

Revista da

ISSN 2236-8957
(versão on-line)

EMERJ

Vol.6
Nº 21
2003



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro



Revista da

ISSN 2236-8957
(versão on-line)

EMERJ

Vol. 6
Nº 21
2003



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

DO USO ANORMAL DA PROPRIEDADE NO NOVO CÓDIGO CIVIL

Luiz Roldão de Freitas Gomes - Prof. da EMERJ e Des. do TJ/RJ

A PRESCRIÇÃO NO CONTRATO DE SEGURO E O NOVO CÓDIGO CIVIL

Sylvio Capanema de Souza - Prof. da EMERJ e Des. do TJ/RJ

A INTIMIDAÇÃO COMO VIOLÊNCIA

Felippe Augusto de Miranda Rosa - Des. do TJ/RJ

OS ALIMENTOS NO NOVO CÓDIGO CIVIL

Áurea Pimentel Pereira - Des. do TJ/RJ e Conferencista da EMERJ

ÍNDICES GERAIS DA REVISTA DO 1º AO 20º NÚMEROS

© 2003, 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. Letícia de Faria Sardas; Des. José Carlos Barbosa Moreira; Des. Décio Xavier Gama; Des. Jessé Torres Pereira Júnior.

Coordenação: Des. Décio Xavier Gama

Produção Gráfico-Editorial da Assessoria de Publicações da EMERJ

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

Apoio Cultural: Banco do Brasil

Tiragem: 3.000 exemplares

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -
EMERJ, 1998.

v.

Trimestral -

ISSN 1415-4951 (impresso); 2236-8957 (*on-line*)

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)

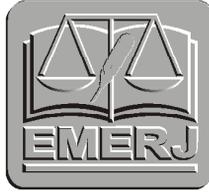
Todos os direitos reservados à

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

APRESENTAÇÃO

CONGRESSO INTERNACIONAL SOBRE O NOVO CÓDIGO CIVIL

Com este número a REVISTA DA EMERJ ingressa no seu sexto ano com maior número de páginas e tiragem elevada para 3.000 exemplares. Procuramos, com isto, incluir grande número de colaborações recebidas, como de certo modo ocorreu com a edição anterior, e mantivemos a sua distribuição a diferentes órgãos jurídicos, inclusive Faculdades de Direito, a todas as Escolas da Magistratura, aos Tribunais Superiores e de Justiça e às bibliotecas especializadas. Mas, a Revista tem como destinação principal os seus 600 estagiários inscritos em cursos de preparação à carreira da Magistratura e os novos magistrados do Curso de Iniciação, com duração de quatro meses.

Neste primeiro número do ano de 2003 destacamos mais estudos sobre o Código Civil em vigor desde 11 de janeiro. A respeito do novo Código, a ESCOLA realizou, em 2002, o Seminário “A EMERJ DEBATE O NOVO CÓDIGO CIVIL”, nas segundas sextas-feiras dos meses de fevereiro a novembro. Foram expositores juristas eminentes, membros da Comissão de elaboração do projeto do Código, como Miguel Reale e o Ministro Moreira Alves, do Supremo Tribunal Federal. Os anais do Congresso com debates e conferências estarão publicados em dois volumes, como edição especial da REVISTA DA EMERJ.

Merece registro, ainda, o acontecimento maior da ESCOLA neste ano, de repercussão invulgar, que foi o CONGRESSO INTERNACIONAL SOBRE O NOVO CÓDIGO CIVIL, realizado nos dias 4, 5 e 6 de dezembro nos auditórios da EMERJ, com uso de telões. Houve transmissão de confe-

rências e debates por teleconferência para os Núcleos da EMERJ de Campos dos Goitacazes e de Nova Friburgo, com grande afluência dos interessados na área jurídica. Dele participaram como expositores convidados, civilistas de outros estados, das Universidades de Coimbra e Lisboa, bem como de Bolonha, Bari e Foggia e de Milão. O Jurista Miguel Reale fez a palestra de abertura e o Ministro Moreira Alves, a do encerramento. Os trabalhos serão divulgados também em volume especial.

Na edição anterior, de número 20, divulgamos importante estudo do Professor GIACOMO OBERTO, da Universidade de Turim e Juiz no Tribunal da mesma cidade, sobre recrutamento e seleção de magistrados em países da União Européia. Naquele trabalho se destacam as tentativas de adoção de métodos ou sistemas na solução do problema que também aflige a Justiça comum em muitos estados no Brasil quanto à realização de concurso para preenchimento de vagas na carreira da Magistratura.

Com esta edição cumprimos a promessa de divulgar índices por autores e por assunto que abrangem toda a matéria publicada do 1º ao número 20 desta Revista.

DÉCIO XAVIER GAMA
Desembargador do TJ/RJ

SUMÁRIO

DO USO ANORMAL DA PROPRIEDADE NO NOVO CÓDIGO CIVIL **15**

Luiz Roldão de Freitas Gomes – Desembargador do TJ/RJ. Professor da EMERJ.

1. Atualidade do tema. 2. Os conflitos de vizinhança e a configuração do “mau uso” da propriedade. 3. Aspectos históricos dos conflitos de vizinhança. 4. Sua composição na Doutrina. 5. Soluções jurisprudenciais. 6. Novo Código Civil: Observações e Questionamentos. 7. Conclusões.

A PRESCRIÇÃO NO CONTRATO DE SEGURO E O NOVO CÓDIGO CIVIL **25**

Sylvio Capanema de Souza - Desembargador do TJ/RJ. Professor da EMERJ

As divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre prazos e efeitos da prescrição. O prazo de 1 ou 5 anos para a pretensão do segurado face ao art. 27 do C.D.C. Questões que ficarão pacificadas com o novo C.C. A regra do art. 771 do novo Código. O número de vezes em que deve ser interrompida a prescrição pelo novo Código (uma) e pelo atual. A regra do art. 192 do novo Código sobre alteração dos prazos por acordo das partes. As cláusulas gerais (função social do contrato e a da boa-fé). A interpretação do contrato (art. 423/4) no contrato por adesão.

OS ALIMENTOS NO NOVO CÓDIGO CIVIL **28**

Áurea Pimentel Pereira – Desembargadora do TJ/RJ. Professora da EMERJ.

Alimentos – Breve histórico. Princípios e regras gerais no Código Civil de 1916 e no novo estatuto pátrio. Direito Comparado. Princípios da proporcionalidade, condicionalidade, irrenunciabilidade, inaccessibilidade, incompen-sabilidade e impenhorabilidade. Da intransmissibilidade ativa e passiva da obrigação alimentar ante a natureza personalíssima do direito aos alimentos e da obrigação de prestá-los. Discussão. Doutrina e Direito comparado.

**RESPONSABILIDADE CIVIL POR RUPTURA DO CASAMENTO
E DE UNIÃO ESTÁVEL**

45

Jairo Vasconcelos do Carmo – Professor de Direito Civil da EMERJ

I. Liberdade de amar e indenização: A existência ou não de danos causados pela ruptura. II. Responsabilidade civil entre cônjuges. O princípio constitucional da abertura ao divórcio e a ab-rogação do sistema da culpa. O ilícito familiar e indenização: a busca de um critério decisório. III. União estável e responsabilidade civil.

OS BENS PÚBLICOS NO NOVO CÓDIGO CIVIL

54

José dos Santos Carvalho Filho – Procurador de Justiça (RJ). Professor da EMERJ.

1. Introdução. 2. Nova carga conceitual dos bens públicos. 3. A classificação dos bens públicos. 4. A questão da inalienabilidade. 5. Utilização dos bens públicos. 6. Perplexidade gerada pelo art. 100 do novo Código. 7. Bens públicos e usucapião. 8. Conclusões.

CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS

61

Jorge Miranda – Professor da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica de Portugal.

I. A Palestra. 1 - Introdução. 2 - O ponto de partida tem de ser a lembrança da experiência do Ocidente nos últimos dois séculos e meio. 3 - O ponto de relevo nas relações entre a Constituição e a lei. 4 - Os preceitos jurídicos aplicáveis diretamente dos direitos fundamentais, que vinculam os três poderes. 5 - O Tribunal Constitucional português desde 1983, semelhante a outros de países europeus. 6 - O controle da constitucionalidade em Portugal, os direitos fundamentais e as suas decisões interpretativas, limitativas e aditivas. II. Resposta às observações dos debatedores Luis Roberto Barroso, Paulo Mendonça, Luis Felipe Salomão e Daniel Sarmento.

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO CONSTITUCIONAL

85

Nagib Slaibi Filho – Desembargador do TJ/RJ. Professor da EMERJ

1. Conceito. 2. Conteúdo normativo do preceito fundamental. 3. Natureza Jurídica do controle de constitucionalidade a ser exercido pela ADPF. 4. A ADPF como ação autônoma de impugnação de controle de inconstitucionalidade. 5. A ADPF não tem caráter subsidiário. 6. Características processuais. 7. Conclusão.

André Gustavo C. de Andrade – Juiz de Direito TJ/RJ. Professor da EMERJ.

I. Introdução – II. A interpretação conforme a Constituição como princípio hermenêutico – II.1. Interpretação, aplicação e concretização – II.2. Interpretação da Constituição conforme a lei? – II.3. Limites da interpretação conforme a Constituição – II.4. O juiz como legislador positivo (ativo)? – III. A interpretação conforme a Constituição como princípio de controle da constitucionalidade – IV. A interpretação conforme a Constituição como princípio de conservação de normas. O princípio de presunção de legitimidade das leis – V. A interpretação conforme a Constituição como técnica de decisão. A declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto – VI. Conclusões.

**PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PRIVADA E FECHADA
(FUNDOS DE PENSÃO)****121**

João Carlos Pestana de Aguiar Silva – Desembargador do TJ/RJ.

I. Suas origens. II. A Previdência Privada da Lei nº 6.435/77. III. As Leis Complementares nºs. 108 e 109/2001. IV. A entidade de previdência complementar privada aberta. V. As entidades de previdência complementar privada fechada e seus integrantes. VI. A facultatividade. VII. Riscos dos participantes. A intervenção e a liquidação extrajudicial. VIII. A previdência privada e fechada na C.F./88. O contrato. A questionada tributação. IX. Os objetivos das sociedades civis e fundações sem fins lucrativos da previdência complementar fechada, perante as Leis Complementares nºs. 108 e 109/2001 e o novo Código Civil. X. O contrato de adesão da entidade fechada com o beneficiário empregado da entidade patrocinadora. XI. Quadro atual da previdência complementar privada, a compreender os fundos de pensão com seu potencial socioeconômico. XII. A relevância econômico-social dos fundos de pensão. XIII. Conclusão.

“CONDOMÍNIO DE ÁGUAS”. SITUAÇÕES DE FATO OU DE DIREITO PRIVADO?**134**

Danielle Machado Soares – Pós-graduada. Mestre pela UERJ. Prof. da PUC de Petrópolis.

1. Considerações gerais. 2. O princípio da autonomia privada e a origem

dos condomínios de água. 3. A denominação utilizada e sua impropriedade jurídica. 4. Evolução histórica, valor econômico, natureza jurídica e conceito. 5. “Associação em condomínio” e associação civil: liberdade constitucional. 6. Impossibilidade da aplicação do C.D.C. por não se tratar de relação de consumo. 7. A obrigatoriedade do rateio de despesas por aqueles que se vincularam direta ou indiretamente ao sistema histórico. 8. Conclusão.

A ONEROSIDADE EXCESSIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

155

Luciana de Oliveira Leal – Juíza de Direito do TJ/RJ.

Introdução. 1. Evolução histórica. 2. Conceito. 3. Fundamentos teóricos da onerosidade excessiva. 4. Requisitos. 5. Onerosidade excessiva no Código de Defesa do Consumidor. 6. Onerosidade excessiva no novo Código Civil.

TENDÊNCIAS ATUAIS DO JUDICIÁRIO

166

Luis Felipe Salomão. Juiz de Direito do TJ/RJ.

