMPRA NO CONTRATO E SUA DESCARACTERIZAÇÃO PELA ANTECIPAÇÃO DE VALOR RESIDUAL

MARCO ANTONIO IBRAHIM

Juiz de Direito Titular da 50ª Vara Cível – RJ

1. INTRODUÇÃO

Por todo o país são ajuizadas diariamente grande número de ações de reintegração de posse de veículos e equipamentos comercializados através de contratos de *leasing* que, com absoluta freqüência, são instrumentalizados em linguajar hermético e, como tal, de difícil inteligibilidade por parte dos consumidores e, mesmo, da maioria dos operadores do Direito, dada a utilização de cláusulas de conteúdo preponderantemente contábil com prejuízo da devida transparência.

O presente trabalho se destina a traçar um perfil sumário do contrato (adesivo) de arrendamento mercantil financeiro, sob o enfoque da diferenciação da dupla espécie dos chamados valores residuais e das conseqüências jurídicas de sua antecipação, seja quanto ao aspecto material do direito envolvido, seja quanto à perspectiva processual em relação à ação possessória.

2. O “LEASING” E A CLÁUSULA POTESTATIVA DA TRÍPLICE OPÇÃO

Com abstração de outras espécies contratuais, como o *lease-sale back* e o arrendamento mercantil operacional, passa-se a focar questão pontual sobre o arrendamento mercantil financeiro que corresponde a um modelo jurídico de relação trilateral, através do qual, alguém que pretenda utilizar determinado bem, contrata com uma instituição financeira que o adquire de terceiro e o aluga ao interessado. Nesta espécie, o arrendatário, findo o prazo contratual, pode optar entre a devolução do bem, a renovação da locação, ou a compra por preço residual fixado no início do contrato.

Trata-se, bem de ver, de contrato de natureza híbrida com elementos da locação, compra e venda e também de financiamento que revela estrutura de tal complexidade que a Doutrina, ainda hoje, não logrou definir, sem basto dissídio, sua natureza jurídica.¹

Vale lembrar que a cláusula potestativa que confere tríplice opção ao arrendatário (e em que pese os termos contraditórios das alíneas *c* e *d* do art. 5º da Lei 6.099/74) é verdadeira *essentialia negotii* por isso que fundamental para a higidez jurídica do contrato de *leasing*, dada sua tipicidade legal. Sem que haja faculdade de o arrendatário optar, ao final do prazo contratual, pela compra do bem, a extinção do contrato ou sua renovação – *leasing* não há. FABIO KONDER COMPARATO, expondo entendimento diverso daquele que apresentara por ocasião de seu pioneiro estudo (in RT 389/7, publicado em 1968 e, portanto, antes da promulgação da Lei 6.099/74), destaca que *a verdadeira causa, o escopo permanente do negócio, em todos os casos, é justamente essa alternativa deixada à escolha do arrendatário. É ela, como elemento in obligatione – e não apenas in executione – que diferencia substancialmente o leasing de todos os demais negócios jurídicos típicos.*²

3. A DUPLA ESPÉCIE DE VALORES RESIDUAIS

A questão primeira a se definir é a que concerne à diversidade de conceitos normativos que se encontram na lei e nos atos administrativos que regulam a matéria. Além do regramento contido na Lei nº 6.099/74, o *leasing* financeiro vem sendo disciplinado, entre nós, por diversos normativos que ora se encontram consolidados na Res. nº 2.309/96 do Banco Central do Brasil. Pois bem, a Lei nº 6.099/74, que está vigendo com as modificações operadas pela Lei nº 7.132/83, se refere à *opção de compra* nos art. 5º, 14 e 15 e só menciona a expressão *valor residual* no art. 14 que veda a dedução, para fins de apuração do lucro tributável pelo imposto de renda, a diferença a menor entre o valor contábil residual do bem arrendado e o seu preço de venda, quando do exercício da opção de compra.

É certo que esta espécie negocial deve prever um *valor residual* de compra, sem o que restaria inviável o exercício da respectiva opção com direta repercussão sobre a equação econômico-financeira da avença que,

¹ (ver, a respeito, “*Leasing – Questões Controvertidas*”, FRANCISCO CLÁUDIO DE ALMEIDA SANTOS, Ministro (aposentado) do STJ, no sítio <http://bbs.elogica.com.br/users/laguimar>).

² (Revista de Direito Mercantil, 68/58).

naturalmente, deve ensejar o retorno do capital investido pela empresa arrendadora, suas despesas e o lucro normal do negócio. Por isso, tanto a Lei nº 6.0999/74 quanto a Res. BACEN nº 2.309/96 aludem a que o contrato deve estabelecer o preço residual da opção de compra ou critério para seu cálculo. Contudo, em relação a esta Lei, a já revogada Res. BACEN nº 980/84 veio recepcionar as Portarias MF nº 564/78 e MF nº 184/84, que estabeleceram **uma nova espécie de valor residual**, o chamado Valor Residual de Garantia - VRG a ser pago pelo arrendatário quando, ao final do contrato, **não se optar pela aquisição** do bem. Com efeito, dispunha a extinta Res. BACEN nº 980/84 que dos contratos de arrendamento mercantil deveriam constar compulsoriamente... *a obrigação da arrendatária pagar, no final do prazo de arrendamento, um valor residual garantido, sempre que optar pelo não exercício da opção de compra.* (art. 9º, g, I)

A atual Res. BACEN nº 2.309/96, a seu turno, disciplinou o VRG admitindo seu pagamento antecipado sem que isto venha se caracterizar o exercício da opção de compra (art 7º, VII, a). Revela-se, assim, que *Valor Residual Garantido e Preço da Opção de Compra* são fatores absolutamente distintos e, portanto, inconfundíveis, tanto do ponto de vista contábil quanto jurídico.

Enquanto o valor residual vinculado ao preço pela opção de compra se destina a complementar o retorno do capital investido pela arrendadora na hipótese de opção de compra, o VRG, ao revés, é resíduo exigível quando a opção não for pela compra, mas pela extinção do contrato. Isto é, ao fim da locação.

Assim, *se ao final do contrato a arrendatária optar pela devolução do bem arrendado, deverá aguardar que a empresa arrendadora efetive a venda do bem. Se o valor da venda for inferior ao valor residual garantido (VRG) estipulado, a arrendatária ficará obrigada pela diferença entre este e o valor da venda, haja vista que é da essência do leasing financeiro a recuperação, pelo arrendador, da totalidade do capital empregado na aquisição do bem arrendado durante o prazo contratual da operação, e adicionalmente, obtenha um retorno sobre os recursos investidos* (art. 5º, inciso I do Anexo à Res. nº 2.309/96 do Banco Central)³.

³ (NEIDE APARECIDA DE FÁTIMA RESENDE, *O Leasing no Código de Defesa do Consumidor*, ed. Saraiva, 2001, p. 58)

Segundo RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, esta nova figura do VRG fora conceituada na antiga Portaria MF nº 564/78 como *sendo o preço contratualmente estipulado para a opção de compra ou valor contratualmente garantido pela arrendatária como mínimo que será recebido pela arrendadora na venda a terceiros do bem arrendado, na hipótese de não ser exercida a opção de compra.*⁴ Mas, seja quanto ao preço da opção de compra, seja quanto ao resíduo referente a não-opção, se o contrato prevê a obrigação de pagamento antecipado, não se há de negar que, desde logo, são exercidas as opções do consumidor que, assim, vê elidida a potestividade que a lei e a natureza do contrato lhe deferem.

Sem embargo de que é, ao menos, discutível a delegação de atribuição ao Banco Central para regulamentar matéria cometida por lei ao Conselho Monetário Nacional (cf. art. 23 da Lei nº 6.099/74) parece evidente que uma tal inovação dependeria de lei. Lei em senso estrito. Daí afirmar MANCUSO que *não se justifica que, a pretexto de atualização ou readequação da norma positivada (no caso as Leis nº 6.099/74 e 7.132/83) venha instituído, via regulamentar, um item contratual (o valor residual garantido) não previsto naqueles textos... No caso, se as leis de regência apenas previram um único valor residual a ser pago, cujo momento azado seria o do exercício da opção de compra pelo arrendatário, parece claro que jamais o não exercício dessa faculdade poderia ser erigido em causa para um ônus financeiro diverso daquele previsto legalmente.*⁵

Apesar da palmar diferença, o que se vê, entretanto, é que há uma generalizada confusão de conceitos sobre ambas espécies de resíduo, como se pode verificar pela leitura da maioria dos contratos de *leasing* submetidos à apreciação do Judiciário, nos quais as próprias empresas arrendadoras se utilizam da expressão **preço da opção de compra** e VRG de forma algo aleatória. E a prática comercial revela, ademais, que tanto o preço da **opção de compra** quanto o VRG têm sido cobrados antecipadamente abolindo a faculdade do arrendatário que, *ab ovo*, paga por opção que ainda não fez.

Conquanto autorizada pela Res. BACEN nº 2.309/96, a antecipação do VRG que, repita-se, é parcela incidente em caso de não haver opção

⁴ (*Leasing*, Ed. RT, 2ª ed., p.152)

⁵ (ob. cit. p. 154/155)

pela compra do bem, desnatura o contrato de *leasing*, ainda que se a considere caução e haja previsão de devolução de eventual diferença a favor do arrendatário. É que em ambos os casos tais resíduos são acrescidos ao valor das prestações mensais de tal forma que o que é opção passa a ser obrigação, pois o consumidor não tem possibilidade de diferenciar e cindir o valor puro do aluguel do resíduo que é diluído nas prestações.

As mais modernas teorias contratualistas, consolidando a atrofia do secular princípio *pacta sunt servanda*, evidenciam que nestes tempos de economia globalizada e contratos de massa, o instrumento – virtual ou não – em que se registra a vontade das partes, o objeto e condições da avença, reclama uma releitura condizente com a função social que hoje ostenta. O contrato já não é um simples meio de realização dos interesses individuais dos contratantes, mas poderoso agente de integração do sistema econômico-social que tem no princípio da **boa-fé objetiva** um dos pilares da *tutela da confiança*.

Vai longe o tempo em que uma das partes se regozijava em arquitetar cláusulas cavilosas num contrato e depois, com sorriso sarcástico, levantara um brinde ao ato jurídico perfeito. A cilada, a esperteza, a malícia na redação de um dispositivo contratual já não dá frutos, pois, como preconizara GEORGES RIPERT, *o contrato já não é ordem estável, mas eterno vir a ser. O credor já não possui um direito adquirido, mas a simples esperança de que o juiz tenha as suas esperanças como legítimas*.⁶

E há mais: À luz do Código de Defesa do Consumidor e posto que o contrato de que se trata é de **adesão**, disposições contratuais que, subrepticamente e sem efetiva informação, agravam as contraprestações do consumidor devem ser reputadas abusivas por contrárias à **boa-fé objetiva**.

4. EFEITOS DA ANTECIPAÇÃO DOS VALORES RESIDUAIS. O DISSÍDIO DOUTRINÁRIO E A JURISPRUDÊNCIA

É certo que, doutrinariamente há grande controvérsia quanto à desnaturação do *leasing* nos casos em que há antecipação de valor residual, negando tal descaracterização IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (“As operações de arrendamento mercantil e a natureza jurídica do instituto à luz do Direito Tributário – Parecer”. **Revista LTr**, 59/312, 1988); ITAMAR

⁶ (citado por LEONARDO MATTIETTO, no ensaio “O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos”, em **Problemas de Direito Civil-Constitucional**, coordenado por GUSTAVO TEPEDINO, Renovar, 2000, p.163)

DUTRA (*Leasing – perdas e danos*. Solivros, 1997, p. 21/22); ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (“O contrato de *leasing* financeiro e as ações revisionais”, *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, SP, p. 30/31). Em sentido contrário, ARNALDO RIZZARDO (*Leasing, Arrendamento mercantil no Direito Brasileiro*, Ed. RT, 3ª ed., p. 81); RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO (*Leasing*, Ed. RT, 1999, p.155); NEIDE APARECIDA DE FÁTIMA RESENDE (*O leasing financeiro no Código de Defesa do Consumidor*, Saraiva, 2001, p. 60).

A jurisprudência, todavia, encontra-se praticamente pacificada quanto ao reconhecimento da descaracterização do contrato de arrendamento mercantil quando o valor residual for exigido antes do término da avença, hipótese em que se considera o *leasing* uma mera compra e venda. E nem se deveria esperar entendimento diverso. A Lei nº 6.099/74 estabelece em seu art. 5º que os contratos de arrendamento mercantil conterão, entre outras disposições, a cláusula de *opção de compra ou renovação de contrato, como faculdade do arrendatário*, dispondo, outrossim, no § 1º de seu artigo 11 que a aquisição de bens arrendados em desacordo com as disposições legais será considerada operação de **compra e venda à prestação**.

