

Revista da

EMERJ

Vol. 5
Nº 17
2002



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro



Revista da

EMERJ

Vol. 5
nº 17
2002



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

**DISCUSSÃO E APROVAÇÃO DO NOVO CÓDIGO CIVIL
EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS. OS NOVOS CONTRATOS**

Luiz Roldão de Freitas Gomes

**TUTELA DE URGÊNCIA E AS LIMINARES
TUTELA CAUTELAR E ANTECIPAÇÃO DA TUTELA**

Humberto Theodoro Júnior

**RESPONSABILIDADE
CIVIL DOS MEIOS
DE COMUNICAÇÃO**

Luis Gustavo Grandinetti C. de Carvalho

**VISÃO GLOBAL DA LEI
DE RESPONSABILIDADE
FISCAL**

Francisco Mauro Dias

**A EMPRESA
NOVO INSTITUTO
JURÍDICO**

Jorge Lobo

**A NORMA
CONSTITUCIONAL
ELEMENTOS DA NORMA E
SISTEMA NORMATIVO**

Nagib Slaibi Filho

**O CUSTO SOCIAL DE
UMA LEGISLAÇÃO PENAL
EXCESSIVAMENTE LIBERAL**

Sérgio Demoro Hamilton

© 2002, 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; Min. Luiz Fux; Des. Leticia 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; Editoração *website*: Geórgia Kitsos; Capa: Geórgia Kitsos e André Amora.

Apoio Cultural: Banco do Brasil

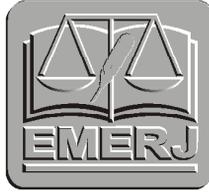
Impressão: Infra-Estrutura Gráfica Banco do Brasil

Tiragem: 2.500 exemplares

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 - EMERJ, 1998.	Rio de Janeiro:
v.	
Trimestral - ISSN 1415-4951 (impresso); 2236-8957 (<i>on-line</i>)	
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
www.emerj.rj.gov.br ♦ emerjpublicacoes@tj.rj.gov.br



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. 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

MINISTRO LUIZ FUX

DIRETOR DE ESTUDOS E ENSINO DA EMERJ

É NOMEADO MINISTRO DO S.T.J.

Não só os seus colegas, magistrados de todo o Estado, também a ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO sentiu-se honrada com a nomeação do seu Diretor de Estudos e Ensino, Desembargador Luiz Fux, para o alto cargo de Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Toda a EMERJ apresentou-lhe, por isto, os cumprimentos e rendeu-lhe justas homenagens a 23 de novembro passado, em ato significativo realizado no Auditório Nelson Ribeiro Alves antes mesmo de haver ele tomado posse no Egrégio Tribunal Superior a 30 daquele mês.

Embora com o sentimento da grande perda de sua colaboração eficiente, o Diretor-Geral da EMERJ, Desembargador Sergio Cavalieri Filho, ressaltou a alegria de seus amigos, colegas e alunos, pelo reconhecimento dos méritos inegáveis do magistrado Luiz Fux com sua nomeação para o Superior Tribunal de Justiça. Pela primeira vez ascende à condição de Ministro no S.T.J. magistrado oriundo de carreira no Estado do Rio de Janeiro, sem prejuízo do mérito de tantos outros colegas do Estado, originários da advocacia e do Ministério Público, que já ascenderam àquele Tribunal.

Luiz Fux emprestou à EMERJ dedicação ímpar, entusiasmo e amor ao ensino, sem descurar de suas funções no Tribunal, de membro de Câmara

Cível. Foi antes Juiz Titular da Nona Vara Cível, depois de desempenhar funções em Comarcas no interior do Estado, desde quando tomou posse como Juiz Substituto por Concurso Público.

O então Desembargador Luiz Fux participou, desde a posse da atual administração, de todas as grandes atividades de ensino desenvolvidas pela EMERJ, emprestando, todo o seu entusiasmo na formação dos quadros de participantes de Seminários como conferencistas, especialmente os de fora do Estado e do País. Foi ele próprio integrante dos quadros de conferencistas e de professores, que procurava coordenar, inclusive nas atividades acadêmicas mensais conjuntas do Conselho de Vitaliciamento e da EMERJ.

A REVISTA DA EMERJ, desde os seus primeiros números, contou entre as suas principais colaborações, com artigos sobre o ensino interdisciplinar profissional e especialmente no campo do Direito Processual Civil, da autoria do eminente Desembargador, hoje MINISTRO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

DXG.

SUMÁRIO

OS CONTRATOS NO NOVO CÓDIGO CIVIL **11**

Luiz Roldão de Freitas Gomes - Desembargador TJ/RJ

I. Exposição de Motivos. II. Disposições sobre os contratos no novo Código. III. Outras anotações. IV. Considerações finais.

AS LIMINARES E A TUTELA DE URGÊNCIA **24**

Humberto Theodoro Júnior – Prof. UFMG e Desembargador TJ/MG

1. Um tema do momento. 2. Tutela jurisdicional e prestação jurisdicional. 3. Adequação do sistema processual ao direito material. 4. Liminares e tutela de urgência. 5. Tutela cautelar e liminar. 6. Antecipação de tutela e medidas liminares. 7. Antecipação de tutela e medidas cautelares. 8. Justificativa da tutela de urgência na ordem constitucional. 9. Tutela de urgência e contraditório liminar *inaudita altera parte*. Antecipação de tutela em ações declaratórias e constitutivas. 12. Execução das medidas cautelares e antecipatórias. 13. Fungibilidade extraordinária entre as medidas cautelares e as antecipatórias. 14. Conclusões.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A CUMULAÇÃO DAS GARANTIAS PESSOAIS E REAIS, NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA **53**

Sylvio Capanema de Souza - Desembargador e Prof. da EMERJ

A garantia do crédito e os mecanismos para assegurar o cumprimento das obrigações. A pessoa do devedor, o seu patrimônio e as garantias pessoais. A garantia de uma terceira pessoa. A fiança (obrigações civis) e o aval (obrigações comerciais). As garantias reais: o penhor, a anticrese, a hipoteca e a alienação fiduciária. As deficiências de tais garantias, a vedação do pacto comissório e o privilégio de preferência. A utilização, por isto, com maior frequência da alienação fiduciária.

DO CONCURSO DE PREFERÊNCIAS NA EXECUÇÃO **58**

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

1. Natureza jurídica. 2. Juízo competente. 3. Legitimidade ativa. 4. Legitimidade do condomínio. 5. Legitimidade passiva. 6. A relação processual entre os credores. 7. O procedimento do incidente. A decisão do incidente. 8. A decisão do recurso. Preclusão. 9. Conclusão.

AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO.

**QUESTIONAMENTO DO VALOR DO ALUGUEL SEM O RESPECTIVO
DEPÓSITO DA PARTE INCONTROVERSA. CONCESSÃO DA TUTELA**

78

ANTECIPADA PARA IMEDIATA DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL. POSSIBILIDADE
Caetano Ernesto da Fonseca Costa – Desembargador do TJ/RJ

1. Objetivo. 2. Relevância do tema. 3. A regra criada pelos incisos III, IV e V do art. 62 da Lei Inquilinária. 4. A antecipação da Tutela. Possibilidade. 5. Conclusão.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

83

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho – Juiz de Direito do TJ/RJ e Prof. da EMERJ

1. Introdução. 2. O sistema da Lei nº 5.240/67. 3. Origem da liberdade de Imprensa e Sistema Político-econômico. 4. Os meios de comunicação no estado social de Direito.

A EMPRESA: NOVO INSTITUTO JURÍDICO

94

Jorge Lobo – Advogado e Prof. da EMERJ

§ 1º. A polêmica interminável. § 2º. O conceito de empresa no século XVIII. § 3º. O conceito de empresa no século XIX. § 4º. O conceito unitário de empresa. § 5º. O Direito Comercial como sendo o Direito das empresas. § 6º. A opinião de Alfredo Rocco. § 7º. A opinião de Asquini. § 8º. O conceito de empresa no Direito Comparado. § 9º. No Direito Italiano. § 10. No Direito Francês. § 11. No Direito alemão. § 12. No Direito espanhol. § 13. No Direito argentino. § 14. No Direito brasileiro. § 15. No Direito constituindo.

VISÃO GLOBAL DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

111

Francisco Mauro Dias - Prof. da PUC-Rio e Procurador do Estado do Rio de Janeiro

Como agente normativo e regulador da vida econômica o Estado (art.174 da CF) deve valer-se de instrumentos, ou seja, de um planejamento democrático, servir-se do incentivo e deve exercer fiscalização. A Lei nº 4.320, de 1964 e o Decreto-Lei nº 200, de 1967. As diretrizes orçamentárias e o orçamento-programa. A Lei de Responsabilidade Fiscal é cópia fiel ou tradução de outra da Nova Zelândia, Estado unitário, parlamentarista e que se tornou totalmente independente a partir de 1986 e que baixou um Ato de Finanças Públicas em 1989 e uma Lei de Responsabilidade Fiscal em 1994.

A nossa Lei é de viés tecnocrático. O *equilíbrio* orçamentário é problema de cultura política.

A NORMA CONSTITUCIONAL

124

Nagib Slaibi Filho – Professor da EMERJ e Desembargador TJ/RJ

1. Dispositivo ou texto e norma. 1.1. Regras para redação do texto constitucional. 2. Elementos da norma. 2.1. Princípios e regras ou preceitos. 2.2. Sistema normativo. 2.3. Conflito de princípios. 2.4. Norma constitucional inconstitucional? 3. Valor ou objetividade jurídica da norma. 4. Realização da Constituição. 5. A Constituição está além do texto. 6. Promulgação e vigência. 6.1. Determinação constitucional de obediência. 7. Eficácia da norma constitucional na classificação de José Afonso de Souza. 8. Tipologia das normas constitucionais segundo resenha elaborada por Canotilho. 9. Tipologia das normas constitucionais segundo Lavié. 10 Normas reproduzidas.

INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO

154

João Batista Berthier Leite Soares – Prof. da PUC-Rio e Membro do Ministério Público da União

Aplicação da interpretação da norma e não da própria norma (Kelsen). Extrair da norma o que ela tem de melhor. A efetividade e a eficácia social da norma. Não seria efetiva a norma que prevê o direito, mas sujeito à regulamentação ainda não existente. A efetividade precária de alguns preceitos. O mandado de injunção: teoria concretista e outras interpretações. Os princípios constitucionais explícitos e os implícitos. O direito de greve do servidor público pendente de regulamentação. Aplicação analógica da Lei 7.783/99. No caso de serviço essencial. A Emenda constitucional nº 20 e o auxílio-reclusão contrário ao art. 5º XLV da Constituição Federal.

A EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANA

174

Guilherme Bollorini Pereira – Juiz Federal no Rio de Janeiro

I. Introdução. II. Antecedentes históricos. III. A Constituição de 1787. IV. Fontes do Direito norte-americano. V. O federalismo norte-americano. VI. Os partidos políticos e os grupos de pressão. VII. A religião e o Estado americano. VIII. Inferências.

**REFLEXÕES SOBRE A OBRIGATORIEDADE DO EXAME DE DNA
NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DO PARENTESCO**

192

Claudia de Almeida Nogueira - Defensora Pública e Prof. da EMERJ.

Considerações iniciais. I. Primeira corrente: majoritária - Favorável ao réu.
II. Segunda corrente: minoritária - Favorável ao investigador. Conclusão.

**O CUSTO SOCIAL DE UMA LEGISLAÇÃO PENAL
EXCESSIVAMENTE LIBERAL**

219

Sergio Demoro Hamilton - Procurador de Justiça no Estado do RJ e Diretor da Revista do Ministério Público

As modificações introduzidas no Código Penal nas últimas três décadas em benefício dos réus e em detrimento da sociedade. As medidas alternativas para suprir a prisão-pena. As teorias da retribuição e as da sanção penal que tem por finalidade a expiação do crime. As teorias da prevenção. As Escolas Ecléticas. A orientação liberal do legislador: atualmente só estão presos os condenados de maior periculosidade, os plurireincidentes e os criminosos habituais. A Lei nº 9.714/98 permite que traficantes cumpram pena em escolas e orfanatos... A razão de política criminal. Mas há mesmo falta de recursos financeiros? A União não possui uma única penitenciária federal. Solução de ordem material (construção de prisões) e reforma penal e processual. A prisão preventiva em razão da magnitude da lesão causada. Melhor aplicação do art. 592 do CPP. Outras providências de caráter legislativo.

TIPO PENAL OU CIRCUNSTÂNCIA MAJORANTE

234

Bonni dos Santos - Procurador de Justiça no Rio de Janeiro e Prof. de Direito Processual Penal

I - Considerações iniciais. II - A interpretação da norma de Direito Criminal.
III - Considerações finais.

ATO DO PRÍNCIPE

245

Paulo Rangel - Promotor de Justiça no Rio de Janeiro

I. Poderes do Ministério Público e Reserva Constitucional. II. Independência funcional e o Princípio do Promotor Natural. III. Ato do Príncipe: Medida Provisória. IV. Conclusão.

PARTICIPARAM DA REVISTA Nº 17

BONNI DOS SANTOS, 234

CAETANO ERNESTO DA FONSECA COSTA, 78

CLAUDIA DE ALMEIDA NOGUEIRA, 192

FRANCISCO MAURO DIAS, 111

GUILHERME BOLLORINI PEREIRA, 174

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, 24

JOÃO BATISTA BERTHIER LEITE SOARES, 154

JORGE LOBO, 94

LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, 83

LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES, 11

NAGIB SLAIBI FILHO, 124

PAULO RANGEL, 245

ROGÉRIO DE OLIVEIRA SOUZA, 58

SERGIO DEMORO HAMILTON, 219

SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA, 53

OS CONTRATOS NO NOVO CÓDIGO CIVIL

LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES

Professor Titular de Direito Civil na Universidade Federal Fluminense.

Desembargador do TJ/RJ.

I. EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

1. Nesta, de janeiro de 1975, enuncia o Supervisor do Código, o Prof. MIGUEL REALE, as principais diretrizes no Livro do **Direito das Obrigações**¹:

a) Conservar a *sistemática atual*, pela disciplina das obrigações, a partir da discriminação de suas modalidades, uma das mais elegantes contribuições do Direito pátrio, não obstante indispensáveis complementos e retificações, desprezando-se a referência inicial ao sempre controvertido problema das fontes, e também em razão do já disciplinado na Parte Geral.

b) Harmonizar a matéria relativa ao *inadimplemento das obrigações* (Título IV do Livro I) com os demais artigos do Projeto que firmam novas diretrizes ético-sociais em matéria de responsabilidade civil.

c) Tornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a *liberdade de contratar* só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade. Trata-se de preceito fundamental, dispensável talvez sob o enfoque de uma estreita compreensão positivista do Direito, mas essencial à adequação das normas particulares à concreção ética da experiência jurídica.

d) Atualizar e reordenar as disposições gerais concernentes à *compra e venda*, mantendo, sempre que possível, neste como em outros pontos do Projeto, uma rigorosa distinção entre *validade e eficácia* dos negócios jurídicos. No tocante à questão do preço, foi dada, por exemplo, maior flexibilidade aos preceitos, prevendo-se, tal como ocorre no plano do Direito Administrativo, a sua fixação mediante parâmetros. Não é indispensável que o preço seja sempre predeterminado, bastando que seja garantidamente determinável, de

¹ O Projeto do Novo Código Civil, Saraiva, 1999, p. 71 e segs..

conformidade com crescentes exigências da vida contemporânea. Tal modo de ver se impõe, aliás, pela unidade da disciplina das atividades privadas, assente como base da codificação.

e) Prever, além da venda à vista de amostras, a que se realiza em função de *protótipos* ou *modelos*.

f) Conferir ao juiz *poder moderador*, no que se refere às penalidades resultantes do inadimplemento dos contratos, como, por exemplo, nos de locação, sempre que julgar excessiva a exigência do locador.

g) Incluir normas sobre *contratos de adesão*, visando a garantir o aderente perante o ofertante, dotado de vantagens que sua posição superior lhe propicia.

h) Disciplinar a *locação de serviços* de maneira autônoma, em confronto com as regras pertinentes ao Direito do Trabalho, prevendo-se, entre outros, os casos em que se deverá considerar exigível a retribuição devida a quem prestar os serviços, embora sem título de habilitação, com benefício real para a outra parte.

i) No capítulo relativo à *empreitada*, estabelecer disposições mais adequadas às exigências tecnológicas hodiernas, de modo a atender às finalidades sociais do contrato e às relações de equilíbrio que devem existir entre o dono da obra, o projetista e o construtor, tais como revelado pela experiência dos últimos anos.

Por outro lado, os contratos de construção põem problemas novos, como os concernentes aos direitos e deveres do *projetista*, distintos dos do construtor, superando-se, desse modo, sentida lacuna no Código atual. Também neste capítulo, como nos demais, foi dada especial atenção aos casos de excessiva onerosidade, prevendo-se regras capazes de restabelecer o equilíbrio dos interesses em conflito, segundo critérios práticos para a sua solução. Embora se pudesse considerar tal matéria implícita nos preceitos relativos à “Resolução dos contratos por onerosidade excessiva”, atendeu-se a algumas particularidades da matéria no âmbito do negócio de empreitada.

j) Dar novo tratamento ao *contrato de seguros* claramente distinto em “seguro de pessoa” e “seguro de dano”, tendo sido aproveitadas, nesse ponto, as sugestões oferecidas pelo Prof. Fábio Konder Comparato. Nesse, como nos demais casos, procura o Projeto preservar a situação do segurado, sem prejuízo da certeza e segurança indispensáveis a tal tipo de negócio.

l) Disciplinar o *contrato de transporte* que tem existido entre nós como simples contrato inominado, com base em normas esparsas. A solução

normativa oferecida resulta dessa experiência, à luz dos modelos vigentes em outros países, com precisa distinção entre *transporte de pessoas* e *transporte de coisas*.

m) Disciplinar, com a devida amplitude e precisão, a matéria relativa ao contrato de *incorporação de edifícios* em condomínio, que se preferiu denominar contrato de “incorporação edilícia”, discriminando as responsabilidades do incorporador, do construtor e de quantos participam do referido negócio (O projeto definitivo, entretanto, limitou-se a enunciar as regras essenciais da incorporação - arts. 1.331 a 1.333 -, remetendo à lei especial).

n) Adotar as disposições sobre *contratos bancários*, salvo modificação de redação e alguns elementos complementares, constantes do Projeto de Código de Obrigações de 1965 (foram posteriormente excluídos para legislação especial).

o) Disciplinar a venda com reserva de domínio, cuja regulamentação no Código de Processo Civil mistura textos de direito substantivo com os de direito adjetivo.

p) Aceitar a *revalorização da moeda* nas dívidas de valor, mas proibir cláusulas de correção monetária nos demais casos, com expressa ressalva, porém, da validade da estipulação que prevê aumentos progressivos no caso de serem sucessivas as prestações (No Projeto aprovado pela Câmara dos Deputados, o problema da correção monetária recebeu tratamento mais amplo, em consonância com as leis e decisões judiciais supervenientes).

q) Reformular o contrato com pessoa a nomear, para dar-lhe maior aplicação e amplitude, enquanto que, no Anteprojeto anterior, ficara preso, segundo o modelo do Código Civil italiano de 1942, ao fato de já existir a pessoa no ato da conclusão do contrato.

r) *Limitar o poder de denúncia unilateral dos contratos* por tempo indeterminado, quando exigidos da outra parte investimentos de vulto, pressupondo ela poder dispor de prazo razoável, compatível com as despesas feitas. Esta sugestão, por ele feita e acolhida pela Comissão, é um dos tantos exemplos da preocupação tida no sentido de coarctar os abusos do poder econômico.

s) Incluir, entre os casos de *preempção* ou *preferência*, de norma aplicável quando o Poder Público não der à coisa expropriada o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos.

t) Reformular o contrato de *agência* e *distribuição* para atender à lei especial que disciplina a matéria sob o título imperfeito de “representação

comercial”. As ponderações feitas pelos interessados foram levadas na devida conta, o que vem, mais uma vez, confirmar a diretriz seguida no sentido de se procurar sempre a solução normativa mais adequada aos distintos campos de atividade, conciliando-se os interesses das categorias profissionais com as exigências da coletividade.

u) A idênticos propósitos obedeceu a revisão do *contrato de transporte*, que também não pode dispensar a existência de lei especial, em virtude de problemas conexos de Direito Administrativo ou Tributário. Isto não obstante, a Comissão acolheu várias sugestões recebidas, visando a dar maior certeza a esse tipo de contrato, de modo a amparar os interesses dos transportadores e dos usuários.

v) E, finalmente, para dar mais um exemplo do cunho de “socialidade” ou “justiça social” que presidiu à elaboração do Projeto, em todas as suas fases, destaco a nova redação do preceito que fixa a metade das *indenizações*: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e do dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

O *mandato* e o *depósito* passaram a ser disciplinados sob o duplo aspecto de sua gratuidade ou onerosidade, segundo sejam exercidos, ou não, em virtude de atividade profissional e para fins de lucro. Nessa obra integradora se revelaram, por sinal, de plena atualidade as disposições do Código de Comércio de 1850.

Diga-se o mesmo quanto aos preceitos que vieram a disciplinar a questão do lugar da *tradição da coisa vendida*. Desse modo, em função dos ditames da experiência, completou-se a obra de integração das relações obrigacionais, sem perda de seu sentido unitário e de suas naturais distinções.

2. Na Exposição de Motivos do Livro das Obrigações, seu insigne e saudoso autor, o Prof. AGOSTINHO ALVIM², ao justificar a unificação do Direito das Obrigações, explana que a idéia do Governo, a ser posta em prática, não era a de substituir, por um novo, o Código Civil, senão, a de revê-lo, poupando, o mais possível, este monumento legislativo, repositório de sabedoria, sim, mas cuja reformulação era reclamada pela sua vetustez. O Direito das Obrigações, já de si muito extenso, com 709 dos 1.807 artigos

² Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, nº 24, 1972.

do Código, veio a alongar-se ainda mais, para atender à nova orientação. E explana por que se orientou o Projeto por um único Código, contendo a parte das Obrigações, em lugar de um Anteprojeto separado para esta e outro para o Código Civil, como foram elaborados em 1964.

3. Salienta o Prof. MIGUEL REALE que os princípios basilares do novo Código foram o da socialidade, da eticidade e da operabilidade. Orienta-se pelo sentido da concretude, obrigação que tem o legislador de não legislar em abstrato, para um indivíduo perdido na estratosfera, mas, quanto possível, legislar para o indivíduo situado, legislar para o homem enquanto marido; para a mulher, enquanto esposa; para o filho, enquanto um ser subordinado ao poder familiar. Quer dizer, atender às situações sociais, à vivência plena do Código, do direito subjetivo com uma situação individual; não um direito subjetivo abstrato, mas uma situação subjetiva concreta³.

II. DISPOSIÇÕES SOBRE OS CONTRATOS NO NOVO CÓDIGO

4. No Livro das Obrigações, ele tratou, no Título V, dos contratos em geral. Em seu Capítulo I, contemplou suas disposições gerais.

Segundo o saudoso Des. e Prof. da USP, CARLOS ALBERTO BITTAR, *in* estudo sobre “Os Contratos no Projeto de Código Civil”,⁴ há nele uma teoria contratual, à semelhança do Código Civil italiano, no qual se inspirou, a partir dos Anteprojetos anteriores, do Prof. Orlando Gomes, diferentemente do Código de 1916, que seguiu o modelo napoleônico. Confere autonomia ao direito contratual, ultrapassando-se, assim, uma série de dificuldades para solução de questões, especialmente, por exemplo, aquelas referentes à extinção de obrigações, sem extinção de contrato, e à extinção de contrato sem exaustão de obrigações.

Na separação da teoria contratual, destacou igualmente a teoria dos atos unilaterais. Tem-se nítida noção de que contratos e atos unilaterais são institutos diferentes, sendo cada qual fonte de obrigações.

Segundo aquele autor, a grande inovação do novo Código está no haver adotado a concepção do negócio jurídico, inspirado ainda na doutrina italiana. Separa-o do ato jurídico e permite a compreensão do contrato como negócio jurídico. Ponto importante é o relevo conferido ao aspecto moral nas obrigações. Toda base negocial repousa em princípios de moral.

³ *In Visão Geral do Projeto de Código Civil.*

⁴ *Revista de Direito Mercantil*, nº 104, p. 48 e segs.

O respeito à palavra dada continua sendo, na verdade, o fundamento ético do negócio jurídico. A partir daí o legislador incluiu vários institutos, que refletem aquela orientação: o instituto da lesão, do estado de perigo, o da imprevisão ou da cláusula *rebus sic stantibus*. Esta só se verifica, quando quer a parte cumprir o contrato, não se tratando de fator de impossibilidade de cumprimento. Esta, a razão, pela qual a atual doutrina a denomina de onerosidade excessiva. Realça o emprego da prestação de serviços como forma de compor o valor da indenização, à semelhança da prestação de serviços, como alternativa à pena no Direito Penal. Acentua que, na teoria geral do contrato, ocupa-se o Código das disposições sobre este e sua base; depois, de sua formação; e, por fim, a respeito de sua extinção. Esboça-se a teoria contratual, porquanto o Código cuida do contrato, como ele se forma e como se extingue.

Dentre as disposições gerais, trata das arras, dos vícios redibitórios, da evicção, da estipulação em favor de terceiro, da cláusula resolutiva e da onerosidade excessiva. Entende, todavia, que esta e as arras ficariam melhor nas regras sobre extinção do contrato, lugar mais apropriado para elas.

Omitiu-se, entretanto, a respeito da cessão do contrato, ou da posição contratual. Dentre os contratos em espécie, aponta a introdução da reserva de domínio, na compra de bens duráveis; da venda sobre documento, de relevância no comércio internacional, no qual as vendas se fazem sobre contratos fechados; a previsão do contrato estimatório, a conhecida venda por consignação, na qual alguém entrega coisa móvel a outrem, para venda mediante estipulação do preço (estimação vem daí), podendo o consignatário ficar com ela, pagando-lhe o valor, ou vendê-la a terceiro, ganhando comissão.

Indica ainda os contratos de agência, que é o de representação, e o de distribuição, com largo uso para automóveis, bebidas, produtos de festas, perfumes e até direitos intelectuais, como as licenças. Assinala o contrato de comissão mercantil, que recebe regulamentação mais adequada do que no vetusto Código Comercial. Servem suas regras para a solução de questões de contratos afins, de importância prática: há comissão nos negócios de bolsa ou fora de bolsa, tanto de mercadorias e futuros. Mostra a evolução esboçada na disciplina do contrato de transporte, com a distinção entre o de pessoas e de coisas, havendo sido adotada a teoria da responsabilidade objetiva na responsabilidade civil contratual, em consonância com a jurisprudência, a qual provinha da responsabilidade atribuída aos tropeiros e trapicheiros no Código Comercial.

Salienta a inclusão da transação e do compromisso dentre os contratos, porque pressupõem acordo de vontades.

Crítica, todavia, a previsão da gestão de negócios como ato unilateral, pois só produz efeitos a partir da ratificação do gestor, e a própria disciplina, em separado, do pagamento indevido, que resta compreendido no enriquecimento sem causa.

A cláusula penal deveria também estar ligada à extinção do contrato.

5. Em excelente ensaio sobre “As Obrigações e Contratos no Projeto do Código Civil”,⁵ o Min. RUY ROSADO DE AGUIAR aponta seus sinais distintivos. Caracteriza-se o Código de 1916 por sua feição nitidamente individualista, expressando a concepção político-filosófica vigorante depois da Revolução Francesa, que consagrava o primado da vontade e submetia os contratantes à avença, do que decorria a quase absoluta ausência de cláusulas gerais e afastava a possibilidade da aplicação judicializada aos contratos (no sentido de realizar-se a justiça material). Foi ainda o Código de 1916 elaborado em época de economia estável, apresentando a moeda valor definitivo, estando as relações civis centradas na propriedade imobiliária. Esta diretriz se refletiu na despreocupação com as alterações da relação obrigacional. Manteve-se a separação entre a legislação civil e a comercial.

6. Abandonou, todavia, o novo Código a posição individualista, para afirmar que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da *função social do contrato*. Alterou-se seu eixo interpretativo. Em lugar de nele serem consideradas a intenção das partes e a satisfação de seus interesses, deve o contrato ser visto como instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade. A partir dos estudos de EMILIO BETTI compreendeu-se que o negócio jurídico é apenas uma oportunidade para a manifestação da autonomia privada, que fornece o suporte de fato, sobre o qual incidirão as normas jurídicas, atribuindo-lhe os efeitos próprios, não mais de acordo com a vontade, mas com os fins, a que se propõe a ordem estatal. Como esta há de estar voltada a realizar o bem comum, para alcançar o que é justo e útil socialmente, estes atributos é que se enquadram na função social. Deve o contrato, portanto, ser *útil e justo*. A liberdade contratual é concedida para que seja atingida aquela função. Seu resguardo se dá sobretudo por meio da *intervenção do Juiz*.

⁵ In R. CEJ, Brasília, nº 9, p. 31/9, set./dez. 1999.

Outra modificação básica reside nas chamadas *cláusulas gerais do contrato*, normas incorporadoras de um princípio ético orientador do Juiz na solução do caso concreto.

A este propósito, a culta Prof^a. JUDITH MARTINS COSTA, em excelente ensaio sobre o “Direito Privado como um ‘sistema em construção’: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro”, tece significativas considerações. O Código Civil, na contemporaneidade, não tem mais por paradigma a estrutura que, geometricamente desenhada como um modelo fechado pelos sábios iluministas, encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista. Hoje sua inspiração vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos. Sua linguagem, à diferença do que ocorre com os códigos penais, não está cingida à rígida descrição de *fattispeciei* cerradas, à técnica casuística. “Um Código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extrajurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais”. “As cláusulas gerais, mais do que um ‘caso’ da teoria do direito – pois revolucionam a tradicional teoria das fontes – constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo”. São de tipo restritivo e regulativo e *têm por função*, em primeiro lugar, *permitir*, num sistema jurídico de direito escrito e fundado na separação das funções estatais, *a criação de normas jurídicas com alcance geral pelo juiz*. “A voz do juiz não é, todavia, arbitrária, mas vinculada”. Sua segunda grande função é de permitir a mobilidade externa do sistema. Da cláusula geral da boa-fé são gerados os institutos da *supressio*, da *surrectio* e a própria doutrina da responsabilidade pré-negocial.

Elas atuam ainda, segundo a autora, como elemento de conexão ou “lei de referência” para oportunizar, ao juiz, a fundamentação da sua decisão de forma relacionada com os casos precedentes. É o que se passa no inadim-

plemento contratual pela infringência de deveres de conduta, positivos ou negativos, não previstos na lei nem no contrato. Permitem ainda à doutrina operar a integração intrassistemática entre as disposições contidas nas várias partes do Código Civil, “a mobilidade interna”, que consiste, nas palavras do falecido e eminente jurista Prof. COUTO E SILVA, “na aplicação de outras disposições legais para a solução de certos casos, percorrendo às vezes a jurisprudência um caminho que vai da aplicação de um dispositivo legal para outro tendo em vista um mesmo fato”. Facilitam a migração de conceitos e valores entre o Código, a Constituição e as leis especiais.

Cita a autora o Min. MOREIRA ALVES, que, há mais de uma década, alertava para o fato de a inserção das cláusulas gerais promover a mudança da concepção filosófica do novo Código por meio de alterações formalmente diminutas, exemplificando com a concepção de propriedade, de tal maneira que, “com dois artigos passou-se da propriedade individualista para a propriedade com função social”.

Reporta-se à cláusula geral da função social do contrato, “quase que um preâmbulo de todo o direito contratual”, multifuncional, em cuja concreção o juiz poderá, avaliadas e sopesadas as circunstâncias, determinar, por exemplo, a nulificação de cláusulas contratuais abusivas, inclusive o efeito de, progressivamente, catalogar os casos de abusividade.

O contrato, em alusão a ENZO ROPPO,⁶ é a “veste jurídica das operações econômicas”.

A cláusula geral da boa-fé objetiva, originária da regra “*Treu un Glauben*”, do BGB, como norma de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com o interesse da outra parte, atua na tríplice direção de norma de interpretação e integração do contrato que concorre, entre outras funções, para determinar o comportamento devido; de limite ao exercício de direitos subjetivos, sistematizando e especificando casos que, na ausência da cláusula geral, estariam dispersos entre vários institutos, e como fonte autônoma de direitos, deveres e pretensões às partes contratantes, os quais passam a integrar a relação obrigacional em seu dinâmico processar-se, compondo-a como uma “totalidade concreta”.

Remata que, se efetivamente encontrarem, na doutrina, mas principalmente na jurisprudência, a voz que as faz viver, as “fórmulas genéricas

⁶ O Contrato, p. 10.

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

7. Menciona ainda o Min. RUY ROSADO (art. cit.) institutos de maior relevo para o Direito Obrigacional: a) o abuso da personalidade, na Parte Geral; b) o estado de perigo; c) a lesão, com a possibilidade de aproveitamento do negócio; d) a vedação do abuso de direito, talvez a regra mais rica para o Direito das Obrigações; e) e a previsão do parágrafo único do art. 2.036, de que *nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos pelo Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos* (grifo nosso – cuida-se a ordem pública também de cláusula geral inserta no art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil). No tocante aos contratos em espécie, deixou o Código de prover sobre os contratos de consórcio, o **factoring**, o **franchising**, os contratos bancários, por sua especificidade, mas que poderiam ensejar princípio limitativo do uso do poder econômico. Nada dispôs sobre o **leasing**, os contratos de saúde, havendo o contrato de adesão merecido escassa atenção. Não se reportou ao Código de Defesa do Consumidor, ao menos para preservá-lo, como lei especial, que remanesce. Não cuidou, nas provas, da documentação transmitida por computador e por *e-mail*, ainda que houvesse permitido a emissão de título de crédito por computador ou meio equivalente.

Tem a experiência mostrado que o contrato de adesão se presta a abusos, motivo pelo qual seria conveniente que contivesse o Código regramento para excluir ou diminuir o impacto de estipulações sobre multas e outros acréscimos devidos pela mora, sobre eleição de foro, quando significa negativa de acesso em juízo, perda das prestações pagas, dificuldades para a purgação da mora ou para as providências tendentes à conservação do negócio, direito de prévia interpelação, limitação de responsabilidade e imposição de mais deveres a uma das partes.

Aplaudiu a disciplina do contrato preliminar, para o qual não deveria impender a exigência de ser levado a registro e, nas regras sobre a resolução do contrato por descumprimento pelo devedor, faltou previsão dos casos em que o credor pode exigir a extinção do contrato, que deve ser sempre afastada, quando haja seu cumprimento substancial. Relativamente à resolução por onerosidade excessiva, foi mais limitativa do que no CDC, quando reclama a imprevisibilidade do fato extraordinário superveniente e a extrema vantagem para a contraparte. Pode o fato futuro abater-se sobre o devedor, sem deflagrar vantagem para o credor. Afastou-se o Código da teoria objetiva, da alteração da base do negócio.

Na venda *ad mensuram* deixou de prever a possibilidade de ser concedida a indenização, em lugar do abatimento do preço ou da extinção do contrato, como pode suceder na venda de apartamento com área de estacionamento em dimensão insuficiente ao fim a que se destina.

Registrou a permanência da retrovenda e a introdução do contrato com pessoa a nominar. Aludiu também à inclusão dos contratos de *comissão, agência e distribuição, corretagem e transporte*, que decorrem da unificação das obrigações. No último, assinalou como boa a norma de ser lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização. No seguro criticou a ausência de norma que determine a obrigação de ser paga a indenização, ainda que o prêmio seja pago além do prazo, quando o contrato foi substancialmente cumprido em sua maior duração. Elogiou a contemplação do enriquecimento sem causa.

Finaliza o ilustre Ministro com encômios ao Código na visão geral do contrato como ato que deve atingir finalidade social, regulado pelos princípios da boa-fé, da moralidade, da lealdade, dos bons costumes e da ordem pública. Para o juiz forneceu os instrumentos necessários para a realização da justiça material.

III. OUTRAS ANOTAÇÕES

8. Em “Observações sobre o Direito das Obrigações no Projeto do novo Código”, publicadas na **Revista do Tribunal de Justiça**, vol. 46, págs. 67 e segs., havíamos destacado a regra do art. 425, a consagrar a autonomia negocial, na celebração de contratos atípicos. Dispôs o art. 428, I, sobre a qualificação como presente do oblato, que contrata por telefone ou meio de comunicação semelhante. O art. 429 prescreve sobre a oferta ao público e seus efeitos, do que já se carecia.

Poderia, entretanto, o novo Código haver regulado o contrato a favor de terceiro, cujos contornos não se limitam às estipulações em favor de terceiro, com as quais não se confunde.

Nos vícios redibitórios poderia ter avançado, admitindo a possibilidade, v.g., da substituição da “res”. Foi boa a síntese em matéria de evicção. Revela-se excelente a redação do art. 458 sobre os contratos aleatórios, não mais os aprisionando na alienação, passando a dizer respeito não só a coisas mas a fatos futuros. Preencheu lacuna com a disciplina do contrato preliminar e foi oportuna a do contrato com pessoa a declarar. Fez bem ao tratar da extinção do contrato, revelando-se bom o art. 474, ao estatuir que a cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito, dependendo a tácita de interpelação judicial. Retira-se a matéria das condições, de que não se trata e afastam-se dúvidas quanto às conseqüências de cada espécie da cláusula. Adequou melhor à bilateralidade a exceção do contrato não cumprido, ao exprimir que pode a outra parte recusar-se à prestação, que lhe incumbe, até que a contraparte satisfaça a que lhe compete, e foi boa a previsão da resolução por onerosidade excessiva.

Quanto a esta, todavia, oportunas são as observações do Min. RUY ROSADO de que prescindível se faria a exigência da imprevisibilidade do fato extraordinário, uma vez que o acento desloca-se para a onerosidade da prestação, em si, tal como disposta no CDC.

Por outro lado, faltou atenção a que, hoje, em economia em série, orienta-se o Direito, a despeito da precaução do eminente Prof. AGOSTINHO ALVIM contra riscos de intervenção judicial na economia do contrato (Exposição de Motivos, cit.), pela possibilidade de sua preservação, mediante a “*Sopravvenienza contrattuale e problemi di Gestione del Contratto*”⁷. Deve-se evitar a ruptura da cadeia da produção ou da prestação dos serviços em série.

Registrem-se as novas espécies contratuais e modalidades, como o contrato estimatório e a venda sobre documentos, além da venda com reserva de domínio.

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

9. A despeito do pessimismo de alguns, como GASTON MORIN, que falou no declínio dos contratos e, mais recentemente GRANT GILMORE,

⁷ PAOLO GALLO, Giuffrè, 1992

em obra sobre **La morte del Contratto**, Giuffrè Editore, 1999, Milão, permanece válida, todavia, a observação de JOSSERAND (“*Aperçu Général des Tendances Actuelles de la Théorie des Contrats*”) na **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, vol. XXXVI (1937), invocado pelo eminente mestre luso, Prof. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, em **Aspectos Comuns aos Vários Contratos**, p. 23, de que “se vive cada vez mais contratualmente”. Surgem novas categorias, ou as antigas e embrionárias ganham novo relevo, desenvolvem-se e se enriquecem extraordinariamente. São exemplos: os contratos de adesão, os contratos-promessa, os contratos-tipo, os normativos, os de eficácia, aqueles em benefício de terceiro, os contratos eletrônicos. Daí a judiciosa conclusão do Jurista lusitano: “a vontade perde mas o contrato ganha”. Nisto consiste sua permanente vitalidade, de constituir instrumento dúctil, que “ora se amplia, ora se restringe, ora se enfraquece, ora adquire novo vigor e sempre ao homem serve para satisfazer as necessidades da vida de relação”.⁸

Daí porque, em nosso livro, **Contrato, Renovar**, 2000, aludimos à concepção do contrato como instrumento de colaboração entre os homens, de modo que, mediante a assunção de obrigações, possa, por exemplo, o devedor obter aquilo de que carece e a que precisa atender. Esta noção já havia sido acentuada por EMILIO BETTI, em sua **Teoria Generale delle Obligationi**, Giuffrè, 1953, v. I, p. 11 e 106.

Com idêntica orientação, citamos o excelente estudo da Prof^ª. CATHERINE THIBIERGE-GUELFUCCI, da Faculdade de Direito de Orléans, que fala na emergência de novos princípios, a ultrapassarem os esquemas tradicionais do contrato: o da igualdade, o do equilíbrio e o da fraternidade contratual.

Esta, a razão de ser prevista em sua função social, de alcance profundo na transformação do Direito das Obrigações, como explanada nos doutos ensinamentos referidos neste estudo. Resume-a o emérito Prof. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, cujo Anteprojeto de Código de Obrigações serviu de apoio também para o novo Código, em que, paralelamente à função econômica, vislumbra-se no contrato uma outra, civilizadora em si e educativa⁹: “Aproxima os homens e esbate as diferenças”.

Deseja-se que os intérpretes e aplicadores do novo Código operem imbuídos deste espírito altamente humanitário. ◆

⁸ **Manual dos Contratos**, p. 63.

⁹ **Instituições de Direito Civil**, v. III, p. 4/5.

AS LIMINARES E A TUTELA DE URGÊNCIA

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador do TJ/MG.

1. UM TEMA DO MOMENTO

Não há um dia em que não se depare na mídia com notícias de grande repercussão envolvendo liminares decretadas judicialmente, nos mais variados setores jurídicos, desde os que dizem respeito às relações de família e aos negócios econômicos, no terreno do direito privado, até aqueles pertinentes aos interesses públicos e coletivos, como ocorre com os atos da Administração, os embates da política partidária, os problemas de meio ambiente e as relações de consumo. Raros são, com efeito, os litígios hoje deduzidos em juízo que não se instaurem apoiados em medidas liminares, em regra de grande impacto, ora para o âmbito restrito dos litigantes, ora para toda a comunidade.

A justiça - até pouco tempo, fechada e circumspecta, avessa à publicidade, promovia atos que não repercutiam além das paredes dos foruns e tribunais e que, por isso mesmo não gerava notícia de interesse jornalístico senão esporadicamente - tornou-se, de repente, polêmica e devassada, passando a freqüentar, com inusitada assiduidade, as manchetes de todas as modalidades de imprensa. E atrás dessa revolução operada em torno da divulgação dos atos judiciais, está, sem dúvida, a técnica generalizada do emprego das liminares no moderno direito processual, profundamente preocupado com o anseio geral de obter maior efetividade na tutela jurisdicional em prol dos direitos subjetivos lesados ou ameaçados.

Na linguagem da imprensa e do comum do povo, **liminar** é qualquer providência enérgica, de caráter executivo imediato, tomada pelo juiz antes do provimento jurisdicional definitivo, que muitas vezes chega mesmo a torná-lo desnecessário, pela grande repercussão da medida emergencial exercida sobre os ânimos dos litigantes, desencorajando a parte sucumbente a persistir na pretensão atingida pela sumária repressão judicial.

Mesmo entre os juristas a novel valorização das medidas de urgência, no terreno da prestação jurisdicional, não logrou ainda o plano das conceituações e sistematizações definitivas e acabadas. Grandes são as controvérsias que a todo instante se manifestam tanto acerca da importância e conveniência da atual política processual, como a respeito do conceito e natureza das diferentes medidas utilizadas na busca da agilização dos procedimentos da justiça de nosso tempo.

Cabe ao cientista do direito, portanto, a tarefa, urgente e relevante, de justificar o novo perfil da prestação jurisdicional e de compatibilizá-lo com os princípios da grande conquista da humanidade que se rotulou como a garantia do **devido processo legal**. E, a esse propósito, evidente é a necessidade de empenhar-se no uso de terminologia própria e adequada para bem definir os fenômenos que se passam no exercício da tutela jurisdicional de emergência, conceituando e classificando-os de maneira racional, técnica e útil.

Pensamos que, para perseguir esse desiderato, a seqüência lógica do trabalho deve principiar pela análise geral da que seja a **tutela de urgência** (tema que se insere na idéia de sumarização do processo e de tutelas jurisdicionais diferenciadas), para depois identificar e classificar as providências de que se vale o processo contemporâneo para implementar esse novo padrão de tutela proporcionada em juízo. Só assim será possível superar as inconvenientes confusões que ainda se verifiquem, por exemplo, entre celeridade processual e sumariedade do processo, entre medida liminar e medida cautelar, entre medida cautelar e medida de antecipação de tutela etc.

2. TUTELA JURISDICIONAL E PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Urge não confundir **tutela** com **prestação** jurisdicional; uma vez que se tem como abstrato o **direito de ação**, a garantia de acesso do litigante à justiça lhe assegura um provimento jurisdicional, capaz de proporcionar a definitiva solução para o litígio, mesmo quando o autor não detenha de fato o direito que afirma violado ou ameaçado pelo réu. Na satisfação do direito à composição do litígio (definição ou atuação da vontade concreta da lei diante do conflito instalado entre as partes) consiste a prestação jurisdicional. Mas, além dessa pacificação do litígio, a defesa do direito subjetivo ameaçado ou a reparação da lesão já consumada sobre o direito da parte também incumbe à função jurisdicional realizar, porque a justiça privada não é mais tolerada (salvo excepcionalíssimas exceções) pelo sistema de direito objetivo moderno. Assim, quando o provimento judicial

reconhece e resguarda *in concreto* o direito subjetivo da parte, vai além da simples prestação jurisdicional e, pois, realiza a **tutela jurisdicional**. Todo litigante que ingressa em juízo, observando os pressupostos processuais e as condições da ação, tem direito à **prestação jurisdicional** (sentença de mérito ou prática de certo ato executivo); mas nem todo litigante faz juz à **tutela jurisdicional**.

Daí se deduz que, sendo o caso de violação ou ameaça a um concreto direito subjetivo, o processo é o remédio (ou mecanismo) que a ordem jurídica concebeu para sua defesa. Irrecusável, portanto, o vínculo de instrumentalidade entre o direito processual (que estabelece as regras da atuação do titular do direito subjetivo em juízo) e o direito material (que define as regras para a aquisição dos direitos subjetivos sobre os bens da vida).

Embora haja autonomia científica entre o direito processual e o direito material, o certo é que a existência do primeiro só se justifica pela necessidade de solucionar problemas surgidos em relação a observância dos preceitos do segundo. Isto, porém, não faz com que o direito material seja mais importante que o direito processual, porque, nas situações de crise, em que suas regras podem ser impostas coercitivamente, o império do direito material não se estabelecerá senão com o imprescindível concurso do direito processual. Registra-se, destarte, uma simbiose entre os ramos do ordenamento jurídico, gerando uma dependência recíproca entre eles¹.

Em outros termos: o direito, como um todo, existe para programar a paz social e, para tanto, o direito material, traça as regras primárias de convivência entre as pessoas. Quando, porém, o programa não é voluntariamente observado, é pelas regras do processo que a paz social almejada pelo direito material se pode concretizar, já que, por si só, seu regramento não tem como se efetivar nas sociedades civilizadas de nosso tempo. O que se extrai do direito material são preceitos ou ordens (conteúdo de suas regras de conduta). Mas a existência de tais preceitos pressupõe meio de torná-las realidade concreta, pelo que o processo se torna pressuposto da própria ordem material, já que um comando sem possibilidade de transformar-se em realidade é um nada. “Em outras palavras, ordenar e pôr em ordem são termos que se implicam reciprocamente”².

¹ Nesse sentido, pode-se afirmar que “*il diritto sostanziale non potrebbe cristere senza il diritto processuale. Pur nella loro diversità vi è una stretta interdipendenza - cioè dipendenza reciproca - tra diritto sostanziale e diritto processuale*” (ANDREA PROTO PISANI, **Appunti sulla giustizia cvivile**, Bari, Caccuri Editore, 1982, p. 10)

É intuitiva, então, a importância do direito processual para o funcionamento do sistema planejado pelo direito material, devendo-se concluir que “da efetividade do processo depende a atuação das regras substanciais”³.

3. ADEQUAÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL AO DIREITO MATERIAL

Porque se proíbe a justiça pelas próprias mãos do titular do direito lesado ou ameaçado e se força o uso do processo para a respectiva tutela, deve a jurisdição proporcionar-lhe, quando tenha razão, meios substitutivos da autotutela adequados para que possa “*ottenere per quanto possibile praticamente tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire a livello di diritto sostanziale*”⁴.

O processo, nessa ordem de idéia, deve amoldar-se aos desígnios do direito material, de sorte a não simplesmente assegurar a composição do litígio e a reparação do dano que o titular do direito lesado suportou, mas a proporcionar a melhor e mais rápida e objetiva concretização do direito da parte que tem razão. O processo tem de estar voltado para a **efetividade**, evitando, quanto possível, o dano ou o agravamento do dano ao direito subjetivo.

A insatisfação do direito material da parte é um dano imediato que o adversário já lhe impôs. Ao processo corresponde a tarefa de repará-lo. No entanto, não pode, de ordinário, fazê-lo senão após a tramitação mais ou menos longa dos atos que compõem o procedimento judicial. O simples fato de o direito subjetivo permanecer insatisfeito durante o tempo reclamado pelo desenvolvimento do processo já configura um novo dano, quase sempre inevitável, mas que a prestação jurisdicional procura compensar com expedientes como o dos juros moratórios, a correção monetária e outras cominações acessórias. Além desse prejuízo natural, outros eventos indesejáveis podem ocorrer, agravando a situação do litigante e pondo em risco a efetividade da tutela jurisdicional.

Fala-se, a propósito dessa eventualidade periculosa, em **dano marginal**, como sendo aquele que sobrevém ao do descumprimento do dever

² JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA, **Da Ação Civil**, São paulo, Ed. RT, 1975, p. 89

³ JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada; Tutelas sumárias e de urgência**, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 10

⁴ PROTO PISANI, **Lezioni di Diritto Processuale Civile**, Napoli, Jovene Editore, 1994, p. 645.

jurídico pela parte faltosa e é causado ou agravado pela duração do processo. Cabe ao legislador moderno preocupar-se com a adoção de medidas especiais que possam compensar os inconvenientes da inafastável demora na obtenção da tutela jurisdicional⁵.

Múltiplos são os expedientes de que o direito processual se vale na luta em prol da efetividade do processo e na coibição dos efeitos do tempo sobre os resultados do processo, como a criação de títulos executivos extrajudiciais e a redução dos procedimentos (ritos sumários, ações monitórias, julgamento antecipado da lide etc.). Com todos esses caminhos especiais se intenta proporcionar as chamadas **tutelas diferenciadas**, que, além da sumarização dos procedimentos comuns, conduzem também àquilo que configura as modernas **tutelas de urgência**, de que o direito processual atual não pode prescindir para realizar o anseio de **efetividade**.

Nosso ordenamento jurídico insere nesse capítulo das tutelas diferenciadas as **medidas cautelares** e as **medidas de antecipação de tutela de mérito**.

Todas essas medidas formam o gênero “tutela de urgência”, porque representam providências tomadas antes do desfecho natural e definitivo do processo, para afastar situações graves de risco do dano à efetividade do processo, prejuízos que decorrem da sua inevitável demora e que ameaçam consumir-se antes da prestação jurisdicional definitiva. Contra esse tipo de risco de dano, é inoperante o procedimento comum, visto que tem, antes do provimento de mérito, de cumprir o contraditório e propiciar a ampla defesa⁶.

O que, no sistema de nosso Código de Processo Civil, distingue as espécies “tutela cautelar” e “tutela antecipada”, é o terreno sobre o qual a medida irá operar. As medidas cautelares são puramente processuais. Preservam a utilidade e eficiência do provimento final do processo, sem, entretanto,

⁵ PROTO PISANI, “I Procedimenti Cautelari”, **Enciclopedia Giuridica**, v. XXIV, Roma, 1991, p. 2; **Lezioni**, cit., p. 647; BEDAQUE, **Tutela Cautelar**, cit., p. 19

⁶ Para ARAKEN DE ASSIS, os efeitos da tutela de urgência, que é provisória, temporária e reversível, atuam “para garantir a utilidade da prestação jurisdicional e dos direitos sob ameaça”, podendo ir além da “simples garantia” e chegar, desde logo, a entrega do bem da vida a alguém. “A função de urgência se origina da necessidade de regular a situação de fato, que é uma antes do processo, e será outra depois dele” (“Fungibilidade das Medidas inominadas cautelares e satisfativas”, **Revista de Processo**, 100/39).

antecipar resultados de ordem do direito material para a parte promovente. Já a tutela antecipatória proporciona à parte medida provisoriamente satisfativa do próprio direito material cuja tutela constitui objeto da tutela definitiva a ser provavelmente alcançada no provimento jurisdicional de mérito.

4. LIMINARES E TUTELA DE URGÊNCIA

Costuma-se confundir liminar com medida de urgência e, às vezes, chega-se a afirmar que a liminar, quase sempre, não é mais do que uma medida cautelar⁷. Assim, a primeira tarefa a cumprir, no exame das tutelas diferenciadas, é a de precisar a noção jurídica de **liminar** para depois cuidar do tema das medidas que compõem a tutela de urgência, ou seja, as medidas cautelares e as medidas de antecipação de tutela.

Liminar, lexicamente, é um adjetivo que atribui a algum substantivo a qualidade de **inicial**, **preambular**, vale dizer “é tudo aquilo que se situa no início, na porta, no limiar”⁸.

Na linguagem jurídica usa-se a expressão “liminar” para identificar qualquer medida ou provimento tomado pelo juiz na abertura do processo - *in limine litis* -, vale dizer: liminar é o provimento judicial emitido “no momento mesmo em que o processo se instaura”⁹; em regra, se dá antes da citação do réu, embora o Código considere, ainda como liminar a decisão de medida a ser tomada depois de justificação para que foi citado o réu, mas antes ainda de abertura do prazo para resposta à demanda (CPC, arts. 930 e 928, e respectivos parágrafos).

A rigor, portanto, liminar qualifica qualquer medida judicial tomada antes do debate em contraditório do tema que constitui o objeto do processo, e nessa categoria entrariam os diversos provimentos, inclusive os de saneamento do processo, como os tendentes a suprir defeitos da petição inicial

⁷ REIS FRIEDE, **Medidas Liminares**, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1997, p. 14/25. A liminar, para certa doutrina, é vista “como forma efetiva de revestimento instrumental de **providências cautelares** em **ações de conhecimento** reputadas especiais (tais como *habeas corpus*, mandado de segurança, ação popular, ação civil pública etc.), cujo objeto, próprio e particular... acabou por influenciar o legislador no sentido de procurar prover - de uma maneira mais segura - a plena efetividade (inteireza) do pronunciamento jurisdicional final de caráter cognitivo” (REIS FRIEDE, *ob. cit.*, p. 3).

⁸ ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, “Breves Notas sobre Provimentos Antecipatórios, Cautelares e Liminares”, **Revista Ajuris**, 66/13

⁹ FABRICIO, *ob. cit.*, *loc. cit.*

ou a propiciar-lhe emendas, antes da contestação do réu, e outras como a concessão de prazo ao advogado do autor para que exiba posteriormente, e em prazo certo, o mandato *ad judicia* que, pela urgência do aforamento da causa, não pôde ser previamente obtido. Até mesmo o indeferimento da petição inicial, quando totalmente inviável o ajuizamento da demanda, pode-se ter como medida de caráter unilateral e liminar¹⁰.

O conteúdo do ato decisório, como se vê, não tem influência alguma sobre a identificação da liminar como categoria processual. Essa identificação liga-se apenas e tão-somente ao momento em que o provimento é decretado pelo juiz. Para ter-se como configurada uma liminar, nada importa que a manifestação judicial expresse um juízo cognitivo, executório, cautelar ou até mesmo administrativo, ou de antecipação da apreciação do *meritum causae*. O critério a observar, para esse fim, portanto é o temporal ou de lugar no tempo, dentro da seqüência dos atos que compõe a cadeia processual¹¹.

Incorreta, portanto, a tentativa de confundir sempre a natureza das liminares com a das medidas cautelares.

5. TUTELA CAUTELAR E LIMINAR

Como o tempo de duração do processo pode comprometer a eficácia e utilidade do provimento judicial esperado na composição definitiva do litígio, a história do direito processual vem registrando, de longa data, a configuração de medidas provisórias, distintas das de satisfação do direito material da parte, mas que asseguram o seu útil exercício, caso a solução final da demanda lhe seja favorável.

Assim, ao lado da tutela de conhecimento e da executiva, ambas de caráter satisfativo, concebeu-se a função acessória, complementar, da tutela cautelar, com o propósito claro de afastar os incômodos da demora inevitável entre a dedução da demanda em juízo e a resposta definitiva da jurisdição.

De início, delimitou-se bem o terreno da tutela cautelar, que não poderia ultrapassar o campo das providências conservativas, já que as medidas de satisfação do direito da parte somente seriam alcançáveis após a exaustão do contraditório.

¹⁰ BEDAQUE, ob. cit., p. 278; FABRICIO, ob. cit., p. 13

¹¹ FABRICIO, idem

No entanto, como havia casos em que não era possível evitar-se o *periculum in mora* senão antecipando-se o exercício, no todo ou em parte, do próprio direito subjetivo material, a tutela de emergência foi sendo ampliada por dois caminhos distintos: a) o da **antecipação de tutela**, por expediente como o das liminares freqüentemente introduzidos pela lei em procedimentos especiais (mandado de segurança, ação popular, ação de inconstitucionalidade, ação de nunciação da obra nova, ações locatícias etc); b) e pela dilatação do poder geral de cautela, tendente a admitir seu uso não só para fins conservativos, mas também para, excepcionalmente, cumprir a provisória satisfação de pretensões de mérito¹².

Nesse sentido, a última corrente acabaria por inserir toda a tutela de emergência dentro do universo cautelar, de sorte que tudo o que se baseasse na defesa do *fumus boni iuris* (apreciação superficial sobre a plausibilidade ou verossimilhança do direito da parte) e na necessidade de evitar o *periculum in mora* (risco de dano durante o processo), seria absorvido pelas medidas de natureza cautelar. Não haveria razão, em tal conjuntura, para um tratamento jurídico diferenciado para as antecipações de tutela e as medidas de cunho conservativo.

Na Europa, esse tem sido o rumo predominante de forma bem marcante no direito francês e no direito italiano, onde o poder geral de cautela passou, naturalmente, por via de interpretação doutrinária e pretoriana, a abranger as providências de urgência de natureza satisfativa.

Entre nós, embora vozes abalizadas tenham se erguido em prol da admissão das medidas cautelares satisfativas, a opinião que sempre prevaleceu, principalmente na jurisprudência, foi no sentido de que o poder geral de cautela não comportaria tal ampliação, devendo restringir-se às providências meramente conservativas. Antecipação de tutela satisfativa somente haveria nos casos em que a lei expressamente previsse, em procedimentos especiais, a concessão de liminar.

Adveio, porém, em 1994, a reforma do Código de Processo Civil e, fora do processo cautelar, e dentro do processo de conhecimento, instituiu-se

¹² CARREIRA ALVIM, por exemplo, entendia que se o “processo cautelar” dentro do texto do Código de Processo Civil, “alberga tantas tutelas de índole tão diversificadas”, dentre as quais várias medidas específicas “reconhecidamente satisfativas, como os alimentos provisionais, a busca e apreensão, as previstas no art. 888 do CPC”, não haveria razão para se recusar o uso do poder geral de cautela também em caráter satisfativo, quando necessária “uma tutela de urgência, no âmbito de uma tutela jurisdicional diferenciada” (**O direito na doutrina**, Curitiba, Juruá, 1998, p. 27).

a possibilidade emergencial genérica da antecipação de tutela, sujeitando-a, outrossim, a requisitos mais rigorosos do que os exigidos para as medidas cautelares (atual redação dada aos arts. 273 e 461 do CPC, pela Lei nº 8.952, de 13.12.94). Essa nova e ampla possibilidade de antecipar medidas satisfativas não se confunde, necessariamente, com as antigas e conhecidas liminares, pois agora a providência urgente pode acontecer em qualquer momento ou fase do processo, enquanto não solucionado definitivamente o processo de conhecimento, e não apenas na abertura da relação processual.

Outrossim, diante da duplicidade de regime normativo instituído oficialmente por nosso ordenamento jurídico, em matéria de tutela de urgência, não se me afigura correto insistir em identificar todas as medidas liminares de antecipação de tutela, previstas no Código ou em leis extravagantes, com as medidas próprias do processo cautelar.

É certo que todas elas pertencem ao gênero comum da **tutela de urgência**. Sendo, no entanto, diversos os requisitos de seu deferimento e diverso o terreno sobre que atua cada tipo dessas medidas, não me parece conveniente que sua análise doutrinária e científica seja feita em comum, como se se tratasse de providências de uma única natureza.

Descarto, pois, o tratamento indiscriminado das liminares, no direito processual brasileiro, como medidas cautelares. Muitas delas não se baseiam sequer no *periculum in mora*, mas na conveniência da tutela do direito evidente, como é o caso dos interditos possessórios e das ações locatícias, a propósito das revisionais e renovatórias, onde se cuida de assegurar efeitos econômicos imediatos, sem o pressuposto do *periculum in mora*. Em outras, não basta a aparência do bom direito, mas se exige logo, a verossimilhança do direito da parte, formada através de prova inequívoca geradora de convicção sobre direito líquido certo *prima facie* (antecipações do art. 273 do CPC, para as ações em geral do processo de conhecimento, e da Lei nº 1.533/51, para as ações de mandado de segurança).

Ora, se múltiplos são os motivos que levam a lei a quebrar o ritmo normal do processo de conhecimento, para autorizar as liminares, e se nem mesmo o *periculum in mora* é traço comum a todas elas, é totalmente inadequado pretender inseri-las todas e sempre no campo da cautelaridade. O que, enfim, permite encarar a **liminar** como uma categoria jurídico-processual é tão-somente o seu específico aspecto temporal, ou seja, a excepcional possibilidade de providências no início do processo, antes pois de realizar e completar o contraditório. Nada mais do que isto.

6. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E MEDIDAS LIMINARES

Para ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, em princípio, as liminares antecipam algum tipo de tutela, que tanto pode atuar no plano de mérito, como no cautelar; mas nem toda antecipação de tutela se dá em regime de liminar¹³.

No combate do perigo de dano grave e iminente, o processo cautelar corresponde a terreno onde mais se ensejam e justificam as medidas liminares, pois a urgência natural dessa repressão recomenda quase sempre sua adoção em via de liminar. Mas a liminar aqui não é satisfativa em relação ao direito material litigioso; é providência que antecipa à sentença cautelar apenas a medida conservativa. Explica o já referido processualista gaúcho:

“É possível que essa realidade” (a freqüente necessidade de antecipar a cautela) “tenha contribuído para a tendência errônea a supor-se que toda liminar é cautelar, quando em realidade essas duas classificações correspondem a diferentes critérios classificatórios. Trata-se de uma antecipação de tutela (cautelar) que coincide ser, outrossim, dispensada em caráter liminar”¹⁴.

Por outro lado, a providência conservativa, própria da tutela cautelar, tanto pode ser tomada *initio litis* como ao final, isto é, depois da sentença que julga a ação cautelar. Pode ainda ser deliberada, executada e modificada a qualquer tempo, durante a marcha do processo. A eficácia da medida será a mesma, quer o evento se dê em caráter antecipatório (liminar ou incidental), quer ocorra após a sentença. O momento, portanto, não influi sobre a natureza e os efeitos da medida com que se cumpre a tutela cautelar¹⁵.

Não é diferente o que se passa no processo de conhecimento, quando se realiza a antecipação de tutela. O provimento se destina a assegurar ao demandante o efeito jurídico, no todo ou em parte, que se espera seja consequência do acolhimento do pedido na sentença final de mérito. Presentes os requisitos legais, o juiz lhe tutela, provisoriamente, o mesmo direito material

¹³ Ob. cit., p. 15

¹⁴ Ob. cit., p. 15

¹⁵ FABRÍCIO, ob. cit., p. 15

que será objeto do provimento definitivo. E isto, tanto pode acontecer em forma de liminar (isto é, na abertura do processo) como em qualquer outro momento antes de encerrado o processo de conhecimento (ou seja, como incidente do processo ainda em tramitação).

De qualquer maneira, haverá tutela antecipada, porque o juiz deliberará sobre o exercício provisório do direito material ainda não acertado em caráter definitivo pela sentença de mérito. O litigante, todavia, gozará antecipadamente da mesma tutela que lhe haverá de proporcionar o julgamento final da demanda. Só lhe faltará a definitividade. Não é a substância do provimento que distingue a medida antecipada da definitiva; é apenas o traço da provisoriedade e do adiantamento temporal em relação ao momento ordinário da prestação jurisdicional. Mais uma vez - conclui FABRICIO - pode-se dizer que “a questão é apenas de momento processual”¹⁶.

7. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E MEDIDAS CAUTELARES

Embora escrevendo antes da regulamentação da antecipação de tutela em caráter geral no processo civil brasileiro, já observava, com propriedade, OVIDIO A. BAPTISTA DA SILVA, serem absolutamente inconfundíveis as medidas **cautelares** (que representam, simplesmente, medidas de **segurança para a execução**) e as **medidas antecipatórias** (medidas de **execução para segurança**). Cautelares propriamente só são as que criam condições para garantir a futura execução. As que antecipam a execução, para satisfazer direito substancial da parte, “de cautelares apenas têm o nome e a forma procedimental”¹⁷.

Com a reforma de 1994, o legislador pátrio eliminou a controvérsia sobre ser ou não legítimo o uso do poder cautelar atípico para antecipar a tutela de mérito. A partir de então, restou consagrada a possibilidade de serem antecipadas, em qualquer processo de conhecimento, os efeitos da tutela definitiva, desde, é claro, que se atendam os requisitos indispensáveis enunciados pelo atual art. 273 do CPC. O regime processual, todavia, não será o das ações ou medidas cautelares; criou-se procedimento especial, integrado ao próprio processo de conhecimento.

É evidente, dessa maneira, que das antecipações antes autorizadas apenas sob a forma de liminares em algumas ações especiais, passou-se ao

¹⁶ Ob. cit., p. 16

¹⁷ OVIDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Curso de Processo Civil*, Porto Alegre, Fabris, 1993, v. III, p. 17

regime do cabimento das **medidas provisórias satisfativas** em qualquer ação de conhecimento. “No entanto” - adverte TEORI ALBINO ZAVASCKI - “sua concessão está sujeita a regime próprio, inconfundível e em alguns aspectos mais rigoroso que o das medidas cautelares, a saber: a) a antecipação da tutela se dá, invariavelmente, na própria ação de conhecimento, mediante decisão interlocutória, enquanto as medidas cautelares continuam sujeitas à ação própria, disciplinada no Livro do processo Cautelar; b) a antecipação da tutela está sujeita a pressupostos e requisitos próprios, estabelecidos pelo art. 273 do CPC, substancialmente diferentes dos previstos no art. 798 do CPC, aplicável apenas às medidas genuinamente cautelares”¹⁸.

Prossigue ZAVASCKI:

*“O que se operou, inquestionavelmente, foi a **purificação do processo cautelar, que assim readquiriu sua finalidade clássica: a de instrumento para obtenção de medidas adequadas a tutelar o direito, sem satisfazê-lo. Todas as demais medidas assecurativas, que constituam satisfação antecipada de efeitos da tutela de mérito, já não caberão em ação cautelar, podendo ser, ou melhor, devendo ser reclamadas na própria ação de conhecimento... Postulá-las em ação cautelar, onde os requisitos para a concessão da tutela são menos rigorosos, significará fraudar o art. 273 do CPC, que, para satisfazer antecipadamente, supõe cognição em nível mais aprofundado, pois exige verossimilhança construída sobre **prova inequívoca.**”***¹⁹

Bem se vê, como conclui acertadamente ZAVASCKI, que “a inovação introduzida no sistema não eliminou o significado da distinção entre medidas cautelares e medidas antecipatórias. Pelo contrário: o tema ganhou absoluta atualidade”²⁰.

De fato, não se pode aceitar a orientação dos que preconizam a inserção numa só figura e num só regime de tutela urgente, tanto das medidas cautelares como das antecipatórias. Dar-se-ia a pretensa unificação porque

¹⁸ TEORI ALBINO ZAVASCKI, “Medidas Cautelares e Medidas Antecipatórias: Técnicas diferentes, Função Constitucional semelhante”, **Revista de Processo**, 82/56

¹⁹ TEORI ALBINO ZAVASCKI, ob. cit., loc. cit.

²⁰ Ob. cit., loc. cit.

todas elas se fundam no perigo de dano e no *fumens boni iuris*²¹. Se, porém, o regime legal é diverso, tanto no procedimento como nos requisitos de obtenção das providências emergenciais de um e outro grupo de medidas, não me parece razoável negar-se a diferenciação técnica e prática entre as duas espécies de tutela de urgência.

Não há como evitar a diversidade gritante que se nota entre os diversos efeitos da medida cautelar e da medida antecipatória: a primeira não vai além do preparo de execução útil de futuro provimento jurisdicional de mérito, enquanto a última já proporciona a provisória atribuição do bem da vida à parte, permitindo-lhe desfrutá-lo juridicamente, tal como se a lide já tivesse sido solucionada em seu favor.