A instabilidade da economia brasileira. A proporção de um Juiz para determinado número de habitantes no Brasil (26.000), na Alemanha (3.400), na França (7.000), na Argentina (9.000). O custo da Justiça no Brasil e o número de processos ajuizados. Os avanços da Constituição de 1988. Os Juizados Especiais. Os retrocessos que ainda se notam.

A INTIMIDAÇÃO COMO VIOLÊNCIA

175

Felipe Augusto de Miranda Rosa – Desembargador do TJ/RJ e Professor.

O crime de ameaça definido no Código Penal. Uma variedade de maneiras viáveis de intimidar o sujeito passivo. A chave para o reconhecimento dos atributos legais da intimidação se acha no sujeito passivo. A avaliação da ameaça. Ocorrendo o mal prometido (agressão física, por ex.) deixa de existir o processo de intimidação. As ameaças vãs. A natureza da reação do destinatário da ameaça: autoproteção e o eventual revide. Caso de se aplicar à parte passiva os mesmos princípios para a intimidação original. A legítima defesa segundo o modelo de revide.

FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO MUNDO MODERNO

180

Letícia de Faria Sardas – Desembargadora do TJ/RJ.

I. Introdução. II. O ideal de Justiça. III. O Mundo globalizado. IV. A dupla vitimização das classes populares. V. Função do Poder Judiciário no mundo moderno.

SISTEMAS PROCESSUAIS E INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL

191

NA PERSECUÇÃO CRIMINAL: UMA CONTRIBUIÇÃO AO DEBATE

Bonni dos Santos – Prof. de Direito Processual Penal e Procurador de Justiça do RJ.

1. Considerações iniciais. 1.2. Processo inquisitivo versus acusatório: explicitação de diferenças. 1.3. Vertentes de Interpretação na norma no Direito Criminal. 1.4. Persecução criminal em Sítio Policial: o inquérito policial. 1.5. Indiciação. Exclusão da indiciação e reindiciação. 1.6. Controle externo da atividade policial. 2. Considerações.

RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA E A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES

205

Rodolfo Kronenberg Hartmann – Juiz Federal da 2ª Região.

A culpabilidade como pressuposto de aplicação da pena ou como integrante da definição do crime. A inconsciência para a prática do crime (*actio libera in causa*). As situações extremas da responsabilidade objetiva. O conceito de crime é certo e estável? O fato típico e ilícito. Crimes qualificados pelo resultado. A confusão com a presunção de violência contra menor de 14 anos. Essa presunção deve existir, mas de forma relativa com possibilidade de prova em sentido contrário.

A MORALIDADE ADMINISTRATIVA E SUA DENSIFICAÇÃO

211

Emerson Garcia – Promotor de Justiça no Rio de Janeiro.

I. Proêmio. II. Introdução. 1. Princípios. Aspectos gerais. 2. O caráter dos princípios. 3. Princípio da juridicidade. III. A moralidade administrativa e sua densificação. 1. Princípio da moralidade administrativa. Intróito. 2. A moral no Direito Privado. 3. Moral no Direito Administrativo e seu alicerce dogmático. 3.1. Delimitação da moralidade administrativa. 3.2. Essência da moralidade administrativa. 3.3. Previsão normativa 3.4. A moralidade e os elementos do ato administrativo. 3.5. A moralidade administrativa na Jurisprudência Pátria. 4. Códigos de Ética. IV. Síntese conclusiva.

OS REFLEXOS DAS LIBERDADES PÚBLICAS NO SISTEMA ACUSATÓRIO **235**

Márcia Maria Tamburini Porto Saraiva – Promotora de

Justiça RJ. Professora da Universidade Estácio de Sá.

1. Introdução. 2. Direitos fundamentais e liberdades públicas. 3. O papel dos princípios no ordenamento jurídico. 4. Os princípios processuais constitucionais. 5. A norma do art. 47 do Código de Processo Penal: ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, igualdade das partes, ampla defesa e sistema acusatório. 6. Conclusão.

ÍNDICES GERAIS DA REVISTA DO 1º AO 20º NÚMEROS **253**

Por autores e por assunto. Com indicação do número e páginas da Revista.

COLABORAM NESTE NÚMERO

André Gustavo C. de Andrade, 100

Áurea Pimentel Pereira, 28

Bonni dos Santos, 191

Danielle Machado Soares, 134

Emerson Garcia, 211

Felippe Augusto de Miranda Rosa, 175

Jairo Vasconcelos do Carmo, 45

João Carlos Pestana de Aguiar Silva, 121

Jorge Miranda, 61

José dos Santos Carvalho Filho, 54

Letícia de Faria Sardas, 180

Luciana de Oliveira Leal, 155

Luis Felipe Salomão, 166

Luiz Roldão de Freitas Gomes, 15

Márcia Maria Tamburini Porto Saraiva, 235

Nagib Slaibi Filho, 85

Rodolfo Kronenberg Hartmann, 205

Sylvio Capanema de Souza, 25

Revista da EMERJ, v. 6, n. 21, 2003

DO USO ANORMAL DA PROPRIEDADE NO NOVO CÓDIGO CIVIL

LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES

Desembargador do TJ/RJ. Professor da UFF

1. ATUALIDADE DO TEMA

Tem-se considerado – a imprensa e os meios especializados assim o têm divulgado e entendido – como uma das crises do mundo contemporâneo, bem como um desafio à sociedade moderna, a contaminação por agentes nocivos do ar, da água e a excessiva produção de ruídos em consequência do vertiginoso progresso industrial e tecnológico, de modo a ameaçar a saúde dos indivíduos. Seria a poluição o alto preço pago pelo homem em seu afã de dominar e transformar a natureza, enfim, quase *un mal du siècle*.

Posto o problema, não pode deixar de suscitar efeitos e controvérsias no plano jurídico, em mais de um de seus setores. Interessa sua colocação ao direito público, quer no direito administrativo, através do qual o Estado controla a atividade dos indivíduos no interesse coletivo pelo exercício do poder de polícia, quer no próprio direito punitivo, erigindo-se novas categorias de ilícitos, quando a valoração de um novo bem ou interesse venha a exigir-lhe a tutela penal.

No direito civil, a matéria apresenta especial relevo no que se refere às relações que se estabelecem entre particulares no campo dos direitos de vizinhança, onde a lei, numa fórmula geral (art. 554 do Código Civil), protege a segurança, a saúde e o sossego dos que habitem um prédio contra o “mau uso” da propriedade vizinha.

Em que medida a poluição da água, do ar e do som constituiria um “mau uso” da propriedade, reclamando sua cessação; se há de prevalecer, todavia, a exploração industrial, porque correspondente a um interesse público, não obstante a produção desses atos nocivos; ou se novo dado se insere na colocação do problema diante do perigo que representa a poluição para a sociedade, ainda que refletida no mero interesse particular do vizinho, são questões que se propõem nesta matéria.

Desnecessário é salientar que o tema já foi tratado, *ex-professo*, seja no exterior, seja entre nós, e que estas notas jamais teriam a pretensão de acrescentar algo às soluções encontradas, mas apenas o propósito de suscitá-lo novamente, quando *novo interesse coletivo* surge a seu respeito através da preocupação pela conservação da natureza e da preservação do meio ambiente.

2. OS CONFLITOS DE VIZINHANÇA E A CONFIGURAÇÃO DO “MAU USO” DA PROPRIEDADE

2.1. Os conflitos de vizinhança decorrem, como refere o Prof. SAN TIAGO DANTAS em sua excelente obra **O Conflito de Vizinhança e sua Composição**, Rio, 1939, nº 4, ao invocar IHERING, da divisão convencional do solo pelo homem, que não destrói sua continuidade nem a relação de coesão e dependência recíproca estabelecida pela natureza. Eis por que os atos praticados no recinto de um prédio no legítimo exercício do direito de seu proprietário têm seus efeitos propagados para o prédio vizinho, muita vez incomodando quem o habita. Ocorre, então, o choque entre a) dois aspectos do direito de propriedade, entre seu “núcleo positivo”, ou seja, a atividade daquele que exercita seu direito e b) “a faculdade de exclusão dos atos de terceiros prejudiciais (núcleo negativo)”, inerente, de igual modo, à propriedade vizinha. Por esta razão, na lição de WOLFF, *apud* EDUARDO ESPÍNOLA¹, “tanto a atividade de um vizinho (o núcleo positivo de sua propriedade), como o direito de exclusão do outro (o núcleo negativo da sua) requerem uma certa delimitação”, sob pena de aniquilar-se em sua utilidade econômica um dos direitos em conflito.

Sucedem que, como salientou Ihering, a livre disposição da coisa só se exerce, na verdade, com relação à coisa móvel, onde a vontade do dono se casa com sua destinação, dando a essência da senhoria. Não assim com respeito aos imóveis, onde os citados conflitos se constituem no “momento crítico da teoria da propriedade”, no dizer do Prof. SAN TIAGO DANTAS, a buscar soluções fora de seus quadros.

Deixe-se claro, neste passo, como lembra o Prof. CAIO MÁRIO DA SILVA Pereira em suas **Instituições de Direito Civil**, v. IV, p. 149, reportando-se ao Prof. ORLANDO GOMES, que o vocábulo vizinhança tem na terminologia jurídica uma acepção mais ampla “do que na linguagem

¹ Posse-Propriedade-Compropriedade – ou Condomínio – Direitos Autorais, p. 239.

corrente”: não revela apenas a aproximação ou propinquidade dos prédios, mas vai prender-se à idéia da propagação dos fatos ocorridos em prédios próximos ou que com estes tenham relações jurídicas, o que é de importância neste trabalho.

2.2. Para a solução de tais conflitos trouxe nosso Código Civil, a par de disposições especiais sobre águas, árvores limítrofes, direito de construir etc., “uma fórmula geral”, contida em seu art. 554, *in verbis*:

“O proprietário ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam.”

Louva-se a felicidade do legislador pátrio, ao tê-lo feito expressamente, como nos Códigos Civis alemão e suíço, no vigente Código Civil português, ao contrário dos Códigos Civis francês e italiano, que se ressentem de norma análoga.

O trabalho da doutrina e jurisprudência, portanto, em nosso sistema jurídico, consiste em atribuir um conteúdo à expressão “mau uso”, em traçar critérios para sua caracterização, uma vez que a própria lei menciona quais são os bens jurídicos protegidos, desnecessária, de outro lado, a pesquisa da responsabilidade, decorrente do texto legal expresso.

Antes de examinar os principais critérios indicados pela doutrina e a orientação jurisprudencial, mister se faz ter em vista como se apresentam historicamente e na atualidade os conflitos de vizinhança, como fato social, desde que as soluções encontradas estão em função de sua configuração, como resposta prática à necessidade de uma época.

3. ASPECTOS HISTÓRICOS DOS CONFLITOS DE VIZINHANÇA

Em Roma, como salienta o Prof. SAN TIAGO DANTAS na obra citada, dada a economia primitiva, de tipo patriarcal e doméstico, não eram tantos os problemas surgidos com a prática de atos no exercício do direito de propriedade que repercutissem no imóvel vizinho. As interferências ocorridas derivavam mais de “um extravasamento do direito de propriedade, da incursão direta de um proprietário na esfera do outro”.

Este o motivo pelo qual se poderia vedá-las, dando ensejo à construção da teoria da proibição das “imissões corpóreas” de Spangenberg.

Na Idade Média, considerando-se que o poder político vincula-se à posse da terra, propiciando, em sua organização política, as lutas e disputas rivais pela mesma, teve voga a teoria dos atos emulativos para a configuração do uso nocivo da propriedade, a qual viria a desaguar, mais tarde, na teoria do abuso do direito.

Com a Revolução Industrial, na Europa, no século anterior, tais conflitos já se apresentam sob o aspecto da vizinhança industrial, ou seja, do conflito entre, c) a propriedade industrial, a pulular progressivamente por todos os cantos, e d) a propriedade doméstica, reclamando novas soluções.