Pois reza o art. 10º da Resolução BACEN nº 2.309/96 (ratificando o que dispunha a revogada Resolução BACEN nº 980/84) que: *A operação de arrendamento mercantil será considerada como de compra e venda à prestação se a opção de compra for exercida antes de decorrido o respectivo prazo mínimo estabelecido no art. 8º deste Regulamento*.

E nem se diga que por estar inserida em norma tributária, a descaracterização prevista na Lei nº 6.099/74 só pode gerar efeitos tributários. Embora disponha o art. 109 do CTN que *os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo, e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários*, a verdade é que uma lei ordinária definiu o contrato de *leasing* lhe conferindo tipicidade igualmente reconhecida pela Doutrina.

A singularidade do aspecto tributário dos contratos não pode ser dilargada a ponto de se admitir que um mesmo negócio jurídico tenha dupla natureza jurídica. Para efeitos fiscais, pode-se desconsiderar este ou aquele efeito de um contrato civil ou comercial, mas isto não pode coartar a **harmonia do sistema jurídico**.

Valer-se do disposto no referido art. 109 do CTN para sustentar, genericamente, que a desqualificação do *leasing* só opera efeito tributário, é emprestar sentido que a lei não autoriza, sem mencionar que o próprio CTN determina que a interpretação literal da legislação tributária só é admitida em casos de suspensão ou exclusão do crédito tributário; outorga de isenção e dispensa do cumprimento de obrigações acessórias.(art.110)

Excetuado o entendimento dos Min. CARLOS ALBERTO DIREITO e ARY PARGENDLER, tal exegese encontra ampla ressonância na atual jurisprudência das 3ª e 4ª Turmas do STJ, forjada a partir de aresto líder do Min. RUY ROSADO o qual tem reiterado que: *O negócio do leasing fica sem causa, isto é, desaparece a razão do negócio se o arrendatário paga integralmente o preço do bem no curso da execução do contrato, uma vez que a finalidade básica do leasing financeiro é “sempre o financiamento de investimentos produtivos”* (Fábio Konder Comparato, **Contrato de Leasing**, Forense, 250/10) e não a compra e venda, sendo que a existência de uma promessa unilateral de venda por parte da instituição financeira serve para diferenciá-lo da locação e da compra e venda a crédito (*idem*);... *O arrendatário perde com a inclusão na prestação mensal da parcela correspondente ao valor residual, pois desembolsa antecipadamente aquilo que pagaria apenas no caso de exercer uma das três opções que a lei lhe reserva, ao final do contrato.*⁷

Trata-se, bem de ver, de tendência concreta no seio do STJ. *Leasing Financeiro. Ação de Reintegração de Posse. Demudação do contrato pelo pagamento antecipado do “Valor Residual Garantido”. Compra e venda a prestações. Art. 11, § 1º da Lei n. 6.099/74. Item 15 da Portaria nº3, de 19-03-1999, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Arts. 6º, I e 10 da Resolução n. 2.309, de 28-08-1996 do Banco Central do Brasil. I - A antecipação do VRG ou o adiantamento “da parcela paga a título de preço de aquisição” faz infletir sobre o contrato o disposto no § 1º do art. 11, da Lei 6.099/74, operando demudação, **ope legis**, no contrato de arrendamento mercantil para uma operação comum de compra e venda a prestação. Há o desaparecimento da figura da promessa unilateral de venda e da respectiva opção, porque imposta a obrigação de compra desde o início da execução do contrato ao arrendatário.*⁸

⁷ (Rec. Esp. nº 228624-RS; 4ª Turma, j. 09.11.99; unânime).

⁸ (AG.RESP 287269/PR (2000/0117989-6) DJ:28/05/2001- p. 00198, 3ª T.- unânime – Rel. Min. NANCY ANDRIGHI).

Pode-se afirmar, então, que a edição da Res. BACEN nº 2.309/96 não legitima a antecipação, diluída ou não, do valor do resíduo nas prestações mensais devidas pelo arrendatário. Em primeiro lugar, porque o pagamento prematuro do referido valor, como se viu, equivale ao exercício da opção de compra desnaturando o *leasing*; depois porque o VRG, quando relativo ao resíduo pela não opção de compra, é criação de regra administrativa (Resolução) que, obviamente, não pode alterar uma lei ordinária.

Se o Poder Legislativo está conformado com o paralelo poder legiferante do Banco Central que ocupa o espaço deixado pela inação do Congresso Nacional, o mesmo não ocorre com o Poder Judiciário, mesmo porque qualquer acadêmico de Direito sabe que uma norma administrativa não pode alterar uma lei. Neste sentido: *“Leasing” financeiro. Agravo de Instrumento. Não prevista na Lei n. 6.099/74 a cobrança do valor residual de garantia (VRG), descabe sua incidência nas prestações do arrendamento mercantil, tendo em vista o cálculo do valor do bem e da remuneração da atividade por meio dos juros. Sendo criado o (VRG) através de Resolução do Banco Central, não pode ser imposto ao arrendatário, por descaracterizar o contrato, em que há opção de compra e não obrigação. Exegese dos artigos. Correta a decisão que entendeu não se poder embutir adiantamento do (VRG) em arrendamento mercantil.*⁹

5. A QUESTÃO DA POSSE

Assim, demudado o *leasing* financeiro em compra e venda a prazo não há – em face da mora do devedor – ensejo à reintegração de posse por parte da credora que, com a tradição do bem, despe-se de sua posse e propriedade porque na compra e venda, o pagamento não é elemento essencial do contrato que se perfaz validamente com preço, vontade e licitude do objeto. O pagamento, bem de ver, diz respeito à execução do contrato de compra e venda.

A jurisprudência que se formara em torno da admissibilidade da ação reintegratória, equiparando a posse do devedor, no curso da mora, ao esbulho, supunha a efetiva existência de um contrato de *leasing* entre as partes, ao ensejo do qual o devedor era mero possuidor direto do bem, remanescendo o credor com posse indireta. Aqui a hipótese é outra. A empresa *lessor* **não**

⁹ (Agravo 1999.002.10832: 11ª Câm. Cível., unânime. Rel. Des. CELIA MELIGA PESSOA – j. 04/11/1999).

tem posse direta ou indireta sobre o bem que foi vendido (e não prometido vender!) através da compra e venda a prazo, assim definida pela Lei nº 6.099/74. E se não há posse direta ou indireta a defender, **não há esbulho** a ser conjurado pela via interdital, implicando em que o crédito da arrendadora só possa ser exigido por meios ordinários de cobrança.

6. CONCLUSÃO

Estabelecida no contrato de arrendamento mercantil financeiro, a antecipação dos valores residuais, seja do preço da opção de compra, seja do resíduo pela não opção (VRG), resta descaracterizado o *leasing*, considerado, *ope legis*, como de compra e venda à prestação.

Nesta qualidade, o negócio jurídico se concretiza com a tradição do bem em que há transmissão da posse plena do bem ao adquirente, não subsistindo, portanto, posse (sequer) indireta, ao alienante que possa ensejar qualquer tipo de proteção interdital.

Verificada a mora quanto ao pagamento de parcelas contratuais, o respectivo crédito deverá ser exigido pelas vias ordinárias de cobrança, vedado, dessa arte, o ajuizamento de ação reintegratória que, se proposta, deve ser extinta por incidência do disposto no inc. VI do art. 267 do Código de Processo Civil. ◆

A JURISDICIONALIDADE DA ARBITRAGEM

LUIZ ROBERTO AYOUB

Juiz de Direito TJ/RJ

I. INTRODUÇÃO

A realidade vivida pelo homem nos dias atuais sugere a necessidade de profundas mudanças na tradicional figura da jurisdição, devendo o operador do direito, realmente preocupado com a nobre função jurisdicional, romper o ortodoxismo do monopólio resultante do princípio da jurisdição única, buscando alternativas para aliviar o sofrimento de quem se vê preterido de seu direito, em razão das conseqüências advindas do fator tempo.

O legislador reformador do Código de Processo Civil, evidentemente objetivando minimizar as conseqüências decorrentes do tempo no processo, editou vários novos modelos processuais que têm, como objetivo principal, a celeridade na prestação jurisdicional.

Preocupado com a necessária mudança na estrutura tradicional do direito instrumental,⁽¹⁾ Mauro Cappelletti, responsável pelas denominadas ondas renovadoras do novo processo civil, destacou a celeridade, a efetividade e a facilitação do acesso à justiça, como sendo o trinômio responsável pela mudança necessária sugerida.

É dentro desta perspectiva que se mostra adequado afirmar que a proposição feita pelo mestre italiano mais se amolda à cultura de seu país, considerando que a facilitação do acesso ao judiciário no Brasil é a grande responsável pelo “emperramento” da máquina estatal, o que nos conduz à uma nova visão de descesso da justiça, amoldada à realidade nacional.

Quer-se dizer que não se deve dificultar o acesso à justiça, o que poderia resultar de uma interpretação simplista e precipitada da proposição, mas sim buscar a alternativa de se entregar a função jurisdicional a outros órgãos, retirando parcela considerável de litígios dos tribunais, realizando, assim, os ideais defendidos por Rui Barbosa que sustentou que a liberdade e

⁽¹⁾ Sobre a figura da jurisdição, consulte-se J. E. Carreira Alvim, **Tratado Geral da Arbitragem**, Belo Horizonte, Mandamentos, 2000, p. 131

a justiça são pressuposto de valores essenciais da humanidade em sua preconização por mais amplas garantias para o exercício da cidadania.

Dentro deste espírito renovador, preocupado com a manutenção do prestígio da jurisdição efetiva, este trabalho objetiva combater os argumentos contrários à natureza jurisdicional da arbitragem, demonstrando a evolução do instituto⁽²⁾ em todo o mundo, com a esperança de que, ao final, afastemos a postergação da justiça que, novamente citando o mestre Rui Barbosa, é a pior das injustiças.

II. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 7º, DA LEI 9.307/96

Impende destacar, inicialmente, que a arbitragem, nas palavras de Cézar Fiuza,⁽³⁾ antecedeu a justiça pública, considerando que os primeiros juizes eram árbitros, sendo certo, outrossim, que ao lado da mediação e da conciliação, aquela se mostra como meio alternativo de solucionar conflitos de interesses ou de controvérsias, nas palavras de Carlos Alberto Carmona.

Da análise da evolução do instituto, vê-se tratar-se de um modo especial de resolução de conflitos, semelhante à atividade estatal, considerando a formação de um juízo de valor sobre determinados fatos, objetivando o alcance de idêntica finalidade perseguida pela máquina estatal.

Daí, poder-se afirmar ser o árbitro um juiz de fato e do fato, com ampla possibilidade de examinar as questões que lhe são postas a debate, permitindo-lhe o aprofundamento do exame da questão litigiosa, perquerindo, se necessário, outros elementos indispensáveis ao deslinde da questão através de uma cognição exauriente, valendo-se, inclusive, de medidas de caráter cautelar,⁽⁴⁾ sendo certo, porém, que não é possível sua efetivação, pois que, neste caso, indispensável o socorro ao judiciário que detém o poder de império.⁽⁵⁾

⁽²⁾ Sobre a arbitragem, é relevante destacar os ensinamentos de Carlos Alberto Carmona, que afirma tratar-se “de uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial”(CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993, p.19).

⁽³⁾ FIÚZA, César. **Teoria geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p.63.

⁽⁴⁾ “Seria um avanço significativo, a causar enorme polêmica, se ao árbitro fosse dado o componente de coerção (MARTINS, Pedro A. Batista, **Aspectos fundamentais da Lei da Arbitragem**, Forense, p. 357).

⁽⁵⁾ Sobre o tema, consulte-se CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem, Lei 9.307/96**. RJ: Lumen Juris, p.83.

Desde já, sem prejuízo de explicações mais aprofundadas sobre o assunto no decorrer deste ensaio, pode-se afirmar que o fundamento constitucional da inafastabilidade do acesso à justiça, para inibir o alcance do instituto da arbitragem, não tem sustentação legal para se manter viva no nosso ordenamento, porquanto inconstitucional seria a proibição do acesso ao judiciário o que, de fato, não ocorre com este novel diploma, vez que, em se tratando de direitos disponíveis, assim conceituados os bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, as partes podem *optar* pela solução por um juiz leigo ou, querendo, através de um pronunciamento da justiça pública.

Mister destacar, neste ponto, que a justiça entregue aos leigos não é estranha em novo ordenamento jurídico, bastando citar o Tribunal do Júri composto por jurados que, mesmo não investidas do Poder Jurisdicional, são os responsáveis pelo julgamento do caso concreto.