É assim que a cautela não é satisfativa e antecipação o é²².

A distinção entre as duas tutelas, a meu juízo, só contribui para a eficiência e utilidade dos importantes expedientes de prevenção contra o risco de ineficácia prática do processo. A um só tempo, valoriza-se o cabimento e o acesso à medida correspondente à hipótese discutida em juízo e evita-se o uso abusivo de providências excepcionais fora da previsão para que foram especificamente concebidas.

Em suma: não basta que a medida processual apresente alguma força de prevenção para ser qualificada como cautelar. Se este traço fosse suficiente, todas as medidas preparatórias do provimento final do processo de execução como a penhora (na execução por quantia certa) e a busca e apreensão (na execução de obrigações de dar) não passariam de medidas cautelares. No entanto, como atos normais da execução forçada, sua natureza é a de ato executivo e não de ato meramente cautelar. A natureza do processo e dos atos processuais deve ser procurada pelo seu objetivo final e não pelo caminho percorrido para atingi-lo. A penhora não é medida cautelar, porque, embora possa impedir o desvio jurídico do

²¹ Na verdade, nem todas liminares se apoiam no *periculum in mora*, pois há aquelas que se destinam à **tutela da evidência**, como é comum nas reintegrações de posse.

²² A profunda diferença entre medida cautelar e medida antecipatória, ARAKEN DE ASSIS evidencia com o cotejo entre os atos do juiz no **seqüestro** e na **reintegração de posse**, quando examinados em face do interdito possessório: “em qualquer caso, o juiz atuará a função litisreguladora, mas de modo bem diverso: seqüestrando, a nenhum dos litigantes satisfaz, no mundo dos fatos; reintegrando, satisfaz o autor, conquanto temporariamente, porque poderá restituir a coisa ao réu, no curso do processo ou através da sentença. Enquanto o autor se mantiver reintegrado na posse da coisa litigiosa, desfrutando-a livremente, vai satisfazendo seu direito. Nada tem a ver com a essência de pronunciamentos tão discrepantes o elemento antecipatório, provocado pela urgência” (Ob. cit., p. 44/45).

bem constricto, e assim exerce de alguma forma a prevenção, sua função básica é a de iniciar a operação da expropriação executiva (ato principal da execução forçada).

Assim, também, a medida que antecipa, no processo de conhecimento, efeitos da solução de mérito, não é, em nosso sistema, medida cautelar, porque vai além da simples prevenção da utilidade do provimento final do processo e já se transforma, antecipadamente, num meio de reconhecer, de modo provisório, o direito material da parte e de propiciar-lhe o respectivo exercício. Enquanto, pois, a medida cautelar se limita a garantir uma futura e eventual execução, a medida antecipatória, desde logo, cria condições de provisoriamente executar o direito subjetivo ainda não acertado em definitivo. Realiza, por antecipação o que, de regra, se obteria pelo provimento final de mérito.

8. JUSTIFICATIVA DA TUTELA DE URGÊNCIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL

Nosso Estado Democrático de Direito assegura a todos o **devido processo legal** como direito fundamental (CF, art. 5º, LIV), ao qual se integra a garantia do contraditório e ampla defesa (CF., art. 5º, LV).

Nesse esquema fundamental, parece evidente que a justiça imediata se torna impossível, visto que a composição dos conflitos em juízo, seguindo o método do *due process of law*, terá de cumprir o *iter* obrigatório do diálogo e da instrução ampla, o que, obviamente, reclama o consumo de um razoável espaço de tempo, entre a dedução da demanda em juízo e a resposta jurisdicional.

Como a autotutela, por princípio, é vedada, tornando obrigatório o recurso à Justiça estatal para solucionar os litígios, a parte que se sente lesada ou ameaçada em seu direito corre o risco de ter de sujeitar-se à conservação do *status quo* enquanto o provimento judicial não lhe propiciar a competente tutela. O mecanismo do devido processo legal conduz a uma situação estática, tanto que se considera ato ilícito o **atentado** que qualquer das partes venha a praticar mediante inovação no quadro da lide na pendência do processo judicial (CPC, art. 879).

Mas, a garantia do devido processo legal não é a única que a ordem constitucional previu para a situação daqueles que tenham de sujeitar-se à tutela jurisdicional para resguardo e satisfação de seus direitos lesados ou ameaçados. Antes mesmo de cuidar da forma de atuar em juízo, a Carta Magna estatui a garantia de acesso pleno e irrestrito de todos ao Poder Ju-

diciário, de modo que nenhuma lesão ou ameaça a direito seja subtraída à apreciação e solução da Justiça oficial (CF., art. 5º, XXXV).

Para que essa garantia básica se cumpra é reconhecido por todos que a prestação jurisdicional haverá de revestir-se de **efetividade**, ou seja, o provimento judicial terá de proporcionar ao titular do direito lesado ou ameaçado um resultado prático equivalente, quando possível, àquele que se obteria pelo cumprimento voluntário e oportuno da prestação assegurada pelo direito material.

Como a duração temporal do devido processo legal pode, pela estática da situação litigiosa enquanto se aguarda a tutela estatal, redundar em danos graves para a relação jurídica material discutida entre os litigantes, impõe-se concluir que é possível, e freqüente, o conflito entre as duas garantias fundamentais, a do devido processo legal e a do acesso efetivo à Justiça.

Pela teoria da proporcionalidade tem-se de encontrar uma forma capaz de contornar o conflito e permitir a coexistência harmônica entre as garantias momentaneamente antagônicas.

É nesse quando principiológico conflituoso que se impõe a tutela jurisdicional de urgência, como remédio provisório e necessário. Assim, no hiato inevitável interposto entre o ajuizamento da causa e o provimento final de mérito, os problemas que põem em risco a efetividade do processo, devem ser equacionados pelo juiz, afastando-se de imediato tudo aquilo que possa tornar inútil ou insatisfatória a prestação definitiva que se espera alcançar ao fim do processo. A essa atividade judicial complementar dá-se o nome de “regulação provisória” ou “litisregulação”, ou, ainda, “tutela de urgência”²³.

A litisregulação, nessa ordem de idéias, compreende atividade judicial distinta da que o devido processo legal irá atingir, na solução do litígio, mas é também atividade jurisdicional, porque tende a sanar ou prevenir lesões ou ameaças a direito que não podem ser subtraídas ao Poder Judiciário, segundo a garantia de efetividade da tutela jurisdicional.

Com as medidas cautelares e com as antecipações de tutela, o juiz pode assegurar a efetividade do provimento definitivo, sem que isto anule

²³ “No fundo, o veto à autotutela, acrescido da obrigatória intervenção da autoridade judiciária para resolver a lide produz efeito colateral relavantíssimo: a necessidade de regular a passagem da lide à satisfação, por ato judicial, do direito litigioso. Esse fenômeno recebeu o epíteto de litisregulação, auspicioso achado de TESHEINER” (ARAKEN DE ASSIS, “Fungibilidade das medidas cautelares e satisfativas”, **Revista de Processo**, 100/41).

o contraditório ou ampla defesa. O que se faz é apenas uma protelação do momento do contraditório. As medidas de urgência, para conjurar a situação de perigo, são sempre provisórias e reversíveis e devem durar apenas até o provimento final de mérito. Logo após a medida de urgência, o contraditório se estabelece e pode, afinal, redundar em manutenção, reforma ou cassação daquilo que emergencialmente se estabeleceu.

O importante é ressaltar sempre que as tutelas de urgência - cautelares e antecipações de tutela, em liminar ou não - compreendem sempre medidas excepcionais e não regra geral a ser livremente aplicada segundo arbítrio da parte ou do juiz. Todas elas estão sujeitas a pressupostos que a lei dita como condições indispensáveis a seu manejo²⁴. Só com sua configuração é que se tolera a quebra momentânea do devido processo legal e da natural precedência do contraditório à solução dos conflitos em juízo. Providências da espécie tomadas sem o respaldo dos pressupostos legais configuram pura arbitrariedade e verdadeiro abuso de autoridade em intolerável infração à garantia fundamental do devido processo legal.

9. TUTELA DE URGÊNCIA E CONTRADITÓRIO: LIMINAR “INAUDITA ALTERA PARTE”

O fato de a lei autorizar a tutela de urgência, até mesmo por meio de providências liminares, não quer dizer que o juiz esteja autorizado a sempre deferi-las sem audiência da parte contrária.

Na regra permissiva da tutela antecipada (CPC, art. 273) não há autorização para que as medidas nela compreendidas sejam sempre tratadas unilateralmente. Na própria tutela cautelar, a lei que admite seu deferimento *initio litis*, o faz com dispensa da ouvida do réu somente quando o juiz “verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz” (CPC, art. 804).

Isto quer dizer que as medidas de tutela de urgência não dependem de discussão e instrução exaurientes mas, por outro lado, não devem eliminar por completo o contraditório. Sempre que possível, então, o réu deverá ter oportunidade de pronunciar-se antes de o juiz decidir pelo cabimento ou não da medida emergencial, seja cautelar, seja antecipatória.

²⁴ Os pressupostos legais da tutela de urgência representam justamente o reconhecimento da ordem jurídica que, em sua presença, configura-se o quadro que obriga a fazer atuar, com preferência, a garantia do pleno e efetivo acesso à Justiça, sobre a do contraditório (CF., art. 5º, XXXV).

Se o grau de urgência não é suficiente para impedir a prévia audiência do réu²⁵, terá o juiz, em princípio, que realizar o mínimo de contraditório recomendável pelas circunstâncias. Somente deliberará após dar oportunidade de manifestação ao demandado.

Como princípio geral norteador do comportamento judicial *in casu*, há de prevalecer a exigência de audiência prévia do réu, ou seja, “não se defere liminarmente cautela, sem audiência da parte requerida, salvo na hipótese do art. 804”²⁶, isto é, só se deixa de ouvir o réu, quando estiver configurada a possibilidade de o prejuízo do requerente se consumir de imediato, frustrando, no todo ou em parte, os objetivos da prevenção cabível²⁷.

Há, destarte, que se ter como excepcional e não como regra geral a concessão de liminares em medida cautelar e antecipatórias *inaudita altera parte*²⁸.

10. INEXISTÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE NO DESEMPENHO DA TUTELA DE URGÊNCIA

Por outro lado, manifesta-se totalmente incongruente e incompatível com as garantias constitucionais do processo a assertiva, que às vezes se vê na jurisprudência e em alguns autores, de que ao juiz cabe o poder **discricionário** de deferir ou não as medidas liminares, cautelares ou antecipatórias, de sorte que sequer se poderia recorrer do ato que, por exemplo, denegasse

²⁵ São medidas liminares que, por exemplo, não comportam a prévia ouvida do réu e, por isso, admitem deferimento *inaudita altera parte*: a sustação de protesto, cuja lavratura deverá ocorrer, sempre, em breve espaço de tempo; a sustação de realização de hasta pública ou a suspensão de ato executivo, quando as diligências já se encontram na iminência de consumir-se; o arresto ou seqüestro de bens móveis, prestes a serem consumidos ou desviados; a garantia do direito de voto em assembléia, já designada para data muito próxima; a venda de bens de rápido perecimento etc.

²⁶ TFR 1ª Seção, MS 137.538/SP, Rel. Min. Dias Trindade, ac. 15.02.89, *DJU* 03.04.89, p. 4.449.

²⁷ TJSP, Ag. 230.825-1, Rel. Des. Vasconcellos Pereira, ac. 16.08.94, *JTJ* 166/199; STJ, 1ªT., Rec. em MS 335-0/CE, Rel. Min. César Asfor Rocha, ac. 03.05.93, *RSTJ* 47/517.

²⁸ “Ainda que possível, *em casos excepcionais*, o deferimento liminar da tutela antecipada, não se dispensa o preenchimento dos requisitos legais, assim a ‘prova inequívoca’, a ‘verossimilhança da alegação’, o ‘fundado receio de dano irreparável’, o ‘abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório’, ademais da verificação da existência de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, tudo em despacho fundamentado, de modo claro e preciso. O despacho que defere liminarmente a antecipação de tutela com apoio, apenas na demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* malfere a disciplina do art. 273 do CPC, à medida que deixa de lado os rigorosos requisitos impostos pelo legislador para a salutar inovação trazida pela Lei 8.952/94” (STJ, 3ªT., REsp. 131.853/SC, Rel. Min. Menezes Direito, ac. 05.12.97, *DJU* 08.02.99, p. 276).

a liminar em mandado de segurança²⁹. Como imaginar que as medidas de **litisregulação** ou de **tutela de urgência**, cuja força atua basicamente por meio das liminares, representariam “mera faculdade atribuída ao julgador”, a quem exclusivamente caberia avaliar “sua necessidade”³⁰, se a ordem jurídica as concebe justamente para dar vida prática a uma garantia fundamental consagrada pela Carta Magna?

O fato de serem vagos ou imprecisos os termos da enunciação legal dos requisitos da tutela de urgência, não submete seu deferimento ao mero arbítrio do juiz, nem pode tornar irrecorrível sua decisão. A conveniência de uma liminar é decorrência de opção da lei e não do juiz, pelo que se deve concluir, em matéria de jurisdição (realização da vontade concreta da lei): “não existe no Estado de Direito, lugar para decisões fruto de poder arbitrário”³¹.

Se a parte apresenta, para sustentar a pretensão cautelar ou antecipatória, razões relevantes (ou seja, razões comprovadoras de que a prestação definitiva ou de mérito corre o risco de frustrar-se, caso não se tome imediata providência para assegurar-lhe a eficácia), a regra legal autorizativa da tutela preventiva atuará como **impositiva** no sentido de seu deferimento. Não haverá espaço para discricionariedade alguma da parte do juiz. Ao contrário, estará vinculado à vontade da lei, de que a prestação jurisdicional seja sempre boa e efetiva³².

Em suma, o entendimento correto e preciso é o transmitido por ATHOS GUSMÃO CARNEIRO:

*“... as liminares são concedidas, ou denegadas, não ao **prudente arbítrio do juiz** ou pela maior ou menor liberalidade pessoal do julgador, ou porque simpatize ou não simpatize com as teses ou com as idéias preconizadas pelo impetrante, mas sim serão concedidas*

²⁹ TRF, 1ª Seção, MS 118.865/RJ, Rel. Min. Otto Rocha, ac. 16.03.88, *DJU* 23.06.88, p. 15.882; TJPR, 1º Gr., MS 10/88, Rel. Des. Adolpho Pereira, ac. 21.08.86, *Paraná Judiciário*, 19/58; TJSP, Câm. Esp., AgRg. Ms 64.234-1, Rel. Des. Aniceto Aliende, *RJTJSP*, 97/398; REIS FRIEDE, *Medidas Liminares*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1997, p. 18-25.

³⁰ 1º TACivSP, 4ª Câm., Ag. 357/84, Rel. Juiz José Bedran, ac. 28.05.86, *JTACivSP*, 99/161.

³¹ CELSO BANDEIRA DE MELLO, *Elementos de Direito Administrativo*, São Paulo, RT, 1980, p. 221.

³² EDUARDO RIBEIRO, *Recursos em Mandado de Segurança - Mandado de Segurança e Mandado de Injunção*, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 285.

*quando claramente se compuserem ambos os pressupostos legais, e serão denegadas quando tais não ocorrerem com a suficiente clareza.*³³

Presentes, pois, os pressupostos legais da liminar, não há que se pensar em faculdade judicial, pois a hipótese, incontestavelmente, é de um **direito subjetivo** da parte à tutela de urgência³⁴. Logo, a denegação de liminar, onde a lei a autorize, seja de natureza cautelar, seja de feitiço antecipatório de tutela de mérito, desafia recurso de agravo³⁵ e, conforme o caso, até mandado de segurança, se por algum óbice judicial se tornar inócua ou inviável a via recursal³⁶.

11. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM AÇÕES DECLARATÓRIAS E CONSTITUTIVAS

Como não há execução de sentença no procedimento declaratório e no constitutivo, há quem negue cabimento à antecipação de tutela em relação a esses tipos de cognição, restringindo a aplicação do art. 273 do Código de Processo Civil tão apenas aos procedimentos tendentes à obtenção de sentença condenatória, únicos que abrem ensejo à **execução forçada**. Nesse sentido, J. E. S. FRIAS entende que: “como a sentença de cunho meramente declaratório não admite execução, porque o autor se contenta com o mero **acertamento** do direito litigioso, claro que quando o pedido tiver sido de tal espécie, **não tem cabimento pretensão antecipatória...** Porque a sentença constitutiva independe de execução, é possível concluir que, sob pena de vulneração do princípio do contraditório, não é possível deferir liminarmente a antecipação de tutela de tal ordem”³⁷. No direito italiano, também RICCI defende a tese de ficar a tutela antecipada restrita “aos casos de atuação forçada (*lato sensu* executiva) dos direitos, com exclusão quer da tutela declarativa, quer da tutela constitutiva”³⁸.

³³ “Liminar na Segurança Individual”, *Rev. AJUFE*, mar/jun. 1992, *apud* REIS FRIEDE, ob. cit., p. 21.

³⁴ TFR 4ª Reg., MS 90.04.21882-3/SC, Rel. Juiz Silvio Dobrowsky, DJU 17.07.91.

³⁵ GALENO LACERDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 7. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, v. VIII, t. I, n. 63, p. 253.

³⁶ GALENO LACERDA, ob. cit., n. 63, p. 256.

³⁷ J. E. S. FRIAS, “Tutela antecipada em face da Fazenda Pública”, *in* *RT*, 728/72 e 77

³⁸ RICCI, “Possíveis novidades sobre a tutela antecipada na Itália”, *in* *Genesis - Rev. de Dir. Proc. Civil*, v. 7, p. 89

Parece intuitivo que a declaração de certeza e a constituição de uma nova situação jurídica apenas possam ser alcançados pela sentença definitiva de mérito, após cognição completa e exauriente, não havendo como antecipar provisoriamente o puro efeito declaratório e constitutivo. Há, porém, que se fazer a distinção entre o efeito declaratório e constitutivo e os efeitos práticos que decorrem da declaração e da constituição de uma situação jurídica. Se a declaração e a constituição, em si mesmas, não correm risco de dano pela demora do processo, o mesmo não se pode dizer em relação aos efeitos práticos que o titular da pretensão tem em mira alcançar com apoio no provimento judicial.

A propósito, adverte CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, “nada impede que, para evitar o dano, possa o órgão judicial adotar providências de ordem mandamental, se convencido da verossimilhança do direito constitutivo alegado pelo autor. Exemplo típico tem-se na **constituição** sentencial da servidão de passagem, que, embora não possa ser antecipada, não impede o órgão judicial de ordenar a passagem ou o desfazimento da obstrução à luz, para prevenir o dano”³⁹, tudo em forma de antecipação dos **efeitos** da tutela postulada na petição inicial.

A “execução” que se antecipa provisoriamente, para os fins do art. 273 do CPC, não é propriamente “execução no sentido técnico de processo à parte, mas de realização prática, alcançável no normal das espécies por ordens ou mandados emanados do órgão judicial, de modo compatível com a instante necessidade de prevenção do dano”; “são propriamente os **efeitos práticos** antecipados, mais precisamente os atos materiais adequados à prevenção do dano”⁴⁰.

Nem é preciso que o objeto da medida antecipatória corresponda ao exato conteúdo da sentença, como objeto preciso da declaração judicial a ser proferida para solucionar o pedido formulado na inicial. Basta que corresponda a um **efeito normal** da situação jurídica a ser declarada no mérito da causa. O dano que se busca impedir, lembra ARRUDA ALVIM, não tem de corresponder necessariamente “ao perecimento da pretensão”. O dano, aludido no art. 273, I, do CPC “pode ser **externo à pretensão**, ou seja, pode ser um dano evitável por causa do acolhimento da pretensão”⁴¹.

³⁹ CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, “Alcance e Natureza da Tutela Antecipatória.” *In*: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord), **Estudos de direito processual em memória de LUIZ MACHADO GUIMARÃES**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 117

⁴⁰ CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, *ob. cit.* p. 118

⁴¹ ARRUDA ALVIM, “Tutela Antecipatória”, *in* **Direito do Consumidor**, v. 21, p. 74

A antecipação de tutela, muito embora faculte **atos executivos** à parte, antes da sentença, não se faz somente para compreender providências que seriam tecnicamente objeto de futuro processo de execução forçada. Qualquer tipo de processo de conhecimento pode ter a eficácia de sua sentença sob risco de encontrar um direito subjetivo material sem condições de atuar praticamente. É possível, portanto, pretender algum tipo de medida satisfativa que afaste o perigo não de eficácia executiva da sentença, mas de efetividade dela perante o direito substancial do litigante, que já terá perdido toda capacidade de atuar *in concreto* pela supressão total ou parcial de seu suporte fático, enquanto se aguardava a sentença declaratória ou constitutiva.

A **execução** de que se cogita para justificar a antecipação de tutela, nessa ordem de idéias, é a que se entende no sentido mais amplo do termo, não se confundindo, por isso, com aquele restrito significado de atuação judicial da força do título executivo *stricto sensu*.

TOMMASEO observa que os exemplos extraídos da experiência jurisprudencial revelam que o interesse da parte em obter antecipação de tutela em ação de mero accertamento pode justificar-se enquanto aguarda condições de valer-se do pronunciamento judicial para determinar o próprio comportamento em função da relação substancial *sub iudice*.

*“Così, la tutela urgente del mero accertamento si presenta nel suo contenuto più significativo là dove il recorrente chiede al giudice la valutazione in sede cautelare della legittimità di un proprio atto. Così, il provvedimento d’urgenza può contenere l’anticipata valutazione della nullità della clausola di un contratto o di uno statuto societario.”*⁴² .

ARIETA observa, de seu lado, que o ordenamento jurídico processual não contém disposição alguma que imponha o descabimento de tutela cautelar antecipatória na via da ação de mero accertamento⁴³. Conclui, pois, pela *“possibilità di sottoporre a cautela atipica qualsiasi situazione giuridica sostanziale in termini di diritto soggettivo, senza alcuna esclusione aprioristica o di principio”*⁴⁴. Cita precedentes jurisprudenciais *“nel senso*

⁴² FERRUCIO TOMMASEO, **I provvedimenti d’urgenza**, Padova, Cedam, 1983, p. 259

⁴³ ARIETA, **I provvedimenti d’urgenza**, 2. ed., Padova, Cedam, 1985, p. 143.

⁴⁴ ARIETA, ob. cit., n° 36, p. 142

di ammettere la possibilità di assicurare in via cautelari gli effetti della sentenza di mero accertamento". Invoca, também, a doutrina de ANDRIOLI⁴⁵ e MONTESANO⁴⁶, segundo a qual se admite que *"il giudice della cautela possa ordinare l'astensione da quel comportamento di cui l'azione proposta o proponibile nel giudizio di cognizione tende al mero accertamento di illegittimità"*. Ainda sobre o cabimento da tutela cautelar em sede de ação declaratória - e nunca é pouco lembrar que no direito italiano a antecipação de tutela é parte da tutela cautelar - ARIETA reporta-se às lições de PROTO PISANI⁴⁷ e de CERINO CANOVA⁴⁸.

No Brasil, não tem sido diferente o enfoque da doutrina acerca do problema. Eis o magistério insuperável de KAZUO WATANABE:

"O caput do art. 273 alude à antecipação total ou parcial dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial.

A expressão 'pedido inicial' é abrangente, também, da reconvenção e do pedido formulado em ação dúplice...

Qualquer tipo de provimento poderá ser antecipado, inclusive o condenatório, inclusive para pagamento de quantia certa...

*Mas, em alguns tipos de ação, principalmente nos provimentos **constitutivos e declaratórios**, deverá o juiz, em linha de princípio, limitar-se a antecipar alguns efeitos que correspondam a esses provimentos, e não o próprio provimento. Por exemplo, na ação em que se peça a anulação de uma decisão assemblear de sociedade anônima de aumento de capital, ao invés de antecipar desde logo o provimento constitutivo, deverá ater-se à antecipação de alguns efeitos do provimento postulado, como o exercício do direito de voto correspondente segundo a situação existente antes do aumento de capital objeto da demanda ou a distribuição de dividendos segundo a participação acionária anterior ao aumento de capital impugnado etc. O mesmo se deve dizer em relação à ação declaratória, pois a utilidade da declaratória está, precisamente, na certeza jurídica a*

⁴⁵ ANDRIOLI, *Comento*, p. 260

⁴⁶ MONTESANO, *I provvedimenti*, p. 68-69

⁴⁷ PROTO PISANI, *I provvedimenti...*, p. 393-394

⁴⁸ CERINO CANOVA, *I provvedimenti...*, p. 134, cf. GIOVANNI ARIETA, ob. cit., loc. cit.

ser alcançada com a sentença transitada em julgada. Antes do seu julgamento, porém, a parte poderá ter interesse em obter os efeitos práticos que correspondam à certeza jurídica a ser alcançada com o provimento declaratório. Isto ocorre principalmente em relação àquelas ações declaratórias que tenham repercussões práticas, como a ação declaratória de paternidade em relação aos alimentos, ou que contenha alguma carga constitutiva, como a de desfazimento da eficácia de um ato nulo, ou a sua propriedade de, apesar de nulo, produzir alguns efeitos”⁴⁹.

No mesmo sentido são as lições de CAMPOS BATALHA⁵⁰, SÉRGIO SAHIONE FADEL⁵¹, CÂNDIDO DINAMARCO⁵², NELSON NERY JÚNIOR⁵³, ERNANE FIDELIS DOS SANTOS⁵⁴, LUIZ GUILHERME MARINONI⁵⁵.

Sempre, pois, que do possível acolhimento de uma demanda declaratória ou constitutiva for possível extrair uma pretensão *executiva* ou *mandamental*, haja ou não, cumulação de pedidos, é irrecusável a possibilidade de usar a antecipação de tutela, se presentes, naturalmente, os seus pressupostos legais.

Em suma, merece acolhida o ensinamento de MARINONI, quando conclui que nos casos de sentença declaratória e constitutiva, a tutela antecipatória “*é genuinamente preventiva, ou inibitória, não se confundindo com a cautelar*”. Seu caráter antecipatório está em “*ordenar ao réu não fazer aquilo que somente a sentença final poderá demonstrar ser ilegítimo fazer*”. A tutela não é cautelar, mas antecipatória, porque se refere ao exercício de um direito material que “*ainda será declarado ou constituído*”. Com ela não se está “*assegurando a possibilidade do autor exercer o direito no futuro,*

⁴⁹ KAZUO WATANABE, “Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer”, in **Direito do Consumidor**, v. 19, p. 89-90

⁵⁰ **Cautelares e Liminares**, 3. ed., São Paulo, Ed. LTR, 1996, p. 67/68.

⁵¹ **Antecipação da Tutela no Processo Civil**, Rio de Janeiro, Dialética, 1998, p. 43/47.

⁵² **A Reforma do Código de Processo Civil**, 3. ed., São Paulo, Malheiros, 1996, n° 105, p. 14.

⁵³ **Atualidades sobre Processo Civil**, São Paulo, RT, 1996, p. 73.

⁵⁴ **Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro**, Belo Horizonte, Del Rey, 1996, n° 7, p. 10.

⁵⁵ “A Tutela Antecipatória nas Ações Declaratória e Constitutiva”, in TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, **Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela**, São Paulo, RT, 1997, p. 270.

mas sim viabilizando desde logo ao autor o exercício do direito”. Também é inegavelmente antecipatória, para MARINONI, “a tutela que suspende a eficácia de um ato que se pretende ver anulado ou declarado nulo. Nesse caso impede-se, antecipadamente, que o ato produza efeitos contrários ao autor”. O autor, obtida a antecipação de tutela, “desde logo se vê livre dos efeitos do ato impugnado”⁵⁶.

12. EXECUÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES E ANTECIPATÓRIAS

Para distinguir os critérios da verdadeira execução forçada e da execução das decisões cautelares, os autores italianos costumam atribuir a estas o título de “mera execução processual”, em contraposição à “execução forçada” propriamente dita⁵⁷. E o fazem não apenas por uma questão de capricho terminológico, mas para acentuar a profunda diferença de natureza que há entre as duas figuras.

Ao contrário do que se passa no terreno da jurisdição satisfativa, no âmbito da jurisdição preventiva nem por hipótese se pode pensar numa fase de execução que seja distinta da de cognição. Há uma estrutura visceralmente unitária. O procedimento cautelar, longe de ser um ato de accertamento para constituir o título da sucessiva execução forçada, é ele mesmo “ato de execução forçada, antes que mero ato de criação de alguma especial obrigação cautelar”⁵⁸.

Não é preciso, outrossim, que a lei declare esse caráter unitário do procedimento cautelar. A incindibilidade do aspecto cognitivo e executivo na espécie deriva de uma exigência lógica, pois, sem ela, nenhuma eficácia prática teria a tutela preventiva ou de segurança. A imediata executoriedade, por isso, é inerente à essência das medidas cautelares. Sua função típica jamais seria exercida senão mediante atuação do imediato efeito prático, o qual somente pode ser alcançado, desvencilhando-o do procedimento comum da *actio iudicati*⁵⁹.

⁵⁶ ob. cit. p. 279.

⁵⁷ TOMMASEO, ob. cit., p. 332; DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953, p. 198

⁵⁸ GIOVANNI ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, 2. ed., Padova, CEDAM, 1985, n° 75, p. 313.

⁵⁹ ARIETA, ob. cit., p. 314

O fato de, entre nós, ter prevalecido a orientação de tratar em regimes legais diversos a tutela cautelar (conservativa) e a tutela antecipatória (satisfativa) não elimina o elo natural que existe entre ambas. Tanto numa como noutra, a função processual corresponde ao dever de segurança que a jurisdição não deve deixar de exercer, quando a parte submetida ao monopólio estatal da justiça se vê em risco de sofrer lesão iminente em sua esfera jurídica. Quer nas medidas cautelares típicas, quer nas antecipatórias de tutela de mérito, o que está em jogo é a garantia de efetivo acesso à justiça, que figura entre as garantias fundamentais no Estado Democrático de Direito.

O tratamento normativo das tutelas cautelar e antecipatória em regimes processuais diferentes ou em regime único é apenas uma questão de política legislativa, já que ambas se inspiram em justificativas iguais e procuram resultados similares. Há, mesmo entre os autores nacionais quem classifique “a tutela antecipatória como **modalidade de cautelar**”⁶⁰.

Deixar que um direito subjetivo pereça no aguardo do provimento jurisdicional definitivo é, sem dúvida, negar a tutela jurídica que o Estado garantiu, é vetar, praticamente, ao lesado o acesso à justiça. Daí porque as medidas de antecipação previstas nos arts. 273 e 461 do CPC são, por essência, providências emergenciais, cuja implementação não admite delongas e, por isso mesmo, hão de ser tomadas de plano, em feitiço de liminar, deferível até *inaudita altera parte*, quando a urgência do caso concreto o determinar.

Seu regime executivo não pode ser diferente do das medidas cautelares. Não se submetem, portanto, ao procedimento da *actio iudicati*. Ao juiz que as defere compete ordenar a sua forma de cumprimento.

Vale dizer que, para prevenir o dano, nas antecipações de tutela como nas medidas cautelares típicas, o efeito prático provisório opera de imediato, sem maiores solenidades, e resume-se em dar cumprimento ao mandado judicial expedido logo após a prolação do respectivo decisório.

Até mesmo quando, excepcionalmente, compreenderem imposições de pagamento de somas de dinheiro (como, v.g., nos alimentos provisionais, outros pensionamentos similares, participações em rendas comuns etc.), as medidas antecipatórias, se possível, dispensarão o rito das execuções

⁶⁰ JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada; Tutelas sumárias e de urgência* cit., p. 372.

por quantia certa, e, conforme o caso, poderão ser efetivadas por meio de averbação em folha de pagamento, retenção de receitas, ou bloqueio de somas junto a devedores do responsável pela prestação envolvida na medida antecipatória⁶¹. Como é óbvio, esse tipo de execução deverá ser adotado com muita cautela, porque a provisoriedade da antecipação de tutela impõe ao juiz preservar sempre a reversibilidade da medida, para a hipótese de, afinal, o provimento definitivo não ser favorável à parte que a promoveu (CPC, art. 273, § 2º).

A exigência de caução idônea, aliás, é condicionamento legal ao deferimento de qualquer medida antecipatória que importe levantamento de dinheiro pela parte (CPC, art. 273, § 3º).

13. FUNGIBILIDADE EXTRAORDINÁRIA ENTRE AS MEDIDAS CAUTELARES E AS ANTECIPATÓRIAS

Decerto não se pode negar a diferença essencial, no regime jurídico processual brasileiro, entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória. Cada uma, evidentemente, exerce **função** distinta, como bem dilucida ADROALDO FURTADO FABRÍCIO:

“Ao passo que a função cautelar se exaure na asseguuração do resultado prático de outro pedido, sem solucionar sequer provisoriamente as questões pertinentes ao mérito deste, a antecipação de tutela supõe necessariamente uma tal solução, no sentido de tomada de posição do juiz, ainda que sem compromisso definitivo, relativamente à postulação do autor no que se costuma denominar ‘processo principal’ (no caso, o único existente).”⁶²

No entanto, ambas as tutelas pertencem a um só gênero, o das tutelas de urgência, concebidas para conjurar o perigo de dano pela demora do processo, e, em muitos casos haverá uma certa dificuldade em descobrir, com rigor, a qual das duas espécies pertence a providência que, **in concreto**, se vai adotar para contornar o **periculum in mora**.

⁶¹ LUIZ FUX, ob. cit., § 23, p. 129

⁶² ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, **Breves notas** cit., p. 16

Para ater-se ao rigor técnico classificatório, o juiz pode correr o risco de denegar a tutela de urgência somente por uma questão formal, deixando assim o litigante privado da efetividade do processo, preocupação tão cara à ciência do direito processual contemporâneo. Com efeito, não é nesse rumo que se orienta esse ramo da ciência jurídica, em nosso tempo.

É reiterado o entendimento jurisprudencial de que não é pelo rótulo, mas pelo pedido de tutela formulado, que se deve admitir ou não seu processamento em juízo; assim como é pacífico que não se anula procedimento algum simplesmente por escolha errônea de forma.

Ora, tanto na tutela cautelar como na antecipatória, a parte pede uma providência urgente para fugir das conseqüências indesejáveis do perigo de dano enquanto pende o processo de solução de mérito. E o que distingue o procedimento de um e outro pedido de tutela de urgência é a circunstância formal de que o pedido cautelar deve ser processado à parte do feito principal enquanto o pedido antecipatório se dá dentro do próprio processo de mérito. Formular, portanto, um pedido de natureza antecipatória ou outro de natureza cautelar em desacordo com o procedimento traçado pela lei processual, como, por exemplo, uma medida antecipatória em petição separada, sob o rótulo de medida cautelar atípica, não passa de simples equívoco formal ou procedimental.

A regulamentação separada da tutela antecipatória não veio para o nosso Código com o propósito de restringir a tutela de urgência, mas para ampliá-la, de modo a propiciar aos litigantes em geral a garantia de que nenhum risco de dano grave, seja ao processo seja ao direito material se torne irremediável e, por conseguinte, se transforme em obstáculo ao gozo pleno e eficaz da tutela jurisdicional.

É bom lembrar que no direito comparado sequer se faz distinção entre os dois tipos de tutela provisória e facilmente se admitem no mesmo regime processual, sob o rótulo comum de medidas cautelares, tanto as conservativas como as satisfativas. O mais importante, de fato, é a repressão ao *periculum in mora* e não o rigor classificatório a respeito de suas sub-espécies (embora haja também óbvia relevância na classificação, para evitar os casos de manobras de má-fé na utilização de um procedimento pelo outro).

Daí a lição de ARAKEN DE ASSIS, benemérita de irrestrita adesão, em todas as hipóteses em que não se nota a presença de má-fé ou fraude à lei:

“A toda evidência, o equívoco da parte em pleitear sob forma autônoma providência satisfativa, ou vice-versa, não importa

*inadequação procedimental, nem o reconhecimento do erro, a cessação da medida porventura concedida. E isso, porque existem casos em que a natureza da medida é duvidosa, sugerindo ao órgão judiciário extrema prudência ao aplicar distinções doutrinárias, fundamentalmente corretas, mas desprovidas de efeitos tão rígidos.”*⁶³

É, por exemplo, o que se passa com a sustação de protesto cambiário, que para uns é simples medida cautelar e, para outros, caso típico de antecipação de tutela. Além disso, mesmo estando a parte ciente de que a medida é de natureza satisfativa, pode não ter tempo útil para aforar a causa de mérito e, como o risco de dano ao direito material é imediato, não dispõe de outro caminho senão o de formular o pedido de tutela de urgência pelo rito cautelar.

A melhor doutrina, destarte, é a que, a respeito do problema, recomenda a solução flexibilizante do procedimento cautelar ou antecipatório, e se justifica com o irresponsável argumento de que “questões meramente formais não podem obstar à realização de valores constitucionalmente garantidos”, como é o caso da garantia de efetividade da tutela jurisdicional⁶⁴.

O que não pode deixar de ser observado é o atendimento dos pressupostos justificadores da providência de urgência. Assim, mesmo que veiculado o pedido por via procedimental imprópria, o exame de sua admissibilidade terá de levar em conta não o procedimento eleito mas a natureza mesma da medida. Se, por exemplo, se requereu medida satisfativa dentro do procedimento próprio da ação cautelar atípica, o provimento preventivo somente será deferido se presentes os requisitos do art. 273, e não apenas os do art. 798 do CPC.

A manobra, portanto, de lançar mão do procedimento cautelar para tentar obter antecipação de tutela dentro apenas dos condicionamentos menos rigorosos do art. 798 é expediente que o juiz deverá energeticamente coibir. Estando, todavia, presentes os requisitos do art. 273, seria um contra-senso denegar a medida de urgência apenas porque requerida de forma separada da ação principal⁶⁵.

⁶³ ob. cit., p. 52.

⁶⁴ BEDAQUE, **Tutela cautelar e tutela antecipada** cit., p. 291; ARAKEN DE ASSIS, **Fungibilidade** cit., p. 55-56; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, **Curso de Direito Processual Civil**, 31. ed., v. II, Rio de Janeiro, Forense, 2000, Apêndice IV, n. 14, p. 563.

⁶⁵ ARAKEN DE ASSIS, ob. cit., HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, **Curso** cit., loc.cit.

14. CONCLUSÕES

No estágio atual das garantias constitucionais do processo, exercem as tutelas de urgência relevantíssimo papel tendente a promover a plenitude do **acesso à Justiça** e a assegurar a **efetividade** da tutela jurisdicional contra toda e qualquer lesão ou ameaça a direito subjetivo. Não podem, por isso, ser vistas como simples faculdade que o juiz possa usar ou não, de maneira discricionária.

As liminares, que antes existiam apenas para alguns procedimentos especiais de conhecimento, sofreram generalizações com a reforma do CPC, que instituiu a possibilidade emergencial de antecipar efeitos do futuro julgamento do mérito da causa, em qualquer procedimento (arts. 273 e 461).

A introdução das medidas de antecipação de tutela (medidas **satisfativas**) em nosso sistema processual civil não se deu (diversamente do direito europeu) por meio de ampliação do âmbito da tutela cautelar, pois estas continuaram limitadas, entre nós, aos provimentos **conservativos**. Criou-se uma modalidade distinta de tutela de urgência, sob regime jurídico próprio.

A generalização, porém, da tutela antecipatória não ocorreu mediante adoção apenas de **liminares** em todos os procedimentos cognitivos. As medidas satisfativas provisórias podem ser decretadas em **liminares**, na abertura do processo; mas podem também acontecer em qualquer fase ou estágio da marcha processual anterior à coisa julgada (medidas **incidentais**).

Liminar não é sinônimo de providência **cautelar**; é qualquer medida deliberada logo no início da relação processual e tanto pode ter cunho cautelar como satisfativo.

Medida cautelar (conservativa) e medida antecipatória (satisfativa) são espécies distintas **de um mesmo** gênero - a **tutela de urgência** - porque ambas têm em comum a força de quebrar a seqüência normal do procedimento ordinário, ensejando sumariamente provimentos que, em regra, só seriam cabíveis depois do acerto definitivo do direito da parte. Subordinam-se, todavia, a requisitos e procedimentos distintos e tendem a resultados diversos.

Não se recomenda, todavia, um rigor inflexível na conceituação e delimitação dos dois institutos, sendo de admitir-se a fungibilidade entre as medidas de um e outro, desde que, **in concreto**, se observe a existência dos pressupostos legais da providência de urgência pretendida. As divergências de rito ou forma procedimental não devem impedir a outorga da tutela de urgência realmente necessária. ◆

CONSIDERAÇÕES SOBRE A CUMULAÇÃO DAS GARANTIAS PESSOAIS E REAIS, NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA

Professor da EMERJ. Desembargador TJ/RJ

A ponte que liga a economia ao direito é o crédito.

E o seu pilar de sustentação chama-se garantia do crédito.

Desde os primórdios da civilização, os sistemas jurídicos sempre se preocuparam em criar mecanismos eficientes para assegurar o cumprimento das obrigações.

Na velha Roma, o vínculo obrigacional recaía sobre o próprio corpo do devedor, que pagava com a vida a sua inadimplência.

Mais tarde atenuou-se tal sistema bárbaro, estabelecendo-se que o devedor inadimplente tornar-se-ia escravo do credor, só recuperando a liberdade e a personalidade com o pagamento.

Permanecia, assim, a idéia de que a garantia era representada pela pessoa do devedor.

Só com a Lex Poetelia Papíria, três séculos antes de Cristo, é que o adimplemento das obrigações passou a ser garantido pelo patrimônio do devedor.

O credor inadimplido valer-se-ia dos bens do devedor, expropriando-os, para ressarcir-se do prejuízo que o não pagamento lhe acarretou.

Mais de vinte séculos se passaram, e não se idealizou qualquer outro sistema para reforçar o vínculo.

A experiência comum logo revelou que, muitas vezes, o patrimônio do devedor era insuficiente para assegurar a realização do crédito, já que ele poderia se esvaír ou reduzir-se, até o vencimento.

Daí a idéia de criar outras garantias, que mitigassem os riscos da inadimplência do devedor.

Surgiram as garantias pessoais e reais, até hoje largamente praticadas.

Nas garantias pessoais, entre as quais estão a fiança e o aval, uma terceira pessoa, se compromete, perante o credor, a pagar a obrigação, se não o fizer o devedor.

A fiança é garantia típica das obrigações civis, não se presumindo solidária, enquanto que o aval é característico das obrigações comerciais, dele decorrendo a solidariedade.

As garantias reais são representadas por uma coisa, que pertence ao devedor ou a terceiro, e de cujo valor se serve o credor para ressarcir-se, não se realizando o pagamento.

No sistema atual do direito positivo brasileiro são garantias reais o penhor, a anticrese, a hipoteca e a alienação fiduciária.

Nenhuma delas, infelizmente, assegura o pagamento de maneira integral, afastando, em definitivo, dos ombros dos credores, o risco da inadimplência.

A fiança, por exemplo, oferece sérios inconvenientes, e entre eles podemos elencar, apenas a título enunciativo: a insolvência superveniente do próprio fiador, a sua morte, que extingue a garantia, o benefício de ordem e as diversas hipóteses de exoneração do fiador, que pode se desobrigar, independente de motivo, se a obrigação principal passa a vigor por tempo indeterminado.

Por outro lado, a execução do fiador é também demorada e onerosa, sendo-lhe assegurado, como é óbvio, o direito de se defender, pela via dos embargos.

Por igual, as garantias reais também apresentam deficiências.

Uma delas é a vedação peremptória do pacto comissório, o que impede que o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário, possa incorporar a coisa dada em garantia, diretamente, a seu patrimônio, caso o devedor não lhe pague.

O credor inadimplido terá que excutir o bem, levando-o a leilão ou à praça, para que a execução se proceda de forma menos onerosa para o devedor.

Exige-se, assim, uma longa “via crucis”, com a interposição de embargos, avaliação, publicação de editais de alienação judicial, embargos de arrematação, de terceiros etc, prolongando-se a realização do crédito até por vários anos.

Como se não bastasse, o privilégio da preferência, que se assegura aos credores com garantia real, já não é tão atraente, pois surgiram, com o tempo, outros credores, ainda mais privilegiados, como a Fazenda Pública, a Previdência e os empregados, cujos créditos são pagos prioritariamente.

A alienação fiduciária elimina, é bem verdade, muitos destes inconvenientes, já que a propriedade resolúvel da coisa sobre a qual recai a garantia

é desde logo transferida ao credor, que poderá aliená-la, diretamente, se ocorrer o inadimplemento, e quando consolidada a propriedade em suas mãos, após a busca e apreensão do bem.

Como se vê, o credor fiduciário não sofre a concorrência desigual dos demais credores mais privilegiados, e acima referidos, e o procedimento de alienação da coisa e realização do crédito é muito mais célere e eficaz.

Daí a nítida preferência de que hoje desfruta a alienação fiduciária, principalmente em se tratando de obrigações de maior densidade econômica.

Diante das insuperáveis deficiências que todas as garantias apresentam, permite a lei que sejam elas cumuladas, para reforçar, ainda mais, o vínculo.

Assim é que o credor cauteloso pode exigir, por exemplo, que o devedor lhe ofereça um ou mais fiadores e uma hipoteca, ou um penhor.

Como também poderá se valer da alienação fiduciária em garantia, e de uma fiança, a título complementar.

E assim o fazendo, poderá servir-se de apenas uma delas, ou de ambas, se a primeira se mostrar inútil ou insuficiente.

Poderá também escolher a ordem, executando primeiro o bem dado em garantia, exigindo do fiador o crédito que sobejar, caso a sua alienação se revele insuficiente para pagamento integral.

Também nada impede, e, ao contrário, tudo recomenda, que o credor exija que o fiador assuma a responsabilidade como solidário ao devedor, o que, de imediato, afasta a incidência do benefício de ordem, autorizando o credor a exigir a prestação diretamente do garante.

No sistema de consórcio, este expediente é freqüentemente utilizado.

O consorciado, ao retirar o bem a que alude o contrato, o oferece em garantia fiduciária ao grupo, para assegurar o integral pagamento das parcelas vincendas, até o encerramento de suas atividades.

Mas dele ainda se exige a garantia pessoal, representada pela fiança, prestada em caráter solidário.

Surge, então, uma questão angustiante, que tem agitado a doutrina e causado turbulências pretorianas.

Deixando o consorciado de pagar as parcelas devidas, a administradora, como representante do grupo, promove e obtém a busca e apreensão do bem, consolidando em suas mãos o domínio e promovendo a sua alienação extrajudicial.

Ocorre, entretanto, que, muitas vezes, o preço obtido não é suficiente, para o pagamento integral da dívida, verificando-se um saldo remanescente, para o qual não mais existe garantia real.

Pretende, então, o credor, valer-se da garantia pessoal, assestando a execução, pelo que sobejar do crédito, em face do fiador e devedor solidário.

Uma corrente jurisprudencial vem entendendo que a alienação extrajudicial do bem extingue a garantia fidejussória, nada mais se podendo exigir do fiador, que fica automaticamente exonerado.

Dois argumentos são manejados, com vigor, pelos que sustentam este entendimento.

O primeiro se baseia no fato de se ter executado o bem, o que impede o fiador de sub-rogar-se na garantia real, já que seu objeto não mais existe.

Tendo pago a dívida remanescente, não mais disporia o fiador do bem, para ressarcir-se do que pagou, para exonerar o devedor.

A prioridade dada pelo credor à garantia real implicaria, assim, em renúncia à fidejussória.

O segundo argumento nos remete à dicção do parágrafo 5º do artigo 1º do Decreto-lei 911/69.

Segundo aquele dispositivo, “se o preço da venda da coisa não bastar para pagar o crédito do proprietário fiduciário e despesas, na forma do parágrafo anterior, o devedor continuará pessoalmente obrigado a pagar o saldo devedor apurado”.

A segunda corrente, à qual sempre me filiei, não se deixa seduzir por estes argumentos, que só impressionam à primeira vista.

Desde que se dê expressa ciência ao fiador, de que se procederá a alienação extrajudicial do bem, nada impede que ele efetue o pagamento, caso lhe interesse a sub-rogação.

Poderá ele, portanto, proceder à remição da dívida, como devedor solidário, e sub-rogar-se na garantia real.

O argumento seria válido, forçoso é reconhecer, se a alienação for feita à revelia do fiador, ou seja, sem que dela se lhe dê ciência.

O segundo argumento me parece, em que pese o respeito devido aos que o defendem, ainda mais frágil, decorrendo de uma interpretação literal do texto da lei, que não se coaduna com a sua *ratio essendi*.

Quando o legislador falou em responder o devedor pelo que sobejar, pessoalmente, é óbvio que imaginava a hipótese de não se ter cumulado a garantia real com a fidejussória.

E assim o fez porque poderia parecer aos menos avisados, inclusive para o devedor, que o fato de se ter alienado o bem, extinguiria a obrigação, nada mais se podendo cobrar, ainda que o preço da venda fosse insuficiente.

Portanto, a meu aviso, o que diz a lei é que não sendo eficaz a garantia real, revelando-se insuficiente a alienação do bem, poderá o credor exigir o saldo remanescente, como quirografário.

Mas é claro que havendo no contrato outra garantia, a fidejussória, não poderá o credor ser inibido de se utilizar dela, sendo irrelevante que tenha preferido antes exercer a garantia real, desde que ciente o fiador.

O princípio da boa-fé objetiva, que hoje oxigena todo o mundo dos contratos, não recomenda que se ignore uma garantia, voluntariamente prestada, e sem que tenha sido quitada a dívida.

Por outro lado, em se tratando de contrato bilateral, oneroso, deve ser ele interpretado segundo a verdadeira intenção das partes.

E me parece evidente que a vontade manifestada foi no sentido de se oferecer dupla garantia, de modo a melhor assegurar a realização do crédito, nada se impondo ou dizendo quanto à ordem de precedência, na sua utilização.

Se o contrato prevê dupla garantia, a não ser que se disponha expressamente o contrário, presume-se que o credor pode se valer de qualquer delas, ou de ambas, independente de ordem, não ficando inibido de executar uma, por já ter se exaurido a outra.

E aí sim, voltaríamos ao texto da Lei: se o fiador se mostrar insolvente, ou tiver morrido, esvaindo-se a garantia, e já se tendo alienado o bem, responderá pessoalmente o devedor pelo remanescente.

Adotei, com convicção, tal posicionamento, após conhecer a opinião do Min. Moreira Alves, que defende a mesma tese, com o peso e o prestígio de ser considerado a maior autoridade, no país, em alienação fiduciária em garantia.

No seio do STJ as opiniões divergem, pelo que se deve aguardar um pouco mais, para se uniformizar o entendimento.

Concluindo, poderíamos dizer que o credor deverá dar ciência da alienação ao fiador, antes de efetuar-la, permitindo-lhe o pagamento da dívida, e sendo insuficiente o preço, poderá executar o fiador, pelo remanescente.

Com isto, se estará fortalecendo o crédito, o que contribuirá para a consolidação dos mercados econômicos. ◆

DO CONCURSO DE PREFERÊNCIAS NA EXECUÇÃO

ROGERIO DE OLIVEIRA SOUZA
Juiz de Direito/Rio de Janeiro

O artigo 711 do Código de Processo Civil estabelece que “concorrendo vários credores, o dinheiro ser-lhes-á distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas prelações; não havendo título legal à preferência, receberá em primeiro lugar o credor que promoveu a execução, cabendo aos demais concorrentes direito sobre a importância restante, observada a anterioridade de cada penhora”. O artigo da lei processual civil estabelece diversas normas que deverão ser observadas em caso de um único bem do devedor ser objeto de mais de uma penhora, com o objetivo de ser “distribuído o dinheiro”, produto final do procedimento expropriatório da segunda fase da execução. A ocorrência do incidente é fato comum nos processos de execução, demandando estudo aprofundado e coerente com as demais normas que regem a matéria, farta em discussões doutrinárias e entendimentos jurisprudenciais, de caráter prático imediato, com reflexos na satisfação do direito dos credores de um mesmo devedor.

1. Natureza jurídica. A primeira indagação que se faz é quanto à própria natureza do procedimento do concurso de preferências. A doutrina diverge de maneira atroz¹, devendo o estudioso avançar com cuidado na

¹ Leonardo Grecco, em seu recente **O Processo de Execução**, deixa assinalado que “não é um incidente da execução, mas é o próprio processo de execução em sua fase final, quando houver pluralidade de credores disputando o recebimento do dinheiro apurado” (ob. cit., v. II, p. 434, Renovar, Rio de Janeiro, 2001). Em sentido oposto, Barbosa Moreira esclarece que “para que o órgão judicial possa apurar a ordem em que terão de ser pagos os credores, instaura-se neste ponto da execução um processo incidente de conhecimento, do qual não participa o devedor (concurso de preferências)” (**O Novo Processo Civil Brasileiro**, p. 341, 10. ed., Forense, Rio de Janeiro, 1990). De forma categórica, Araken de Assis arremata: “o concurso de preferências é um mero incidente da execução contra o devedor solvente na fase de pagamento” (**Manual do Processo de Execução**, v. II, p. 465, LeJur, Porto Alegre, 1987). Celso Neves diz que se trata de “processo incidental de conhecimento, que se insere no processo executório, em sua fase final de pagamento” (**Comentários ao Código de Processo Civil**, p. 172, 4. ed., Forense, Rio de Janeiro, 1988).

matéria. De início, deve ser realçado que o procedimento está localizado, topograficamente, na Seção II (“Do Pagamento ao Credor”), do Capítulo IV (“Da Execução por Quantia Certa Contra Devedor Solvente”), do Livro II (“Do Processo de Execução”), do Código de Processo Civil. Acrescente-se que a Seção II se encontra dividida em 4 subseções, situando-se o art. 711 na Subseção II, que trata “da entrega do dinheiro”. Vislumbra-se, de imediato, que toda a disputa entre os credores sobre o produto da arrematação se dá na fase final do processo de execução, isto é, após penhorado (1ª expropriação) e arrematado o bem (2ª expropriação); os embargos do devedor já foram julgados, ao menos, no 1º grau de jurisdição, pelo juiz da execução. O processo teve o seu curso retomado, encontrando-se em sua fase final, isto é, do pagamento aos credores. No entanto, pode ocorrer que, após feita a distribuição do dinheiro, o devedor continue ainda com saldo a pagar ao credor da ação em que se deu o concurso de preferências (e também aos demais). O processo de execução, desta forma, não se extinguirá pelo pagamento parcial feito ao credor que “promoveu a execução”, no caso deste não ter reconhecida sua preferência em relação a outro credor. A esperada “fase final” do processo, então, revelou-se mera expectativa, devendo o feito prosseguir até a satisfação integral do direito do credor. Além disso, a controvérsia que envolve os credores é matéria estranha e desinteressante ao devedor, que não é chamado a intervir, sob qualquer aspecto. Por fim, grande parte da doutrina admite que a decisão que resolve o concurso de preferências tem natureza interlocutória², e não sendo sentença, não põe fim ao processo de execução, que deverá prosseguir até sua ultimação formal, com a prolação de sentença característica (CPC, 795).

O procedimento não se apresenta, portanto, como uma mera “fase final” do processo de execução, mas de verdadeiro incidente que ocorre dentro da fase final, onde os interessados são o próprio credor em cujo processo se verificou a arrematação e os demais credores que vieram ingressar no feito, na condição de litisconsortes, em razão da “afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito” (CPC, 46, IV).

² Leonardo Grecco (ob. cit., p. 437), Vicente Grecco Filho (**Direito Processual Civil Brasileiro**, v. III, p. 90, 9. ed., Saraiva, Rio de Janeiro, 1995) e Alexandre de Freitas Câmara (**Lições de Direito Processual Civil**, v. II, p. 273, 3. ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000), entendem que a decisão é interlocutória; entendendo que é sentença, alinham-se Pontes de Miranda (**Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo X, p. 427, Forense, Rio de Janeiro, 1976), Barbosa Moreira (ob. cit., p. 342), Araken de Assis (ob. cit., p. 478), Celso Neves (**Comentários ao Código de Processo Civil**, v. VII, p. 173, 4. ed., Forense, Rio de Janeiro, 1988).

O incidente será processado dentro dos próprios autos do processo de execução, sem previsão legal ou necessidade de que se formem autos separados, em apenso (CPC, 712).

Apresentando a natureza de incidente processual, o concurso de preferências segue ritos e formas característicos, de maneira mais célere, prazos reduzidos e recursos mais simples. O incidente processual se define como um pedido feito por uma das partes para que o juiz profira decisão sobre uma questão de fato ou de direito que deve ser apreciada antes de proferir decisão final no processo³. A questão, formulada através do incidente processual, não tem relação direta e imediata com o pedido principal, mas é uma etapa necessária e indispensável a ser ultrapassada na fase cognitiva do processo para se alcançar seu desfecho natural, que é a prolação de sentença sobre o mérito. O incidente pode se referir a uma questão de direito material (CPC, 5º e 325) ou simplesmente processual (CPC, 301), a uma questão de fato (CPC, 333) ou a uma questão de direito (CC, 400, relação de parentesco para ser responsabilizado por alimentos). Em suma, o concurso de preferências apresenta uma questão de direito material, de fato e de direito (ordem de preferência e pagamento), que não tem o condão de encerrar, por si, o processo de execução em que figura o devedor, mas tão-somente resolve o direito do credor em receber, preferencialmente, o dinheiro apurado na arrematação; questão incidente na execução, resolvido através do incidente processual do concurso de preferências, prosseguindo o processo até sua extinção.

O pedido formulado por cada um dos credores, litisconsortes no incidente, tem por objeto a satisfação de seu direito de crédito; é processo sumário de conhecimento, de cognição restrita (CPC, 712, final: “direito de preferência e a anterioridade da penhora”), que se desenvolve entre os credores, mas de natureza executiva, isto é, satisfativa, entre cada credor e o devedor comum, posto que haverá pagamento do crédito, muito embora o devedor seja figura “estranha” no embate que se dá entre os credores. A solução do concurso de preferências tem influência direta nas execuções a que o devedor responde perante seus demais credores, eis que o pagamento realizado no processo do credor que “promove a execução” é válido e eficaz em relação ao processo original do credor que veio a participar do

³ Para uma análise mais pormenorizada do estudo das questões, ver o estudo mestre de Laudo Paiva Restiffe, **A Preliminar e Seus Dois Recursos**, Editora RT, São Paulo, 1987.

concurso, podendo o devedor requer sua extinção pelo pagamento (CPC, 794, I).

2. Juízo competente. O incidente poderá ser iniciado em qualquer processo que se encontre em curso, desde que o devedor seja o mesmo e seja o mesmo o bem que se encontra penhorado por mais de um credor, o que limita o seu interesse. A oportunidade para se instaurar o concurso se dá apenas quando ocorre a arrematação do bem e o dinheiro é depositado à disposição do juiz da execução⁴. Desta forma, o juiz competente para resolver o incidente é o juiz que primeiro realizou a arrematação⁵, a ordem de quem deverá ser depositado o dinheiro realizado. A arrematação se ultima com a assinatura do auto de arrematação, quando é considerada “perfeita, acabada e irretratável” (CPC, 694), devendo o dinheiro da arrematação ser depositado “dentro de 3 dias” da assinatura do auto (CPC, 695). Para firmar sua competência, portanto, deve o juiz da execução ter à sua disposição, o produto da arrematação⁶. Na hipótese de ter o bem sido levado à hasta pública, por mais de um juiz, o conflito de competência para o processamento do incidente do concurso de preferências, deverá considerar a data da assinatura do auto como termo final para a fixação da competência (salvo, evidentemente, a hipótese em que o arrematante é remisso e não existe dinheiro depositado)⁷. A simplicidade dos atos a serem proferidos, a maior facilidade de acesso ao dinheiro e o maior controle do juiz sobre os atos de arrematação, indicam que a solução do conflito em favor do juiz arrematante é a melhor.

⁴ “O momento próprio para discutir-se sobre a preferência de crédito, advindo da penhora, é o do art. 711, do CPC, e, não, o do ato de constrição” (Ac. Unân. 2ª Câm. do TJMG, 22.02.83, Agr. 2.704).

⁵ Araken de Assis (ob. cit., p. 475) entende que “ocorre prevenção naquele juízo que primeiro ultimou a penhora ou o arrete do artigo 653 do CPC, ou seja, o juízo do credor preferente. As modificações do estado de fato (superveniência de penhoras) posteriores são rigorosamente irrelevantes”. Leonardo Grecco, ao contrário, entende que “o juiz que apurou o dinheiro mandará intimar os credores concorrentes a manifestarem as suas preferências” (ob. cit. p. 437).

⁶ Conforme assinala Silva Pacheco “é de se supor que a arrematação se dê na execução proposta em primeiro lugar, mas se tal não ocorrer e vier a ser realizada em execução posterior, nesta instaurar-se-á o concurso incidental de preferência que versará unicamente sobre o direito material de preferência (hipoteca, direito real etc.) e o direito legal de preferência pela anterioridade da penhora (arts. 613, 711 e 713)” (cf. **Questões de Direito Imobiliário**, p. 164, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1999).

⁷ Não confundir o conflito de competência com a ocorrência da dupla arrematação, que se dá quando o mesmo bem é arrematado em hastas públicas promovidas por juízos distintos. Para discussão doutrinária da hipótese, ver o excelente estudo de Severiano Ignácio de Aragão em sua **Prática do Processo de Execução** (Idéia Jurídica, Rio de Janeiro, 2001).

3. Legitimidade ativa. Qualquer credor do devedor tem legitimidade para requerer a instauração do concurso de preferências, mesmo que não tenha sido aquele que “promoveu a execução” (CPC, 711, 2ª parte). É de se indagar se o credor que ainda não iniciou sua própria execução pode requerer a instauração do incidente, eis que sequer penhorou o bem sobre o qual se disputarão as preferências. É evidente que somente o credor de obrigação vencida poderá demonstrar interesse no incidente, posto que detentor de título executivo (CPC, 614, I e III). O credor de obrigação garantida por direito real (hipoteca, penhor, anticrese e usufruto), será obrigatoriamente intimado da penhora que tenha recaído sobre o bem que sofre a seqüela (CPC, 615, II), além de ser intimado da realização da hasta pública (CPC, 698), sob pena de ineficácia da alienação em relação ao mesmo (CPC, 619). Estes credores com garantia real não estão obrigados a aguardar o vencimento da obrigação, uma vez que a arrematação extingue a garantia, podendo requerer ou intervir no incidente, por direito próprio ou porque foram devidamente intimados⁸.

Não é, pois, qualquer credor do devedor que será admitido no incidente, mas apenas aqueles com execução pendente e que tenham logrado penhorar o mesmo bem; todos os demais, ou seja, aqueles que sequer propuseram sua ação ou que, mesmo tendo-o feito, não efetivaram a penhora sobre o bem que foi arrematado, não têm interesse no incidente, uma vez que sua solução em nada alterará suas relações para com o devedor^{9 e 10}. O credor inerte, no entanto, se verificar que o bem arrematado era o único bem disponível pelo devedor para satisfazer sua obrigação, poderá requerer seja

⁸ Leonardo Grecco (ob. cit., p. 435), observa que “salvo o credor hipotecário e o pignoratício, que intervêm por iniciativa própria ou porque intimados da penhora ou da arrematação, independentemente de ajuizada a sua ação própria de execução, os demais, ainda que credores com título de preferência, somente podem intervir na fase de pagamento da execução individual se tiverem igualmente movido contra o devedor execuções em que tenham sido penhorados os mesmos bens”. A questão não tem natureza apenas processual, mas tem assento no próprio direito material, onde a garantia real da obrigação normalmente será extinta com a arrematação, transferindo-se (sub-rogando-se) em seu produto.

⁹ “Os arts. 711 e 713 do CPC, sobre privilégio ou preferências do pagamento do débito, com dinheiro apurado em leilão, pressupõem penhora anterior sobre o bem leiloado, falecendo ao requerente que não demonstra tal pressuposto, aptidão processual para disputar a satisfação do crédito que alega possuir, contra o executado” (Ac. Unân. 5ª TFR, 24.11.82, Apel. 78.317-SC).

¹⁰ “Não tem legitimidade para a instauração do concurso de credores o simples portador de crédito representado por nota promissória protestada, mas não submetida a execução, porque o concurso compreende somente aqueles que tenham efetivado penhora sobre o mesmo bem objeto da constrição judicial” (Ac. Unân. 2ª Câmara do TJMG, 02.09.83, Agr. 3.522).

o mesmo declarado insolvente (CPC, 748), posto que, na hipótese, o concurso de preferências se mostrará incapaz de satisfazer a massa de credores.

3A. LEGITIMIDADE DO CONDOMÍNIO. Questão recorrente nos Tribunais e de grande dificuldade prática é aquela que se apresenta quando o imóvel penhorado pertence a devedor que se encontra inadimplente quanto às suas obrigações para com o condomínio da qual ele faz parte. Pode o condomínio requerer seja aberto o concurso de preferências, ou, em caso de já ter o mesmo sido requerido por outro credor, requerer sua habilitação no concurso, quando ainda não propôs sua ação perante o condômino remisso? A entidade condominial pretende obter o reconhecimento de privilégio especial, decorrente da norma prevista no parágrafo único do art. 4º da Lei 4.591, de 16.12.64, segundo a qual “a alienação ou transferência de direitos de que trata este artigo dependerá de prova de quitação das obrigações do alienante para com o respectivo condomínio”, no entendimento de que a obrigação do condômino referente ao pagamento das cotas condominiais deriva de sua qualidade de proprietário condominial, sendo imanente à própria relação do condômino com os demais, na manutenção da coisa comum; a obrigação seria “própria da coisa”, isto é, *propter rem*; logo, aquele que, de qualquer forma, se estabelecesse na comunidade condominial, pela aquisição da unidade, seria responsável pelos débitos eventualmente existentes, que tenham como origem a situação condominial da coisa. Tal entendimento visa à preservação da própria vida condominial, sob pena de repousarem sobre os poucos diligentes, a incúria da maioria remissa dos demais condôminos.

No caso do concurso de preferências, os ônus incidentes sobre o imóvel devem constar do edital de arrematação (CPC, 685, V) e entre estes se incluem, evidentemente, os débitos condominiais. O leiloeiro tem a obrigação legal de investigar sobre a existência destes débitos, ao publicar o edital (CPC, 705, I), devendo obter certidão do condomínio sobre a situação da unidade. O arrematante, ao arrematar o imóvel, terá ciência, assim, de que também estará assumindo os débitos deixados pelo condômino remisso. Uma dupla hipótese pode ocorrer: ou o condomínio já se encontra com ação movida em face do condômino, ou não. No 1º caso, já pode se encontrar em execução, ou não; havendo título executivo (judicial), o arrematante se encontra unido à coisa julgada, eis que o débito é proveniente da situação jurídica que deriva da propriedade condominial, alcançando aquele que se qualificar para tanto. Nesta hipótese, o condomínio poderá habilitar o seu crédito perante o juízo da execução, inclusive requerendo seja instaurado o

concurso. Não tem, no entanto, preferência sobre o credor que “promoveu a execução”, podendo pleitear, apenas a anterioridade da penhora que tenha, por ventura, realizado sobre o imóvel condominial. O crédito do condomínio não tem natureza privilegiada, devendo o condomínio primar pela penhora anterior. Satisfeito o credor privilegiado, o condomínio disputará com o credor exeqüente segundo a anterioridade de sua penhora; não tendo procedido à penhora, a satisfação de seu crédito dependerá, evidentemente, da existência de sobra. O devedor, condômino remisso, não poderá pleitear o levantamento do saldo antes de ser pago o condomínio. Não logrando pagar-se, em qualquer valor, o condomínio prosseguirá sua execução em face do arrematante, servindo o imóvel como objeto de nova penhora, já no patrimônio do novo condômino.

Não havendo título executivo a favor do condomínio (seja porque a ação movida em face do condômino ainda não chegou a bom termo, seja porque sequer existe ação em curso), o arrematante assumirá a responsabilidade do crédito reclamado, sem, no entanto, estar unguído aos limites da coisa julgada, substituindo o antigo condômino na ação em curso (CPC, 42) ou sendo réu, em nome próprio, em ação que o condomínio venha a propor para haver o débito anterior à arrematação. O arrematante poderá regressar a juízo, em ação própria em face do condômino anterior, para ser ressarcido de tudo quanto pagou, até a data da assinatura do auto de arrematação (ou da imissão na posse do imóvel, segundo outros doutrinadores). A arrematação apenas transfere a responsabilidade do débito anterior para o arrematante; permanece íntegro, porém, o direito de se perquirir sobre o mesmo, em caso de não haver coisa julgada.

Em suma: o condomínio não precisa penhorar o imóvel do condômino remisso para requerer ou se habilitar no concurso de preferências; não dispõe, no entanto, de qualquer privilégio geral ou especial que qualifique o seu crédito; disputará o saldo da arrematação com os demais credores quirografários apenas segundo a anterioridade da penhora que tenha realizado; não havendo penhora, precederá ao próprio devedor quanto ao levantamento do saldo, extinguindo a execução movida em face do mesmo até o valor recebido, prosseguindo, quanto ao restante, em face do arrematante, novel condômino.