Não deixa de ser este o grave aspecto por que florescem hoje, sendo de acrescentar-se, apenas, na metade do século XX, a preocupação coletiva com a deterioração da natureza e do meio ambiente face às inovações tecnológicas e ao vertiginoso progresso industrial, trazendo riscos e prejuízos para a humanidade.

4. SUA COMPOSIÇÃO NA DOUTRINA

4.1. Não obstante o número de teorias que se propõem a fornecer um critério para a composição desses conflitos, no Direito estrangeiro algumas vinculadas à pesquisa de um fundamento para a responsabilidade derivada dos atos nocivos, duas serão por nós consideradas nos limites estreitos deste trabalho, a par da já citada teoria da “imissão corpórea” de Spangenberg, o qual, lastreado nos textos romanos, pretendia que estes apenas cogitassem, para vedá-las, das imissões corpóreas, ou seja, a introdução de alguma coisa material e concreta como a água, fumaça e a poeira, a não ser que produzidas por meios ordinários, excluindo as de caráter imaterial como os rumores e maus cheiros, tratados pelo direito administrativo.

4.2. Já superado esse entendimento, deve-se mencionar a teoria do *uso normal* de Ihering, que, diante da problemática da vizinhança industrial, constituiu-se na defesa da propriedade doméstica contra as emanações de gases, produção de ruídos, poluição de águas e outros efeitos prejudiciais decorrentes daquela vizinhança. Entendia Ihering genericamente, sem adentrar a fundamentação de suas conclusões, que tais *interferências*, quando resultantes do *uso normal* da propriedade, deveriam ser suportadas; em caso contrário, não. E o uso normal haveria de aferir-se, em seu lado passivo, face à receptividade abstrata do homem normal a tais interferências, e, em seu lado ativo, considerando-se a utilização normal e ordinária do domí-

nio, ressaltando que, na prática, ambos os aspectos coincidem, pois há uso normal sempre que receptividade média suporta seus efeitos.

4.3. Em vista da industrialização crescente e irreversível economicamente, propõe-se a teoria do *uso necessário* de Bonfante, em sua defesa, o qual, examinando igualmente os textos romanos, conclui que, sempre que as imissões deveriam ser toleradas, é porque resultavam de um uso necessário, cuja medida é dada pela necessidade social, geral e absoluta (“*il bisogno generale del popolo*”). Assim, a utilização industrial deveria ser mantida, ainda que produzindo interferências nocivas, se correspondessem a uma necessidade social.

4.4. Perante nosso direito positivo, o Prof. SAN TIAGO DANTAS, que estudou magistralmente o assunto na obra aludida e cujas lições ainda nos têm orientado, entende que podemos encontrar a solução para esses conflitos na própria sistemática com que são tratados os direitos de vizinhança, informados por dois princípios:

- a) *o da coexistência dos direitos;*
- b) *o da supremacia do interesse público;*

O primeiro, que gera os direitos de vizinhança gratuitos, impõe ao vizinho o dever de suportar as imissões toleráveis, o que é necessário à coexistência dos diversos direitos de propriedade (estatuto da vizinhança comum). O segundo importa em que, mesmo em se tratando de imissões que excedem os encargos normais de tolerância, devam elas ser suportadas, quando a atividade que as produz atende a um imperativo de interesse público, mediante indenização ao vizinho prejudicado (estatuto da vizinhança industrial), à semelhança do tratamento legal dispensado nos casos do aqueduto e da passagem forçada, lembrando uma expropriação privada.

São palavras suas²:

“Resumindo, temos que através do art. 554 pode o juiz compor de três modos o conflito de vizinhança:

1º - verificando que os incômodos são normais, e que não o seria privar o interferente da livre prática dos atos reclamados, o juiz mandará tolerar os incômodos, atuando o direito de vizinhança gratuitamente concedido a todos os proprietários, de terem suas imissões toleradas pelos proprietários dos prédios vizinhos;

² Obr. cit., p. 329.

³ *Revista dos Tribunais*, 187/693.

2º - verificando-se, porém, que os incômodos são excessivos por ser anormal o uso da propriedade que lhes dá origem, o juiz indagará se a supremacia do interesse público legitima este uso excepcional; se legitima, e se a ofensa à saúde, segurança ou sossego não é de molde a inutilizar o imóvel prejudicado, o juiz manterá os incômodos inevitáveis, e pela expropriação que assim inflinge ao proprietário incomodado, ordenará que se lhe faça cabal indenização (direito oneroso de vizinhança);

3º - se, porém, o interesse público não legitima o uso excepcional, é de “mau uso” que se trata, e o juiz o mandará cessar.”

Há, até certo ponto, uma combinação entre os critérios do uso normal e uso necessário nestas conclusões.

4.5. Releva notar que, em nosso Direito nenhum óbice há para que o juiz mande cessar a utilização prejudicial do imóvel, apesar da prévia concessão de autorização administrativa para o funcionamento da indústria, como preleciona Philadelpho de Azevedo, in **Destinação do Imóvel**, 1957, p. 172:

“Entre nós, a solução há de ser mais ampla, cabendo ao judiciário apreciar se a autorização administrativa foi regularmente concedida e impor o veto ao funcionamento prejudicial.

Não só isso é consequência da interdependência dos poderes, como decorre dos termos do art. 554 do Código Civil, em sua função preventiva, cuja falta, na Itália, BONFANTE tanto deplora, considerando que o instituto do dano infecto, como o delinearam os romanos, sem dependência de culpa, foi mutilado no direito moderno, especialmente no italiano.”

5. SOLUÇÕES JURISPRUDENCIAIS

Resume-as o Prof. SÍLVIO RODRIGUES, in **Direito Civil**, v. V, p. 144, *in verbis*:

“Quatro são as soluções que se encontram na jurisprudência:

I – Se tolerável o dano, despreza-se a reclamação, devendo a vítima submeter-se ao incômodo, que corresponde a uma imposição da vida em sociedade. Assim, se o ruído causado por posto de abastecimento

de automóveis é tolerável, de forma que pode ser razoavelmente suportado, deve ser julgada improcedente a ação do vizinho que visa à cessação daquela interferência. Por assim entender, a Quarta Câmara do Tribunal de São Paulo reformou decisão que ordenara a suspensão da atividade noturna daquele estabelecimento, proclamando que a vizinhança impõe o dever de tolerar pequenos incômodos³.

II – Se o dano se manifesta intolerável, ou se o prejuízo resultante da interferência se apresenta considerável, sendo o interesse em conflito meramente individual (sem que haja interesse coletivo a interferir na decisão), deve o juiz, em tese, ordenar que cesse a perturbação. Assim, se uma fábrica de fogos muda para vizinhança residencial, ameaçando a segurança de seus habitantes, ou de um dancing se instala no andar térreo de um prédio de apartamentos, perturbando o sossego de seus moradores, deve o juiz ordenar a cessação do incômodo.

III – Por vezes, entretanto, a perturbação é considerável, mas o interesse público desaconselha se ordene a sua cessação, como no caso de indústria de alto interesse social, que perturba a vida de seus vizinhos ou lhes desvaloriza a propriedade. A solução é a de manter a indústria, ordenando que se indenize o prejuízo.

IV – Finalmente, uma solução muito encontradiça nos julgados é a que, em vez de ordenar a remoção da causa da perturbação, determina seja ela tolerada, ordenando, também, e ao mesmo tempo, o erguimento de obra destinada a diminuir o incômodo. Assim, por exemplo, entendeu-se que os vizinhos de uma pedreira estavam obrigados a aturar as explosões ali produzidas. Entretanto, ordenou-se que as explosões se fizessem em horas determinadas e que fossem construídos meios de proteção para evitar o arremesso das pedras, por ocasião dos estrondos⁴.”

6. OBSERVAÇÕES E QUESTIONAMENTOS SOBRE OS DIREITOS DE VIZINHANÇA NO NOVO CÓDIGO CIVIL

I. Nos arts. 1.277 e segs., adotou o legislador a fórmula “uso anormal da propriedade” ao invés de uso nocivo, empregado no art. 554 do CCB, à semelhança dos Códigos Cíveis alemão, suíço e português, diferentemente

⁴ *Revista dos Tribunais*, 172/505.

⁵ *V.g.*, arts. 1.292, 1.304 e outros.

⁶ *Obr. cit.*, p. 137.

dos Códigos Civis italiano e francês, que se ressentem daquele regramento.

Adotou a concepção do Prof. SAN TIAGO DANTAS, que remonta a BONFANTE, a qual, a partir dos estudos do Direito Romano, radica-se no uso anormal da propriedade, assim concebido aquele que ultrapassa o razoável limite de tolerabilidade das imissões. Podem, todavia, se correspondem a interesse público e social, remanescer, com indenização dos prejudicados (*Uso necessário*).

O art. 1.277 fala em interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde causadas ao proprietário ou ao possuidor (Bom, ao invés de inquilino, só – art. 554) de um prédio, que tem o direito de fazer cessá-las.

O art. 554 veda o *mau uso* da propriedade, que possa prejudicar aqueles bens.

Perguntas :

1º) De acordo com o novo artigo, a ameaça (possa causar no art. 554) não é mais coibida?

2º) Conforme o parágrafo único do art. 1.277, proíbem-se as interferências, considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas, que distribuem as edificações, em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança. Passam aqueles direitos a ser demarcados pelas normas administrativas? Pode o Juiz desprezá-las ou está a elas adstrito? E se são ilegais?

Pode imiscuir-se no juízo de sua conveniência ou oportunidade?

Elas passam a gerar direitos subjetivos para os vizinhos, que poderiam impetrar mandado de segurança para assegurar seu cumprimento?

3º) Por outro lado, a Constituição Federal, as Cortes estaduais e a legislação ambiental tutelam o meio ambiente em vários aspectos. O Estatuto da Cidade, no art. 36, prevê o estudo do impacto de vizinhança para licenciamento ou autorização de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público municipal. Qual o seu impacto na aferição do uso anormal? O novo Código Civil a elas diretamente não se reportou.

4º) Preceitua nos arts. 1.286 e segs. sobre a passagem de cabos e tubulações sempre mediante indenização a quem deva suportá-la. Estariam dispensadas as servidões administrativas e o Poder Público – e concessionárias – teriam de valer-se daqueles preceitos?

5º) No art. 1.291, veda a poluição de águas pelo vizinho. Pode-se aplicar a regra como princípio geral?

6º) No § 2º do art. 1.294 concede ao proprietário prejudicado pelo escoamento indevido das águas supérfluas ou acumuladas a indenização de danos que do futuro lhe advenham. Admitiu-se aí a indenização do dano futuro? Como demonstrá-lo? Na própria ação ou em outra?

7º) Há uma evidente preocupação do novo Código nesta parte (Direitos de vizinhança) em resguardar o possuidor e impor a ele ou ao proprietário compensar benefícios recebidos⁵.

Pode-se dizer, como nas acessões, que o Código se inspira nos postulados de destinação do imóvel, de sua normal utilização, com indenização de interferências indevidas e vedação do enriquecimento sem causa?

8º) Parece que, ao conciliar a preservação das atividades socialmente úteis com a tolerabilidade de interferências e determinação de, quando puderem, serem reduzidas, orientou-se o Código pela concepção da coexistência dos direitos, ao invés de prevalência de um sobre o outro, na hipótese de conflitos. Ela está inscrita na “Tutela dos Direitos” na Parte Geral do Código Civil Português, no art. 235 (Colisão de Direitos: “1. Havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes. 2. Se os direitos forem desiguais ou de espécies diferentes prevalece o que deva considerar-se superior”). Poderia expandir-se como critério geral para os conflitos fora dos direitos de vizinhança?

7. CONCLUSÕES

Do exposto podemos concluir o seguinte:

7.1. Um dado atual se insere na apresentação do problema, qual seja a preocupação e o interesse coletivo na preservação da natureza e do meio ambiente face ao avassalador progresso industrial e tecnológico.