Daí, concluir-se, que inconstitucional seria o modelo que, de alguma forma, *proibisse* o acesso ao Poder Judiciário.⁽⁶⁾

Pela pertinência, vale transcrever uma recente decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal, noticiado pelo Informativo n.º 213 daquela Corte, com a seguinte redação:

“PLENÁRIO

Homologação de Sentença Arbitral

Por estarem presentes os requisitos dos art. 37 a 39 da Lei 9.307/96, o Tribunal deferiu pedido de homologação de sentença arbitral, oriunda do Reino da Noruega, que condenou empresa brasileira ao pagamento de determinada importância pelo descumprimento de contrato de afretamento, celebrado em 1995. O Tribunal, salientando a eficácia imediata das normas de natureza processual, afastou a alegação da requerida de que a Lei 9.307/96 seria inaplicável à espécie, já que o processo de arbitragem iniciara-se antes da sua edição. Afastou-se, também, a discussão a respeito da constitucionalidade de dispositivos da Lei de Arbitragem, que estão sob apreciação do Plenário nos autos da SEC 5.206-Espanha (v. Informativo 211), tendo em vista que, na espécie, as partes submeteram-se espontaneamente ao

⁽⁶⁾ ALVIM, José Eduardo Carreira, op. cit., pág. 45.

juízo arbitral.” SEC 5.828-Reino da Noruega, rel. Min. Ilmar Galvão, 6.12.2000. (SEC-5.828)

Ainda sobre a constitucionalidade da denominada cláusula compromissória, relevante destacar o fundamento do voto do Ministro Sepúlveda Pertence que considerou inconstitucional o art. 7º, da Lei da Arbitragem e, igualmente, o parágrafo único do art. 6º, do mesmo diploma legal, argumentando que a renúncia antecipada do direito de ação violaria a garantia de acesso do judiciário, impossibilitando a execução específica da cláusula compromissória.

Contrário ao entendimento esposado pelo ilustre ministro, impende destacar os ensinamentos do insigne Pontes de Miranda⁽⁷⁾ que asseverou que a garantia do acesso ao judiciário visava às próprias autoridades governamentais, em especial os legisladores, no sentido de coibir a edição de regras jurídicas que possibilitassem a ocorrência da definitividade das decisões proferidas em processo administrativo ou inquérito parlamentar inibindo a cognição do Poder Judiciário.

No mesmo sentido, o mestre Aliomar Baleeiro⁽⁸⁾ destaca que o princípio constitucional de garantia de acesso ao judiciário foi explicitado no ordenamento jurídico em razão do período de ditadura vivido em nosso país, época em que se criaram órgãos administrativos com função jurisdicional, bastando citar, por exemplo, o Tribunal Marítimo e o Conselho de Contribuintes.

Assim, vê-se que o propósito de explicitar aquele princípio constitucional, nunca se deu em razão da opção dada ao particular de utilizar-se do judiciário ou do juízo arbitral para solucionar seus conflitos, mas sim a vedação do acesso pelo cidadão à justiça comum para garantir seus direitos, afastando do ordenamento pátrio a figura da definitividade das decisões administrativas que, como notório, comprometia, muitas vezes, os direitos e garantias consagrados desde a edição da Carta Política de 1946.

Por fim, considerando a autoridade que desempenham em nosso ordenamento jurídico, vale transcrever os ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco, Sálvio de Figueiredo Teixeira e J. E. Carreira Alvim que, defendendo a constitucionalidade do moderno diploma legal, assim se manifestam:

⁽⁷⁾ MIRANDA, Pontes de. “Comentários à Constituição Federal de 1967”. **RT**, 1971, t.v, p.109.

⁽⁸⁾ BALEEIRO, Aliomar *apud* Santos, J. M. de Carvalho. “Juízo Arbitral - Compromisso - Constitucionalidade - Juros de Mora”. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: n. 164, p. 117, mar/abr. 1956.

“O processo arbitral tem as vantagens do informalismo (em proporção maior que o do próprio processo perante o juiz, no Juizado), da maior descrição na instrução da causa e até talvez, dependendo de uma feliz escolha, dos julgadores especializados e conhecedores do tipo de litígio que envolve as partes. Além disso, é natural a melhor disposição dos litigantes em cumprir voluntariamente uma decisão dada em processo que eles consensualmente resolveram instaurar, do que no processo contencioso instaurado por iniciativa do autor” (Cândido Rangel Dinamarco);

“Tenho não justificar-se, contudo, esse temor, mais que inquietação, na medida em que o modelo de arbitragem adotado pela Lei 9.307/96 dele não exclui o Judiciário. E isso por múltiplas razões.

A uma, porque a nova lei é explícita (art. 33) em assegurar aos interessados o acesso ao Judiciário para a declaração da nulidade da sentença arbitral nos casos que elenca, em procedimento hábil, técnico e de maior alcance do que o criticado procedimento homologatório do sistema anterior.

A duas, pela igual possibilidade de argüir-se nulidade em embargos à execução (art. 33, § 3º, c/c art. 741, CPC).

*A três, porque a execução coativa da decisão arbitral somente poderá ocorrer perante o judiciário, constituindo a sentença arbitral título executivo judicial assim declarado na nova redação dada (pelo art. 41) ao inciso III do art. 584 do CPC. De igual forma, a efetivação de eventual medida cautelar deferida pelo árbitro reclamará a atuação do juiz togado, toda vez que se fizerem necessárias **a coercio e a executio**.*

A quatro, porque, para ser reconhecida ou executada no Brasil (art. 35), a sentença arbitral estrangeira se sujeitará à homologação do Supremo Tribunal Federal (ou de outro órgão jurisdicional estatal – v.g. o Superior Tribunal de Justiça), se a Constituição, reformada, assim vier a determinar.

A cinco, porque do Judiciário é o controle sobrevivendo no curso da arbitragem controversia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento.

A seis, porque também caberá ao Judiciário decidir por sentença acerca da instituição da arbitragem na hipótese de resistência de uma das partes signatária da cláusula compromissória (art. 7º).” (Sálvio de Figueiredo Teixeira);

“De inconstitucionalidade poder-se-ia falar se a lei houvesse instituído a arbitragem obrigatória (ou coativa), pois esbarraria no artigo 5º, XXXV, da Constituição, apontando o princípio da inafastabilidade, ao vedar às partes o acesso ao juízo judicial, impondo-lhes o juízo arbitral. Mas, felizmente, não é o que acontece, porquanto, a nova Lei da Arbitragem mais não faz do que já fazia o Código Civil, ao facultar aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas, segundo seu art. 1.025, ou o Código de Processo Civil, ao extinguir o processo com julgamento do mérito, quando as partes transigirem, segundo o art. 269, III.

Por idêntica razão, ao dizer o artigo 31 da Lei da Arbitragem que a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença judicial, e sendo condenatória, constitui título executivo, não incide em nenhuma inconstitucionalidade.” (J. E. Carreira Alvim).

No Brasil, o juízo arbitral cedeu espaço à Lei 9.307/96, denominada lei da arbitragem que, segundo Carlos Alberto Carmona, deu eficácia à cláusula compromissória, eliminou a necessidade de homologar o laudo arbitral e, por último, disciplinou a homologação pelo Supremo Tribunal Federal da sentença arbitral estrangeira.

A ineficiência do denominado juízo arbitral se fez notar pela falsa celeridade compreendida na solução dos litígios, considerando que o tempo poupado⁽⁹⁾ em razão da rápida solução do árbitro, era desperdiçado porquanto necessário, em um segundo momento, da homologação judicial para conferir eficácia àquela decisão.

⁽⁹⁾ Em tempo no processo, mister destacar toda o pensamento da moderna doutrina processualista que, fulcrado no princípio da efetividade, objetiva afastar do processo, os males resultantes do fator tempo, repartindo-o entre autor e réu, minimizando o sofrimento daquele que se afirma titular de uma determinada pretensão de direito material. Para tanto, destacam-se as tutelas de urgência, a ação monitória, o novo regramento conferido ao recurso de agravo, e tantas outras novidades que estão por vir, no sentido de garantir a efetiva prestação jurisdicional.

Hoje, com a decisão arbitral alcançando o *status* de sentença, evoluiu-se bastante em relação ao modelo anterior, o que motivou o nascimento de uma série de expedientes contrários à inovação, trazendo em desfavor da lei da arbitragem inúmeras resistências que, de toda sorte, são afastadas com base em fundamentos científicos, conforme se verá a seguir.

III. ALGUMAS RESISTÊNCIAS AO NOVO MODELO LEGAL E AS SOLUÇÕES SUGERIDAS

Na experiência comum vivenciada no dia a dia forense, é freqüente a resistência da aplicação da lei da arbitragem, ao argumento de que a sentença proferida por um juízo leigo, poderia estar contaminada por uma decisão tendenciosa, considerando não se tratar de um juiz togado, este sim, revestido da confiança necessária para o desempenho da função de julgar.

À toda evidência, esta argumentação é desprovida de qualquer fundamento porque, diferente do que é afirmado por seus opositores, a lei de arbitragem preocupou-se em “controlar” a atuação dos árbitros, objetivando, com isso, afastar os males comuns resultantes da atividade de julgar, prestigiando o princípio da imparcialidade, do qual não se afastou.

Assim é, que os árbitros, na forma do art. 20, da Lei 9.307/96, igualmente aos juízes togados, se submetem ao controle da suspeição e do impedimento.

De outra forma, consoante a norma do art. 17 da lei especial, equiparam-se os árbitros a funcionários públicos, de forma que a prática de qualquer ilícito tipificado no Título XI, do Código Penal, a eles contaminará.

Ainda em relação ao seu atuar, o árbitro, na falta de regulamentação expressa, deverá reparar os danos que der causa à vítima, em razão de uma conduta omissa ou comissiva, integrando analogicamente o preceito contido no art. 159, do Código Civil, que trata da responsabilidade civil subjetiva ou aquiliana.

Por último, no art. 33 daquele diploma, faz-se previsão da ação de anulação da sentença arbitral, quando a decisão do árbitro estiver na contramão do que foi estabelecido por ocasião da celebração da convenção arbitral, ação esta que pode ser exercida no prazo decadencial de 90 dias.

Mesmo demonstrado que o princípio da imparcialidade⁽¹⁰⁾ não foi esquecido no campo da arbitragem – considerando os controles a que se sub-

⁽¹⁰⁾ Sobre as obrigações dos árbitros, leciona a prof.^a Selma M. Ferreira Lemes, que “na condução do procedimento, o árbitro deve observar o dever de diligência, adotar as providências devidas prontamente e dedicar ao assunto o tempo razoável necessário e esperado pelas partes. Ser e manter-se imparcial e independente”.

metem os árbitros, – muitos operadores do direito, pouco heterodoxos, vislumbram na sentença arbitral, um verdadeiro absurdo capaz de comprometer a ordem jurídica em razão das conseqüências que resultam da natureza do título executivo constituído pela decisão arbitral.

Segundo os tradicionalistas desta nova orientação da processualística, a decisão do árbitro, ao se equiparar a uma verdadeira sentença, restringe a matéria de defesa a ser utilizada na eventual ação de embargos de devedor, o que contraria, segundo sustentam, a necessária moderação conferida pelo novo modelo legal.

Em um primeiro momento, fez-se mister destacar que a prevalecer o entendimento antes esposado, no sentido de conferir extrajudicialidade ao título resultante da decisão do árbitro, estaríamos trocando seis por meia dúzia, considerando que toda a evolução alcançada com a ab-rogação do modelo tradicional do juízo arbitral, de nada serviria.

Em uma segunda etapa, é necessário esclarecer que, segundo preceitua o art. 29 da Lei 9.307/96, a arbitragem se encerra quando proferida a sentença arbitral, de modo que a execução do julgado, acaso não cumprida a decisão espontaneamente, se fará ao abrigo do Poder Judiciário, o que muito conforta aos que, lamentavelmente, estão em sentido oposto da evolução, desacreditados da arbitragem.

Feitos os devidos esclarecimentos, chega-se facilmente à conclusão de que o legislador infraconstitucional preocupou-se com a conduta do árbitro no desempenho desta nobre função, o que nos leva a afirmar que a oposição dos mais pessimistas cai por terra a partir de tais considerações.

De outra forma, vê-se que a falta de confiança nas instituições é a responsável pelo descrédito na arbitragem, querendo crer que apenas um juiz togado estaria em condições de julgar os conflitos de interesses estabelecidos entre os homens.

Trata-se, à evidência, de uma questão cultural⁽¹¹⁾ que o tempo se encarregará de modificar.