4. Legitimidade passiva. Todos os demais credores, inclusive aquele que promoveu a execução, são legitimados a figurar no pólo passivo do

incidente processual do concurso de preferências. Existe um feixe intrincado de relações processuais, posto que cada credor tem legitimidade para discutir “sobre o direito de preferência e a anterioridade de penhora” (CPC, 712), em relação a cada um dos demais credores habilitados. Não existe citação (CPC, 213) de cada credor pelos demais, mas simples intimação (CPC, 234) para que cada um se manifeste sobre o pedido (de preferência ou de anterioridade) dos demais. A relação processual, dentro do incidente, se estabelece pela simples intimação.

No caso de credor com garantia real (anticrético, hipotecário, pignoratício ou usufrutuário), cabe ao credor da execução, quando do pedido inicial, requerer sejam os mesmos intimados (CPC, 615, II). Quanto aos demais credores (com privilégio geral ou especial e os quirografários), terão conhecimento da execução através da realização da penhora sobre o mesmo bem. Logo, não havendo penhora, não havia antes execução, não tendo o credor inerte legitimidade para ingressar no concurso de preferências. *Ius non succurrit dormientibus*, protegendo apenas o credor diligente¹¹.

Indaga-se se o devedor é parte passiva dentro do concurso de preferências. É evidente que a ele pouco interessa a ordem de pagamento aos credores, isto é, se o credor A será pago antes do credor B; mas, interessa saber que o credor A, que está sendo pago, se é efetivamente devido e no valor exatamente devido, ou seja, diz respeito ao devedor comum conhecer sobre a existência do crédito e sobre o seu valor. A dicção normativa do artigo 712 do Código de Processo Civil apresenta obstáculo considerável a ser vencido, uma vez que estabelece que a disputa entre os credores versará unicamente sobre as respectivas preferências e anterioridades, deixando entrever a falta de interesse do devedor. No entanto, parte do suposto de que os créditos perseguidos se encontram expungidos de qualquer dúvida quanto à sua existência (certeza e liquidez) e valor. Registre-se logo que a oportunidade para o devedor se manifestar em cada execução se dá com a realização da penhora (pressuposto objetivo do concurso); logo, se o devedor comum já opôs seus embargos perante o Juiz onde se processa a execução do credor

¹¹ Leonardo Grecco arremata que ao concurso de preferências concorrem “quaisquer outros credores com execuções pendentes contra o mesmo devedor, que nelas tenham penhorados os mesmos bens” (ob. cit., p. 434), salientando, assim, a contemporaneidade de execuções como pressuposto subjetivo específico para se verificar a legitimidade do credor ingressar no concurso, além do pressuposto objetivo de a penhora recair sobre o mesmo bem. A seu turno, Vicente Grecco Filho esclarece que “sem penhora, não se pode ingressar no processo de execução alheio” (ob. cit., p. 90).

habilitante, é evidente que o Juiz do concurso não poderá se pronunciar sobre o pleito, eis que se encontra diante da ocorrência de litispendência (CPC, 301, §§ 1º, 2º); pode ocorrer, no entanto, que o devedor não tenha oposto os embargos ou tenham os mesmos sido rejeitados. Havendo coisa julgada (CPC, 300, § 3º), a discussão está encerrada; encontrando-se em curso a apelação interposta da sentença que julgou os embargos, não pode o Juiz do concurso se manifestar, face à litispendência já referida (que se estende até o trânsito em julgado da decisão). De qualquer forma, o Juiz do concurso não tem competência (funcional) para apreciar demanda entre o devedor e qualquer credor habilitante, devendo esta ser dirimida pelo juiz de cada execução¹².

Nos casos citados, o devedor deverá dirigir simples petição ao juiz do concurso de preferências, informando-o sobre o estado em que se encontra cada execução, onde será decidido sobre o direito ao pagamento em si (objeto dos embargos), e não sobre a ordem do pagamento (objeto do concurso). Não pode o devedor pretender substituir o oferecimento de seus embargos perante o juiz de cada execução, pela manifestação obstativa no procedimento do concurso de preferências¹³. O devedor, assim, não é “réu” no concurso, mas simples interessado. Ao liberar os mandados de pagamento, o Juiz do concurso deverá ser diligente o suficiente para averiguar quanto à existência de saldo, que ficará aguardando a solução dos embargos oferecidos perante o juiz de cada execução, de molde a que o credor que tenha reconhecido sua preferência ou penhora prévia, não seja prejudicado pelo andamento menos célere do outro processo.

5. A relação processual entre os credores. Conforme assinalado acima, existe verdadeiro litisconsórcio entre os credores que ingressam no concurso de preferências. O fundamento legal é a existência de “afinidade de questões por um ponto comum de fato [e] de direito” (CPC, 46, IV), uma

¹² “O concurso de preferências, ao diverso do concurso de credores, não impõe a reunião de ações executivas ajuizadas contra o mesmo devedor. O pagamento do credor preferente, entretanto, fica na dependência de que a execução singular por ele movida atinja a fase da entrega do produto” (Ac. Unân., 1ª Câmara do TAPR, 13.09.83, Agr. 181/83).

¹³ Mais uma vez, leciona Leonardo Grecco que “o devedor não poderá impugnar a existência ou o valor de qualquer crédito que seja objeto de outra execução, cujo juízo terá resolvido ou deverá ser provocado para que resolva essas questões” (ob. cit., p. 440/441). Celso Neves esclarece que “o executado é estranho a essa lide eventual, mantendo a sua posição nos processos executórios contra ele instaurados, originariamente, pelos seus credores. Todavia, poderá assumir a posição de assistente, nos termos e para os fins do disposto nos artigos 50 e seguintes” (ob. cit., p. 173).

vez que as penhoras incidentes sobre o mesmo bem (pressuposto objetivo do concurso) e a disputa sobre as preferências e anterioridades, significam a afinidade da questão de direito e de fato, respectivamente, que unem os credores no mesmo processo. O litisconsórcio é formado apenas para o procedimento incidente do concurso de preferências e não para o processo de execução originário (entre o credor onde se deu a arrematação e o devedor comum). Os credores com garantia real e que são intimados pelo credor, desde o início da execução (CPC, 615, II) não têm interesse e legitimidade para intervir no processo de execução individual, nascendo suas pretensões apenas quando instaurado o procedimento do concurso. Cada credor será considerado como “réu” em relação a todos os demais e assim, respectivamente, uma vez que a pretensão de cada qual é excludente (quanto à ordem de pagamento) da dos outros.

O litisconsórcio formado pelo concurso de preferências tem natureza facultativa (em relação aos credores) e unitária (em relação à decisão sobre a ordem de pagamento). O ingresso do credor no concurso se apresenta como mera faculdade, objetivando maior comodidade e celeridade na realização de seu crédito, posto que a arrematação do bem que sofreu mais de uma penhora, não prejudica em nada o seu direito de crédito¹⁴. É evidente que a satisfação do credor somente poderá ser obtida com o pagamento a ser feito pelo juízo que realizou a hasta pública e não mais pelo juiz da execução originária e, para tanto, deverá o credor interessado habilitar-se no concurso; no entanto, os credores que penhoraram o mesmo bem do devedor comum não estão obrigados a participar do concurso de preferências, podendo optar, ao seu inteiro juízo de conveniência e oportunidade, em desistir da penhora já feita e procurar outro bem no patrimônio do devedor, sem qualquer risco ao seu direito de crédito, resolvendo-se eventuais questões apenas em relação ao bem penhorado. A seu turno, a decisão proferida no concurso tem natureza cogente para todos os credores habilitados, no que diz respeito à ordem de

¹⁴ Cândido Rangel Dinamarco ilumina o assunto ao esclarecer que “o único critério legítimo, resultando da interpretação sistemática dos textos sem desconsiderar a *ratio* da necessariedade, é o que reside nesta máxima: o litisconsórcio será necessário, quando sem a presença de todos os co-legitimados o provimento não puder produzir os efeitos que lhe são próprios” (**Litisconsórcio**, p. 184, 3ª ed., 1994, Malheiros, São Paulo). Não é o caso que se verifica no concurso de preferências: o credor que não ingressar no incidente, não fica inibido de procurar a satisfação de seu crédito em outro bem do devedor ou, havendo sobra, requerer o pagamento, seja diretamente ao juiz do concurso, seja ao juiz de sua própria execução. A decisão proferida no concurso não tem qualquer efeito em relação ao seu direito de crédito; apenas posterga, para momento futuro ou para outro bem, o pagamento.

pagamento, ou seja, vale para todos (litisconsórcio unitário)¹⁵ e ¹⁶.

Aplica-se o disposto nos artigos 48 e 49 do Código de Processo Civil, devendo cada credor ser considerado como “litigante distinto” em relação ao outro, cabendo a cada um “promover o andamento do processo”. A pretensão de cada credor se volta contra todos os demais, posto pretender cada um ser pago em primeiro lugar, procurando prevalecer sua preferência ou sua anterioridade de penhora. O interesse em se situar “na frente” da fila de pagamento deriva do fato de que o produto da arrematação não seja suficiente para realizar o pagamento de todos os créditos dos credores habilitados no concurso; em se verificando a insuficiência, o credor insatisfeito deverá proceder à nova penhora em outro bem do devedor, a fim de ser pago em sua totalidade ou pelo saldo devedor. A disputa entre os credores se revela acirrada, a fim de não restar excluído do acesso ao dinheiro.

6. O procedimento do incidente. O incidente do concurso de preferências tem início por provocação do credor, não podendo o juiz, de ofício, instaurar o procedimento. O artigo 712 do Código de Processo Civil estabelece que “os credores formularão as suas pretensões”, indicando a natureza dispositiva do incidente¹⁷, corroborando o entendimento de que o litisconsórcio que vier a se formar é facultativo. Não existe regra jurídica que imponha ao credor com garantia real ou aos demais credores, que tenham submetido o mesmo bem do devedor à penhora, que venham a disputar a ordem de pagamento do dinheiro, produto da arrematação. É evidente que o credor com garantia real¹⁸ tem o ônus de manifestar a sua preferência (CPC, 698), a fim de exercitá-la sobre o dinheiro depositado; não o fazendo, embora

¹⁵ A questão referente à formação de coisa julgada será analisada mais adiante.

¹⁶ Cândido Dinamarco (ob. cit., p. 133) arremata que “consiste a unitariedade do litisconsórcio na indispensabilidade do julgamento uniforme do mérito para todos os litisconsortes. Pressuposto que em dado processo se tenha já formado um litisconsórcio, estando na relação processual dois ou mais autores ou réus, se esse litisconsórcio for unitário não poderá cada um daqueles ou destes ter sorte diferente da dos demais, quando o mérito for julgado”. A decisão proferida no incidente estabelece as preferências e a anterioridade para o pagamento dos credores habilitados, de forma a valer para todos os participantes da disputa.

¹⁷ Araken de Assis (ob. cit., p. 477) em apertada síntese, diz que “a acessão pode ser solicitada por qualquer credor, mas não pelo juiz, que não procederá de ofício na execução”.

¹⁸ Para maior profundidade do estudo das relações entre o credor com garantia real, especialmente o credor hipotecário, e o concurso de preferências, ver Rogério de Oliveira Souza, **O Credor Hipotecário e o Concurso de Preferências**.

regularmente intimado, seu crédito perde a garantia real, transformando-se em quirografário¹⁹.

A ocorrência futura do concurso de preferências pode ser antecipada previamente pelo credor que promove a execução, uma vez que é obrigado a intimar “o credor pignoratício, hipotecário, anticrético, ou usufrutuário, quando a penhora recair sobre bens gravados de penhor, hipoteca, anticrese ou usufruto” (CPC, 615, II). Deixando de intimar estes credores com garantia real (e não apenas de requerer suas intimações), a hasta pública será “ineficaz” em relação aos mesmos (CPC, 619), permanecendo íntegro o direito de seqüela (embora sem exercer o seu direito de preferência, posto não devidamente intimado para a execução ou arrematação). Além destes credores, aqueles outros que já tenham penhorado o mesmo bem do devedor, deverão ficar atentos para o desenrolar do processo de execução dos demais credores, com vista a requerer a instauração do incidente tão logo a hasta pública tenha terminado, com o depósito do dinheiro à disposição do juízo competente. Não existe nenhuma obrigação do credor que promove a execução de proceder à intimação dos demais credores quirografários pelo simples fato de terem penhorado o mesmo bem; a obrigação legal se restringe aos credores com garantia real. Deixando o credor quirografário de se habilitar ou de requerer a instauração do concurso de preferências, o credor que “promoveu a execução” receberá o pagamento integral de seu crédito (respeitando-se o pagamento do credor com garantia real), sem dever se preocupar em trazer ao processo os demais credores penhorantes. É elucidativa a dicção normativa do artigo 711 do Código de Processo

¹⁹ Washington Monteiro de Barros, em lúcida passagem, assevera que “se o credor hipotecário, apesar de notificado da venda judicial, não comparece para dizer de seu direito, válida será a arrematação feita em execução promovida por credor quirografário, que assim produzirá a extinção da hipoteca. De modo idêntico, a arrematação levada a efeito pelo primeiro credor hipotecário extingue a garantia do segundo, cujo crédito se transforma em quirografário” (cf. **Curso de Direito Civil**, p. 437/438, 3º v., 22ª ed., 1983, Saraiva, Rio de Janeiro). Caio Mário em suas **Instituições de Direito Civil**, ressalva que “citado o credor hipotecário para a arrematação promovida por outro credor, o seu comparecimento para exercer o direito de preferência tem o condão de validar a arrematação, como se se tratasse de executivo hipotecário por ele mesmo intentado” (ob. cit., p. 265, v. IV, 15ª ed., 2001, Forense, Rio de Janeiro). Com entendimento diverso, diz Silvio Rodrigues que “a arrematação a que se refere o texto é a que tiver lugar no executivo hipotecário” (cf. **Direito Civil – Direito das Coisas**, v. 5, p. 403, 20ª ed., 1993, Saraiva, Rio de Janeiro). A primeira corrente doutrinária melhor favorece a circulação de bens e riquezas em sociedade, uma vez que faz cessar a restrição hipotecária que pesava sobre o bem e, ao mesmo tempo, não premia o comportamento desidioso ou inerte do credor hipotecário que não se manifestou, embora regularmente intimado.

Civil, segundo a qual “concorrendo vários credores” e não “ocorrendo”, o que sublinha a natureza dispositiva do incidente (em apoio à tese do litisconsórcio facultativo). O concurso depende da vontade do interessado e do interesse de cada credor; mantendo-se omissivo ou inerte, não cabe ao credor que “promoveu a execução” ir procurar todos os demais credores penhorantes para, em disputa sobre o produto da arrematação, submeter-se à ordem de pagamento.

Ao dar início à sua própria execução, o credor somente tem ciência da existência dos demais credores comuns do devedor, quando realiza a penhora. Com o registro da penhora, passa a conhecer sobre a existência “de ônus, recurso ou causa pendente sobre os bens a serem arrematados” (CPC, 686, V), uma vez que o parágrafo 4º do artigo 659 do Código de Processo Civil estabelece que “a penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, e inscrição no respectivo registro”²⁰.

A intervenção de cada credor se faz através da “formulação de suas pretensões”, em petição simples dirigida ao juiz do concurso, onde apresentará as razões que fundamentam seu direito de preferência ou a primazia de sua penhora, com requerimento para a produção das “provas que irá produzir em audiência”. Não é necessário que o credor observe os rigores do art. 282 da Código de Processo Civil na confecção da petição de habilitação, bastando informar sobre a existência de seu crédito e do direito que entende ter quanto ao pagamento preferencial. A prova das alegações se fará, na maioria dos casos, através de documentos, podendo a prova oral (testemunhas e depoimento pessoal do devedor), suprir, eventualmente,

²⁰ A obrigatoriedade do registro da penhora foi estabelecida com a Lei nº 8.953, de 13.12.1994. Segundo Leonardo Grecco “visa apenas a dar publicidade à apreensão judicial, prevenindo terceiros do risco da aquisição do bem penhorado, mas não integra substancialmente a própria penhora, que se concretiza com a apreensão e se complementa com o depósito (CPC, art. 664)” (cf. ob. cit., p. 308). De modo diverso, entende Alexandre Freitas Câmara que “a vontade da lei, manifestada no § 4º do art. 659 do CPC é, claramente, a de pôr o registro como ato constitutivo da penhora. Afirma o referido dispositivo legal que a penhora de imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora e “inscrição” (*rectius*: registro). A conjunção aditiva “e”, constante do texto da lei, mostra a clara intenção de considerar que só há penhora aperfeiçoada após o registro” (ob. cit., p. 259). Entendemos que a razão finalística e sistemática se encontra com a segunda corrente doutrinária, que preza a publicidade dos atos processuais, com o escopo de proporcionar maior garantia às transações jurídicas, uma vez que o sistema registral visa a dar publicidade aos atos de domínio e suas alterações. Seguindo este raciocínio, entendemos que a penhora de bens móveis, quando possível, também deve ser averbada perante os órgãos competentes, como por exemplo, a penhora de veículo, nos departamentos de trânsito, a penhora sobre o uso de linha telefônica, nas empresas correspondentes, a penhora sobre navio, na capitania onde o mesmo tiver sua matrícula, e assim por diante. A “inscrição” da penhora hoje, após a alteração legislativa, é ato constitutivo da constrição judicial.

alguma necessidade do credor. A atenção do credor deverá estar voltada para o que dispõem os artigos 1.566 e 1.569 do Código Civil, que tratam, respectivamente, dos créditos com privilégio especial e geral. O extenso rol de privilégios, previsto no Código Civil, não prejudicam os créditos privilegiados trabalhistas, previdenciários e tributários, previstos em leis especiais²¹. A realização de audiência de instrução e julgamento apenas se fará necessária se for imprescindível para que algum ou alguns dos credores façam a prova de suas alegações através do depoimento pessoal do outro ou pela oitiva de testemunhas.

É imprescindível que cada credor se manifeste exatamente sobre a pretensão de preferência que o outro apresenta no concurso, a fim de garantir o princípio do contraditório. Desta forma, deverá o Juiz do concurso abrir prazo comum, em cartório, para que todos os credores tenham acesso às petições e documentos juntos por cada um dos demais. Não existe a previsão de prazo legal para tal manifestação, devendo o Juiz ser prudente quanto à sua extensão, considerando o número de credores habilitantes e a quantidade de documentos produzidos. O importante é que o prazo seja comum, com curso cartorário, ou seja, devendo os autos permanecerem à disposição de todos os credores para consulta. Neste prazo comum, o devedor também poderá se manifestar, dentro dos limites permitidos.

É importante salientar que o concurso de preferências tem início apenas com o término da arrematação, quando o dinheiro se encontra à disposição do Juiz da arrematação. O credor interessado, ciente de que a arrematação alcançou o seu desfecho, provocará o Juiz, a fim de ver reconhecido o seu direito preferencial. Este prazo tem como termo inicial a data da assinatura do auto de arrematação quando a mesma “considerar-se-á perfeita, acabada e irretratável” (CPC, 694), e, à míngua de norma legal,

²¹ Leonardo Greco (ob. cit., p. 434), fazendo referência a Araken de Assis (ob. cit., p. 600), que, por sua vez, assenta-se em José da Silva Pacheco (**Tratado das Execuções**, v. II, p. 542), estabelece a ordem de preferências a ser observada pelo juiz: “a) créditos trabalhistas (Código Tributário Nacional, art. 186); b) pessoas jurídicas de direito público titulares de crédito fiscal, nesta seqüência: b1) União, b2) Estados e DF conjuntamente e *pro rata*, b3) Municípios, conjuntamente e *pro rata* (CTN, mesmo artigo); c) direitos reais de garantia (Código Civil, art. 1.560); d) créditos com privilégio especial (arts. 1.560 e 1.566): custas, despesas de salvamento, benfeitorias necessárias e úteis; materiais, dinheiro ou serviços usados em obras, sementes e serviços sobre os frutos agrícolas; e) créditos com garantia geral (arts. 1.560 e 1.569), como funeral doença e alimentos; f) credores quirografários”, prevalecendo, entre estes, aquele que penhorou em primeiro lugar (“princípio da prioridade da penhora”).

deve ser considerado como sendo de 5 (cinco) dias, conforme dispõe a regra geral do art. 185 do Código de Processo Civil²². Este prazo é válido tanto para os credores com garantia real quanto para os quirográficos, valendo o silêncio como desistência do interessado de que seja instaurado o concurso. Neste caso, “o juiz autorizará que o credor levante, até a satisfação integral de seu crédito, o dinheiro depositado para segurar o juízo ou o produto dos bens alienados” (CPC, 709, *caput*). A execução que se apresentava como tendente a produzir o concurso de credores se revela, a final, em razão da inércia do credor interessado, como execução de credor singular. Considerando a natureza dispositiva do incidente, que apenas será formado por provocação do interessado, a norma restritiva prevista no inciso II do art. 709 do Código de Processo Civil, que impede o juiz de autorizar o pagamento ao credor que “promoveu a execução” quando “houver sobre os bens alienados qualquer outro privilégio ou preferência, instituído anteriormente à penhora”, não fará sentir seus efeitos, à míngua de manifestação do credor interessado, que deixou escoar o prazo para informar ao juiz da arrematação a preferência de seu direito.

Pode ocorrer a hipótese em que o pagamento de um credor esteja a depender, ainda, do julgamento definitivo dos embargos opostos pelo devedor, na ação individual que outro credor tenha movido. Não há impedimento legal a que o juiz organize a ordem de preferência na qual o credor deverá figurar; no entanto, o credor imediatamente seguinte não poderá receber o seu crédito, mesmo que já se encontre definitivamente acertado. Neste caso, a fim de não haver prejuízo a qualquer credor, evitando o transcurso de tempo considerável até o julgamento definitivo dos embargos, nada impede que o credor interessado em receber o seu crédito ofereça caução ao credor anterior, de molde a garantir sua satisfação, quando o seu crédito restar definitivamente assentado.

A razão de ser do concurso de preferências é garantir o pagamento integral dos vários credores que penhoraram o mesmo bem do devedor; supõe-se que o valor da arrematação será suficiente para a satisfação dos respectivos créditos; em caso diverso, o credor satisfeito parcialmente, poderá prosseguir em sua execução individual, através da realização de nova penhora em outro bem do patrimônio do devedor. É de se supor, ainda, que o

²² “Inadmissível é o pedido de preferência formulado após expedida a carta de arrematação, quando já entregue o bem ao arrematante e satisfeito o crédito do exequente” (Ac. Unân. 4ª Câm, 1º TACivSP, 18.05.83, Apel. 302.126).

devedor comum seja solvente, pois, em caso contrário, deverá ser requerida e declarada a sua insolvência, nos termos previstos no art. 748 do Código de Processo Civil, segundo o qual “dá-se a insolvência toda vez que as dívidas excederem a importância dos bens do devedor”. A garantia de que o produto da arrematação será distribuído segundo a ordem de preferências ajustada pelo juiz, é o fato de que o credor preferencial receberá o seu mandado de pagamento em primeiro lugar e assim sucessivamente. É evidente que deverá haver saldo a ser pago ao credor que comparecer para o recebimento de seu crédito. A fim de garantir a eficácia do concurso, deve o juiz ser diligente no sentido de somente determinar a expedição do mandado ao credor seguinte, quando for confirmado o pagamento do credor antecedente; e assim, sucessivamente, até serem pagos todos os credores habilitados ou esgotarem-se os recursos disponíveis. Desaconselhável que o juiz faça expedir todos os mandados em favor de todo o grupo de credores em um único momento, eis que possível a infringência da ordem estabelecida no concurso, bastando que o credor mais afoito se dirija imediatamente ao banco e receba o seu crédito, em desrespeito à decisão judicial do concurso. Outra providência é que se estabeleça que os mandados serão pagos apenas na ordem numeral crescente pré-determinada de acordo com a solução do concurso, evitando que o “mandado 3” seja pago antes do “mandado 2”. A medida profilática é dirigida à instituição bancária depositária, o que não impedirá equívocos.

7. A decisão do incidente. Recurso. Preclusão. Conforme salientado na nota de número 2, a doutrina muito diverge sobre a natureza da decisão judicial que resolve o incidente do concurso de preferências, indicando uns que se trata, efetivamente, de decisão interlocutória, ao passo que outros, presos aos ditames do texto escrito de lei, sustentam ser sentença. O art. 713 do Código de Processo Civil diz que “findo o debate, o juiz proferirá a sentença”. O dispositivo legal dá ensanchas a diversas decisões contraditórias, inclusive no que pertine ao recurso cabível, em caso de insatisfação de um ou mais credores sobre o resultado final da classificação de seu crédito²³.

²³ “No julgamento de concurso particular de preferência de credores, por ser solução de um incidente do processo executivo, que não põe fim necessariamente ao processo, o juiz profere uma decisão interlocutória – art. 162, parágrafo 2º, do CPC. Acolhe-se, no entanto, o recurso de apelação interposto em face da controvérsia doutrinária provocada pelo próprio Código – cf. art. 713 do mesmo diploma legal” (Ac. Unân., 2ª Câmara. TAPR, 04.06.80, ApeL. 592).

Considerando que o concurso de preferências tem a natureza de simples incidente processual ocorrido na fase final do processo de execução, é de se considerar que o legislador “disse mais do que queria”, ao classificar a decisão sobre o concurso como sentença, com todos os rigores previstos no art. 458, do Código de Processo Civil, com relatório, fundamentação e dispositivo, quando sequer exigiu os rigores do art. 282 do mesmo código, para que os credores habilitantes formulassem as suas “pretensões”. E assim foi porque a matéria é de simplicidade quase que extrema, assentada, em sua grande parte, em prova documental e na própria legislação de natureza material. A cognição do juiz se faz de forma quase que imediata, não demandando grandes indagações de ordem probatória ou jurídica. Além do mais, por se tratar de incidente ocorrido em processo de execução singular, a ação de execução originária terá o seu curso até o julgamento final, nos termos do art. 795 do Código de Processo Civil, merecendo, neste momento, a prolação de sentença. A seu turno, o entendimento doutrinário de que a decisão é sentença, acarretaria o recebimento do recurso de apelação em seu duplo efeito, com a devolução de todo o processo de execução para o tribunal *ad quem*, com prejuízo evidente de tempo e dinheiro para todos os credores envolvidos, especialmente para o credor que promoveu a execução, que não poderia prosseguir na satisfação de seu direito, caso tivesse sido classificado em último lugar no concurso e já ciente de que o produto da arrematação seria insuficiente para satisfazer o seu crédito. Além disso, a discordância de um credor poderia ser apenas em relação a um outro credor, disputando os respectivos lugares na lista de preferência, sem reflexos diretos para os demais credores (por exemplo, os credores 3 e 4 disputam a preferência apenas entre si, não discordando da figuração dos demais).

Todas estas ponderações (aliadas a diversas outras)²⁴, estão a indicar que a melhor doutrina é aquela que entende que a decisão do concurso tem natureza interlocutória, desafiando recurso de agravo. Considerando o interesse do credor recorrente, somente a modalidade de agravo de instrumento

²⁴ O legislador, possivelmente, quis manter uma lógica procedimental com a “execução de quantia certa contra devedor insolvente”, uma vez que, neste caso, os pedidos de habilitações são autuados em apenso (CPC, 768) e, ultrapassadas eventuais impugnações e produção de provas, organizado o quadro geral de credores pelo contador judicial (CPC, 769), o juiz proferirá sentença (CPC, 771). A situação é absolutamente diversa, uma vez que ocorre o juízo universal, não havendo possibilidade de embargos do devedor em relação a cada crédito pleiteado; ao contrário, no caso de insolvência, a própria existência do crédito e da relação creditícia matéria de apreciação definitiva pelo juiz da execução.

poderá atingir o objetivo de ver reconhecido o seu direito preferencial, posto que não haverá outra decisão que lhe interesse no curso do processo de execução onde se deu a decisão. Legitimados a contra-arrazoar o recurso são todos os demais credores; no entanto, o interesse de se opor à pretensão recursal deve ser reconhecido apenas àquele ou àqueles que venham a ter sua posição alterada em decorrência de eventual provimento do recurso. O recurso interposto pelo credor que figurou em último lugar, com pedido para que seu crédito seja reconhecido com primazia absoluta, evidentemente, trará alterações em toda a ordem estabelecida no concurso, interessando a todos os demais; hipótese diversa é o exemplo dado anteriormente, onde apenas dois credores disputam as respectivas colocações simultâneas na lista.

Ao receber as razões do agravo (ou dos agravos), o relator “poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso” (CPC, 527, II e 558), de molde a evitar a ineficácia da decisão final, em razão da “lesão grave e de difícil reparação” dos prejuízos, decorrentes da execução da decisão impugnada. Na maioria dos casos, no entanto, bastará que o juiz ou o relator determine a reserva do crédito do agravante (ou dos agravantes), permitindo que os demais credores sejam satisfeitos. A medida somente terá aplicação no caso de suficiência de recursos, sendo ineficaz em não havendo dinheiro para todos os credores. Neste caso, deverá o interessado oferecer caução, impondo ao juiz, ou ao relator, uma análise prudente dos interesses envolvidos, a fim de não prejudicar a própria razão de ser do concurso de preferências, que é pagar em primeiro lugar aquele que tem crédito preferencial.

A decisão sobre o incidente não produz coisa julgada material, eis que simples decisão interlocutória; não foge, no entanto, ao efeito da preclusão, impedindo que a matéria seja discutida novamente no mesmo processo, no que diz respeito ao que foi decidido, ou seja, à ordem de preferência e à anterioridade de cada penhora; passa ao largo da existência do crédito e da relação de crédito entre quaisquer dos credores e o devedor comum²⁵. Esta decisão é deixada para cada um dos embargos eventualmente opostos pelo devedor nas execuções individuais de cada credor.

Ao estabelecer a ordem de recebimento de cada credor, atendendo à natureza do crédito (privilegiado ou quirografário) e a diligência no ato da

²⁵ Leonardo Greco (ob. cit., p. 441) diz que “a decisão das preferências (art. 713), fruto de uma cognição superficial e instrumental da atividade executória, não gerará coisa julgada”.

penhora, a lista de preferências deve ser acatada por outro juízo, em caso de o produto da arrematação não se revelar suficiente para a satisfação de todos os credores habilitados. Neste caso, os credores ainda existentes poderão reiterar o incidente perante outro juízo, desde que observado o requisito objetivo de realização de mais de uma penhora sobre o mesmo bem do devedor. Não seria econômico e lógico, no entanto, que toda a discussão sobre a natureza do crédito se repetisse perante o novo juízo arrematante, reabrindo toda a discussão. A classificação dos créditos com privilégio é objetiva; o que poderá variar, na nova lista, é a diligência dos credores quirografários em realizar a penhora sobre o outro bem comum. A proibição de se rediscutir a mesma matéria (preferências) perante outro juízo, decorre do mesmo efeito preclusivo operado entre os credores habilitados no incidente anterior, que esgotaram, entre si, a disputa quanto aos respectivos créditos; a proibição não alcança, evidentemente, um novo credor com pretensão a ver reconhecido seu crédito privilegiado em relação aos antigos credores; quanto a estes, poderão surgir disputas, uns querendo excluir a pretensão do novel credor, e o outro, querendo ser incluído em lugar ambicionado na antiga lista. A hipótese, no entanto, se apresenta remota, posto que o credor que não obteve satisfação integral no primeiro concurso, procurará, imediatamente, proceder a penhora de novo bem do devedor e levá-lo logo a execução, antecipando-se aos demais; o problema poderá surgir, no entanto, em razão da diminuição que o patrimônio do devedor comum sofreu, desde a primeira expropriação, podendo, inclusive, conduzir à declaração de insolvência (CPC, 748).

Realizados todos os pagamentos, a razão de ser do concurso de preferências chega ao fim, mesmo que algum ou alguns dos credores não tenham sido satisfeitos integralmente em seus respectivos créditos. A execução singular, que, através do incidente, tinha se transformado em execução coletiva pelo produto da arrematação, volta ao seu estado anterior, onde são partes, apenas, o credor originário (“que promoveu a execução”) e o devedor (comum). Tendo havido pagamento, a execução recebe sentença de extinção (CPC, 794, I e 795); sendo o pagamento apenas parcial, a execução prosseguirá, na busca de novos bens que satisfaçam a totalidade do crédito.

8. Conclusão. Em rápido sumário, podem-se apontar as seguintes conclusões doutrinárias desenvolvidas no texto: a) o concurso de preferências é um incidente processual que pode ocorrer na fase final do processo de execução, sendo processado nos mesmos autos da ação de execução; b)

seu pressuposto objetivo é a realização de mais de uma penhora sobre o mesmo bem do devedor comum; c) somente pode requerer habilitação no concurso, o credor que tiver penhorado o mesmo bem; d) o juízo competente para instaurar o concurso é o juízo que realizou validamente a arrematação; e) o espectro cognitivo do concurso é restrito ao direito de preferência e à anterioridade da penhora; f) o concurso é resolvido através de decisão interlocutória, desafiando recurso de agravo de instrumento; g) a lista de preferências pode ser utilizada em outro juízo onde venha a se instaurar novo concurso. ◆

AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO

CAETANO ERNESTO DA FONSECA COSTA
Desembargador do TJ/RJ

1. OBJETIVO

O que modestamente se pretende com este trabalho é alcançar maior celeridade à pretensão jurisdicional nas ações de despejo por falta de pagamento, quando apesar de contestado o aluguel proposto pelo locador não vier a depositar o inquilino aquele que reputa acertado, vale dizer a parte incontroversa do locativo.

Nessa hipótese, a nossa proposta é a de recomendar o pronto deferimento da antecipação da tutela, para permitir a execução do despejo, caso o magistrado não possa de plano prolatar decisão final de mérito.

2. RELEVÂNCIA DO TEMA

A prática vem infelizmente demonstrando que a impugnação do locativo proposto pelo locador raramente vem acompanhada do depósito judicial da quantia que o locatário tem como devida, fazendo-se portanto literalmente letra morta dos incisos III, IV e V do art. 62 da Lei 8.245/91.

E o pior acontece quando ao julgador do primeiro grau não é dado desde logo proferir sua sentença, seja por conta de incidentes protelatórios causados pelo próprio locatário, que via de regra busca o retardamento do desalijo, seja em razão do acentuado número de processos que tramitam pelas varas cíveis de nossa Justiça.

Importante recordar, que enquanto não se dá a imissão de posse a favor do locador em caso de procedência do pedido, este normalmente se vê na contingência de arcar pelo menos com as despesas de IPTU e do condomínio, que pela natureza *propter rem* que ostentam se não forem pagas põem em risco o próprio imóvel locado.

Essa situação enseja a meu sentir especial preocupação quanto à celeridade da prestação jurisdicional esperada pelo autor do despejo, lembre-se

já onerado diante da ausência de recebimento dos alugueres no período que antecedeu a propositura da demanda.

3. A REGRA CRIADA PELOS INCISOS III, IV E V DO ART. 62 DA LEI INQUILINÁRIA

Sabe-se evidentemente da divergência doutrinária existente a respeito do *thema*, parecendo-me todavia, com o maior respeito àqueles que comungam do entendimento contrário, que a razão está com o culto Desembargador Sylvio Capanema de Souza, que defende a possibilidade da emenda parcial da mora no seio da ação de despejo, tendo consignado em sua obra clássica **Da Locação de Imóvel Urbano, verbis**:

“Atento aos aspectos sociais da lei, e tendo acompanhado os trabalhos legislativos e os debates que ali foram travados, preferimos acolher a posição que admite o depósito parcial, ou seja, em quantia inferior ao reclamado pelo autor, embora reconheça a extrema solidez dos argumentos da corrente oposta.”¹

Sendo assim, parece claro que a principal intenção do legislador ao editar a norma comentada teria sido justamente a de incrementar o depósito da parte incontroversa do aluguel, de forma a permitir seu levantamento pelo locador, propiciando a redução do prejuízo que normalmente suporta enquanto perdura o litígio.

De fato, na parte do aluguel sobre a qual não pesa qualquer controvérsia, não há porque deixar o locador de recebê-la de pronto.

4. A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. POSSIBILIDADE

Embora o tema também não seja pacífico na doutrina e jurisprudência, parece-me, *concessa vénia*, que a posição mais adequada seria aquela defendida pelos autorizados SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA e LUIZ FUX, que de fato permite a antecipação da tutela de mérito nos procedimentos previstos pela atual Lei do Inquilinato, desde evidentemente que preenchidos os requisitos elencados pelo artigo 273 do Código de Processo Civil.

¹ SOUZA, Sylvio Capanema de. **Da locação do imóvel urbano: direito e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 522.

Em sua conhecida obra **Da Locação do Imóvel Urbano**, mestre SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA doutrina com habitual sabedoria:

“Sustentamos, então, que a regra geral é que, nas ações locativas, a antecipação da tutela de mérito só se admita nas hipóteses elencadas na Lei do Inquilinato, mas que, presentes os pressupostos do art. 273, e cuidadosamente aferidos, pode ser ela deferida em outras situações.”

Acrescentando no mesmo capítulo:

“Sentimo-nos ainda mais confortáveis ao defender a tese que abraçamos, ao verificar que também esta é a opinião de LUIZ FUX, uma das maiores autoridades, atualmente, em todo o país, em matéria de tutela antecipatória, e que tem sobre o assunto obra antológica, onde sustenta ser ela cabível no contencioso locatício, desde que presentes os seus pressupostos.”²

Seguindo essa linha de raciocínio, penso que nas ações de despejo propostas exclusivamente por infração ao art. 23, inciso I, da Lei 8.245/91, estarão *ipso iure* preenchidos os requisitos do citado art. 273 da Lei de Ritos, caso o locatário, ao tempo em que optar por impugnar o locativo da inaugural, não venha a depositar em juízo sua parte incontroversa.

Com efeito, penso que esse depósito, em tais circunstâncias, funciona como verdadeiro divisor de águas, especialmente para separar a boa da má-fé do locatário ao contestar o pedido.

Em outras palavras, contestação do aluguel desacompanhada da oferta do montante incontroverso perde credibilidade, justamente porque faz letra morta dos incisos III, IV e V do artigo 62 da Lei 8.245/91.

A simples omissão do locatário nesse item, diga-se de vital relevância, justifica por si só e de uma só vez o preenchimento de todos os pressupostos exigidos pelo artigo 273 do Código de Processo Civil.

Com efeito, desacredita a tese da defesa e traz via de consequência verossimilhança para a postulação do locador, ao mesmo tempo que denota

² *Ibid.*, p. 420.

a provável intenção do locatário de postergar o desalijo, como a prática lamentavelmente vem demonstrando ocorrer.

Ainda no quesito verossimilhança não é demais relembrar que o pagamento pontual do aluguel, ainda que se tenha em mira a proposta de contestação, é dever inquestionável do locatário, que lhe impõe o artigo 23, inciso I da Lei 8.245/91.

Se o locatário não paga (ou deposita) em dia nem mesmo a cifra que considera acertada, como deixar de vislumbrar a verossimilhança do direito do locador?

E no que se refere ao receio do possível dano irreparável ou de difícil reparação, o óbice aparente do inciso I do dispositivo processual em tela pode e deve ser facilmente contornado, bastando que se exija a caução para ter lugar o desalijo.

Sobre o assunto novamente oportuna a lição do Desembargador SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA, que consigna na obra já citada, **Da Locação do Imóvel Urbano, verbis**:

“A alegação de irreversibilidade do provimento não deve servir de óbice intransponível à sua aplicação. Julgada improcedente a pretensão, será o autor condenado a reparar integralmente os danos causados ao réu, pela indevida antecipação.”³

Aliás, como a presunção diante da ausência desse depósito é a de que terá interesse mesmo o locatário em postergar a discussão, o perigo de irreversibilidade funciona inclusive ao inverso, posto que enquanto perdurar o litígio alugueres e encargos se vencerão e nem sempre terá o locador garantia suficiente para deles se ressarcir **a posteriori**.

A concessão pois da tutela não se coloca apenas como possível, mas na verdade deve ser recomendada, caso evidentemente tenha sido postulada pela parte interessada.

5. CONCLUSÃO

Do que foi dito se infere o seguinte:

1º) a ação de despejo por falta de pagamento se reveste de absoluta urgência, pois a par de não receber o locador o valor do aluguel, ainda se

³ *Ibid.*, p. 419.

vê na contingência de arcar com despesas do imóvel, especialmente aquelas que se revestem de caráter *propter rem*;

2º) Justamente para fazer frente a essa situação editou a legislador a norma do artigo 62, incisos II, IV e V da Lei 8.245/91, que permite a emenda parcial da mora e o levantamento da parte incontroversa do aluguel no curso do litígio;

3º) Infelizmente virou letra morta o apontado dispositivo legal, posto que a prática vem demonstrando que muito raramente dele se vale o locatário, que prefere a confortável situação de questionar o aluguel sem nada desembolsar, permanecendo no imóvel à espera de um desalijo que nem sempre se dá com a celeridade esperada;

4º) A falta de depósito da parte incontroversa do aluguel denota a presunção de má-fé do locatário, que pelos termos do artigo 23, inciso I da Lei do Inquilinato, tem a obrigação de pagar em dia o aluguel, ao menos no que diz respeito à parte sobre a qual não pesa discussão;

5º) O legislador, ao editar a regra do artigo 273 do Código de Processo Civil, dele não excluiu os procedimentos elencados pela Lei 8.245/91;

6º) A concessão da tutela em tais condições inibe a prática, aliás muito comum, de buscar o locatário retardar o desalijo, não constituindo óbice para deferi-la a regra do inciso I do citado artigo 273 da Lei de Ritos, posto que se acha autorizado o juízo a exigir a caução, para possível indenização do locatário na hipótese de insucesso do despejo; e finalmente,

8º) O quesito da irreversibilidade funciona ao inverso, posto que se permitido o atraso na prestação jurisdicional aumentará a possibilidade de perda ou redução da garantia, diante do vencimento intermitente, no curso do litígio, das obrigações pecuniárias a cargo do locatário.

Portanto, em minha modesta opinião, nas ações de despejo por falta de pagamento se contestado o locativo não houver o depósito subsequente da quantia incontroversa, torna-se imprescindível a concessão da tutela antecipada para se deferir o despejo, caso evidentemente não possa o magistrado prolatar desde logo a sentença e a tenha evidentemente postulado a parte interessada. ◆

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO*

LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO

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

1. INTRODUÇÃO

O jornalista Augusto Marzagão publicou um artigo em um jornal¹ fazendo uma interessante comparação entre o papel desempenhado pelas artes plásticas no passado e o papel dos meios de comunicação no presente, na construção e na destruição da honorabilidade das pessoas. Partiu, o jornalista, suas observações do exame de um quadro de Velazquez² - a *Rendição de Breda* - de 1634, em que o pintor retratava a rendição da cidade holandesa Breda, em 1625, para o general espanhol Ambrogio Spinola, a serviço do Rei Felipe IV. O pintor, com toda a sua genialidade, conseguiu captar, irretocavelmente, boa parte dos sentimentos humanos: a extrema humilhação com que o governante de Breda, Conde Justino de Nassau, entregara a chave da cidade ao general espanhol, que, por sua vez, em sinal de profundo respeito, colocara sua mão no ombro do adversário vencido³.

No quadro, verdadeira obra-prima, muito mais que as silhuetas das pessoas referidas, estavam retratados os sentimentos de humilhação, de constrangimento, de infelicidade, de tristeza pela perda da batalha, por parte do Conde, e de respeito, dignidade, compaixão e piedade, por parte do general.

Não só a cena, mas os traços de personalidade e os sentimentos dos retratados ingressaram na História pelas cores e pelas pinceladas de Velazquez.

*Palestra proferida no Congresso Internacional de Responsabilidade Civil, realizado na EMERJ, nos dias 16 e 17/08/2001, promovido pela EMERJ, pela Universidade Estácio de Sá e pelo CEPAD.

¹ *O Globo*, de 12/07/2001.

² Sevilha, 1599-1660.

³ A narrativa do jornalista difere um pouco da adotada neste artigo, que foi extraída da coleção *Os Grandes Artistas*, 1991, 2ª edição, Ed. Nova Cultural.

Esta função, de perenizar os sentimentos humanos não é mais das artes plásticas. Hoje, são os meios de comunicação social que conseguem captar fragmentos da alma humana, frações da natureza humana, e levá-las a milhões de pessoas. E, ao fazê-lo, aquelas pessoas retratadas passam a ser rotuladas pela sociedade de acordo com os fragmentos revelados, rótulos que os seguirão para o resto de suas vidas. Os meios de comunicação conseguem a proeza de captar uma cena única e isolada e, ao divulgá-la, a eterniza, reduzindo toda a vida de uma pessoa àqueles sentimentos capturados.

Quem se esquecerá do gesto de humildade e de euforia do nosso Guga, quando ele surgiu do nada para levantar o troféu mais cobiçado do tênis mundial, ao ajoelhar-se na frente dos grandes mitos do tênis do passado? Quem se esquecerá do ex-deputado Sérgio Naya ao desdenhar copos de vidro, chamando-os de copos de pobre, inservíveis para beber champanhe? Ninguém jamais esquecerá do ar de arrogância do ex-procurador da Justiça do Trabalho, alçado pelo quinto constitucional ao cargo de juiz do TRT-SP, Nicolau dos Santos Neto, ao ser acusado de desvio de verbas públicas. Esses fragmentos das personalidades humanas foram eternizados para o sempre.

Mas, a par da grande importância dos meios de comunicação no que tange aos direitos da personalidade, há um outro enfoque que precisa ser abordado e que desloca o centro de preocupações dos direitos individuais para os direitos difusos da sociedade. Sem embargo da importância deste novo enfoque, não há, na legislação, nenhuma regra específica, nem a doutrina vem lhe dando qualquer dimensão mais digna.

Para abordarmos essa nova ótica dos meios de comunicação, devemos examinar algumas situações que são de conhecimento público, divulgadas que foram, também, pelos órgãos de comunicação⁴.

No dia 15/03/98, o jornal **O Dia** publicou uma série de reportagens intitulada Órfãos do Vício, em que, em uma delas, um casal teria se deixado fotografar cheirando cocaína em cima de uma Bíblia, na presença de seu filho de 8 anos. O filho apareceria na foto segurando o prato em que a droga teria sido esquentada. Posteriormente, denunciou-se que a cena fora forjada

⁴Para maiores detalhes dessas situações, bem como para conhecer outras, veja-se CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de - **Direito de Informação e Liberdade de Expressão**, 1999, Ed. Renovar.

e que a família teria recebido dinheiro para ser retratada naquelas condições.

No dia 06/05/98, a emissora **SBT** teria feito uma reportagem sobre imigrantes e sobre os países que falam a língua portuguesa em todo o mundo. Segundo o jornal **O Globo**, a chamada da reportagem insinuava que os repórteres da rede teriam dado a volta ao mundo para conhecer todos os países e para elaborar a matéria, mas, na verdade, a equipe somente teria ido até Goa, na Índia, e os demais entrevistados o teriam sido em São Paulo.

No dia 14/05/98, o canal de televisão a cabo **Travel Channel** exibiu uma polêmica reportagem sobre o norte e o nordeste do Brasil. Entre tantos erros que foram imputados à emissora, estavam: que a alimentação do brasileiro é baseada em aipim que, se comido cru, provoca a morte; que o mercado Ver-o-Peso, de Belém destina-se ao comércio de objetos de magia negra; que o melhor hotel da Bahia cobra a diária de US\$ 10,00; que o Pelourinho é freqüentado por crianças sujas e animais soltos; que a praia de Boa Viagem é repleta de micróbios; que a praia de Jericoacoara é habitada por cobras.

No dia 07/10/98, a rede de televisão **Record** teria transmitido uma reportagem ao vivo, retratando um grupo de traficantes em plena ação no interior do Cemitério do Caju. Um deles teria até dado entrevista ao vivo. A reportagem visava a denunciar a falta de policiamento nos cemitérios. Imediatamente, uma equipe de policiais militares invadiu o cemitério para prender os traficantes, mas não os encontrou. Posteriormente, denunciou-se que a matéria fora forjada e, em vez de traficantes, filmaram-se pessoas da produção do programa.

O caso mais rumoroso e popular foi divulgado durante os meses de outubro e novembro de 1998. A rede **SBT** foi acusada de pagar pessoas necessitadas para interpretar dramas fictícios no *Programa do Ratinho* como se fossem verdadeiros, inclusive com cenas de agressão verbal ou física.

No dia 13/1/99, o Brasil foi surpreendido com boatos acerca da instabilidade de sua economia, causada pela decisão do governo de alterar a banda cambial e de substituir o presidente do Banco Central. No mesmo dia, a Agência Reuters divulgou uma fotografia mostrando uma imensa fila na porta de um banco brasileiro, o que, segundo a agência, retrataria uma corrida da população aos bancos por causa da crise da economia. Ocorre que o Banco era o Banerj, o guichê em que a fila se formava era destinado

aos impostos estaduais e aquele dia era o último para pagamento do imposto automotivo.

Para não ficarmos apenas no presente, lembremo-nos de um acontecimento grave e polêmico do jornalismo brasileiro. No dia 30/04/81, uma bomba explodiu no Riocentro, no interior do carro de dois militares, por ocasião de um show comemorativo do Dia do Trabalho. Logo após a explosão, uma equipe da televisão **Globo** teria filmado e divulgado em edição extraordinária o interior do carro, captando a imagem de uma possível segunda bomba em seu interior, o que mudaria inteiramente a versão oficial. Mas o *Jornal Nacional*, da mesma emissora, que passou à noite, não exibiu a parte do filme em que aparecia aquela imagem. Hoje já está comprovado que no carro dos militares havia mais armas e explosivos.

E para demonstrar que o problema não é só brasileiro: a rede americana CNN divulgou uma reportagem do famoso jornalista Peter Arnett sobre o uso do gás venenoso sarin, pelo Pentágono, contra soldados americanos que desertavam na guerra com o Vietnã. A informação era comprovadamente falsa, conforme reconheceu a própria CNN, que teve de vir a público para desmenti-la.

Indaga-se se essas situações examinadas, que não violam direitos da personalidade particularizados, têm tratamento na Lei de Imprensa brasileira, Lei nº 5.250/67. Veremos isso no tópico seguinte.

2. O SISTEMA DA LEI Nº 5.250/67

A Lei nº 5.250/67 disciplina, nos artigos 49 a 57, a responsabilidade civil dos meios de comunicação. Essa disciplina jurídica atinge as denominadas empresas jornalísticas, cuja definição encontra-se no artigo 3º, parágrafo 4º, da Lei: as que editarem jornais, revistas ou outros periódicos. O mesmo dispositivo equipara às empresas jornalísticas, os serviços de radiodifusão e de televisão, as agências de notícias e as empresas cinematográficas.

A responsabilidade civil é sempre da empresa jornalística, tendo ela direito de regresso contra o autor da matéria, e pode ocorrer a título de dolo ou culpa, segundo o artigo 49. O mesmo dispositivo foi um dos primeiros a reconhecer, expressamente, no Brasil, a indenização do dano moral. Mas a reparabilidade deste foi restrita aos casos em que a violação de direito estiver capitulada como injúria, difamação, calúnia, notícia falsa que cause abalo econômico (artigo 16, II e IV) e extorsão (artigo 18). Foi restrita também a determinados parâmetros econômicos, restrição considerada pela jurisprudência.

dência não recepcionada pela Constituição. Já o dano material é indenizável em todos os casos, sem qualquer limitação (artigo 54).

Prevê a Lei a exclusão da responsabilidade quando invocada e provada a exceção da verdade. Mas a excludente só pode ser utilizada se permitida, nos termos dos artigos 20 e 21: são os tipos de calúnia e de difamação. No crime de calúnia, a regra é a permissão da prova da verdade. Ela não é permitida, entretanto, se o ofendido tiver sido absolvido em sentença irrecorrível e se o ofendido exercer determinados cargos públicos (Presidente da República, do Senado, da Câmara dos Deputados, Ministros do STF, chefes de Estado ou de Governo estrangeiros e seus representantes diplomáticos). No tipo de difamação, a regra, ao contrário, é da não-permissão. Ela só se torna admissível se o ofendido for funcionário público e a difamação for produzida em razão da função pública; se for produzida contra órgão ou entidade que exerça autoridade pública; e, finalmente, se o ofendido permitir a prova da verdade.

Mesmo nos casos onde for prevista a possibilidade de utilização da exceção da verdade, ela não pode ser deferida se o fato imputado disser respeito à vida privada do ofendido e se não tiver sido divulgado em razão do interesse público, ainda que seja verdadeiro.

Por aí se vê que a injúria não admite a exceção da verdade em nenhuma circunstância.

Fixada a responsabilidade civil da empresa jornalística e as causas de exclusão da responsabilidade, os artigos seguintes, 50, 51 e 52 passam a tratar do direito de regresso que as empresas têm contra o autor da matéria ou o responsável pela sua divulgação. Em caso de conduta culposa do autor da matéria ou do responsável pela sua divulgação, a indenização regressiva é limitada a 2, 5, 10 ou 20 salários mínimos, conforme o artigo 51, incisos I (reproduz o tipo da notícia falsa que cause abalo econômico), II (reproduz o tipo da injúria), III (reproduz o tipo da difamação) e IV (reproduz o tipo da calúnia). No mesmo caso de culpa, a indenização da empresa jornalística frente ao ofendido é também limitada a dez vezes o valor acima referido, ou seja, a dez vezes o que o autor da matéria ou o responsável pela divulgação tiver de pagar à empresa jornalística.

Em caso de dolo, não há limitação de indenização, nem da empresa em relação ao ofendido, nem em direito regressivo.

A ação cível por dano moral deve ser proposta no prazo decadencial de três meses (artigo 56). A ação cível por dano material está submetida à regra geral prescricional do artigo 177 do Código Civil.

As demais regras do capítulo VI, da responsabilidade civil, são de natureza processual, versando sobre os requisitos da inicial, o prazo de resposta (cinco dias) e a exceção da verdade (no prazo de resposta) etc.

O sistema pertinente ao direito de resposta está disposto no capítulo IV da Lei nº 5.250/67. Na verdade, coexistem dois sistemas submetidos à mesma regra do artigo 29: o direito de resposta e o direito à retificação.

O direito de resposta é assegurado a toda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública que for acusada ou ofendida em publicação feita em jornal, periódico ou em transmissão de radiodifusão.

O direito de retificação é concedido às mesmas pessoas sempre que for divulgado a seu respeito fato inverídico ou errôneo.

Os demais artigos (30 a 36) referem-se ao modo de exigir e de cumprir o direito de resposta e de retificação, bem como cuidam de seu descumprimento pela empresa jornalística.

Pelo exame da disciplina da responsabilidade civil e do direito de resposta e retificação, já se pode perceber que nenhuma tutela é conferida à sociedade para pôr cobro àquelas situações referidas no item anterior. Todos os direitos consagrados na Lei nº 5.250/67 são deferidos às pessoas físicas ou jurídicas prejudicadas pela reportagem ou ao Estado. Não tem a sociedade nenhum instrumento da referida lei para exigir a qualidade da informação recebida.

Somente quanto à qualidade dos programas de rádio e de televisão é que houve algum avanço da legislação brasileira, pelo que representa o artigo 221 da Constituição⁵. Mas nenhuma previsão similar existe na Lei de Imprensa.

E não o tem, porque o sistema em que a liberdade de imprensa foi gestado não concedia qualquer espaço para esse tipo de preocupação, como examinaremos adiante.

3. ORIGEM DA LIBERDADE DE IMPRENSA E SISTEMA POLÍTICO-ECONÔMICO

O exame do sistema de responsabilidade civil da Lei nº 5.250/67, bem como de toda a Lei, revela sua plena sintonia com a origem da liberdade

⁵ José Carlos Barbosa Moreira tem interessante trabalho, com pioneiro enfoque, sobre o artigo 221 da Constituição, especialmente sobre a possibilidade de utilização da ação civil pública visando à melhoria de qualidade dos programas de televisão. Para maiores detalhes, veja-se MOREIRA, José Carlos Barbosa – “A Ação Civil Pública e a Programação da TV”, in **Ação Civil Pública**, coordenador Édis Milaré, 1995, Ed. RT. O festejado professor também publicou, com a mesma preocupação, dois artigos no **Jornal do Brasil** em 20/04/92 e 28/04/92.

de imprensa e com as idéias políticas, jurídicas e econômicas que reinavam durante sua concepção e afirmação: o liberalismo.

A Inglaterra foi o primeiro país a abolir a censura prévia na imprensa, em 1695, quando revogou uma lei que permitia a censura prévia nos jornais. A França adotou a liberdade ampla de imprensa quando sopraram os ventos da Revolução Francesa, consagrando-a na Declaração de 1789. Os Estados Unidos prescreveram-na na 1ª Emenda à Constituição, de 1791, embora já a cultivasse durante todo o sonho de independência e em muitas declarações dos Estados.

Todos esses países e muitos outros que os seguiram receberam, em graus e épocas variadas, a influência do liberalismo que varria do mundo ocidental o absolutismo monárquico. A liberdade de imprensa foi concedida, portanto, com o mesmo germe do liberalismo e, conseqüentemente, com suas características fundamentais: o respeito absoluto à propriedade privada, o individualismo exacerbado, a ausência de controles sociais e estatais que reduzia o Estado a mero mantenedor do esquema de poder, e a despreocupação com o coletivo, importando mais a vontade individual do dono do jornal.

Não se nega a importância dos princípios liberais para o fortalecimento da imprensa. Ela só sobreviveu ao poder político daqueles tempos por causa deles e, segundo Nelson Saldanha⁶, o liberalismo foi o sistema que melhor preservou as liberdades públicas. Mas o sistema da imprensa liberal tem reconhecidos e profundos problemas.

Os males atuais da imprensa capitalista vêm da origem liberal da liberdade de imprensa. Essa concepção liberal não tem compromisso social. Advoga-se a liberdade de imprensa, sem se dar conta que, segundo Miguel Àngel Ekmekdjian⁷, a liberdade de imprensa não passa de liberdade de empresa, na qual o único que a exerce efetivamente é o dono do órgão informativo.

Saavedra Lopez⁸ complementa dizendo que não se pode seguir insistindo no mito liberal de que a liberdade de imprensa legitima o exercício do poder por suas contribuições a uma opinião pública livremente formada.

⁶ *O Jardim e a Praça – Ensaio sobre o Lado Privado e o Lado Público da Vida Social e Histórica*, 1986, Sérgio Antonio Fabris Editor.

⁷ *Derecho a la Información*, 1992, Ediciones Depalma.

⁸ *Apud* FERNANDES, Antonio Aguilera – *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información*, 1990, Ed. Comares.

Aurelia Maria Romero Coloma⁹ atesta que a concepção liberal é uma concepção unilateral e mutilada que contempla unicamente o aspecto ativo como direito que ostenta o informador.

Na verdade, a liberdade de imprensa, como a temos hoje, é apenas uma face de uma moeda que necessariamente tem duas faces. Ela não obriga a nada, além de um dever de abstenção de todos em relação a ela.

É imperioso revolucionar a liberdade de imprensa para aperfeiçoá-la ainda mais, o que será objeto do próximo tópico.

4. OS MEIOS DE COMUNICAÇÃO NO ESTADO SOCIAL DE DIREITO

É preciso adicionar ao seu postulado liberal novos componentes de um Estado Social, que lhe imponham tarefas, que lhe cobrem deveres, que lhe circunscrevam limites em favor da sociedade (não do Estado!), traçando basicamente novas vertentes, como o dever de informar e o direito de ser informado. Mas não se trata de qualquer informação, mas de uma informação que tenha determinadas qualidades, como a qualidade da *verdade*, da *transparência* e da *imparcialidade*.

Nesse contexto, o conceito de liberdade de imprensa transforma-se em um verdadeiro direito difuso da sociedade em receber informação verdadeira¹⁰, direito que, quando violado, acarreta um dano moral difuso a ser composto, não pelo sistema da responsabilidade subjetiva, mas pelo sistema da responsabilidade objetiva.

A transformação proposta tem apoio constitucional. Inaugurando a Constituição brasileira, um Estado Social de Direito, com tarefas sociais bem marcadas a cumprir, enaltecendo o pluralismo político, o compromisso com o fim das desigualdades sociais e com a promoção do bem de todos, o perfil da imprensa há de ser influenciado por essas transformações e há de ser adaptado a uma nova realidade política.

Não há mais lugar, portanto, para pensar-se uma liberdade de imprensa que atenda mais aos interesses de grupos econômicos do que à sociedade; em que não se contemple uma efetiva participação popular; em que o direito de resposta e de retificação só possa ser exercido havendo ofensa aos direitos de pessoas físicas e jurídicas; em que a responsabilidade

⁹ **Derecho a la Intimidad, a la Información y Proceso Penal**, 1987, Editorial Colex.

¹⁰ Cfr. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de - **Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira**, 1992, Ed. Renovar.

de civil se oriente pela teoria da culpa e seja limitada; em que não exista compromisso de buscar a verdade, a transparência e a imparcialidade sempre e sempre; em que não exista um dever de contrapublicar em caso de notícia equivocada.

Portanto, o sistema de responsabilidade civil fixado pela Lei nº 5.250/67, bem como todo o sistema de liberdade de imprensa, não está mais em consonância com a ordem social e política vigente. Não atende mais aos anseios da sociedade. Colide com a evolução jurídica do País e com novos institutos jurídicos. Sobretudo, colide com a sistematização de um direito coletivo, que versa, justamente, sobre os direitos difusos e coletivos da sociedade.

E o que é a liberdade de imprensa, senão o direito difuso da sociedade em receber informação verídica, transparente e imparcial, captada com seriedade e divulgada com retidão? É evidente que esse direito coletivo, esse tratamento dos direitos difusos, influencia o sistema da Lei nº 5.250/67, que não tem como atender a uma demanda que sobrepaira o interesse individual de uma pessoa supostamente ofendida por uma publicação jornalística.

O Direito se preocupou durante séculos com os conflitos intersubjetivos. É hora de fazê-lo também com os conflitos coletivos.

A doutrina civil tradicional sempre separou, de um lado, o interesse privado, e de outro, o interesse público. O interesse privado, quando violado, gera o dano privado e a responsabilidade civil, com suas duas formas de composição: a reintegração específica a o ressarcimento. Por sua vez, a lesão ao interesse público acarreta o dano público e a responsabilidade penal, provocando a sua forma típica de reação, a pena criminal. Portanto, conforme a natureza do interesse violado, varia o modo de reação do ordenamento jurídico.

O surgimento da sociedade de massas e a complexidade das relações econômicas e sociais do mundo moderno, porém, levaram à percepção de outros bens jurídicos vitais para a existência humana: os interesses difusos e coletivos, que reúnem características dos interesses privados e públicos, mesclando-os e matizando-os, mas que com eles não se confundem. Tratam-se de interesses verdadeiramente públicos, mas não titularizados por ente público.

O reconhecimento de tais categorias de direitos deslocam a preocupação jurídica do setor privado para o setor social; do interesse individual para o interesse difuso ou coletivo; do dano individual para o dano difuso ou coletivo. Se o dano individual ocupou tanto e tão profundamente o

Direito, o que dizer do dano que atinge um número considerável de pessoas? É natural que o Direito se volte, agora, para elucidar as intrincadas relações coletivas e difusas e especialmente à reparação de um dano que tenha esse caráter.

Ora, quando se protege o interesse difuso - que é um interesse de um número indeterminável de pessoas, que é de todos e de cada um ao mesmo tempo, mas que não pode ser apropriado por ninguém - o que se está protegendo, em última instância, é o interesse público. Não se trata da soma de interesses privados, somente. Nem de interesses particularizados, fracionados, pois, em que pese a pessoa ser titular de todo o bem, não pode se opor ao gozo por parte dos demais titulares do mesmo direito.

Tal interesse público pode ser tutelado pelo modo clássico de tutela dos interesses públicos, tipificando-se a conduta do agente causador do dano como crime e sancionando-se com uma pena criminal. Mas, pode ocorrer que o ordenamento jurídico, por qualquer razão, até mesmo por uma letargia legislativa, não tipifique tal conduta como crime, ficando inviável a aplicação de qualquer sanção penal. Nesse caso, não fica o legitimado inibido de lançar mão dos instrumentos de tutela próprios para a proteção dos interesses privados, assumindo tais instrumentos nítida função substitutiva da sanção penal.

Pode ocorrer que o ordenamento preveja a tutela penal de tais interesses, criminalizando as condutas violadoras, mas, mesmo aí, não se pode deixar de reconhecer um nítido interesse privado a preservar, consistente em usufruir o interesse difuso convenientemente, como bem jurídico, com as qualidades essenciais e naturais para a adequada satisfação de uma determinada necessidade. Nesse caso, a tutela se dará com a natureza da tutela civil, com caráter eminentemente reparatório, mas sem afastar a marca sancionatória implícita em toda a reparação civil, exceto no caso do dano não-antijurídico.

Daí porque deve-se admitir uma certa fungibilidade entre as funções sancionatória e reparatória em matéria de tutela de interesses difusos lesionados. A rígida concepção antes examinada, que preconizava a dicotomia entre interesse público-interesse privado e pena-reparação, não é mais recomendável diante de novas categorias de direitos que vão se impondo como realidade incontestável. A separação doutrinária e ideológica entre o público e o privado, que permeou toda a evolução do Direito, não mais se justifica, na medida em que aqueles interesses ganham a companhia de outros como o

coletivo e o difuso, impregnados de características públicas e privadas, matizadas, confundidas e emaranhadas, embora nestes não se resumam.

De tudo resulta que os requisitos para fazer surgir a reação do direito à lesão de interesse difuso, os princípios que norteiam o critério de responsabilidade, bem como a própria função da imposição de responsabilidade devem ganhar certa flexibilidade, permitindo-se, com isso, agilidade e praticidade no combate e na reparação de atos violadores de interesses difusos.

Com essa conformação e preocupação, surge o recém denominado dano moral difuso ou coletivo. O dano moral, portanto, deixa a concepção individualista caracterizadora da responsabilidade civil para assumir uma outra mais socializada, preocupada com valores de uma determinada comunidade e não apenas com o valor da pessoa individualizada.

A transformação, portanto, da responsabilidade por dano individual para a responsabilidade por dano difuso, e também para o dano coletivo, impõe a adoção da responsabilidade objetiva para a reparação de todos os direitos difusos lesados.

No caso específico da responsabilidade pela prestação de um serviço consistente em informar, propõe-se a aplicação do sistema de responsabilidade civil do Código do Consumidor, especialmente de seu artigo 20, que disciplina a responsabilidade sem culpa do fornecedor de serviços. Assim, em caso de defeito na prestação de serviços - e o defeito aqui deve ser compreendido como má qualidade da informação - o fornecedor deve responder independentemente de culpa.

5. CONCLUSÃO

Somente assim se estará tutelando efetivamente interesses comunitários de superlativa importância, como o direito da sociedade em receber informação de qualidade por parte dos meios de comunicação.

Já dizia Bartolomeu Mitre, há muitos anos atrás, que o direito moderno *“não só legisla para o indivíduo, mas para o povo como entidade coletiva; não só legisla para a soberania individual de cada homem, mas para esse ser moral que se chama sociedade”*¹¹. ◆

¹¹ *Apud* BADENI, Gregorio – **Libertad de Prensa**, Abeledo Perrot.

A EMPRESA: NOVO INSTITUTO JURÍDICO

JORGE LOBO

Professor da EMERJ. Advogado.

§ 1º - A POLÊMICA INTERMINÁVEL

Condillac, refletindo sobre a arte de raciocinar, afirma, categórico, que o homem, ao invés de atentar para as coisas que pretende conhecer, as imagina e, de suposição falsa em suposição falsa, extravia-se do caminho certo, entre uma infinidade de erros, os quais, com o tempo, se transformam em preconceitos. Aliada ao preconceito, a paixão faz respeitar mais o erro do que a verdade.¹

No estudo do conceito jurídico de empresa, em que, muitas vezes, o preconceito e a paixão se sobrepõem à verdade, tem-se, amiúde, sensação igual à experimentada com a leitura do *Sofista* de PLATÃO, quando Teeteto leva o estrangeiro à conclusão de que “dois é um”², crítica, aliás, que, de certa forma, sobre este intrincado e assaz polêmico tema, fazem BARASSI, CARNELUTTI, ROCCO, RONTODI, FERRARA e EVARISTO DE MORAES FILHO.³

A imprecisão do conceito jurídico de empresa, bem assinalou RIPERT⁴, decorre de uma série infundável de fatores, que vão desde a aplicação

¹ ÉTIENNE BONNOT DE CONDILLAC, “Lógica ou Primeiros Desenvolvimentos da Arte de Pensar”, in *Os Pensadores*, São Paulo, Ed. Vitor Civita, 1984, p. 101/103.

² PLATÃO, “*Diálogos*”, in *Os Pensadores*, São Paulo, Ed. Vitor Civita, 1983, p. 163.