7.2. Deste modo, na composição do conflito decorrente da vizinhança industrial, o magistrado há de ter em vista este aspecto, que também se constitui num interesse social, ainda que refletido no mero interesse particular do vizinho, certo que o conceito de vizinhança contém sentido mais lato do que o comum, como já exposto.

7.3. Mantidas as conclusões do Prof. SAN TIAGO DANTAS – longe de nós pretender oferecer-lhes reparos – e as soluções adotadas pela

jurisprudência, nova solução pode ser dada, sem quebra desses critérios, quando, no cotejar os interesses em jogo, o interesse social da preservação do meio ambiente superar, no caso concreto, o interesse igualmente coletivo da exploração da atividade industrial, se não se puderem atenuar seus efeitos, afora a hipótese de inutilização dos prédios adjacentes, tornados inabitáveis, ressalvada pelo saudoso e imortal mestre.

Para tanto, deixa-se ao magistrado uma parcela do *arbitrium boni viri*, como o desejava BIAGIO BRUGI em sua teoria do *officium iudicis*, a fim de que encontre a melhor solução, atento sempre à realidade social.

Observe-se, a este propósito, que, conforme noticiou na década de 1970 o matutino **O Jornal do Brasil**, de 27.12.1970, p. 18, o Brasil sustentou durante as reuniões preparatórias da Conferência das Nações Unidas Sobre a Preservação do Meio Ambiente, que se iniciaram em janeiro de 1971, “a tese de que nenhuma medida de caráter internacional para o combate à poluição deve ser adotada com prejuízos diretos ao processo de industrialização dos países em desenvolvimento”, uma vez que se trata de uma precaução cara, representando o custo do equipamento antipoluição em algumas instalações industriais como, por exemplo, fábricas de cimento, cerca de 10% do preço total dos projetos.

Esta consideração vale por uma advertência de que o problema não pode ser enfrentado de modo precipitado e que o magistrado, dentro da latitude de poderes que se lhe deixa, a fim de realizar, nesta matéria, a “justiça no caso concreto”, haverá de medir com equilíbrio os elementos apresentados, para concluir o que seja realmente do maior interesse público ou social.

7.4. Para finalizar, citem-se as palavras de COGLIOLO, *apud* PHILADELPHO DE AZEVEDO⁶, acerca das restrições que se impõem ao direito de propriedade:

“I limiti alla proprietà privata nascono dal fatto più generale dei limiti che la società ha posto a tutte le azioni dell’individuo. Quali debbono essere questi limiti non dice il diritto; sorgono da bisogni economici e morali del popolo, si fondano su criterii di opportuna politica e di saggio governo, e il diritto non li crea: il registra, li applica, li coordina, li veste di norme giuridiche.” ◆

A PRESCRIÇÃO NO CONTRATO DE SEGURO E O NOVO CÓDIGO CIVIL

SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA
Desembargador do TJ/RJ

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor acenderam-se, ainda mais, as divergências doutrinárias e pretorianas, sobre os prazos e efeitos da prescrição, no contrato de seguro.

Logo se levantou a discussão quanto ao prazo a se aplicar à pretensão deduzida pelo segurado em face da seguradora, sustentando uns que continuaria sendo de 1 ano, na forma do que dispõe o § 6º inciso II do art. 178 do Código de 1916, enquanto que outros, com igual veemência, defendiam a tese de que ele se ampliara para 5 anos, em razão do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor.

O novo Código Civil pacificará muitas destas questões polêmicas, consolidando algumas posições jurisprudenciais.

Ressalte-se, antes de mais nada, que dos contratos típicos disciplinados no Código Civil, o de seguro foi o que se submeteu ao mais intenso processo de revisão, resultando um elogiável aperfeiçoamento técnico-jurídico, que atende, finalmente, ao explosivo crescimento econômico do setor, em franca expansão.

Em que pese o novo Código ter adotado a saudável tendência de reduzir os prazos ordinários e extraordinários de prescrição, manteve, em seu art. 206, § 1º, inciso II, o lapso de 1 ano, para a prescrição da pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, a contar da ciência do seu fato gerador, salvo em hipóteses especiais, que a seguir abordaremos.

Daí se infere que o prazo quinquenal, assinalado no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, só se aplicará quando o segurado pretender indenização de danos causados por fato do serviço, e não o simples adimplemento do contrato.

Assim, por exemplo, se o veículo segurado estiver sendo transporta-

do para a oficina, pela seguradora, que a isto se obrigou no contrato, e vier a sofrer um dano maior, em virtude de um defeito na lança do reboque, a pretensão indenizatória prescreverá em 5 anos, e não apenas em um.

No que concerne ao seguro de responsabilidade civil, no qual há muito se discutia sobre o marco inicial da contagem do prazo de prescrição, o § 1º, inciso II, alínea *a* nos dá a solução definitiva, estabelecendo que a pretensão prescreverá em 1 ano da data em que o segurado é citado para responder a ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indenizar, com a anuência do segurador.

Quanto aos seguros de responsabilidade civil obrigatórios, como, por exemplo, os que cobrem os riscos decorrentes de acidentes de trânsito, a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado prescreve em três anos, a contar da ciência do seu fato gerador.

Vale ressaltar a regra do art. 771 do novo Código, segundo a qual o segurado perderá o direito à indenização, se não participar o sinistro ao segurador, logo que o saiba, até para que comece a fluir o lapso prescricional.

Como estamos tratando de prescrição, e as suas inovações, diante do novo Código Civil, convém observar que, no sistema futuro, a interrupção da prescrição só se admitirá uma única vez, ao contrário do que agora sucede, quando não alude o Código de 1916 ao número de vezes em que se pode interromper o lapso temporal.

Isto exigirá maior diligência dos credores das obrigações, que, antes, podiam manter vivas as suas pretensões, ainda que hibernando, procedendo a periódicos protestos, que interrompiam a prescrição.

Somos inteiramente favoráveis à modificação introduzida. Se o objetivo da prescrição é o fechamento de situações antijurídicas em aberto; apagando-as da memória social, diante da inércia do titular do direito violado, que não se interessa em restaurá-lo, não se compreende que pudessem elas permanecer indefinidamente em suspenso, através de interrupções sucessivas, em prejuízo do interesse social.

Também se deve atentar para o que dispõe o art. 192 do novo Código, que veda, expressamente, a alteração dos prazos de prescrição por acordo das partes.

No que se refere aos prazos de decadência, por defeitos do serviço prestado pelo segurador, continuará a se aplicar o artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor, já que a atividade securitária se insere no universo das relações de consumo, a teor do § 2º do art. 3º do Código de Defesa do

Consumidor.

Finalmente, e embora estejamos a tratar, ainda que modestamente, das questões que envolvem a prescrição, não se pode deixar de lembrar que os contratos, à luz do novo Código, estão submetidos a cláusulas gerais, que passam a se considerar implícitas, em todos eles.

Entre elas avultam os princípios da função social do contrato e o da boa-fé, sendo que, quanto à esta, o Código de 1916 já se referia, no artigo 1.443, ao disciplinar o seguro.

E como os contratos de seguro se celebram por adesão, a eles se aplicarão as regras dos artigos 423 e 424 do novo Código Civil, segundo as quais a interpretação das cláusulas ambíguas se fará sempre da maneira mais favorável ao aderente, vedando-se a renúncia por ele feita a qualquer direito resultante da natureza do negócio.

Não será difícil perceber o aperfeiçoamento técnico do contrato de seguro, o que deve ser recebido com entusiasmo, diante da relevância cada vez maior de que ele se reveste, em uma sociedade que, embora com atraso, aprendeu a importância de mitigar as consequências econômicas dos incontáveis riscos a que estamos expostos, caso se convertam eles em sinistros.

Para esta releitura, muito terá contribuído o incansável esforço dos profissionais do mercado de seguros, especialmente os seus advogados e dirigentes, que, em saudável parceira com a magistratura, há muito promovem seminários e congressos, objetivando o melhor conhecimento jurídico da matéria. ◆

OS ALIMENTOS NO NOVO CÓDIGO CIVIL

ÁUREA PIMENTEL PEREIRA
DESEMBARGADORA APOSENTADA DO TJ/RJ

ALIMENTOS – BREVE HISTÓRICO

Nos primórdios das civilizações, os alimentos encontraram suas raízes no direito natural, constituindo dever moral, que era então cumprido, a título de *officium pietatis*, sem que existisse regra jurídica que os erigissem em obrigação.

Entre os romanos, os alimentos prestados pelo marido à esposa, diziam-se concedidos *pietatis causa*, espelho da situação de inferioridade, restrição de direitos e discriminação em que vivia a mulher, a exemplo dos filhos e dos escravos, submetida à autoridade do *pater familias*, que sobre eles detinha, inclusive, o poder de vida e morte (*ius vitae et necis*).

Só mais tarde, com o nascimento das regras do *ius positum*, os alimentos passaram a constituir dever legal, com indiscutível conteúdo de ordem pública, subsumidos a normas e princípios jurídicos, disciplinadores da forma de sua prestação.

De início, como lembra Pontes de Miranda, os alimentos tinham seus limites fixados, levando em conta o que fosse considerado como estritamente necessário à sobrevivência do alimentando, sendo definidos nas Ordenações Filipinas como compreensivos de mantimentos, vestuário e habitação. (Autor citado, **Tratado de Direito de Família**, v. III, p.197)

ALIMENTOS. PRINCÍPIOS E REGRAS GERAIS NO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E NO NOVO ESTATUTO CIVIL PÁTRIO. DIREITO COMPARADO

Com a edição do Código Civil de 1916, tendo presente que - ao se dispor no artigo 396, sobre o direito que têm os parentes de exigir, uns dos outros, alimentos - usou-se a expressão: “de que necessitem para subsistir”, entendeu-se, em princípio, que nos rigorosos limites de tal expressão estaria contido o parâmetro a ser observado, quando da fixação dos alimentos, a recomendar que dita fixação, então, se fizesse, levando em conta o que

efetivamente fosse havido como o estritamente necessário para o sustento do alimentando.

Posteriormente, todavia, por construção jurisprudencial assentou-se o entendimento de que, em situações muito especiais, era justo que os alimentos pudessem ser concedidos *ad decorem*, levando em consideração o *status social* que o alimentando anteriormente possuía, de modo a garantir-lhe, sempre que possível, a manutenção do mesmo padrão de vida de que antes desfrutava.

Dentre os doutrinadores, perfilhava tal entendimento Lafayette Pereira, firme a recomendar a fixação da cota alimentar, com mais largueza, naqueles casos em que o alimentando tivesse “condição elevada” e o alimentante “posses suficientes”. (**Direitos de Família**, p.335)

No novo Código Civil, o legislador sensível à necessidade de adaptar a lei à realidade social vigente, transportou, para o texto legal, o que, com base na doutrina e na jurisprudência, já havia se assentado, o que fez ao inserir, no artigo 1.694, previsão, no sentido de que os alimentos, devidos entre parentes; pelos cônjuges e pelos companheiros, sejam concedidos de modo a garantir àqueles o que efetivamente necessitem “para viver de modo compatível com a sua condição social”.

A inserção, de tal previsão, no novel estatuto civil pátrio, merece sem dúvida aplausos, até porque guarda perfeita harmonia com o que a respeito dispõem as legislações estrangeiras mais modernas, como é o caso do Código Civil italiano, no qual inserida foi disposição recomendando que, no momento da fixação dos alimentos, tenha-se sempre presente a condição social do alimentando.

A título de ilustração confira-se como a matéria se encontra tratada no artigo 438 do Código retrocitado.

“Art. 438 – Gli alimenti possono essere chiesti (445 c.p.c.) solo da chi versa in stato di bisogno e non è in grado di provvedere al proprio mantenimento.

Essi devono essere assegnati in proporzione del bisogno di chi li domanda e delle condizioni economiche di chi deve sominarli (223). Non devono tuttavia superare quanto sia necessario per la vita dell’alimentando, avuto però riguardo alla sua posizione sociale (660/670).”