Outra questão relevante, que serve de sustentação aos opositores deste novel diploma legal, reside na afirmação de que a lei da arbitragem, ao entregar a decisão a um único juiz leigo, prejudica a busca de uma decisão

⁽¹¹⁾ A forma preferida da resolução dos conflitos entre nós, até pela falta de uma cultura arbitral, continua sendo a jurisdicional (ALVIM, José Eduardo Carreira, **Tratado Geral da Arbitragem**, Mandamentos: 2000, p. 38).

justa, desprestigiando o princípio implícito do duplo grau de jurisdição, reconhecido pela doutrina em razão da efetividade da prestação jurisdicional que dela resulta.

Vê-se tratar de mais um equívoco dos que se opõem à evolução trazida pela Lei 9.037/96, porque se é certo que a sentença arbitral não se sujeita a recurso no âmbito do Poder Judiciário, não é menos certo que inexistente vedação à estipulação de revisão em sede de arbitragem, através de outros árbitros, conforme leciona Carlos Alberto Carmona, inclusive com a adoção de recursos semelhantes aos embargos infringentes previstos no Código de Processo Civil, sempre dirigidos internamente aos órgãos do “tribunal arbitral”, consoante aquilo que foi previamente estabelecido pelos contendores.⁽¹²⁾

Ainda em defesa dos que se contrapõem a utilização da arbitragem no Brasil, grande parte dos operadores afirmam que a estipulação da cláusula compromissória, nos contratos de massa, geraria um enorme risco à imparcialidade dos julgamentos, ao argumento de que nos contratos de adesão, assim entendidos aqueles já preestabelecidos, o aderente ficaria à mercê da indicação do árbitro que mais lhe convém.

Não obstante ser sedutora a proposição oferecida pela doutrina avessa à lei, vê-se facilmente que não encontra base para sustentação.

Isto porque, segundo noticia o art. 335 Código de Processo Civil, o juiz, inspirado pela experiência comum, deverá desconsiderar a cláusula compromissória quando resultante de um contrato de adesão, ao fundamento de que no momento da avença, restou ausente o elemento volitivo, essencial aos contratos, considerando que, com base nas máximas da experiência, sabe-se que a não-aceitação das cláusulas impostas na origem do contrato resultaria, quase sempre, na rejeição do contratante mais vulnerável na relação contratual.⁽¹³⁾

Nestas hipóteses, para ver afastada a convenção da arbitragem, bastaria ao contratante vulnerável, diante do surgimento de um conflito de inte-

⁽¹²⁾ Destaca-se a propósito, que “o número de árbitros será sempre em número ímpar, podendo ser instituída a arbitragem com árbitro único ou com mais árbitros, formando um colegiado de árbitros que se denomina tribunal arbitral (art. 13, § 1º) “(MARTINS, Pedro A. Batista, **Aspectos Fundamentais da Lei da Arbitragem**, Forense, p. 270).

⁽¹³⁾ Sobre o tema, merece relevo os ensinamentos de J. E. Carreira Alvim, que registra que “se uma das partes for coagida pela outra a celebrar uma convenção de arbitragem, estará esta sujeita à anulação como qualquer ato jurídico do gênero (convencional). Por isso, questiona-se a validade de os contratos de adesão poderem prever a solução arbitral, a respeito do que também não é pacífica a doutrina (ALVIM, José Eduardo Carreira, **Tratado Geral da Arbitragem**, Mandamentos: 2000, p. 45).

resses, ingressar com uma ação judicial, renunciando à cláusula firmada, provocando o magistrado ao se pronunciar sobre a questão.

IV. FUNDAMENTO BASTANTE PARA JUSTIFICAR SUA NATUREZA JURISDICIONAL

Com a edição da Lei 9.307/96, segundo afirma peremptoriamente J. E. Carreira Alvim, a arbitragem brasileira, por natureza e por definição legal, tem indiscutível caráter jurisdicional, não mais havendo que se falar em contratualidade.

Em respeito aos ensinamentos do referido processualista, diante da controvérsia que se instaurou sobre o assunto, temos que a definitividade, resultante do instituto da coisa julgada, serve como um intransponível fundamento para revestir de jurisdicionalidade a atividade desempenhada pelo árbitro, aliada à cognição exauriente que, juntas, conferem as características da tutela jurisdicional.

A contrário *sensu*, podemos afirmar que as decisões proferidas pelo tribunal marítimo e pelo conselho de contribuintes, por exemplo, não são dotadas de definitividade, não alcançando, assim, o *status* de coisa julgada, exatamente porque aqueles órgãos não detêm função jurisdicional.

Neste sentido, qualquer decisão administrativa que porventura acarrete prejuízo a alguém, poderá se sujeitar à cognição do Poder Judiciário para a solução da controvérsia.

V. DA EFETIVIDADE DA LEI 9.307/96

A efetividade, em uma visão global ou macroscópica, representa a exteriorização do sucesso alcançado pela norma, segundo os ensinamentos do mestre Miguel Reale que a define como sendo a eficácia social.

Do contrário, se determinada lei não alcança este sucesso almejado, diz-se frustrada a disciplina posta no ordenamento jurídico.

Assim, considerando a ignorância e o descrédito da lei de arbitragem, é fácil perceber que o novo modelo não logrou alcançar a efetividade desejada, o que nos conduz, enquanto operadores do direito, a provocar uma profunda reflexão sobre o tema, despertando atenção especial para um projeto de “oxigenação” deste diploma, a fim de que não seja sepultado de uma vez.

VI. CONCLUSÃO

Como instrumento amplo de acesso à justiça, que se coaduna com os objetivos inscritos na Carta Política de 1988, a fim de propiciar a harmonia

social e na solução pacífica dos conflitos de interesses, a lei de arbitragem se mostra adequada fonte que atende aos anseios da cidadania, restando infundadas as diversas teses contrárias à sua natureza jurisdicional.

A falta de cultura arbitral, como visto, demanda tempo para que os operadores do direito se convençam do excelente instrumental conferido pela Lei 9.307/96, sendo certo, assim, que o novel diploma restará efetivo em breve espaço de tempo.

Como visto, de igual forma, os obstáculos resultantes do descrédito no instituto não encontram sustentação suficiente para tornar inútil a nova visão arbitral, havendo suficientes fundamentos científicos para sua defesa.

Outrossim, a forte oposição à arbitragem, fulcrada na inconstitucionalidade do art. 7º, da Lei 9.307/96, é facilmente afastada, porquanto o preceito contido na Carta Política de 1988, garantindo o acesso ao Judiciário para evitar lesão ou ameaça de lesão ao cidadão, tese por escopo outro fundamento, querendo evitar as distorções criadas em um momento tormentoso de nossa história.

Por derradeiro, a arbitragem não oferece qualquer risco ao princípio da imparcialidade no exercício da jurisdição, porquanto os árbitros, assim como os magistrados, se submetem a controles que objetivam inibir condutas contrárias à moralidade, considerando que o legislador teve a preocupação de editar um modelo legal comprometido com a transparência, enquanto princípio cardeal da jurisdição. ◆

PACTO FEDERATIVO: ASPECTOS ATUAIS

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO

Professor Universitário e da EMERJ. Procurador de Justiça do RJ

1. As clássicas formas de Estado são representadas pela confederação, pela federação e pelo regime unitário. Em virtude das variadas modalidades que os Estados podem assumir, na conformação de seu perfil político, nenhuma delas ostenta rigidez que impossibilite eventuais particularidades, nem impede que seja adotada forma de certo modo híbrida, com a presença de alguns elementos de uma das modalidades clássicas e outros próprios de modalidade diversa.

Na confederação, existe mera aliança política entre os países confederados. Todos eles, contudo, preservam sua soberania e atuam, na ordem internacional, com a independência própria dos Estados soberanos. Como possuem interesses comuns, submetem-se a regras gerais supraconstitucionais, mas sem que isso signifique perpetuidade da união. Alteradas as condições que conduziram o Estado a integrar a confederação, pode ele, em tese, abandoná-la e agir com poder político lastreado apenas nas normas de sua respectiva carta constitucional.

O Estado unitário se caracteriza pela centralização política. O poder político é atribuído apenas ao conjunto central da estrutura orgânica estatal, sem admitir descentralização política, mas somente a territorial. Neste tipo de divisão territorial, a descentralização é mínima e tem caráter administrativo, o que afasta a representatividade dos dirigentes.

É o Estado federativo que comporta a verdadeira descentralização política, sendo atribuídos poder e capacidade política aos entes integrantes do sistema. A soberania é una e aos integrantes a Constituição reserva autonomia, maior ou menor, conforme o país, que lhes permite atuar com certa liberdade dentro dos padrões definidos na Carta federal.

2. O termo *federação* se origina de *foedus*, vocábulo latino, com o sentido de aliança, pacto, união. É exatamente o pacto entre as unidades federadas, no sentido de compor um único Estado, que marca o regime federativo.

Nem a Antigüidade nem a Idade Média conheceram o regime de federação. Embora alguns estudiosos indiquem a antiga Confederação Helvética como instituidora da primeira federação, após transformar-se na Suíça em 1848, parece mais consentâneo com a fisionomia atual desse regime considerar os Estados Unidos da América como a primeira soberania a adotar o referido regime. Depois que as 13 colônias britânicas na América se declararam independentes em 1776, firmando entre elas um tratado de união, nominado de *Artigos de Confederação*, decidiram rever o pacto confederativo para fortalecer o conjunto e evitar o enfraquecimento de cada integrante isoladamente, e em 1787, na cidade de Filadélfia, converteram a confederação em federação. Nesse novo Estado federal, os entes federados abdicaram de suas respectivas soberanias em favor do governo federal, reservando-se-lhes, entretanto, todos os poderes locais constitutivos de suas autonomias.

A despeito de ser forma de Estado, a federação americana sofreu notória influência das idéias de MONTESQUIEU para a formação de seu regime de governo, principalmente a que sugeria que o Estado ideal deveria adotar a separação de Poderes. A firme crença em tal sistema, levou o Estado americano a adotar o presidencialismo como forma de governo e a distinguir, com linhas claras, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, em relação aos quais, todavia, foram instituídos mecanismos de mútuo controle, denominados de *freios e contrapesos* (*checks and balances*), para que não houvesse o risco de qualquer deles perseguir superposição em relação aos demais.

3. No regime de federação, podem distinguir-se algumas características marcantes que delimitam o perfil político do Estado.

A primeira delas consiste em que, na federação, só há um Estado soberano na ordem internacional. As entidades componentes, se a possuíam anteriormente, perdem a soberania em favor do governo federal. Passam a ser apenas Estados-membros, sem soberania, mas com certa liberdade de ação dentro dos *standards* fixados na Constituição federal. Como bem observa o saudoso WILSON ACIOLI, “o Estado federal é um Estado que se compõe de um certo número de Estados, um Estado de Estados, consoante a expressão alemã *Staatenstaat*, culminando por asseverar que “as manifestações políticas que ocorrem num Estado federal são de duas ordens: as manifestações do próprio Estado federal e a dos Estados integrantes, denominados Estados federados ou Estados-membros” (**Instituições de Direito Constitucional**, Forense, 3. ed., 1984, p. 90).

Uma vez reunidos num só Estado, não se permite aos entes integrantes o denominado *direito de secessão*, ou seja, o direito de denúncia unilateral do pacto federativo com o simples afastamento da entidade federada do conjunto federativo. O vínculo é o de indissolubilidade, marcada pelo caráter de permanência e definitividade da aliança. Para dissolução do regime só se vislumbra a possibilidade de revolução dos entes federados para a criação de soberanias isoladas, ou um pacto geral amigável, difícil de concretização, pelo qual as entidades decidam em conjunto separar-se para serem independentes. Não há possibilidade, portanto, de manifestação unilateral de caráter político para retirada do Estado-membro do pacto federativo.

Sinal inarredável da federação é o sistema de partilha de competências definido na Constituição, para que seja demarcada a área de atuação do governo federal e das unidades componentes do regime. Na verdade, não pode conceber-se federação sem a distribuição das competências, e a ela podem creditar-se duas ordens de conseqüências. Primeiramente, prestigia-se o poder local através da atuação autônoma dos entes federativos, apontando-se as matérias das quais poderão dispor. Além disso, a repartição de competências, por estar contemplada em nível constitucional, confere às pessoas integrantes da federação a garantia contra invasões perpetradas pelo governo central.

A autonomia conferida aos entes federativos, entretanto, tem que comportar lastro financeiro que lhes permita atuar nas áreas demarcadas pela Constituição. Assim, é necessário que a lei fundamental contemple sistema tributário por meio do qual se permita que tais entidades auferam renda própria, fator necessário, como sabido, para garantir a relativa independência de que gozam no regime. Poderá haver, é claro, a previsão de repasses de recursos provindos de outra esfera federativa, mas esses repasses não podem ser de tal dimensão que submetam a entidade destinatária à total dependência da pessoa repassadora. Repasses são (ou, pelo menos, devem ser) fontes auxiliares de recursos, mas a fonte primária deve ser realmente aquela que se origine dos tributos de sua competência.