³ Para L. BARASSI, o conceito jurídico da empresa é um “tormento da doutrina”; do que para CARNELUTTI, “escabrosíssimo problema”; para ROCCO, “serve mais para confundir do que para esclarecer as idéias”; para ROTONDI, ensaja “tantas definições quanto são os pontos de vista diferentes nos quais podemos nos colocar ao estudá-lo”, *apud* EVARISTO DE MORAES FILHO, **Sucessão nas Obrigações e a Teoria da Empresa**, Rio, Forense, 1960, v. I, p. 327/328.

FRANCISCO FERRARA, notável professor de Florença, crítica, com sua autorizada voz, de forma veemente, os autores que, em torno da noção jurídica da empresa, criaram conceitos fantasistas, pessoais e prediletos de empresa, e *azienda* (*apud* RUBENS REQUIÃO, **Curso de Direito Comercial**, São Paulo, Ed. Saraiva, 1973, 3ª ed., p. 47, n.º 32).

A propósito, EVARISTO DE MORAES FILHO acentua sobre a noção jurídica de empresa: “os conceitos dados pelos especialistas são os mais variados possíveis e por vezes até contraditórios” (*ob. cit.*, v. II, p. 21, n.º 199).

⁴ G. RIPERT, **Traité Élémentaire de Droit Commercial**, Paris, LSDJ, 1980, v. I, p. 219, n.º 358.

do vocábulo a situações extremamente diferentes até o uso indiscriminado da palavra pelo legislador, estrangeiro e brasileiro.⁵

Por isso, qualquer estudo, por mais desprezioso que seja, da teoria, da noção, do conceito jurídico de empresa obriga a uma torrente de citações, que se repetem, às vezes; anulam-se, com frequência; pouco acrescentam, ao final.⁶

§ 2º - O CONCEITO DE EMPRESA NO SÉCULO XVIII

Durante o século XVIII, não chegou a esboçar-se o conceito jurídico de empresa porque ainda predominavam o pequeno comércio e as indústrias de manufaturados de poucos empregados, permanecendo a agricultura como principal fonte de riqueza das nações.

A par disso, (a) o conflito entre produtores e industriais, (b) os monopólios estatais e (c) o controle estatal das indústrias prejudicaram sobremodo o comércio e as indústrias nascentes, e, em consequência, que se desse a devida atenção à empresa, de que são exemplos marcantes: a) *do conflito entre produtores e industriais*: o pedido dos produtores de lã da Prússia ao Rei Frederico Guilherme I para que fosse abolida a lei de 1700 que proibia a exportação de seu produto e a resposta vazada nestes termos: “Sua Majestade o Rei da Prússia... considera necessário manter a proibição de exportação de lã... pois a experiência mostra que outras potências, particularmente a Inglaterra, que também não permitem a exportação de lã, com isso estão agindo bem, e o país enriquece”⁷; b) *dos monopólios estatais*, na crítica de JOSEPH TUCKER, em 1749: “nossos monopólios, companhias públicas e companhias por ações são um prejuízo e destruição para o comércio livre... Toda a nação sofre em seu comércio, e fica privada do comércio com mais de três quartos do globo, para enriquecer alguns diretores ambiciosos. Eles se enriquecem dessa forma, ao passo que o público se torna mais pobre”⁸;

⁵ N.º. *infra*.

⁶ É a conclusão a que se chega após ler e reler a substanciosa monografia de W. BULGARELLI, A **Teoria Jurídica da Empresa**, São Paulo, Ed. RT, 1985, em que o eminente Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo explica: “o conceito jurídico, como expressão do significado do fenômeno, é o mesmo econômico, sociológico, religioso ou político, na sua essência, apenas, como todos os outros, formulados de acordo com a visão e a linguagem da ciência que o elabora: no caso da ciência jurídica de forma a se ajustar às categorias instrumentais com que opera” (p. 202).

⁷ LEO HUBERMAN, **História da Riqueza do Homem**, tradução brasileira, Rio, Zahar Editora, 1984, p. 144.

c) *do controle estatal da indústria*, tão bem retratados nesta página de LEO HUBERMAN: “Era de esperar que a oposição à restrição e regulamentação mercantilista surgisse mais acentuadamente na França, pois foi nesse país que o controle estatal da indústria atingiu o máximo. A indústria estava ali cerceada por uma tal rede de “pode” e “não pode” e por um exército de inspetores abelhudos que impunham os regulamentos prejudiciais, que é difícil compreender como se conseguia fazer qualquer coisa. As regras e regulamentos das corporações já eram bastante prejudiciais. Continuaram em vigor, ou foram substituídos por outros regulamentos governamentais, ainda mais minuciosos, e que se destinavam a proteger e ajudar a indústria da França. De certa forma, ajudaram. Mas, ainda quando tinham utilidade, aborreciam aos industriais. Podia o fabricante de tecidos, por exemplo, fabricar o tipo de fazenda que lhe agradasse? Não. Os tecidos tinham de ser de uma qualidade determinada, e nada mais. Podia o fabricante de chapéus atrair a procura do consumidor, produzindo chapéus feitos de uma mistura de castor, pele e lã? Não. Só podia fazer chapéus todos de castor ou todos de lã, e nada mais. Podia o fabricante usar uma ferramenta nova e talvez melhor na produção de suas mercadorias? Não. As ferramentas tinham que ser de determinado tamanho e forma, e os inspetores apareciam sempre para verificar isso”.⁹

Esses freios à atividade produtiva livre levaram à luta pela abolição completa e definitiva da tutela do Estado e ao extremo oposto - nenhum controle - que culminou no lema, cunha por GOURNAY, *laissez-faire*.

§ 3º - O CONCEITO DE EMPRESA NO SÉCULO XIX

No século XIX, a situação não se modificou muito, porquanto, apesar das inúmeras invenções da época, do liberalismo econômico e da divisão do trabalho, ainda poucas e isoladas eram as fábricas, voltadas quase exclusivamente para o setor têxtil e metalúrgico, não obstante já se registrasse uma novel indústria mineira, florescente desde meados do século XVIII, bastando, contudo, naquela época, para dirimir eventuais divergências entre patrões e empregados, o recurso aos artigos 1780 e 1781 do Código de Napoleão, sem ser preciso formular nenhum conceito jurídico para compreensão do

⁸ *apud* LEO HUBERMAN, *ob. cit.*, p. 146.

⁹ *Idem*, p. 148.

fenômeno que, ao longo do século XIX, se expandiu¹⁰ e atingiu seu apogeu no nosso século.

Por isso, SYLVIO MARCONDES adverte que, “no quadro de codificação operada no século passado, sob influência do sistema francês, os comercialistas não lograram fixar uma segura concepção unitária da empresa, em nítidos termos jurídicos”.¹¹

§ 4º - O CONCEITO UNITÁRIO DE EMPRESA

Debatendo-se por um conceito unitário (o econômico igual ao jurídico), pontificaram - VIVANTE: “a empresa é um organismo econômico que põe em jogo os elementos necessários para obter um certo produto destinado à troca, com risco do empresário. O Direito Comercial toma seu este conceito econômico”¹²; BOLAFFIO: “para o jurista tem grande importância a noção (econômica) de empresa, uma vez que ela, considerada objetivamente, é tida pelo legislador como ato essencialmente comercial, quando tenha conteúdo indicado *demonstrations causa* nas categorias consagradas à empresa no artigo 3º”¹³; BROSET A PONT: “o conceito jurídico de empresa deve necessariamente coincidir com o conceito econômico, quer dizer, que a Economia e o Direito com o termo empresa devem referir-se ao mesmo fenômeno da realidade social... Parece, pois, lógico concluir que para o ordenamento positivo deve ser válido o conceito econômico de empresa... (o

¹⁰ “Para o regime da grande empresa e o desenvolvimento da indústria e do comércio durante o século XIX, além das obras gerais de SCHMOLLER, SOMBART e WEBER, citadas, podem ser vistas: W. ROSCHER, *Économie Industrielle*, trad. de W. STIEDA, Paris, 1918, v. I, p. 173 e segs.; MACGRECOR, *The Evolution of Industry*, London, 2ª edição, 1948, p. 9 e segs.; G. RENARD e A. DULAC, *L'Évolution Industrielle et Agricole depuis cent cinquante ans*, Paris, 1912, fls. 189; B. NOGARO e W. QUALID, *L'Évolution du Commerce, du Crédit et des Transports depuis cent cinquante ans*, Paris, 1914, p. 92 e segs.; G. RENARD, *Les Étapes de la Société Française*, Paris, 1913. Especialmente para capitalismo e invenção: S. G. GILFILLAN, *The Sociology of Invention*, Chicago, 1935, pp. 46 e 52 e segs., com indicação bibliográfica; H. L. LE CHATELIER, *Science et Industrie*, Paris, 1925. Livro básico para todo o assunto, além do *Der Modrene*, cit. é a continuação da obra de W. SOMBART, *L'Apogé du Capitalisme*, trad. de S. JANKÉLÉVITCH, Paris, 2 v. 1932, e deste mesmo autor *La Industria*, trad. de M. S. SARTO, Barcelona, 1931, p. 184 e segs. (*apud* EVARISTO DE MORAES FILHO, *ob. cit.*, v. I, p. 289, nota 207).

¹¹ **Problemas do Direito Mercantil**, São Paulo, Ed. Max Limonad, 1970, p. 17, nº 8.

¹² VIVANTE, *Trattato*, 4ª ed., v. I, nº 69, *apud* A. ROCCO, **Princípios de Direito Comercial**, São Paulo, Liv. Acadêmica, 1931, p. 177, nota 1.

¹³ BOLAFFIO, *Comm.*, 3. ed., nº 40, *apud* ROCCO, *ob. cit.*, p. 177, nota 1. O artigo 3º mencionado no texto refere-se ao Código Comercial Italiano.

qual deve ser adotado, pois, como conceito jurídico de empresa)”¹⁴, dentre muitos outros.¹⁵

§ 5º - O DIREITO COMERCIAL COMO SENDO O DIREITO DAS EMPRESAS

EVARISTO DE MORAES ensina que “coube a LORENZO MOSSA, verdadeiro romântico do conceito de empresa, campeão do seu conceito institucional na Itália, defender a tese de que o direito comercial é direito das empresas, esgotando-se sua tratadação no regulá-las, atingindo por aí os atos de comércio. O direito comercial, para ele, é o direito da economia organizada, encontrando seu apogeu na expansão da grande empresa capitalista. A existência da empresa, como seu objeto, constitui o principal argumento a favor da sua própria autonomia, em confronto com o direito comum: ‘A empresa, no momento capitalista mais agudo, e agora na passagem para um sistema mais justo, assumiu o motivo próprio da atividade econômica. As pessoas perdem importância, diante das organizações de bens e de forças vivas por ela criadas. Duram no tempo, aperfeiçoam a iniciativa humana, a perpetuam e renovam no mudar contínuo das pessoas... A empresa, como organização e como unidade, é o núcleo não só da forma social mas também da atividade pessoal... A empresa é a pessoa econômica que o direito comercial regula na sua vida, as uniões de empresas assumem caracteres próprios, e não se assimilam às simples associações de pessoas’.”¹⁶

Além de MOSSA, defendem a idéia de que o Direito Comercial é o Direito das Empresas, dentre outros, ASCARELLI, JOAQUIM OARRIOUEZ, J. ESCARRA, J. HAMEL E O. LAOARDE, D. BESSONE e EVARISTO DE MORAES.¹⁷

§ 6º - A OPINIÃO DE ALFREDO ROCCO

Aproximando ambos os conceitos e censurando aqueles que sustentam que a noção econômica e jurídica são idênticas, ROCCO declara que é

¹⁴ M. BROSETA PONT, **Manual de Derecho Mercantil**, Ed. Tecnos, Madrid, 1974, p. 87/8.

¹⁵ Entre nós, REQUIÃO afirma que “o conceito jurídico de empresa se assenta no conceito econômico” (**Curso de Direito Comercial**, citado, p. 42, n° 30).

¹⁶ *Ob. cit.*, v. I, p. 328/330.

¹⁷ TULIO ASCARELLI, **Derecho Mercantil**, México, 1940, p. 6; JOAQUIM GARRIGUEZ, **Curso de Derecho Mercantil**, 2ª ed., 1955, p. 24/25; J. ESCARRA, **Principes de Droit Commercial**, 1934, p. 95; J. HAMEL e G. LAGARDE, **Traité de Droit Commercial**, Paris, 1954, v. I, p. 174 e 242. Entre nós, D. BESSONE, **Direito das Empresas**, Belo Horizonte, 1956, p. 5, 10 e 17/18, e EVARISTO DE MORAES, *ob. e v. cits.*, p. 330, nota 238.

uma “questão de medida” saber decidir quando, concorrendo na produção o trabalho pessoal do empresário com o trabalho dos outros colaboradores remunerados, existe organização do trabalho alheio e, portanto, uma empresa no sentido do Código Comercial”¹⁸, estendendo-se, em nota de rodapé, ao longo de quatro páginas, para explicar que “o conceito de empresa, segundo a lei comercial”, parte da idéia de que ela é “um ato de interposição entre o trabalhador e o público”, valendo-se o empresário do trabalho de outrem, o que, “não ocorrendo, isto é, se o empresário não vier a contar com a cooperação de terceiros trabalhadores”, ainda que haja “organização sistemática” dos meios de produção e de intermediação na troca, “não haverá ato de comércio”, nem, em conseqüência, empresa, juridicamente falando.

Após desenvolver sua famosa teoria de atos de comércio,¹⁹ ROCCO conclui:

“Em resumo: o conceito de acto de comércio é, segundo o código, mais amplo do que o conceito econômico de comércio, muito embora este constitua o seu núcleo fundamental. Economicamente, o comércio é uma interposição nas trocas; e, juridicamente, o ato de comércio também um ato de interposição nas trocas. Simplesmente, este conceito de interposição é estendido pelo direito a outras formas de interposição e outras espécies de trocas, além daquelas que são estudadas e conhecidas pela ciência econômica.

¹⁸ *Ob. cit.*, p. 191, nota 1.

¹⁹ Eis a parte principal da lição de ROCCO que se tomou célebre: “Depois do exposto, achamo-nos agora já em condições de, finalmente, determinar o conceito de ato de comércio e de poder classificar estes atos. Em primeiro lugar, devemos afirmar, contrariamente à doutrina dominante, que sempre existe um conceito de ato de comércio, segundo nosso direito positivo. A negação deste postulado, que habitualmente se costuma fazer, resulta de não se aprofundar suficientemente as razões intrínsecas que determinaram a comercialização de cada um dos atos enumerados nos artigos 3º e 6º do Código Comercial e de só se tomar em consideração o lado extrínseco do processo histórico que a ela presidiu. Na realidade, uma observação assaz simples devia bastar para persuadir do erro desta conclusão negativa: isto é, que com a progressiva generalização que se opera mediante a extensão por analogia, é sempre possível remontar aos princípios gerais comuns a todo um grupo de normas jurídicas.

Mas devemos outrossim afirmar, em segundo lugar, que o conceito de ato de comércio deve desprender-se, não já *a priori* de certos critérios econômicos mais ou menos vagos, mas *a posteriori* do próprio exame da legislação positiva. O conceito que queremos estabelecer é um conceito de direito positivo. Por outras palavras: não queremos saber daquilo que em si mesmo é o ato de comércio, mas do conceito que de ato de comércio teve o legislador italiano. Consideramos, portanto, infrutuosas, por defeito do próprio método adotado, todas as tentativas dos comercialistas no sentido de se elevarem a uma determinação apriorística do ato do comércio com base em critérios extraídos da economia política.

Eu sou da opinião de que a diferença, - aliás puramente quantitativa, entre o conteúdo dos dois conceitos, econômico e jurídico -, do comércio depende só disto: o ter o direito sabido surpreender, muito antes da ciência econômica, a progressiva evolução daquele fenômeno social que se chama o comércio. A verdade é que, na realidade, ao lado do comércio tradicional dos produtos colhidos e manufaturados, outras formas e tipos de atividade comercial se vieram desenvolvendo e se foram pouco a pouco acrescentando, tais como, o comércio de títulos, o dos prédios rústicos e urbanos, o do crédito, o do trabalho e o do risco. E assim do mesmo modo, pode dizer-se que - ao lado da atividade comercial da natureza profissional, isto é, sistemática e especulativa, de uma classe restrita de pessoas, como é a dos comerciantes - uma outra atividade comercial, não profissional mas ocasional, se veio também desenvolvendo; atividades de uma multidão de pessoas que, sem fazerem do comércio uma ocupação sistemática, todavia procuram, sempre que podem, realizar uma especulação comercial. Mais: pode-se dizer ainda que se veio desenvolvendo uma atividade dos próprios interessados nas trocas, que concentraram em si mesmos mediante associações cooperativas,

A análise do sistema do direito positivo conduziu-nos à conclusão de que a lei fixou como comerciais uma série de atividades, com base em dois critérios: um intrínseco, relativo à própria natureza e à função econômica da operação ou do ato; e um extrínseco, por sua vez fundado na relação de conexão existente entre a forma de atividade, que não tem em si mesma uma característica função econômica, e uma outra atividade intrinsecamente comercial. É evidente que a noção substancial de ato de comércio, segundo o código, não pode ser dada senão com relação aos atos intrinsecamente comerciais. Ora, nós vimos que o conceito comum, que se acha imanente em todas as quatro categorias de atos intrinsecamente comerciais: na compra para revenda e ulterior revenda, nas operações bancárias, nas empresas, e na indústria de seguros, é o conceito da troca indireta ou imediata, da interposição na efetivação da troca. Na compra para revenda e ulterior revenda, temos uma troca mediata de mercadorias, títulos de crédito ou imóveis contra outros bens econômicos, geralmente contra dinheiro. Nas operações bancárias, temos uma troca mediata de dinheiro presente contra dinheiro futuro, ou de dinheiro contra dinheiro a crédito. Nas empresas, temos uma troca mediata dos resultados do trabalho contra outros bens econômicos, especialmente contra dinheiro. E enfim nos seguros, uma troca mediata de um risco individual contra uma quota proporcional de um risco coletivo. Todo ato de comércio pertencente a uma destas categorias é, pois, um ato em que se realiza uma troca indireta ou por meio de interposta pessoa, isto é, uma função de interposição na troca. São diversos os objetos da troca: mercadorias, títulos, imóveis, dinheiro a crédito, produtos do trabalho, riscos. São diversas também as formas que a troca reveste. Mas o fenômeno da troca por meio de interposta pessoa, esse, aparece em qualquer destas quatro categorias de atos contemplados na lei". (ob. cit., p. 214/215, n° 5).

*a função intermediária para eliminar ou fazer reverter em seu próprio proveito o lucro do intermediário. Assim como se veio desenvolvendo por último - devemos acrescentar - uma atividade do Estado e dos outros organismos públicos, que mercê da estadualização e municipalização crescente, foram pouco a pouco assumindo também, em proveito da coletividade, e muitas vezes de um modo excessivo, a função intermediária própria do comércio. Hoje - já o demonstramos acima largamente - o comércio penetrou profundamente em toda a vida social; o seu campo de ação, seja quanto às coisas, seja quanto às pessoas, ampliou-se desmedidamente e é a esta moderna e mais vasta compreensão do fenômeno econômico que corresponde o atual conceito de comércio no direito positivo”.*²⁰

§ 7º - A OPINIÃO DE ASQUINI

Profligando o esquema jurídico unitário proposto por VIVANTE, ASQUINI afirma ser a empresa um fenômeno poliédrico e que não se deve buscar fixar um conceito jurídico da empresa, mas sim examinar, separadamente, os quatro perfis em que ela se apresenta: a) o perfil subjetivo; b) o perfil funcional; c) o perfil patrimonial ou objetivo; d) o perfil corporativo, assim retratado por EVARISTO DE MORAES FILHO: “a) subjetivo, empresa = empresário; b) funcional ou dinâmico, empresa = atividade do empresário (*imprenditizia*); c) patrimonial ou objetivo, empresa = patrimônio comercial e estabelecimento; d) corporativo, empresa = instituição”.²¹

Quanto ao perfil subjetivo - *l’impresa come imprenditice* -, o Código Civil unificado italiano e leis extravagantes muitas vezes equiparam a empresa ao empresário, como, v.g., se verifica no artigo 2082.

Quanto ao perfil funcional - *l’impresa come attività imprenditrice* -, a empresa é uma organização produtiva cuja força motriz a conduz a um determinado escopo, desde o início perseguido pelo empresário, razão mesma da criação da empresa.

Quanto ao perfil patrimonial ou objetivo, - *l’impresa come patrimonio aziendale e come azienda* -, (sem se confundir a empresa com o estabe-

²⁰ *Idem*, pp. 217/218.

²¹ *Ob. cit.*, v. II, p. 22, n° 199.

lecimento, que são díspares, pois a empresa gera um complexo de relações jurídicas, enquanto o estabelecimento apenas consubstancia um complexo de bens), representado pela dicotomia do patrimônio do empresário, que põe, de um lado, separado, os bens que constituem o acervo social específico da empresa, e, de outro, o patrimônio remanescente do empresário.

Quanto ao perfil corporativo - *l'impresa come istituzione* -, decorre do ordenamento corporativo ao Código Civil italiano de 1942, em que a empresa é o resultado final de união entre empresários e seus colaboradores com vista a alcançar um objetivo comum com benefício para todas.²²

§ 8º - O CONCEITO DE EMPRESA NO DIREITO COMPARADO

Vistas, ainda que perfunctoriamente, as principais correntes de opinião sobre o conceito jurídico de empresa, passemos ao seu exame sob o prisma do direito positivo da Itália, França, Alemanha, Espanha, Argentina e Brasil.

§ 9º - NO DIREITO ITALIANO

No Direito Italiano, o estudo do conceito jurídico de empresa pode ser desdobrado em duas fases: a primeira, sob a inspiração do Código de Comércio Italiano de 1882, que, calcado no Código Napoleão (art. 632), enumerou, no artigo 3º, os atos reputados comerciais; a segunda, sob a égide do moderno direito privado da Itália, sobretudo após a unificação de 1942.

Das profundas e calorosas divergências dos doutos quanto ao alcance das palavras empresa e atos de comércio, de que trata o artigo 3º do Código

²² SYLVIO MARCONDES, em seu excelente estudo sobre o “conceito de empresa”, in **Problema do Direito Mercantil** citado, p. 25 e segs., n.ºs 12 a 14, ensina que, “a doutrina italiana, esses aspectos logram dividir os escritores, pela preferência que dão, ora a um, ora a outro, como elemento preeminente na caracterização jurídica da empresa, e, assim, os perfis traçados, polarizando correntes da opinião, servem de guia na observação de controvérsia” (p. 26), esclarecendo, ademais, que autores como GECO, OHIRON e BIOIAVI adotam a concepção institucional de empresa (p. 26), enquanto MOSSA, PASSARELLI e GHIDINI (p. 26) a concepção patrimonial ou objetiva, ficando BARRERO, CARNELUTTI, MESSINEO, LA LUMIA, FANELLI, ASCARELLI e CASANOVA com a concepção funcional (p. 27/28).

FERRI, a seu turno, in **Manuale di Diritto Commerciale**, Turim, 1950, p. 25, n.º 12, e 1984, 5ª ed., p. 40, n.º 16, ensina que, para o direito, a empresa não serve como um organismo unitário e autônomo, nem do ponto de vista subjetivo nem do ponto de vista objetivo, e que se deve examiná-lo sob diversos aspectos, v.g., como atividade, como patrimônio, como organização, como *azienda*, ou, em outras palavras, deve o perito entender os “aspectos jurídicos de empresas econômicas” e não se perder na formulação de um conceito unitário da empresa.

Italiano de 1882, já demos notícias alhures²³, cumprindo apenas ressaltar, neste passo, que, para MANCINI, a expressão *reputa atti di commercio*, “substituindo a outra, do Código vigente²⁴, *sono atti di commercio*, explica melhor que a enumeração do artigo 3º não é limitativa, mas simplesmente demonstrativa, e que não é vedado ao magistrado reconhecer em outros atos, não enunciados expressamente, a natureza comercial, para submetê-la às leis e usos do comércio”²⁵, bem como chamar atenção para a opinião de ROCCO, segundo o qual “o terceiro grupo de atos de comércio, constituído pelas várias espécies de empresas enumeradas no artigo 3º ..., oferece lugar a muitas incertezas, a ponto de permitir duvidar, inclusivamente, se se trata, na verdade, de um grupo de bens homogêneos, ou se de um grupo que, sob o mesmo título, compreende relações econômicas de uma natureza muito diversa”²⁶.

Procurando insurgir-se, de acordo com o testemunho de seus principais autores, contra o modelo francês, de focalizar a matéria de comércio sob o aspecto objetivo, volvendo, assim, ao sistema clássico originário da Idade Média, segundo o qual, para definir-se matéria de comércio, era indispensável partir-se do sujeito de direito, no caso a empresa comercial, o projeto preliminar, transformado em lei em 1942, tinha por escopo definir empresa comercial e, sobre essa definição, erigir um novo sistema, que incorporasse os fundamentos da economia corporativa, de caráter profissional e origem fascista, o que, dizem os doutos, não logrou obter, porquanto o Código de 1942 acabou não formulando um conceito de empresa, mas sim por ministrar a noção de empresário (art. 2082), o que suscitou intermináveis controvérsias.

Destarte, na Itália, em que pese o inaudito esforço, que vem desde o Código de Comércio de 1882, dos juristas italianos, de procurar fixar um conceito jurídico de empresa, não há uma definição legal de empresa, mas apenas de empresário, graçando na doutrina, por isso, a divergência quanto ao que se deve, verdadeiramente, entender por empresa.

²³ Cf. nosso *Da Recuperação de empresa no Direito Comparado*, Ed. Lumen Iuris, 1992, p. 20 e segs.

²⁴ MANCINI refere-se ao Código de 1865.

²⁵ *apud* SYLVIO MARCONDES, *ob. cit.*, p. II, nº 5.

²⁶ *Ob. cit.*, p. 176, nº 46.

§ 10 - NO DIREITO FRANCÊS

Foi na França que surgiu, pela vez primeira, em texto de lei, a noção de empresa, quando o Código Comercial de 1807, no livro IV, título segundo, arts. 632 e 633, ao enumerar os atos de comércio, arrolou, de forma pormenorizada, “todas as empresas de manufaturas, de comissão, de transporte por terra e água” e “todas as empresas de fornecimento, de agência, escritórios de negócios, estabelecimentos de vendas em leilão, de espetáculos públicos” (art. 632), bem como “todas as empresas de construção” (art. 633), sem, todavia, defini-las.

Os estudiosos do Direito Comercial na França, à frente PARDESUS²⁷, partindo das expressões *entreprises de manufactures* e *entreprises de travaux*, concluíram que, ao lado das empresas voltadas para a realização de construções e obras (*entreprises de travaux*), havia as empresas dirigidas para a fabricação de produtos (*entreprises de manufactures*), que, à sua vez, se apresentavam, ora como o trabalho isolado de um indivíduo ou grupo familiar para atender a uma prévia encomenda, ora sob a forma de uma reunião de pessoas num certo lugar com vistas à transformação da matéria-prima por meio de máquinas e processos técnicos para vendas a terceiros.

Para essa corrente, a empresa era um ato, às vezes obra de uma só pessoa, outras de várias, mas sempre um ato gerador de um produto novo, concepção inaceitável para alguns juristas, como WAHE, LYON-CAEN e RENAUT²⁸, que sustentavam sobressair da enumeração do artigo 632 a idéia de contrato de locação de serviços, ou, ainda, a de uma organização criada para atender a determinadas atividades.

RIPERT, ao estudar as profissões comerciais, com o escopo de oferecer nova divisão por classes em função da natureza dos atos praticados diuturnamente no exercício da mercancia, diz que as empresas se apresentam, segundo o Código Comercial Francês, como: (a) de distribuição; (b) de produção; (c) de serviços; (d) auxiliares.²⁹

São empresas de distribuição as que se dedicam à compra para revenda, em que o comerciante compra as mercadorias dos produtores ou de outros comerciantes e as vende ao público ou a outros comerciantes, acentuando que essas empresas vêm, com o tempo, diminuindo de importância em virtude de um movimento da concentração aliado a novas técnicas de distribuição.³⁰

²⁷ In *Cours de Droit Commercial*, v. I, p. 36/37, n° 35.

²⁸ Ver SYLVIO MARCONDES, *ob. cit.*, p. 10, notas 23 e 24.

²⁹ *Ob. cit.*, v. I, 98, n° 248.

São empresas de produção aquelas que se dedicam a comprar matérias-primas ou a extraí-las do solo, para, após transformá-las, serem vendidas como produtos acabados ou semi-acabados, para tanto valendo-se do trabalho de terceiros remunerados em geral a preço fixo.

São empresas de serviços aquelas que oferecem a seus clientes o uso temporário de determinados bens ou a execução de certos trabalhos, atualmente em número cada vez mais crescente, assim como crescente é a sua importância em virtude de acentuada divisão do trabalho em nossos dias e do custo altíssimo dos bens, que leva as pessoas a preferirem alugar a adquirir.

São empresas auxiliares as que se dedicam ao comércio de dinheiro e de crédito (os bancos, os agentes de câmbio, as seguradoras) e empresas intermediárias as que facilitam a outros comerciantes e aos particulares a realização de operações (agentes e negócios, agentes de comércio, comissários, corretores).³¹

Após essas considerações, e de haver esquadrinhado o conceito de ato de comércio, RIPERT conclui que a noção jurídica da empresa é imprecisa, vaga, pois em direito positivo às vezes se apresenta como objeto de direito, outras como sujeito de direito³², motivo pelo qual talvez não a tenha definido.

Também na França, tal qual na Itália, não se chegou a um consenso, havendo os autores mais modernos engendrado a concepção de que empresa é uma instituição³³, o que levou BULGARELLI a enfatizar: “Anotese, pois, à guisa de conclusão, que a empresa está presente, mas, ressentese o direito positivo (francês) de um regime jurídico unitário, o que tem sido lamentado também perante a empresa comunitária. Ela aflora nas sociedades, no estabelecimento e na falência, através de interpretação doutrinária e jurisprudencial, mas sem uma referência legal sequer expressa à própria palavra, que é usada em abundância no âmbito de direito econômico e pelos reformistas da empresa”³⁴, o que, por certo, fez CL. CHAMPAND afirmar:

³⁰ *Idem*, p. 99, n.º 149.

³¹ *Ibidem*, p. 109, nos 166 a 174.

³² *Ibidem*, p. 219, n.º 358.

³³ HAMEL ET LAGARDE, *Traité de Droit Commercial*, v. I, p. 251 e 4819, n.ºs 213/216, cit. por SYLVIO MARCONDES, *ob. cit.*, p. 31, n.º 16, cf. ainda HARIOU ET RENARD, *apud* WALDÍRIO BULGARELLI, *ob. cit.*, p. 96.

³⁴ *Ob. cit.*, p. 97.

“é a empresa, unidade de decisão e célula de base do sistema econômico e social, servindo de quadro à nossa civilização industrial no seu estado atual, que se apresenta como objeto fundamental do nosso direito econômico”³⁵, tendo MICHAEL DESPAX falado que a empresa é um “sujeito de direito nascente”.³⁶

§ 11 - NO DIREITO ALEMÃO

No direito alemão, ensinam EVARISTO DE MORAES FILHO³⁷ e WALDÍRIO BULGARELLI³⁸, são muitas - e às vezes contraditórias - as definições de empresa, do que nos dá conta M. BROSETA PONT nestes termos: “Na doutrina alemã não se aceita unanimemente que o Direito Mercantil seja o Direito de Empresa, pois não faltam autores que neguem essa identificação. Mas a aceitem ou não, a maioria dos autores coloca o problema prévio a resolver sobre o que é a empresa, que alguns situam no centro do sistema. Para isso, a doutrina alemã tropeça em grandes dificuldades, as quais parecem proceder de três ordens de causas: 1) do fato de que o seu Código Comercial não se serve da empresa para delimitar e definir o conteúdo e o conceito de Direito Mercantil, mesmo que esteja qualificado como sistema subjetivo; 2) do fato de que falta um conceito positivo unitário de empresa, que sendo unívoco permita à doutrina jurídica delimitar o seu conteúdo. Por isso, este tema se coloca de forma difusa e polêmica. E assim, identifica-se a empresa como um conjunto de bens organizados e se qualifica juridicamente de patrimônio separado (Gierke); se afirma que a empresa como empresário (empresa, em sentido subjetivo), ora como conjunto de bens de diversa natureza (empresa, no sentido objetivo), ou como comunidade de trabalho (empresa, no sentido trabalhista), afirmando-se que nos dois primeiros aspectos na terminologia alemã existem diversos vocábulos ou termos jurídicos e econômicos que se referem de forma total ou parcial à empresa (Unternehmung, Unternehmen, Betrieb, Gewerbebetrieb, Geschäft, Handelsgesellschaft etc.). Existe, com certeza, uma certa confusão conceitual em torno destes termos, que às vezes são utilizados de forma diferente, sendo por isso incerto o significado preciso de cada um deles”. E acrescenta ainda: “Por tudo isto, o fenômeno econômico, que é

³⁵ *apud* A. JACQUEMIN - G. SCHRANS, **O Direito Econômico**, tradução portuguesa, Lisboa, p. 99.

³⁶ L **‘Entreprise et le Droit**, Paris, 1957, p. 418.

³⁷ *Ob. cit.*, v. I, p. 345, n° 164.

³⁸ *Ob. cit.*, p. 97 e segs., letra b.

a empresa, está presente nos distintos ramos do Direito (público ou privado) aos quais corresponde regular ou disciplinar os distintos interesses, elementos, deveres e sujeitos que sobre ela convergem. O que explica que o fenômeno econômico, que é a empresa, esteja presente no ordenamento positivo de uma forma especial. A especialidade consiste em que cada disciplina jurídica regula deste ente econômico unitário o perfil, a perspectiva, o elemento ou o interesse (público ou privado, trabalhista, mercantil, civil, fiscal etc.) que segundo a sua natureza lhe corresponde tutelar. E assim se produz um resultado curioso. Cada disciplina regula do total do fenômeno econômico a parcela, elemento ou o interesse que lhe corresponde, porém - e isto é certamente criticável - afirmando a doutrina para cada disciplina um conceito jurídico de empresa que se identifica com a parcela, o elemento ou o interesse que regula, e que é parcial a respeito do total conceito econômico de empresa. Ao operar assim se colocam tantos conceitos jurídicos de empresa quantas disciplinas jurídicas se ocupam de sua regulamentação. Mas os conceitos assim propostos são distintos entre si, e, ademais, cada um deles é parcial a respeito do total do conceito econômico de empresa. Depois desta curiosa operação de dissecação jurídica, nos deparamos com o fato de que a empresa é comunidade de trabalho para o Direito Trabalhista; é organização de elementos pessoais e reais de diversa natureza para o Direito Civil e o Mercantil e, inclusive para este, chega-se a afirmar que a empresa é a atividade econômica de produção e distribuição de bens ou de serviços (identificando, pois, o instrumento com a atividade ou finalidade econômica); enquanto, finalmente, por exemplo, para o Direito Econômico a empresa é uma fonte de produção a serviço da economia nacional. Como vemos, a mesma coisa na realidade econômica se converte conceitualmente em várias coisas distintas para a doutrina.”³⁹

§ 12 - NO DIREITO ESPANHOL

Na Espanha, onde também não há uniformidade, pelo legislador, no uso da palavra empresa, os doutrinadores vacilam na formulação de seu conceito jurídico, alguns reconhecendo sua importância para o direito (GARRIGUEZ), sem, todavia, definir-lhe um perfil; outros, equiparando-o ao conceito econômico (M. BROSETA PONT); outros, ao estilo de ASQUINI, estudando-o sob as diversas formas de sua manifestação no mundo jurídico

³⁹ *In La Empresa. Ia Unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil*, Madrid, 1971, p. 96 e segs., *apud* BULGARELLI, *ob. cit.*, p. 98 e segs.

(RODRJGO URIA)⁴⁰, podendo concluir-se, com BROSETA PONT, que: (a) a empresa, como fenômeno econômico-social, deve ter seus direitos e interesses tutelados pelo Direito; (b) a noção de empresa varia em função do ramo do direito (comercial, do trabalho, fiscal), que o emprega; (c) a atenção dos juízes espanhóis está mais voltada para a empresa como sujeito de relações jurídicas, não havendo, portanto, também no direito espanhol, falar em conceito jurídico da empresa.

Anote-se, por fim, que o Código de Comércio da Espanha de 1885, artigo 1º, trata apenas do comerciante, e o artigo 2º, dos atos de comércio, em momento algum se cogitando da empresa. Leis posteriores referiram-se à empresa sem conceituá-la, sendo, hoje, disciplinadas pelo direito positivo as empresas de controle de difusão, empresas editoriais, empresas filiais bancárias, empresas gráficas, empresas importadoras de publicações estrangeiras, empresas nacionais, empresas de jornalismo, empresas pesqueiras conjuntas, empresas de propaganda aérea comercial, empresas publicitárias.⁴¹

§ 13 - NO DIREITO ARGENTINO

Para os autores argentinos, em sua maioria, também não há um conceito unitário de empresa, sobretudo porque o Código de Comércio da Argentina, nos artigos 1º e 8º, disciplina o comerciante e os atos de comércio, apenas uma única vez se referindo à empresa, quando, no artigo 8º, ao enumerar os atos de comércio, alinha como tais, no nº 5, “as empresas de fábricas, comissões, mandatos comerciais, depósitos ou transportes de mercadoria ou pessoa por água ou por terra”, no que muito se assemelha ao artigo 672 do Código Comercial Francês.

§ 14 - NO DIREITO BRASILEIRO

O Código Comercial Brasileiro, afastando-se do Código Francês de 1807, “na feliz expressão de VIDARI o pai de todos os códigos modernos”⁴², não enumerou os atos de comércio, no propósito claro de filiar-se à corrente subjetivista do direito mercantil e ser “exclusivamente um código de comerciantes, ou melhor, o código da profissão mercantil”.⁴³

⁴⁰ Cf. W. BULGARELLI, *ob. cit.*, p. 100.

⁴¹ URIA A. MENEZES, *Código de las Sociedades Mercantiles*, Madrid, 1977, p. 1326.

⁴² *apud* JOÃO EUNÁPIO BORGES, *Curso de Direito Comercial*, Forense, p. 98, nº 2.

⁴³ Cf. JOÃO EUNÁPIO BORGES, *ob. e loc. cit.*s., que elucida em nota de rodapé: “Havendo o Projeto do Código silenciado sobre tal matéria, CARNEIRO LEÃO, em 19.05.1846, apresentou emenda

Todavia, logo a seguir à promulgação do Código Comercial Brasileiro, o Regulamento n° 773, no artigo 19, apesar das acirradas controvérsias suscitadas pelos artigos 622 e 633 do Código de Comércio Francês de 1807, elencou os atos do comércio, ao caracterizar a mercancia, e, dentre eles, incluiu “as empresas: 1) de fábricas, 2) de comissões, 3) de depósitos, 4) de expedição, 5) de consignação e transportes de mercadorias e 6) de espetáculos públicos”. De lá para cá, o uso do vocábulo depara-se-nos a cada passo no direito positivo, como se vê de laboriosa pesquisa de WALDÍRIO BULGARELLI.⁴⁴

Em sede doutrinária, como chamam atenção SYLVIO MARCONDES⁴⁵, EVARISTO DE MORAES FILHO⁴⁶, RUBENS REQUIÃO⁴⁷ e WALDÍRIO BULGARELLI⁴⁸, a maioria sustenta que “o conceito econômico é o mesmo do jurídico”, conforme opinião de BENTO DE FARIA, ALFREDO RUSSEL, SPENCE VAMPRÉ, DESCARTES DE MAGALHÃES⁴⁹, WALDEMAR FERREIRA⁵⁰, FERREIRA DE SOUZA, DARCY BESSONE⁵¹, JOÃO EUNÁPIO BORGES, J. C. SAMPAIO DE LACERDA, PHILOMENO I. DA COSTA, FRAN MARTINS e WALTER ÁLVAREZ⁵², na esteira da definição de CARVALHO DE MENDONÇA, inspirada em VIVANTE, segundo a qual a “empresa é a organização técnico-econômica que se propõe a produzir, mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob sua responsabilidade”.⁵³

contendo a enumeração dos atos de comércio. A emenda foi repelida pelas razões contrapostas por JOSÉ CLEMENTE PEREIRA, entre as quais sobressai a de que “desse sistema de legislar, fazendo a enumeração de atos comerciais, tinham resultado grandes demandas, grandes contestações no *forum*, grandes disputas e até sentenças contraditórias.” (*idem*)

⁴⁴ *Ob. cit.*, p. 216/219.

⁴⁵ *Ob. cit.*, p. 13/15, n° 6.

⁴⁶ *Ob. cit.*, v. I, p. 336, n° 160.

⁴⁷ *Ob. cit.*, p. 47, n° 33.

⁴⁸ *Ob. cit.*, p. 253 e segs., n° 5.

⁴⁹ Cf. SYLVIO MARCONDES, *ob. e loc. cits.*

⁵⁰ **Instituições de Direito Comercial**, Rio, 1947, 2ª. ed., v. II, p. 20/21.

⁵¹ Cf. EVARISTO DE MORAES, *ob. e loc. cits.*

⁵² Cf. WALDÍRIO BULGARELLI, *ob. cit.*, p. 258.

⁵³ **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**, Rio, 1953, v. I, p. 492, n° 345.

Modernamente, diz WALDÍRIO BULGARELLI, autores de nomeada “souberam perfeitamente distinguir os três perfis (ou se se preferir, quatro), que ela assume no plano jurídico, como SYLVIO MARCONDES, OSCAR BARRETO FILHO, RUBENS REQUIÃO”⁵⁴, GAETANO PACCIOLO, ROMANO CRISTIANO e JOSÉ DA SILVA PACHECO⁵⁵, “e sem embargo da posição especial que assumiram, também, FÁBIO KONDER COMPARATO e RUY DE SOUZA”⁵⁶, deixando, entretanto, o ilustre Professor dúvida no leitor a propósito de se esses autores comungam ou não da opinião da maioria.⁵⁷

Vista a noção de empresa sob a ótica do legislador pátrio e dos doutores em lei, passemos ao direito constituendo.

§ 15 - O DIREITO CONSTITUENDO

Como não poderia deixar de ocorrer, a falta de consenso sobre o conceito jurídico de empresa refletiu-se na reforma das leis do Brasil, como, v.g., no Projeto do Código Civil de ORLANDO GOMES, art. 377; no Projeto do Código do Trabalho de EVARISTO DE MORAES, art. 425; no Projeto de Código de Obrigações de SYLVIO MARCONDES, art. 1106.

O novo Código Civil, em fase de redação final, após ser aprovado no Senado Federal, cuida, no Livro II, “Do Direito da Empresa”(arts. 969 a 1196), disciplinando, o Título I, a figura do empresário (arts. 969 a 983).⁵⁸ ◆

⁵⁴ *Ob. cit.*, p. 259.

⁵⁵ *Idem*, p. 259, nota 103.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 259.

⁵⁷ A dúvida cresce de importância quando se lê, em EVARISTO DE MORAES FILHO, que, “ainda entre nós, SYLVIO MARCONDES MACHADO, D. BESSONE, FERREIRA E SOUZA”, teriam seguido a corrente liderada por CARVALHO DE MENDONÇA, cf. *ob. cit.*, p. 337/338, nota 243.

O exame do estudo de SYLVIO MARCONDES, sobre o conceito de empresa, conduz-nos a este esclarecedor período sobre o seu pensamento em tão intrincado assunto: “Rejeitado, por estas ponderações finais, a última feição da empresa” (faltava então o de ASQUINI) “e levada em conta a reserva que se acaba de opor às concepções antecedentes, de concluir-se pela inexistência de componentes jurídicos que, combinados aos dados econômicos, formem um conceito genérico de empresa; ou, considerada a constância do substrato econômico, pela inexistência de um conceito de empresa como categoria jurídica” *ob. cit.*, p. 40, n° 19).

REQUIÃO, a seu turno, dizendo que não se poderia eximir de esclarecer a sua “posição face ao crucial problema da conceituação de empresa”, conclui por afirmar que a empresa é uma abstração (*ob. cit.*, p. 50, n° 34).

⁵⁸ Sobre as divergências de orientação dos diversos autores dos anteprojetos e projetos de lei, consulte-se OSCAR BARRETO FILHO, **Teoria do Estabelecimento Comercial**, São Paulo, Ed. Saraiva, 1969, p. 26/28.

VISÃO GLOBAL DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL*

FRANCISCO MAURO DIAS

Professor da PUC-Rio e UGF. Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

Como este seminário versa sobre aspectos multidisciplinares da lei de responsabilidade fiscal, gostaria de dizer, em primeiro lugar, que farei uma abordagem multidisciplinar mista - pelo menos tentarei fazê-lo - de Política e de Direito. Para dizer, sobretudo, aos magistrados iniciantes, que aprendi em Julien Freund, que escreveu sobre a *essência do político (L'Essence du Politique)*, que o direito é, nada mais nada menos, do que um elo entre a política, que, inspirada em razões ou valores ditos por ele escatológicos, liberdade, igualdade, justiça, vai tentar moldar a realidade social pelo direito, que o completa, dentro de uma dialética, sempre permanente, que se estabelece e se fere entre governantes e governados; entre público e privado; entre amigo, participe dos mesmos objetivos, e inimigo, porque deles não participa, contrapondo-se-lhes.

Ora, evidentemente, a política pode estabelecer objetivos que se enderecem, quer a um regime que seja verdadeiramente democrático, inspirado em liberdade, igualdade e justiça, ou pode, eventualmente, se endereçar a outros propósitos.

Quando nos debruçamos sobre uma Constituição que proclama, logo no seu artigo primeiro, sermos um Estado Democrático de Direito - para horror, por vezes, de Withaker, que diz: *o Estado não é Democrático de Direito; é um Estado de Direito Democrático, porque o Estado de Direito pode ser também Autocrático* - temos de tomar consciência de que, se os valores democráticos ali estão proclamados, evidentemente é a Constituição - e por isso a primeira conferência de hoje: *Aspectos Constitucionais da Lei de Responsabilidade Fiscal*, o ponto de partida para quaisquer considerações que teçamos sobre uma *Visão Global da Lei de Responsabilidade Fiscal*.

* Palestra proferida em 25.05.01, na EMERJ, no seminário "Aspectos Multidisciplinares da Lei de Responsabilidade Fiscal".

Quando verificamos o enfrentamento que hoje se dá entre o Executivo e o Judiciário, preocupado com as conseqüências nefastas que, eventualmente, lhe pode trazer a Lei de Responsabilidade Fiscal, temos de fazer o enfoque necessário dessa conjuntura à luz dos preceitos constitucionais e, em primeiro lugar, como *marcianos*, de que já fomos apodados, os juristas e os magistrados, direcionando-o a uma legislação que foi elaborada, a meu modo de ver, por *lunáticos*...

De toda sorte, passemos a uma análise sistemática dessa legislação a partir da Constituição: vivemos uma crise extraordinária de Estado, uma crise que repercute sobre um apagão que nos ameaça iminentemente, e verificamos que tudo se prende, quando se fala em responsabilidade fiscal, a um princípio fundamental, que está posto no título constitucional da Ordem Econômica e Financeira e que diz respeito a uma atividade administrativa que deve ser regida e presidida pela observância de outros princípios postos de há muito, porque se pretende que essa administração seja *eficiente*.

Eis que o artigo 174 da Constituição diz, às expressas, que o Estado e, portanto, por sua administração, é *agente normativo e regulador da vida econômica*, devendo utilizar-se, para tanto, de instrumentos, que são, em primeiro lugar, um *planejamento*, democrático, como se põe na Constituição, porque obrigatório, compulsório para o poder público ou setor público e meramente indicativo para o setor privado; em segundo lugar, deve servir-se do *incentivo* - que é estudado no capítulo do fomento público, na disciplina de minha especialidade, que é o direito administrativo; e, finalmente, deve exercer *fiscalização* para, entre outras coisas, prover à repressão dos abusos do poder econômico.

Ora, planejamento, desde há quarenta e tantos anos, se introduziu em nossa legislação a partir, em primeiro lugar, da Lei nº 4.320 de 1964, que instrumentalizou a administração para este planejamento efetivo em busca de eficiência, construindo o instituto dos denominados orçamentos-programas da administração. Orçamentos que, lidos por quem quer que fosse da cidadania, permitiriam a este, verificar que a atividade governamental alocava recursos para a realização de despesas conducentes à satisfação de interesses públicos nos diversos setores contemplados no orçamento, por isso refletindo as políticas públicas do programa de governo.

Mais adiante, em 1967, o Decreto-lei nº 200/67 estabeleceu às expensas, no seu artigo 7º, que o princípio do planejamento se instrumentalizava mediante planos de governo, planos regionais e setoriais, orçamentos plurianuais de investimento e orçamentos-programas anuais. Como o orçamento é da receita e, também, da despesa, sendo a receita estimada e a despesa fixada, evidentemente, na ocorrência de descompasso entre receita arrecadada e despesas fixadas, haveria necessidade de um último instrumento, denominado, pura e simplesmente, programação financeira de desembolso.

Ora, como o planejamento é obrigatório para o setor público e meramente indicativo para o setor privado - é o que dispõe o art. 174 da Constituição, no título da Ordem Econômica e Financeira - é curial que a Constituição também teria de cuidar, em capítulo próprio, de Orçamento e de Finanças Públicas. Em razão dessa circunstância, e praticamente em reprodução daquilo que antecedentemente já constava da legislação infraconstitucional, o artigo 165 da Constituição determina que leis deveriam prover no sentido de um plano geral de governo e estabelecer diretrizes orçamentárias para a elaboração dos orçamentos anuais, que destas não poderiam discrepar.

Por último, o artigo 165, § 9º, no seu inciso II, previu a edição de uma lei complementar que dissesse respeito, exatamente, à gestão financeira e patrimonial, isto é, à execução orçamentária. Ora, de acordo com o que se põe na Constituição, os instrumentos têm uma ordem própria, no artigo 165. Plano geral de governo, lei de diretrizes orçamentárias e orçamento-programa, que não podem desrespeitar as diretrizes em que se estabelecem as prioridades para a sua elaboração.

Gestão orçamentária, financeira ou patrimonial é, assim, algo que diz respeito à execução do orçamento, isto é, do planejamento aprovado para o exercício financeiro. Por primeiro, não se pode simplesmente opor entraves ou limites à execução do orçamento, desrespeitando o que haja sido estabelecido como prioridades nas diretrizes orçamentárias e que, eventualmente, se consubstanciou ou se consignou no orçamento-programa anual, mesmo porque a Constituição, hoje, a refere, no artigo 37, quando cuida de administração pública, como infra-estrutura de Governo, porque dos Poderes do Estado: *a administração é direta ou indireta, de qualquer dos poderes do Estado*. Ocorre que isso resultou de uma preocupação do constituinte em visibilizar, tanto no Poder Legislativo como no Poder Judiciário, a exis-

tência de uma infra-estrutura administrativa de apoio, indispensável para a realização de suas funções.

É conveniente recordar, a propósito, que DUGUIT identificava a administração pública com o poder governamental e lembrar que o Decreto-lei 200/67, ao dispor sobre a Reforma Administrativa de então, começa com o Título I: *Da Administração Federal*, cujo art. 1º reza: *Artigo 1º: Exerce o Poder Executivo o Presidente da República, com o auxílio dos Ministros de Estado*. Eis que, quem recolhe e arrecada os recursos a serem providos para as atividades, essenciais ou não, da Administração Pública de quaisquer dos Poderes do Estado é o Poder Executivo. Ocorre, entretanto, que o artigo 2º da Constituição da República, perfilhando o pluralismo que caracteriza o Estado Democrático, diz expressamente que os Poderes são independentes e harmônicos. E, *garantia constitucional qualificada*, na visão de Bonavides, temos clausulada pretremente a independência dos Poderes do Estado: se o Estado é de Direito e se o Estado de Direito tem como garante a Justiça, que é prestada pelo Poder Judiciário, evidentemente não há condição de se preestabelecerem, para o que é essencial à sobrevivência e à própria garantia do Estado de Direito, limites ao que seja indispensável à manutenção desse Poder, para que disponibilize atendimento democrático e igualitário de todos que a ele se enderecem, e, assim, de se porem limites a recursos a tanto necessários e, além do mais, previamente aprovados como prioritários.

De sorte que, na abordagem do tema, a primeira observação a fazer-se é a de que a Lei de Responsabilidade Fiscal foi além do que a Constituição preceitua, com o intuito de regular gestão responsável, ao sobrepor diretrizes às anteriormente aprovadas na Lei de Diretrizes Orçamentárias e configuradas no orçamento-programa a ser executado num determinado período.

De outro lado, vejo que, quando se cogitou de, em busca do *superavit* primário e de redução de despesas do Estado, da adoção, por exemplo, da fórmula que, evidentemente, não pode vingar, como sonhada pelos que a estabeleceram por Emenda Constitucional - processo legislativo próprio de poder constituinte derivado - consistente nos famosos tetos de remuneração, eis que, exatamente por ciosos desse princípio fundamental da independência dos Poderes, criaram a figura teratológica da iniciativa conjunta dos Três para a legislação que devesse implementar a previsão constitucional derivada...

Ora, quando se trata de elaborar as diretrizes orçamentárias, estabelecendo as prioridades a serem contempladas no orçamento, é lógico que, primeiramente, terão de ser contempladas as prioridades do Legislativo e do Judiciário, porque o Estado é de Direito: sem lei não há Estado de Direito, a não ser que haja a pretensão de *ad futurum* suprimirem-se o Legislativo, por já não ser mais necessário, em razão da utilização abusiva e dele substitutiva, que ora se verifica, das medidas provisórias, e o Judiciário, para que não sobreviva, importuno que se tem demonstrado, como garante do Estado de Direito...

Depois de verificadas essas prioridades, à luz de uma indispensabilidade de recursos capazes de prover sem descontinuidade, em primeiro lugar, a manutenção do Judiciário e seu aperfeiçoamento, é que caberá avaliar as disponibilidades com que vai contar o Executivo, para que possa prover, a seu turno, sua manutenção e para que possa lançar-se à consecução de objetivos consentâneos com os fixados, também constitucionalmente, para o Estado.

Por isso, o orçamento, que é de receita corrente ou de capital, é, também, de despesa corrente ou de capital. Despesas correntes servem ao custeio, à manutenção de uma máquina, que deve sobreviver; despesas de capital servem para investimentos e só se pode investir, mesmo na economia doméstica, quando há recursos para investimentos. Quando isto não ocorre, aí sim, para recursos dessa natureza pode e deve haver contingenciamento. Mas isso é tarefa do Executivo, na execução do seu orçamento, não lhe sendo dado, no Estado de Direito, estabelecer parâmetros aplicáveis, sob coação, aos demais Poderes, porque seria flagrante, então, a violação do princípio constitucional sensível da independência dos Poderes, clausulado, inclusive, petreamente.

De onde proveio essa Lei de Responsabilidade Fiscal? De onde surgiu? Qual a sua origem? Temos de nos conscientizar, em primeiro lugar, de que, para tanto ou para isso, já havia alertado sobejamente RICARDO LOBO TORRES, ao afirmar que nossa Lei de Responsabilidade Fiscal é uma cópia imperfeita, produto de uma tradução, *acrítica*, do ***Fiscal Responsibility Act*** da Nova Zelândia. Numa palestra anterior, que improvisei a respeito da Lei de Responsabilidade Fiscal, já havia utilizado a figura, para provocar risos, de que nós importamos uma *lei de país*, pela proximidade com a Islândia, *de pingüins* para um país tropical. Como se isso fosse adequado à nossa cultura... E o fizemos de modo absolutamente imperfeito, porque a Nova

Zelândia é um Estado unitário, parlamentarista, começou a se preocupar com equilíbrio orçamentário desde 1984, tendo adquirido relativa independência, quase que total, a partir de 1986, salvo engano, com o *Constitutional Act*. E mais: Nova Zelândia cuidou de suas estatais em 1988; fez um Ato de Finanças Públicas em 1989 e editou a sua Lei de Responsabilidade Fiscal em 1994. Eis que a transplantamos para o Brasil e dissemos: *vai ter eficácia imediata e geral; adaptem-se aqueles que têm de se adaptar forçosamente às disposições dessa lei*. Isso, evidentemente, é um dislate. Mas, de qualquer forma, é o que aí se encontra...

Quando nos debruçamos - e isso já foi aflorado aqui, com toda certeza - sobre o problema de responsabilidade, dos aspectos constitucionais da lei - estou me reportando a isso apenas para introduzir aquilo que pretendo dizer - nós nos defrontamos com uma situação que tem paralelo com a Lei de Responsabilidade Fiscal, que é *a crise do apagão* que estamos vivenciando: Não houve planejamento, investimentos que deveriam ter sido feitos e adequadamente planejados, foram desviados para outros fins, porque a Lei de Responsabilidade Fiscal tem uma única finalidade: garantir superávit primário para propiciar pagamento de juros das dívidas externa e interna. Nada mais.

A administração está sendo desmoronada, completamente aluída e, daqui a pouco, se caminharmos nesse passo, teremos uma administração pública privatizada, porque ela será por inteiro terceirizada, o que não favorece o Estado de Direito Democrático.

De toda sorte, o Desembargador Jessé Torres, que me antecedeu, gosta muito de se reportar às Escrituras: numa conferência que proferiu sobre responsabilidade fiscal, evocou Jeremias, dizendo: *A paz! Mas só falta a paz... Todos clamam por paz, mas só falta a paz*. Então lembrei-me: *A árvore se reconhece pelo seus frutos*. E preferi, já que o enfoque deste seminário é multidisciplinar, envolvendo política e direito, portanto legislação (uma legislação inadequada para o Estado brasileiro, no momento atual), reunir material para lhes trazer, com o fito de evidenciar, para quem não tenha tido a oportunidade de fazê-lo, quais são os frutos colhidos um ano depois da Lei de Responsabilidade Fiscal.

E, para isso, vou-me louvar na presença, entre os que ora me ouvem, de colegas que já me privilegiaram com o fato de terem sido meus alunos nas pós-graduações em Direito em que leciono, e que sabem que, no desenvolvimento de uma disciplina, *Constituição e Liberdades Públicas*,

adoto um livro-texto que se reporta a *condições prévias para a existência das liberdades*, o que envolve, por primeiro, o desejo da sociedade de vivenciá-las e defendê-las. Relembro, a propósito, uma de suas remissões significativas, a feita a Burdeau, em seu *Liberdades Públicas*, na qual diz que *uma das parcas que fiam, tecem e depois cortam os fios de nossas vidas se chama tecnocracia*. A Lei de Responsabilidade Fiscal é, em dúvida, de viés tecnocrático. Em segundo lugar, de ser lembrado que o papel da imprensa é essencial para que haja, efetivamente, liberdade num Estado que pretende ser um Estado de liberdade e, portanto, um Estado liberal, constitucional ou democrático.

É por essa razão que, sendo a imprensa quem dá voz ao clamor público e, portanto, à sociedade, que lhes vou trazer, para evidenciar os frutos trazidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal o que pela imprensa tem sido vocalizado, sabendo, de antemão, que nem todos poderão ter tido acesso à matéria que selecionei.

Em primeiro lugar, noticiário recente, de 14 de maio de 2001, refere que meu eminente colega e amigo Luís Roberto Barroso proferiu conferência sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal na Procuradoria Geral do Estado, responsabilizando primordialmente pelo seu êxito o Ministério Público: Recordo, então, que a Constituição o eleva à condição de defensor dos direitos indisponíveis da sociedade e espero, assim, que o Ministério Público zele pelo cumprimento da Lei em questão, mas atento na ponderação dos princípios constitucionais e dos relevantes interesses da sociedade cuja defesa lhe incumbe e da maneira por que deve fazê-la.

Em segundo lugar, ressalvo que adotei essa linha de exposição porque, recentemente também, a Associação de Juízes para a Democracia realizou um seminário cujas conclusões foram no sentido de que o Judiciário deve analisar, sim, as políticas de governo, para saber se elas são consentâneas com a principiologia constitucional a que deve ater-se a atividade governamental.

Em terceiro lugar, quando se trata de planejamento, entendo que um ex-Secretário de Planejamento ou Ministro de Planejamento pode, em matéria de responsabilidade fiscal, ter autoridade maior que a de um ex-Secretário de Administração, que fui, e, assim, louvo-me em recente entrevista de João Sayad, publicada por **Isto É** de 16 de maio de 2001, em que, indagado: *Como o sr. vê a Lei de Responsabilidade Fiscal?*, respondeu: *Com a Lei de Responsabilidade Fiscal São Paulo começa a pagar um bilhão e no ano*

que vem, um bilhão e trezentos milhões e a lei impede renegociação. Que negócio é esse? Por que o município da cidade de São Paulo tem de pagar pelas incorreções dos governos anteriores e pela taxa de juros fixada pelo Banco Central, e tão rápido?

Pergunta: *O sr., que já foi ministro do Planejamento, acha que a economia poderia estar menos vulnerável?*

Sayad: *Se tivesse mantido o dólar em um valor alto por mais tempo, o de antes, não a partir de 1999; se não tivesse feito a aventura do Plano Real - que é sobrevalorizar o câmbio -, baixar as tarifas e se endividar (e são quatro anos disso), estaríamos todos melhores, o governo, a sociedade, as indústrias, a agricultura. Não é uma tarefa difícil, era só ter sido menos dogmático, menos exagerado, menos radical, menos argentino. A questão que eu não sei responder é como foi possível destruir a indústria e a agricultura, privatizar tudo, eliminar o emprego da classe média brasileira, que são os empregos estatais...*

Interrompo a leitura, para um comentário: A reforma administrativa de 67 foi feita por iniciativa de Castelo Branco que, em mensagem ao Congresso, dizia ser a empresa força motriz do desenvolvimento. A Consolidação das Leis do Trabalho diz que é empregador a empresa. E a maior empresa do Brasil era a Administração Pública, porque era e ainda é a maior empregadora em todas as esferas do governo. Portanto, era preciso modernizar a administração e torná-la eficiente para se alcançarem níveis desejáveis de desenvolvimento.

Prossigo com Sayad: *... criar uma dívida de US\$ 300 bilhões com apoio político. Essa dívida é muito pior do que a dos governos militares. O atual governo se endividou comprando dólar que voou. Era como se você tivesse feito um empréstimo, comprado um carro e o carro fosse roubado. É a pior dívida que existe. Tudo por conta do saneamento financeiro e do controle do déficit público. Como é possível controlar o déficit público com juros a 40% ao ano? Essa é a verdadeira irresponsabilidade fiscal. Quem paga esses juros? O governo, ou seja, somos nós. Quem investe nesses juros? Os que eram industriais, venderam tudo e vivem de juros.*

Em seqüência, um texto que merece ser lido na íntegra para os que dele não tomaram conhecimento: do **Jornal do Brasil** de 14 de maio e de artigo assinado, também por João Sayad, sob título *Responsabilidade Fiscal*, ressalto os seguintes trechos:

A análise que apresento da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) não serve para nada. A minha posição é ambígua: a lei tem coisas boas que não precisavam ser ditas e coisas ruins que não acreditava que pudessem ser ditas. Analiso a lei apenas como um documento que reflete um espírito da nossa época e sobre a República.

A lei tem como objetivo o equilíbrio e a responsabilidade fiscal do governo em todos os níveis, União, Estados e Municípios.

A lei não tem impacto ou preocupação macroeconômica, isto é, relacionada a problemas como inflação e desemprego decorrentes do déficit público.

Primeiro, porque se um prefeito corrupto tivesse feito empréstimo para construir um chafariz desnecessário em 1994, por um milhão, com as taxas de juros que vigoraram desde então até hoje, teria deixado para o sucessor uma dívida de R\$ 6 milhões. Ainda que o chafariz tenha sido inútil, ou superfaturado, o prefeito responsável deveria responder por apenas um sexto do problema. Os outros 5/6 da dívida são de responsabilidade da política monetária e do Banco Central durante o período.

...

A LRF trata de um governante que parece o coronel Odorico Paraguassu, da novela “O bem amado”, que contrata familiares ... Apesar de patéticos não são capazes de desequilibrar as finanças do País ou causar inflação.

Em seguida, o legislador pretende transformar à força Odorico Paraguassu em Clinton Eastwood, o prefeito-ator de Carmel, linda e pequena cidade de milionários no litoral da Califórnia, o mais rico estado americano, que tem de decidir se autoriza ou não a construção de mais um campo de golfe.

...

A LRF reproduz, como não poderia deixar de ser, os preceitos mais importantes da Lei nº 4.320 de 1964, que regula as finanças públicas do país com duas diferenças importantes: primeiro, transforma em crime a desobediência aos artigos da lei. Depois, tem coragem de escrever que os juros são despesas que devem ser pagas prioritariamente, isto é, antes das despesas com saúde, transportes públicos ou segurança.

Acrescentaria: com a Justiça!

O legislador realizou os sonhos de todos os secretários de Fazenda. A palavra do administrador do dinheiro se torna lei, e a desobediência, crime. Os funcionários públicos querem aumento? Não pode, é crime. Estourou a adutora da cidade? Não pode consertar, é crime. Os juízes querem mais dinheiro? Não pode, é crime.

...

A contratação de qualquer despesa continuada (um professor é uma despesa continuada) precisaria ser financiada por novo imposto ou pelo corte de outra despesa continuada.

...

Entretanto, o governo federal aumentou o salário dos militares e o salário mínimo com base no aumento da arrecadação decorrente do crescimento econômico. Tem sentido e obedece ao senso comum. Do ponto de vista da lei, entretanto, cometeu um crime, pois deveria ter criado novo imposto ou cortado alguma despesa continuada equivalente. Não fiquem aflitos - há juristas que dizem que ninguém pode ser preso por não fazer o impossível.

De acordo com a LRF, se o Brasil tiver dobrado de tamanho daqui a vinte anos, o setor público deverá ser do mesmo tamanho absoluto de hoje ... - E nós estamos sentindo isso, aqui no Judiciário, na nossa própria carne - ... e o resto - novas escolas, prisões, estradas, ruas, hospitais e sinais semaforicos - serão privados.

A Lei de Responsabilidade Fiscal é um documento da nossa época. A folha de pagamento é considerada pecaminosa, as despesas com juros, sagradas. O administrador público aflito, num país com 50 milhões de pobres, sem educação, saúde, casas e estradas, onde o crime e a droga ameaçam a todos em todas as esquinas, é condenado à prisão, se não conseguir resolver problemas insolúveis.

Mais adiante, o Jornal **Valor Econômico**, já no dia 22, na coluna *Legislação & Tributos*, traz em manchete: *Presidente do TJ quer mudanças no limite repassado pelo Estado. Responsabilidade fiscal leva Justiça de São Paulo ao caos.* Segue uma grande nota: *O Presidente do Tribunal de Justiça propôs uma medida drástica: a publicação de uma nova medida*

provisória que modifique o artigo 20 da lei. Assim, seria possível que cada Estado pudesse decidir a necessidade de ultrapassar o limite de 6% da receita corrente líquida com gastos com o pessoal. Em São Paulo a redução já vem sendo feita há cinco anos.

Notem: a lei da Nova Zelândia, que foi mal traduzida e transposta para o Brasil, não tem essa previsão de criminalização por excessos; ao contrário, quando houver extrema necessidade, os limites podem ser excedidos com o compromisso de realização de esforços para repor aquilo que, eventualmente, sobreexcedeu limites que foram ultrapassados.

Pretendia ler, mas não quero parecer demasiadamente exagerado em relação às barganhas orçamentárias, de todos conhecidas porque amplamente divulgadas, para o enterro da CPI da corrupção... Em abril, o Poder Judiciário foi obrigado a contingenciar dotações, mas também a repelir a tentativa do Executivo de nele intervir, dizendo: *tais e tais dotações do Judiciário estão podadas, porque têm de ser, necessariamente, contingenciadas, porém, a meu julgamento.*

Em função da argüição, que, sob liminar, foi considerada procedente de que o Executivo poderia pedir ao Judiciário que fizesse o contingenciamento, mas não fazê-lo, ele próprio, em dotações desse Poder, verificamos que o Judiciário Federal deliberou por um auto-contingenciamento, ressaltando: *isto é o que temos a possibilidade de economizar.* Alguns dias depois, consoante noticiário da imprensa, ocorreram liberações, que nunca se fizeram em catadupas, para atender a emendas parlamentares, sendo que, pelo menos dez dos deputados, que retiraram as respectivas assinaturas do pedido de abertura e de instauração de uma CPI da corrupção, eram beneficiários dessas liberações...

Ora, o que o artigo 168 da Constituição estabelece é que as dotações do Ministério Público e do Poder Judiciário serão repassadas em duodécimos a essas instituições. Que dotações? As dotações orçamentárias. Como gastá-las é problema da Lei de Responsabilidade Fiscal, mas como estabelecê-las, sem limitações que não as que constam do próprio orçamento fiscal aprovado, é tarefa da Lei de Diretrizes Orçamentárias e do Orçamento, da Lei do Orçamento-Programa. Não há como confundir. Há, assim e efetivamente, uma violação clara do princípio da independência harmônica dos Poderes.