No novel estatuto civil pátrio, é certo, porém, que embora no *caput* do art. 1.694 tivesse o legislador procurado alargar os horizontes, quando da concessão dos alimentos, permitindo que sua fixação se faça de modo a garantir ao alimentando condições “de viver de modo compatível com sua condição social”, de outro lado, no § 2º do referido artigo, cuidou-se de restringir os limites de tal fixação, ao estritamente indispensável à subsistência do alimentando: “quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia”, via de tal previsão visando a desestimular a ociosidade e os comportamentos desregrados, muitas vezes responsáveis pelos quadros de extrema necessidade e ruína financeira.

Quanto ao mais que a respeito dos alimentos, no anterior Código Civil se dispunha, é importante anotar que – ressalvadas algumas modificações que foram no novel estatuto civil pátrio introduzidas, a propósito dos alimentos devidos na separação judicial – é certo que, de um modo geral, procurou o legislador manter quase que integralmente intactas, as regras e princípios antes consagrados na lei e inspirados nos ensinamentos da doutrina.

Assim, no que diz respeito à forma pela qual a obrigação alimentar pode ser cumprida, registre-se que – a exemplo do que no Código Civil de 1916 já se dispunha (art. 403) – no Código de 2002, continuou-se admitindo a possibilidade de os alimentos serem prestados sob forma de pensão, ou, alternativamente, via da concessão pelo alimentante, ao alimentando, de hospedagem e sustento, agora com a previsão da garantia de haver, ainda, o último do primeiro, a percepção do necessário para a sua educação, quando menor (art. 1.701), mantida, de resto, a submissão, ao prudente arbítrio do juiz, da admissão de tal forma alternativa de prestação (arts. 403, parágrafo único e 1.701, parágrafo único).

No novo Código, silenciou, porém, o legislador, a respeito da necessidade da anuência do credor – expressamente prevista no artigo 25 da Lei 5.478/68 – como condição para a admissão do cumprimento da obrigação alimentar, em sua forma alternativa, anuência essa que, todavia, entendemos, deva continuar a ser exigida, subsistente, que há de se ter, para aplicação, a Lei 5.478/68, cujas disposições, com a edição do novo estatuto civil pátrio, não resultaram revogadas.

De outro lado, da regra *rebus sic stantibus* cuidou o legislador, no novo Código Civil, no art. 1.699, repetindo, com pequenas alterações de redação, a norma do art. 401 do Código Civil de 1916, expressa a admitir a possibilidade do *quantum* da pensão originariamente fixado, ser revisto

quando: “sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre ou na de quem os recebe”, conforme o caso autorizando que se conceda: “exoneração, redução ou majoração do encargo”.

PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, CONDICIONALIDADE, IRRENUNCIABILIDADE, INCESSIBILIDADE, INCOMPENSABILIDADE, IMPENHORABILIDADE

No parágrafo primeiro do artigo 1.694 do C.C. de 2002, reproduziu o legislador o princípio da *proporcionalidade*, antes previsto no artigo 400 do CC. de 1916, ao estabelecer que os alimentos devem ser fixados tendo presente o binômio: “necessidades do reclamante e recursos da pessoa obrigada”.

Já no artigo 1.695, reeditou-se o princípio da **condicionalidade**, nos seguintes termos:

“São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los sem desfalque do necessário ao seu sustento.”

No Código de 2002, teve ainda o legislador o cuidado de haver o direito à percepção dos alimentos como irrenunciável e insuscetível de cessão, compensação ou penhora, no artigo 1.707, expressamente proclamando:

“Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.”

No que diz respeito ao princípio da irrenunciabilidade à percepção dos alimentos, absolutamente correta foi a sua proclamação no artigo retrocitado, o que se fez em perfeita sintonia com o que, na vigência do C.C. de 1916, estava assentado (art. 404) e com a doutrina traduzida nos pensamentos de João Claudino de Oliveira e Cruz e Pontes de Miranda.

Do primeiro impende repetir o magistério a explicar a impossibilidade da renúncia aos alimentos sob a consideração de que:

“Não é possível tal convenção, em matéria de alimentos, pois a vontade privada não poderá prevalecer sobre um princípio

de ordem pública, que se manifesta pelo superior interesse social, pela incolumidade do indivíduo, pela saúde e pela sua vida.” (Autor citado – **Dos Alimentos no Direito de Família**, p. 23).

Do segundo, vale lembrar a oportuna advertência no sentido de que:

“A cláusula ou convenção pela qual alguém se compromete a não usar da ação de alimentos é nula. Nulidade absoluta.” (Obra citada, p. 216/217).

É importante anotar que o princípio da irrenunciabilidade do direito à percepção dos alimentos, que o novel estatuto civil brasileiro reeditou em seu texto, encontra-se expressamente consagrado nos Códigos Civis: peruano (art. 487); português (2008º - 1); argentino (art. 374) e mexicano (art. 321), lembrando Yussef Cahali que, no direito italiano, embora não tenha sido o princípio da irrenunciabilidade incluído no texto do Código Civil, encontra-se, nada obstante, consagrado na doutrina, firme a reconhecer que o direito a alimentos é para a parte indisponível, por ser impossível admitir-se o confronto do interesse individual (*volontà privata*), com o interesse familiar, tutelado pelo Estado (*interesse familiare statale*). (Apud autor citado – **Dos Alimentos**, p.51).

De outro lado, ao proclamar, o novo Código, em seu art. 1.707, o direito aos alimentos como insuscetível de cessão ou compensação, repetiu, de certa forma, o que nos Códigos Civis modernos se dispõe, como é o caso dos Códigos peruano, português e italiano.

No primeiro deles, os princípios da incomensabilidade e da inces-sibilidade encontram-se proclamados - no artigo 487, ao lado da previsão da intransmissibilidade do direito – nos seguintes termos estabelecidos:

“El derecho de pedir alimentos es intrasmisible, irrenunciable, intransigible e incompensable.”

No segundo, ditos princípios, com ressalva instituída em relação às prestações vencidas foram assim proclamados no artigo 2008º-1:

“O direito a alimentos não pode ser renunciado ou cedido, bem que estes possam deixar de ser pedidos e possam renunciar-se as prestações vencidas.”

No terceiro, os princípios podem ser lidos no artigo 447, que tem a seguinte redação:

“Inammissibilità di cessione e di compensazione. Il credito alimentare non può essere ceduto (1246).”

É bom lembrar que, anteriormente, dos princípios da inaccessibilidade e incompensabilidade, tratava o Código Civil de 1916; do primeiro, embora de modo na verdade não específico, no artigo 1.065 que só admitia a possibilidade de cessão de crédito, quando a natureza deste não a excluísse e do segundo artigo 1.015, II, que expressamente excluía a possibilidade de compensação, quando um dos créditos fosse oriundo de alimentos.

A propósito de tais princípios, é importante que se assinala que, os mesmos, buscaram suas raízes na natureza personalíssima do direito à percepção de alimentos.

Com relação ao primeiro deles (princípio da inaccessibilidade), tem-se que não pode o direito à percepção de alimentos ser cedido a terceiro, porque a fixação da pensão alimentar é feita tendo presente as condições pessoais do credor dos alimentos e os recursos do devedor.

Assim, se os alimentos foram fixados levando em consideração tais condições, é fácil entender-se porque, uma vez concedidos ao credor, não possa o direito à sua percepção ser cedido a terceiros, estranho à relação obrigacional.

Quanto ao segundo (princípio da incompensabilidade do crédito alimentar), encontra-se no Código Civil de 2002, proclamado no artigo 1.707 e reafirmado no artigo 373, II, do mesmo Código, este último dispositivo expresso a declarar excluía a possibilidade de se proceder à compensação de dívidas: “se uma se originar de comodato, depósito ou alimentos.”

Anote-se que, no artigo 1.707, do novo estatuto civil pátrio, cuidou ainda o legislador de proclamar, o crédito de alimentos, como insuscetível de penhora, previsão que não se lia no C.C. de 1916, mas que sabidamente se encontra inserida no artigo 649, VII, do CPC.

DA INTRANSMISSIBILIDADE ATIVA E PASSIVA DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR ANTE A NATUREZA PERSONALÍSSIMA DO DIREITO AOS ALIMENTOS E DA OBRIGAÇÃO DE PRESTÁ-LOS. DISCUSSÃO. DOCTRINA E DIREITO COMPARADO

A respeito do princípio da intransmissibilidade ativa do direito à percepção dos alimentos, silenciou o novo Código Civil inteiramente, a exemplo do que aconteceu no Código de 1916.

Todavia, embora da matéria não se tivesse cuidado no Código anterior, é certo que tal intransmissibilidade sempre foi reconhecida e proclamada na doutrina, tendo presente que, a *ratio* que veda tal transmissão encontra raízes na própria natureza do direito de pedir alimentos que, repita-se, é personalíssima, concedidos que são os alimentos ao credor em contemplação às suas condições pessoais.

Como consequência da intransmissibilidade de tal direito, tem-se portanto que, como observa Pontes de Miranda, citando Álvaro Velasco, *in Praxis Partitionum et Collationum*:

“Falecendo o alimentário, o direito a alimentos não se transmite a seus herdeiros, porque a pensão tinha por fim manter o beneficiado, e tal razão deixou de existir. Os alimentos só são devidos durante a existência do necessitado. Alimenta solum debentur pro tempore, quo alimentandus vivit et pro tempore decurso post eius mortem ad haeredes, non transmittantur.” (Tratado de Direito de Família, v. III, p. 216).

Lembre-se, contudo, de que o que desaparece, com a morte do alimentando, é o próprio direito à continuidade à prestação dos alimentos, subsistindo, para seus herdeiros, o indiscutível direito de reclamar, do alimentante, o que este deixou de pagar em vida ao credor da pensão, o que se entende perfeitamente porque, como observa com absoluta correção Pontes de Miranda, tais alimentos constituem “direito definitivamente adquirido pelo alimentário: já fazia parte de seu patrimônio; e como tal é perfeitamente transmissível”. (obra citada, v. III, p. 216).

A ressalva de tal direito, em favor dos herdeiros do alimentando – como anota ainda Pontes de Miranda – não foi expressamente enunciada, no C.C. de 1916, ao contrário do que se preferiu fazer no direito alemão, onde se inseriu expressa previsão, claramente resguardando aos herdeiros do credor de alimentos, o direito de reclamar, do devedor da

pensão, as prestações devidas e não pagas antes da morte do alimentando.

“No texto brasileiro não se precisou de tal advertência; porque se atendeu, não ao falecimento como fato extintivo da pretensão, mas à não-continuação pela exclusão da hereditariedade do direito.”

E acrescenta o douto jurista: “o que já era devido continua a ser suscetível de ser reclamado; pois que não se excluiu a pretensão ligada aos alimentos vencidos e à indenização pela inexecução, ou outra causa semelhante; exclui-se, tão-só, a hereditariedade do direito.” (*ib idem*, v. III, p. 216).

Assim, embora não possam os herdeiros do alimentando, como sucessores deste, exigir do alimentante a continuidade do cumprimento da obrigação alimentar - o que se explica pelo fato de se estar diante de direito personalíssimo, como tal intransmissível - é certo que podem aqueles demandar o alimentante para o pagamento das prestações atrasadas, à época própria não satisfeita, das quais era, em vida, credor o alimentando.

Nesse caso, e é Carvalho Santos quem observa, citando o pensamento de Clóvis Bevilacqua: “estes atrasados não constituem mais pensão alimentar, assumem o caráter de uma dívida comum que deixou de ser paga.” (**Código Civil Brasileiro Interpretado**, v. VI, p. 192).

O que em tal situação se transmite, aos herdeiros do credor de alimentos, não é, portanto, o direito de, como sucessores do alimentando, reclamar o cumprimento da obrigação alimentar, mas sim o direito de receber, em nome do espólio daquele, uma dívida.