Por fim, deve ser lembrada a natural e inafastável descentralização política. Com efeito, as entidades integrantes da federação devem ter capacidade política própria, o que significa que têm idoneidade para eleger seus próprios representantes. A estrutura de poder de tais entidades, como regra, obedece ao modelo federal, fato que reflete o princípio da simetria constitucional. Embora idêntico o modelo, serão sempre unidades dotadas

de autonomia, diferentemente da pessoa federal, a União, esta detentora da soberania como poder político maior.

4. As noções acima expendidas, de caráter introdutório, servem apenas para reafirmar as linhas básicas da federação. Em virtude do objetivo de apontar algumas questões atuais ocorrentes nesse regime, abstraímos-nos de examinar a parte histórica da federação.

Para seguirmos com objetividade neste breve estudo, é necessário apenas lembrar que o Brasil adotou o regime de federação desde a instituição da República em 1889, sendo que as linhas do regime foram delineadas na Constituição de 1891. Logicamente, as referidas linhas sofreram alterações, positivas e negativas, evolutivas e retrógradas, no decorrer da história constitucional. Não se pode perder de vista a experiência que o país vai adquirindo no evoluir de seu curso constitucional progressivo, de modo que o tempo demonstrou a adoção de boas conquistas no que toca ao delineamento do regime federativo.

Estamos, pois, diante da federação alinhavada na Constituição de 1988, e é sobre o pacto federativo atual que teceremos alguns comentários.

5. Entre as críticas que o regime de federação sofre está a de propiciar um grande dispêndio de recursos públicos para manter a estrutura orgânica e funcional das entidades componentes. É a correta observação de DALMO DALLARI, de que, “*o Estado Federal, segundo se alega, provoca a dispersão dos recursos, uma vez que obriga à manutenção de múltiplos aparelhos burocráticos, sempre dispendiosos e desejando executar seus próprios planos*” (**Elementos de Teoria Geral do Estado**, Saraiva, 10. ed., 1983, p. 229).

Quem examina o sistema federativo com isenção e sem emocionalismos, verifica com facilidade que a afirmação é verdadeira. A máquina estatal é dispendiosa e nem poderia ser de outra maneira, porque é inevitável que cada ente federativo precisa organizar-se através de estrutura que lhe permita agir com maior eficiência para beneficiar sua população.

Se nas federações em geral a afirmação é exata, com mais razão ela o é no regime federativo pátrio, em que, diversamente de outras nações, a Constituição adota federação de três graus, composta de União, Estados-membros e Municípios. Não cabe aqui entrar na discussão sobre se os Municípios são (ou devem ser) membros da federação. Cabe-nos somente trazer à colação o art. 18 da vigente Constituição, que não deixa qualquer margem à dúvida sobre a matéria: os Municípios são entes participantes da

federação e são dotados de autonomia, a mesma, aliás, conferida aos demais entes integrantes, embora com demarcação diferente. Sendo integrantes da federação, não há como alijá-los do pacto federativo, pois que *pacto* é exatamente o vínculo político-constitucional que deixa as entidades federativas atreladas entre si como células do Estado num todo.

Nosso pacto federativo, porém, está comprometido com o excesso de despesas para a manutenção do poder. Mesmo sem se ter conhecimento dos números exatos de tais despesas, pois que existem muitas maneiras de maquiá-las ou ocultá-las, não é difícil verificar que são realmente incompatíveis com a natureza de um país pobre. O Brasil precisa convencer-se - é preciso que alguém lhe diga com clareza - que sua natureza é a de um país pobre e que, embora com muitas perspectivas, não pode dar-se ao luxo de dispêndios irresponsáveis.

Todos sabemos que nosso espírito ostenta notória tendência de não conter gastos. Não consideramos a exceção, é lógico; consideramos apenas a regra. A máquina estatal gasta muito, tem estrutura muito pesada, não tem planejamento, joga recursos pela janela em muitas ocasiões. Construímos prédios públicos com sofisticação (e preço) apropriada para países ricos, em que a proporção entre o gasto e os recursos existentes é ínfima se comparada com a mesma proporção em nosso país.

Isso não poderia prevalecer em país como o nosso. O espírito público dos dirigentes deveria levar em conta que os recursos arrecadados se originam, em sua maior parte, dos indivíduos menos favorecidos da sociedade. Esse sacrifício não estaria a merecer gastos inconseqüentes, mas, ao contrário, redobrado cuidado em sua utilização. Não é justo o desperdício com o dinheiro mais duro de auferir, que é aquele conseguido a duras penas pelas pessoas pobres e médias da sociedade.

Esse aspecto tem preocupado, de algum modo, os dirigentes do país. A sensibilização, porém tem que ser geral, e não somente de alguns. Certos diplomas têm sido editados, em regulamentação a normas constitucionais, com vistas a permitir melhor controle dos gastos públicos. Já é um avanço, sem dúvida, e deve ser aplaudido. Mas não basta termos a lei; urge cumpri-la, aplicá-la com rigor. E mais ainda: não basta cumpri-la sem que na alma do aplicador não esteja infundido o sentimento de que o comedimento nos gastos públicos é fator que atende, direta e indiretamente, a toda a coletividade.

6. Aspecto ligado ao excesso de gastos públicos é o número excessivo de municípios em nosso País. Em nosso entender, a federação brasileira

precisa revisitar a questão do número de municípios, de sua natureza, de seus gastos, de sua necessidade como estrutura autônoma da federação. Note-se que, contrariamente ao que se poderia supor, nosso pensamento é plenamente favorável à descentralização política pelo sistema municipal. O que nos parece contestável é a forma como se tem admitido a proliferação desenfreada e injustificável dessas entidades federativas.

Há dados realmente impressionantes sobre a esfera municipal.

Difícilmente se encontra um número uniforme de municípios. Consta que alguns, em formação, figuram no montante fixado por alguns bancos de dados oficiais, ao passo que outras fontes só registram municípios já criados efetivamente. Tomando-se por base o número de 5.507 municípios em 1996 (atualmente são 5.549), tem-se que mais de 1.300 foram criados nos últimos dez anos. Mais de 1.584 deles empregam mais recursos com a manutenção da Câmara Municipal do que arrecadam com impostos. Ademais, 3.587 têm menos de 15.000 habitantes. Os dados constam da revista **Veja**, de 14 de junho de 2000, que buscou como fonte o IBGE/Instituto Fernand Braudel (pág. 34).

Os dados são realmente impressionantes. Para quem tem interesse em refletir sobre dados concretos, seria de perguntar-se: seriam justificáveis mais de 3.500 municípios com população inferior a 15 mil habitantes? Será justo e legítimo para com as populações em geral reconhecer que mais de 1.500 municípios se preocupam principalmente em favorecer o Poder Legislativo local, numa orgia indesculpável com o dinheiro público?

São distorções que só não vê quem não quer. O Município de Oliveira de Fátima, em Minas Gerais, passou à condição de Município em 1997, mas sua população era de apenas 754 habitantes... O Município de Quatis, no Estado do Rio de Janeiro, tem 11.500 habitantes, mas a Prefeitura gasta cerca de 3,5 milhões de reais por ano, sendo que quase dois terços apenas com o funcionalismo público. São desvios claríssimos, tão eloquentes, que justificam a resignada conclusão do senador Geraldo Althoff, de Santa Catarina: *“Os políticos estão tirando dinheiro dos municípios viáveis apenas para criar currais eleitorais”*. Tais fontes e informações constam também da revista **Veja**, de 7 de julho de 1999 (p. 124/5).

Não param aí as deformações do sistema municipal. No Estado do Rio de Janeiro, 68 de 91 municípios tiveram gastos com seus vereadores até o incrível percentual de 181%, e isso contra inflação de 13% no mesmo período. Entre eles, estão os Municípios de Silva Jardim (o recordista, com elevação de 181%), Paraty (139%), Três Rios (130%), Búzios (128%), Sumidouro (124%),

Santo Antônio de Pádua (117%), Mendes (113%), Conceição de Macabu (105%) e Carapebus (102%). São realmente contas muitas elevadas.

Corroborando o absurdo na farra e na irresponsabilidade municipal, em vários Municípios o setor de saúde, essencial à população, principalmente a de baixa renda, recebeu em 1998 menos recursos do que as Câmaras Municipais. Pode aceitar-se tamanho absurdo e insensibilidade pública? Como se pode conceber que meia dúzia de pessoas (privilegiadas, é claro!) possa ter à disposição mais recursos do que o serviço de saúde para *toda* a população? Essas distorções ocorreram em Macaé (11,9% contra 8,55 para a saúde), Rio das Ostras (2,58% contra 2,52%), Três Rios (2,44% contra 0,713%), Araruama (2,11% contra 1,03%), Vassouras (1,47% contra 1,37%), Seropédica (1,7% contra 1,5%) e Paulo de Frontin (0,949% contra 0,714%). Esses dados têm como fonte as Prefeituras e o Tribunal de Contas do Estado, e foram noticiados no jornal **O Globo**, de 29.3.99 (p. 10).

Os dados acima vistos são apenas alguns dentre vários outros, mas são aptos a demonstrar claramente que é preciso reestudar a questão municipal em nosso País. Não se trata de eliminar municípios, mas de reorganizá-los, de exercer controle mais eficaz, de pôr um ponto final nesse inaceitável desperdício de dinheiro público.

7. Outro fator que atualmente compromete o pacto federativo reside na péssima fisionomia do sistema tributário previsto na Constituição. O sistema atual não mais pode subsistir, porque inteiramente descompassado com as linhas do regime de federação. Fala-se em reforma tributária há anos, num fatal reconhecimento de que é inservível para a Nação, mas, apesar desse reconhecimento, arrastam-se no Executivo e no Legislativo as gestões para levá-la a efeito.

Na mais pura noção do regime federativo, nada é mais evidente do que a necessidade de que a autonomia política do ente federativo seja acompanhada pela autonomia financeira. E esta só pode consumir-se quando a unidade federativa detém condições de arrecadar com os tributos de sua competência o *quantum* necessário para, ao menos basicamente, fazer frente aos gastos com sua estrutura orgânica e funcional e com os serviços públicos que lhe são atribuídos constitucionalmente. Sem isso, temos que aceitar uma federação fictícia, falsa, ilusória.

Em pesquisa que vimos coletando sobre o tema, encontramos registros, ainda na esfera municipal (embora não apenas nessa esfera), nos quais

se constata que alguns municípios praticamente não têm renda própria e sobrevivem à custa de repasses de outras esferas, notadamente a federal, que mais se parecem com mesadas ou óbolos de caridade. Alguns exemplos servem para ilustrar esse tipo de desvio no sistema, indicando-se para cada um dos municípios o percentual de repasse e o valor de sua receita total: São José do Ubá (97% de 4,9 milhões); Laje do Muriaé (97% de 5,8 milhões); Cambuci (97% de 8,2 milhões); Comendador Levy Gasparian (95% de 5,7 milhões); Natividade (95% de 7,9 milhões); São Sebastião do Alto (94% de 54,6 milhões); Engenheiro Paulo de Frontin (94% de 5,7 milhões); Trajano de Moraes (94% de 7,7 milhões). São alguns dos exemplos. Mas, como dado estatístico final sobre o tema, podem contabilizar-se 26 entre 81 municípios em que o repasse ultrapassa o percentual de 90%. A fonte de tais registros é do Tribunal de Contas do Estado e foram noticiados no jornal **O Globo**, de 9.10.2000 (p. 19).

Refletindo-se sobre tais dados, seria de todo pertinente indagar: que tipo de pacto federativo é esse em que entidades têm autonomia de um lado e dependência de outro? Ou em que unidades federativas são aquinhoadas com bônus, mas não se sujeitam aos respectivos ônus?

Todos os tributaristas são unânimes em apontar a justiça tributária como uma das formas de processar a justiça social. Sempre se realça o princípio da capacidade contributiva, segundo o qual deve o contribuinte carrear ao tesouro valor compatível com sua situação financeira e social. No entanto, pouca atenção tem sido dada à incidência normativa de alguns tributos, como é o caso dos tributos indiretos. Segundo pesquisa efetuada pelo IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, os tributos indiretos são a maneira mais injusta de financiar a máquina pública, e isso porque incidem da mesma forma sobre todos os consumidores, independentemente de sua melhor ou pior situação financeira no cenário social. Na pesquisa, concluiu-se que quem ganha na faixa de R\$ 4.530,00 gasta 7,5% de sua renda com tais impostos indiretos, ao passo que quem tem ganho de apenas R\$ 302,00 gasta 26,5% de sua renda. Há dado estatístico mais claro e mais veemente para levar-se a cabo a reforma tributária? As conclusões da referida pesquisa foram publicadas também na revista **Veja**.