Para encerrar: examinei, há um mês atrás, uma dissertação de mestrado na UERJ - defendida por uma querida amiga, professora do Departamento

de Direito da PUC, ora sob minha direção, Francis Waleska Esteves da Silva - sob título: *A lei de responsabilidade fiscal e os seus princípios informadores*. Assim como, de certa forma, resisti ao convite-intimação para vir proferir esta conferência, apesar de que me proporcionasse e me desse muito prazer, também resisti ao convite, não intimação, para fazer a apresentação da obra em que se convolou referida dissertação. Tendo-a feito, permito-me transformá-la em fecho deste colóquio:

“Sob orientação acadêmica privilegiada, Francis Waleska Esteves da Silva elaborou essa A Lei de Responsabilidade Fiscal e os seus princípios informadores, dissertação de mestrado de méritos inegáveis, cuja defesa perante banca examinadora que tive a honra e prazer de integrar, na Universidade do Estado do Rio de Janeiro -UERJ, grangeou-lhe a titulação almejada.

Instigaram-na, com certeza, à escolha do tema, a par da atualidade de que se reveste, advertências judiciosas de seu orientador, o conceituado professor e jurista Ricardo Lobo Torres, no seu Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário, Volume V, O orçamento na Constituição (Rio de Janeiro, Renovar, 2ª edição, 2000, 503p), como, e.g., as seguintes:

a) A grande novidade da década de 90 em prol do orçamento equilibrado surgiu nos países da OCDE, principalmente Nova Zelândia, Austrália, Islândia e Suécia, em movimento de índole liberal, apoiado na política de responsabilidade fiscal, controle de gastos e planejamento de longo prazo (p. 285);

b) A Lei Complementar de Responsabilidade Fiscal tem conotação centralizadora, ao prever severo controle das finanças municipais. Por muito mais que mera coincidência, deixou-se influenciar pelo Fiscal Responsibility Act da Nova Zelândia, país que mantém rígido centralismo financeiro (p. 302);

c) O princípio da responsabilidade encontra-se em permanente tensão com o desenvolvimento econômico. A sua exacerbação nos últimos anos, principalmente no modelo da Nova Zelândia, tem sido visto pelos desenvolvimentistas, como vitória da política neoliberal recessiva (p.309);

d) Última, mas decisiva, trazida à colação: Aaron Wildawsky ... considera o equilíbrio orçamentário, problema de cultura

política (grifo nosso), o que o torna inalcançável por alguns povos (p. 284, nota 567, in fine).”

A Francis Waleska não passaram despercebidas tais advertências, tanto que incursiona na obra em que ora se converte sua festejada dissertação acadêmica e cuja apresentação, também e sobremodo, muito me honra, em análise, de indispensável leitura, ao *Fiscal Responsibility Act no Sistema Neozelandês e Federalismo*, assinalando, em considerações gerais introdutórias ao tópico:

O Fiscal Responsibility Act de 1994 neozelandês encontra-se inscrito em um sistema constitucional parlamentarista, de origem inglesa, que se dissocia por inteiro de nosso sistema presidencialista e de influência romano-germânica.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o federalismo é princípio estranho ao ordenamento constitucional da Nova Zelândia, haja vista que se cuida de um Estado unitário e parlamentarista, no qual as suas fontes constitucionais se traduzem por meio de statutes, common law, entre outros institutos fundamentais à sua organização político-administrativa, porém estranhos ao nosso sistema constitucional.

O transplante puro e simples, inadequado, do Ato de Responsabilidade Fiscal da Nova Zelândia para o Brasil ratifica, em tudo e por tudo, o aserto de Wildawsky, citado por Lobo Torres, de que *o equilíbrio orçamentário é problema de cultura política*. A tentativa de violação flagrante da *garantia constitucional qualificada, cláusula pétrea, de independência do Poder Judiciário* já ocorreu, embora se haja frustrado parcialmente; o orçamento fiscal continua *rabilongo*, na feliz *boutade* de Rui Barbosa, mercê das *emendas paroquiais* que lhe fazem os parlamentares e cujas dotações hão de ser entendidas de liberação compulsória, não podendo, de modo algum, ser alcançadas por *princípios da responsabilidade fiscal*, tão bem esquadrihados por Francis Waleska.

A leitura desta obra, que desnuda as origens da Lei de Responsabilidade Fiscal da Nova Zelândia, melhor dizendo, do Brasil, se afigura, assim, indispensável à compreensão da conjuntura econômico-financeira neoliberal de um País que aspira, sob regime indisfarçavelmente autoritário, a constituir-se em *Estado Democrático de Direito*... ◆

A NORMA CONSTITUCIONAL

NAGIB SLAIBI FILHO

Professor da EMERJ e da UNIVERSO. Desembargador do TJ/RJ

1. DISPOSITIVO OU TEXTO E NORMA

A Constituição não se resume ao seu escrito, à sua expressão gráfica, à sua letra ou ao conjunto de dispositivos em que se articula.

A Lei, quando a ela o jurista se refere como substantivo próprio, não se esgota no dispositivo, no texto gráfico, no significado, na interpretação meramente literal ou gramatical.

O Direito está muito além da Lei assim como a Constituição está muito além do papel que a expressa.

Dispositivo ou texto é o significante ou o enunciado que expressa o comando, de onde o mesmo é extraído, como, por exemplo, o constante no art. 5º, L, ao dispor que às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (de onde se extrai norma de proteção ao lactente e não de proteção à lactante) ou o disposto no art. 121, *caput*, do Código Penal (matar alguém. Pena: de 6 a 20 anos de reclusão) ou o símbolo **proibido fumar**.

A norma é a regra de conduta que se extrai do dispositivo, como, nos mencionados dispositivos, as normas *não matarás* e *não fume*.

Inconfundíveis os dispositivos constitucionais em relação às normas constitucionais: aqueles simplesmente indiciam estas, dão o roteiro do início de sua compreensão.

O escrito, ou o dispositivo, *não matarás*, pretende impor uma conduta que considera essencial para a vida social e para o retorno do homem à divindade.

Mas a norma jurídica não se confunde com tal comando, porque de tal enunciado podem ser extraídas as seguintes normas: “não mate, salvo em legítima defesa”; “não mate, salvo em estado de necessidade”; “não mate, salvo em caso de guerra”; e “não mate, salvo se for para salvar a parturiente”.

Não se restringe, assim, a norma ao dispositivo; este é a expressão gráfica, o significante; aquela o significado, o comando que se extrai do dispositivo.

Etimologicamente, norma significa esquadro, régua, e revela, no campo do comportamento humano, a diretriz de um comportamento socialmente estabelecido.

Como norma expressa a conduta, o seu núcleo é a palavra que expressa a ação ou a omissão, isto é, o verbo.

Por exemplo, do disposto no art. 5º, LXXVII, da Constituição (“são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data* e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania”), podemos extrair diversas normas:

a) a ação de *habeas corpus* é sempre gratuita, ainda que o impetrante tenha agido de absoluta má-fé;

b) a ação de *habeas data* é sempre gratuita, ainda que o requerente tenha agido de absoluta má-fé;

c) na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania são gratuitos;

d) se não houver lei impondo os ônus do custeio, os atos necessários ao exercício da cidadania são gratuitos.

A norma constitucional pode ser encontrada em um ou mais dispositivos da Constituição, como, por exemplo, o que está no art. 220, § 1º, sobre a liberdade de informação jornalística, a se remeter às disposições concernentes aos direitos fundamentais como limites de extensão da mesma liberdade de informação.

Do disposto no art. 45, § 1º (“O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados”), podemos extrair diversas normas, entre outras:

a) o número total de deputados será estabelecido por lei complementar;

b) a representação por Estado e pelo Distrito Federal atenderá à proporção da respectiva população;

a) nenhuma entidade federativa terá menos que oito deputados federais;

- b) a maior entidade federativa terá, no máximo, setenta deputados;
- c) os ajustes serão feitos no ano anterior às eleições.

Contudo, tal dispositivo, por extenso que seja, não foi suficiente para regular todas as condutas quanto a este tema específico, pois dispõe o § 2º do art. 4º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que é assegurada a irredutibilidade da atual representação dos Estados e do Distrito Federal na Câmara dos Deputados, em norma que, aliás, não tem caráter transitório, que perdurasse somente por uma legislatura, pois constitui cláusula vedando diminuir a representação que existia quando a Constituição foi promulgada, em 5 de outubro de 1988.

Assim, os dispositivos constitucionais (artigo, inciso, parágrafo, denominação de seção ou capítulo) exigem leitura que não se limita à expressão gráfica.

Veja-se, ainda, o dispositivo do *caput* do art. 227 da Constituição, em que se extraem diversas normas, todas decorrentes do dever da família, da sociedade e do Estado de garantir à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito ao pleno desenvolvimento de sua personalidade em formação.

Mas as normas constitucionais, como as demais normas jurídicas, estão limitadas por seu caráter de generalidade e abstração, editadas que foram para regular situações futuras que nem sempre são, de plano, previsíveis, e a regular condutas que se perdem na multidão das pessoas a que se destinam.

Por isso as normas jurídicas vão se compor não só de elementos essenciais, como o preceito (a descrever hipotéticos fato ou relação social) e a sanção (a descrição das conseqüências jurídicas caso incida a situação descrita no preceito), como, também, por elementos acidentais, a restringir ou ampliar a normatividade, quer aqueles de elementos descritivos, de pronta apreensão objetiva (como, por exemplo, a expressão criança), quer os elementos sociais (na expressão, por exemplo, *honesto*) ou elementos jurídicos (por exemplo, a expressão *posse*).

1.1. Regras para redação do texto constitucional

O texto constitucional só é documento jurídico quanto ao seu resultado: não é o Direito que rege sua origem, mas a Política.

Os agentes políticos, na busca de soluções conciliatórias, que possam admitir o consenso necessário à aprovação coletiva, principalmente em uma Constituição compromissória, como a de 5 de outubro, muitas vezes impedem o que se poderia considerar como a boa técnica legislativa.

A Nação exigia, depois de quase dois anos de intensos debates pela Assembléia Nacional Constituinte, a urgente promulgação da Constituição, pelo que não se podia mais retardar nem os acordos políticos nem a redação do texto - a própria supremacia da Constituição impediu que a mesma fosse burilada, em sua linguagem, com o mesmo cuidado e tardar, vale lembrar, com que se escreveu o Código Civil de 1916.

Hésio Fernandes Pinheiro nos ensina:

“A técnica legislativa, tomada em seu sentido lato, envolve todo o processo evolutivo de elaboração das leis, isto é, desde a verificação da necessidade de legislar para um determinado caso até o momento em que a lei é dada ao conhecimento geral.

A técnica legislativa, pois, envolve em seu conceito não só as fases de iniciativa, elaboração, discussão, sanção, promulgação e publicação da lei, mas também se manifesta em todas as operações que em qualquer dessas etapas se verificam.

Na segunda fase, v. g., inclui-se a parte chamada de apresentação ou de redação, que se subdivide em:

a) apresentação formal (redação propriamente dita);

b) apresentação material (disposição do assunto devidamente subdividido ou agrupado)”¹.

Discutindo sobre a técnica de elaboração constitucional, Fran Figueiredo diz que seria até mesmo apropriado falar-se de uma nomografia constitucional. A expressão, de origem grega, vem de **nomos** e **graphos**, ou seja, a arte de redigir leis. E aduz:

“Esta nomografia constitucional, ou esta arte de redigir as leis constitucionais, é um trabalho eminentemente técnico, exigindo conhecimentos doutrinários e metodológicos sobre a construção normativa. A linguagem constitucional distingue-se da linguagem jurídica, lato sensu, pelo teor político que envolve. Os conceitos constitucionais devem exprimir realidades concretas, integrando um conjunto simétrico, não lhes podendo faltar conexão de sentido”².

¹ Hésio Fernandes Pinheiro, **Técnica legislativa e as constituições e leis constitucionais do Brasil**, Rio de Janeiro, Liv. Jacinto, 1945, p. 15.

² Fran Figueiredo, **Metodologia constitucional: técnicas de elaboração e técnicas de interpretação**, Brasília, Ed. Itamari, p. 110.

A técnica de redação da Constituição de 1988 obedeceu à orientação do Constituinte Bernardo Cabral, seu Relator-Geral na Assembléia Nacional Constituinte que, ao apresentar o Projeto de Constituição “B”, para ser apreciado em segundo turno, teve oportunidade de dizer que se orientou pelas regras regimentais internas e pelas obras de Hésio Fernandes Pinheiro (**Técnica legislativa**) e de José Queiroz Campos (**A arte de elaborar a lei**), além da síntese que José Afonso da Silva fez no **Manual do vereador**.³

Disse mais:

“(....)

1. *O artigo deve enunciar a regra geral sobre um único assunto.*
2. *Exceções, complementos e pormenores constituem matérias para parágrafos, que devem manter íntima relação com o assunto do artigo.*
3. *Em face de sua finalidade, deve-se evitar o emprego, no texto do parágrafo, de expressões como ‘observado o disposto neste artigo ou no caput deste artigo’, ‘no caso, na forma, na hipótese ou nos termos deste artigo’, que só contribuem para tornar o enunciado mais extenso, sem nada elucidar.*
4. *Os textos de artigo ou parágrafo que contenham enumerações ou discriminações extensas devem ser desdobrados em incisos (algarismos romanos), e o destes, na mesma hipótese, em alíneas (letras minúsculas).*
5. *O emprego de incisos ou alíneas não pode implicar quebra de pensamento, isto é, descontinuidade do enunciado, cuja introdução é, sempre, o texto do caput do artigo ou parágrafo.*
6. *Nos agrupamentos de artigos (subseções, seções, capítulos e títulos), há que tomar o cuidado de pôr o artigo no lugar mais adequado, isto é, no segmento com que mantenha maior afinidade.*
7. *Nos artigos que exijam desdobramentos numerosos, devem-se agrupar, tanto quanto possível, os parágrafos, incisos e alíneas sobre assuntos correlatos.*

³ Hoje está em vigor a Lei Complementar nº 95, de 28 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal; o Decreto presidencial nº 2.954, de 29 de janeiro de 1999, estabelece regras para a redação de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo.

8. Disposições transitórias não cabem entre as de caráter permanente e vice-versa.

9. Na elaboração do texto de artigo ou de qualquer de seus desdobramentos, evite-se o emprego de ponto ou ponto-e-vírgula intercalares, pois, quando isso ocorre, ou o texto está mal redigido, ou consagra enumeração (caso em que o uso de incisos ou alíneas se impõe), ou enuncia a regra geral acompanhada de complementos ou exceções (hipótese em que se devem usar parágrafos).

10. A precisão recomendada pela boa técnica normativa dispensa expressões exemplificativas”.

Observe-se que não foi possível, na redação final, o cumprimento rigoroso de todas as regras susomencionadas, como se vê, por exemplo, na posição topográfica do § 1º do art. 5º, que se refere a todo o Título II e não só àquele artigo.

2. ELEMENTOS DA NORMA

Além do núcleo da norma, isto é, o verbo que expressa a conduta, a norma dispõe de outros elementos, como o destinatário (a quem se dirige a conduta desejada, como, por exemplo, no art. 34, *caput*, ao se referir à União, ou no art. 227, *caput*, sobre a família, a sociedade e o Estado, nesta ordem).

Ainda em busca da força normativa que ensejará a sua eficácia social, não pode a norma constitucional fugir de conceitos jurídicos indeterminados, que são aqueles que vão permitir ao sujeito concretizante uma margem maior de atuação na busca do seu sentido normativo, como, por exemplo, se vê no art. 144 da Constituição de 1988, onde constam as expressões *ordem pública e incolumidade das pessoas e do patrimônio*.

Nos conceitos jurídicos indeterminados dilarga-se a discricionariedade do agente concretizador.

Contudo, não se veja, neste alargamento do poder do agente, qualquer malferimento à segurança que todos aspiram encontrar na aplicação da norma constitucional, embora se tenha presente no espírito a possível ocorrência de teratologias como o desvio ou o abuso de poder.

Na verdade, tais campos discricionários representam conceitos amoretcedores a permitir, em cada caso, ao sujeito concretizante ultrapassar a

contradição existente entre a generalidade e a abstração da norma jurídica e a concretização e individualização que se esperam da decisão.

A discricionariedade, extraindo-se a expressão do campo administrativo, é o poder que a ordem jurídica concede ao agente para escolher entre várias alternativas de conduta, permitindo-lhe, ainda que o deva fazer motivadamente, que dê ao caso concreto a solução mais conveniente dentro daquelas alternativas previstas na norma jurídica.

Não se confunda a discricionariedade com a arbitrariedade - aquela decorre de um campo de atuação delimitado pela ordem jurídica, esta não se limita e até mesmo afronta a norma.

Tem o legislador a maior parcela de discricionariedade concedida pela Constituição, porque somente a ela ele se vincula no seu poder legislativo, enquanto, de regra, o executivo, o juiz e o administrador submetem-se à Constituição e às leis, nessa ordem.

Veja-se, no campo econômico, a ampla margem de atuação deferida ao legislador pelos conceitos indeterminados contidos na denominada constituição econômica, isto é, as normas constitucionais que regulam, certamente de forma bem ampla, as relações de produção, comércio e consumo.

Por que a Constituição se pretende perene, tanto quanto possa, sabe de seu caráter de generalidade e abstração e que está jungida a um determinado tempo histórico, ela mesma concede às suas normas um campo de atuação para os seus agentes de concretização.

Assim, por exemplo, ela permite ampla discricionariedade na formulação das políticas econômicas, propiciando ao cidadão-eleitor não mais uma limitada opção dilemática entre liberalismo e socialismo em suas formas extremadas, mas o poder de escolher, dadas determinadas situações históricas, o grau de maior ou menor intervencionismo do Estado na ordem econômica, permitindo que se alternem governos eleitos, de uma ou outra corrente, sem que se tornem necessárias mutações formais da Constituição, através de sua reforma por emenda ou revisão.

2.1. Princípios e regras ou preceitos

As normas podem conduzir a princípios e a regras ou preceitos.

O princípio é toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam e, portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: seja, pois, estas efetivamente postas, seja, ao

contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém...⁴ “os princípios estão para as normas particulares como o mais está para o menos, como o que é anterior e antecedente está para o posterior e o conseqüente”.⁵

Já as regras ou preceitos são as normas particulares, dotadas de menor generalidade, que, no entanto, assim como os princípios, apresentam caráter de normatividade, a impor condutas.

É regra ou preceito a norma que se extrai do disposto no art. 226, § 6º, *in fine*, de que o divórcio direto somente pode se dar após a comprovada separação de fato por dois anos.

De um mesmo dispositivo, podem-se extrair princípios e regras; v.g., do disposto no art. 42, § 1º, extrai-se o princípio de que o número de Deputados Federais em cada entidade federativa é estabelecido proporcionalmente à população, e a regra ou preceito de que o maior Estado contará, no máximo, com 70 deputados.

Não se pense que os princípios, pela baixa densidade normativa, como, v.g., homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta⁶ (poderia ser de outra?) Constituição. O princípio tem a sua força normativa, pois tal força é inerente a todas as normas constitucionais.

Como espécies de normas, princípios e regras não perdem o seu caráter de ato de poder, e, em se tratando de norma constitucional, da imperatividade decorrente da supremacia queorna e justifica a existência da Constituição como ato de vontade do titular da soberania, o povo.

Dos princípios decorrem as regras, estas dotadas de menor generalidade, mas secundárias aos princípios que fecundaram o seu conteúdo normativo.

Os princípios têm alto grau de generalidade, as regras grau relativamente menor de generalidade.⁷

De acordo com o grau de generalidade, classificam-se as normas em princípios e regras; e aqueles podem oferecer diferentes patamares, a começar pelos princípios estruturantes (no dizer de Canotilho) também denominados,

⁴ Crisafulli, Vezio, **La costituzione e le sue disposizioni di principio**, Milano, 1952, p. 15.

⁵ Crisafulli, Vezio, op. cit., p. 96.

⁶ Veja-se a criticável redação do dispositivo, ao se referir a “esta Constituição”. Por acaso, poderia se referir a outra Constituição?

⁷ Robert Alexy, **Theorie der Grundrechte**, Baden-Baden, 1985, p. 72, *apud* Paulo Bonavides, **Curso de direito constitucional**, 6ª ed., São Paulo, Ed. Malheiros, 1996, p. 249.

na Constituição de 1988, como princípios fundamentais (os encontrados no Título I, aliás, com esta denominação); a seguir os princípios gerais, mas específicos, como aqueles referidos no *caput* do art. 37, a reger a Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade), até chegar aos princípios especiais, regentes de setores mais específicos (como, por exemplo, aqueles referentes à licitação, descritos no art. 37, XXI).

Quanto às regras ou preceitos, são normas que, embora ainda genéricas e abstratas, têm conteúdo de menor abstração, como, por exemplo, a norma decorrente do disposto no art. 45, § 1º, da Constituição de 1988, ao dispor sobre o quantitativo de Deputados Federais para o maior e para o menor Estado.

Não se pense, no entanto, que, embora classificadas pelo grau de generalidade, as normas constitucionais, quer os princípios, quer as regras ou preceitos, estejam separadas ou compartimentalizadas, com âmbito de normatividade perfeitamente delineado; na verdade, inseridas que estão no sistema constitucional, integram-se harmonicamente, e buscam, umas e outras, em relação dialética, implementar o seu âmbito normativo.

2.2. Sistema normativo

A Constituição, quanto aos demais textos legislativos, deles se diferencia pelo caráter de supremacia, mas a eles se iguala porque também, como eles, integra um sistema normativo; neste sentido, retornemos a Canotilho ao afirmar que “o sistema jurídico do Estado Democrático de Direito é um sistema normativo aberto de regras e princípios”.

É um sistema aberto, porque é dinâmico e receptivo às influências externas.

Nesse aspecto, não se deixe de mencionar a visão positivista a limitar o mundo jurídico ao texto legal, como a muitos parece Kelsen a considerar o sistema normativo como um sistema piramidal de normas jurídicas positivas.

Outros, entre os quais Luhman, visualizam o sistema normativo como um sistema circular e contínuo, de criação que não se esgota no momento da edição do texto, em que cada elemento recebe a sua qualidade normativa de um outro elemento, sem que se possa falar em idéia de prioridade ou de preferência.

A norma constitucional, elemento de um sistema dinâmico, interage com todo o sistema, dispondo, até mesmo, de uma capacidade de aprendi-

zagem para haurir, a cada momento, os significados de outras normas que sejam consentâneos com a realidade fática.

É um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas do poder constituinte, referentes aos valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas jurídicas, a expressar os comandos políticos que conduziram à sua elaboração; porque comandos dotados de politicidade, de tal gênese vai decorrer o seu caráter de essencialidade e mutabilidade.

É um sistema de regras (ou preceitos) e princípios, porque as normas do sistema tanto podem revelar-se através de princípios, como sob a forma de regras.

Dos princípios decorrem as regras, estas dotadas de menor generalidade, mas secundárias aos princípios que fecundaram o seu conteúdo normativo.

2.3. *Conflito de princípios*

Constituições democráticas, nascidas de intenso debate e de demorado consenso entre diferentes ideologias políticas, como a Constituição brasileira de 1988, podem expor em seus dispositivos normas que se mostram conflitantes nos valores tutelados, o que se nota pelos princípios que albergam justamente tais valores.

Ouçã-se a voz de Canotilho:

“O fato de a constituição constituir um sistema aberto de princípios insinua já que podem existir fenômenos de tensão entre os vários princípios estruturantes ou entre os restantes princípios constitucionais gerais e especiais. Considerar a constituição como uma ordem ou sistema de ordenação totalmente fechado e harmonizante significaria esquecer, desde logo, que ela é, muitas vezes, o resultado de um compromisso entre vários actores sociais, transportadores de idéias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até antagônicos ou contraditórios. O consenso fundamental quanto a princípios e normas positivamente constitucionalmente plasmados não pode apagar, como é óbvio, o pluralismo e o antagonismo de idéias subjacentes ao pacto fundador.

A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente

incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma lógica do 'tudo ou nada'. Assim, por exemplo, se o princípio democrático obtém concretização através do princípio maioritário, isso não significa desprezo da proteção das minorias; se o princípio democrático, na sua dimensão econômica, exige intervenção conformadora do Estado através de desapropriações e nacionalizações, isso não significa que se posterguem os requisitos de segurança inerentes ao princípio do Estado de direito (princípio da legalidade, princípio da justa indenização, princípio de acesso aos tribunais para discutir a medida de intervenção etc.).

.....
A densificação dos princípios constitucionais não resulta apenas de sua articulação com outros princípios ou normas constitucionais de maior densidade de concretização. Longe disso: o processo de concretização constitucional assenta, em larga medida, nas densificações dos princípios e regras constitucionais feitas pelo legislador (concretização legislativa) e pelos órgãos de aplicação do direito a problemas concretos, designadamente os tribunais (concretização judicial). Qualquer que seja a indeterminabilidade dos princípios jurídicos, isso não significa que eles sejam imprevisíveis. Os princípios não permitem opções livres aos órgãos ou agentes concretizadores da constituição (imprevisibilidade dos princípios); permitem, sim, projeções ou irradiações normativas com um certo grau de discricionariedade (indeterminabilidade), mas sempre limitadas pela juridicidade objetiva dos princípios. Como Dworkin, 'o direito - e desde logo, o direito constitucional - descobre-se, mas não se inventa'".

No mesmo diapasão, os preciosos ensinamentos de Clémerson Merlin Cléve:

"A Constituição contém um 'registro de aprendizagem',⁸ por isso que se comunica continuamente com a realidade histórica. A baixa densidade normativa da Constituição e a alta abstração de seus comandos constituem meios adequados para garantir a constante

evolução de seu significado e o ajustamento de seu sentido às exigências da realidade sem a necessidade de se convocar a todo o instante a manifestação do poder constituinte derivado. A abertura da Constituição permite o que a doutrina vem chamando de mutação constitucional - o evoluir permanente do sentido da ordem constitucional para o efeito de acompanhar a história e o seu progresso. A força normativa da Constituição implica, pois, a construção de uma via de duas mãos: a Constituição conforma a realidade, mas ao mesmo tempo é, de certo modo, também por ela (pela realidade) conformada. Cumpre concordar com Hesse - a Constituição 'a) determina os princípios diretores segundo os quais se deve formar a unidade política e prosseguir a atividade estatal; b) regula o processo de solução de conflitos dentro da comunidade; c) ordena a organização e o processo de formação da unidade política e da atuação estatal; e d) cria os fundamentos e normativiza os princípios da ordem jurídica global'.

...

A doutrina vem procurando definir a Constituição como 'um sistema aberto de princípios e preceitos' (Canotilho). Os princípios, ninguém desconhece, possuem características que os diferenciam das regras ou preceitos. Dispõem de maior grau de abstração e, portanto, menor grau de densidade normativa, e bem por isso sintetizam, fundamentam e estruturam o sistema constitucional. Além disso, condensam as idéias estruturais do sistema, razão pela qual, em geral, os preceitos constituem desdobramentos de idéias-sínteses engessadas nas disposições principiológicas. Os princípios, mesmo que implícitos, e inclusive aqueles enunciados no preâmbulo, dispõem de uma funcionalidade. Ou seja, prestam-se para alguma coisa. São,

⁸ O "registro de aprendizagem" ou a "capacidade de aprendizagem" segundo Canotilho significam a disponibilidade das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça.

pois, funcionais. Eles cimentam a unidade da Constituição, indicam o conteúdo do direito de dado tempo e lugar e, por isso, fixam standards de justiça, prestando-se como mecanismos auxiliares no processo de interpretação e integração da Constituição e do direito infraconstitucional. Mais do que isso, experimentam uma eficácia mínima, ou seja, se não podem sofrer aplicação direta e imediata, exigindo no mais das vezes (não é o caso dos princípios-garantia) integração normativa decorrente da atuação do legislador, pelo menos cumprem eficácia derogatória da legislação anterior e impeditiva de legislação posterior, desde que incompatíveis com seus postulados. Aliás, também as normas programáticas atuam, pelo menos, essas últimas funções. Daí por que elas operam, no mínimo, uma eficácia negativa, paralisando os 'efeitos de toda e qualquer norma jurídica contrária a seus princípios' (Canotilho)".

2.4. Norma constitucional inconstitucional?

A questão pode ser enfocada sob variados aspectos.

Quanto à distinção entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado, este manifesta-se através de emenda (art. 60, § 4º) ou do ato decorrente da revisão (ADCT, art. 3º), em decorrência se admitindo a eventual inconstitucionalidade da emenda constitucional em face da constituição originária. O Supremo Tribunal Federal reconheceu expressamente tal distinção, em sessão plenária de 15 de setembro de 1993, ao proclamar a inconstitucionalidade de dispositivos da Emenda Constitucional nº 3/93, que instituiu o recolhimento do IPMF no mesmo exercício fiscal.⁹

Na visão filosófica do Direito Natural, entendendo que haveria inconstitucionalidade da própria constituição originária quando atentasse contra os princípios ditos naturais, quais sejam aqueles que decorreriam da própria natureza das coisas.¹⁰

⁹ "O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de inconstitucionalidade" (ADIn 466, Pleno, maioria, Celso de Mello, julgada em 03/04/91).

Finalmente, na perspectiva do Direito Positivo, citemos o Professor de Heidelberg, Otto Bachof,¹¹ em trabalho da década de 50, que extrai do próprio texto constitucional uma gradação de valores que, se descumpridos em normas de menor densidade, vulnerariam o sistema constitucional.¹²

Veja-se excerto da obra de Otto Bachof sobre o tema, destacando-se que o próprio título da obra indica que o mesmo não adotou posição que desde logo afirmasse a possibilidade teórica de conflitos entre os valores postos pela própria constituição originária:

“Põe-se, além disso, a questão de saber se também uma norma originariamente contida no documento constitucional (e emitida eficazmente, sob o ponto de vista formal), uma norma criada, portanto, não por força da limitada faculdade de revisão do poder constituído, mas da ampla competência do poder constituinte, pode ser materialmente inconstitucional.

Esta questão pode parecer, à primeira vista, paradoxal, pois, na verdade, uma lei constitucional não pode, manifestamente, violar-se a si mesmo. Contudo, poderia suceder que uma norma constitucional de significado secundário, nomeadamente uma norma só formalmente constitucional, fosse de encontro a um preceito material fundamental da Constituição: o facto é que por constitucionalistas tão ilustres como Kruger e Giese foi defendida a opinião de que, no caso de semelhante contradição, a norma constitucional de grau inferior seria inconstitucional e inválida”.

O tema foi submetido à cognição do Supremo Tribunal Federal através de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo então Governador Al-

¹⁰ Nesse sentido, Juarez Freitas, **A substancial inconstitucionalidade da lei injusta**, Petrópolis, Ed. Vozes, 1989.

¹¹ Otto Bachof, **Normas constitucionais inconstitucionais?**, tradução por José Manuel M. Cardoso da Costa, Ed. Atlântica, [19—].

¹² Os autores europeus, inclusive Canotilho e Jorge Miranda, repudiam tal posicionamento, como reporta Paulo Bonavides, **A Constituição aberta - temas políticos e constitucionais da atualidade**, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1993, p. 281-310, em parecer sobre a ação direta de inconstitucionalidade.

ceu Collares, do Rio Grande do Sul, acoimando norma decorrente do disposto no art. 45, § 1º, a conceder ao Estado de São Paulo 70 deputados federais, a despeito de sua população contar com mais de 33 milhões de pessoas e o eleitorado, mais de 21 milhões, enquanto Estados menores, com pouco mais de 400 mil habitantes e 250 mil eleitores, dispõem de oito vagas na Câmara dos Deputados, o que indicaria a baixa densidade do voto paulista, assim a malferir o princípio geral constante do art. 14, *caput*, de que o voto é igual para todos, o que repristina o princípio ianque *one man one vote*.

Com três votos que acolhiam a ADIn, a maioria, liderada pelo Ministro Moreira Alves, não conheceu da ação, pois o disposto no art. 102, I, “a”, da Constituição somente admite ADIn que contraponha a Constituição originária com atos derivados, mas não ação que tenha por objeto contrastar princípios constantes da própria Constituição originária.

3. VALOR OU OBJETIVIDADE JURÍDICA DA NORMA

A norma tem o seu fundamento, a sua razão de ser, a sua objetividade jurídica.

A norma *não fumar* funda-se na proteção da saúde; a norma que regula a representação dos Estados e do Distrito Federal pelos deputados federais funda-se no equilíbrio imprescindível ao regime federativo.

Toda a norma tem a sua objetividade jurídica ou valor por ela tutelado, ainda que o dispositivo não o expresse diretamente. Por exemplo, do disposto no art. 5º, II, a expressar o princípio da liberdade jurídica (ou da legalidade, na expressão de Pontes de Miranda), o valor protegido é o do liberalismo filosófico.

Fundamentam-se os princípios em valores, as regras ou preceitos, em validade.

Eventual conflito de princípios resolve-se no plano axiológico, dos valores que intentam preservar; eventual conflito de regras resolve-se pelo critério de sua validade jurídica, ou de aptidão para produzir os efeitos pretendidos.

Incorre, no entanto, conflito entre princípio e regra ou preceito, porque aquele inspira esta, que dele decorre.

Se aparentemente contraditório o preceito em face do princípio, há que se buscar a interpretação que permita a prevalência do valor que ensejou o princípio.

Daí por que a grande transformação operada neste século pela Ciência Política, da qual o Direito Constitucional é um dos ramos: os valores

postos em nível constitucional ganham ascendência sobre a validade das regras específicas.

Acompanha-se, nesse passo, a transformação do Poder Público, que passa do antigo princípio da legalidade (art. 37, *caput*) para o princípio da legitimidade (art. 70, *caput*); não basta a garantia de ingresso em Juízo (art. 5º, XXXV), exige-se a garantia do processo justo, que muitos extraem do disposto no art. 5º, LVI - hoje não basta o critério objetivo da legalidade para justificar os atos do Poder, exigem todos a legitimidade de sua atuação.

O Estado legal não é suficiente - é necessário que se fundamente na Justiça.

É insuficiente a legalidade para justificar os atos do poder, cujo exercício, porque intenta a alteração de condutas humanas, nem sempre é isento de certo grau de violência.

Não basta a legalidade - como adequação objetiva do ato à norma - para justificar a intervenção do Poder na esfera individual; é preciso muito mais, porque somente se pode admitir a interferência do Poder se ele se apresenta revestido de legitimidade - o sentimento de valoração social de sua utilidade e necessidade.

4. REALIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

É insuficiente a Constituição escrita ou textual, posta como consolidação de dispositivos pelo Poder Constituinte, para que tenha validade e eficácia no seu papel de regular as relações políticas e sociais, impondo aos agentes a conduta exigida pela norma.

A Constituição existe, mas só é válida e eficaz se realizada - realizar a Constituição é, assim, o atuar dos agentes públicos, dos entes sociais e dos indivíduos, ainda que isoladamente considerados, na transformação da realidade fática de acordo com os comandos decorrentes de seus dispositivos.

Mas, para isso, é necessário interpretar a Constituição, atribuindo significado aos símbolos lingüísticos contidos nos dispositivos.

Essa é a razão por que a concretização da Constituição constitui um processo em que diversas fases se apresentam de modo gradual: conhecer a norma constitucional que decorre não só da interpretação literal ou gramatical do dispositivo, mas da interpretação sistemática e valorativa dos princípios, de forma a atualizar o seu significado originário; apreender a norma constitucional em toda a sua abrangência; e, da norma apreendida,

constituir a norma de decisão, esta sim que imporá o comando específico para resolver o caso concreto.

Concretiza-se a norma constitucional por esse processo de densificação dos comandos contidos nos princípios e nas regras constitucionais, preenchendo, complementando e precisando o espaço normativo.

A normatividade é o efeito global da norma em determinado processo de concretização, pressupondo a realização da norma constitucional por sua aplicação e concretização aos problemas que carecem de decisão; o âmbito de regulação da norma expressa a globalidade dos casos eventualmente regulados por uma norma; e o âmbito de proteção é o campo de proteção jurídica aos bens, valores e interesses intentados pela norma.

Sujeito concretizante é o agente do processo de concretização da Constituição, a desenvolver método de concretização que, a partir do texto da norma emitida pelo poder constituinte, elabora a norma de decisão que decorre, primariamente, dos princípios fundamentais, gerais e especiais, e das regras ou preceitos; a seguir, em nível político-legislativo, a complementar, pela norma infraconstitucional, os comandos da Carta Magna, e, por último, em nível decisório, pelos Poderes Executivo e Judiciário, e pela Administração Pública, na resolução dos casos concretos com que se defrontam.

5. A CONSTITUIÇÃO ESTÁ ALÉM DO TEXTO

Somente o atavismo cultural ainda permite que alguns poucos continuem a confundir a Constituição com o documento ou o papel que a expressa. Estes ainda a percebem como texto sagrado, de origem divina e imune à ciência humana, cuja legitimidade não decorre da sua utilidade social, mas do poder intangível do qual teria emanado.

Esquecem que o documento é a expressão gráfica do pensamento, e não entendem que ali se tentou exprimir as esperanças, os projetos de vida, os sonhos, as tarefas do Poder e da sociedade, através de símbolos gráficos que não perderão nunca o seu caráter de expressão do pensamento do criador humano.

A Constituição não se restringe ao documento, mas expressa a declaração de vontade dos que a fazem, projetando no mundo exterior o espírito do seu criador.

Também a Constituição brasileira de 1988 não se limita ao seu simbolismo gráfico, pois é, transcendendo o documento que a contém, a manifestação da vontade democrática do poder constituinte.

Até então, na História Política brasileira, tomava-se a Constituição como instrumento da vontade de pessoas singulares (como o nosso D. Pedro I, em 1824, a outorgar a Constituição do Império, gesto que repetiu em 1826, como Pedro IV, de Portugal), de grupos oligárquicos (como a Constituição da primeira República, a expressar a vontade daqueles que derrubaram o Império sem que estivessem, na realidade, imbuídos do espírito republicano que alardeavam como motivo determinante da queda do Império) ou de frustradas ideologias (como a Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, em réplica à Constituição totalitária que o Marechal Pilsudski dera à Polônia em 1935).

Nenhuma Constituição brasileira ousou tanto quanto a Constituição de 1988.

O seu lento processo constituinte permitiu que graficamente expressasse as contradições da sociedade diferenciada que a fez e para quem se destina.

A participação dos mais diversos segmentos sociais, a percorrer, mesmo tumultuadamente, os longos caminhos que conduzem a Brasília e a pressionar os representantes constituintes, teve o condão de infirmar o cerne elitista que caracterizou as precedentes Cartas, embora não pudesse, desde logo, oferecer soluções prontas para os problemas que, ainda antes da Independência, afligem a sociedade, e que, na verdade, se e quando solvidos, serão substituídos por outros de diverso patamar mas da mesma gravidade.

As contradições da Constituição, antes de conduzir à perda de sua legitimidade, na verdade propiciam os instrumentos necessários para a sua aceitação social e para a sua perenidade, como expressão política e jurídica - perene, embora, nunca terá o caráter da sonhada imutabilidade, característica que somente orna as constituições que visa a garantir, não as constituições, como a nossa, que também intentam a transformação da sociedade.

O transformar contradita o garantir.

As contradições da Constituição expressam as contradições da sociedade brasileira.

É a contradição terrível que decorre da crise da cidadania, porque até então reservamos ao conceito de cidadania a mera vertente política, da participação do cidadão no governo, sem alcançar o seu verdadeiro conceito de ensejar o poder de todos, e de cada um, de desfrutar dos bens postos à disposição da comunidade, e a compreender, nos limites da abrangência da idéia do que se denomina bem comum, de que este não se restringe à

felicidade dos que têm e mantêm direitos, mas de todas as pessoas, ainda que pouco ou nenhum direito tenham e, mesmo assim, revelam-se titulares indisponíveis de direitos, deveres, ações, responsabilidade e obrigações.

Daí por que o velho político conservador Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988, líder que em dado momento histórico foi tido como o símbolo da mudança, podia afirmar que ela é a “Constituição-cidadã, a expressar, graficamente, o homem brasileiro”.

É a crise do poder, antes autoritário (a merecer o comentário amargo de Afonso Arinos de Mello Franco de que “o Brasil, sociologicamente, é um império”), que não conseguiu chegar sequer aos moldes clássicos da democracia representativa e que agora, por frustração, se adianta no passo histórico a intentar a implementação de modelos diretos de democracia, como proclama o art. 1º, parágrafo único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

É também a contradição decorrente da crise das instituições, cuja legitimidade se viu controvertida a partir do momento em que foram finalmente percebidas como poderosos instrumentos de garantia de direitos somente permitidos a poucos, visando a refrear o ímpeto de direitos assentados na dimensão que se pode vislumbrar como inerentes à própria condição humana.

A Constituição é muito mais do que o documento em que estão inseridos os símbolos gráficos que a expressam; quer muito além das contradições que imobilizam a sua força normativa; transcende o jurídico para alcançar o político; expressa os sonhos sem explicá-los; frustra, igualmente, tanto aos que a vêem como instrumento de garantia, como aos que nela pretendem tão-somente a força transformadora da realidade insuportável.

Por si só, nunca será instrumento de redenção da mazelas sociais, políticas e econômicas que nos afligem.

A Constituição somos nós, não somente os constitucionalistas (que dela sequer somos intérpretes), os políticos, os governantes, mas todos e cada um daqueles que fazem deste imenso país a soma dos conflitos e das solidariedades que nos embaraçam e nos unem.

A Constituição é expressão cultural do país, devendo se recordar, neste aspecto, mestre Canotilho, a professar sobre o conteúdo do ensino do Direito Constitucional:

“Ensinar direito constitucional é um ato de cultura e de humanismo e mal seria privar os alunos de sugestões e insinuações incentivadoras de um melhor e mais profundo conhecimento dos problemas.”

Por derradeiro, no campo da aplicabilidade das normas constitucionais, deve ser mencionado que tal aplicabilidade, como fenômeno jurídico, está intrinsecamente vinculada ao fenômeno político da legitimidade da Constituição.

Não é simplesmente por que existe, vale e é eficaz no plano jurídico que a Constituição terá aplicabilidade - a crença da sociedade nas instituições constituídas pela Lei Maior decorre do sentimento individual e coletivo de que tais instituições são necessárias para a vida social.

A legitimidade da Constituição, a aceitação e a aplicabilidade de suas disposições são matérias que não se esgotam nos estudos jurídicos - são questões políticas e como tal devem ser analisadas, pois não estão submetidas a regras objetivas, mas à realidade individual e coletiva.

6. PROMULGAÇÃO E VIGÊNCIA

Não basta que a Constituição tenha sido promulgada - é necessário que tenha vigência, isto é, produza eficácia no mundo jurídico.

A promulgação da Constituição opera no mundo jurídico no plano de sua existência como norma jurídica, enquanto a vigência refere-se à capacidade de produção dos seus efeitos.

A nova Constituição, ao ser promulgada, passou a existir no mundo jurídico, como manifestação suprema da vontade do povo, que é o titular do poder constituinte.

Registre-se que a Constituição foi promulgada às 16 (dezesseis) horas do dia 5 de outubro de 1988, termo inicial de sua existência, validade e vigência.

Ao ser promulgada, a Constituição entrou no mundo jurídico, passando a existir - é o plano da existência para a sua realização como ato jurídico.

Por que é o supremo ato jurídico, a Constituição não tem acima de si, no mundo jurídico, nenhum ato que lhe seja superior - assim, com a sua promulgação e seu ingresso no plano de existência, também a Constituição, sem outra norma a contrastá-la ou vincular sua forma ou conteúdo, ingressa no plano de validade.

Ao ser promulgada, a Constituição existe e vale, mas não está ainda em vigor, produzindo os efeitos que dela são esperados.

A Constituição só é eficaz quando efetivamente produz efeitos - é o plano da eficácia ou de sua vigência.

A Constituição entrou em vigor no momento em que foi promulgada, isto é, no dia 5 de outubro de 1988, às 16 horas:

“Feita a regra jurídica, há, necessariamente, outra regra jurídica que diz qual o momento em que começa a vigorar. Tal momento é inconfundível com aquele em que se iniciará a sua incidência, isto é, o momento em que a cada fato que se produzir, dentre os fatos previstos pela lei, a regra atuará. Há lapso entre a sanção da lei e sua publicação; outro, entre a sua publicação, que lhe confere obrigatoriedade, vigor, e o começo da sua incidência. É por isso que uma lei pode dizer, outra lei o dirá em geral, que determinada regra jurídica terá efeitos a partir do tempo t’ ou do tempo t”, ou desde momento anterior ao tempo t, que é o da sua publicação (efeitos retroativos).”¹³

A Constituição, justamente por se qualificar como **Lex Legum** (Lei das Leis), entrou em vigor no momento de sua promulgação, independentemente da regra de vigência a termo (45 dias após, como prevê a lei ordinária), ou de sua publicação no órgão oficial (porque a regra de publicação também está na Lei de Introdução ao Código Civil, no art. 1º *caput*). O art. 64 do ADCT determinou a edição popular do texto integral da Constituição de modo que cada cidadão brasileiro possa receber do Estado um exemplar da Constituição do Brasil - tal dispositivo não significa, no entanto, que somente aí a Constituição se torne do conhecimento de todos.

O texto constitucional não prevê data específica para sua entrada em vigor, como, aliás, é da tradição do nosso Direito Constitucional, desde as Constituições de 1824, 1891, 1934 (seu art. 26 do Ato das Disposições Transitórias dava a vigência para a data da publicação), 1937 e 1946 (cujo art. 218 dizia que ela entraria em vigor na data de sua publicação), com as exceções da Constituição de 1967, promulgada em 24 de janeiro de 1967 e com entrada em vigor designada para 15 de março do mesmo ano e da

¹³ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, **Comentários à Constituição de 1967, com a EC nº 1/69**, 2ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1974, tomo I, p. 41 (6 tomos).

Emenda Constitucional nº 1/69, outorgada em 17 de outubro de 1969 e com vigência no dia 30 seguinte. Denomina-se, ao período entre a promulgação da Constituição e sua entrada em vigor, de *vacatio constitutiones*, similarmente à denominação que se dá a *vacatio legis*.

Tal omissão de previsão de tempo ulterior ao da promulgação para a entrada em vigência significa que o ato de promulgação, como *conditio iuris* de ingresso do texto político na vida jurídica, por si só é suficiente para sua vigência, isto é, a capacidade de produção dos efeitos jurídicos, independentemente da publicação em órgão oficial.

A Constituição, assim, passou a existir, valer e ter eficácia no momento mesmo em que foi promulgada, às 16 (dezesesseis) horas do dia 5 de outubro de 1988: até o momento anterior, a vida jurídica nacional estava submetida aos cânones da ordem jurídica determinada pela Constituição de 1967, com as Emendas que se seguiram; a partir daquele momento, a nova Constituição passou a regulamentar todas as relações jurídicas e a dar fundamento diverso a todos os atos e fatos jurídicos, estatais ou privados.

Nem se diga que a Constituição se subordina ao disposto na nossa Lei Geral de Normas, que é a Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), cujo art. 1º dispõe que, salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada - tal regra é infraconstitucional, disposta em patamar inferior da legislação, e a Constituição não lhe fica jungida, como também não está jungida a outros dispositivos da mesma lei, inclusive aquele que diz que se deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa transitada em julgado (art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Mas também não basta que a norma constitucional seja promulgada e esteja em vigor, pois a sua aplicabilidade depende dos termos em que está redigida, pois a Constituição, embora supremo ato jurídico-político, é norma que deve incidir sobre os fatos que prevê, visando a satisfazer os interesses que seleciona.

6.1. Determinação constitucional de obediência

Era habitual no Reino de Portugal e nós continuamos com a mesma tradição, até a Constituição de 1934 (inclusive), que encerrasse as Constituições o fecho que se vê nas Constituições de 1824, 1891 e na referida Carta de 1934, a dispor:

“Mandamos, portanto, a todas as autoridades a quem o conhecimento desta Constituição pertencerem, que a executem e faça executar e observar fiel e inteiramente como nella se contém” (sic).

Evidentemente, a existência ou inexistência de tal fecho não aumenta, nem diminui, o poder de efetividade da Constituição, nem sequer a legitima, em maior ou menor grau.

No entanto, o rompimento da tradição significou uma ruptura histórica a que somente o constituinte de 1934 ficou sensível.

Aliás, a preocupação de manutenção histórica da Assembléia Constituinte de 1934 era suficiente para que se determinasse no art. 26 do Ato das Disposições Transitórias:

“Art. 26 - Esta Constituição, escripta na mesma orthographia da de 1891 e que fica adoptada no paiz, será promulgada pela Mesa da Assembléa, depois de assignada pelos Deputados presentes, e entrará em vigor na data de sua publicação.” (sic).

7. EFICÁCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL NA CLASSIFICAÇÃO DE JOSÉ AFONSO DA SILVA

José Afonso da Silva, em clássico estudo (*Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1982, recentemente reeditado), ensina sobre a aplicabilidade das normas constitucionais.

As normas constitucionais de eficácia plena são “aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem ou têm possibilidade de produzir todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular” (exemplo, dos incisos II e XXXV do art. 5º extraem-se normas que independem de qualquer regulamentação, ao prever os princípios da legalidade e da ação) - tal classificação corresponde às normas auto-executáveis da doutrina americana.

Em uma tentativa de resguardar a sua efetividade e a fazer predominar os direitos fundamentais sobre as normas organizatórias do Poder, assim correspondendo ao ideal liberal de prevalência do individualismo, a Constituição proclama, em seu art. 5º, § 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Vale notar que direitos e garantias fundamentais são aqueles previstos no Título II da Constituição, englobando os direitos individuais e coletivos (art. 5º), os direitos sociais (arts. 6º a 11), os direitos da nacionalidade (arts. 12 e 13), os direitos políticos (arts. 14 a 16) e, necessariamente, pela mesma razão, outros direitos constitucionais que sejam derivados dos direitos fundamentais, ainda que dispostos em outros títulos da Constituição, como, por exemplo, o direito à educação (art. 205), o acesso à cultura (art. 215), o direito às práticas desportivas (art. 217), o da comunicação social (art. 220) etc.

Tanto é assim que o art. 5º, inciso LXXI, estabelece, como objeto do mandado de injunção, não somente os direitos fundamentais, mas o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Rui Barbosa, adotando a terminologia estadunidense, considera *self-executing* as normas não exigentes de processo especial e cujo direito instituído se encontra armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos meios de execução e preservação. São normas constitucionais auto-aplicáveis as vedações e proibições constitucionais, os princípios da declaração dos direitos fundamentais do homem e as isenções, imunidades e prerrogativas constitucionais.

Normas de eficácia contida são espécies de normas de eficácia plena que também incidem imediatamente e têm potencialidade para a produção de seus efeitos, mas prevêm meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias (por exemplo, o disposto no inciso XLII do art. 5º, ao dispor sobre norma repressora do racismo).

Na expressão de Michel Temer, a norma de eficácia contida deveria receber a denominação de contível, pois é norma de eficácia plena, embora tal plenitude possa ser diminuída pela norma infraconstitucional.

Quanto à fiança, por exemplo, veja-se o disposto no art. 5º, LXVI: “Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Assim, salvo as hipóteses em que a própria Constituição declara descaber a fiança (art. 5º, XLII, XLIII, XLIV), se não houvesse a regulação da fiança pelo Código de Processo Penal, por exemplo, limitando os meios de concessão, caberia a fiança em todos os casos, em face da norma que se extrai do disposto no art. 5º, XLVI, que, neste aspecto, é norma de eficácia contida.

Questão controvertida é saber se, em casos concretos, pode o juiz substituir o comando legislativo do qual depende a aplicabilidade da norma constitucional de eficácia contida - a resposta, no entanto, depende do tipo da norma constitucional em exame.

O juiz poderá fazê-lo, é certo, quando pronunciar decisão em mandado de injunção, para a defesa de direito previsto na Constituição. No entanto, não poderá fazê-lo o juiz para tornar inafiançável e insuscetível de graça ou anistia o delito que entender como crime hediondo (art. 5º, XLIII), se não existisse a lei específica a defini-lo. O que tem aplicabilidade imediata, pelo art. 5º, § 1º, é o que diz respeito a direitos e garantias fundamentais, isto é, o que estiver voltado em favor do indivíduo ou da coletividade, mas não o que diz respeito ao Poder.

As normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, segundo o citado Professor José Afonso da Silva, dividem-se em dois grupos:

- *normas de eficácia limitada, definidoras de princípio institutivo*, que são aquelas que prevêm esquemas genéricos de instituição de um órgão ou entidade, cuja estruturação definitiva o legislador constituinte deixou para a legislação ordinária (por exemplo, a Lei da Magistratura prevista no art. 93) e

- *normas de eficácia limitada, definidoras de princípio programático*, que são aquelas que traçam esquemas de fins sociais, que devem ser cumpridos pelo Estado, e não só pelos corpos legislativos, mediante uma providência normativa ou mesmo jurisdicional ou administrativa ulterior (por exemplo, o extenso rol de direitos conferidos à criança e ao adolescente, no art. 227, ou a proteção à terceira idade, no art. 230, embora o disposto no art. 230, § 2º, seja auto-aplicável). Normas programáticas são aquelas através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, certos interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios, para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos) como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado. Exemplo de norma programática, a despeito do tom imperativo, é o disposto no art. 218 da Constituição: “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”.

Em face de tal classificação, vê-se, claramente, que a aplicabilidade da norma constitucional está intrinsecamente ligada ao tipo do comando expresso na Constituição.

No estudo da classificação de José Afonso da Silva, desenvolveu este autor a técnica prática de classificar as normas constitucionais da seguinte forma:

- 1º) observar que se está a classificar normas e não dispositivos;
- 2º) verificar se a norma é de eficácia limitada;
- 3º) para tal, as normas que regulam instituições (como as que decorrem do disposto nos arts. 93 e 127) são evidentemente normas institutivas; ou
- 4º) as normas que expõem programas de atuação ou tarefas, são normas programáticas;
- 5º) se não for norma programática ou institutiva, a norma é de eficácia plena;
- 6º) sendo norma de eficácia plena, verificar se ela não é norma que possa ser contida na sua eficácia. Na dúvida, considere-se norma de eficácia plena no sentido amplo.

Note-se que, a despeito de todo o seu prestígio durante décadas, a classificação divulgada pelo Professor José Afonso da Silva infelizmente serviu para que muitos retirassem das normas constitucionais a sua plena eficácia.

Destaque-se, ainda, que até normas programáticas ou institutivas exibem plena eficácia, como, por exemplo, se vê na norma que se extrai do disposto no art. 93, IX, a exigir a motivação das decisões judiciais, norma que, obviamente, não está esperando para sua eficácia a elaboração do futuro Estatuto da Magistratura...

As normas programáticas ou institutivas, ainda que apresentem o que muitos consideram de baixa densidade normativa, são normas constitucionais, e assim imperativas e de ordem pública, expressando valores ou princípios que regem a aplicação das regras ou preceitos.

Nesse aspecto, ainda que se considerasse, v.g., as normas constantes do art. 93 da Constituição como normas limitadas de princípio institutivo, a orientar a futura elaboração do Estatuto da Magistratura, dos seus dispositivos podem ser extraídas normas que desde logo oferecem eficácia plena e imediata, como as que se referem à promoção por antigüidade ou a que manda que todos os julgamentos do Poder Judiciário sejam públicos e na presença, ao menos, dos advogados das partes.

Tal entendimento, no entanto, não prevaleceu consoante a maioria do Supremo Tribunal Federal no que se refere à taxa de juros reais, referida

no art. 192, § 3º, que passou a depender da elaboração da futura lei complementar que regulará o sistema financeiro nacional.

8. TIPOLOGIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS SEGUNDO RESENHA ELABORADA POR CANOTILHO

José Joaquim Gomes Canotilho faz uma resenha da doutrina alemã sobre a tipologia das normas constitucionais, a considerar as matérias.

Os *princípios jurídicos fundamentais* são aqueles já introduzidos na consciência jurídica geral e que encontram uma recepção expressa ou até mesmo implícita no texto constitucional - por exemplo, o princípio de isonomia, a regra proibindo a lesão a outrem, o princípio de que o imputado será considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória etc. Alguns princípios sequer estão formalmente previstos (somente a nova Constituição é que dispôs regra sobre a presunção de inocência, no art. 5º, LVII), mas, mesmo assim, representam fonte do direito quando se incorporam à prática jurídica.

Os *princípios políticos constitucionalmente conformadores* são as normas ou princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte: o regime econômico, forma de Estado, de governo, de associação política etc. Na aplicação do Direito, são princípios que servem de diretrizes fundamentais. Na Constituição, por exemplo, o disposto nos arts. 1º, § 1º (quanto ao regime democrático), 18 (quanto à autonomia constitucional da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, o que é característica da forma federativa), 2º (quanto ao sistema de governo presidencialista, em que se assegura a autonomia dos Poderes Políticos) etc.

Os *preceitos definidores dos fins do Estado* são aqueles que determinam ideológica e programaticamente a atuação do Estado porque neles se fixa sua atuação (por exemplo, no art. 3º, III, a extinção das desigualdades individuais e regionais). Em caso específico de inércia de atuação do Estado, até mesmo caberia a invocação da inconstitucionalidade por omissão, tanto por ação de inconstitucionalidade (no art. 103), por mandado de injunção (art. 5º, LXXI), como incidentalmente, em qualquer feito judicial ou administrativo.

Não pode ser esquecido que o Estado é mera estrutura orgânico-funcional de poder, mas o poder, em um regime democrático, tem o povo como titular, exercente e beneficiário. Ao manifestar sua vontade através da Constituição, evidentemente estará o titular do poder constituinte vincu-

lando todos e cada órgão estatal. Se o órgão ou agente público não atende aos fins estatais estabelecidos na Constituição, ainda que seja por omissão, haverá ilícito jurídico.

As normas consagradoras dos direitos fundamentais são normas que, em face do caráter liberal adotado no texto constitucional, sobrepairam sobre as outras normas, estando a elas ligadas, estritamente, as normas referentes a garantias institucionais (por exemplo, o *habeas corpus*, direito de ação, de obtenção de certidões etc.).

A violação das normas constitucionais de efetivação dos direitos fundamentais (por exemplo, o art. 5º, XXXV, norma que assegura o direito ao serviço público jurisdicional) pode ensejar ações judiciais em face da omissão estatal, mesmo porque, se assim não fosse, a aplicabilidade da Constituição ficaria sujeita às variações dos interesses dos agentes públicos, que acabariam por esvaziá-la.

As normas organizatórias e de competência dos serviços públicos são cogentes, eis que o Estado de Direito é caracterizado, justamente, pela regra de competência na atuação estatal, embora tais normas não prevaleçam sobre as normas de direitos fundamentais, mesmo porque o Estado está a serviço do indivíduo e não este a serviço daquele.

As normas impositivas de legislação impõem uma concreta atividade legisferante ao Poder Público (por exemplo, o art. 5º, XLII, ao prever lei incriminando o racismo).

Já as normas de revisão referem-se ao poder constituinte de emenda, isto é, os meios que a própria Constituição prevê para sua adaptação aos novos fatos sociais. Tais normas representam os processos formais de mudança da Constituição, enquanto existem processos informais: por exemplo, a interpretação constitucional, os usos e costumes. A Constituição possibilita dois processos formais de mutação: o processo de emenda constitucional (art. 60) e o processo de revisão (art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

9. TIPOLOGIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS SEGUNDO LAVIÉ

Humberto Quiroga Lavié oferece nova classificação das normas constitucionais: normas operativas:

“Son las que no precisan ser reglamentadas ni ser condicionadas por otro acto normativo para ser aplicables: ellas son normas

incondicionadas respecto de sua aplicación; en tal sentido las normas operativas están dirigidas para sua aplicación a los órganos jurisdiccionales”.

Após dizer que as normas operativas podem ser de eficácia contida, o mesmo autor argentino menciona as normas programáticas:

“Son las que tienen sujeta su eficacia a la condición de ser reglamentadas o a que se dicte un acto normativo a tal efecto: en tal sentido las normas programáticas están dirigidas a los órganos legislativos respecto de sua aplicación”.

Anota Humberto Quiroga Lavié que são efeitos próprios das normas programáticas, antes mesmo de produzida sua condição: 1) impedem que um ato normativo ou outro fato operativo frustrate o sentido jurídico nela previsto, dizendo que a Suprema Corte argentina tem entendido que as normas programáticas atuam como normas de interpretação para a aplicação do direito comum. Em sede jurisdicional, poderá ser reconhecida a inconstitucionalidade de ato ou fato incompatível com a norma programática, ainda mesmo antes da norma regulamentadora; 2) permitem sua aplicação operativa em relação com os atos normativos que devem regulamentá-las ou convertê-las em normas operativas.

O autor argentino também aponta as normas constitucionais que podem ser classificadas quanto à disponibilidade ou indisponibilidade: *“Normas discrecionales son aquellas cuyo cumplimiento está puesto a disposición de sus destinatarios (sean órganos públicos o particulares): es decir que no es necesario su cumplimiento”*, contrapondo-se às normas imperativas, que não permitem nenhuma opção de conduta.

10. NORMAS REPRODUZIDAS

Denominam-se normas reproduzidas (ou, mais rigorosamente, dispositivos reproduzidos) aqueles constantes da Constituição Federal e que são reproduzidos nas Constituições estaduais, nas Leis Orgânicas dos Municípios e na Lei Orgânica do Distrito Federal.

E tais normas devem ser reproduzidas em tais textos normativos em decorrência do princípio da simetria estabelecido pelo disposto no art. 25 quanto ao Estado-membro (“Os Estados organizam-se e regem-se pelas

Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”), no art. 29 quanto aos Municípios (aí também obrigando-os a seguirem os princípios das Constituições Federal e Estadual), no art. 32, ao impor à Lei Orgânica do Distrito Federal atender aos princípios da Constituição da República.

O tema das normas reproduzidas merece do Supremo Tribunal Federal minucioso tratamento em face do controle concentrado de constitucionalidade deferido aos Tribunais de Justiça, no art. 125, § 2º, através da representação de inconstitucionalidade cujo objeto é o controle da validade das leis estaduais e municipais em face da Constituição do Estado.

Como se vê em longo debate na Reclamação nº 383, sobre lei do Município de São Paulo considerada incompatível com a Constituição do Estado pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça local, em decisão submetida a recurso extraordinário que não tem efeito suspensivo, pretendeu-se reclamação junto à Suprema Corte sob a alegação de que assim ficou vulnerada a sua competência funcional.

A reclamação restou negada, constituindo precedente para casos ulteriores:

“Ora, esta Corte, desde o julgamento da Reclamação 383, por seu Pleno, afirmou o entendimento de que é admissível a propositura da ação direta de inconstitucionalidade junto ao Tribunal de Justiça local sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais de observância obrigatória pelos Estados-membros – e, portanto, por via de consequência, seu julgamento por esses Tribunais com base nesses dispositivos constitucionais estaduais -, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual que faz essa reprodução contrariar o sentido e o alcance da norma constitucional federal reproduzida. Reclamação julgada improcedente.” (Reclamação nº 358-2, São Paulo, Pleno, unânime, Moreira Alves, julgado em 24/04/2001). ◆

INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO*

JOÃO BATISTA BERTHIER LEITE SOARES

Professor da EMERJ, da Faculdade Estácio de Sá e da PUC. Membro do Ministério Público da União

O tema que terei a honra de tratar, hoje, diz respeito ao magistrado como um dos intérpretes da Constituição. Evidentemente que em um seminário, o tempo é demarcado e, por essa razão, pretendo fazer apenas algumas observações e trazer algumas reflexões, um vez que em todo e qualquer seminário me vem à mente uma frase que li em um livro de Filosofia do Direito no qual, em determinado momento, o autor menciona: “algumas reflexões e observações valem mais, pelas indagações que elas deixam, do que pelas conclusões que, eventualmente, alguém venha tirar ou defender”.

A minha idéia, de fato, é instigar, trazer questões para debates, enfim, contribuir de alguma maneira para reflexão que todos nós, operadores do Direito, devemos constantemente fazer.

Pois bem, para refletir sobre a função do magistrado, principalmente enxergá-lo como um intérprete da Constituição, devemos iniciar por um pensamento oriundo da obra kelseniana. Hans Kelsen, em determinado trabalho, afirmou que não se aplica uma norma jurídica, o que se aplica é a interpretação que se confere à norma jurídica. Na verdade, essa me parece uma idéia difícil de contestar, uma vez que a norma jurídica não tem um único sentido que possa ser objetivado, descoberto. Ela é passível de interpretação e, diria eu, de interpretações. Principalmente se encarmos o Direito como um sistema onde valores e princípios também devem ser considerados.

Essa observação de Hans Kelsen nos faz pensar no magistrado como alguém que se coloca primeiro perante a ordem jurídica. Identifica uma norma que conhece e sabe que, para aplicá-la, deve, antes, buscar um sentido, um significado para essa norma. E, quando o magistrado está diante dessa situação, muito típica das suas funções, me vem à mente uma outra frase, já de um autor nacional, Francisco Cavalcante Pontes de Miranda. Quando

* Exposição realizada em 29.06.01, na EMERJ, no seminário “Direito Constitucional”.

ele elaborou o prólogo aos comentários da **Constituição do Brasil**, de 1946, se valeu de uma frase que, até certo ponto, não é muito mencionada, mas que acho muito significativa, não só para o magistrado, como para qualquer operador do direito.

Em determinado momento, Pontes de Miranda afirma: “com antipatia não se interpreta, ataca-se.” Acho que essa é uma frase muito importante para todos nós. De fato, com antipatia não se interpreta nada mas, sim, ataca-se. Evidentemente que a questão da antipatia aqui, está colocada num sentido metafórico, na verdade, Pontes de Miranda certamente se referia a uma eventual má vontade, ou descrédito com a norma. Posturas que não podem ser adotadas. A primeira posição do magistrado deve ser: ter simpatia pela norma. O que eu quero dizer com isso? Ter uma preocupação de tentar extrair da norma o que há de melhor possível, o que há de mais benéfico.

Então essa é uma primeira observação: a questão do magistrado, como um dos intérpretes da Constituição, passa por esta perspectiva. A posição que o magistrado deve adotar perante a Constituição deve ser uma posição simpática, isto é, de benevolência, de preocupação com ela. A cada decisão interlocutória, a cada sentença, deve-se levar em consideração que princípios constitucionais devem ser tomados em conta, assim como valores constitucionais. Eu considero que essa postura de simpatia perante a Constituição é extremamente importante porque hoje, penso eu, o que se espera da magistratura, dentre outras coisas, é a efetividade da Constituição. O que se espera é que a nossa Constituição ultrapasse o plano normativo e realmente seja vivenciada, perceptível aos olhos daqueles que compõem a nossa sociedade.

Essa noção de efetividade não diz respeito aos efeitos jurídicos que uma norma pode ter em função da interpretação que seja conferida. Quando eu falo de efetividade, falo de realização do preceito na prática, de uma norma que, de fato, saia do plano normativo e seja aplicada, de modo que se perceba que o ordenamento jurídico produziu resultados desejados, interessantes, ao menos satisfatórios para a sociedade.

Na verdade, considero que essa efetividade é fundamental, uma vez que um dos grandes problemas do Brasil, na nossa história constitucional, tem sido a falta de efetividade. O que nós muitas vezes percebemos é que a nossa Constituição existe, tem validade, as normas que ali estão conferem

direitos, criam deveres, isto é, existe uma eficácia jurídica, mas fica faltando a eficácia social.

O que o professor Miguel Reale chama de eficácia social, eu prefiro chamar de efetividade, até para distinguir mais, só que, evidentemente, essa é uma questão de mera nomenclatura. É fundamental se ter uma preocupação com a efetividade da norma, fazer com que a Constituição, de fato, seja vivenciada por todos os que compõem a coletividade.

Qual será o oposto da efetividade que, muitas vezes, nós aqui no Brasil sentimos? Primeiro: temos normas em nossa Constituição que, a meu ver, permanecem sem efetividade. Normas que não conseguem ultrapassar o plano normativo. Alguns exemplos de normas não efetivas eu posso citar. Começaria por um dos casos que reputo dos mais graves, o artigo 196 da nossa Constituição, o qual prevê que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Creio que essa norma está nitidamente definindo um direito subjetivo, de caráter social, em favor de todo e qualquer indivíduo e impondo um dever em contraposição. No caso, um dever que se impõe ao Estado.

No entanto, quando olhamos a nossa realidade, o contexto social do Brasil, o que se percebe é que essa norma ainda não é vivenciada e que a saúde ainda é um direito distante de grande parte daqueles que compõem a nossa sociedade. Enfim, esse seria um primeiro exemplo de norma não efetiva, porque a nossa sociedade não parece ainda ter meios para suprir essa imposição constitucional.

Mas a inefetividade também pode vir por outros caminhos. Às vezes, decorre não de um problema de realização concreta mas, sim, da própria interpretação que se dá à norma jurídica. Um exemplo nessa linha: sabemos que o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior do Trabalho possuem uma posição quanto ao direito de greve por parte dos servidores públicos civis. De fato, o artigo 9º de nossa Constituição insere o direito de greve, como um dos direitos fundamentais. Já o artigo 37, VII, prevê que uma lei específica irá tratar do direito de greve quando for realizada por servidores públicos civis.