Esse entendimento, acreditamos, vale para aplicação na vigência do novo Código Civil, que sobre a matéria, como já se disse, silenciou.

Com relação à transmissibilidade passiva da obrigação alimentar, registramos que, segundo sempre entendemos – e *concessa venia* continuamos a entender, mesmo após o advento do novo Código Civil - não seria possível.

A *ratio* de tal intransmissibilidade teria, na nossa visão, as mesmas raízes que conduzem ao reconhecimento da intransmissibilidade ativa do direito à percepção dos alimentos, ou seja: a natureza personalíssima da obrigação.

Nesse sentido o magistério de Carvalho Santos, a realçar:

“E porque é personalíssima, tanto para o alimentante quanto para o alimentando, não se transmite aos herdeiros do devedor alimentante.”
(Obra citada, v. VI, p. 192).

No Código Civil de 1916, quando a respeito da matéria se dispôs, expressamente declarou-se, no artigo 402 que: “A obrigação de prestar alimentos não se transmite aos herdeiros do devedor”.

Ao ser editada a Lei 6.515/77, contudo, houve por bem o legislador, em seu artigo 23, em aparente antinomia com a norma do artigo 402 do C.C. de 1916, proclamar: “A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.796 do Código Civil”.

À época, então, forte corrente doutrinária passou a questionar a sobrevivência, para aplicação, da norma do artigo 402 do C.C. de 1916, ante os termos, aparentemente peremptórios, do artigo 23 da Lei 6.515/77, na medida em que, à primeira vista, de fato, parecia ter se instalado franca antinomia, entre os dois dispositivos legais.

Na nossa visão, todavia, o exame mais detido do que então dispunha o art. 23 da Lei 6.515/77, autorizava a conclusão de que, tal antinomia, seria, na verdade, apenas aparente.

É que o legislador, no artigo suso referido, teve o cuidado de fazer remissão ao disposto no artigo 1.796 do C.C. de 1916 – que em seu texto dispunha sobre a responsabilidade dos herdeiros, na proporção de seus quinhões, pelo pagamento das dívidas do *de cujus* – a todas às luzes, parecendo ter deixado claro que, o que efetivamente teria pretendido pôr a cargo dos herdeiros do alimentante seria o débito já constituído, ou seja, o débito apurado em vida do devedor da pensão e não propriamente a obrigação alimentar.

À época, seguindo tal ordem de idéias – com todas as vênias daquelas posições contrárias que viam o artigo 402 do Código Civil, como revogado ou simplesmente derogado pelo artigo 23 da Lei 6.515/77, na segunda hipótese inaplicável aos alimentos fixados em processos de separação judicial ou divórcio – sustentávamos que, ditas posições, não pareciam representar o melhor entendimento sobre a matéria, difícil que nos parecia conceber que um dispositivo de lei (art. 402 do Código Civil), que continha em seu bojo um princípio geral, de regra fundamental, em caso, a intransmissibilidade da obrigação alimentar aos herdeiros do alimentante –regra essa que por seu turno tinha suas raízes em outro princípio fundamental, qual seja, a natureza personalíssima da obrigação alimentar – pudesse ser

havido como derogado para aplicação, aos casos dos alimentos fixados em processos de separação judicial ou divórcio, e, nada obstante, aplicável aos demais casos, tudo por força de uma exegese, que *concessa venia* não nos parecia adequada, que se estava procurando dar ao artigo 23 da Lei 6.515/77.

A nosso sentir, a posição mais correta sobre a matéria, seria a que abraçava o entendimento de que, a norma do artigo 23 da Lei 6.515/77, na verdade, se referia, exclusivamente, ao débito alimentar deixado pelo devedor de alimentos, falecido, débito esse que, então, devia ser considerado como passado aos herdeiros do alimentante, nos limites das forças da herança.

Assim também pensava Paulo Dourado de Gusmão, forte a proclamar que: “ou se interpreta assim, restritivamente, a norma do artigo 23 da Lei do Divórcio, ou se tem de reconhecer que a mesma contém heresia jurídica”. (**Dicionário de Direito de Família**, p. 43) – o que seria, naturalmente, acrescentamos, inconcebível.

De citar-se ainda, porque vivo para aplicação, o correto entendimento de João Claudino de Oliveira e Cruz, sobre a matéria, expressado em sua obra já referida, invocando o magistério de Clóvis Bevilacqua:

“A obrigação alimentar é personalíssima, tanto pelo lado ativo como pelo lado passivo. Os herdeiros do alimentário poderão reclamar alimentos como parentes, invocando direito originário, se tiverem. Os sucessores do devedor respondem pelos atrasados, mas estes não mais terão o caráter de pensão alimentícia, mas sim de dívida comum, que entrará no passivo da herança.” (Obra citada, p. 28).

Assim não entendendo, todavia, o legislador, no novel estatuto civil pátrio, ao dispor sobre a transmissibilidade passiva da obrigação alimentar, acolheu-a, no artigo 1.700, ao qual deu a seguinte redação:

“A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do artigo 1.694.”

De anotar-se que, a remissão que se fez, no artigo 1.700, à norma do artigo 1.694, revelou a preocupação, que teve o legislador, de deixar claro que a transmissão da obrigação alimentar, se e quando tiver de ter lugar, há de se fazer tendo presente os mesmos critérios previstos, no último dos

dispositivos referidos, para fixação dos alimentos, a saber: a compatibilidade dos alimentos com a condição social do alimentando, suas necessidades e educação (artigo 1.694, *caput*); a observância do binômio: necessidades do reclamante e recursos da pessoa obrigada (parágrafo primeiro); limitação dos alimentos apenas aos indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia (parágrafo segundo).

Na nossa visão, porém, a norma do artigo 1.700, do novo estatuto civil, a despeito dos termos aparentemente peremptórios de sua redação, há de ser interpretada *cum grano salis*, de modo a permitir que se entenda que, na verdade, suscetível de ser transmitido aos herdeiros do alimentante, há de ser o débito que tenha sido por ele deixado sem quitação, antes de seu falecimento, não propriamente o encargo alimentar, que, como obrigação personalíssima, deve ser visto como intransmissível.

DIREITO COMPARADO

A legislação belga moderna, com as modificações que lhe foram introduzidas em 27/05/87, consagra o princípio da transmissibilidade, aos herdeiros, do próprio encargo alimentar, não apenas da dívida deixada pelo alimentante, como se lê do art. 339 *bis*, cujo enunciado é o seguinte:

“Art. 339 *bis* – *La charge de la pension se transmet à la succession du débiteur conformément à l’article 205 bis §§ 3 et 4.*” (Apud Moniteur belge – 1987, p. 8261).

Em sentido diverso, porém, dispõe o Código Civil italiano:

“Art. 448 – *Cessazione per morte dell’obligato – L’obbligo degli alimenti cessa con la morte dell’obligato anche se questi li ha somministrati in esecuzione di sentenza (541.2).*”

A legislação francesa moderna não contém norma geral a respeito da transmissibilidade da obrigação alimentar, como princípio aplicável aos alimentos de todas as naturezas, mas dispõe, especificamente, a respeito da transmissão de tal obrigação – quando devida em decorrência dos laços do casamento – aos herdeiros do alimentante, sempre na hipótese do cônjuge sobrevivente dos alimentos necessitar, estabelecendo, em princípio, o prazo de até um ano, após a morte do devedor dos alimentos, para o ajuizamento

da demanda, prolongando o dito prazo até o encerramento da partilha.

Confira-se o texto do artigo 207-1 do Código Civil francês que trata da matéria:

*“Art. 207-1 – La succession de l’époux prédécédé doit les aliments à l’époux survivant qui est dans le besoin.
Le délai pour les réclamer est d’un an à partir du décès et se prolonge, en cas de partage jusqu’à son achèvement.
La pension alimentaire est prélevée sur l’hérédité. Elle est supportée par tous les héritiers, et en cas d’insuffisance, par tous les légataires particuliers, proportionnellement à leur émolument.
Toutefois, si le défunt a expressément déclaré que tel legs sera acquitté de préférence, aux autres, il sera fait application de l’article 927.”*

Importante é ainda lembrar como a respeito dispõe o Código Civil francês no artigo 276-2:

“Art. 276-2 – A la mort de l’époux débiteur, la charge de la rente passe à ses héritiers.”

Já o Código Civil português, embora em seu artigo 2013º, inciso 1, letra *a*, contenha uma regra peremptória que proclama a cessação da obrigação alimentar, tanto pela morte do devedor, quanto pela morte do credor, é certo que, em outra norma (artigo 2018º), ressalva o direito, ao cônjuge sobrevivente de reclamar dos herdeiros ou legatários, do cônjuge falecido, a prestação de alimentos, em proporção aos bens que estes vierem a recolher na herança.

Eis o texto completo do artigo citado:

“Artigo 2018º

1 – Falecendo um dos cônjuges, o viúvo tem direito a ser alimentado pelos rendimentos dos bens deixados pelo falecido.

2 – São obrigados, neste caso, à prestação dos alimentos os herdeiros ou legatários, a quem tenham sido transmitidos os bens, segundo a proporção do respectivo valor.

3 – O apanágio deve ser registado quando onere coisas imóveis ou coisas móveis sujeitas a registo.”

DOS ALIMENTOS ENTRE PARENTES. DAS PESSOAS OBRIGADAS A PRESTAR ALIMENTOS E QUEM TEM O DIREITO DE DEMANDÁ-LOS

Dos alimentos entre parentes, cuidou o legislador de então, no Código Civil de 1916, mais precisamente no artigo 396, assegurando o direito de demandá-los ao parente necessitado, sem recursos para se manter.

No novo Código Civil, quando a respeito da matéria se dispôs, incluiu o legislador, no artigo 1.694, os companheiros – que sabidamente não são parentes – reconhecendo-lhes, a exemplo do que foi a estes últimos autorizado, o direito de, quando necessitados, perseguir o pagamento de uma pensão que, como agora concebida, há de ser fixada de modo que propicie, aos alimentandos, condições de manter nível de vida compatível com sua condição social.

A propósito das pessoas obrigadas a prestar alimentos, tem-se que, nos artigos 1.696 e 1.697, do referido Código, repetiu, o legislador, rigorosamente, o que a respeito dispunham os artigos 397 e 398 do C.C. de 1916, relacionando, em princípio, como obrigados a prestar alimentos, os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros, na ausência de ascendentes, cabendo a obrigação aos descendentes ou, não havendo estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.

No artigo 1.698 do mesmo Código, teve porém o legislador o cuidado de enfrentar matéria – da qual não havia se ocupado o legislador de então, no C.C. de 1916 – estabelecendo que, caso o parente havido como devedor de alimentos, em primeiro lugar, não esteja em condições de suportar totalmente o encargo, possam ser “chamados a concorrer, os de grau imediato”, estabelecendo ainda que: “sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todos devem concorrer na proporção dos respectivos recursos”, por derradeiro prevendo que: “intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide”.

É importante, porém, lembrar que – sem embargo do silêncio que sobre a matéria se fez no Código anterior – a respeito sempre lavrou discussão, divergindo os doutos sobre o cabimento, ou não, do chamamento aos autos da ação de alimentos, em conjunto, dos obrigados do mesmo grau, à prestação de alimentos, quando apenas um deles tenha sido demandado, alinhando-se dentre os que entendiam imperioso tal chamamento: Pontes de Miranda, Clóvis Bevilacqua e Washington de Barros Monteiro, parecendo-nos, todavia, mais judiciosa a observação de Yussef Cahali, no sentido de que:

“Embora não se tratando de obrigação solidária, o credor não está impedido de ajuizar a ação de alimentos apenas contra um dos coobrigados; sendo certo, porém, que, não se propondo à instauração do litisconsórcio facultativo impróprio entre devedores eventuais; sujeita-se o autor às conseqüências de sua omissão.” (Dos Alimentos, p.139).

DOS ALIMENTOS ENTRE PAIS E FILHOS

O Código Civil de 2002, no artigo 1.696, repetiu, sem qualquer alteração, a norma do artigo 397 do C.C. de 1916, ao proclamar que:

“O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.”