Em sã consciência, o *pacto federativo* como vinculação política e jurídica entre os entes que formam a federação não resiste a deformações de tamanha envergadura. Urge, portanto, proceder a uma reforma tributária de base, profunda o suficiente para restabelecer a linha de equilíbrio que deve reinar no

regime federativo. A não ser assim, ter-se-á regime unitário com o disfarce de federativo, só que com inúmeros defeitos que aquele regime não tem.

8. É claro que variadíssimos aspectos poderiam ainda ser trazidos para a análise do pacto federativo. Não obstante, com a síntese que o presente trabalho há de comportar, seja-nos permitido tecer mais uma ordem de considerações sobre nossa Federação.

E esse ponto de análise diz mais com os homens da federação do que com a própria forma de federação. Trata-se do trato da coisa pública com moralidade, com probidade, respeito pelo interesse público, único e exclusivo alvo da atividade pública. É preciso mudar o sentimento de “*vantagem própria*” cultivada pelas autoridades que direcionam a vida nacional. Dificilmente se poderá alterar essa cultura na atual geração. Mas, por isso mesmo, será necessário instilar os princípios morais da coisa pública na consciência das futuras gerações, porquanto a elas caberá o papel de gerar prosperidade para o povo, reduzindo as desigualdades sociais e diminuindo o abismo que hoje se forma entre os abastados e os miseráveis.

Na verdade, por mais que a Constituição e as leis disponham no sentido de conter os atos de improbidade na função pública, é preciso, antes de mais nada, que os dirigentes tenham esse sentimento por si mesmos, independentemente das normas de conduta a que estejam subordinados. Nenhum pacto, federativo ou de qualquer outra modalidade, subsiste sem que o trato com a coisa pública seja idôneo e respeitoso.

Em recente relatório sobre o *ranking* mundial da transparência no exercício da função pública nos diversos países, a Transparência Internacional, entidade não-governamental com escritório em 75 países e com orçamento na ordem de US\$ 5 milhões, doados por governos, companhias e particulares, na apresentação de seu sexto relatório, em Londres, classificou o Brasil em 49º lugar entre os países com maior registro de suborno e corrupção, sendo-lhe atribuído o grau 3,9 e caindo quatro posições em relação ao registro anterior. Logicamente, nunca nos poderemos igualar a países como a Finlândia (1º lugar, grau 10,0), a Dinamarca (2º lugar, grau 9,8) ou com a Nova Zelândia (3º lugar, grau 9,4). Mas é lastimável ver-nos colocados atrás de países como Botsuana (26º lugar, grau 6,0), Namíbia (30º lugar, grau 5,4), Malásia (36º lugar, grau 4,6) e El Salvador (43º lugar, grau 4,1). Realmente não se pode deixar de acolher as palavras de PETER EIGEN, presidente daquela entidade, sobre a pesquisa: “*A corrupção assume muitas formas e é um câncer universal*”. (Fonte: Transparência Internacional, com a notícia publicada no **Jornal do Brasil** de 14.9.2000, p. 2).

Há fatos que não se compadecem com a moralidade na função pública. Veiculam-se notícias de diversa natureza. De um lado, financia-se *passivo turístico* na Alemanha a 13 Deputados Federais e suas esposas; objetivo da viagem: participar de reunião da União Interparlamentar, algo totalmente inútil para o Brasil. Legisla-se em causa própria: parlamentares promulgaram lei (vetada pelo Executivo) de anistia de punições eleitorais aplicadas a alguns desses mesmos parlamentares, muito embora tenham eles cometido infração eleitoral, ou seja, tenham violado a lei eleitoral vigente.

Outras evidências de improbidade: no Município de Jaboatão de Guararapes, em Pernambuco, chegou a haver 1.042 cargos comissionados na Câmara Municipal, o que representa média de 49 cargos para cada Vereador. Em Betim, no Estado de Minas Gerais, o então presidente da Câmara local autorizou uma verba de correio de 460.000 reais, ou seja, 57 vezes o orçamento para a realização de obras na cidade. Dos 21 vereadores de Cariacica, no Espírito Santo, 13 foram denunciados em abril por formação de quadrilha e lavagem de dinheiro, desviando um total de 4 milhões de reais em três anos. Dos treze vereadores, dez já estavam presos. Esses registros foram veiculados na revista **Veja** de 26.7.2000 (p. 46 a 48).

Poder-se-ia perguntar qual a relação entre tais dados, reveladores da improbidade governamental, e o pacto federativo? A resposta é singela. Se para os países que adotam o regime unitário como forma de Estado a sangria com a improbidade já é considerável, imagine-se então o tamanho da conta em país que adota o regime de federação, onde, diferentemente dos países unitários, existem dezenas, e no caso do Brasil, milhares, de entes federativos, cada qual com sua máquina própria, seus próprios agentes e sua própria autonomia. Se a unidade já acarreta reveses irrecuperáveis no erário público, a pluralidade provocará esses mesmos reveses multiplicados por um número que não se sabe bem qual é, mas que equivale ao número de entes federativos onde predomine a improbidade.

Urge, pois, envidar esforços para educar a população no sentido de não se valer do Poder Público para conseguir vantagens pessoais, e que tal função deve ser considerada muito mais como ônus do que como privilégio pessoal.

9. Enfocamos apenas alguns dos aspectos atuais que pertinem ao pacto federativo. Repetimos o que foi dito anteriormente: outros e muitos outros fatos existem para análise. E devem ser realmente analisados em trabalho de maior aprofundamento, que não é o objetivo das presentes considerações. ◆

O PENSAMENTO TÓPICO - A CONTRIBUIÇÃO DE VIEHWEG PARA A JUSFILOSOFIA PÓS-POSITIVISTA

JOSÉ EDUARDO NOBRE MATTA

Juiz Federal da 6ª Vara Federal de Execução Fiscal do Rio de Janeiro

I. APRESENTAÇÃO

PAULO BONAVIDES, em primoroso estudo sobre os fins do Estado, em seu **Teoria Geral do Estado**, referindo-se ao período logo após a Segunda Grande Guerra, assevera: *“renova-se o jusnaturalismo na doutrina toda vez que padece o homem os efeitos mortais de extenso e profundo trauma social, e reconhece a impossibilidade de encontrar no direito positivo a resposta exata a essas atribulações que oprimem a consciência individual e coletiva, até o ponto de deixar em todos, e em cada um de **per si**, vaga sensação de culpa, traduzida, de ordinário, em complexos de frustração e derrotismo”*⁽¹⁾.

De fato, verificou-se na recente filosofia do direito um movimento preocupado em reintroduzir a questão dos valores e da justiça no direito, que havia sido deixada de lado pela frieza do positivismo jurídico, especialmente pelo positivismo de Kelsen.

Inaugura-se no pós-Guerra um período de profunda discussão metodológica do direito. Propõe-se uma volta à atividade criadora do jurista, sem descuidar daquele mínimo de segurança, sem o qual inexistiria o próprio Estado Democrático de Direito.

Inserem-se neste movimento as obras de Perelman e Viehweg.

Cuidaremos, aqui, do pensamento do último. Com efeito, este releva-se especialmente útil nestes tempos em que tanto nos temos preocupado com a ética e os valores no Estado.

¹ p. 2.

II. O CONTEXTO DA TÓPICA JURÍDICA

MARGARIDA MARIA LACOMBE CAMARGO, abordando o contexto e as pretensões do pós-positivismo jurídico, averba: “*O método sistemático, de tendência isolacionista, que marcou o positivismo filosófico dos séculos anteriores, não correspondia mais às perplexidades e à insegurança causadas por um mundo de novos e variados valores. Necessário seria construir um novo modelo de legitimação para as decisões jurídicas, o que só se tornaria possível quando se reconhecesse a natureza dialética e argumentativa do direito. A lógica formal, de feição cartesiana, não dava resposta satisfatória à razoabilidade exigida nas soluções jurídicas. Daí verificamos, na filosofia do direito do século XX, toda uma tendência em se resgatar a antiga arte retórica dos gregos e a prática jurídica dos romanos, para construir um modelo de fundamentação mais adequado à decisão jurídica, visando sua validade e eficácia. Essa dimensão prática ensejou o aprofundamento da reflexão sobre a atividade discursiva sob o ponto de vista ético*”⁽²⁾.

É dentro deste contexto que aparece, em 1953, a primeira edição de **Tópica e Jurisprudência**⁽³⁾ de THEODOR VIEHWEG. É obra de referência obrigatória dentre o que usualmente se costuma conhecer por teoria da argumentação jurídica.

MANUEL ATIENZA, deixando antever sua crítica ao método tópicco, mas sem deixar de reconhecer a sua relevância, assim apresenta a aludida obra: “*O livro de Viehweg teve grande êxito na teoria do Direito da Europa continental e se converteu, desde então, num dos centros de atenção da polêmica em torno do chamado ‘método jurídico’.* Com relação às muitas discussões que, a partir daí, se sucederam - sobretudo, naturalmente, na Alemanha - entre partidários e os detratores da tópica, é preciso dizer que, em geral, o debate foi proposto em termos não muito claros, devido em grande parte ao caráter esquemático e impreciso da obra fundadora de Viehweg”⁽⁴⁾.

² In **Hermenêutica e Argumentação - Uma Contribuição ao Estudo do Direito**, p. 134/135.

³ A obra foi traduzida aqui no Brasil por TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR. Foi este jurista, com efeito, o grande divulgador em nosso país das idéias de Viehweg, especialmente através do seu **Introdução ao Estudo do Direito**.

⁴ In **As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica**, p. 59/60.

Assinala ATIENZA, ainda, três dados importantes para a boa análise da obra de Viehweg, são eles: a). que a ressurreição da tópica é um fenômeno que ocorreu não apenas no Direito, mas em outros campos do saber, numa mesma época - na Europa do pós-Guerra; b). a contraposição da tópica à lógica, na medida em que são contemporâneas à tópica obras que tratam da existência de uma lógica especial para o mundo das normas; c). “*que as idéias de Viehweg têm uma ‘semelhança óbvia’ (cf. Carrió, 1964, p.137) com as defendidas por Edward H. Levi numa obra publicada também em 1951, **An introduction to legal reasoning**, que desde então teve uma grande influência no âmbito da **common law**, e à qual o próprio Viehweg se refere episodicamente (1964, p. 70)*”⁵.

III. BREVE RESUMO DE TÓPICA E JURISPRUDÊNCIA

Viehweg inicia sua obra com uma referência ao pensamento de Vico, pensador italiano do século XVIII.

Vico contrapunha o chamado *método antigo*, tópico ou retórico, ao *método novo*, método crítico cartesiano. O método antigo, a *ciência antiga*, fundada na tópica aristotélica, parte da idéia de sentidos comuns, passíveis de discussão. Enquanto a *ciência nova* funda-se em verdades absolutas, inquestionáveis, capazes de permitir a construção de longas cadeias dedutivas. Para Vico, a ciência antiga seria o melhor paradigma para o homem, na medida em que induziria à criatividade, ampliaria a memória, aperfeiçoando as melhores características do humano. Enquanto a ciência nova, ao revés, induziria o homem ao empobrecimento espiritual e intelectual.

Viehweg propõe-se, então, a partir do exame da jurisprudência romana, verificar se esta fazia uso efetivo da tópica aristotélica, e, em que medida a volta do paradigma tópico de pensar jurídico dos romanos repercutiria na jurisprudência atual.

Para abordar as questões propostas, o autor abebera-se em Aristóteles e Cícero.

A Tópica de Aristóteles era uma das seis obras que compunham o *Organon*. Referia-se à antiga arte da disputa dos retóricos e sofistas. Aristóteles, ainda que criticando o pensamento sofístico, procurou dele valer-se, distinguindo verdade de opinião, retomando o valor da discussão e

⁵. Obra citada, p. 60/61.

das técnicas persuasivas dos sofistas, sem descurar das preocupações éticas. Vale consignar a excepcional síntese de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR.:

“O conhecimento científico (verdadeiro) era atribuição, segundo ele, do conhecimento universal. A sensação de um objeto qualquer coloca-nos diante daquilo que depende de condições espaço-temporalmente inconstantes. Enquanto o universal não é, aí, determinado, o objeto sensível permanece incerto. O particular, na sensação, é sempre ilimitado e, pois, indeterminado. Deste modo, o progresso necessário que vai do ilimitado ao limitado mostra-se como condição constitutiva da ciência. O universal, entretanto, não é como que uma soma ou resumo dos dados da experiência, mas um ‘limite’, em cuja estabilidade ou determinabilidade repousa a estabilidade da própria experiência. O universal, porém, se diferencia não apenas do particular, mas também do genérico. Pois a generalidade é também uma espécie de indeterminabilidade e, neste sentido, objeto de um pensamento dialético e não de um pensamento científico ou apodítico, estando a ciência, assim, num ponto intermediário entre a particularidade e a generalidade. Nestes termos esclarecia-se a seguinte classificação: temos uma apodítica quando obtemos uma conclusão partindo de proposições universais, verdadeiras e primárias, ou delas derivadas; uma conclusão é, por sua vez, dialética quando se extrai de opiniões gerais; é sofística a que se baseia sobre meras aparências de opiniões que não o são efetivamente; finalmente, temos as conclusões errôneas, equivocadas ou deficientes, que são as baseadas em proposições particulares. Esta classificação onde os dois últimos itens são considerados como sub-espécies do segundo, permite não apenas garantir o conhecimento científico ou universal, distinguindo-o dos demais, mas também restaurava o valor da opinião e da ‘discutibilidade’, livrando-a da mera arbitrariedade e irracionalidade.”⁽⁶⁾

⁶ In **Introdução ao Estudo do Direito**, p. 325.