Pois bem, sabemos que, até hoje, essa lei específica para os servidores públicos civis não foi ainda elaborada e continua um vácuo no nosso ordenamento jurídico. Na falta dessa lei, a posição, tanto do Supremo Tribunal Federal, quanto do Tribunal Superior do Trabalho, tem sido, via de regra, no seguinte sentido: na falta da lei, a greve, simplesmente, não pode ser deflagrada por parte dos servidores públicos civis.

Percebam que aqui a norma também acaba sendo inefetiva; não por uma impossibilidade de realização material, não por dificuldades econômicas, não por falta de estrutura. Mas decorre da própria interpretação que se dá à norma. Conforme veremos mais adiante, o que vou questionar aqui é se essa seria a única interpretação possível, se seria a única maneira de enfrentar a questão.

Vejam o que procuro demonstrar, fazendo aqui um rápido apanhado: nós devemos ter uma postura simpática perante a Constituição, como dizia Pontes de Miranda. Devemos tentar tirar dela o que ela realmente tem de proveitoso, em função dos princípios que lá se encontram e dos valores nos quais ela se funda. E devemos ter essa postura simpática, porque é a maneira de realizar a Constituição, na prática.

Na seqüência, evidentemente, vamos inserir o magistrado com o papel que possui em um importante tema como esse. Mas essa realização da Constituição é fundamental para dar a efetividade que a Lei Maior merece. Nós ainda temos vários momentos de inefetividade. Aqui, mencionei dois: a inefetividade do artigo 196, uma vez que ainda não há saúde para todos os brasileiros; e a inefetividade do direito de greve para o servidor público civil. De fato, essa é uma norma que, tal como interpretada, não produz na sociedade os benefícios que ela deveria produzir.

Agora, além da inefetividade, existe um outro fenômeno muito similar que nós também devemos considerar: o que eu chamo de efetividade precária. Às vezes, a norma tem alguma realização, mas que é precária demais para os princípios que a Constituição contém e os anseios que ela cria. Qual seria um exemplo muito bom de efetividade precária, de uma má realização da Constituição? Nesse assunto, eu não vejo exemplo melhor, principalmente nos últimos sete anos, do que o artigo 62 da Constituição Federal.

Tal artigo preceitua que, em caso de relevância e urgência, compete ao Presidente da República editar medida provisória. Essa norma tem tido efetividade, não se pode negar isso, haja vista o número de medidas provisórias que são editadas. Dizer que esse artigo está esquecido, ou inaplicado, é ledô engano. Trata-se de um dos artigos que mais se aplica. Aliás, se aplica diariamente. Não há brasileiro, por mais leigo que seja, que não saiba o que é uma medida provisória. Então, a norma tem uma efetividade, mas precária, porque se tem considerado que o Presidente, como Chefe de Governo, é o único juiz sobre a relevância e a urgência para legitimar a medida provisória que irá editar.

Na verdade, o que hoje me parece, é que o Presidente pode editar medida provisória sempre que quiser. Pelo menos tem sido assim nos últimos anos da nossa história. Claro que hoje nos aproximamos, provavelmente, de uma mudança nisso, em função da reação que já se manifestou sobre o assunto.

Mas, de qualquer maneira, será que a intenção do nosso constituinte era que o Presidente da República pudesse editar medida provisória sempre que sentisse tal necessidade? Relevante e urgente toda lei, em certa medida, é. Não conheço, na história mundial, uma lei que tenha a seguinte exposição de motivos: “considerando que isso é irrelevante; e, considerando que não é urgente”; edita-se a seguinte lei. Isso nunca existiu. Toda lei, em certa medida, é relevante e vem para atender a um anseio social. E se é uma necessidade social, tem uma dose de urgência. Toda lei é elaborada por questões relevantes que fizeram com que fosse necessária a sua elaboração para atender a alguma necessidade que, em última instância, é também dotada de alguma urgência.

Ora, me parece que a relevância e a urgência legitimadoras da medida provisória deveriam ser qualificadas. Deveria ser uma relevância acima da normal que toda lei tem e uma urgência acima da normal que toda lei merece. Se se partir para uma interpretação como essa, as medidas provisórias seriam menos frequentes e, desta maneira, esse instrumento passaria a ser de exceção, como sempre deveria ter sido. Nós teríamos não uma efetividade precária, mas sim uma efetividade tal como os valores e princípios constitucionais recomendam.

Enfim, o mal do Brasil não é apenas a inefetividade de alguns preceitos, mas também a efetividade precária de outros.

Quando a nossa Constituição foi elaborada, uma das preocupações que se tinha era evitar que os preceitos constitucionais não fossem regulamentados. Procurou-se de alguma maneira viabilizar que todo preceito constitucional tivesse algum meio de concretização e, nessa esperança, foi instituída a figura do mandado de injunção, do artigo 5º, LXXI, da Constituição de 88: “*conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*”.

O mandado de injunção é um remédio voltado para permitir que se exerça um direito, mesmo enquanto falta a sua regulamentação por ato do

legislador infraconstitucional. No entanto, será que a norma do mandado de injunção trouxe a efetividade que se desejava? Apesar de o tema ser polêmico e dos defensores de tese em contrário, considero que a posição que, de regra, prevalece não é a melhor.

Considera-se que, quando alguém impetra mandado de injunção, o órgão jurisdicional, concedida a medida, daria ciência à autoridade omissa para que suprisse a omissão. Essa tese é a que o professor Alexandre de Moraes chama de tese ou teoria não concretista. Diz que o mandado de injunção seria um remédio para provocar uma instância competente, de modo que regulamentasse o direito dado pela Constituição, e aí sim, o direito se tornaria exercitável.

Na minha opinião, o mandado de injunção poderia ter uma outra interpretação. Quando se concede a injunção, melhor seria que a decisão judicial viesse para regulamentar o exercício do direito, no caso concreto, para o impetrante. Porque aí estaria dando efetividade ao mandado de injunção, e demonstrando a sua utilidade.

Só para exemplificar, vamos supor que o artigo 7º, XI, da Constituição de 88, ou seja, o direito dos trabalhadores à participação nos lucros, não estivesse ainda regulamentado por lei, assim, seria possível que determinado empregado impetrasse mandado de injunção e, concedida a injunção, a decisão judicial regulamentaria para o impetrante o direito à participação nos lucros perante o seu empregador. Desta forma, dar-se-ia efetividade ao preceito constitucional.

Parece-me que fazer com que o julgamento da injunção implique apenas uma comunicação a um ente competente para que ele supra a omissão, é dar efetividade precária ao mandado de injunção. Porque acaba sendo um remédio de muito pouca utilidade quando, na verdade, os remédios constitucionais, pela vocação que têm de utilidade, devem produzir resultados não só efetivos como, principalmente, rápidos.

Enfim, se por um lado temos que buscar efetividade, por outro temos que saber que, quando a buscamos, o que nós combatemos é a inefetividade de algumas normas e a efetividade precária de outras. E aqui, quando volto ao magistrado, eu penso que ele, no ato de julgar, deve levar em conta um postulado, que é o da máxima efetividade ou da maior efetividade. Diante do caso concreto, o magistrado, ao prolatar sua sentença, ou lavrar o acórdão, enfim, na função jurisdicional, deve ter muita atenção para evitar a inefetividade ou a efetividade precária. Deve haver uma preocupação, eu diria,

constante, interminável, de fazer com que a Constituição seja aplicada; fazer com que, de fato, ela seja vivenciada.

E, nesse assunto, acho importante destacar um outro ponto: aplicar a Constituição não é apenas aplicar os seus preceitos que lá encontramos, mas, fundamentalmente, levar em conta que eles, vistos sistematicamente, mostram que a nossa Constituição consagra implícita ou explicitamente alguns princípios. A nossa Carta Magna se fundamenta em determinados valores que não podem jamais ser desconsiderados.

A nossa Constituição se fundamenta em dois valores que, evidentemente, devem ser equilibrados. De um lado, a idéia de segurança; e do outro, a idéia de justiça.

Aliás, lembro-me das aulas do professor Ricardo Lobo Torres, nos meus tempos de UERJ, nas quais ele fez uma reflexão que achei perfeita. Comentou que cada instituto do Direito, se analisarmos bem, o vinculamos mais ao valor da segurança, ou mais ao valor da justiça. De fato, a prescrição extintiva é um instituto do Direito intimamente ligado ao valor segurança. Passado algum tempo, aquela situação se estabiliza, prescreve. De outro lado, a idéia da repetição de indébito está intimamente ligada à idéia de justiça, pois não se pode tolerar um pagamento que não tenha causa. Enfim, esse é um primeiro ponto: alguns valores são fundamentais na interpretação da Constituição. Tanto o valor da segurança quanto o valor da justiça.

E, alguns princípios também devem ser considerados. O primeiro deles é o da razoabilidade. O que é a idéia de razoabilidade? É a noção de que os meios que o legislador adota, que o julgador adota, ou que o administrador venha a adotar na sua função, devem ser adequados com os fins que se objetiva alcançar. O agir razoável é um agir por meios adequados, em função do que se pretende. Esse princípio é fonte muito rica para o Direito Constitucional, haja vista os trabalhos já elaborados a respeito. Acho que a razoabilidade nem sempre é levada em conta.

Um caso recente do Supremo Tribunal Federal me chama muito a atenção. Não sei se vocês estão a par, mas o caso é, no mínimo, curioso. Diz respeito a uma lei estadual do Mato Grosso do Sul, que fixa uma estatura mínima para os Delegados de Polícia, que é de 1:60m (um metro e sessenta centímetros). Temos um preceito legal vigente em um dos Estados que compõem a nossa federação. Pois bem, recentemente, um baixinho, creio eu, pretendeu se inscrever no concurso para Delegado de Polícia. Compareceu

ao local competente e postulou sua inscrição. Acabou não podendo seguir no certame em função de sua altura. E, conseqüentemente, impetrou mandado de segurança. Será que essa lei é razoável? No meu modo de ver, não.

Se nós formos às atribuições funcionais de um Delegado de Polícia, qual seria a atribuição básica dele? Presidir o inquérito policial. Ora, se a atribuição dele é de presidência de inquérito, determinação de diligências, atendimento de requisições do Ministério Público, se a atribuição dele é uma atribuição de gabinete, ainda que ele possa avançar nisso e até deva fazê-lo, o fato é o seguinte: será que a altura vai importar para o desempenho dessa função? Parece-me que de modo algum. Parece que essa lei não era razoável, porque se você quer escolher bem indivíduos para o desempenho de uma função, deve só levar em conta o que é relevante para a função que vai ser exercida. E, a altura não me parece um fator determinante para a qualidade de um Delegado de Polícia.

O Supremo Tribunal Federal, através de sua Primeira Turma, por maioria, denegou a segurança. Nesse caso específico, eu concordo com o Ministro Marco Aurélio, que foi vencido, e, em seu voto, fez uma colocação que acho perfeita: “o Delegado de Polícia não tem que ter um porte intimidador”. Ele deve conhecer as atribuições próprias da função e apenas isso. Aliás, uma pessoa com 1:61m dificilmente terá porte intimidador. Enfim, na verdade, considero que esta decisão foge a uma idéia que me é muito clara: a idéia de razoabilidade. O legislador quando fixou esse critério, não escolheu um critério que seja necessário, útil. Era um critério que deveria ser expurgado, via mandado de segurança.

Não se pode dizer que temos aqui jurisprudência do STF. Faço referência a um só caso, a um Recurso Extraordinário apreciado por uma das Turmas. Espero eu que, em outros casos, a decisão venha a ser outra. Mas, enfim, vejam, buscar, conhecer a Constituição e levar em conta o que nela se encontra, não é apenas levar em conta os preceitos lá escritos, mas levar em conta os princípios, como o da razoabilidade.

Outro princípio que reputo fundamental é o da moralidade administrativa, que serve para bem compreender a nossa administração pública, ou seja, o administrador público não deve apenas cumprir a lei, mas sim cumpri-la da melhor forma possível.

Outro princípio, é o da legalidade, a idéia de que somos livres e nossas restrições quanto a fazer ou não fazer só se encontram previstas em leis.

Eu fico, às vezes, um pouco entristecido, quando abro um livro de Direito Constitucional e o autor menciona a existência de princípios implícitos na Constituição, mas o livro acaba não explorando o tema como seria necessário. Muitas obras se limitam a sinalizar a existência do princípio implícito da razoabilidade e da proporcionalidade.

Mas, a bem da verdade, se explorarmos melhor a Constituição, e essa é uma função do magistrado, encontraremos outros princípios implícitos. Um princípio pouco mencionado é o princípio do mínimo existencial. O artigo 7º da Constituição Federal, em seu inciso IV, diz que o trabalhador receberá, no mínimo, um salário mínimo. Por outro lado, o artigo 201 da Constituição Federal preceitua que um aposentado ou pensionista receberá, no mínimo, um salário mínimo. Mais ainda, a saúde e a educação são direitos de todos.

Fica muito claro, analisando a Constituição, que algumas garantias mínimas são conferidas a todos. Existe uma preocupação em fazer valer, na nossa Constituição, a idéia de mínimo existencial; a noção de que, por mais que a nossa Constituição tolere diferenças, ela não tolera que alguém possa viver abaixo daquelas condições mínimas. Porque viver abaixo delas, é viver na miséria, e isso o Estado Democrático de Direito não pode permitir.

O que desejo demonstrar é que ter simpatia pela Constituição é ter preocupação com valores e princípios constitucionais. É levar sempre em conta que existe muito a ser explorado no texto da Constituição para, a partir disso, desenvolver interpretações mais ricas, que venham até a aprimorar a nossa legislação.

Eu costumo dizer que um dos papéis mais importantes que a jurisprudência pode ter é ser um mecanismo de aperfeiçoamento das leis. Pela história, não só do Brasil como de vários países, leis que um belo dia surgem foram, primeiramente, decisões judiciais que, na falta de uma lei, deram uma solução ao caso concreto analisado. E tal decisão, por se mostrar adequada, acabou ganhando uma eficácia *erga omnes* quando passou a constar na lei que veio a ser elaborada.

Acho que o magistrado deve saber que, ao levar em conta princípios constitucionais e valores, proferindo decisões pautadas neles, se está abrindo caminho para leis que virão, com base nestas decisões, e, por via transversa, com base em valores e princípios constitucionais. Acho que o Judiciário tem um papel que muitas vezes não é muito visível, que é o de dar, através da jurisprudência, o caminho para o aperfeiçoamento das leis.

E, quando eu falo em aperfeiçoamento das leis, é elaborá-las compatíveis com princípios e valores constitucionais.

Enfim, já comentei sobre a não-efetividade e falei sobre buscar efetividade. Buscá-la à luz desses princípios e valores. E, aqui, a tarefa do magistrado parece árdua porque ele vai se defrontar com todo o tipo de dificuldade, de obstáculo, dos mais práticos aos mais complexos. Entretanto, existe uma obra que todo magistrado deve levar em conta, denominada “A Força Normativa da Constituição”, do professor Konrad Hesse.

Para falar neste constitucionalista, tenho que falar em um mais antigo que foi Ferdinand Lassalle, que, apesar do nome, era alemão. Lassalle, em 16 de abril de 1862, proferiu uma palestra sobre a essência da Constituição e, o que ele pretendia nessa palestra, era demonstrar que quando se elabora uma Constituição, deve-se levar em conta os fatores reais de poder. Lassalle dizia: “a monarquia é um fator real de poder, porque controla o exército”. Os bancos são um fator real de poder. Segundo ele, o próprio povo, em menor medida, seria também um fator real de poder. As indústrias também.

Enfim, Ferdinand Lassalle tem, no meu modo de ver, um mérito inegável, por ser o pai do constitucionalismo sociológico. Ele demonstrou que, de fato, devemos ter preocupações com a realidade social. Devemos ser conhecedores da realidade social para a elaboração de uma Constituição.

Ferdinand Lassalle viveu época em que muitas preocupações eram eminentemente jusnaturalistas, contudo Ferdinand Lassalle seguiu um outro caminho de igual importância, ao considerar que ninguém elabora uma Constituição em um vácuo social. Elabora-se uma Constituição numa sociedade onde, inegavelmente, existem fatores reais de poder.

No entanto, Ferdinand Lassalle, como todo autor pioneiro, arrojado, deixou uma obra a ser aperfeiçoada, porque, em determinado momento, chega a afirmar o seguinte: “sempre que há um conflito entre os fatores reais de poder, tal como eles existem, e o texto da Constituição, prevaleceriam os fatores reais de poder”. Ele considerava que a Constituição escrita deveria reproduzir a Constituição real. Ele usava uma expressão até terrível, porque dizia que a Constituição escrita, quando não corresponde à Constituição real, não passaria de um pedaço de papel.

Enfim, essa colocação de Ferdinand Lassalle acabou revista por Konrad Hesse. Este último, já em 1959, ao escrever **A Força Normativa da Constituição**, pretendia afirmar que, na verdade, não se pode negar que fazer uma Constituição é algo que se faz a partir de uma realidade social

encontrada. Mas, quando se elabora uma Constituição, já pode inserir ali alguns objetivos realizáveis, inserir algo melhor do que se encontra na sociedade.

Na verdade, a Constituição, assim como é elaborada em função de uma sociedade existente, pode tentar avançar em relação à realidade que se encontra. A Constituição, na visão de Hesse, teria força normativa, isto é, a Constituição poderia desenvolver um papel de modificação da realidade social, quando essa é nefasta, não sendo desejada pelo constituinte.

E aqui, eu uso um exemplo, até aproveitando o que já falei há pouco. Reparem só uma coisa: creio eu que, por espírito democrático, todos nós nesse auditório consideramos que a saúde deve ser direito de todos. Espero eu que ninguém negue essa necessidade, mas enquanto isso não passa de um pensamento nosso, o alcance é reduzido. O alcance é aquele que tem qualquer opinião democrática que se possa proferir. Agora, quando essa mesma assertiva abandona o plano da opinião pessoal ou geral e passa a constar na norma constitucional, temos um dado novo. Agora, dizer que a saúde é direito de todos e dever do Estado, não é apenas fazer uma afirmação sobre uma opinião política que eu tenho, fundada numa ideologia democrática. Fazer essa afirmação é repetir o que já está na própria Constituição.

Ora, quando passa a constar na Constituição, ganha exigibilidade. Vejam, sabemos que a saúde, hoje, não é de fato direito de todos os brasileiros; mas o magistrado, ao ter que julgar algum caso concreto onde alguém pleiteia acesso à saúde, terá que julgar pela procedência do pedido ante o que a Constituição indica.

Vocês diriam: “Ah, mas julgar um caso concreto não resolve o problema”. Se resolvermos cinco casos concretos, já vai ser melhor do que nenhum, é um primeiro passo para se buscar a efetividade da Constituição. O que pretendo com isso afirmar é que aqui uma simples interpretação literal resolveria o problema. A Constituição não está criando, a meu modo de ver, um preceito programático, algo para ser realizado. A literalidade nesse caso é o que basta. A saúde é direito de todos e dever do Estado.

Esse é o esquema básico de uma relação jurídica: alguém titularizando um dever e outrem, o direito. Basta então reconhecer que o direito, por ser exigível, pode ser cobrado daquele que tem o dever a cumprir. Nesse caso, a própria literalidade responde. Não é porque a realidade não se adequa à Constituição que nós devemos nos render; ao contrário, temos que adequar

a realidade ao que a Constituição exige. E isso começa pela solução de casos concretos.

Bom, esse era um problema até simples, porque a literalidade da Constituição o resolveria. Mas, e outros casos que mencionei? E a inefetividade do direito de greve para o servidor público civil? Será se existe a solução para isso? Penso eu que é outra solução, também, que não demanda tanto esforço hermenêutico. Tudo bem, o artigo 37, VII, da Constituição Federal é muito claro: o direito de greve para o servidor público civil será exercido segundo uma lei específica. Lei ainda não elaborada; mas, só por causa disso, negar o direito de greve, um direito fundamental; negar o exercício de um direito fundamental, isso parece inaceitável, até pelo que diz o artigo 5º nos seus parágrafos finais, ressaltando que os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata. Qual seria a solução para um caso como esse?

Nesse ponto, tenho uma postura diversa do TST e do STF. Eu considero que, enquanto nosso legislador não se dignar a regulamentar tal direito fundamental, existe um caminho muito simples: está em vigor a Lei nº 7.783/89, que versa sobre o direito de greve para os trabalhadores em geral e essa lei prevê um mecanismo para deflagração de greves em serviços essenciais.

Ora, vamos usar a Lei nº 7.783/89 e, em nome do postulado da máxima efetividade, aplicá-la analogicamente para os servidores públicos civis. Realmente a Constituição espera que haja uma lei específica, mas, na falta dela, me parece gerar inefetividade negar a possibilidade de se exercer o direito de greve. Mas vale usar o bom e velho expediente da analogia, que encontra fundamento não só na lógica, como na postura constitucional de que os direitos fundamentais devem ter aplicação imediata.

Vejam, os dois casos de inefetividade que mencionei ainda há pouco, são passíveis de reação. A inefetividade do direito à saúde, pela aplicação literal do artigo; a inefetividade do direito de greve pela aplicação analógica de uma lei que trate de um caso perfeitamente compatível com a hipótese.

E agora, os dois outros casos, como o do artigo 62 da nossa Constituição Federal: “*em caso de relevância e urgência, o Presidente pode editar medida provisória*”. Se, principalmente, o STF tivesse dado à expressão relevância e urgência uma interpretação mais restritiva, o poder do Presidente de editar medida provisória ficaria também reduzido.

Ao mesmo tempo em que toda lei é relevante e urgente em certa medida, para se elaborar medida provisória a relevância e urgência tem que ser

qualificada, de nível mais intenso do que as leis em geral. Aí, sim, reduzir-se-ia muito a quantidade das medidas provisórias. Reparem, costume dizer que o artigo 62 sempre foi uma norma constitucional de eficácia contida, ou segundo alguns, norma constitucional de eficácia restringível, porque temos ali um conceito jurídico indeterminado: relevância e urgência. O que são os conceitos jurídicos indeterminados? Expressões que têm um significado que pode ser captado, mas onde existe uma elasticidade, se pode dar mais de um sentido a essa expressão. Pois bem, se a relevância e a urgência que justificam a medida provisória são as de toda e qualquer lei, então sempre que se pode fazer lei, o Presidente pode editar medida provisória. E é ao que basicamente se assistiu na última década.

Agora, se se interpretar relevância e urgência de forma excepcional até para as leis em geral, ou seja, uma relevância e urgência acima do normal até para as leis, veremos que o poder de editar medida provisória ficaria mais restrito. Reparem que o artigo 62 da Constituição é uma norma de eficácia restringível. Dependendo do conceito dado para relevância e urgência, você dilata ou restringe o poder de se editar medida provisória.

Reparem, vamos fazer aqui um exercício de lógica, vamos sonhar que o Supremo Tribunal Federal, ainda na década de 1990, tivesse proferido decisão fundada em novo entendimento: a partir de agora, a medida provisória só pode ser editada quando a urgência e a relevância estiverem acima da normalidade de toda e qualquer lei. Se o STF, em certo momento, adotasse tal interpretação, o número de medidas provisórias reduziria, porque diminuiria a competência do Chefe do Poder Executivo.

Percebam, se o STF fizesse isso, ele estaria modificando a própria Constituição, não por ter modificado o texto, mas o significado do texto. Nós bem conhecemos a expressão mutação constitucional; às vezes modifica-se a Constituição não por se alterar o texto, mas por se dar nova interpretação a um texto que até então tinha outra interpretação. Se o STF tivesse promovido tal mutação constitucional, restringido o poder de editar medida provisória, caminharíamos para a democracia e, principalmente, ficaria muito claro para nós, o que hoje não é muito claro, mas no meu modo de ver, existe: eu considero que esse poder de realizar mutações constitucionais dá ao STF poder constituinte derivado.

Nós, no Brasil, quando falamos de poder constituinte derivado pensamos apenas nas modificações do texto, como se mudar a Constituição fosse mudar, acrescentando, suprimindo ou alterando a redação de um

artigo. Na verdade, o Tribunal Constitucional, por ser guardião e intérprete da Constituição, pode dar novas interpretações a um texto que já existe. E quando dá nova interpretação a texto que já existia, ele modifica a Constituição. Ora, se modificou, exerceu, ainda que de maneira informal, poder constituinte derivado.

É fundamental que o Judiciário tenha essa percepção do papel não só de aperfeiçoamento das leis através de decisões judiciais embasadas nos princípios constitucionais, como de aperfeiçoamento da própria compreensão da Constituição. Na verdade, apesar de estar aqui com um colega processualista, me arrisco a fazer uma observação: sempre que se vai discutir a atuação do juiz no nosso Estado, vem à mente aquela teoria do livre convencimento ou persuasão racional. A idéia de que o juiz vai decidir de acordo com a razão, sempre expondo os seus motivos, até para viabilizar o direito de impugnação.

É claro que a expressão livre convencimento e persuasão racional são expressões mais do que consagradas pelo Direito Processual Civil. Mas eu faço uma proposta: quando se falar em livre convencimento, por que não pensar também no livre convencimento constitucional?

O livre convencimento é o livre poder que o juiz tem de decidir conforme a Constituição. Por isso, sempre costumo alegar que o livre convencimento é um livre convencimento constitucional, é livremente se convencer, dar uma solução, não segundo uma opinião pessoal, ou a mera interpretação da lei, mas em conformidade com a Constituição.

Tenho essa preocupação de sempre mostrar o papel do Judiciário e, faço isso, até mesmo para buscar ânimo. Acho que toda palestra tem um pouco de autobiografia. Por sete longos anos, fui advogado da Fazenda Pública, defendi o Poder Público e é uma atribuição difícil, porque você não tem sequer o escudo da independência funcional. Mas tem uma missão a cumprir e terá que fazer de maneira ética.

Hoje, estou no Ministério Público, e sinto uma angústia que acho ser muito similar com a dos juizes, de ter noção da importância da função que desempenha, do tipo de resultado social que ela pode produzir, mas, em certas horas, me sinto um pouco desgastado porque o nosso Poder Executivo historicamente tem uma vocação autoritária e sempre procura se agigantar. O nosso Poder Legislativo, principalmente nos últimos cinco meses, tem vivido muito mais as suas próprias crises do que os problemas do País.

Vocês já perceberam que o Congresso, hoje em dia, fala mais dele do que do País? Nessas horas, acho que o Poder Judiciário e o Ministério Público devem perceber que esse é um espaço que deve ser preenchido. Temos que ir em busca de uma aplicação das leis que leve em conta princípios constitucionais, valores constitucionais, e temos que estar atentos porque os nossos governantes, basicamente, a cúpula do Executivo e do Legislativo, nem sempre estão atentos à Constituição.

E, para demonstrar isso, eu terminaria com um último exemplo de como hoje se tem pouca atenção com a Constituição. Na reforma da Previdência - Emenda Constitucional nº 20 - foram feitas alterações profundas no nosso sistema previdenciário. As alterações sobre as aposentadorias foram bem estudadas, mas tem uma questão que ficou esquecida. Na Emenda Constitucional nº 20, sobre a reforma da Previdência, se prevê o seguinte: que o auxílio-reclusão é benefício pago apenas ao dependente de segurado de baixa renda. E, segurado de baixa renda, hoje em dia, é quem ganha até R\$ 439,00 (quatrocentos e trinta e nove reais). Pois bem, o que é o auxílio-reclusão? É o que recebe o dependente de um segurado da Previdência que, por ter cometido um crime, está cumprindo a pena privativa de liberdade. Então, eis um benefício previdenciário que nunca trouxe maiores problemas. Pois bem: um segurado pratica um crime e, por estar cumprindo pena privativa de liberdade imposta pela prática do crime, o seu dependente recebe da Previdência um auxílio-reclusão. Recebe até porque se o indivíduo era segurado, ele anteriormente contribuiu para a Previdência, uma vez que o artigo 201 da Constituição diz que ela tem caráter contributivo.

A partir de agora, com a Emenda Constitucional nº 20, só o segurado de baixa renda deixa o auxílio de reclusão para o seu dependente, ou seja, se um segurado pratica um crime, vai preso, cumpre pena privativa de liberdade, e ganhava mais do que R\$ 439,00 (quatrocentos e trinta e nove reais), os seus dependentes não recebem auxílio-reclusão. Eu acho que essa regra, primeiro, viola o aspecto contributivo da Previdência; de fato, se houve contribuição deve haver pagamento de benefício. Mas tem um problema que acho mais nefasto: a pena está passando da pessoa do condenado, porque o dependente não praticou crime algum, mas como o segurado cumpre a pena privativa de liberdade e não mais obtém provento para o seu sustento, o dependente fica desamparado.

Portanto, essa Emenda Constitucional, nesse aspecto, violentou cláusula pétrea, pois a pessoalidade da pena está no artigo 5º, XLV, da Lei Maior.

Não se poderia por emenda, proporcionar tal situação. Hoje, no Brasil, se um sujeito é segurado da Previdência, condenado à pena privativa de liberdade e ganhava mais de R\$ 439,00, a pena passa, ainda que de maneira reflexa, da pessoa do condenado, vez que seu dependente nada recebe apesar de ter havido prévia contribuição.

Não há nenhuma observação ou crítica a respeito disso e, pior ainda, há uma ofensa também ao princípio da razoabilidade. Reparem só uma coisa: se o segurado ganha exatamente R\$ 439,00 e vive sozinho com sua esposa, é um segurado de baixa renda? É. Outro segurado que ganha R\$ 600,00 (seiscentos reais), tem uma esposa e quatro filhos, ele é segurado de baixa renda? De modo algum. Ora, você não apura a renda de alguém sem levar em conta o número de dependentes. Eu estou diante de duas situações: um indivíduo ganha R\$ 439,00 e tem uma esposa como dependente. Na família dele, a renda *per capita* é melhor do que aquele que ganha R\$ 600,00 tem uma esposa e quatro filhos. Mas esse último não é considerado segurado de baixa renda, logo seus dependentes não têm direito ao auxílio-reclusão.

Essa Emenda Constitucional nº 20, quando restringiu o auxílio-reclusão, fez com que a pena passasse da pessoa do condenado e ofendeu, flagrantemente, a idéia de razoabilidade. No entanto, as preocupações constitucionais não existem. Eu ainda espero uma decisão judicial e até uma atuação da Defensoria Pública, principalmente, que demonstre isso. Até porque, eu finalizaria dizendo o seguinte: por mais que o magistrado seja um intérprete da Constituição, não poderíamos esquecer que os advogados, os defensores e os operadores do Direito, de um modo geral, também o são. Essa é uma noção de Constituição aberta. A possibilidade de interpretar a Constituição está depositada em toda a sociedade, agora, inegavelmente, a decisão definitiva é do Poder Judiciário, daí o papel mais do que relevante dele, nesse tema.

INTERVENÇÃO DO DR. LUIZ ROBERTO AYOUB, DEBATEDOR - Cumprimento a todos os componentes da mesa e os demais presentes aqui e, parabênico o professor João Batista Berthier, destacando que hoje sei um pouco mais do que ontem e menos do que no próximo encontro, porque cada vez em que nos encontramos eu aprendo, extraio alguma lição.

O professor Berthier fez algumas colocações, principalmente destacando as questões da efetividade, mutação constitucional, o engessamento

da prestação jurisdicional, a questão da necessidade de uma interpretação de uma Constituição aberta e, destacou dois pontos que achei fundamentais: fez um cotejo entre valor-segurança e valor-justiça, donde se extrai os sistemas, respectivamente, racional e sociológico e, ao final, destacou a questão de ter sido advogado do Poder Público nos últimos sete anos.

Por conta disso, considerando o adiantado da hora, eu faria questionamentos breves e objetivos. O primeiro, em razão dessa necessidade de se romper o ortodoxismo, porque seria simplista demais acreditar que o Direito codificado, essa normatização, pudesse contemplar todas as situações que se verificam no mundo exterior, principalmente diante de uma situação em que o mundo globalizado, moderno, tecnologia a todo instante, faz com que várias situações novas aconteçam e, por óbvio, não estão normatizadas. Daí a necessidade de se romper esse sistema racional, buscar esse sistema sociológico, prestigiando valores, como bem colocou, valores na Constituição que, se por um lado, pode representar não tanta segurança, resultante da codificação, da interpretação do direito, por outro lado representará, necessariamente, a justiça genuína. Porque os valores da Constituição orientam nesse sentido, em razão de tudo aquilo que se falou.

Mas considerando exatamente que foi advogado do Poder Público, durante sete anos, eu queria fazer uma indagação: o professor Carreira Alvim, em determinado momento, sustentou que há um excesso de paternalismo em favor da Fazenda Pública, como de fato há, basta sustentar tão-somente a Lei nº 9.494 que proíbe a tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Evidentemente, já interpretando aqueles dispositivos legais em cotejo com a Constituição, o Judiciário supera, muitas vezes, aquilo que seria, em tese, proibido por lei.

Recentemente, o mesmo professor Carreira Alvim escreveu um artigo, falando sobre o Decreto 20.910, que trata da prescrição quinquenal e, mais uma vez, a Fazenda Pública aí, estaria sendo beneficiada. Já que o professor Berthier fez uma colocação, dentre outras, do princípio da legalidade, gostaria que se manifestasse sobre o entendimento do Prof. Carreira Alvim que afirma que esse dispositivo não teria sido recepcionado por nossa Ordem Constitucional, em razão do princípio da legalidade porque, se cumpre à administração o papel de observar e cumprir a lei, evidentemente, não poderia ela se beneficiar da inércia do administrado. Antes da inércia do administrado, há o dever da Administração Pública de observar e fielmente cumprir a lei. Por conta desse posicionamento, evidentemente, sei que o professor

Berthier ainda traz raízes do Poder Público, porque agora, mesmo ao final, fez questão de tecer comentários sobre a emenda constitucional, exatamente no que tange ao Direito Previdenciário, eu gostaria que se manifestasse dentro dessa interpretação aberta da Constituição, destacando seus valores, o que acha dessa ponderação? Porque isso é algo de novo, que rompe o tradicional, o ortodoxismo e, cumpre a nós, juízes e operadores do Direito, tentar superar o sistema racional de que o que está na lei deve ser aplicado e o que não está na lei não deve ser conhecido pelo juiz.

E, a segunda questão, talvez hoje, já não nos aflija tanto em razão da evolução dos nossos tribunais no que tange à interpretação, fazendo, exatamente a valorização desse sistema sociológico. No passado, tão logo foi editada a lei que modificou e introduziu a tutela antecipada no nosso ordenamento, não era raro os operadores do Direito negarem a tutela antecipada, em razão do risco da irreversibilidade.

Porquanto o § 2º, do artigo 273, do CPC, assim prevê: havendo risco de irreversibilidade - e eu diria que quase sempre há - o juiz, mesmo que presentes os elementos que autorize a tutela antecipada, não poderia conceder. Dentro dessa visão, temos, por um lado, uma proibição exposta em lei e por outro, uma negação da própria justiça, considerando por exemplo, um valor constitucional, que é a dignidade do ser humano.

Dentro dessa visão aberta que o professor Berthier tem e explanou aqui, poderia enfrentar essas duas questões e dar a sua contribuição?

RESPOSTA DO EXPOSITOR DR. BERTHIER - Que vale que não sou mais advogado da Fazenda Pública, portanto, posso responder tranqüilamente, sem nenhuma Corregedoria me observando. Vejam bem, quanto à posição do professor Carreira Alvim, eu até queria acrescentar um aspecto: considera o professor Carreira Alvim, pela sua exposição, que o próprio princípio da legalidade do artigo 37, que impõe à Administração Pública cumprir a lei, impediria a alegação de prescrição, ou seja, a Fazenda Pública não poderia se escusar de pagar o que ela sabe que deve.

Nesta linha de raciocínio, ao encampar essa tese, poder-se-ia ir mais adiante, porque ao lado do princípio da legalidade, na própria Constituição, está o princípio da moralidade. Talvez, a idéia de cumprir a lei de modo ético, da forma mais adequada possível, possa levar a uma conclusão nesse sentido. É uma tese defensável e arrojada - e isso é positivo até para o tipo de indagação provocada - agora, esquecendo ao máximo que um dia

fui advogado da Fazenda Pública, considero que o valor da segurança das relações jurídicas recomenda que se admita a prescrição.

Mas reconheço que esse tipo de colocação me agrada tremendamente porque é um enfoque constitucional, é levar em conta que uma questão, como prescrição, se bem analisada, vai trazer à tona a compreensão da Constituição e dos princípios que lá se encontram e dos valores. Confesso que não adotaria a tese, mas, com certeza, merece reflexão. Não adotaria em função do valor constitucional da segurança das relações jurídicas.

De outro lado, quanto à antecipação de tutela, eu sempre fui simpático a esse instrumento processual. Sempre achei que era inovação das melhores, que traria bons frutos e, sobre esse aspecto, sempre tive uma posição de que essa questão de irreversibilidade não deve ser compreendida de maneira excessivamente literal, sob pena de afrontar princípios como o da dignidade da pessoa humana.

Lembrando, mais uma vez, o meu tempo de Fazenda Pública, se pode pensar na seguinte situação: vamos supor que amanhã, o Instituto Nacional do Seguro Social suspenda uma aposentadoria de dois salários mínimos, paga a um aposentado, por suspeitar que o benefício foi obtido de maneira fraudulenta. Digamos que esse aposentado ajuíze uma ação e postule a concessão de tutela antecipada para imediata reimplantação do benefício. O que se poderá dizer: se reimplantarmos o benefício de imediato, sendo o aposentado uma pessoa de poucas posses, o que ele receber não poderá depois restituir se, ao final, impoederante o pedido.

Então, pareceria aqui que falta a reversibilidade, o que levaria à não-concessão de antecipação de tutela. Essa é uma visão que não me parece a melhor. Pensem por um outro prisma: de um lado, um indivíduo que ganha dois salários-mínimos. Do outro, uma autarquia. Para o Instituto Nacional do Seguro Social, dois salários mínimos por mês não é nem reversível e nem irreversível, é irrelevante, suportável. Mas para o aposentado aqueles dois salários mínimos são o mínimo existencial, o princípio que ainda há pouco, acabei de enfatizar.

Então, na verdade, essa noção de reversibilidade deve ser interpretada à luz de princípios constitucionais. Repito: é inviável se considerar que a antecipação de tutela fique inviabilizada porque não é a situação reversível. De regra, elas não o são. Esse é um exemplo. Só que na realidade o ponto aqui, que me parece mais importante, é pesar o encargo que você gera quando impõe antecipação de tutela.

Ora, antecipar uma tutela contra uma autarquia federal, com o orçamento que tem o INSS, para onerá-la em dois salários-mínimos por mês, repito: isso não é nem reversível e nem irreversível, é simplesmente insignificante para a dimensão da autarquia. Por outro lado, aqueles dois salários-mínimos representam o meio de subsistência do aposentado. Parece-me que a antecipação de tutela seria inevitável, como o próprio Dr. Ayoub concedeu várias vezes, no nosso tempo de Procurador Federal e Magistrado.

DR. LUIZ ROBERTO AYOUB - Eu não queria tocar no assunto, mas o expositor me provocou e eu é quem sou o agente provocador aqui. Tive a satisfação de conhecer o professor João Batista Berthier quando foi Procurador do INSS e eu atuava na Sexta Vara Cível de Nova Iguaçu, que é uma Vara que tem competência previdenciária também. E, agora acabei de confirmar que, de fato, a mutação citada pelo professor Berthier, tem relevo. Pois, acabei de assistir a uma mutação, vez que o professor Berthier, na ocasião em que eu concedia as tutelas antecipadas e sustentava que o valor dignidade se superava ou se sobrepunha a todos os outros valores, principalmente em respeito aos princípios em cotejo da proporcionalidade e razoabilidade, vinha o professor Berthier, com os recursos do INSS, dizendo que aquilo era um absurdo, porque desrespeitava o preceito continuativo do artigo 273, § 2º do CPC.

Finalizando essa breve colocação, quero dizer que concordo plenamente, acho que a tendência, hoje, é de um Judiciário muito mais preocupado com a efetiva justiça e, sempre destacando aquilo que um dia ouvi e nunca mais esqueci: “o dinamismo social é inversamente proporcional à estaticidade do Direito”. Não havendo uma visão aberta em que se procure sempre adequar esse Direito posto, com os valores da Constituição, a segurança cederá espaço, sempre, para a injustiça. Agradeço ao professor Berthier e digo que foi extremamente interessante a resposta. ◆

A EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANA*

GUILHERME BOLLORINI PEREIRA
Juiz Federal

Muito se discute a respeito da Constituição norte-americana, não propriamente a respeito de sua efetividade, já que, por se tratar de uma constituição sintética, permite generosa elasticidade em sua interpretação, embora sem ameaçar o alicerce ideológico do liberalismo econômico sob o qual passou a vigor, mas especula-se sobre o porquê de ter durado tanto, não obstante as profundas transformações sofridas pela sociedade americana nos últimos duzentos anos.

Pretende-se aqui, com o auxílio da doutrina colhida, na maioria, em escritos de autores americanos, juristas e historiadores, descrever, resumidamente, desde o seu nascimento, as causas que motivaram os constituintes americanos do século XVIII a criar, sem prejuízo da rigidez constitucional, a mais flexível constituição escrita de que se tem notícia, bem como apresentar as principais características do Estado americano e sua evolução, a partir daquele documento básico.

I. INTRODUÇÃO

Considerações gerais - a Constituição dos EUA e suas características - podem-se apontar como principais características da Constituição americana os seguintes pontos:

- *a mais velha constituição escrita do mundo em vigor (desde 1787);*
- *é uma das mais curtas constituições existentes;*
- *um dos mais bem escritos documentos;*

* Trabalho apresentado em seminário promovido pelo Prof. Paulo Braga Galvão, para a disciplina Teoria da Constituição, no curso de Mestrado em Direito Público da UERJ.

- *sabedoria dos constituintes nas disposições expressas e omissões intencionais;*
- *foi emendada (aditada) 27 vezes, sendo que as dez primeiras emendas foram ratificadas em dezembro de 1791 e a última - 27ª - em 1992.*

O que mais impressiona, repita-se, ao se estudar a evolução constitucional americana - diante das transformações por que passou a sociedade americana nos últimos duzentos anos, de uma sociedade agrária e isolada a maior potência industrial e militar do mundo – é a manutenção, com poucas alterações, do mesmo texto constitucional da época em que predominavam, justamente, o isolacionismo, até mesmo entre os estados federados, e a atividade agrícola como principal fonte de riqueza daquela sociedade.

Antes de examinar os primórdios do constitucionalismo americano, veja-se o pensamento de Jeremy Rabkin:

“O governo federal adotou um conjunto enorme de responsabilidades regulatórias e de bem-estar social que seriam impensáveis sob um entendimento mais antigo da Constituição. E os tribunais federais assumiram um papel extraordinário em monitorar as atividades dos governos estaduais e municipais para lhes garantir conformidade com os presentes ideais nacionais. A Constituição, como a ‘religião’, tem perdurado tanto porque, em parte, se revelou mais elástica do que qualquer uma outra de épocas anteriores.”

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

II.1. O laissez faire do colonialismo britânico na América

O colonialismo britânico na América desenvolveu-se de uma forma um tanto frouxa na administração daquela parte do Império Britânico. Essa relativamente pouca interferência governamental nos assuntos coloniais, ao lado de um progresso econômico da sociedade americana daquela época (sociedade agrária, como visto), como nunca os colonos (e seus ancestrais) imaginaram atingir em terras européias, criou as condições para a formação de uma consciência a respeito do quanto se deveria suportar de interferência oficial nos negócios privados.

A qualquer sinal de injunção imperial, os colonos reagiam, utilizando, por exemplo, o contrabando, como alternativa a eventuais apertos da política fiscal inglesa (mercantilismo, Leis de Navegação e Lei do Melaço).

A sociedade americana naquela época, tal como hoje ocorre em relação ao povos do terceiro mundo que emigram para os E.U.A, oferecia oportunidades de progresso jamais encontradas nas antigas e rígidas estruturas sociais européias. Havia uma fluidez de classe, embora fosse admitida a escravidão e restrições aos direitos das mulheres.

Com a riqueza adquirida, formou-se uma poderosa classe burguesa, além de uma elite intelectual que se abeberava dos escritos europeus sobre filosofia política, que pululavam naquele século XVIII.

Alie-se a isso o fato de o puritanismo ter exercido poderosa influência na idéia democrática americana. Conforme a lição de Irving Kristol:

“A idéia de uma comunidade sendo governada por representantes eleitos não vem de lembranças de um parlamento feudal (como na Europa), mas do Puritanismo e do Presbiterianismo.”

Também o Iluminismo teve enorme prestígio no pensamento norte-americano. Afirma Walter Berns que “John Locke foi a fonte imediata de grande parte da Declaração de Independência, mas foi Hobbes quem primeiro começou a falar dos direitos do homem e, ao fazê-lo, modificou os termos do discurso político americano. Na época da independência, *aparentemente todos - os ricos e os pobres, os letrados e os iletrados, enfim, todos, com exceção dos chamados **Tories** - estavam falando a linguagem dos direitos do homem.*”

Havia, além disso, a tradição do liberalismo britânico (Revolução Gloriosa de 1688 e a Carta de Direitos), do qual os americanos se consideravam herdeiros.

Por outro lado, desenvolvia-se a idéia republicana, como oposição à monarquia absoluta e pela afirmação da soberania popular. Essa idéia republicana nasceu mais como símbolo de reivindicações populares, do que uma aspiração a uma nova forma de governo. A república era expressão democrática de governo, era a limitação do poder dos governantes, com atribuição de responsabilidade política, assegurando-se com isso a liberdade individual.

Por aquela época – meados do século XVIII - a situação das colônias era a seguinte: eram treze, sendo nove governadas em nome do Rei da Ingla-

terra, duas pertencentes às famílias que as haviam fundado por concessão real (Pensilvânia e Maryland) e duas (Rhode Island e Conecticut) denominadas *corporate colonies*, auto-administradas, com suas próprias constituições (cartas régias). Quase não havia comunicação entre as colônias e, durante todo o ano de 1776, foi registrada uma correspondência por cada habitante das Treze Colônias.

II.2. *A virada: A Guerra dos Sete Anos (1756 a 1763)*

Com a Guerra dos Sete Anos (*The French and Indian War*), embora seus resultados tenham representado uma tremenda vitória para a Inglaterra em termos de ganho territorial, adveio o esgotamento do tesouro britânico, com as conseqüentes medidas de aperto fiscal destinadas a arrecadar mais para o tesouro do rei. Entre as medidas adotadas que repercutiram fortemente nas colônias podem ser citadas: Lei da Moeda, Lei do Aquartelamento, Lei do Selo etc.

Evidentemente, houve um endurecimento do governo colonial, com o qual os colonos não estavam acostumados, tanto que evocavam o princípio *no taxation without representation*, até a revogação daquelas leis fiscais.

Esse clima de insatisfação está bem descrito por Daniel Patrick Moynihan:

“As colônias tinham então amadurecido ao ponto de não mais quererem continuar colônias, isto é, plantação cultivadas aqui para produzir lucros lá fora, com todas as restrições e aborrecimentos de um mercantilismo tolerante mas ainda assim infiltrador, e de uma aristocracia tediosa. Entrementes, o pensamento político e as mudanças econômicas haviam transformado a monarquia numa forma ultrapassada de governo.”

Com a eclosão da segunda crise, com a edição da Lei do Chá, em 1773, e das chamadas leis de coação, têm início as hostilidades abertas entre a Inglaterra e os colonos. Houve um crescimento da agitação entre os colonos de todas as classes e começa a se destacar um grupo minoritário radical, favorável à independência;

II.3. *Rebelião e guerra*

Com o recrudescimento da crise, foi convocado o Primeiro Congresso Continental (Filadélfia), que era uma assembléia de delegados de todas as colônias, na qual ainda dominava a idéia da manutenção da conexão com

a Inglaterra, embora o grupo radical, favorável ao rompimento, começasse a ganhar força. Como consequência da instalação dessa assembléia, foi iniciado um boicote generalizado aos produtos britânicos. Esse congresso, na realidade, foi uma última tentativa de conciliação com a metrópole.

Caindo por terra as tentativas de conciliação, ocorreu o primeiro choque com tropas britânicas em Boston, em abril de 1775. Daí em diante, começa a rebelião geral dos colonos, com os radicais obtendo o controle da insurreição.

Logo depois, foi realizado o Segundo Congresso Continental, em maio de 1775, que durou até 1788. Romperam-se os últimos vestígios de lealdade à Coroa e começava a guerra de independência (na ocasião o rei Jorge III foi chamado de “besta real”). Em 15 de maio de 1776, o Congresso recomendou às colônias que elaborassem cartas constitucionais, e o modelo adotado foi a Constituição da Virgínia.

A famosa Declaração de Independência, de 4 de julho de 1776, foi elaborada por Thomas Jefferson, Benjamin Franklin e John Adams. Nesse famoso texto, o vilão é o rei, mas há uma crítica contundente à atuação do Parlamento britânico no último parágrafo das justificativas do rompimento. A guerra, no entanto, continuava, agora com os colonos contando com a ajuda inestimável da França, nessa época uma tradicional opositora dos britânicos.

Em 1777, o Congresso Continental, após demorados debates, aprovou os ESTATUTOS DA CONFEDERAÇÃO, estabelecendo uma confederação de estados soberanos, com os objetivos principais de ganhar a guerra e promover a unidade nacional. Na verdade, esse documento registra um mero sistema de coordenação diplomática da ação soberana de Estados independentes. A entidade criada, por outro lado, não tinha receita própria, nem órgão executivo.

Só houve a aprovação final dos Estatutos em 1781. As principais competências por eles estabelecidas à Confederação foram: conduzir assuntos externos, administrar os assuntos dos índios, estabelecer padrões de cunhagem, solucionar divergências entre os estados e encarregar-se do serviço postal.

II.4. Independência e Constituição

Logo depois, os colonos obtêm uma vitória decisiva na guerra, em 1783, na batalha de Yorktown. Firmam-se, então, tratados de paz.

Após a guerra, começa um movimento, liderado por George Washington, James Madison e Alexander Hamilton, em prol de um governo mais forte.

Em maio de 1787, convocam-se comissários dos Estados para uma Convenção na cidade de Filadélfia, para tratar de “elaborar outras disposições que pareçam necessárias para tornar a constituição do governo federal adequada às exigências da nação”, ou seja, na prática, uma revisão dos Estatutos da Confederação.

Alguns Estados, de maioria favorável à confederação, se desinteressaram da convenção e, então, delegados destes mesmos Estados, chamados de **federalistas (por ser favoráveis à criação de um governo central)**, tomaram a iniciativa e compareceram como seus representantes.

A CONVENÇÃO CONSTITUCIONAL - foram reunidos 55 delegados, a maioria de mentalidade nacional. James Madison, representante da Virgínia, propõe um sistema novo de governo, com um corpo legislativo nacional, proporcional à população. Os pequenos Estados reclamam desse arranjo, temendo o domínio pelos Estados maiores. Até que houve uma proposta de consenso, pela qual seriam criadas uma câmara baixa e uma câmara alta (Senado), com dois representantes por Estado. Com isso, diminui-se a resistência à idéia centralizadora.

Após intensos trabalhos, foi apresentado o documento denominado Constituição para os Estados Unidos da América. Criou-se, como forma do novo Estado, um sistema federal, no qual poderes e responsabilidades eram distribuídos entre os governos estaduais e o nacional. Os poderes do novo governo podiam ser assim sintetizados: lançar impostos, contrair empréstimos, regulamentar o comércio interno e externo, conduzir a política exterior e manter as forças armadas.

Além do fato de o novo governo nacional atuar diretamente sobre os cidadãos e não sobre os Estados, essa proposta “constituição nacional” mais as leis e tratados elaborados em sua conformidade, eram declarados “a Lei suprema da Terra”; foi introduzida a separação de poderes (artigos primeiro, segundo e terceiro da Constituição) e o sistema de freios e contrapesos (atos gerais editados pelo poder legislativo e atos especiais pelo poder executivo, para o cumprimento daqueles, poder de veto do Presidente, nomeação de juizes da Suprema Corte etc.).

É interessante observar, conforme a lição de Harvey C. Mansfield, Jr., que no *Federalist* (série de publicações promovidas através da imprensa de Nova York pelos principais elaboradores da Constituição), há defesa candente dos três ramos do poder estatal, mas para isso se espera muito mais dos mandatários do que uma “obstinada insistência na maneira de ser de

cada um”: virtude dos congressistas-deputados (*Federalist* nº 55), caráter e moderação em Senadores (*Federalist* nº 62 e 63), energia do Presidente (*Federalist* nº 70) e sabedoria e bom senso no Judiciário (*Federalist* nº 78). Diz o citado autor que “o alcance a que tais qualidades podem atingir varia de acordo com o mandato e acaba permanecendo incerto”.

Se houvesse exorbitância no exercício das funções, surgiria a ação fiscalizadora do poder judiciário. Outras características do sistema foram: poder de veto, julgamento do Presidente pelo Senado, nomeação de juizes para a Suprema Corte etc.

Criou-se também o Colégio Eleitoral com competência para eleger o Presidente da República, formado por eleitores de cada Estado, escolhidos pelos respectivos legislativos, em número proporcional à representação daquele Estado na Câmara e no Senado. Os votos eram enviados dos Estados para a capital federal. Com o aparecimento dos partidos políticos esse sistema sofreu profunda transformação.

Uma interessante observação acerca do funcionamento das instituições políticas americanas à luz dos ideais dos elaboradores da Constituição foi feita por Martin Diamont, citado por Daniel Patrick Moynihan:

“A grande e nova proposta repousava numa idéia nova e agressivamente mais ‘realística’ da natureza humana. Dizia-se que o pensamento e a prática do mundo antigo e medieval haviam fracassado desastrosamente por terem se apegado a ilusões sobre como os homens deveriam ser. Ao invés, a nova ciência aceitaria o homem como ele realmente é, admitindo como de natureza primitiva o egoísmo e as paixões que todos os homens manifestaram sempre e em toda parte. E era precisamente nessa base que se elaborariam soluções políticas decentes.”

E Daniel Patrick Moynihan completa:

*“Os autores da Constituição americana puseram em prática um sistema de governo que eles acreditavam **pudesse** funcionar. Não que funcionaria; que **pudesse**. Não era um sistema que por norma admitisse que as atividades humanas sempre resultariam bem; nem muito menos que contasse com alguma poderosa transcendência*

em curso para dar cabo, de uma vez por todas, das misérias e das contendas. A 'ciência da política' não cuidou de nada disso."

Na realidade, a pedra de toque do pensamento dos elaboradores da Constituição norte-americana era a criação de um governo limitado, mas que sobrevivesse ao choque de facções e à "tirania de maiorias apaixonadas" ou de políticos ambiciosos, ao mesmo tempo em que procuraria cumprir os objetivos nacionais, que pudessem subsistir dos embates daquele processo.

Pode-se dizer que a ênfase dada à separação de "poderes" decorreu da crença segundo a qual as liberdades individuais estão mais seguras quando os atos de uma parte do governo nacional podem ser examinados por outra parte ou a esta reclamada sua correção ou eliminação.

RATIFICAÇÃO - Após a apresentação do documento à nação, descobriu-se que os delegados haviam excedido em muito sua autoridade, pois a confederação tornava-se uma federação, com um governo central ao qual todos se submetiam, constituindo-se em um Estado federal.

Foi proposta pela convenção que a nova constituição só entrasse em vigor após a ratificação de, pelo menos, nove dos treze Estados. Após intensos debates nas convenções de ratificação, todos os Estados aprovaram a Constituição, sendo o último deles o de Rhode Island, em 1790.

III. A CONSTITUIÇÃO DE 1787

A Carta Magna americana tem sete artigos, cada um dividido em seções; tem um preâmbulo; o artigo I cuida do Poder Legislativo: a seção 2 trata da Câmara dos Representantes; a seção 3 trata do Senado; seção 8 cuida da competência do Congresso; a seção 10 traduz-se em vedações aos Estados. O artigo II regula o exercício do Poder Executivo, o artigo III o Poder Judiciário. O artigo IV trata de matérias referentes aos Estados; o artigo V disciplina o processo de emendas constitucionais; o artigo VI proclama a supremacia da Constituição e o artigo VII trata da ratificação pelos Estados da Constituição dos Estados Unidos da América.

A Constituição foi emendada vinte e sete vezes, sendo que as dez primeiras, que constituem o *Bill of Rights* do direito norte-americano, foram ratificadas em dezembro de 1791. A última - 27ª - foi editada em 1992.

Doutrina Jorge Miranda que a Constituição americana é rígida e elástica. Rígida porque o processo de alteração de seu texto é mais complexo

do que o das leis ordinárias; elástica porque tem podido ser concretizada, adaptada e, sob certos aspectos, metamorfoseada, quer através de leis e costumes, quer, sobretudo, pela ação dos tribunais, sem falar no caráter de símbolo nacional que adquiriu. O constitucionalismo americano tem duas características fundamentais: *a noção de Constituição e de sua superioridade sobre todos os demais atos da Federação e dos Estados-membros e a autoridade reconhecida aos tribunais na sua interpretação e concretização.*

Segundo Marcelo Caetano, a fácil adaptação às circunstâncias dos tempos, segundo as oportunidades vão exigindo, é tido como fator principal da longevidade da Constituição, mesmo porque seu texto não se prende à realidade de fato subjacente, mas se limita a fornecer regras gerais de ação.

Tendo em vista a experiência ruim que os americanos tiveram com o parlamentarismo inglês (responsável pela edição de leis populares para os colonos), logo desconfiaram do excesso de poder de que dispunha esse órgão, lá na Inglaterra. Pensaram, obviamente, em limitá-lo. Para isso, valeram-se de dois mecanismos fundamentais: 1) o controle judicial da constitucionalidade das leis e 2) veto presidencial no processo legislativo.

O princípio da legalidade, para os americanos, coincide com a supremacia da Constituição, conforme declarada pelos juízes e tribunais, ao passo que, para os ingleses, significa a vontade do poder legislativo, expressa nas leis votadas segundo o princípio da maioria parlamentar.

Fechando este tópico, vêm a calhar os comentários de Harvey C. Mansfield, Jr:

“...os Fundadores foram cautelosíssimos contra ‘usurpação legislativa’ advindo dos setores mais perto do povo, e por isso construíram um Executivo forte e um Judiciário independente levantados frente ao povo. Dizia-se então que esses dois setores se derivavam do povo para agir no interesse do povo, mas se considerava que sua força não seria exercida por imposição do povo. Ao contrário, essas duas instituições essencialmente não-republicanas, cuja legitimidade democrática temos hoje como ponto pacífico, foram originalmente destinadas a contrariar as inclinações momentâneas do povo.”

IV. FONTES DO DIREITO NORTE-AMERICANO

IV.1 *Estrutura do Direito nos EUA*

O sistema da **common law** não foi aplicado na América tal como era na Inglaterra. O direito era baseado em disposições particulares locais, nas decisões dos magistrados e na Bíblia, já que a **common law** não dava resposta satisfatória aos novos problemas enfrentados pelos colonos. Houve casos até de algumas colônias redigirem códigos sumários (Massachusetts e Pennsylvania). Mas a **common law** acabou triunfando em meados do século XIX.

Tal como na Inglaterra, o direito nos EUA é concebido como jurisprudencial, fundado nos precedentes e na razão. As leis e regulamentos são observados como complementos corretivos de um corpo de direito que lhes preexiste, a **common law**. Além disso, há a distinção fundamental entre direito federal e direito dos Estados.

IV.2. *A Jurisprudência*

A regra do **stare decisis** impõe aos juízes, em dadas condições, seguirem as regras de direito decorrentes de julgamentos precedentes de outros juízes. No entanto, a Suprema Corte e os supremos tribunais dos Estados não estão vinculados aos precedentes. E mais, pelo fato da competência legislativa dos Estados ser a regra, o **stare decisis** funciona, relativamente às matérias de competência de um Estado, no seio da hierarquia e jurisdições deste Estado e, após o pronunciamento da Suprema Corte no caso **Erie Railroad Corporation vs. Tompkins**, em relação à jurisdição federal.

Neste julgamento, a Suprema Corte reviu posição anterior, firmada no julgamento do caso **Swift vs. Tyson** (1842), afirmando, a partir de então, que não existe **common law** federal geral, e que a aplicação do direito estadual deve ser a regra, salvo nas matérias regidas pela Constituição Federal ou pelas leis do Congresso (isso em 1938). Mas pode acontecer que exista uma **common law** federal em certas matérias que são da competência legislativa federal. De tudo isso se conclui que o direito dos Estados tem, na vida cotidiana, muito mais importância que o direito federal, por mais relevante que este seja.

IV.3 *A Supremacia da Constituição*

A outra fonte é o **statute law** (legislação). Há leis federais e estaduais. A lei fundamental é a Constituição dos Estados Unidos, promulgada, como vimos, em 1787, ligada à própria fundação do estado norte-americano.

Estabelecido o princípio da supremacia da Constituição, conforme artigo VI, firmou-se, após o julgamento do caso *Marbury vs. Madison* (em 1803), o princípio do controle judiciário da constitucionalidade das leis, mesmo as federais.

Esse célebre julgamento originou-se da controvérsia que se estabeleceu após a eleição de Thomas Jefferson (Partido Democrata Republicano) para a presidência da república, em 1800, derrotando John Adams (federalista), que tentava a reeleição. Este, nos últimos dias de governo fez uma série de nomeações, entre as quais a de John Marshal (um mês antes da posse do novo presidente) para Chief Justice da Suprema Corte e, poucas horas antes de deixar o poder, as de vários membros de seu partido, entre os quais Marbury, este para a modesta função de juiz de paz (esses nomeados de última hora foram chamados de “juizes da meia-noite”). Tomando posse, Thomas Jefferson ordenou que seu Secretário de Estado, James Madison, sustasse as nomeações de meia-noite de Adams.

Quando tudo levava a crer que logo começaria o acerto de contas, Marbury requereu à Suprema Corte um *writ of mandamus* para ordenar a Madison que liberasse a nomeação. A decisão que se seguiu ficou célebre por estabelecer que o Supremo poderia declarar nula uma lei do Congresso, sob fundamentos constitucionais. O interessante é que a lei declarada nula - o Judiciary Act, de 1789 - justamente estabelecia a competência da Suprema Corte a expedir a ordem de *mandamus* requerida por Marbury. Marshal, um federalista, habilmente evitou um confronto com o governo recém empossado, declarando que o autor tinha realmente direito à nomeação, mas aquela lei que lhe outorgava a competência para emitir a ordem nesse sentido era inconstitucional, pois a Suprema Corte não é competente para deliberar este *writ*, já que a Constituição prevê que aquela corte é instância recursal, fora alguns casos particulares.

Este foi o primeiro caso em virtude do qual foi declarado que o Congresso violara a separação de poderes (ao tentar ampliar a jurisdição original do Judiciário).

A fiscalização da constitucionalidade, nos dias atuais, pode resumir-se em: a) competência difusa, ou seja, todos os tribunais estaduais e federais apreciam a constitucionalidade dos atos do Poder Público; b) todos os atos normativos são sujeitos à fiscalização; c) o poder de fiscalizar a constitucio-

nalidade dos atos do Poder Público é um poder normal dos juízes; d) não há controle concentrado da constitucionalidade e e) a lei não é anulada, mas considerada uma não lei. É como se nunca tivesse existido.

De 1803 até nossos dias podem ser apontadas três fases dessa fiscalização: 1) até cerca de 1880, a preocupação maior era a defesa da unidade do Estado; 2) de 1880 a 1935, a Constituição é interpretada a favor do liberalismo econômico e 3) a partir de 1954 (***Brown vs. Board of Education***), a Suprema Corte dedica-se à salvaguarda da liberdade política e da igualdade racial (direitos civis). Atualmente dominada por conservadores, a Suprema Corte deixou de ter a importância política e o brilho de outras épocas.

Também os atos judiciais se submetem ao controle de constitucionalidade pela Suprema Corte. Todo o desenvolvimento do direito nos EUA, a distinção do direito federal e do direito dos Estados e a própria história do país foram comandados pela interpretação, pelo Supremo Tribunal, de certas fórmulas da Constituição.

IV.4. Os Princípios Fundamentais da Constituição Americana

Com o tempo, fixaram-se regras fundamentais do Direito Constitucional Americano, sintetizadas pela Jurisprudência da Suprema Corte, às quais as leis estaduais e federais devem respeitar. São elas:

IV.4.1) Proteção dos direitos individuais - dez primeiras emendas (***Bill of Rights***).

IV.4.2) Due process of law (devido processo legal) - V e XIV emendas. Esse processo legal não seria um processo qualquer, mas sim organizado de acordo com as concepções tradicionais de justiça, e que garantisse a ampla defesa ao acusado. Prevaleceu, nos primórdios de sua interpretação, o caráter processual da cláusula do devido processo legal.

Por exemplo nos denominados ***Slaughterhouse cases*** (1873), declarou a Suprema Corte que o devido processo legal era um princípio de proteção do indivíduo contra as injustiças de cunho processual.

Com o tempo, acrescentou-se uma nova dimensão ao princípio, passando-se a examinar não apenas o aspecto processual, mas a própria legitimidade dos fins visados pelo legislador ou administrador, bem como a compatibilidade entre os meios empregados e os fins visados (***substantive due process***).

Essa nova interpretação passou por três fases:

a) ascensão e consolidação - século XIX até a década de 1930 - quando a corte suprema atuou como intérprete do pensamento liberal (caso ***Lochner vs. New York***, 1905, cuja decisão anulou lei que limitava jornada de trabalho

de determinada categoria de trabalhadores). É a era denominada Governo dos Juizes (Marcelo Caetano, *op.cit.*);

b) desprestígio do *due process of law* no final dos anos 30, marcado pelo abandono do controle substantivo de leis de cunho econômico;

c) ênfase às liberdades pessoais (não econômicas), tais como, liberdade de expressão, direito à privacidade, à participação política etc. São marcos desse período: caso *Brown vs. Board of Education* (1954), através do qual foi proibida a discriminação racial nas escolas públicas; no caso *Griswold vs. Connecticut* (1965), anulou-se uma lei daquele Estado que incriminava o uso da pílula anticoncepcional; no caso *Miranda vs. Arizona*, foi regulamentado o procedimento policial para o interrogatório dos indiciados criminalmente; no caso *Roe vs. Wade* (1973), considerou-se inconstitucional uma lei do Texas que criminalizava o aborto.

IV.4.3) A regra do razoável, ou do equilíbrio de interesses (princípio da razoabilidade) - seria a adequação dos meios aos fins desejados pelo legislador ou administrador, e que esse meios não sejam infundados ou arbitrários, isto é, sejam proporcionais às circunstâncias que os motivaram e aos fins que se propõem alcançar.

É a correspondência entre os meios propostos e os fins desejados. Manifestou-se, na Corte Suprema, no controle das classificações legislativas (Ex. caso *Royster Guano vs. Virginia*), pelo qual a Suprema Corte exigiu que as classificações legislativas fossem razoáveis e passassem a apresentar uma plausível relação de justificativa entre a classificação em si e os fins objetivados pela norma classificatória.

IV.4.4) Igualdade de direito à proteção legal - V e XIV emendas. Inicialmente usada para proteger cidadãos americanos de raça negra, aplica-se hoje a todos os indivíduos, nacionais ou estrangeiros, bem como a pessoas jurídicas, principalmente contra os abusos do poder governamental.

Embora não mencionada expressamente na V Emenda, mas somente na XIV Emenda, em relação aos Estados, a Suprema Corte entendeu que a cláusula abriga de modo implícito o princípio da isonomia, com isso merecendo o respeito do legislador federal. Como exemplo, o caso *Jimenez vs Weinberger*, a respeito de uma lei federal de previdência que suprimia o pagamento do auxílio-invalidez para os filhos ilegítimos nascidos após a inabilitação física e laboral do titular do benefício, procurando, com isso, estimular aqueles em gozo do benefício referido a não gerarem filhos. A

Suprema Corte declarou que essa discriminação entre as duas classes de filiação era desnecessária e odiosa.

V. O FEDERALISMO NORTE-AMERICANO

Os Estados Unidos têm uma estrutura de sobreposição (cada cidadão se submete a dois poderes políticos e a dois ordenamentos jurídico-constitucionais) e de participação (o poder central como resultante da agregação dos poderes políticos dos Estados federados).

O federalismo nos EUA se baseia em quatro princípios jurídicos:

- a) Poder constituinte de cada Estado limitado pela Constituição Federal;*
- b) intervenção institucionalizada na formação da vontade política federal: pelo Senado, como órgão de representação dos Estados; pela composição e processo de votação do Colégio Eleitoral presidencial; pela necessidade de as emendas à Constituição carecerem de aprovação de 2/3 dos membros de cada câmara e ratificação por 3/4 dos Estados;*
- c) especialidade das atribuições federais, entendendo-se que as que não forem próprias do Estado federal pertencem ou podem pertencer aos Estados federados;*
- d) igualdade jurídica dos Estados (art. IV da Constituição).*

Desde 1787, o poder federal cresceu muito, especialmente após a guerra civil de 1861/1865 e as duas guerras mundiais, em decorrência do aumento do número de estados federados e do enorme peso financeiro das funções do Estado federal.