Preferiu, porém, o legislador não reeditar, no novo estatuto civil pátrio, a norma contida no parágrafo único do artigo 399 do C.C. de 1916, de grande alcance social e conteúdo humano, que expressamente previa:

“No caso de pais que, na velhice, carência ou enfermidade, ficaram sem condições de prover o próprio sustento, principalmente quando se despojaram de bens em favor da prole, cabe, sem perda de tempo e até em caráter provisional, aos filhos maiores e capazes, o dever de ajudá-los e ampará-los, com a obrigação irrenunciável de assisti-los e alimentá-los, até o final de suas vidas.”

No silêncio da lei, é certo, porém, que sempre se poderá invocar, para aplicação, a norma do art. 229 da C. Federal de 1988, forte a proclamar que:

“Os pais têm o dever de assistir e educar os filhos menores e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

DOS ALIMENTOS DEVIDOS AOS FILHOS COMO OBRIGAÇÃO ÍNSITA AO PODER FAMILIAR

Dos alimentos devidos aos filhos, como obrigação ínsita ao poder familiar, tratou o novo Código Civil, no art. 1.566, IV, reeditando o que,

na norma do artigo 231, IV do C.C. de 1916, já se lia, ao atribuir, a ambos os pais, a obrigação de prover o sustento dos filhos, mais adiante no artigo 1.590, tendo tido o cuidado de prever que: “As disposições relativas à guarda e prestação de alimentos, aos filhos menores, estendem-se aos maiores incapazes” – e depois, no artigo 1.703, repetindo a previsão contida no artigo 20 da Lei 6.515/77, a respeito da obrigação que têm os cônjuges, separados judicialmente, de contribuir para a manutenção dos filhos, na proporção de seus recursos; por fim, no artigo 1.705, cuidando de resguardar o direito, que tem o filho, havido fora do casamento, de demandar o pai para o recebimento de pensão, admitindo que o pedido seja processado em segredo de justiça.

DOS ALIMENTOS NA SEPARAÇÃO JUDICIAL E NO DIVÓRCIO

No direito anterior, com raízes no artigo 231, III do C.C. de 1916, que atribuía aos cônjuges o dever de mútua assistência, estabeleceu-se, no art. 19 da Lei 6.515/77, que havendo separação judicial, ao cônjuge responsável pela separação cumpria prestar, ao outro cônjuge, quando necessitado, os alimentos que fossem pelo juiz fixado.

No novo Código Civil, dos alimentos devidos aos cônjuges, na separação judicial, cuidou o legislador, especificamente, nos artigos 1.702, 1.704 e seu parágrafo único, 1.706, 1.708 e seu parágrafo único e 1.709, mantendo, de um modo geral, as regras básicas no direito anterior estabelecidas, continuando a exigir, em princípio, como condição para o deferimento da pensão, que além de necessitado, não tenha sido o cônjuge responsável pela separação (arts. 1.702 e 1.704), no último dos dispositivos citados tendo assegurado ao cônjuge, em favor do qual não tenha sido fixada a pensão, no processo de separação judicial, a possibilidade de vir, no futuro, a reclamá-la, desde que não haja sido, no referido processo, declarado culpado, e demonstre sua efetiva necessidade.

No que diz respeito às causas capazes de justificar a cessação do direito à percepção de alimentos, vê-se que, em perfeita harmonia com reiterados pronunciamentos dos tribunais, reconheceu o novo Código, no *caput* do art. 1.708, e em seu parágrafo único, que não apenas o novo casamento do cônjuge credor – como antes se reconhecia no art. 29 da Lei 6.515/77 – mas também o concubinato, a união estável ou ainda o procedimento indigno, constituem fundamento para a cessação, para o devedor, da obrigação de prestar alimentos.

De outro lado, não se alterou no novo Código (art. 1.709), a regra

ínsita no art. 30 da Lei 6.515/77, forte a proclamar que, o novo casamento do cônjuge devedor, não constitui fundamento para alteração da obrigação alimentar, pelo mesmo antes assumida.

Constituiu, porém, novidade – que na nossa visão não estaria a merecer aplausos – a disposição contida no parágrafo único do artigo 1.704, do novo Código, na qual vem de se admitir a possibilidade de, um dos cônjuges, vir a ser chamado a sustentar o outro cônjuge, posto que culpado na separação, se e quando necessitado este, sem aptidão para o trabalho e sem parentes que lhe possam prover o sustento.

Sabe-se que a norma referida, buscou inspiração no art. 2016º, nº 2 do Código Civil português, que prevê, em casos tais, por razões ligadas à equidade, a concessão de alimentos.

Não nos parece, contudo, que a solução importada, pela legislação brasileira, esteja a merecer aplausos, pois desde logo pode se prever o absurdo que há de representar, a imposição do cumprimento da obrigação alimentar, a um cônjuge que, por exemplo, tenha sido vítima de tentativa de morte por parte do outro cônjuge.

A respeito dos alimentos no divórcio silenciou, inteiramente, o novo Código Civil.

Sem embargo, segundo pensamos, há de prevalecer para aplicação a norma contida no inciso II do § 2º do artigo 40 da Lei 6.515/77, de natureza procedimental, incidente tanto nos casos de divórcio consensual, como nos de divórcio direto, devolvendo-se ao juiz, na hipótese de divórcio litigioso, a fixação da pensão, sempre que não houver acordo das partes.

Do direito à percepção dos alimentos pelos companheiros, cuidaram, anteriormente, as Leis 8.971/94 e 9.278/96, ambas, na nossa visão, ab-rogadas pelo novo Código Civil.

A respeito do referido direito, contudo, dispôs o Código de 2002, assegurando aos companheiros, se e quando necessitados, a percepção de alimentos, o que se fez ao alinhá-los, no artigo 1.694, juntamente com os cônjuges e parentes, como credores de pensão.

CONCLUSÕES

Concluindo, pode-se dizer, portanto, que o Código Civil de 2002, ao dispor sobre os alimentos no Subtítulo III, do Livro IV – Do Direito de Família - manteve, em substância, as regras e princípios anteriormente consagrados no Código Civil de 1916, inspirando-se, ainda, nos ensinamentos

da doutrina e da jurisprudência.

É certo que, no referido Código, introduzidas foram, quando do tratamento da matéria, inovações, algumas merecedoras de aplausos, outras de críticas.

Agora é esperar como as novas questões, que hão de ser despertadas, serão decididas pelos Juízes de Família, de cuja aguda percepção e sensibilidade muito se há de esperar, para a preservação dos princípios éticos que constituem as bases seculares do Direito de Família. ◆

RESPONSABILIDADE CIVIL POR RUPTURA DE CASAMENTO E DE UNIÃO ESTÁVEL

JAIRO VASCONCELOS DO CARMO
PROFESSOR DE DIREITO CIVIL - EMERJ

I. LIBERDADE DE AMAR E INDENIZAÇÃO: A EXISTÊNCIA OU NÃO DE DANOS CAUSADOS PELA SÓ RUPTURA

1. A família moderna, oriunda de casamento ou de união estável, viceja sobre o amor do casal, tanto podendo durar a jornada de uma vida ou não passar de efeméride. Essa dupla versão decorre da liberdade de amar dos cônjuges e dos conviventes, uns e outros facilitados pela nova ética social que tolera o divórcio ou a mera ruptura dos vínculos familiares, indiferentes, quase todos, à sorte dos filhos e de si mesmos. O que mais importa já não é a unidade familiar; antes importa, e é decisivo, é a pessoa isolada na sua personalidade, em busca de ser feliz, dentro ou fora de múltiplas uniões, com ou sem casamento.

2. Em termos juspositivos, essa visão repercute fundo no Direito Constitucional da Família, que consagra o direito ao divórcio, independentemente de culpa¹. Conseqüentemente, parece-me claro que a ruptura de casamento ou de união estável, dès que em conformidade ao sistema legal, não podem gerar o efeito negativo da obrigação de indenizar o consorte prejudicado. Na dogmática jurídica, a iniciativa de pedir separação ou divórcio, ou de romper a convivência, é direito potestativo das partes entre si relacionadas, donde o estado de sujeição daquela que é passiva diante da vontade extintiva da relação matrimonial. O que define o casamento ou a união estável é a comunhão de vida que se renova a cada dia. Sucedendo de quebrar-se, irrecuperavelmente, a alternativa é o divórcio ou a separação, na expectativa de que, ao encontro de novo par romântico, ou mesmo sozinho, seja dado ao indivíduo a chance de realização pessoal.

¹ Cf. art. 226, § 6º. Inferre-se, aí, o princípio implícito da abertura ao divórcio, facilitado pelo requisito único do prazo mínimo de dois anos de separação de fato.

3. Evolui, contudo, a tendência doutrinária de vislumbrar danos materiais e morais no âmbito estreito da vida familiar². O nó górdio são os fundamentos teóricos do ilícito familiar, máxime o de saber-se onde inseri-lo no amplo espectro do Sistema de Direito Positivo. Prevalece, por ora, a convicção de que os pedidos de reparação devem haurir nos pressupostos do Direito Comum, não sendo um efeito direto ou reflexo do divórcio ou separação. Há, ainda, uma questão subjacente: o risco de repatrimonializar as relações familiares, até em razão dos excessos condenatórios, o que amesquinha, naturalmente, a fenomenologia dos pactos afetivo-eróticos de qualquer grau ou intensidade, em especial as uniões conjugais ou estáveis.

Todos esses aspectos inspiram o presente estudo, no propósito de discernir os equívocos de remeter ao Direito de Família, sem peias ou zelo, e à míngua de algum critério metodológico, as pretensões pecuniárias de cônjuges ou de conviventes, tendo por causa imediata o rompimento do enlace, cumprindo conciliar-se, acorde à Constituição, de um vértice, a **liberdade de amar**, de outro, a **dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade**, que estão na vanguarda dos princípios fundamentais da República³.

II. RESPONSABILIDADE CIVIL ENTRE CÔNJUGES

1. *Da licitude de pedir o divórcio*. É direito potestativo extintivo dos cônjuges e dos conviventes desviarem-se do amor empenhado, refazendo o projeto de vida a dois. Casar ou conviver, na atualidade, pode não durar uma estação. Cada consorte assume o risco das rupturas, algumas inevitáveis. O ideal é que o façam em clima de normalidade, isto é, com respeito e consideração mútuas, superando as frustrações pelo fracasso do amor sob as luzes da civilidade, que celebram a dignidade humana, nomeadamente os valores incorporados aos direitos da personalidade. Cahali distingue os danos que afligem qualquer pessoa e os danos que somente pode experimentar quem exhibe o estado de cônjuge, uma vez atingido por atos de grave violação dos deveres do casamento, a ponto de inviabilizar a vida em comum⁴. A

² Cahali, **Dano Moral**, 2ª ed., SP, Ed. Rev. Trib., 1998, p. 671; também Regina Beatriz, **Reparação Civil na Separação e no Divórcio**. São Paulo, Saraiva, 1999. Destaque-se o artigo de Sérgio G. Pereira, “O dano moral no Direito de Família: o perigo dos excessos capazes de repatrimonializar as relações familiares”, in **Grandes Temas da Atualidade – Dano Moral** - Rio de Janeiro, Forense, 2002.

³ Cf. art. 1º, III.

pergunta que fica é se é razoável admitir-se, em toda ação de divórcio ou separação, uma disputa adicional ao escopo de indenizações financeiras, à conta de prejuízos materiais e morais, originários da conduta de um dos parceiros, reconhecido culpado, sobre a boa fé do outro, tido por inocente. Recorde-se que o agravamento das relações conjugais, ou de convivência, nasce, quase sempre, da procura de novo autor de caminhada, superior, em virtudes, ao ex-companheiro, ele, de si, tantas vezes igualmente desiludido. Nesses instantes de apatia, ou de desencanto e dores, a quebra de alianças é muito mais corolário da liberdade de amar do que ilícito civil; é, acima de tudo, a luta de uma vida que anela por erguer-se e brilhar; vidas que, ante os sonhos adiados, as esperanças rompidas, avançam, insistem, não desistem, querem voar e ser felizes. A violação de deveres conjugais ou familiares, no caudal da crise amorosa, enquanto não caracterizar algum ilícito civil, é irrelevante para impor reparações.