No pensamento aristotélico as conclusões apodíticas e as dialéticas diferem apenas no que se refere à natureza das premissas. As dialéticas partem de premissas que tão-somente parecem verdadeiras a todos ou, ao menos, aos mais sábios.

Já aqui, permite-se antever a utilidade da tópica para o direito, na medida em que atribui às conclusões jurídicas (dialéticas), baseadas em opiniões, em pontos de vista, em argumentos de autoridade, a mesma credibilidade das conclusões ditas científicas.

A Tópica de Cícero, obra para juristas, teve em si maior repercussão que a de Aristóteles. Diferencia-se desta última, por tentar elaborar e aplicar um rol de tópicos a casos concretos, não sendo, em absoluto, uma teoria. Cícero não faz distinção entre o ser científico e o ser dialético, mas fala em contexto de criação e contexto de justificação. A tópica de Cícero é uma arte de invenção e, como não poderia deixar de ser, dado o senso pragmático dos romanos, voltava-se para a resolução de casos. Nas palavras de MARGARIDA LACOMBE CAMARGO: “*Cícero ordena os **topoi** ou **loci**, que significam ‘lugar comum’, em forma de catálogos ou repertórios, com vistas ao seu melhor aproveitamento prático. Agrupa-os, por exemplo, em função de termos técnicos que se ligam a determinado assunto, provendo-lhes a qualidade de **topoi** científicos; e outros, mais gerais ou ‘atécnicos’, que servem a qualquer tipo de problema, como qualificação de gênero, espécie, quantidade, semelhança, diferença, lugar etc.*”⁽⁷⁾

Viehweg, partindo deste instrumental erigido por Aristóteles e Cícero, afirma que a tópica consiste em uma técnica de pensamento orientada para o problema. Seria, assim, um verdadeiro estilo de pensar, que parte do problema apresentado, para a resolução do próprio problema. Tal estilo de pensar, orientado para a resolução do problema, far-se-ia pelo confronto de argumentos, de sorte a se chegar à melhor solução. O pensamento problemático, que caracteriza a tópica, é assistemático, sendo, exatamente por isto, o mais adequado para o mundo do direito. Seria dizer que a ênfase do pensamento tópico está no problema, e não no sistema jurídico. Parte-se do problema para o problema.

Ao contrário, no método lógico-científico tradicional do direito, parte-se do sistema para a resolução do problema, sendo que, no meio do cami-

⁷. Obra citada, p. 144.

nho, na seqüência de pensamentos lógico-dedutivos, quase sempre exclui-se o problema a ser solucionado.

Destarte, Viehweg “*acredita que o problema procede de um nexo de compreensão já existente, mas que não sabemos, de início, se é um sistema lógico, como um conjunto de deduções, ou algo distinto; ou, ainda, se se trata de alguma coisa que pode ser vista de forma mais abrangente...Fato é que a ênfase no problema opera uma seleção de sistemas*”.⁽⁸⁾

Destá forma, nas palavras do próprio Viehweg: “*Quando se depara, onde quer que seja, com um problema, pode-se naturalmente proceder de um modo mais simples, tomando-se, através de tentativas, pontos de vista mais ou menos casuais, escolhidos arbitrariamente. Buscam-se deste modo premissas que sejam objetivamente adequadas e fecundas e que nos possam levar a conseqüências que nos iluminem*”.⁽⁹⁾

Como se vê, o estilo de pensar da tópica é muito distinto do lógico-dedutivo. Não se trata de modo de pensar linear, mas casuístico, que permite uma abordagem diferente do problema, na medida em que efetivamente encontrem-se novos *topoi*, para a sua melhor resolução. Daí a sua perfeita adequação ao direito e à categoria jurídica processo. Afinal, o uso da maneira tópica de pensar dá ensejo ao diálogo democrático, ao reconhecer que não existe uma verdade absoluta, mas argumentos que convencem em maior ou menor grau sobre a solução adotada. Com efeito, as modernas teorias da argumentação permitem um deslocamento da fundamentação das decisões judiciais da força para a persuasão da razão. O modo de pensar problemático da tópica permite que possa o jurista de hoje criar como criavam os antigos jurisconsultos romanos. Nesta linha, resume assim a professora LACOMBE CAMARGO o pensamento do autor: “*Viehweg vê, atualmente, uma nova posição do jurista, a quem não cabe mais entender o direito como algo que se limita a aceitar, mas sim como algo que ele constrói de maneira responsável. Logo acredita ser preciso desenvolver um estilo especial de busca de premissas que, com o apoio em pontos de vista aprovados, seja inventivo, menosprezando redu-*

⁸. MARGARIDA LACOMBE CAMARGO, obra citada, p. 145/146.

⁹. VIEHWEG, in **Tópica e Jurisprudência**, p. 41.

ções lógicas que nos levam a generalizações incapazes de entender e muito menos de resolver os problemas adequadamente”.⁽¹⁰⁾

Mas para Viehweg, há um problema fundamental, que permeia todos os outros problemas que são postos em discussão no Direito: é a JUSTIÇA. É com os olhos voltados para esta aporia fundamental, armado com um estilo de pensar tópico, que se deve comportar o jurista contemporâneo.

IV. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS

Não se duvida que a tópica marcou indelevelmente a filosofia e a metodologia do direito nesta segunda metade do século XX. BONAVIDES, referindo-se especialmente à moderna hermenêutica constitucional, considera a tópica, ao lado da chamada jurisprudência dos princípios, como os grandes marcos do pós-positivismo⁽¹¹⁾.

Mesmo considerando-se a relevância da tópica no pensamento jurídico contemporâneo, pode-se criticá-la sob diversos aspectos. Assim o faz ATIENZA.

Refere-se o eminente professor da Universidade de Alicante, em primeiro lugar, à imprecisão da teoria desenvolvida por Viehweg: “Praticamente todas as noções básicas da tópica são extremamente imprecisas e, inclusive, equívocas”⁽¹²⁾. Assim, já o próprio termo *tópica* tem acepção ambígua na obra de Viehweg e de seus seguidores. Da mesma forma, é vago o conceito de *problema*. Até mesmo o conceito de *topos*, essencial em todo desenrolar da obra de Viehweg, sofre o questionamento de ATIENZA. Confira-se a seguinte passagem: “*O conceito de topos foi historicamente equívoco (e o é também nos escritos de Aristóteles e de Cícero) e é usado em vários sentidos: como equivalente a argumento, como ponto de referência para a obtenção de argumentos, como enunciados de conteúdo e como formas argumentativas (cf. Garcia Amado, 1988, p. 129, que segue a opinião de N. Horn, 1981)*”⁽¹³⁾.

¹⁰. Obra citada, p. 153.

¹¹. Ver **Curso de Direito Constitucional**, p. 255/256. Ainda que Viehweg tenha se detido predominantemente em problemas de direito civil, é certo que a tópica tem sido aplicada com especial frequência em Direito Constitucional. Tal estilo de pensamento parece encaixar-se com perfeição, de fato, na moderna hermenêutica constitucional, em razão da própria natureza das normas constitucionais, dotadas de um excepcional grau abstração e prenes de valores difíceis de se exaurirem em singelas operações lógico-dedutivas. Vale registrar o alerta de DANIEL SARMENTO sobre a utilização da tópica em Direito Constitucional. Confirmam-se suas palavras no seu **A Ponderação de interesses na Constituição Federal**, p. 130/131.

¹². Obra citada, p. 70.

¹³. Obra citada, p. 71.

Do mesmo modo, com apoio na opinião de Lorenzen, ATIENZA coloca em xeque a tese de Viehweg de que com a modernidade houve o esquecimento do método tópico em função do surgimento da lógica-dedutiva. Com efeito, há entendimento de que “a decadência da tópica teria sido, pelo contrário, um fenômeno paralelo ao esquecimento da lógica”.⁽¹⁴⁾

Sobre a aporia fundamental da tópica, dispara o jusfilósofo espanhol tratar-se de afirmações vazias e triviais sobre justiça, que em nada ajudarão para fazer avançar a jurisprudência ou mesmo o raciocínio jurídico.

Afirma o professor espanhol, ainda, que a tópica seria tão-somente um ponto de partida para uma teoria da argumentação, na medida em que “*por si só não pode dar uma explicação satisfatória sobre a argumentação jurídica*”⁽¹⁵⁾. E arremata: “*...a concepção de Viehweg é compatível com (ou, se se prefere, o ponto de partida de) certas teorias da argumentação...O mérito fundamental de Viehweg não é ter construído uma teoria, e sim ter descoberto um campo para a investigação. Algo, ao fim e ao cabo, que parece se encaixar perfeitamente no ‘espírito’ da tópica*”.⁽¹⁶⁾ ◆

¹⁴ Obra citada, p. 73.

¹⁵ Obra citada, p. 75.

¹⁶ Obra citada, p. 76 e 78/79.

AS ALTERAÇÕES DO CÓDIGO FLORESTAL*

FRANCISCO CARRERA
Advogado ambientalista.

A biodiversidade brasileira, no decorrer deste final de século, notadamente após a promulgação da Carta Constitucional de 1988, adquiriu uma proteção legal mais pragmática, à luz dos dispositivos que até então se encontravam vigentes. Novos instrumentos jurídicos foram criados no sentido de se aprimorar a implementação de todas as disposições de ordem internacional das quais o Brasil foi signatário durante a Conferência do Rio em 1992. O histórico do processo legislativo travado pela sociedade brasileira foi, em muito, enriquecedor para a chancela legal da biodiversidade brasileira. Exemplos práticos como o Decreto Legislativo nº 2 de 1994 e ainda o Decreto Federal nº 2.519/98, conseguiram lançar a pedra inicial na tutela legal da biodiversidade, sem, contudo, encerrar definitivamente esta necessidade, tendo em vista que, em virtude das diversas progressões do desenvolvimento humano, e ainda a constância da flexibilidade das interações Homem-Biodiversidade, o acompanhamento legal há que ser vigilante, fruto de uma constante observação socioambiental.

Desta forma, as alterações propostas ao Código Florestal vigente, notadamente no que se refere a algumas disposições contidas no Art.14 deste diploma, transformam a dialética na pragmática e o utópico na mais pura realidade. Alguns dispositivos que constam da proposta do CONAMA¹ e ainda da Medida Provisória vigente² merecem uma melhor ótica sob o cunho da tutela da biodiversidade brasileira. Determinadas disposições não são suficientes o bastante para garantirem a integridade da biodiversidade. As práticas sustentáveis apontadas (manejo florestal sustentável), por mais que estejam sob a égide dos princípios da sustentabilidade consagrados na

* Intervenção no **Debate sobre o Projeto de Conversão do Código Florestal** realizado em 14.08.00, na EMERJ, pelo Fórum Permanente de Debates sobre o Direito do Consumidor e do Ambiente, discutindo o tema “O Código Florestal: estudos, perspectivas, críticas e sugestões”.

¹ Contribuição para a elaboração de Projeto de Lei de Conversão da Medida Provisória nº 1956/47 de 16 de março de 2000, de autoria da Câmara Técnica Temporária de Atualização do Código Florestal e Câmara Técnica de Assuntos Jurídicos, mediante proposta de Resolução.