Portanto, predomina atualmente a centralização, motivada, impulsionada, outrossim, pela **teoria dos poderes implícitos**, que significa que os órgãos federais têm competência para fazer tudo quanto seja necessário ou útil para desempenharem as atribuições que a Constituição lhes confere.

Esse princípio foi adotado, primeiramente, por Alexander Hamilton, Secretário do Tesouro do Presidente Washington (1789/1796), que propôs a criação de um banco nacional, destinado a revitalizar o sistema financeiro e prover o crédito público. Como sua criação não estava prevista na Constituição, Hamilton afirmou que a Constituição autorizava o Congresso “a fazer

todas as leis que sejam necessárias e apropriadas para pôr em execução” os poderes especificamente enumerados.

Mais tarde, em 1819, no julgamento do caso *McCulloch vs. Maryland*, a Suprema Corte declarou que o Congresso agira constitucionalmente ao criar o Segundo Banco dos Estados Unidos, repetindo o argumento utilizado por Hamilton, mais de vinte anos atrás.

Esse caso surgiu da tentativa do Estado de Maryland de, mediante cobrança de imposto extorsivo proposital, tornar inviável o funcionamento da filial do Segundo Banco dos Estados Unidos na cidade de Baltimore. Declarou Marshall que “*o poder de tributar é o poder de destruir*”, e de nenhuma maneira poder-se-ia admitir que um estado destruísse um instrumento do governo federal.

Outro julgamento importante se deu em *Gibbons vs. Ogden* (1824), pelo qual o Supremo declarou nulo o monopólio que o Estado de Nova York concedera a um serviço de barcas a vapor entre Nova York e Nova Jersey, com isso afirmando a competência do Congresso para regulamentar o comércio interestadual.

VI. OS PARTIDOS POLÍTICOS E OS GRUPOS DE PRESSÃO

Os primeiros partidos refletiam a divisão na sociedade entre os partidários de um governo central forte (federalistas) e os defensores da descentralização (democratas-republicanos), a partir do final da década de 1790, originados da oposição à vigorosa política econômica de Alexander Hamilton, Secretário do Tesouro do Presidente Washington.

Depois, durante a primeira metade do século XIX, vários partidos apareceram (partido do povo, partido Republicano nacional, partido Democrata-Republicano etc.), que mais refletiam as alianças de interesses de candidatos à presidência do que determinada corrente política. Daqueles, o partido Democrata-Republicano alcançou certa estabilidade, a partir da eleição de Andrew Jackson (1828), passando a ser chamado, aos poucos, de Partido Democrata. Seus opositores, por outro lado, fundaram um novo partido e se autodenominaram *Whigs* (liberais).

Começa, a partir daí, a se firmar o sistema bipartidário. Na década de 1850, liberais e democratas descontentes fundaram o Partido Republicano. A partir daí, esses dois partidos monopolizarão a cena política americana, embora aparecesse, de tempos em tempos, uma terceira força (Partido Americano, Partido do Solo Livre).

Após o racha nos partidos na grande crise imediatamente anterior à guerra civil (havia democratas sulistas, democratas nortistas, e até um partido unionista constitucional), e depois desse sangrento conflito (1861/1865), o Partido Republicano passou a identificar os vencedores e o Partido Democrata passou a agrupar os vencidos na guerra. Mais tarde os republicanos passaram a se identificar com o conservadorismo e os democratas com as reivindicações populares. De 1860 a 1932, com poucos intervalos (1884, 1892, 1912 e 1916), os presidentes foram sempre republicanos.

Na realidade, ambos os partidos têm várias correntes internas e muitos dos seus membros o são apenas por tradição familiar ou local. Por isso, não é raro ver em determinadas questões os democratas do Sul alinharem-se com os republicanos, como em outras, republicanos progressistas votarem com os democratas. Segundo Marcelo Caetano, a coesão partidária resulta de uma solidariedade de tipo clubista entre seus membros, mais do que por influência de grupos ideológicos.

Um interessante fator de mudança surgiu com o aparecimento dos grupos de interesses, ou de pressão, ou *lobbies*. Sobre a sua influência na realidade política atual dos Estados Unidos ensina Michael J. Malbin:

“Mencionar grupos de interesses traz à mente uma alteração final na utilização que os Elaboradores atribuíam ao ciclo de dois anos para promover as deliberações. A idéia original era que os mandatos de dois anos para a Câmara e de seis para o Senado levassem os membros a passarem mais tempo vivendo na capital do país. Isso, por sua vez, ajudaria os legisladores a formarem um senso comum de identidade e de propósitos, que favoreceria as deliberações num cenário distanciado das pressões imediatas dos eleitores.

*O crescimento de grupos nacionais de interesse em Washington mudou tudo isso. Tal crescimento tem andado diretamente em paralelo com o crescimento da agenda do governo, e de certo modo é uma das conseqüências disso. Os primeiros grupos de proteção aos negócios e à força de trabalho surgiram com a nacionalização da economia e com os primeiros grandes pruridos de regulamentação econômica nacional no final do século XIX. Continuaram a crescer em surtos que, em linhas gerais, se comparavam à Era Progressista, ao **New Deal**, à*

Grande Sociedade e, finalmente, à expansão da saúde, da segurança, da defesa ambiental e às leis dos direitos civis e às regulamentações de meados da década de 1960 a princípios da década de 1970. O resultado foi uma explosão de representações na capital do país de grupos de interesse.”

VII. A RELIGIÃO E O ESTADO AMERICANO

Finalmente, cabem umas poucas palavras acerca do tratamento dado pelo Estado americano à questão religiosa, segundo o entendimento dos elaboradores da Constituição, face à milenar contenda entre a Igreja e o Estado, do qual aqueles tinham perfeita consciência de suas implicações na história da civilização ocidental.

Os fundadores do Estado norte-americano pugnaram, desde os primeiros debates relativos ao asseguramento da proteção aos direitos fundamentais, a estabelecer uma separação rígida da religião em face das funções estatais e isso com um propósito bem claro. Explica Jeremy Rabkin:

“A estabilidade de nossa ordem constitucional deve muito ao fato de que as tendências religiosas dominantes ao longo da maior parte da história americana foram perfeitamente compatíveis com a democracia liberal e com a tolerância religiosa e, de um modo geral, não obrigaram as pessoas a fazer violentas opções entre obrigações religiosas e obrigações civis.”

Segundo a maioria dos doutrinadores americanos, essa separação favoreceu, por outro lado, um crescimento espetacular de seitas (algumas até perigosas) e de doutrinas religiosas, que tornou a repressão, em virtude de crença, virtualmente impossível, freando as ambições sectárias.

VIII. INFERÊNCIAS

Através desse pequeno ensaio, percebe-se que o caráter sintético da Constituição dos Estados Unidos tem a ver, antes de tudo, com as condições históricas sob as quais foi elaborada, quando se visava, essencialmente, limitar o poder central.

No entanto, com o passar do tempo e o aumento, cada vez maior, de participação do Estado na regulação da vida privada, sentiu-se a necessi-

dade de uma mudança de orientação, devida, principalmente, às crescentes pressões sociais.

Mas o caráter sintético daquele documento acabou se revelando de enorme vantagem, pois possibilitou sua adaptação aos novos tempos, sem necessidade de uma ruptura com a ordem jurídica anterior (por exemplo, pela instalação de uma assembléia constituinte).

Assim, tirante as emendas constitucionais, que visaram, principalmente, a garantir direitos fundamentais aos cidadãos americanos, as mudanças operadas na interpretação do texto vigente, pela Corte Suprema, provaram suficientes para atender as novas demandas da sociedade americana.

Fundamentalmente, penso que os constituintes americanos, quando da elaboração do texto da Constituição dos Estados Unidos da América, jamais sofreram daquilo que, espiritualmente, o Professor Luis Roberto Barroso chama de *narcisismo constitucional*, ou seja, de se elaborar normas para esta geração, para resolver problemas imediatos, para se livrar das pressões circunstanciais etc.

Acredito que aqueles legisladores pensaram nos governantes como realmente eram, e serão sempre: seres humanos mortais. ◆

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A OBRIGATORIEDADE DO EXAME DE DNA NAS AÇÕES QUE INVESTIGAM O PARENTESCO

CLAUDIA DE ALMEIDA NOGUEIRA

Profª da EMERJ e da Universidade Candido Mendes. Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A cada instante perfilam-se doutrinas sobre o exame do DNA nas ações de investigação de paternidade, especialmente quanto a sua obrigatoriedade.

Evidentemente que este trabalho não visa a esgotar a matéria, mas apresentar alguns enfoques de relevo abordados pela doutrina e jurisprudência, com base no novo desenho jurídico plasmado no texto constitucional e permitido pela ciência genética, sobre a realização forçada do exame de DNA.

A constitucionalização do direito de família ofertou uma tendência publicista a esta parte do direito privado, por ser matéria de interesse social à identificação da pessoa natural propiciada pelo conhecimento de sua origem, possibilitada, atualmente, pelo exame de DNA, a chamada molécula da vida.

O primeiro dilema, com que se deparam as partes envolvidas e o julgador, recai sobre a recusa do suposto pai, réu da investigatória, em se submeter voluntariamente ao exame de DNA, desdobrando-se, conforme acórdão do Supremo Tribunal Federal proferido no *Habeas Corpus* 71373-4-RS, conseqüentemente, como esperado, em duas correntes: a majoritária, argumentando que o Réu não pode ser compelido a fazer a prova pericial do DNA, e a tese vencida, sustentando que o suposto pai pode sofrer, por decisão judicial, a colheita forçada do material para o exame.

O *leading case*¹ acima referido foi assim ementado:

¹ *Habeas Corpus* 71373-4-RS - STF- Ministro-Redator para acórdão: Marco Aurélio.

“Investigação de Paternidade – Exame DNA – Condução do Réu ‘Debaixo de Vara’. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – 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.”

Indispensável é a análise dos fundamentos jurídicos das duas correntes para melhor compreensão da matéria.

1. PRIMEIRA CORRENTE: MAJORITÁRIA. FAVORÁVEL AO RÉU.

A corrente vencedora, liderada pelo eminente Ministro Marco Aurélio, adotou a posição no sentido de que a colheita forçada do material para o exame genético constitui constrangimento ilegal, fundamentando os votos em princípios e garantias constitucionais, insculpidos no artigo 5º da Constituição da República, protegido pelo artigo 60, IV, do mesmo diploma, como cláusula pétreia.

Os direitos subjetivos e as garantias constitucionais que receberam a proteção da tutela jurisdicional da mais alta Corte foram: princípios da legalidade, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa, da intangibilidade do corpo humano, do direito à privacidade, do direito à intimidade, do devido processo legal, do contraditório, e o subprincípio que ninguém poderá ser obrigado a produzir prova que pode ser contrária a si próprio.

Pelo princípio da legalidade, artigo 5º, II, da Constituição da República, o suposto pai, réu da investigatória, somente poderia ser compelido a fazer a prova pericial se a lei assim o determinasse. E como não há nenhuma lei obrigando-o a fazer o exame, pode o réu se recusar legitimamente à produção da prova requerida pelo investigador.

Destaque-se que o Direito pátrio limitou-se, apenas, a definir o DNA na Lei de Biossegurança, nº 8.974 de 5 de janeiro de 1995, no artigo 3º,

II: “*ácido desoxirribonucléico (ADN), ácido ribonucléico (ARN) – material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis ‘a descendência’;*”, silenciando-se sobre a obrigatoriedade do exame.

O emérito constitucionalista português, JORGE MIRANDA,² ensina que:

“(...) a legalidade equivale a não desconformidade da actividade administrativa e jurisdicional com a norma jurídica, seja qual for; e, num alcance mais significativo, não desconformidade com a norma legislativa (quando esta exista).” “... Não tem apenas de não ocorrer contradição com a lei. Tem que haver lei. E é à lei – formal e material – que cabe, por exemplo, regular uma liberdade.”

Nesta esteira, sobre o princípio da legalidade, se pronuncia o ilustre professor JOSÉ AFONSO DA SILVA³, expondo:

“(...) os elementos essenciais da providência positiva não que constar da lei. Só a lei cria direitos e impõe obrigações positivas ou negativas, ainda que o texto constitucional dê a entender que só estas últimas estão contempladas no princípio da legalidade.”

Deduz-se, portanto, que o princípio da legalidade combate as arbitrariedades.

À evidência, por falta de norma imperativa determinando o exame e pelo princípio da autonomia da vontade do homem, o corpo humano não pode ser violado – princípio da intangibilidade do corpo humano. A exteriorização da vontade com força positiva na concessão do material deve ser imanada de ato de reflexão do réu que, por livre e espontânea vontade, queira colaborar para se cientificar da veracidade dos fatos alegados.

O corpo físico é o templo sagrado do homem que deve ser respeitado, se o mesmo não admite a produção desta prova pericial.

Claro que, para cada ação, resta uma reação. E este princípio basilar da física também encontra acolhida no mundo jurídico. O réu, ao se recusar,

² MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, tomo V.

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.

formará uma forte presunção *iuris tantum* de que é realmente o pai biológico do autor, com a procedência do pedido, dependendo do cotejo das demais provas produzidas na investigatória.

Mas nem por isso, a recusa deve ser interpretada como confissão ficta, o que macularia o princípio da paternidade real, com respeito aos entendimentos contrários. Obviamente, que não se pode imputar a paternidade de alguém a outra pessoa que não o verdadeiro pai, sob pena de serem ofendidos os princípios da paternidade real e o da paternidade responsável.

Neste sentido, ora defendido, é a manifestação consensual da jurisprudência, com o apoio da doutrina, que o registro civil deve coincidir com a verdade natural, com a geração biológica, e não com a declaração jurídica (RJTJRGs nº 96/408).

Ancorado nesta perspectiva, tem o réu da demanda que discute o parentesco a garantia constitucional da ampla defesa, não podendo ser obrigado a produzir prova contrária a si próprio, consagrado como princípio da inocência.

Como a prova cabe a quem alega o fato, *onus probandi*, o autor terá que provar o parentesco, com ou sem a colaboração do réu para obter a procedência do pedido, por ser direito indisponível, produzindo provas da exclusividade de sua genitora à época da concepção e do relacionamento amoroso entre ela e o réu, quando este se recusa a fazer voluntariamente o exame de DNA.

Neste sentido, se pauta o direito pretoriano:

*“(...) há que se verificar, assim, os três aspectos para o êxito da investigatória, que, a meu ver, restaram claros: 1) a relação sexual ocorrida entre a mãe do autor e o suposto pai; 2) a coincidência entre a concepção do menor; 3) a exclusividade do relacionamento da mãe do investigando à época dos fatos. Além dos indícios de que deve se valer o Julgador para formar sua convicção.”*⁴

Ressalte-se, porém, a advertência do processualista, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR⁵,

⁴ Recurso Especial nº 178.087 – STJ, sendo Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Brasília, 24 de agosto de 2000.

⁵ THEODORO JR., Humberto. *Revista Brasileira de Direito de Família* nº 3, p. 13

*“(...) o **onus probandi**, todavia não se deve aplicar como regra pertinente a iniciativa da prova, porque a esse respeito existe norma expressa assegurando ao juiz o poder de determinar as provas necessárias ao julgamento da lide, tanto a requerimento da parte como de ofício (art. 130). Assim, fica claro que as regras sobre ônus da prova (art. 333) destinam-se a orientar o juiz no momento de julgar a lide, quando toda instrução probatória já se concluiu. Ai, sim, a parte que não logrou trazer para os autos a prova convincente acerca dos fatos necessários ‘a acolhida de sua pretensão’, sofrerá a sucumbência inevitável.”*

Continua o processualista esclarecendo:

“(...) o que hoje prevalece é um sistema justo, de forma que ao juiz incumbe julgar conforme o alegado pelas partes e a prova disponível, pouco importando se sua produção proveio de iniciativa ou não das partes (CPC, arts. 130 e 131).”

Crucial a prova dos fatos alegados por exigência da novel Constituição em adequação aos princípios da ampla defesa e contraditório, artigo 5º, inciso LV, consectários do devido processo legal, albergador da moderna concepção de legalidade, sob pena de nulidade insanável, mesmo que a parte ré não apresente resposta no prazo contestacional, por tratar-se de direito indisponível, conforme artigos 320, II, do CPC e 27 da Lei 8.069/90.

Tem que ser garantido aos litigantes o contraditório pleno para cognição profunda do magistrado, sobre a existência, ou não, do fato gerador da pretensão deduzida em juízo, o que somente ocorrerá com a mais ampla dilação probatória, seguindo-se a diretriz jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:⁶

*“I - Na fase atual da evolução do Direito de Família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor.
II - Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador*

⁶ Recurso Especial nº 43.467 – MG, da Relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório.

III - Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes.”

O Código Civil Português, reconhecendo a importância da prova técnica, sem, também, impor sua execução forçada aos contendores, dispôs em seu artigo 1801:

“Nas acções relativas à filiação são admitidos como meios de prova os exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados.”

O emérito professor EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE⁷ comenta no artigo, que na França, Bélgica, Québec e na Inglaterra é ressaltada a importância da prova pericial, mas não admitida a colheita forçada do material para exame, ilustrando que:

“(…) na França, a coleta de qualquer prova genética (sangue, esperma, cabelos etc.) com o desconhecimento da pessoa, ou contra sua vontade, é tida como ilícita e considerada como comprometedora da intimidade da vida privada.”

Na Inglaterra, “os Tribunais, com base no **Family Law Reform Act, de 1969**, têm o direito de ordenar perícias científicas, mas, a execução forçada, penas de multa ou a prisão não podem ser impostas em caso de recusa injustificada”.

⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Reflexões sobre a Prova Científica da Filiação, Grandes Temas da Atualidade – DNA.**

O posicionamento jurisprudencial italiano segue a diretriz que exige o consenso do suposto pai na realização da prova técnico-pericial hematológica e genética⁸.

“Le prove ematologiche e genetiche, in quanto richiedono un’attività invasiva della sfera fisica di chi vi viene sottoposto, non possono essere effettuate senza il consenso dell’interessato (Corte Cost. 19 luglio 1996, n. 257, Giust. Civ., 1996, I, 2807; Corte Cost. 9 luglio 1996, n. 238, Dir. pen. Proc., 1996, 1091, Fam., 1996, 419), ma il giudice può desumere elementi di giudizio sai dal rifiuto ingiustificato di sottoporvisi, sai dalla sistematica opposizione avverso l’istanza di ammissione di tale prova.”

Ensinam os articulistas JOSÉ RENATO SILVA MARTINS e MARGARETH VETIS ZAGANELLI⁹ que, na Itália, a recusa fica sujeita ao pagamento de pena pecuniária e, se a recusa for injustificada, influenciará na valoração das provas.

Já o projeto do novo Código Civil Brasileiro, artigo 1.603, com a emenda nº 210 do Senado Federal tem a seguinte redação:

“A paternidade do filho concebido na constância da sociedade conjugal, ou presumido tal (art. 1.603), só pode ser contestada, provando-se: III – a impossibilidade da filiação, mediante exame pericial.”

⁸ Neste sentido: Sulla dichiarazione giudiziale di paternità, cfr. AZZARITI, voce **Maternità e paternità (dichiarazione giudiziale della)**, Noviss. Dig. it., IV, Torino, 1983, 1178 ss.; DE CUPIS, sub artt. 269 ss., in **Commentario al diritto italiano della famiglia**, cit., IV, 165 ss.; CONSTANZA, voce **Filiazione** (III, Filiazione naturale), cit., 5 ss.; MAIELLO, **La filiazione naturale**, cit. In particolare sulle prove biologiche della filiazione. Cfr. BISCONTINE, “Prove ematologiche e filiazione”, **Rass. Dir. civ.**, 1993, 487 ss.; FERRANDO, “Favor legitimitatis, verità biologica e principio di responsabilità nella filiazione”, **Riv. trim. dir. proc. Civ.**, 1996, 55; ROSA LEITE DE CONVERTI, “Dichiarazione di paternità naturale: prove biologiche e interesse del minore”, **Nuova Giur. Civ. Comm.**, 1994, I, 531 ss e v. retro; cap. I, par. 3 f; FERRANDO, **La filiazione naturale, Trattato Rescigno**, cit., IV, 205 ss.; SESTA, **La filiazione**, cit., 133ss.; BASINI, “La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale”, in **Il diritto di famiglia, Trattato** BONILINI e CATTANEO, cit., III, 171 ss.; CARBONE, “Prove genetiche: rifiuto equivale ammissione”, **Fam. Dir.** 1997, 107; DI BONA, “Prove ematologiche e genetiche e dichiarazione giudiziale di paternità”, **Rass. Dir. civ.**, 1998, 678.

⁹ MARTINS, JOSÉ RENATO SILVA; ZAGANELLI, MARGARETH VETIS. “Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade: direito à intimidade ou direito à identidade?”

O referido projeto, quanto à prova pericial, nos artigos 231 e 232 determina que:

“Art.231 – Quem se nega a submeter-se a exame médico necessário, não poderá aproveitar-se de sua recusa.

Art. 232 – A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.”

A Constituição de 88 adotou a linha protetiva do resguardo à intimidade e à intocabilidade do corpo humano e, como não há lei obrigando o pai, que se encoberta com o anonimato, à feitura do exame forçado do *fingerprints* do DNA, compeli-lo caracterizaria constrangimento ilegal, face ao silêncio da lei sobre a temática versada.

Diversos os materiais empregáveis no teste da impressão digital do DNA, retirados em quantidade mínima, como exemplifica a doutora MARY CHRISTINA PITTA PINHEIRO MELGAÇO¹⁰, coordenadora geral do programa de investigação de paternidade e maternidade da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, instituição à qual pertence:

“(...) uma pequena amostra de sangue fresco ou dessecado, de fragmentos de tecidos humanos, de traços de sêmen ou de alguns fios de cabelo.”

Não há violação ao princípio da intimidade estampado na Constituição Federal, artigo 5º X, com a retirada do material para a averiguação do liame parental, porque, nestes casos, ter-se-ia que aplicar o princípio da insignificância com a retirada de diminuta quantidade de material renovável do corpo do réu. A intimidade do réu será violada, sim, com a exposição de sua vida sexual. O comportamento da pessoa não deve ser exposto, e é isso a que se visa proteger.

A vida íntima de uma pessoa deve ser resguardada para não ocorrer lesão a outros dois princípios constitucionais: o da dignidade da pessoa humana e o da privacidade do indivíduo, cabendo, caso ocorra violação a esses princípios, indenização pelos danos causados, tanto materiais quanto morais.

¹⁰ MELGAÇO, MARY CHRISTINA PITTA PINHEIRO. “DNA e Paternidade: O que você deve saber!”. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, nº 11.

É claro que o fato de ser demandado não fere os princípios constitucionais, até porque a Carta Magna garante o acesso à Justiça; a não exclusão pela lei da apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito; o devido processo legal; o contraditório e a ampla defesa.

Porém se o pedido é julgado improcedente, o réu poderá ajuizar ação indenizatória pela falsa paternidade que lhe foi atribuída, provado o constrangimento sofrido. Neste sentido se posicionou o ilustre Desembargador YUSSEF SAID CAHALI¹¹:

“Não se pode negar que toda ação de investigação de paternidade ilegítima representa para o demandado uma situação de constrangimento; segundo os preceitos ainda vigorantes, a simples imputação da existência de filho nascido fora das relações matrimoniais coloca em crise a reputação, a honorabilidade, a correção e o respeito do indigitado pai, em especial quando envolve a pessoa de políticos ou de projeção social.

Nesta linha, reconheceu-se o ‘enorme dano’ sofrido pelo indigitado pai, na ação de investigação de paternidade julgada improcedente, concedendo-se-lhe indenização por danos morais.”

O Código Civil Português, artigo 80º, sobre o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, estipula que:

“1. Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem.”

Contribui a doutrina portuguesa, como deixa claro RABINDRANATH V. A. CAPELO DE SOUZA:¹²

“(…) na verdade, a reserva juscivilisticamente tutelada abrange não só o respeito da intimidade da vida privada, em particular a intimidade da vida pessoal, familiar, doméstica, sentimental e sexual e inclusivamente os respectivos acontecimentos e trajectórias.”

¹¹ CAHALI, YUSSEF SAID. **Dano Moral.**

¹² SOUZA, RABINDRANATH V. A. CAPELO DE. **Direito Geral de Personalidade.**

O constitucionalista ALEXANDRE DE MORAES,¹³ entende que:

“(...) os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada apresentam grande interligação, podendo, porém, ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro, que encontra-se no âmbito de incidência do segundo.

Assim, intimidade relaciona-se às relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc.”

Desta análise, retira-se que a intimidade do investigado tem que ser protegida, por ditame constitucional como seguido, obviamente, pela jurisprudência e doutrina.

Além do princípio da intimidade, outro princípio abraçado pela corrente vencedora para proteger o suposto pai, réu da investigatória, é o da dignidade da pessoa humana. Atente-se que tal princípio está consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em Resolução da III Sessão Ordinária da Assembléia Geral das Nações Unidas (1948), proclamando, no seu artigo 1º, que:

“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”

Assim como na Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos, celebrada pelos Estados Americanos em San José de Costa Rica, no ano de 1969, reiterando no § 1º do seu artigo 11 que:

“toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.”

A dignidade da pessoa humana também foi tipificada na Constituição como fundamento da República Federativa do Brasil, no artigo 1º, inciso III, bloqueando o descumprimento dos direitos fundamentais.

¹³ MORAES, ALEXANDRE DE. **Direito Constitucional.**

Há que se concluir, portanto, face aos fundamentos jurídicos agasalhados pela primeira corrente aqui explanada, a vencedora no STF, que o exame forçado do DNA, nas ações de investigação de paternidade e de maternidade, está patenteado de inconstitucionalidade por ferir frontalmente diversos princípios constitucionais.

Contudo, também se faz importante registrar os argumentos expendidos pela corrente minoritária que sustenta a obrigatoriedade do exame de DNA, o marcador da individualidade biológica, quando o titular do patrimônio genético se recusa a fazê-lo voluntariamente.

Como analisado anteriormente, o suposto pai, réu da investigatória, não pode ser compelido à execução forçada do exame genético, por inconstitucionalidade da ordem judicial para a primeira corrente, mas a corrente minoritária oferece fortes argumentos, inclusive em sede constitucional, em contraposição a esses direitos, com a preocupação em realizar a justiça no caso em concreto, enquanto não sobrevém lei específica regulando a matéria.

Os fundamentos embaixadores da linha argumentativa prevalecedora foram os acima explanados, e os da vertente minoritária serão expostos a seguir.

2. SEGUNDA CORRENTE: MINORITÁRIA. FAVORÁVEL AO INVESTIGANTE

A segunda corrente fortifica-se com o direito comparado, em que diversos sistemas europeus reconhecem a preponderância da prova técnica e como notícia o doutor EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE¹⁴, que na Alemanha:

*“o § 372 do Código de Processo Civil Alemão (ZPO) prevê um dever de se submeter (**Duldungspflicht**) às perícias exigidas, no plano do dever de verdade das partes, mas também dos terceiros intervenientes na causa, sob pena de multa ou prisão, até execução forçada **manu militari**.”*

Os demais países de direito germânico e países nórdicos seguem a mesma diretriz:

¹⁴ LEITE, EDUARDO DE OLIVEIRA. **Repertório de Doutrina sobre Direito de Família, Aspectos Constitucionais, Cíveis e Processuais**, v. 4.

“(...) a prova da paternidade deve ser obtida com ou sem o consentimento dos interessados.”

Bastante ilustrativo o paradigmático acórdão espanhol¹⁵ ao julgar recurso interposto em ação de investigação de paternidade, tendo com núcleos da controvérsia a determinação da produção da prova biológica de filiação e a colisão de direitos fundamentais das partes envolvidas quando o suposto pai nega-se a realizar o exame voluntariamente por estar ferindo tal decisão seus direitos fundamentais à integridade física e moral protegidos constitucionalmente, além de violar sua intimidade pessoal (artigos 15 a 18 da Constituição da Espanha), concluindo a Egrégia Corte pela realização da prova biológica, como determinado no julgamento da primeira instância.

Destaco estes trechos do referido acórdão:

“En efecto, el derecho a la integridad física no se infringe cuando se trata de realizar una prueba prevista por la Ley y acordada razonadamente por la Autoridad judicial en el seno de un proceso. Tampoco se vulnera el derecho a la intimidad cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, como es el caso de la investigación de la paternidade y de la maternidad mediante pruebas biológicas en un juicio sobre filiación. Así lo há declarado este Tribunal en los AATC 103/1990, fundamento jurídico 4º, y 221/1990, fundamento jurídico 3º, en donde hemos resaltado que en esta clase de juicios se produce una colisión entre los derechos fundamentales de las distintas partes implicadas; y que no hay duda de que, en los supuestos de filiación, prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidade, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección por el artículo 39.2 CE, lo que trasciende a los derechos alegados por el individuo afectado, cuando está en juego además la certeza de un pronunciamiento judicial. Son que los derechos constitucionales a la intimidad, y la integridad física, puedan convertirse en una suerte de consagración de la impubidad, com desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una

¹⁵ Sentencia Del Tribunal Constitucional 7/1994 (BOE número 33, suplemento de 17 de fevereiro).

conducta que tiene una íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares.

(...) Al hacer recaer toda la prueba en la demandante, la resolución judicial atacada vino a imponerle una exigencia excesiva contraria al derecho fundamental del artículo 24.1 CE (SSTC 227/1991, fundamento jurídico 3º, 14/1992, fundamento jurídico 2º, y 26/1993, fundamento jurídico 4º), colocándola en una situación de indefensión.”

Evidencia-se no Brasil a mencionada colisão de direitos fundamentais, assim como evidenciado no acórdão espanhol, gerando forte debate jurídico entre as duas correntes antagônicas.

O Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE,¹⁶ percebendo que o caso retrata um confronto de valores constitucionais relevantes, indeferiu a ordem pleiteada, sob o fundamento que não se pode opor:

“(...) risível sacrificio imposto à inviolabilidade corporal à eminência dos interesses constitucionalmente tutelados à investigação de paternidade.”

Os direitos subjetivos e princípios que mereceram o amparo da Corte Constitucional pátria são: ampla defesa, contraditório, direito à identificação, os princípios da paternidade real e o da paternidade responsável, a indisponibilidade dos direitos da personalidade, o artigo 27 do ECA, a natureza jurídica da sentença de investigação de paternidade que é declaratória, e por fim, o princípio da razoabilidade. Podendo-se incluir também a limitação da disposição do próprio corpo, o interesse coletivo sobre o particular, a contribuição das partes na realização da justiça, a vedação de que nem mesmo a lei exclua da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direitos e o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Todos serão vistos, agora, sob a ótica do investigante.

Os direitos da personalidade dispõem de resguardo constitucional, como o direito à identidade, à dignidade, à intimidade entre outros.

¹⁶ *Habeas Corpus* 71.373-4 - STF.

O ilustre mestre civilista, Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, J.M. LEONI LOPES DE OLIVEIRA¹⁷ conceitua que:

“(...) os direitos da personalidade ou personalíssimos são direitos subjetivos absolutos que possibilitam a atuação legal, isto é, uma faculdade ou um conjunto de faculdades, na defesa da própria pessoa, nos seus aspectos físico e espiritual, dentro do autorizado pela normas e nos limites de exercício fundado na boa-fé.”

HARRY WESTERMANN¹⁸, professor catedrático na Universidade de Münster/Westfália, ao editar sua doutrina comenta que:

“(...) no direito geral da personalidade se cuida de proteger a pessoa em todas as suas relações e sua esfera íntima.” “...Em oposição a isto no direito genérico da personalidade muitas vezes é necessário ponderar de um lado o interesse de quem demanda proteção e de outro o interesse do ofensor em sua atividade. Além disso deve-se confrontar o direito genérico de personalidade como valor constitucionalmente tutelado com outras decisões valorativas constitucionais.”

O direito à identificação é um desses direitos. Todos, sem distinção, pelo princípio constitucional da igualdade, têm o direito à identificação, ou seja, direito ao nome e ao reconhecimento de seu *status* familiar.

O Ministro FRANCISCO RESEK¹⁹ explica que:

“(...) A recusa mesma induz à presunção de paternidade, facilitando o desfecho da demanda, mas resolvendo de modo insatisfatório o tema da identidade do investigante.”

A Constituição Federal de Portugal, no artigo 26, no capítulo referente a direitos pessoais determina que:

¹⁷ OLIVEIRA, J.M. LEONI LOPES DE. *Teoria Geral do Direito Civil*, v. 2.

¹⁸ Westermann, Harry, Código Alemão – Parte Geral.

¹⁹ *Habeas Corpus* nº 71.373-4 - STF.

“1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação. 2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias. 3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.”

Evidente o avanço da legislação alienígena ao prever constitucionalmente os direitos à identidade pessoal e à identidade genética das pessoas, porém como salientado anteriormente, não obrigam ao exame de DNA.

O Pacto de San José da Costa Rica, artigo 18, assim dispõe:

“(...) direito ao nome. Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário.”

O eminente civilista CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA²⁰, em sua obra professa que:

“(...) aproxima-se da verdade o ilustre Professor Spencer Vampré, caracterizando o direito ao nome “um direito da personalidade. Consiste no poder de individualizar-se, e tem, portanto, caráter de direito pessoal inalienável, imprescritível, inalienável e absoluto (erga omnes).

Aproxima-se da verdadeira doutrina, repetimos, não a contendo de todo, por ter descurado do elemento público, que completa o direito ao nome. Se este constitui uma prerrogativa individual, um direito

²⁰ PEREIRA, CAIO MARIO DA SILVA. **Reconhecimento de Paternidade e seus efeitos.**

pessoal, por outro lado não refoge ao interesse de ordem pública, tutelado de modo especial pelo Estado, e por ele regulado.”

Mas o direito à identificação do investigante não se resume ao nome e ao registro civil, mas, também, saber quem é a sua família, quem são seus pais, para interligá-lo à sociedade e propiciar-lhe o conhecimento de sua origem genética.

Em razão desta identificação essencial para qualquer pessoa, o autor da investigatória, obtendo a procedência do pedido terá o direito ao uso do nome de sua família paterna e/ou materna, além do direito de receber alimentos, de ser representado ou assistido, dependendo da idade por quem detém o pátrio-poder, com suas respectivas conseqüências e direitos sucessórios, podendo a ação de investigação de paternidade ser ajuizada mesmo após a morte do suposto pai, em face de seus sucessores, por ser a sentença de natureza declaratória e imprescritível (Súmula 149 do STF).

Igualmente, o Desembargador YUSSEF SAID CAHALI²¹:

*“(...) a ação de investigação de paternidade é eminentemente declaratória; com a sentença de procedência, o juiz limita-se à constatação da existência da relação jurídica concernente à filiação paterna; da declaração de existência desse vínculo, resulta apenas a constituição da **paternité de droit**; o estado filial pré-existe à sentença, e a filiação não se constitui através desta.”*

A propósito, assim entende Arnaldo Medeiros da Fonseca²², quando diz:

“Considerada prejudicial ou de estado, a ação de investigação de paternidade ilegítima não visa em si mesma nenhuma condenação, mas sim a declaração por sentença do estado de filho que o autor pleiteia. Daí ser incluída pelos processualistas na categoria das chamadas ações declaratórias, que se destinam apenas a estabelecer uma certeza jurídica, ao contrário das ações de condenação que,

²¹ CAHALI, YUSSEF SAID. **Dano Moral.**

²² FONSECA, ARNALDO MEDEIROS.

além de declararem o direito questionado, conferem ao vencedor a faculdade de pedir a execução forçada em seu favor.”

No mesmo sentido, também, PONTES DE MIRANDA²³:

“O reconhecimento não é ato atributivo, mas simplesmente declarativo, no sentido do direito civil, da filiação da pessoa a que se refere. A filiação, que existia antes, embora sem caráter legal, passa a ser assente perante a lei. O reconhecimento, portanto, não a cria: revela-a. Daí resulta que os seus efeitos, quaisquer que sejam remontam ao dia do nascimento, e, se for preciso, da concepção do reconhecido.”

Por certo, se o autor da investigatória não tem sua paternidade reconhecida pela recusa do réu na feitura do exame do DNA, a sociedade de um modo geral sofrerá as conseqüências, especialmente quando se tratar de criança, pois o Estado terá que arcar com as suas despesas de manutenção, provendo-lhe os alimentos, educação, moradia e todos os direitos que uma criança tem regulados, previstos, entre outros: no artigo 227 da Constituição Federal; na Convenção Sobre os Direitos da Criança, Decreto legislativo nº 28 de 1990; no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069; no Pacto de San José da Costa Rica e na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Não é justo que a sociedade seja onerada com a manutenção do menor que tem pai, tem família, contrariando os princípios da paternidade real e o da paternidade responsável (artigo 226 § 7º da CF).

Pelo princípio da paternidade responsável não basta ser biologicamente pai, tem que ser juridicamente considerado e responsabilizado como tal, com todas as conseqüências inerentes à filiação, até porque, como a natureza jurídica da sentença da investigação de paternidade é declaratória, como visto, quem é pai o é desde a concepção e a Constituição da República determinou que ambos, pai e mãe, são iguais, tendo os mesmos deveres e direitos em relação aos filhos e ao patrimônio deles.

²³ MIRANDA, PONTES DE. **Tratado de Direito Privado**, Tomo IX.

Como dito antes, faz-se imperioso o absolutismo da verdade real sobre a verdade formal nas ações de estado, como ilustram as lições do Subprocurador Geral da República, OSMAR BRINA²⁴:

“Saber a verdade sobre sua paternidade é um legítimo interesse da criança. Um direito humano que nenhuma lei e nenhuma Corte pode frustrar.

A menor, nestes autos, tem o legítimo e sagrado direito de obter a verdade sobre a sua paternidade. E será injusto e cruel privá-la de usar todos os recursos possíveis na busca dessa verdade por frio apego a ritos e formas processuais. Saber a verdade sobre sua paternidade é um legítimo interesse da criança...”

Tamanha a preocupação do legislador, com a verdade real e a realização da justiça no caso em concreto, que não ocorrem os efeitos da revelia nas ações que versam sobre direitos indisponíveis, como as investigatórias (320, II CPC).

Nas ações de averiguação de paternidade busca-se a verdade real, por tratar-se de direito da mais alta relevância com o desaguar da coisa julgada material nas decisões de mérito.

O que se discute muito, atualmente, sobre a coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, diz respeito àquelas ações julgadas sem o lastro da prova do DNA, questionando-se: se hoje fosse feito o exame e ficasse constado resultado diverso, poderia, ou não, ser ajuizada demanda, tendo como pano de fundo o vínculo parental?

Uma corrente sustenta que tem que prevalecer a coisa julgada material, pela estabilidade das relações jurídicas, preservando-se a face de Estado de Direito do Brasil (artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal). A outra corrente advoga que a coisa julgada não pode prevalecer em razão do princípio da paternidade real e responsável; quem é pai o é desde a concepção; a coisa julgada é uma ficção criada pelo homem, e, que a sentença não torna ninguém pai de uma pessoa. Novamente, vislumbra-se o velho dilema: a segurança das relações jurídicas obtida com a coisa julgada material por um lado e de outro, a real aplicação da justiça ao caso em concreto.

²⁴ Recurso Especial 4.987-RJ - STJ - Relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo.

Coligados aos princípios da paternidade real e paternidade responsável estão as garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

O devido processo legal garantirá ao filho, que não teve sua paternidade reconhecida, o direito de postular em juízo o reconhecimento do seu parentesco com o suposto pai, e provar sua pretensão, após a mais ampla dilação probatória possível. A realização do exame pelo suposto pai, de forma voluntária ou involuntária, resguardará a defesa ampla do investigante e o direito ao contraditório. A imposição do exame é uma forma de se garantir ao investigante sua ampla defesa e permitir-lhe contraditar as provas e os indícios apresentados pelo demandado.

Marque-se, por assaz relevante, que antes da descoberta do DNA, o julgador baseava-se em indícios. O autor provava que sua mãe, à época da concepção, mantinha, com exclusividade, relacionamento amoroso com o suposto pai, levando-se à conclusão lógica de que o investigado era o seu genitor.

Contudo, com o surgimento do DNA e sua aplicação nas lides sobre a ancestralidade, surgiram resistências opostas na jurisprudência às vetustas fundamentações que são ofertadas na peça de bloqueio, entre elas, a ***exceptio plurium concubentium***, como se verifica neste aresto catarinense²⁵ trazido à baila:

*“A **exceptio plurium concubentium**, como uma das diretrizes para julgamento de demandas desta natureza, cumpriu a sua função enquanto a ciência não atingiu o grau de evolução que ostenta, atualmente, no tema específico da perfeita identificação da paternidade.*

Hoje, apesar da vida desregrada da mulher, o filho por ela concebido pode buscar a identificação paterna através do sistema do DNA, cuja conclusão, quando positiva, passa a ser cientificamente incontestável.”

Pode-se dizer que com a produção da prova pericial do DNA nas ações de investigação, as teses defensivas do réu “caem por terra” com a realização do exame.

²⁵ Apelação Cível. 36.643 - SC.

Problema com que o investigador se depara, ocorre quando o réu se recusa a fazer o exame do DNA e ausentes as provas do relacionamento amoroso de sua mãe com o suposto pai à época da concepção; por exemplo: o réu e a genitora tiveram um relacionamento de poucos dias, ou escondido, e não há prova documental ou oral do relacionamento entre eles, ou quando o suposto pai se recusa a fazer o exame de DNA, provando a pluralidade de parceiros da genitora, o que acarretaria, conseqüentemente, a improcedência do pedido, decisão de mérito que estará acobertada pelo manto sagrado da coisa julgada material, declarando-se a inexistência de parentesco, mesmo sendo o réu o pai biológico.

Nestes casos, para que não incida a hipótese de o réu ser o pai biológico e não ser considerado juridicamente como tal e assim responsabilizado por seus atos, a única solução é a realização do exame, ainda que forçado.

A defesa ficará comprometida se o réu não se submeter à prova pericial, única forma de se desvendar o mistério da parentalidade, assegurando-se a ampla defesa, o contraditório e o atendimento ao princípio da verdade real.

Não havendo outra forma de se provar o vínculo biológico-jurídico entre autor e réu, o julgador, analisando caso a caso, para formar sua íntima convicção e julgar com justiça, deverá determinar o exame, em nome da paternidade real, para que o réu não possa se escudar no anonimato com a recusa da perícia, eximindo-se da responsabilidade de ser pai, e como professou a dra. MARIA CELINA BODIN DE MORAES²⁶:

“(...) abusiva, neste diapasão, é a recusa do suposto pai à submissão à ordem judicial para comprovação, ou negação, de sua paternidade, devendo o ‘egoístico direito à recusa’, como o denominou o Ministro ILMAR GALVÃO, ser suplantado pelo interesse do pretense filho à certeza acerca de sua origem genética.”

O Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO²⁷, em lapidar acórdão, colacionou os seguintes ensinamentos:

²⁶ MORAES, MARIA CELINA BODIN DE. “O direito personalíssimo à filiação e a recusa ao exame de DNA: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais”.

²⁷ Apelação 68.829, TJMG, RT 618/169. Relator. Min. Sálvio de Figueiredo, **Revista do Superior Tribunal Justiça**, Brasília, a. 3, (26): 297-563, outubro 1991.

“Como afirmou Del Vecchio a interpretação leva o Juiz quase a uma segunda criação da regra a aplicar. Reclama-se, para o juiz moderno, observou Orosimbo Nonato na mesma linha de raciocínio, com a acuidade sempre presente nos seus pronunciamentos, quase que a função de legislador de cada caso, e isso se reclama exatamente para que, em suas mãos, o texto legal se desdobre num sentido moral e social mais amplo do que, em sua angústia expressional, ele contém.”

A ampla defesa deve ser assegurada a todos em igualdade de condições, inclusive ao filho e a feitura do exame, ainda que forçada, é uma forma de se garantir sua ampla defesa.

O reconhecimento da paternidade envolve não apenas o desvendar da identidade genética, mas restabelecer a dignidade do filho e também de sua mãe, que não tem legitimidade para figurar no pólo ativo ou passivo da relação processual da ação de investigação de paternidade, sendo, em geral, duramente atingida pela sociedade quando a paternidade não é voluntariamente reconhecida, tendo que suportar, sozinha, todas as responsabilidades com o menor.

A dignidade de ambos, filho e genitora, se restabelecerá com a declaração da paternidade, aguardando-se que também se estabeleça uma intimidade entre pai e filho, tão importante no seu desenvolvimento, porque não se quer que o pai se limite a pagar pensão, dar um nome e garantir direitos sucessórios. Pretende-se mais, muito mais. Deseja-se que filho e pai estabeleçam um relacionamento afetivo, fundindo-se em uma única pessoa a figura do genitor e a figura do pai, formando-se uma família ou um relacionamento afetivo entre ambos, com as conseqüências psicológicas e emocionais inerentes.

A Carta Magna protege a criança e a família, nos artigos 226 e 227, impondo, no artigo 229, aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e um dos meios de se assegurar o cumprimento destes ditames constitucionais é a realização do exame elucidador do vínculo genético.

A respeito do tema fundamental da questão, está a conclusão alcançada pela primeira corrente sobre o exame forçado: sua inconstitucionalidade, rebatendo a corrente minoritária, protetiva do autor da demanda, amparando-o nesta fogueira de controvérsias com o princípio constitucional da razoabilidade ou da proporcionalidade.

Averbe-se, a clara e perfeita lição do mestre constitucionalista português, CANOTILHO²⁸, ao ensinar que:

“(...) pelo princípio da necessidade, somente se admite uma solução limitadora do direito fundamental quando é real o conflito entre diversos princípios, todos de natureza constitucional. Pelo princípio da proporcionalidade, o que se busca é uma operação que se limite apenas ao indispensável para superar o conflito entre os aludidos princípios, harmonizando-os, na medida do possível. Não cabe, porém, ao intérprete a simples anulação de um princípio, para total observância de outro. É preciso preservar, quanto possível, as garantias momentaneamente antagônicas, sem privar qualquer delas de sua substância elementar.”

O ilustre professor LUIZ ROBERTO BARROSO²⁹, em seu livro, leciona sobre o princípio da razoabilidade:

“a razoabilidade deve embutir; ainda, a idéia de proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima. (...) Em resumo, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio 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 é de maior relevo do que aquilo que se ganha.”

Com a melhor compreensão do princípio da razoabilidade, deve o autor sustentar não ser razoável proteger-se a intimidade e a dignidade do suposto pai em detrimento do seu direito subjetivo de reconhecimento de seu **status** familiar, sua ampla defesa e sua dignidade, garantindo-se-lhe o

²⁸ CANOTILHO, **Direito constitucional**.

²⁹ BARROSO, LUIZ ROBERTO. **Temas de Direito Constitucional**.

direito à identificação, com relevo ao artigo 226 e seguintes da Constituição da República e o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil ao dispor que, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

O Ministro FRANCISCO RESEK³⁰ ponderou que:

“O que temos agora em mesa é a questão de saber qual o direito que deve preponderar nas demandas de verificação de paternidade: o da criança à sua real (e não apenas presumida) identidade ou o do indigitado pai à sua intangibilidade física.

No julgamento do RE 99.915 (RTJ110/1133, sob minha relatoria, ponderei que me parecia ‘ainda presente na justiça brasileira – como, de resto, na sociedade brasileira – uma tendência majoritária a enfrentar estes casos centrado uma ótica essencialmente penal’. É alentador observar, na hora atual, que a visão individuocêntrica, preocupada com as prerrogativas do direito do investigado, vai cedendo espaço ao direito elementar que tem a pessoa de conhecer sua origem genética. A verdade jurídica, geralmente fundada em presunção, passa a poder identificar-se com a verdade científica.”

Por certo, nas duas correntes a preocupação maior do julgador é descobrir a verdade real sobre a existência ou não de vinculação entre autor e réu, procurando, por diferentes caminhos, chegar ao mesmo fim, à coincidência entre a paternidade biológica e a paternidade jurídica.

A corrente vencedora inibe a execução forçada do exame de DNA, dadas as evidentes inconstitucionalidades que viciam a decisão, prevalecendo o sistema normatizado do nosso Estado de Direito.

A corrente minoritária contra-argumenta robustecida com a interpretação de tratados e convenções internacionais, legislação, doutrina e jurisprudência estrangeiras, na Constituição Federal e nas normas infra-constitucionais para defender a justiça que se procura realizar no caso em concreto.

³⁰ *Habeas Corpus* 71.373-4 - Francisco Resek – Ministro-Relator.

CONCLUSÃO

Particularmente, entendo é inconstitucional a decisão que obriga a realização da prova pericial genética, quando há outras provas nos autos habilitando o julgador natural a formar sua íntima convicção sobre a pretensão deduzida em juízo de reconhecimento do vínculo parental entre autor e réu. Contudo, tal regra deve comportar exceções para que injustiças e inconstitucionalidades não sejam cometidas.

Excepcionalmente o exame forçado do DNA deve ser exigido nos seguintes casos: a) quando comprovada a *exceptio plurium concubentium*; b) quando o Autor não produz nenhuma prova do relacionamento de sua genitora com o Réu à época da concepção.

Na primeira hipótese, a da *exceptio plurium concubentium* o réu se recusa a fazer o exame de DNA, mas comprova a pluralidade de parceiros da genitora à época da concepção, não tendo o julgador como formar sua convicção sobre o caso concreto. Nestes casos, essencial a realização do exame de DNA, ainda que forçadamente, para garantir aos envolvidos no conflito a possibilidade de espancar quaisquer dúvidas sobre o parentesco imputado ao suposto pai que não quer voluntariamente contribuir para o esclarecimento da verdade real sobre a ancestralidade do demandante. O exame do DNA propiciará a certeza jurídica necessária para o julgamento de procedência ou improcedência do pedido.

Mister se faz a ilustração com estes exemplos:

1) Uma mulher mantém relacionamento sexual com mais de um homem e engravida. A criança nasce, e ninguém reconhece voluntariamente a paternidade. O menor ajuíza ações de investigação de paternidade ou uma única ação, figurando em litisconsórcio passivo os supostos pais. Na fase probatória, os réus se recusam a realizar a prova pericial do DNA, restando comprovada a pluralidade de parceiros da genitora à época da concepção. Se não for determinada a realização compulsória do exame, o pedido acabará sendo julgado improcedente e o investigante, juridicamente, não terá pai.

2) Uma mulher é estuprada por dois ou mais homens com o mesmo tipo físico. Ela engravida e por ser muito religiosa ou por aconselhamento médico ou outro motivo qualquer mantém a gravidez, nascendo a criança. A autoria do crime restou comprovada no juízo criminal. O menor ajuíza ação investigatória, e todos os estupradores se recusam a fornecer voluntariamente material para a prova genética. A única solução para se resguardar os inte-

resses do menor será a produção do exame de DNA, mesmo forçadamente.

Na maioria dos casos, imputa-se a paternidade a um determinado homem que, ao se recusar a produzir a prova pericial e dependendo das demais provas, leva o julgador a uma convicção positiva de que o réu é o pai do demandante. Mas neste exemplo, a recusa não pode ser valorada como presunção de paternidade, porque somente um dos réus pode ser o pai, impondo-se a produção da prova genética como instrumento individualizador.

Caso contrário, o magistrado terá que julgar improcedentes os pedidos, que farão coisa julgada material, atingindo-se os direitos da personalidade do menor, que ficará para sempre sem pai. E o pai biológico será judicialmente eximido de suas responsabilidades, que terão que ser suportadas exclusivamente pela genitora do investigante, vítima de estupro.

Não se pode admitir a isenção das responsabilidades paternas por decisão judicial, se é possível pelo exame de DNA conhecer-se o pai do autor da demanda, até porque a natureza jurídica da sentença proferida numa investigação de paternidade não é constitutiva, mas sim declaratória. Quem é pai o é desde a concepção. A decisão final de mérito irá constatar as relações biológica e jurídica preexistentes ao ajuizamento da ação. O réu não se tornará pai por comando judicial. O vínculo existe e se estabelece no momento da concepção.

Os dois exemplos são muito parecidos. Há provas produzidas nos autos da investigatória da pluralidade de parceiros à época da concepção, a ausência de provas sobre a paternidade e a recusa do réu em se submeter ao exame do *fingerprints* do DNA e a necessidade de se identificar o pai do autor.

Como visto, além das hipóteses de pluralidade de parceiros da genitora à época da concepção, também é necessária a produção da prova pericial, quando o autor não tem provas do relacionamento amoroso de sua mãe com o réu no momento da concepção.

Importante a apresentação de fatos para melhor compreensão da situação:

1) Uma mulher passa certo tempo sem ter relacionamento sexual e um dia se encontra com um homem e mantém os dois conjunção carnal. Deste furtivo relacionamento de um dia ou um fim de semana uma criança é concebida, vindo a nascer. O pai biológico se recusa a reconhecer voluntariamente a paternidade, culminando com o ajuizamento da ação de inves-

tigação de paternidade. O autor não tem provas do parentesco, porque como o relacionamento foi muito rápido, não trocaram réu e genitora bilhetinhos amorosos, não tiraram fotos e não existem testemunhas do envolvimento dos dois. O julgador pela simples recusa não deve julgar procedente o pedido se não há outras provas nos autos conclusivas pelo parentesco. A solução é a execução forçada do exame para o esclarecimento da verdade.

2) Um homem casado (ou convivente) mantém relacionamento amoroso muito bem escondido com uma amante. Não há prova documental do relacionamento amoroso ou prova testemunhal. Deste relacionamento advém o nascimento de uma criança que não é reconhecida voluntariamente pelo pai. A paternidade somente será comprovada com o exame do DNA, impondo-se sua realização.

Estas seriam as duas hipóteses que excepcionariam a regra que inadmitte a realização forçada do exame de DNA. A primeira, a da pluralidade de parceiros da genitora à época da concepção e a segunda, quando não há provas do relacionamento amoroso neste mesmo período. Se o pedido for julgado procedente, faz-se a justiça no caso em concreto. Se o pedido for julgado improcedente porque o réu não é o pai, poderá o mesmo ajuizar ação de indenização em face do autor da investigatória, como salientado anteriormente no acórdão da lavra do ilustre Desembargador Said Cahali³¹.

Quando há a recusa na produção da prova pericial do DNA, a compulsoriedade do exame só deve ser exigida (e somente nesses casos) nas hipóteses em que o autor não tem nenhuma prova do relacionamento amoroso de sua mãe com o suposto pai, ou quando o réu comprova a pluralidade de parceiros da genitora à época da concepção, garantindo-se aos envolvidos no conflito a possibilidade de espancar quaisquer dúvidas sobre o parentesco imputado ao suposto pai que não quer voluntariamente contribuir para o esclarecimento da verdade real sobre a ancestralidade do demandante. O exame do DNA propiciará a certeza jurídica necessária para o julgamento de procedência ou improcedência do pedido.

Recusando-se o suposto pai a fazer voluntariamente o exame de DNA, havendo provas, devidamente valoradas pelo julgador, do relacionamento íntimo da mãe do investigante com o réu, jamais se deve impor a realização do exame do *fingerprints* do DNA, por violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da intimidade do réu, da ampla

³¹ CAHALI, YUSSEF SAID, **Dano Moral**.

defesa, do contraditório e da intangibilidade do corpo humano, culminando, acertadamente, com a procedência do pedido.

Mas como cada caso é um caso, apenas o julgador quando analisa as pretensões do autor e as defesas do réu, para formar sua íntima convicção para bem decidir, poderá ou não entender cabível a determinação da execução forçada do exame do DNA, para garantir aos envolvidos no litígio a mais ampla defesa e contraditório, assegurando-se a observância aos princípios da paternidade real e responsável.

Face o exposto, cumpre-me enfatizar a necessidade e a urgência do ordenamento jurídico agasalhar as situações acima explanadas, passando a regular a matéria, para que o exame do DNA possa ser exigido do suposto pai, réu da investigatória. ◆

O CUSTO SOCIAL DE UMA LEGISLAÇÃO PENAL EXCESSIVAMENTE LIBERAL

SERGIO DEMORO HAMILTON

Procurador de Justiça no Estado do RJ e Diretor da Revista do Ministério Público

*“O Direito Penal é um sistema jurídico de dupla face, que protege a sociedade contra a agressão do indivíduo e protege o indivíduo contra os possíveis excessos de poder da sociedade na prevenção e repressão dos fatos puníveis.”**

1. O eventual leitor de meus modestos escritos deve ter plena consciência da luta que, há muito, tenho sustentado em relação aos perigosos caminhos que nossa legislação processual penal vem tomando desde o final da década de setenta até os nossos dias. Nela, o réu vem sendo, generosamente, contemplado com sucessivas benesses de todas as espécies em detrimento da sociedade ordeira e em flagrante desrespeito às vítimas de crime. É certo que muitas dessas concessões decorrem de mera adaptação do Código de Processo Penal às profundas modificações ocorridas no Código Penal nas últimas três décadas. Dessa maneira, embora a abordagem da matéria, que aqui se fará, esteja voltada basicamente para as leis de processo, uma possível mudança de rumo em nossa legislação importará em igual transformação da lei penal material, pois muitos dos temas aqui versados apresentam-se mistos, tratados que são em ambas as leis. Aliás, em um ou outro caso, a própria Carta Política terá que merecer emenda.

2. Dois são os argumentos principais dos corifeus da corrente liberal, amplamente vitoriosa em nossa legislação.

Com palavras candentes, TOURINHO¹ fustiga a prisão-pena, salientando a posição falencial em que se encontra na atualidade. Salienta o eminente

* ANIBAL BRUNO, **Direito Penal**, Parte Geral, Tomo 1º, p. 18/19, Forense, Rio, 3ª edição, 1967.

¹ FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, **Código de Processo Penal Comentado**, v. 1, p. 513/514, 5ª edição, 1999, Editora Saraiva.

te mestre do processo penal “que a pena não reeduca, não regenera, não ressocializa, não tem o poder de reinserir o cidadão no meio social. Pelo contrário, perverte, embrutece, animaliza o homem. Como pode adaptar-se ao meio social aquele que está vindo de irritante promiscuidade com a marginalidade? Já se disse que as casas de detenção são a universidade do crime e que nas penitenciárias se faz a pós-graduação”.

O segundo argumento não se prende, necessariamente, ao aspecto ético ventilado no primeiro, mas, sim, a razões de ordem econômica, partindo do princípio segundo o qual o Estado não teria condições de construir e manter penitenciárias e casas de detenção em todo o Brasil. Aplicar-se-ia o brocardo *ad impossibilia nemo tenetur* como justificativa para o afrouxamento das leis. O fundamento, como de fácil observação, reveste aspecto puramente prático: impossibilidade material para a manutenção dos presos e para a construção de estabelecimentos penais.

Em razão de tais considerações, o legislador viu-se obrigado a buscar medidas alternativas para suprir a prisão-pena, providências estas que iriam desempenhar o papel da pena sem, no entanto, sacrificar o direito de liberdade.

3. A primeira das razões invocadas, sem dúvida séria e respeitável, merece algumas considerações.

Nota-se em nossa legislação uma nítida tomada de posição referente ao fundamento jurídico e filosófico da pena. Sabe-se que as teorias da retribuição estão fundadas em uma exigência de justiça segundo a qual a sanção penal tem por finalidade a expiação do crime, traduzida na máxima *punitur quia peccatum est*.² Em contrapartida, as teorias de prevenção atribuem à pena uma finalidade prática, de defesa social, objetivando o reajustamento ou inocuização do delinqüente, reveladas pela máxima *punitur ne peccetur*.³ Destas duas correntes de pensamento surgiram as chamadas “Escolas Ecléticas”, defendendo uma teoria mista, que, embora coloque em primeiro plano a retribuição, junta a esta a função de reeducação do criminoso.⁴

² É a posição da Escola Clássica, com CARRARA, PESSINA e outros, na Itália, e KANT, HEGEL e BINDING e seus seguidores, na Alemanha. A função retributiva da pena sobrepõe-se a qualquer outro fim atribuído àquela sanção, retribuição esta que tem caráter moral (para KANT) ou caráter jurídico (para PESSINA e HEGEL). Para um estudo aprofundado do tema consulte-se ANIBAL BRUNO, *Direito Penal*, Parte Geral, Tomo 1º, Forense, Rio, 3ª edição, 1967, p. 79 e seguintes.

³ Corrente defendida por grandes nomes do Iluminismo, tais como BECCARIA, CARMIGNANI, FEUERBACH e pela Escola Positiva Italiana, *apud op. cit.*, in nº 2 destas Notas.

⁴ *Apud op. cit.*, in nº 2 destas Notas.

Tais considerações, muito breves, vêm à baila em função do que se ouviu dizer, na atualidade, em matéria de pena privativa de liberdade. As frases mais repetidas são aquelas: “a prisão não recupera”, “a prisão avilta o homem”, “precisamos criar mais penas restritivas de direito” *et quid genitu*. Como a pena-prisão não cumpre a sua finalidade regeneradora, então, como “solução”, vamos soltar todo o mundo. É por tal razão que aqueles que deviam estar atrás das grades andam pelas ruas a praticar crimes gravíssimos ao passo que o homem de bem vive cercado por grades em sua moradia. Experimente-se dar um passeio pelo Rio de Janeiro e se verá um número incontável de casas e condomínios cercados por grades ao lado de uma parafernália de dispositivos eletrônicos protetores. Tal fato seria inimaginável há alguns anos atrás. Vejo nesta situação a constatação óbvia de uma relação de causa e efeito entre a impunidade generalizada e a escalada da violência. Qualquer observador, não de todo alienado, que, pelo menos, leia a manchete dos jornais, constatará, com facilidade, o clima de guerra e de terror em que vivemos. Todos temos familiares, amigos ou, pelo menos conhecidos, que já passaram por sérias agruras em razão de tal estado de coisas.

Mediante sucessivas capitulações do legislador, sempre concedendo mais e mais favores para o crime e para os criminosos, vamos, aos poucos, entregando ao Minotauro uma donzela atrás da outra.

O argumento, sempre renovado e nada original, consiste em dizer que a prisão não recupera o homem, só servindo para pervertê-lo ainda mais. Admitindo como verdadeira tal afirmação, para o fim de argumentação, observa-se, em tal posicionamento, uma visão unilateral sobre a pena-prisão: recuperar o preso para reinseri-lo no meio social. Ora, os defensores de tal opinião põem no olvido que a privação da liberdade individual do criminoso tem, igualmente, o caráter de expiação pelo crime praticado. É a dupla face de que nos fala ANIBAL BRUNO (cf. “Epígrafe” do presente estudo) ao referir-se ao Direito Penal como sendo um sistema jurídico com dupla finalidade: de um lado protegendo a sociedade contra a agressão do criminoso e do outro resguardando o indivíduo contra possíveis excessos do Estado na punição do faltoso.

Se o nosso sistema penitenciário não atende de forma satisfatória às finalidades de recuperação do criminoso (e haverá algum sistema ideal?), tentemos torná-lo melhor. A sociedade é que não pode pagar o preço pela falta de uma diretriz para a solução do problema por parte dos responsáveis

pela política penal adotada em nosso País. Atualmente, só estão presos os condenados da maior periculosidade, os plurireincidentes e os criminosos habituais, em razão da orientação liberal seguida por nosso legislador. E os resultados nefastos de tal política criminal estão à mostra; só não vê quem não quer. A recente Lei 9.714, de 25.11.98, permite que traficantes cumpram pena em escolas e orfanatos! Será preciso dizer mais?

A prisão é, sim, necessária para os fatos típicos mais graves envolvendo criminosos empedernidos e de maior periculosidade. A legislação penal e processual penal, na atualidade, por ser excessivamente liberal, propicia toda a sorte de favores para condenados que, na realidade, não poderiam estar à solta. E os criminosos já sabem que, em pouco tempo, estarão de volta às ruas para praticar novas infrações penais. A prisão perdeu seu caráter intimidativo, faz muito. Repito: não é promulgando leis para soltar *tout le monde* que o problema estará sendo resolvido. Pode até ser mais fácil e menos oneroso, financeiramente, para o Estado. Porém, o custo social para a sociedade, cada vez mais acuada, cada vez mais amedrontada, cada vez mais exposta à sanha criminosa, revela-se incomensurável.

Observe-se, ainda, que muitos mandados de prisão, por razões diversas, não são sequer cumpridos, deixando à solta delinquentes da maior perigosidade. Os motivos de tal omissão demandariam, por si sós, acurado exame, que escapa aos lindes deste estudo.

4. A segunda razão para a política criminal que vem sendo seguida em nossas leis invoca razões práticas: não há recursos financeiros por parte do Estado para a edificação e conservação de estabelecimentos penais e, muito menos, para a manutenção dos presos. Daí que o legislador partiu para a busca de soluções alternativas, evitando sacrificar o direito de liberdade, sem deixar de punir o infrator da lei penal.

Desde logo, impõe-se uma observação: **sempre que possível**, a prisão deve ser evitada; não, porém, da forma com que nossas leis vêm tratando a matéria. A prisão é um mal necessário e, como tal, inevitável.

Mas será mesmo que há falta de recursos para a construção e manutenção de penitenciárias, presídios, casas de albergado ou hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico?

Com a palavra TOURINHO:⁵

⁵ FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, **Código de Processo Penal Comentado**, v. I, p. 514/515, Editora Saraiva, 5ª edição, 1999.

*“As prisões brasileiras, e inclusive as nossas penitenciárias, poderiam ser bem melhores, não fossem os ralos por onde, vergonhosa e impunemente, escoam os dinheiros públicos. O FUNPEN (Fundo Penitenciário Nacional), instituído pela Lei Complementar n. 79/94, dispõe de recursos mais que suficientes para dar melhores condições de vida aos presos. Constituem recursos para esse Fundo, dentre inúmeros outros previstos no art. 2º do citado diploma, as multas decorrentes de sentenças penais condenatórias com trânsito em julgado, as fianças quebradas ou perdidas, em conformidade com a lei processual penal, 50% do montante total das custas judiciais recolhidas em favor da União Federal, relativas aos serviços forenses, 3% do montante arrecadado dos concursos de prognósticos e dos sorteios das loterias no âmbito do Governo Federal etc. ... Nesses sorteios estão a **loteria esportiva, quina, sena, mega sena, super sena, a loteria federal de quarta-feira e de sábado**. Três por cento do total arrecadado deve ser uma fábula. Apesar disso, a União não dispõe de uma única penitenciária federal. E as estaduais, mesmo nos Estados mais ricos da União, deixam a desejar”*. (destaques meus).

Será preciso dizer mais e melhor?

Portanto, não passa de falácia a alegação, tantas vezes repetida, de que “falta dinheiro” para construir e manter as prisões.

Dessa maneira, ofende o sentimento cristão e humanitário de qualquer pessoa movida por amor ao próximo constatar que nossas penitenciárias, casas de detenção e cadeias de um modo geral não passam de depósitos de presos, onde, muitas vezes, não existe, sequer, um lugar para dormir, onde os detentos, vestidos aos farrapos e de forma andrajosa, vivem amontoados, numa promiscuidade estarrecedora. É evidente que tudo isso ofende a dignidade da pessoa humana, assegurada em nossa Lei Maior (art. 1º, III). Na matéria, deve-se ter em mente o ensinamento cristão, tão difundido pelos doutores da Igreja: odeia o pecado, mas ama o pecador.

Tenho como imoral a situação das nossas prisões!

5. Mas não basta apontar defeitos; impõe-se propor soluções. Elas, no meu entendimento, podem desenvolver-se sob duplo aspecto: o primeiro de ordem material; o segundo através de uma reforma da legislação (penal

e processual penal) tendo por fim a corrigir as distorções apontadas (1, 3 e 4, *supra*). Nem mesmo o Texto Magno, aqui e ali, escapará de emenda.

No campo material, a solução virá através da construção de prisões que respeitem a dignidade da pessoa humana. A síntese acima diz tudo. Não basta, porém, atentar, somente, para o conforto material mínimo dos presos como exige a LEP em diversas passagens. Torna-se necessário o recrutamento de pessoal habilitado para com eles lidar. Se a vida fora das grades já é extremamente difícil, que dizer do convívio diário entre pessoas conflituosas e problemáticas como são os presos? Mas isto é um problema que remeto aos penitenciariastas, mais habilitados, sem dúvida, para pôr em equação a complexa matéria.

Com esta série de providências estaríamos, não há negar, cumprindo os ideais do Iluminismo: *punitur ne peccetur*.

6. A outra solução abrangeria uma tarefa hercúlea do legislador, buscando aprimorar nossa legislação, ao coibir os excessos de liberalidade nela contidos, sem deixar ao desamparo o condenado que fizesse jus aos benefícios legais no objetivo de ver resgatada a sua almejada liberdade.

Impossível será enumerar todas as propostas que me parecem válidas no sentido de escoimar dos textos legais os abusos neles inseridos nos últimos tempos através de sucessivas leis, sempre ampliando benefícios para o réu e/ou condenado. A relação de providências aqui alvitradas será, assim, meramente enunciativa não revestindo, nem de longe, a pretensão de esgotar o *thema*. São medidas que, no meu pensar, podem, agora, ser tomadas, uma vez que tramitam no Congresso vários projetos envolvendo o Código de Processo Penal. É certo que algumas delas importarão na alteração do Código Penal por versarem sobre os chamados assuntos mistos, isto é, reúnem matérias reguladas, em comum, na lei penal material bem como na lei penal instrumental.

Passo, assim, a enumerá-las:

a) – não tem sentido a manutenção do valor da fiança nos moldes atuais. Ele é simplesmente ridículo. A liberdade provisória com caução deve sofrer profunda reformulação. Nessa ordem de idéias, merece aplauso a redação proposta no Anteprojeto sobre a “Prisão, Medidas Cautelares e Liberdade”. Nele, ao tratar do valor da fiança, o art. 325 passa a regulá-lo em função do salário mínimo (1 a 10, 5 a 100, 10 a 200 salários mínimos, variando o valor em função da pena de prisão fixada no seu grau máximo). Estabelece, ainda, o parágrafo único do dispositivo em questão que, se assim

o recomendar a situação econômica do réu, a fiança poderá ser aumentada, pelo juiz, até o décuplo (inciso II). É certo que a Constituição Federal, no art. 7º, inciso IV, veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, valendo o registro de que a Lei 6.205, de 29.4.75, muito antes da entrada em vigor da atual Constituição, já estabelecia a descaracterização do salário mínimo como fator de correção monetária. Assinale-se, ainda, que há notícia na jurisprudência da admissão do salário mínimo como indexador de obrigações salariais (TST. RR 168477/MG. Rel. Min. **Leonardo Silva**, 4ª Turma. Decisão de 13.12.95. DJ. 1 de 23.02.96, p. 3812). Segundo ficou assinalado no referido julgamento, o “art. 7º, IV, da Carta Magna tem por finalidade obstar a vinculação do referido parâmetro como fator de indexação para obrigações sem conteúdo salarial ou alimentar”.⁶

Fica, portanto, a indagação a respeito da constitucionalidade da medida proposta no Anteprojeto. Ela é útil? Sim. Ela é oportuna? Sem dúvida. Resta saber se não seria o caso de tentar-se um outro parâmetro para fixar os valores da fiança, evitando futuras discussões, que acabariam pondo por terra uma providência salutar e moralizadora do instituto da fiança. Como está, na atualidade, não pode ficar;

b) – o art. 594 do CPP precisa ser repensado. A chamada “Lei Fleury” necessita de retoques, objetivando seu aperfeiçoamento. Dois pontos poderiam ser acrescidos ao dispositivo: o primeiro voltado para a “conduta social” do recorrente; o segundo para a “gravidade do crime”. O réu condenado pode ser portador de bons antecedentes, porém apresentar má conduta social. A conduta social seria aferida no momento do recurso nada tendo a ver com o fato criminoso em si. Para tanto, o juiz do primeiro grau de jurisdição deveria, quando do exame das circunstâncias judiciais do crime (art. 59 CP), examinar tal aspecto da personalidade do réu, voltando a fazê-lo no momento do recebimento do recurso para o fim de conceder ou não o apelo em liberdade. Em função do que resultasse de tal análise, o réu poderia merecer ou não a benesse. Assinale-se que a má conduta social deveria revestir-se de certa notoriedade.

O segundo ponto que o art. 594 do CPP poderia sofrer relaciona-se com a “gravidade do crime”. Há infrações penais que demonstram grave distorção de personalidade e indicam tratar-se o acusado de indivíduo da maior perigosidade. Dessa forma, ainda que primário, de bons antecedentes

⁶ A Constituição na Visão dos Tribunais, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 1, p. 183, Editora Saraiva, 1997.

e de boa conduta social, o réu, em tais casos, não poderia apelar em liberdade. A fiança não mereceria cogitação em tal hipótese pois ela só pode ter incidência se o crime for afiançável, o que não ocorreria em infração penal da maior gravidade.

A questão da magnitude da lesão em matéria de prisão preventiva, no momento em que estas linhas estão sendo escritas, está sendo objeto de discussão perante o Pretório Excelso por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* 80.717-SP em que se pretende ver reconhecida a ilegalidade de prisão preventiva de paciente acusado da prática de crime contra o sistema financeiro nacional definido na Lei dos Crimes do “Colarinho Branco” (Lei 7.492/86), fundada a cautelar pessoal na magnitude da lesão causada, nos termos do art. 30 da mesma Lei. (“Sem prejuízo do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a **prisão preventiva do acusado** da prática de crime previsto nesta Lei **poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada**”) [destaques meus]. O Sr. Ministro **Sepúlveda Pertence**, relator, considerou que a “magnitude da lesão”, por si só, não é motivo suficiente para justificar a prisão preventiva sem a ocorrência dos requisitos do art. 312 do CPP. O julgamento acabou adiado em virtude do pedido de vista da doutra **Ministra Ellen Gracie** (em 03.05.2001). Veja-se, a propósito, o “Informativo STF”, nº 226, in DOERJ, Parte III, de 10.05.2001, p. 8.

No presente estudo, propõe-se, expressamente, que o art. 594 do CPP possa ensejar ao juiz a possibilidade de negar o apelo em liberdade do réu em razão da gravidade do fato e da grandeza da lesão causada à ordem jurídica;

c) – os prazos para a progressão do regime prisional exigem urgente revisão.

Com efeito, dispõe o Código Penal que “as penas privativas de liberdade deverão ser executadas de forma progressiva, segundo o mérito do condenado”... (art. 33, § 2º). Por seu turno, o art. 112 da LEP, ao versar sobre os regimes, autoriza a transferência para regime menos rigoroso, quando o preso houver cumprido, ao menos, um sexto da pena. A progressão, como sabido, tem por finalidade a reinserção social do condenado no mundo livre onde um dia ele voltará a viver. Ela é forma de cumprimento da pena o que faz pressupor a existência de execução penal, isto é, do trânsito em julgado da sentença que aplicar pena privativa de liberdade (art. 105 LEP). Por tal

motivo, afirma MIRABETE⁷, “não tem direito a ela, evidentemente, o preso provisório”. Pois bem: a fração de um sexto para a obtenção da progressão do regime prisional parece-me excessivamente generosa para com o condenado. Um terço seria, ao meu alvitre, medida de bom tamanho. Tal proposta decorre da minha experiência como Procurador de Justiça por vários anos, inicialmente perante o Tribunal de Alçada Criminal-RJ (hoje extinto) e, posteriormente, junto ao Tribunal de Justiça-RJ. Perdi a conta de feitos que chegaram à minha mão, onde presos, usufruindo de regime semi-aberto e aberto, eram surpreendidos em estado de flagrância praticando crimes da maior gravidade. O prazo atual, requisito objetivo da progressão, revela-se curto em demasia, impondo-se, destarte, sua ampliação.

É certo que, por força do art. 2º, § 1º da Lei 8.072, de 25.07.90, os autores de crimes hediondos, da prática de tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e de terrorismo não podem usufruir da progressão, devendo cumprir a pena em regime integralmente fechado. Para os demais condenados, no entanto, não se justifica a atual liberalidade da lei.

Para evitar a promiscuidade entre os presos, torna-se, por outro lado, importantíssima a classificação dos condenados, de maneira que cumpram as penas privativas de liberdade em estabelecimentos penais diferenciados: penitenciária (no caso de regime fechado), colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (no de regime semi-aberto) e casa de albergado (no de regime aberto), tal como determinam os arts. 34, 35 e 36 do Código Penal, respectivamente;

d) – dotar o Ministério Público de novas modalidades de recurso. Não se concebe, tal como ocorre com a legislação vigente, que os embargos infringentes e de nulidade do julgado sejam privativos da defesa (art. 609 parágrafo único do CPP). Em estudo antigo⁸ já verberava tal conduta do legislador, mostrando, inclusive, que o Código de Processo Penal Militar (art. 538), acertadamente, enseja tal recurso ao Ministério Público e ao réu. Naquela oportunidade, ressaltava que a manifestação recursal em tela somente deveria ficar vetada ao assistente do Ministério Público, que age no processo movido por interesses diversos daqueles que motivam a atuação do *Parquet*, sempre voltada no objetivo de obter um *fair trial*.

⁷ JÚLIO FABBRINI MIRABETE, *Execução Penal*, p. 283, Editora Atlas, 1992, São Paulo.

⁸ Para um exame mais pormenorizado da matéria, o eventual leitor poderá encontrar algum subsídio em meu trabalho “A Vassalagem ao Direito de Defesa”, in *Doutrina*, nº 4, 1997, p. 112/134.

Nesse campo, poderia ser conferido ao Ministério Público, igualmente, qualidade para exercer a ação de revisão criminal *pro societate* desde que a decisão absolutória estivesse fundada em **prova falsa**. Como de conhecimento geral, a revisão criminal (tratada no CPP como recurso) só pode ser proposta *pro reo*. A matéria já foi versada, com maiores cuidados, acompanhada de farta indicação bibliográfica, em trabalho que escrevi, faz muito.⁹

Com efeito, constitui regra moral – antes de ser jurídica! – a de que a ninguém é lícito valer-se da própria torpeza para dela usufruir vantagem, não importa qual seja. É velho brocardo, consagrado no direito, segundo o qual *nemo improbitate sua consequitur actionem*.

Também aqui far-se-ia do Ministério Público o **único** legitimado para a ação revisional, evitando, com a medida, que, eventualmente, o assistente da acusação dela pudesse fazer uso com finalidade subalterna (vingança, extorsão, interesse patrimonial *etc.* ...), pondo em risco a segurança jurídica do réu absolvido mediante decisão passada em julgado sem que para tal houvesse sólida razão. Impunha-se, do mesmo passo, que a prova falsa surgisse de forma inequívoca, legitimando a ação. Com tal providência buscar-se-ia também cumprir, de maneira precisa, o princípio da verdade real, tão decantado em matéria de prova no processo penal.

Ainda em termos de providências recursais, impõe-se a ab-rogação do Capítulo IV, do Título II, do Livro III, que trata “Do Protesto por Novo Júri”.

Trata-se de esdrúxula peculiaridade do nosso processo penal, que, talvez, em passado remoto encontrasse sua razão de existir, eis que provém do Código de Processo Criminal do Império de 1832 (art. 302). Tal se dava no tempo das penas de morte e galés perpétuas, enfrentadas através do Protesto.

Na atualidade, porém, trata-se de pura demagogia, a delongar, ainda mais, o cortejo de formalidades inúteis, típicas de procedimento do Júri. A sentença que contiver “erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança” pode ser corrigida pelo Tribunal mediante apelo da parte com fulcro no art. 593, III, “c” do CPP. Em tal situação a própria lei confere ao Tribunal o poder de retificar a aplicação da pena ou da medida de segurança (art. 593, § 2º do CPP);¹⁰

⁹ Remeto o interessado ao meu estudo, distante no tempo, “A Reforma do Processo Penal”, in **Ensaio Jurídico**, nº 6, p. 102/123, 1998.

¹⁰ *Apud op. cit.*, in nº 9 dessas Notas.

e) – coerente com a proposta externada no sentido de ampliar o prazo necessário para a obtenção da progressão do regime prisional, impõe-se, da mesma maneira, a modificação, para mais, dos prazos que autorizem a obtenção do livramento condicional, evitando, com isto, o retorno ao meio social de condenados que ainda revelem periculosidade manifesta. É preciso que o sentenciado sinta, por mais tempo, o dissabor da prisão para que possa dar mais valor à liberdade, não voltando a delinquir. Se ele sabe, como atualmente ocorre, que, cumprido um sexto da pena, já poderá usufruir de semi-liberdade, passando para um regime prisional menos severo e, pouco depois, já obterá livramento condicional, a privação da liberdade individual terá, em relação ao sentenciado, menos impacto. Por outro lado, a sociedade se verá mais protegida com o afastamento, por mais tempo, do seu meio de indivíduos realmente perigosos e, na atualidade, cumpre acentuar, somente eles encontram-se presos.

Na oportunidade, vale, mais uma vez, a observação tirada de minha experiência como Procurador de Justiça em Câmaras Criminais. Inúmeras vezes deparei-me frente a processos em que os réus cometeram crimes graves no gozo de livramento condicional. Não foi uma constatação rara, é bom que se assinale.

Portanto, no meu entendimento, deve exigir-se para o livramento condicional o cumprimento de mais da metade da pena em se tratando de condenado não-reincidente em crime doloso e de mais de 2/3 da pena para o caso de o sentenciado ser reincidente em crime doloso;

f) – o agravo em execução também não mereceu o melhor tratamento por parte da LEP. Nossa lei de execução penal, que prima pela minúcia em tantas passagens, não poderia ter sido mais parcimoniosa quando versou a respeito do procedimento judicial (Título VIII, arts. 194 a 197). Quando se ocupou do recurso das decisões proferidas pelo juiz da execução, estabeleceu que, contra elas, caberia agravo, **sem efeito suspensivo** (art. 197).

Seria este o melhor caminho?

Penso que não. Não se pode conferir à execução penal o mesmo tratamento que recebem os recursos interpostos na fase do processo de conhecimento. Neste, a regra é a liberdade provisória, com ou sem fiança, em razão do princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII). A prisão cautelar só terá lugar quando presentes os requisitos que a ditam (art. 312 do CPP). No processo de execução dá-se, exatamente, o contrário, pois o sentenciado tem contra si uma sentença condenatória transitada em julgado.

Ele não é mais presumidamente inocente; ao reverso revela-se culpado em razão do título judicial que assim dispôs. Não estou, nessa oportunidade, a defender que todos os recursos do Ministério Público fossem dotados de efeito suspensivo na fase de execução. Porém, pelo menos em dois casos, deveria assegurar-se ao agravo efeito suspensivo; refiro-me à decisão concessiva de livramento condicional e à que defere a unificação de penas. São duas decisões de tamanha relevância que exigem a apreciação do Tribunal caso o Ministério Público venha a insurgir-se contra elas;

g) – rebaixamento da menoridade penal.

Não se justificam, na atualidade, as regras do art. 228 da Constituição Federal e 27 do Código Penal, que devem ser derogadas.

Um jovem de 16 anos, nos dias que correm, tem plena consciência de sua responsabilidade social. E tanto isso é verdade que o legislador dotou-o de capacidade para ser eleitor, podendo, como cidadão, eleger os representantes do povo no Congresso Nacional, na Assembléia Legislativa Estadual e na Câmara de Vereadores, bem como prefeitos, governadores e, até mesmo, o Presidente da República.

O Desembargador aposentado **Menna Barreto**¹¹, com rara felicidade, feriu o problema:

*“A ausência de responsabilidade penal para cidadãos de 16 anos e 17 anos de idade conduz a um **bill** de identidade injustificável, na medida em que se sabe ser o beneplácito da lei utilizado para o cometimento inclusive de crimes hediondos, não só por parte desses considerados menores, como, e principalmente, para efetivação da chamada autoria mediata, em que o criminoso maior usa o inimputável para a prática de crimes, máxime o de tóxicos, porque este não é punido e aquele fica a salvo da ação policial.”*

Trata-se de lúcida colocação do tema por parte de um magistrado que exerceu por longos anos a jurisdição criminal em nosso Estado, perante a 23ª Vara Criminal bem como junto à 2ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal-RJ (hoje extinto) e, posteriormente, na 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça-RJ.

¹¹ JOÃO DE DEUS LACERDA MENNA BARRETO, “Justiça injustiçada”, in **Boletim do 2º Ofício do Registro de Títulos e Documentos**, p. 3.

Poder-se-ia, isto sim, buscando atenuar a diminuição da menoridade penal, deixar que a lei estabelecesse a sanção penal aos 16 anos somente quando os crimes fossem praticados mediante violência ou grave ameaça, ou, ainda, nos casos de crimes hediondos, mantendo-se a menoridade aos 18 anos para os demais atos infracionais.

O assunto mereceu interessante observação por parte da Promotora de Justiça do Espírito Santo, Dra. **Angela Centurion Abranches**¹² analisado que foi por um novo ângulo. Salienta aquela ilustre colega do *Parquet* capixaba que, para aqueles que insistem em afirmar que somente a partir dos 18 anos de idade o jovem adquire a maturidade psicológica para bem distinguir o bem do mal, “seria salutar uma reflexão sobre condutas antes consideradas típicas em razão da menoridade das **vítimas** e que hoje já não condenam mais os agentes que as praticam”. Traz à colação o crime de sedução (art. 217 do CP), registrando que o anteprojeto do novo Código Penal não mais considera crime tal figura penal, partindo da constatação óbvia de que uma menor de 18 anos jamais pode ser tida como inexperiente a ponto de ignorar o que seja um ato sexual, assim como as conseqüências que possam advir da sua conduta.

Retira, então, da sua arguta observação a única conseqüência lógica possível:

“Por que entender que vítimas de dezessete anos ou menos podem ter amadurecimento mental e psicológico capaz de descaracterizar o crime ou inocentar um criminoso e não se entender que um jovem menor de dezoito anos tenha maturidade para compreender o que é um delito quando o pratica?”

E conclui:

“Dois pesos e duas medidas?”

O erudito ROBERTO CAMPOS¹³, do mesmo passo, tece severa crítica ao tratamento legislativo dispensado ao *thema*. São suas palavras:

¹² ANGELA CENTURION ABRANCHES, “Dois pesos e duas medidas”, in **Revista do Ministério Público**, órgão cultural do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 3ª fase, nº 4, Jul./dez.-1996, p. 36/37.

¹³ ROBERTO CAMPOS, “Criminalidade e sensatez”, in **O Globo**.

“Com a nossa capacidade de fazer maluquices em nome de boas intenções, criamos uma legislação de menores que é um tremendo estímulo à perversão e ao crime, ao fazê-los inimputáveis até os 18 anos. Recado para os saudosistas de esquerda: nos gloriosos tempos de STÁLIN, a pena de morte era aplicada a partir dos 12 anos de idade!...”

h) – modificação da Lei 9.714, de 25.11.98.

Tal diploma legislativo alterou, para mais, o **quantum** da condenação com vista à substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direito (art. 44 do CP). Analisando tal absurdo, assim manifestou-se **Menna Barreto**¹⁴:

O elastecimento do **quantum** da condenação veio permitir que:

“autores de crimes como roubo, extorsão, seqüestro e cárcere privado, lesão corporal grave e seguida de morte e até tráfico de drogas, cumpram a pena em hospitais, escolas e orfanatos.”

Seria, sem dúvida, grandemente proveitosa a prestação de serviços à comunidade levada a efeito por um traficante em escolas... para ele, traficante!

Que belo mercado!

A legislação anterior só autorizava a aplicação da pena restritiva quando a sanção detentiva fosse inferior a um ano. Na atualidade ela alcança o patamar de quatro anos!

i) – controle **efetivo** das condições do **sursis**, do livramento condicional e das penas restritivas de direito.

Falo, aqui, ainda uma vez, fundado na minha experiência de ex-Promotor de Justiça da Vara de Execuções Penais. O controle que o juiz e o Ministério Público têm a respeito do **real** cumprimento do título judicial, naqueles casos, é, meramente, formal. Torna-se necessária, como propõe MENNA BARRETO¹⁵ a criação de funcionários do Estado destinados ao acompanhamento, orientação e fiscalização dos egressos e daqueles que cumprem penas restritivas de direito. É o que ocorre nos Estados Unidos com os

¹⁴ *In op. cit.* em o nº 11 dessas notas, p. 4.

¹⁵ *In op. cit.* em o nº 11, dessas notas, p. 3.

oficiais de *probation*. A atuação de tais funcionários não se limitaria a controlar se o título judicial estava realmente sendo obedecido; eles atuariam, também, ajudando, aconselhando e, até mesmo, protegendo, conforme o caso, o sentenciado, de maneira que o seu processo de reinserção no meio social se desse da forma mais completa possível. Tais funcionários atuariam subordinados ao Patronato cogitado no art. 139 da LEP.

7. Em recente entrevista concedida ao órgão de divulgação da Ordem dos Advogados-RJ, **Tribuna do Advogado**, o douto Promotor de Justiça-RJ, Dr. *Antonio José Campos Moreira*¹⁶ ressalta que “a sociedade clama por leis que a protejam”. O respeitado membro do Ministério Público fluminense, conhecido professor, integra a equipe formada pela “Conamp”, entidade nacional que congrega doze mil Promotores e Procuradores de Justiça, para acompanhar os trabalhos da comissão de reforma do Código de Processo Penal. Na referida entrevista o Professor *Antonio José Campos Moreira* deixa patente sua apreensão em relação aos anteprojetos em geral, pondo em relevo que “o espírito da reforma privilegia excessivamente os interesses do réu, transformando-o em um senhor de direitos absolutos, em detrimento do interesse estatal na repressão do delito”.

O ilustre entrevistado nada mais faz que constatar a tendência liberalizante notada em nossas leis penais nas últimas três décadas, conforme destacamos no início do presente estudo (1, *supra*).

O elenco de medidas aqui propostas não esgota, nem de longe, todas as providências legislativas que devam ser tomadas com o fito de aperfeiçoar nossa legislação no setor penal e instrumental penal. Sem descer a minúcias, que não teriam cabida nas estreitezas de um artigo de doutrina, esforcei-me por salientar aquelas iniciativas que me soam mais prementes. ◆

¹⁶ ANTONIO JOSÉ CAMPOS MOREIRA, Entrevista, **Tribuna do Advogado**, Órgão de Divulgação da OAB-RJ, Ano XXX, abril, 2001, número 382, p. 28.

TIPO PENAL OU CIRCUNSTÂNCIA MAJORANTE: ‘VEXATA QUAESTIO’

BONNI DOS SANTOS

Professor da UNESA. Procurador de Justiça do MP/RJ

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Desde tempos imemoriais, percebemos em torrencial doutrina, em consolidada jurisprudência de tribunais do país e também em textos legais, o uso de nomenclatura nem sempre condizente com a real natureza de figuras dispostas pelo legislador penal. Ainda nos bancos escolares, foi comum ouvirmos em exposições de mestres e, posteriormente, ao longo de 25 anos integrando o Ministério Público Estadual, em debates travados entre operadores do Direito, formulações equivocadas ou de técnica jurídica descompromissada, confundindo figuras típicas derivadas, com outras que implicavam majoração ou circunstâncias especiais de aumento da pena.

O equívoco de interpretação pode estender-se para outras situações fáticas, notadamente as que envolvem pluralidades de participantes e de condutas, motivos e meios de agir, estados anímicos especiais e similares, deixando vulnerados os princípios *nullum crime sine lege* e da taxatividade como, de resto, o sistema da tipicidade penal.

Faz-se, então, necessária a interpretação dos preceitos penais chamados simples, primários ou fundamentais, os tipos derivados e as circunstâncias especiais majorantes com correção de técnica, ao fundamento de ser o fato típico ou atípico, na convicção de que o elenco da lei penal não admite ampliações (RT, 594:365). Tais cuidados são imprescindíveis, para que o sistema penal seja instrumento de salvaguarda dos bens da vida e não permanente fonte de perplexidade ao cidadão.

Sobre o princípio da reserva legal, são elucidativos trabalhos como os de Magalhães Noronha (1978, v.1, p. 77-80), Heleno Cláudio Fragoso (1976, Parte Geral, p. 99-108), Anibal Bruno (1967, v. 1, p. 206-10) e Luiz Flavio Gomes (RT, 656:257), entre outros.

Concordamos com a inspirada manifestação do poeta, quando reivindicou: “*liberdade, liberdade, abre as asas sobre nós...*”. É que, através dos tempos, o homem sempre cedeu em favor da sociedade, como fica claro, quando mergulhamos no pensamento de filósofos e pensadores sociais, destacando-se Platão, Aristóteles, Rousseau, Hobbes e outros, igualmente eminentes. Essas contribuições, associadas às vivências humanas, deram origem à máxima, hoje praticamente consensual: “*o homem é um ser gregário, a tal ponto que é praticamente inviável a sobrevivência humana, em situação de isolamento*”.

A despeito disso, não há como ignorar a triste realidade do mundo moderno: os avanços científicos e tecnológicos não garantiram a evolução da qualidade de vida, em níveis minimamente satisfatórios; os mais elevados valores morais obtêm destaque na retórica; porém, hoje como no passado, continuamos à mercê da insaciável ambição de determinados grupos e indivíduos, com conseqüências desastrosas para a maioria.

Nessa linha de pensamento, é lamentável admitir que o Direito Penal, como, aliás, o aparato judiciário em termos gerais, historicamente, operou como instrumento de reforço à opressão dos pobres e à repressão de intelectuais inconformados com o *status quo*. Nessa trajetória, privilegiaram-se a norma e a forma, em detrimento do humano, em sua dimensão de direitos individuais e coletivos.

Diante da magnitude desses desafios, hoje inaceitáveis, cumpre enviar esforços no sentido da compreensão e da ação, para que o Direito Penal seja aplicado com exata correção, tomando-se como bússola o princípio de democratização do direito e da universalização do acesso à justiça.

Com base nesses argumentos, elaboramos o presente artigo, cujo objeto de reflexão está centrado na interpretação da norma de direito criminal, segundo o enfoque de: circunstâncias, condições e causas especiais do aumento da pena. Do ponto de vista metodológico, privilegiamos a legislação, doutrina e jurisprudência como fontes dos dados.

2. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA DE DIREITO CRIMINAL

Para a adequada aplicação do que enuncia a lei, é mister que se conheçam a mensagem explícita e a que lhe é subjacente. As normas penais têm assento na legislação constitucional ou ordinária; eventuais lacunas são preenchidas através de analogia, com apoio nos princípios gerais do direito, destacando-se, para fins da presente reflexão, a *reserva legal e a taxatividade*.

Nessa linha de pensamento, considerando-se as conseqüências onerosas do preceito penal, é indispensável a compreensão exata de seus elementos e circunstâncias, como de resto das causas especiais de majoração da pena cominada. Como elucidou Hélio Tornaghi (1959, p. 118): *Chama-se compreensão o conjunto de elementos de uma idéia, seu conteúdo interno. Chama-se extensão o conjunto de objetos a que uma idéia convém, sua dimensão externa.* Acrescenta o insigne mestre: *compreensão é profundidade: extensão é superfície. Compreender é incluir, conter, encerrar. Estender é alcançar, atingir, tocar. Quanto maior é a compreensão de uma idéia, menor a extensão. Já interpretar é trazer à luz todos os elementos que uma idéia compreende, é buscar-lhe o conteúdo.*

A interpretação, completa o doutrinador referido (op. cit. p.119), consiste exatamente em exteriorizar, mostrar, exhibir, ostentar o conteúdo da norma, trazer à tona o que nela se encerra”.

Com intenção classificatória, merecem destaque, porque pertinentes com o tema em testilha: a interpretação histórica, a interpretação sociológica e a interpretação teleológica. Por meio da primeira, podemos conhecer a evolução do direito, suas raízes, conseqüências e determinantes, bem como as tendências e propostas do presente. A segunda favorece a análise das relações interpessoais, intergrupais e de classes, o sistema axiológico, a orientação ideológica hegemônica, as formas predominantes (ou não) de poder, as cisões e articulações estabelecidas através de formas de convivência, bem como os nexos entre pessoas/grupos e instituições existentes em determinada sociedade, num tempo e espaço definidos. Essa abordagem obriga o intérprete a levar em consideração as aspirações, tendências e cultura de determinada comunidade, aspectos extremamente interessantes para que se compreenda o sistema jurídico.

A esse respeito é elucidativo o Código Civil, quando prescreve: *Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.* (Art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil).

Por último, lembramos que a interpretação teleológica vincula-se ao conhecimento da causa final da lei; que, em termos amplos e genéricos pode ser resumido na busca incessante da Justiça.

Ainda na perspectiva de precisão conceptual, emerge a definição legal de crime como ponto nodal para o trabalho do operador/pensador do Direito Penal. Para chegarmos à concepção atual do que é crime, ressaltaremos,

em apertada síntese, os conceitos resultantes de uma doutrina secularmente desenvolvida por consagrados pensadores do Direito, destacando-se Franz Von Liszt, Immanuel Kant, Ernest Von Beling e Hans Welzel, com suas teorias, deixando à ilharga os antecedentes da moderna conceituação de delito.

O conceito clássico, desenvolvido por Von Liszt e Beling, atribui ênfase ao fundamento do nexo de causalidade da conduta ao resultado. Tal conceito foi modificado por influência da filosofia de Kant, através da teoria teleológica do delito, dando margem à *concepção neoclássica do delito*, que substituiu uma concepção naturalista e objetivada da conduta, reconheceu a existência dos elementos normativos e subjetivos do tipo (tipicidade) e estabeleceu uma graduação entre o injusto (injuricidade) e a gravidade da lesão, resultante da ação.

No *conceito finalista* do delito, desenvolvido por Welzel, o crime é ação típica, antijurídica e culpável, em oposição ao conceito causal da ação, com o deslocamento do dolo e da culpa para o centro do injusto.

A Lei de Introdução ao Código Penal (Dec. Lei 3.914, de 09 de dezembro de 1941, assim define crime:

“Art. 1º. Considera-se infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.”

Ressalte-se que o legislador pátrio, no Código Penal vigente (1940 e 1984), não definiu crime, deixando tal conceito em discussão aberta aos doutrinadores.

Modernamente, muitos pensadores do Direito, formando corrente majoritária (doutrina dualista) fazem referência, na estruturação do conceito analítico de crime, a uma ação típica e antijurídica, que encontra na culpabilidade o pressuposto da pena (Celso Delmanto, Juarez Tavares, José Frederico Marques e Damásio Evangelista de Jesus são alguns autores que dão suporte a essa abordagem).

Como se percebe, a compreensão exata do tipo penal, sua classificação em penal simples ou fundamental e tipo penal derivado, com seus elementos integrativos, bem assim as causas, condições ou circunstâncias de aumento

da pena assumem a maior relevância para o sistema penal, particularmente para a real garantia do *ius libertatis*, que, sem dúvida, constitui indicador de autêntica cidadania.

Outro conceito de particular interesse para a presente reflexão é o *crime qualificado ou agravado pelo resultado*. A reforma da Parte Geral do Código Penal realizada em 1984 trouxe algumas novidades, dentre as quais destacamos o Art. 19, que estabelece: “*Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente*”.

Com esse dispositivo, o legislador penal afastou totalmente a possibilidade de alguém ser punido por reconhecimento de responsabilidade objetiva. Para melhor compreensão do assunto, é pertinente correlacionar crimes qualificados pelo resultado e crimes preterdolosos, para os quais, na ótica de Celso Delmanto (1991, p. 32-33), não há diferença prática. Com propósitos ilustrativos, transcrevemos as seguintes definições do celebrado doutrinador:

“Crimes qualificados pelo resultado são aqueles aos quais a lei prevê, além de pena maior, quando ocorrer resultado mais grave do que aquele cogitado na figura simples.

Crimes preterdolosos são mistos, pois o agente é punido a título de dolo e também por culpa. Por sua vontade é punido por dolo, pois agiu visando àquele fim. E é sancionado por culpa, por ter causado outro resultado além daquele que sua vontade desejava.”

Como exemplo clássico de crime preterdoloso ou preterintencional, podemos indicar, nos termos do art. 129, § 3º, do Código Penal: “*Art. 129 (...) (omissis), § 3º - Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo*”.

Do texto legal em tela, inferimos que não pode estar presente o dolo direto ou mesmo eventual no resultado, posto que, se assim fosse, estaria caracterizado o homicídio do tipo fundamental, previsto no art. 121, do mesmo estatuto penal.

Celso Delmanto (1991, p. 33) alerta para a afirmação contida na Exposição de Motivos da reforma operada em 1984. Realmente, dizer que a regra do novel artigo 19 é extensiva a todas as causas de aumento, situadas no desdobramento causal da ação, pode levar a mais uma interpretação

equivocada, por confusão entre crimes qualificados pelo resultado e circunstâncias majorantes ou agravantes.

O legislador usa, como elemento indicador do resultado agravado, as expressões: *se resulta, se em conseqüência, se sobrevem morte, lesões corporais graves, grave sofrimento físico ou moral etc*, encontradas nos dispositivos dos artigos 127 (crime de aborto); 129, § 1º, inciso II, § 2º, inciso V, e § 3º (crimes de lesões corporais de natureza grave, gravíssima e seguida de morte); 137, parágrafo único (crime de rixa); 260, § 1º (crime de desastre ferroviário); 264, parágrafo único (crime de arremesso de projétil) e outros.

Todas essas situações constituem figuras típicas, também denominadas *formas qualificadas*, derivadas do tipo simples ou fundamental. Sobre razão, portanto, para se exigir, na identificação do tipo qualificado pelo resultado, a presença do dolo ou, ao menos da culpa, a teor do supracitado artigo 19.

Com análogos propósitos elucidativos, conferimos relevo à exata compreensão dos termos **circunstância, condição e elementar**. De Plácido e Silva (2001) explicita o valor semântico de circunstância e condição, permitindo concluir que os mesmos têm peculiaridades que os distinguem. Diz ele:

*“Circunstância, derivado do latim **circumstantia, de circumstare** (rodear, cercar), dá bem a idéia de tudo, seja qualidade, acidente, ou atributo, que se acerca ou vem anexo ao fato ou ao direito, para, por vezes, lhe mudar a própria substância ou natureza. É, assim, a particularidade que acompanha o fato ou o direito, nem sempre se mostrando uma peculiaridade, mas um elemento, que lhes era estranho e que a eles se uniu ou se juntou. Bem por isso a circunstância pode vir como qualidade ou como acidente ou apresentar-se como um fato novo, evento ou condição, que se anexa, acompanha ou segue outro fato, a ele se integrando.*

Condição, na terminologia jurídica, possui o sentido de cláusula ou disposição, que se insere em um contrato, para que dele dependa a eficácia de um ato jurídico.”

A acepção mais apropriada de *condição* indica evento futuro e incerto de cuja ocorrência depende o cumprimento de uma obrigação ou de uma disposição. Pelo exposto, embora a lei penal material não estabeleça

distinção entre circunstância e condição, ficamos com o significado conferido à primeira, para designar o que é acidental ou acessório no fato; não constituindo, portanto, uma elementar. Isto porque, feita a comparação dos dois vocábulos, por meio de uma análise mais detida das particularidades intrínsecas de um e de outro, podemos concluir que a circunstância pode ser entendida como condição. Todavia, a recíproca não é verdadeira, ao menos para todas as situações de natureza jurídica.

Sobre a questão, adverte Cezar Roberto Bitencourt (2000, p. 514), que a reforma do Código Penal de 1984 ampliou o conflito de interpretação entre condição, circunstância e elementar. A respeito de circunstância, esclarece:

“Circunstâncias são dados, elementos ou peculiaridades que apenas ‘circundam’ o fato principal. Não integram a figura típica, podendo contribuir, contudo, para aumentar ou diminuir a sua gravidade. As circunstâncias podem ser objetivas ou subjetivas. Objetivas são as que dizem respeito ao fato objetivamente considerado, à qualidade e condições da vítima, ao tempo, lugar, modo e meio de execução do crime. E subjetivas são as que se referem ao agente, às suas qualidades, estado, parentesco, motivos do crime etc.”

Referindo-se a condições, o eminente estudioso busca respaldo teórico em Julio Fabbrini Mirabete (1990, p. 236) e distingue: *“Condições (...) (omissis) são as relações do agente com o mundo exterior, com outros seres, com estado de pessoas, de parentesco etc”*. Com o propósito de definir *elementares*, arremata:

“Elementares do crime são dados, fatos, elementos e condições que integram determinadas figuras típicas. Certas peculiaridades que normalmente constituiriam circunstâncias ou condições podem transformar-se em elementos do tipo penal e, nesses casos, deixam de ‘circundar’ simplesmente o injusto para integrá-lo.”

A partir dos conceitos anteriormente apresentados, estamos em condições de refletir sobre as *causas especiais de aumento da pena*.

Conforme expressamos na introdução deste trabalho, através dos tempos, doutrinadores e julgadores parecem ter encontrado dificuldades na

compreensão de *tipo penal derivado e causas especiais de aumento da pena*, entendendo-as como *circunstâncias ou condições qualificadoras*.

Convenhamos que as qualificadoras constituem verdadeiros tipos penais, derivados dos tipos simples ou fundamentais, e, por isso, são acompanhadas de cominação de pena em limites mínimo e máximo. As causas majorantes, por sua vez, só são presentes a partir de quando uma pena já está fixada pelo julgador, que, então, examina sobre ser legal a exasperação.

Em síntese, se o preceito é acompanhado de pena cominada (mínima e máxima), temos uma figura típica fundamental ou derivada. Se, todavia, o legislador cogita uma variação da pena, para mais ou para menos (majorante ou atenuante), temos causa ou circunstância de modificação. Com propósitos exemplificativos, citamos: a) crime de lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º - se resulta a morte – pena = reclusão de 4 a 12 anos) = tipo derivado; crime de roubo com emprego de arma (art. 157, § 2º, I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma – a pena é aumentada de um terço até metade = circunstância majorante.

Para que se possa aferir a dificuldade que a imprecisão da terminologia implica, transcrevemos, em continuidade, alguns resumos de decisões judiciais expressas através de linguagem carente de boa técnica:

Do Tribunal de Justiça –RJ:

“Roubos duplamente qualificados pelo emprego de arma e concurso de agentes, em continuidade delitiva e cúmulo material com estupros qualificados pelo concurso de agentes em continuidade delitiva (...) (omissis). –Apelação Criminal 1323/98 – Duque de Caxias – Oitava Câmara Criminal. Unânime. Desembargador Liborni Siqueira – Julg. 20/08/98;

Roubo qualificado. Concurso de Agentes. Comete roubo qualificado pelo concurso de agentes, quem, em companhia de menor, transporta em veículo automotor previamente roubado mercadorias subtraídas de uma Kombi de entrega de cigarros. – Apelação Criminal 423/98 – Capital – Quinta Câmara Criminal. Unânime. Desembargador Manoel Alberto Santos – Julg. 26/05/98;

Roubo. Concurso de Agentes e emprego de arma (...) (omissis). A mera existência de duas qualificadoras – emprego de arma e concurso de agentes – não basta, por si só, para fundamentar o aumento

acima do grau mínimo, devendo para isso a sentença basear-se em outros dados concretos e objetivos. – Apelação Criminal 62.356/97 – Nilópolis – Quinta Câmara Criminal. Unânime. Desembargador Alexandre Herculano Varela – Julg. 14/05/98;

Roubo. Prisão em flagrante, quando tinha ainda em seu poder a bicicleta roubada minutos antes. Reconhecimento seguro por parte da vítima como sendo um dos autores do crime. Qualificadora demonstrada. (...) (omissis). – Apelação Criminal 62.799/98 – Capital – Oitava Câmara Criminal. Por Maioria. Desembargador Flávio Nunes Magalhães – Julg. 21/05/98;

Emprego de arma. Afastamento. Tendo em vista que revólver de brinquedo não é arma, é brinquedo, desclassifica-se o delito para afastar-se a respectiva qualificadora. – Apelação Criminal 870/98 – Barra do Pirai – Segunda Câmara Criminal. Unânime. Desembargador Luiz Leite Araújo – Julg. 09/06/98;

Roubo duplamente qualificado. Concurso de agentes e emprego de arma (...) (omissis). – Apelação Criminal 62.834/98 – Capital. Unânime. Desembargador Carlos Brazil – Julg. 26/05/98.”

No mesmo sentido: HC 932/98 – Comarca da Capital – Primeira Câmara Criminal. Unânime. Des. Valmir Oliveira Silva – Julg. 18/06/98; Apelação Criminal 62.567/97 – Comarca da Capital – Sétima Câmara Criminal. Unânime. Des. César Augusto Leite - Julg. 14/04/98; Apelação Criminal 61.316/97 – São João da Barra – Sétima Câmara Criminal – Por Maioria. Des. Giuseppe Italo Vitagliano – Julg. 07/04/98; Apelação Criminal 322/98 – Comarca da Capital – Quarta Câmara Criminal. Unânime. Des. Bias Gonçalves – Julg. 12/05/98.

Do Supremo Tribunal Federal:

“Arma de brinquedo ou descarregada qualifica o roubo, se intimidou a vítima. STF, R.T.J. 113:401;

Não incide a qualificadora, se o agente não empregou a arma de brinquedo, que a vítima apenas viu em sua cintura”. STF, R.T.J. 92:1368.

Não menos equivocadas as manifestações doutrinárias seguintes:

Celso Delmanto (1991, p. 278):

“Dupla qualificadora: Ainda que esteja comprovada mais de uma qualificadora, há uma só incidência e não duplo ou triplo aumento; a outra, ou outros, servirão de circunstâncias agravantes, se cabíveis.”

Weber Martins Batista (1987, p. 15):

“Como se sabe, o problema da caracterização do roubo praticado com arma de brinquedo, bem como com qualquer arma ineficaz, tem dividido doutrina e jurisprudência. Para uns, a qualificadora (...) (omissis).”

Heleno Claudio Fragoso (1962, p. 261):

“ROUBO QUALIFICADO – 242. A pena cominada ao roubo será aumentada de um terço até metade, nos seguintes casos: 1. se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma; 2. se há concurso de duas ou mais pessoas; (...) (omissis).”

_____ 1982, p. 542:

“Roubo Qualificado. Arma de fantasia. (...) (omissis). Pedimos licença para divergir. Não basta para qualificar o crime.”

Nelson Hungria (1953, p. 292):

“Aborto qualificado. Do aborto qualificado cuida o art. 127: As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto (...) (omissis).”

Finalmente, ilustramos com alguns equívocos verificados em linguagem legislativa:

“Forma qualificada. (rubrica marginal). Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevem a morte.” (Código Penal de 1940, reformado em 1984).

“DO ROUBO E DA EXTORSÃO. Art. 168 (...) (omissis). Roubo Qualificado § 2º. As penas aumentam-se de um terço até metade: I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma; (...) (omissis).” (Código Penal de 1969 – revogado).

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Derivamos do exposto que o uso de nomenclatura não condizente com a real natureza de figuras dispostas pelo legislador penal pode estender-se sobre situações fáticas, deixando desguarnecidos os princípios *nullum crime sine lege* e da taxatividade, e, de resto, o sistema da tipicidade. Se a imprecisão ocorrer no contexto de curso de Direito, a distorção pode refletir-se negativamente na formação dos acadêmicos, com efeito multiplicador em sua atuação profissional futura.

Diante da magnitude dessas consequências, formulamos as seguintes conclusões:

a) o vocábulo circunstância deve ser reservado para as hipóteses majorantes da pena, particularmente aquelas que estão ao redor do tipo e não o integrando, eis que são simplesmente causas modificativas ou de variação da pena;

b) qualificadora configura tipo penal – tipo derivado – com novos limites de pena (mínimo e máximo);

c) elementares do crime são dados, fatos, elementos e condições que integram determinadas figuras típicas. ◆

O ATO DO PRÍNCIPE

PAULO RANGEL

Professor da EMERJ e da Universidade Cândido Mendes. Promotor de Justiça do RJ.

I. PODERES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E RESERVA CONSTITUCIONAL

Recentemente o Presidente da República editou mais uma Medida Provisória¹ alterando dispositivos da Lei 9.649/98 que trata da organização da Presidência da República e dá outras providências criando, no âmbito do Poder Executivo Federal, a Corregedoria Geral da União com plenos poderes investigatórios quando houver atos lesivos ao patrimônio público da União.

Trata-se de uma medida adotada pelo Chefe do Executivo Federal visando a coibir os atos de corrupção praticados nos diversos órgãos federais com demonstração de intolerância para com eles por parte do governo.

Tal medida, embora *prima facie* bem vista pela sociedade, tem nítido caráter inibidor das funções do Ministério Público da União e da Polícia Federal de forma a permitir ao Chefe do Executivo total controle sobre tudo que se apura no âmbito da recém-criada Corregedoria e o que é pior: podendo demitir *ad nutum* o Corregedor Geral que é de sua livre escolha.

Na medida em que a sociedade, politicamente organizada, rompeu com a ordem jurídica vigente até cinco de outubro de 1988 e exigiu uma nova construção jurídico-constitucional, formando um Estado Democrático de Direito, entregando ao Ministério Público a legitimidade para exigir, em juízo ou fora dele, a reparação de toda e qualquer lesão ou ameaça a direito dando-lhe as garantias da independência funcional e da inamovibilidade², em uma clara alusão de que desejava apagar da memória nacional o período sombrio da ditadura, não resta a menor dúvida de que o ato presidencial visa a esvaziar, por via oblíqua, os poderes persecutórios do Ministério Público.

A Corregedoria Geral da União, sendo órgão integrante da Presidência da República, não goza das garantias constitucionais necessárias para uma perfeita investigação criminal ou cível sem que haja ingerência política em

¹ MP nº 2143-31, de 02 de abril de 2001.

² Cf. arts. 127, §1º c/c 128, § 5º, I, ambos da CRFB.

sua atuação por parte dos integrantes do governo ou do próprio Presidente da República³. Em outras palavras, não tem independência. Investigará os casos que forem do interesse do governo e desde que não comprometam a postura moral do Chefe do Executivo.

Na verdade, quando se cria tal órgão o que se quer é colocar o Ministério Público em situação vexatória perante a opinião pública levando o leigo a crer que não há razão alguma para o Ministério Público se insurgir contra a atuação do mesmo, pois quanto mais se investir contra os crimes que lesam os cofres públicos, melhor será para a sociedade. Porém, essa não é a verdadeira razão de ser da criação do mencionado órgão. Quer-se ter controle da apuração de todos os atos que envolvam membros situacionistas do governo impedindo uma apuração séria, descomprometida politicamente e isenta de qualquer paixão a não ser a da justiça. Ou seja, em véspera de ano eleitoral para os principais cargos eletivos, em especial para Presidente da República, quer se evitar uma atuação efetiva do Ministério Público combatendo o verdadeiro crime organizado que se instalou no poder público, gerando uma violência nas ruas como conseqüência e não como causa.

Hodiernamente se fala em violência urbana como causa (roubos, homicídios, estupros, tráfico de drogas etc.), porém a verdadeira violência é praticada por agentes públicos que, através do seu atuar nocivo, pretendem *remediar com um mais Estado policial e penitenciário o menos Estado econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto do Primeiro como do Segundo mundo*⁴.

Há uma reserva constitucional dos poderes do Ministério Público que lhes foram outorgados pelo Poder Constituinte e que não podem ser subtraídos pelo Poder Reformador. Tratam-se de cláusulas pétreas, ou seja, aquelas que não podem ser removidas, nem por emenda⁵, muito menos por medidas provisórias. Há uma limitação material explícita e implícita ao Poder Reformador.

³ Lei 9.649/98 –

“Art. 1^º (...)”

§ 1^º *Integram a Presidência da República como órgãos de assessoramento imediato ao Presidente da República:*

(...)

§ 3^º *Integram ainda a Presidência da República:*

1 - a *Corregedoria-Geral da União;*

⁴ Loïc Wacquant. **As Prisões da Miséria**. 1 edição. Rio de Janeiro. Jorge Zahar. 1999. p. 7.

⁵ Cf. art. 60, § 4^º da CRFB.

Se a Constituição veda, expressamente, a supressão dos direitos e garantias individuais, claro está que a supressão das funções do Ministério Público, através da criação de um órgão que fará o que ele faz, impedindo-o de ter acesso, **de imediato**, às investigações que estarão a cargo do mesmo, é atentatória dos direitos e garantias individuais e, por via de consequência, às suas nobres funções constitucionais. Se não pode haver emenda à Constituição alterando os direitos e garantias individuais⁶, muito menos a famigerada Medida Provisória poderá fazê-lo.

CARL SCHMITT, prelecionando acerca dos limites de reforma da Constituição, em sua preciosa obra, afirma que:

“Los órganos competentes para acordar una ley de reforma de la constitución no se convierten en titular o sujeto del Poder constituyente. Tampoco están comisionados para o el ejercicio permanente de este Poder constituyente; por tanto, no son una especie de Asamblea nacional constituyente com dictadura soberana, que siempre subsiste en estado de latencia⁷.”

Em outras palavras: se o próprio parlamento brasileiro não está autorizado a proceder a uma reforma constitucional limitando os poderes funcionais do Ministério Público, o Chefe do Executivo Federal não poderá agir assim pelas mesmas razões. Por amor à hermenêutica se quem pode o mais (Poder Constituinte Derivado⁸) não pode fazê-lo, quem só pode o menos (Medida Provisória), muito menos.

II. INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL E O PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL

É cediço que a Constituição da República, quando assegura ao Ministério Público a garantia da independência funcional e o princípio do Promotor Natural, o faz em nome da sociedade e não, da pessoa física do membro do Ministério Público. Independência funcional é a liberdade de agir, dentro dos

⁶ Cf. art. 60, § 4º, IV c/c art. 127, *caput*, ambos da CRFB.

⁷ **Teoría de la Constitución**. 1 edição 2 reimpressão, Madrid, Alianza Universidad Textos, 1996, p. 119.

⁸ Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho é aquele que retira sua força do Poder constituinte originário. Portanto, é um poder subordinado limitado pelas regras de fundo estabelecidas pelo Poder constituinte originário. É também condicionado porque está sujeito as regras de forma estabelecidas pelo Poder constituinte originário (**O Poder Constituinte**. 3 edição, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 112).

exatos limites da Constituição, por parte do membro do Ministério Público não estando sujeito a nenhuma ingerência interna ou externa por parte de quem quer que seja. A hierarquia administrativa que vincula os membros da instituição à Chefia não significa subordinação funcional. O Procurador Geral tem a chefia da instituição, porém não possui ingerência sobre nenhum membro da instituição, bem como também, as demais autoridades integrantes dos demais poderes (Presidente da República, Ministros de Estado ou dos Tribunais superiores, Governadores etc.). Deve haver perfeito entrosamento entre todos, porém sem ingerência entre um e outro para que haja respeito ao princípio da independência e harmonia dos poderes.

ALBERTO BINDER⁹, em seu magistério, deixa consignado quando trata da independência dos juízes, com inteira aplicação aos membros do Ministério Público, que:

“La independencia de los jueces no es una prerrogativa profesional. Se trata, en realidad, de que los ciudadanos, sujetos pasivos de la administración de justicia, tengan la garantía de que la persona que va a administrar algo de tan graves consecuencias como el poder penal del Estado, actúe con total libertad y sin estar sometido a presiones. No hay que olvidar que es una garantía prevista en favor de los ciudadanos y no en favor de los jueces.”

O Promotor natural é aquele que tem, previamente, sua atribuição delimitada em lei e independente no exercício de suas funções gozando do atributo constitucional da inamovibilidade.

O Promotor Natural é o garantismo constitucional de toda e qualquer pessoa (física ou jurídica) ter um órgão de execução do Ministério Público com suas atribuições previamente estabelecidas em lei, a fim de se evitar o chamado *Promotor de encomenda* para esse ou aquele caso. O princípio existe muito mais em nome da sociedade do que propriamente da pessoa física do Promotor de Justiça (ou Procurador da República), pois, na verdade, exige-se, dentro de um Estado Democrático de Direito, que a atuação dos órgãos do Estado seja pautada pelos princípios da legalidade, moralidade e

⁹ **Introducción Al Derecho Procesal Penal.** 1 edição, Buenos Aires, Ad Hoc, 1993, p. 149.

impessoalidade (cf. art. 37, *caput*, da CRFB) não sendo admissível que os atos sejam praticados pelo Ministério Público com interferência de terceiros em afronta ao Devido Processo Legal.

Na medida em que se tenta subtrair da ação do Ministério Público atos lesivos ao patrimônio público entregando a apuração dos mesmos também à Corregedoria Geral da União, com um caráter de filtragem, para posterior remessa ao *Parquet*, afronta a Constituição da República.

Na medida em que se permite investigação criminal pela Corregedoria Geral da União se usurpam as funções não só do Ministério Público, mas também, principalmente, da Polícia Federal.

Perguntar-se-á: Com que objetivo se cria tal Corregedoria?

Primeiro, com o nítido objetivo de se impedir a criação de uma “*CPI da Corrupção*” no Congresso Nacional evitando mais desgastes para o Governo Federal que, nos últimos anos, foi alvo de toda sorte de atos lesivos aos cofres públicos com notícias de corrupção e escândalos entre seus membros, porém sem nenhuma medida punitiva, assegurando a permanência do **Príncipe no Poder**.

Segundo, impedir a atuação do Ministério Público que, independente e com *alguns* Procuradores e/ou Promotores destemidos e imbuídos do espírito de justiça, deu início a um processo de moralização pública no País incomodando a um determinado grupo de políticos e empresários que utilizam os cargos que ocupam para se locupletarem ilicitamente.

Não tenho dúvidas de que o Ministério Público ainda tem muito a fazer para cumprir com todas as suas funções constitucionais. Na verdade, muitas das mazelas que assolam o País é por culpa, em parte, do Ministério Público que se esconde atrás da arrogância institucional e de seus interesses pessoais¹⁰, descompromissado dos verdadeiros interesses sociais. A acomodação institucional gera uma injustiça no âmbito social. A famigerada ação penal tem, normalmente, no seu pólo passivo “*três sujeitos processuais*”: o preto, o pobre e a prostituta. Esses são facilmente condenados e o Ministério Público se vangloria desse sucesso.

¹⁰ É crível, embora perfeitamente lícita, a luta, *interna corporis*, por aumento de salário fazendo com que se negocie frente aos Poderes Executivo e Legislativo para que a categoria receba, via lei complementar ou qualquer outro ato normativo, uma maior remuneração. Não nego nem desconheço a real defasagem salarial, mas que é de todo o funcionalismo público e não só da Magistratura e do Ministério Público. Não pode nem deve haver privilégios. Nesse caso, se tivermos que pagar caro, em nome da sociedade, para exercermos nossas prerrogativas e deveres constitucionais, que assim o seja. É o nosso ônus. Do contrário, estaremos sempre nas mãos dos políticos e, conseqüentemente, sem a verdadeira independência funcional de que precisamos.

Não há mais espaço, dentro do Estado Democrático de Direito, para satisfação por parte do Ministério Público em condenar o réu. A condenação é medida de caráter excepcional e não regra. Condenação é a consagração do sistema capitalista-desigual que se instalou no País e no mundo. A coroação da injustiça social que deve e pode ser solucionada pelo Ministério Público em perfeita união com a Magistratura, sem que ambos percam sua independência. Mas devo reconhecer que a vaidade que impera em ambas as instituições impede esse avanço social.

Enquanto o Ministério Público está preocupado com os sujeitos processuais que acima citei, um Senador da República nega veementemente sua participação na quebra de sigilo do painel eletrônico do Senado desafiando quem quer que seja provar o contrário. No dia seguinte, confessa perante as câmeras de televisão que mentiu para a Nação e que, portanto, violou o painel de votação eletrônica do Senado tendo acesso a informações protegidas pelo sigilo, inclusive chorando e dizendo que quer voltar a dormir em paz¹¹. Quem está errado? O Senador ou o Ministério Público (e/ou Judiciário)? Claro que é o Ministério Público (e/ou Judiciário). O Senador, pertencendo ao governo que pertence e sendo seu líder, não poderia ter agido de forma diferente. Já o Ministério Público (e/ou Judiciário) encontra-se preocupado se o réu tem ou não direito a suspensão condicional do processo nesse ou naquele caso, portanto, nas infrações penais de *médio potencial ofensivo*. Se o furto é mediante fraude ou mediante destreza. Se o artigo 32 da LCP foi ou não revogado pelo artigo 309 da Lei 9.503/97. Enfim... está na contramão de direção da sociedade. A sociedade está à procura de justiça social, o Ministério Público em sentido inverso.

Há que se refletir sobre o verdadeiro papel do Ministério Público na sociedade hodierna à luz da Constituição da República.

O Executivo e o Legislativo não estão cumprindo seu papel constitucional e, portanto, devem ser substituídos por decisões judiciais justas provocadas pelo Ministério Público, sem que haja quebra da independência e harmonia entre os poderes. Esta independência visa a assegurar a consecução do bem comum, do interesse público e não a interesses pessoais. O Judiciário passa a ser assim a última e única porta de socorro à sociedade, na qual a mesma pode bater pleiteando seus direitos.

¹¹ Jornal O GLOBO de 24 de abril de 2001, O PAÍS, p. 3.

III. ATO DO PRÍNCIPE: MEDIDA PROVISÓRIA

A Constituição da República, promulgada em cinco de outubro de 1988, expurgou do ordenamento jurídico vigente à época, a famigerada figura do Decreto-Lei que dava poderes, limitados, ao Presidente da República para tratar de matérias que versassem sobre *segurança nacional; finanças públicas, inclusive normas tributárias e criação de cargos públicos e fixação de vencimentos*, **em caso de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não** houvesse **aumento de despesa**¹². Percebe-se que havia restrição ao uso do Decreto-Lei quanto à matéria que poderia ser tratada no mesmo, não obstante traduzir-se, da mesma forma que a Medida Provisória, em um verdadeiro Ato do Príncipe. O que significa dizer: são medidas típicas de um regime autoritário, ou de um disfarçado regime democrático, mas sempre colocadas nas mãos do Príncipe para que ele possa manipular o exercício do Poder em proveito próprio e/ou de seus apadrinhados políticos.

IVO DANTAS preleciona em sua obra que:

“Só a fobia pela expressão decreto-lei e a vontade de ocultar a verdadeira face do novo instituto trazido à Constituição, justificaram a substituição da primeira e tradicional expressão do nosso constitucionalismo (Decreto-Lei) por esta outra (Medidas Provisórias), cujos aspectos negativos, em razão dos poderes, aparentemente ilimitados conferidos ao Presidente da República, são, muitas vezes piores do que aqueles permitidos pelo Decreto-Lei”¹³.”

A Medida Provisória, segundo o texto constitucional¹⁴, tem como pressupostos específicos a **relevância e urgência**. Portanto, se não houver os dois pressupostos exigidos pelo legislador constituinte o ato será eivado do vício da inconstitucionalidade. Trata-se da conjunção aditiva e não da

¹² Art. 55 da CRFB de 24/01/67 com a Emenda nº 1 de 17/10/69.

¹³ **Medidas Provisórias**. 1 edição, Nossa Livraria, 1991, p. 57.

¹⁴ Art. 62 da CRFB - Em caso de *relevância e urgência*, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo único - As medidas provisórias *perderão eficácia*, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de *trinta dias*, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.

alternativa **ou**. Nesse caso, os dois pressupostos exigem presença simultânea. O Presidente da República não está impedido de aumentar despesas com a edição das Medidas Provisórias o que não ocorria com o Decreto-Lei. Neste, seu poder era limitado.

O âmbito de incidência das Medidas Provisórias não é limitado, expressamente, pelo legislador constituinte, o que faz o Presidente da República entender que está autorizado a expedir-las sobre qualquer matéria. Entretanto, entendo que as matérias que podem ser objeto de discussão, debates e votação perante as duas Casas Legislativas por não estarem açambarcadas pelos pressupostos da relevância e urgência, refogem do âmbito de incidência das Medidas Provisórias. Há uma limitação material implícita no próprio processo legislativo estabelecido pela Constituição.

Relevante é tudo aquilo que é importante, imprescindível, proeminente, essencial, exigível ou fundamental para os interesses da sociedade, razão pela qual esta entregou ao Chefe do Executivo, através do Poder constituinte, a legitimidade para editá-las. A relevância assim deve vincular-se à realização dos interesses sociais, ao interesse público¹⁵ e não aos interesses do Príncipe e da sua Corte.

A **urgência** qualifica o momento e define o tempo de exercício de uma determinada competência fazendo surgir o perigo de dano se a medida não for adotada¹⁶. Trata-se de um *periculum in mora*. Nesse caso, haverá urgência se a medida a ser adotada não puder sê-lo em outra oportunidade, em outro momento, em outro tempo. O que significa dizer: se o que se quer atingir, para os fins sociais, não puder aguardar o ordinário processo legislativo previsto no art. 59 da Constituição da República, a Medida Provisória é o *ato cautelar legislativo condicional*¹⁷ de que deve lançar mão o Presidente da República para atender ao interesse público. Do contrário,

¹⁵ Clémerson Merlin Cléve. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2 edição, São Paulo, RT, 2000, p. 173.

¹⁶ Clémerson Merlin Cléve. Ob. cit. p. 176.

¹⁷ Entendo ser essa a natureza jurídica da Medida Provisória, não obstante conhecer a controvérsia doutrinária acerca do assunto. Para tanto remeto o leitor interessado na matéria para as obras de: Marco Aurélio Greco. **Medidas Provisórias**. São Paulo, RT, 1991, p. 9, onde o autor diz ser um ato administrativo com força de lei; Sérgio Andrea Ferreira, “Medida Provisória: natureza jurídica”, **RTDP**, São Paulo, nº1, 1993, p. 151, onde o autor diz tratar-se de um ato de governo; Saulo Ramos, **Medida Provisória, A nova Ordem constitucional – aspectos polêmicos**, Rio de Janeiro, Forense, 1990, p. 530, onde o autor diz tratar-se de um poder de cautela legislativa; e, Pontes de Miranda, **Comentários à Constituição de 1967**, 2 edição, São Paulo, RT, 1979, t. III, p. 141-142, onde o autor referindo-se ao Decreto-Lei diz tratar-se de uma lei sob condição resolutiva.

ausentes seus pressupostos (relevância e urgência), a Medida Provisória será inconstitucional e o Judiciário, se provocado for, não poderá deixar de reconhecer sua inconstitucionalidade.

Ressalta-se ainda que como todo ato jurídico a Medida Provisória tem seus requisitos genéricos, quais sejam: *agente capaz*, *objeto lícito* e *forma prescrita* e não defesa em lei¹⁸. O objeto é definido nas sábias palavras do colega do Ministério Público fluminense e eterno mestre, Dr. José dos Santos Carvalho Filho, como:

*“A alteração no mundo jurídico que o ato administrativo se propõe a processar. Significa, como informa o próprio termo, o objetivo imediato da vontade exteriorizada pelo ato, a proposta, enfim, do agente que manifestou a vontade com vista a determinado alvo. Pode o objeto do ato administrativo consistir na aquisição, no resguardo, na transferência, na modificação, na extinção, ou na declaração de direitos, conforme o fim a que a vontade se preordenar”*¹⁹.”

Claro está que a Medida provisória quando concede poderes à Corregedoria Geral da União para praticar atos investigatórios de ilícitos penais e civis lesivos ao patrimônio público, fere a atribuição constitucional do Ministério Público e da Polícia Federal com nítida intenção de enfraquecer o papel desempenhado pelo *Parquet*. Pretende-se criar um filtro das denúncias sobre corrupção no âmbito federal para, após a análise da irregularidades, remeter o que se “*entender cabível*” aos órgãos competentes²⁰.

¹⁸ Art. 82 do Código Civil - A validade do ato jurídico requer agente capaz (art. 145, I), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145) (no original sem remissão).

¹⁹ **Direito Administrativo**. 4 edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999, p. 70.

²⁰ Lei 9.649/98 com a MP nº 2143-31, de 02/04/01 - “*Art. 14-A. À Corregedoria-Geral da União, no exercício de sua competência, cabe dar o devido andamento às representações ou denúncias fundamentadas que receber, relativas a lesão, ou ameaça de lesão, ao patrimônio público, velando por seu integral deslinde.*

§ 1º *À Corregedoria-Geral da União, por seu titular, sempre que constatar omissão da autoridade competente, cumprir requisitar a instauração de sindicância, procedimentos e processos administrativos outros, e avocar aqueles já em curso em órgão ou entidade da Administração Pública Federal, para corrigir-lhes o andamento, inclusive promovendo a aplicação da penalidade administrativa cabível.*

§ 2º *Cumprir à Corregedoria-Geral da União, na hipótese do parágrafo anterior, instaurar sindicância ou processo administrativo ou, conforme o caso, representar ao Presidente da República para apurar a omissão das autoridades responsáveis.*

Ademais, há que se ressaltar que todo ato jurídico praticado no âmbito da administração pública deve sê-lo imbuído de determinada finalidade, o que significa dizer: voltado para a consecução do interesse público, do interesse social. O administrador, *de bens públicos*, não pode praticar seus atos visando a interesses privados, de particulares de uma pequena Corte. Sua função é a consecução do bem comum. Na medida em que o ato (Medida Provisória) é realizado sem atender a sua primária finalidade e, conseqüentemente, com ausência de seus pressupostos constitucionais específicos (relevância e urgência), há uma trestinação, ou seja, desvio de finalidade, verdadeiro abuso de poder que deve ser punido com a sanção da inconstitucionalidade.

O princípio da finalidade é inerente à própria formação da Constituição que além de ser um documento jurídico fundamental de um País é também um instrumento de governo e uma Carta que expressa os sentimentos, os desejos e os valores de um povo.

GREGORIO BADENI, professor titular de Direito Constitucional da Universidade de Buenos Aires, deixa consignado em sua obra²¹ que:

“Toda constitución responde a una finalidad, en la medida en que sociedad se integra para alcanzar un objetivo determinado. (...) Es así que la constitución, además de organizar, debe reflejar en su texto la finalidad perseguida por la sociedad que regula y el plan de acción que deberán ejecutar los detentadores del poder para satisfacer las necesidades que condujeram a la integración social.”

Prossegue o mesmo autor deixando claro que a sociedade deve ver atendidos seus objetivos sociais através dos postulados constitucionais que consagrou com a delegação do Poder Constituinte. Continua o mestre:

§ 3º A Corregedoria-Geral da União encaminhará à Advocacia-Geral da União os casos que configurem improbidade administrativa e todos quantos recomendem a indisponibilidade de bens, o ressarcimento ao erário e outras providências a cargo daquela Instituição, bem assim provocar, sempre que necessária, a atuação do Tribunal de Contas da União, da Secretaria da Receita Federal, dos órgãos do Sistema Federal de Controle Interno e, quando houver indícios de responsabilidade penal, do Departamento de Polícia Federal e do Ministério Público, inclusive quanto a representações ou denúncias que se afigurarem manifestamente caluniosas (sem grifos no original).

²¹ **Instituciones de Derecho Constitucional**. Primeira reimpressão da 1 edição, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000, p. 101/102.

“Toda constitución debe tener una finalidad que, en definitiva, será la proyección jurídica del objetivo personalista o transpersonalista que impulsa el movimiento social.”

Em síntese, a Medida Provisória colocada nas mãos do Chefe do Executivo deve ser editada para atender aos fins sociais.

V. CONCLUSÃO

Postas as considerações acima, entendo que a Medida Provisória que altera a Lei 9.649/98 é inconstitucional por não atender aos seus pressupostos específicos, quais sejam: a relevância e urgência.

É perfeitamente possível alteração de qualquer lei ordinária, desde que pelo processo legislativo próprio previsto no art. 59 da CRFB. Entretanto, se houver, em nome do interesse público, relevância e urgência, na sua alteração, a Medida Provisória é a providência cautelar colocada nas mãos do Chefe do Executivo Federal para atender ao bem comum.

A Medida Provisória é o bote de salvação da sociedade, diante do naufrágio legislativo, que o Chefe do Executivo Federal lança ao mar para atender aos interesses sociais face a uma situação atual de perigo.

Trata-se de medida a ser adotada em caráter excepcional e não ordinário. O Chefe do Executivo não pode subtrair as funções dos demais poderes com a edição reiterada de Medidas Provisórias. Governar o País através de Medida Provisória é fechar, por via oblíqua, o Congresso Nacional quebrando a independência e harmonia entre os Poderes desestabilizando o regime democrático conquistado, aos poucos e a duras penas com derramamento de muito sangue, pelo povo brasileiro durante as últimas décadas.

O Ministério Público, alçado ao patamar de *instituição essencial a função jurisdicional* (art. 127, *caput*, da CRFB) não pode se quedar inerte diante desses atos, em especial quando se quer afastá-lo da persecução penal. Nem na época da ditadura, que inclusive, nesse ponto, era mais honesta, houve tamanha desfaçatez. Naquela época o Dr. Hélio Pereira Bicudo²² sofreu todas as investidas por parte do regime militar, porém o período

²² Confronte a obra de Hélio Pereira Bicudo. **Meu Depoimento sobre o Esquadrão da Morte**. 2 ed., São Paulo, Pontifícia Comissão de Justiça e Paz de São Paulo, onde autor narra suas investidas contra o “Esquadrão da Morte” e, ao mesmo tempo, contra o regime militar que apoiava a ação dos grupos de exterminios. Livro que entre outros fatos mostra a elaboração da Lei Fleury.

era totalitário: aquelas eram as regras do jogo²³. Hoje não se justifica tal comportamento.

A perseguição penal deve ser exercida pelo Ministério Público com o auxílio direto da polícia que não pode ter suas funções subtraídas por um ato *manu militari*, como se estivéssemos na época da ditadura em que a polícia era seu braço direito. Ou será que estamos e não percebemos? Será que por trás da cortina do Estado Constitucional Democrático de Direito há um ditador travestido de democrata com o escuso objetivo de proteger a sua Corte? Será que a “*Constituição Cidadã*” é apenas uma *folha de papel*, como dizia Ferdinand de Lassalle²⁴, sem corresponder à *Constituição real*? ◆

²³ O leitor deve consultar na íntegra o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, onde foram suprimidos direitos e garantias fundamentais.

²⁴ Dizia Lassalle: “*Onde a Constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país*”. **A Essência da Constituição**, 4 ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1998, p. 47.