² Nº 1956/52 de 26.07.2000

UNCED 92, ainda merecem alguns reparos de ordem não só técnica como também jurídica. O referido manejo florestal sustentável ainda não possui, no ordenamento jurídico brasileiro uma conceituação mais específica sobre os efeitos e abrangência de suas ações. Algumas normas de cunho administrativo não são suficientes o bastante para garantirem a integridade do patrimônio ambiental brasileiro. Por outro lado, determinadas imposições, consagradas até mesmo no Código Florestal Brasileiro, merecem algumas considerações importantes. E.g. o Art. 14 do referido diploma. O *caput* deste mesmo artigo atribui uma faculdade aos poderes públicos Federal e Estadual, para a aplicação do disposto em sua alíneas. A conservação e preservação das espécies ameaçadas de extinção, e ainda a garantia de um Meio Ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, é DEVER do poder Público e da Coletividade. Desta forma, impor facultativamente aos Poderes Públicos Federal e Estadual essa garantia é atingir, frontalmente, todos os preceitos contidos no art. 225 da Constituição Federal. Algumas disposições constantes deste diploma legal ainda ameaçam a integridade da biodiversidade brasileira, e, por vezes, não encontram respaldo no princípio da Precaução, assegurado pela Declaração do Rio de 1992.

A proibição estabelecida na alínea “b” do artigo 14, *verbis*,

“b) proibir ou limitar o corte das espécies vegetais raras, endêmicas, em perigo ou ameaçadas de extinção, bem como as espécies necessárias à subsistência das populações extrativistas, delimitando as áreas compreendidas no ato, fazendo depender de licença prévia, nessas áreas, o corte de outras espécies”,

atinge, frontalmente, os princípios constitucionais de tutela ambiental e ainda vai de encontro a diversos princípios de Direito Ambiental, tais como: o da precaução, prevenção, obrigatoriedade de Intervenção Estatal e do desenvolvimento sustentável. Se não bastasse a ofensa a tais princípios, o diploma, também, atinge o princípio da legalidade administrativa, eis que condiciona o licenciamento ambiental aos atos da Administração Pública Federal ou Estadual.

Ora, o licenciamento Ambiental é regido pela Lei nº 6.938/81, regulamentada pelo Decreto nº 99.274/90. Para o nosso já renomado Autor Paulo Affonso Leme Machado, “em matéria ambiental a intervenção do Poder Público tem o sentido principal de prevenção do dano”, sendo, portanto, não

uma “faculdade mas um Dever Constitucional”³ e pela Resolução CONAMA nº 237/97, é um instrumento de ordem pública, e por tal qualidade, não pode ficar sujeita à voluntariedade da Administração Pública. Desta forma, a *facultas agendi*, atribuída pelo Art. 14 da Lei 4.771/65 não pode ser aplicada ao que dispõe a alínea “b” do referido artigo, tendo em vista a garantia constitucional dos princípios de Direito Ambiental, e ainda a natureza difusa dos bens tutelados pelo Art. 225. Assim, o bem jurídico tutelado pelo Código florestal, além de estar recepcionado pelas normas constitucionais, não pode colidir com os princípios ali assegurados.

Desta forma, “*O Estado(...), entre outras missões que exerce, tem o dever de resguardar a saúde e bem-estar do cidadão – tudo dentro de uma formulação mais ampla de qualidade de vida -, aí se incluindo, evidentemente, a proteção do meio ambiente. Esta é a base em que se desenvolve a função ambiental pública*”.⁴

Com fundamento nesta conceituação, a abordagem jurídica do tema ganha mais relevância, quando um dispositivo legal viola, frontalmente, alguns princípios constitucionais, de direito difuso, e que não podem se sujeitar ao condão da Administração Pública. Esta faculdade atribuída pela lei não poderá garantir o exercício dos princípios consagrados na Declaração do Rio de 1992, e, tampouco dos demais princípios do Direito Ambiental. A participação da coletividade, em conjunto com o poder Público, torna-se imprescindível, daí a afirmação do Art. 225 da CFR, que atribui tanto ao Poder Público, quanto à coletividade o dever de preservar o Meio Ambiente para as gerações presentes e futuras. É uma imposição de ordem Pública e, em nome desta publicidade não pode, pela lei, ser desrespeitada.⁵

O substitutivo apresentado pelo CONAMA, por um lado aquilata alguns temas que o projeto de lei do Deputado Moacyr Micheleto havia trata-

³ Direito Ambiental Brasileiro.

⁴ In BENJAMIN, Antônio Erma: **Função Ambiental. In Dano Ambiental: Prevenção, reparação e repressão.** Ed. RT, 1993.

⁵ “Mas, acima de tudo, é preciso garantir a participação popular no acompanhamento do processo de licenciamento e de avaliação de impacto ambiental- seja através de audiências públicas, seja fazendo com o que a aprovação das licenças passe sempre pelo crivo de órgãos colegiados do Sistema Nacional do Meio Ambiente – a fim de que se cumpra o mandamento constitucional que reconhece como um direito fundamental de todos – porque essencial à qualidade de vida – o meio ambiente ecologicamente equilibrado”. (‘O licenciamento no direito administrativo-ambiental brasileiro – os requisitos procedimentais da avaliação de impacto ambiental’ – JOÃO ALFREDO TELLES MELO, in Anais do Congresso Internacional de Direito Ambiental – 5 anos após a ECO92 - São Paulo, 1997.)

do de forma mais restrita, ou sequer havia considerado. Fruto, talvez, da ânsia e volúpia política, daqueles que pouco se importam sobre o destino das relações sustentáveis no nosso meio comum. Por outro lado, ainda mantêm alguns dispositivos que padecem de alguns vícios que merecem destaque, como o apontado Artigo 14.

Lastimavelmente, como é típico da sociedade brasileira, a questão polêmica das alterações do Código Florestal foram literalmente ofuscadas pela edição de uma medida provisória que, em parte, acolheu os dispositivos constantes da proposta do CONAMA. Todavia, este acolhimento não foi total, e a medida provisória vigente merece alguns comentários de ordem não só técnica, como social e jurídica.

Temas importantes, como a aplicação do Código Florestal em áreas urbanas, o novo tratamento ou regime jurídico dado às terras indígenas, a possibilidade de supressão total de vegetação que abrigue espécies ameaçadas de extinção, foram, conseqüentemente, elementos contumazes para a diminuição da proteção legal da biodiversidade. Por outro lado, a extensão dos danos causados à biodiversidade brasileira por tais alterações legislativas, poderão atingir limites até então imensuráveis, tais como a destruição de comunidades locais, a extinção de conhecimentos ancestrais, úteis à conservação da saúde humana, as técnicas milenares de utilização dos recursos oriundos da biodiversidade local, sem falar na variabilidade de conhecimento em relação às propriedades medicinais, cosméticas, culinárias e estéticas destes recursos.

Excluir da tutela legal estes imperiosos sistemas de produção ancestral de recursos, que valem de sustento à saúde e equilíbrio da vida humana, significa abolir da concepção harmônica da natureza, todos os organismos que lá estiveram presentes em razão de uma hierarquia equilibrada de relações, trocas e contribuições, até mesmo desconhecidas. Por isso, a ordem do Art. 225, *verbis*:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (grifo nosso).

Impende, ainda, salientar que a concepção descrita na proposta do CONAMA, não vislumbra o preceito já consagrado pelo Art. 2º da Lei nº 4.717/65, eis que

embasado, literalmente em princípios voltados para a preservação, típicos do modelo desenvolvido nas Áreas de Preservação Permanente (APP).⁶

Um bom exemplo, como o descrito pelo professor Benjamin, são as reservas indígenas, que sob a ótica do melhor observador, guardam um dos maiores patrimônios ambientais de nosso País. Estas áreas, se uma vez submetidas ao previsto na Medida Provisória e nas propostas de alteração do Código, ou seja, ao manejo florestal sustentável, poderão sofrer impactos irreversíveis quanto a integridade do patrimônio que possuem, flagrantemente desrespeitando os preceitos constitucionais do Art. 225. Assim, as áreas indígenas, que, à luz da Constituição Federal e ainda sob tutela dos instrumentos legais que protegem a biodiversidade, não podem permanecer sob o crivo das alterações propostas para o Código Florestal, tendo em vista que constituem elementos integrantes de nosso patrimônio cultural e merecem tutela legal específica (e.g. o projeto de Lei do Estatuto das Sociedades Indígenas⁷).

Não podemos, também, deixar de destacar os elementos promissores daqueles que defendem a conservação como um dos instrumentos fundamentais à sustentabilidade. De notar-se, em algumas comunidades, o desenvolvimento de técnicas sustentáveis de produção. Há sociedades indígenas que mantêm a garantia das suas identidades culturais através dos recursos oriundos da produção sustentável de seus artefatos, e até mesmo, de madeira. Os impactos causados pelos avanços desenfreados da civilização não que ser submetidos ao crivo da sustentabilidade, sem subverter a ordem natural do sistema, adequando-se aos modernos padrões de qualidade e certificação Ambiental.

A produção sustentável de madeira, principalmente aquela que obtém a certificação de seus processos⁸, é um dos modelos sustentáveis de

⁶ Neste mesmo sentido o Mestre Antônio Erma V. Benjamim, em análise crítica ao substitutivo do CONAMA, assim prevê:

“Afastando esse rigoroso sistema protetório, o substitutivo do CONAMA dispõe que *A exploração dos recursos florestais em terras indígenas somente poderá ser realizada pelas comunidades indígenas em regime de manejo florestal sustentável, nos termos do regulamento para atender a sua subsistência, respeitados os arts, 2º e 3º desta lei.*”(grifei).

Ou seja, trocou-se o modelo preservacionista de tutela ambiental próprio das APPs, por um outro, conservacionista, assemelhado à Reserva Legal, onde a integralidade do território indígena, em tese, é passível de “manejo florestal sustentável”, vale dizer, exploração econômica direta, proibido apenas o corte raso e sequeir previsto, expressamente o licenciamento ambiental” (*in* Código Florestal: A reforma proposta pelo CONAMA e a nova M.P. 1956-50- Anais do Congresso Internacional de Direito Ambiental – 2000. São Paulo – SP)

⁷ Projeto de Lei nº 2.057/91, que revê a Lei nº 6.001/73 – Estatuto do Índio.

⁸ O FSC - *Forest Stewardship Council*, com representação no Brasil, mantém um processo de certificação de produção sustentável de madeiras...

produção, desde que desenvolvidos em consonância com os princípios já consagrados pela Declaração do Rio, e ainda pelo Acordo Internacional de Madeiras Tropicais, assinado pelo Brasil em Genebra, 26.01.1994, e posteriormente recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro mediante o decreto federal nº 2.707/98.

Desta forma, a desqualificação prevista no art. 2º das terras indígenas como áreas de Preservação Permanente, e, ainda a aplicação do regime jurídico semelhante ao das terras de dominialidade comum, fazem com que, por um lado, o equilíbrio sistêmico e a garantia da diversidade biológica fiquem sujeitas à manipulação e impactos ambientais.

Na verdade, a ameaça às espécies e à biodiversidade também está contida em vários dispositivos do substitutivo, como, em relação às áreas urbanas (APPs – art. 2º do Código Florestal), às espécies ameaçadas (Art. 37 § 4º). As espécies florestais ameaçadas de extinção, por serem também tuteladas pela CDB e ainda por todos os demais dispositivos legais vigentes, tais como o Decreto Legislativo nº 2/94, Decreto 2.519/98, Lei nº 8.974/95 e Decreto Federal nº 1.752/95, encontram-se sob a égide desta abordagem, seja conceitual, como também legal.

Assim, outras alterações que não foram recepcionadas pela Medida Provisória editada, ainda impendem em transformações futuras que poderão, em muito, contribuir para o aumento na depreciação do patrimônio florestal brasileiro. A prática de medidas compensatórias e mitigadoras para a garantia da conservação das espécies ainda não merece prosperar, face não só à sua fragilidade de fundamentos garantidores da manutenção das espécies, como também do equilíbrio entre as relações contidas em todo ecossistema. À exemplo da pouca praticidade quanto a execução desta norma, podemos encontrar inúmeros fatores que ascenderão à tribuna daqueles que defendem a manutenção do Código Florestal.

Em respeito ao sagrado princípio da Precaução previsto na Declaração do Rio em 1992, e ainda aos demais dispositivos legais que tutelam a biodiversidade, a evidente necessidade de se manter o equilíbrio do ecossistema, exsurge de uma nova gama de idéias e de aprimoramento, não deixando de haver, contudo, a necessidade evidente de restrita observância quanto às normas de qualidade e de proteção ambiental, mas sobretudo sob o manto da conservação, sustentabilidade, ou quiçá, preservação. ♦

COLABORARAM NESTE NÚMERO

Áurea Pimentel Pereira, 48

Francisco Carrera, 218

Jorge Lobo, 95

José Carlos Maldonado de Carvalho, 120

José dos Santos Carvalho Filho, 200

José Eduardo Nobre Matta, 210

Jessé Torres Pereira Júnior, 63

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, 79

Luis Roberto Barroso, 11

Luiz Fux, 142

Luiz Roberto Ayoub, 189

Marco Antonio Ibrahim, 180

Rogério de Oliveira Souza, 157

Theophilo Antonio Miguel Filho, 168

Wilson Marques, 129