2. *O princípio constitucional da abertura ao divórcio e a ab-rogação do sistema da culpa.* Há de ressaltar-se o ocaso da noção de culpa, tão ao gosto da medievá idade, impregnada de fé religiosa insegura quanto à graça e o perdão de Deus. Daí a novel disciplina do divórcio direto, viável à vista da mera separação de fato por mais de dois anos⁵, sem olvidar-se a questão do regime do nome da mulher casada, submetido a requisitos objetivos, tal o acréscimo do parágrafo único, do art. 25, da Lei 6.515/77. É lamentável que a doutrina não tenha acompanhado o bom vento constitucional, mantendo o sistema da culpa para os casos de separação, mas ao arrepio de fundamento ético, além do lapso interpretativo, porquanto, se abolido nos casos de divórcio vincular, também deveria sê-lo na separação, e nesta, com maior razão, posto a eventualidade da reconciliação, independentemente de formalidades, como sugere a norma do art. 46 da Lei 6.515/77. Penso que os ensinamentos mais abalizados convencem do

⁴ Cahali, ob. cit., p. 671. Aguiar Dias, embora restritivo, defende a indenizabilidade do adultério, posto infringir dever do casamento. Isso consta da obra clássica, **Da responsabilidade civil**, 5.ª Ed., v. II, p. 17-20, n. 160, Rio de Janeiro, Forense, 1973. A mesma orientação é de Belmiro Pedro Welter, embora com maior abertura, in “Dano moral na separação, divórcio e união estável”, **RT** 775/128.

⁵ Assim o é com base no art. 226, § 6º, da Constituição, fonte da Lei n. 7.841, de 17.10.1989, que alterou a redação do art. 40 da Lei n. 6.515/77, revogando, expressamente, o seu § 1º, que regulava o divórcio litigioso fundado na culpa. O que falta, na altura, é a doutrina com a jurisprudência assumirem a revogação tácita do art. 5º, **caput**, a que se reportava o § 1º, referido, eliminando o sistema da culpa, absolutamente incompatível frente à normativa constitucional, dobrada por inteiro ao só sistema da ruptura.

desacerto de acenar-se à culpa nos relacionamentos familiares⁶: uma, porque a culpa é comumente recíproca ou de muito difícil aferição prática, por investigar relações tão íntimas como são as conjugais ou a vida familiar⁷; a duas, porque a imputação de um cônjuge contra o outro, e assim na união estável, apenas serve de pábulo a sucessivas imprecações, arruinando de vez as personalidades, que se tornam mais resistentes e muito menos generosas, até pulverizar os restos de afeição, tudo em espiral, como o grande olho de um tornado, para maior desgraça dos casais desavindos e dos filhos humilhados.

3. Lícito familiar e indenização: A busca de um critério decisório. Evidentemente que cônjuges e conviventes podem infligir danos ao consorte, sendo irrelevante o estado familiar. À semelhança de qualquer pessoa, se alguma lesão ocorrer, vulnerando a integridade física ou moral do outro, surge o dever de indenizar. O que sucede, no Brasil, é que essas ações são incomuns, abafadas nos labirintos da paz doméstica, ou absorvidas, tradicionalmente, pelo fato objetivo das separações e divórcios, com os seus incidentes conexos, de natureza pessoal ou patrimonial - guarda de filhos, alimentos, partilha de bens -, ficando ao largo a questão recente das indenizações civis autônomas. Cumpre atentar-se, porém, às situações reais, e não arbitrárias, em que um cônjuge ou convivente, nas relações pessoais, pode agir com abuso de direito ou incorrer nalgum ilícito civil, submetendo-se, então, aos cânones da responsabilidade civil fundada nas regras gerais da obrigação de indenizar. Repito a exortação inicial: não se deve indenizar danos advindos da dissolução em si, pois indubitável a repercussão negativa na personalidade de cada cônjuge ou convivente. São os momentos de aflição, angústia, solidão, depressão e crises emocionais. Impossível flagrar-se, nessas reações, nexos de causalidade adequada para ressarcimentos de qualquer tipo ou espécie. O que se indaga são os casos extremos, isto é, aqueles que extravasam os limites normais de um rompimento, capazes de configurar ato ilícito. Neste sentido, a melhor orientação assenta na conciliação necessária entre os princípios da liberdade de amar e

⁶ Cf. Sérgio G. Pereira, ob. cit., p. 418.

⁷ No tema, recomenda-se a leitura de Diogo Leite de Campos, **Lições de Direito da Família e das Sucessões**. Coimbra: Livraria Almedina, 1990, p. 287 e ss. O ilustrado professor é enfático quanto ao erro do divórcio-sanção, afirmando, com fina ironia, que o Estado desinteressa-se do cidadão à época do casamento, mas, depois do enlace, se quiser o divórcio, o mesmo Estado, solícito, intervém, não para ajudar ou aconselhar, sim ao exame das causalidades, alongando as tensões pessoais, em prejuízo do patrimônio comum que degrada e dos filhos achados "...no centro de todas as lutas".

o da dignidade da pessoa humana, enriquecida pela dogmática dos direitos da personalidade. De efeito, se a conduta de qualquer dos parceiros for justificada pela liberdade de amar, visando a constituir nova união, ou somente para afastar-se do outro, inexistente ilicitude, mas, sim, exercício normal do direito ao divórcio ou à separação, embora falte consenso. De ressaltar-se, nas relações de homem e mulher, que a parte imediatamente perdedora pode descompensar, desandando atitudes hostis ou gestos de violência censuráveis. Se isso sobrevier, o critério decisório projeta o princípio da dignidade humana, iluminado pelos direitos da personalidade, que tutelam o ser total, abrangendo as funções de qualquer pessoa, casada ou não, e o seu modo particular de ser. Os deveres familiares pouco auxiliam, talvez só para ponderar o arbitramento de certas indenizações. Constitui-se num pesado equívoco excogitar de danos civis causados entre cônjuges por ofensa aos deveres do casamento. A lição é de Diogo Leite de Campos, categórico quanto à impossibilidade jurídica de cominar-se reparações ao fundamento de violação dos deveres conjugais⁸. Por decorrência, os atentados contra a vida, as agressões físicas, os crimes contra a honra, os desvios sexuais, a imposição de cárcere privado, os atos vexatórios ou de constrangimento em público, tudo, enfim, que a torpeza humana puder engendrar, submete-se às regras gerais da responsabilidade civil, e não, como a doutrina propõe, no âmbito do Direito da Família⁹. Não valem as discussões fortuitas, os destemperos, os arroubos, os impropérios, nomeadamente se restritos ao ambiente doméstico, pouco influenciando no meio sociocomunitário. Os atos de infidelidade ou de abandono do lar só excepcionalmente podem gerar dano material ou moral. Para ilustrar, imagine-se um namoro ostensivo, com aparições em público, ou viagens abertas, na companhia de amigos do casal, ou dupla e simultânea convivência. O ilícito, nas hipóteses, se houver, será de natureza civil, nos termos da cláusula geral do art. 159, recepcionado e melhor explicitado pelo art. 5º, X, da Constituição. Já acentuei que a violação dos deveres conjugais, por si apenas, é insuscetível de indenização. Há que

⁸ Ob. cit., p. 307.

⁹ Examine-se, Rita Simões Bonelli, “Responsabilidade civil entre marido e mulher por ofensa aos direitos da personalidade”, in **Responsabilidade Civil**, coordenadores Adroaldo Leão e Rodolfo Mário Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 253 ss. Ao reverso de outros autores, como Sérgio G. Pereira, ob. cit., supra, a insigne professora, sem ser taxativa, deixa entrever-se que o fundamento da obrigação de indenizar seria o Direito Comum e não o Direito de Família. Esse marco teórico torna-se mais significativo pela referência feita aos direitos da personalidade.

se provar a culpa do cônjuge ou do convivente infrator, eis que, para fins de indenização, prevalece a responsabilidade subjetiva¹⁰.

III. UNIÃO ESTÁVEL E RESPONSABILIDADE CIVIL

1. *A proteção constitucional da família não-oriunda do casamento.* A Constituição de 1988, ao definir a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, legitimou um fenômeno social e humano. Várias causas estão na base da formação de relações familiares fora do casamento. A união livre, mas séria e estável, entre um homem e uma mulher, a descoberto do casamento, é expressão de liberdade que não pode ser qualificada de ilícita ou ilegítima. Ilícitude haverá na convivência simultânea e adúltera, ou incestuosa, por afrontar os valores indisponíveis que inspiram o sistema jurídico, na sua unidade e globalidade. Como ensina Perlingieri, “...a família não-fundada no casamento é portanto ela mesma uma formação social potencialmente idônea para o desenvolvimento da personalidade de seus componentes e como tal orientada pelo ordenamento a perseguir esta função”¹¹. A sabedoria popular é testemunha de que as famílias informais também cumprem a exigência social de educação dos filhos e de desenvolvimento da personalidade do par que a compõe, fazendo jus, por isso, à tutela que o Estado chancela. É um problema de mudança de paradigma e não propriamente de lei, bastando aos intérpretes o quadro constitucional. Nas extremas, urge levar em consideração aquilo que o Direito é: expressão valorativa de uma certa realidade histórica e cultural. A ser de modo diverso, reduzir-se-á o alcance das Leis 8.971, de 29.12.1994, e 9.278, de 10.5.1996, cujo maior mérito é o de aproximar a união estável do casamento, guardadas as diferenças relativamente aos efeitos específicos do estado de casado, que repelem aplicação analógica¹². Quanto ao mais, todas as normas

¹⁰ A prof. Rita Simões Bonelli, ob. cit., p. 262, sem justificativa plausível, propõe o regime da responsabilidade objetiva, dizendo que o cônjuge ofendido somente deve provar o fato lesivo e o dano.

¹¹ Pietro Perlingieri, **Perfis de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro. Renovar, 1999, p. 253.

¹² Por todos, Gustavo Tepedino, **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 339. Inspirado em Cahali, eis o que expõe: “...os efeitos jurídicos que decorrem do ato solene consubstanciado pelo casamento, cujo substrato axiológico vincula-se ao estado civil e à segurança que as relações sociais reclamam, não podem se aplicar à união estável por diversidade de *ratio*. À união estável, como entidade familiar, aplicam-se, em contraponto, todos os efeitos jurídicos próprios da família, não diferenciando o constituinte, para efeito de proteção do Estado, a entidade familiar constituída pelo casamento daquela constituída pela conduta espontânea e continuada dos companheiros, não fundada no matrimônio.”

de proteção da família conjugal aproveitam, por analogia, à família nascida de união estável. O cerne da questão é identificar a *ratio* das normas que se busca interpretar e aplicar: se aludirem ao estado de casado, limitam-se aos cônjuges; se aludirem à vida em família, invocando a solidariedade dos seus membros, aí, inapelavelmente, há que se proclamar a mesma identidade de efeitos à união estável, mercê do ditame constitucional.

2. Ruptura da convivência com efeitos indenizatórios. Por regra e princípio, a dissolução de união estável, apesar de traumática, pelo malogro da convivência, não conduz ao dever de indenizar. O que se disse para os cônjuges favorece à união estável. As lesões corporais, as injúrias, as perversões eróticas, as anormalidades, encontram guarida exclusivamente no Direito Comum. Para o Direito de Família, os efeitos jurídicos da união estável restringem-se àqueles indicados nas leis de 94 e 96. Não importa a transgressão de deveres familiares. A separação é sanção contra o parceiro infrator, ou melhor: é saída para uma situação desarrazoada e insustentável. Os interesses da parte prejudicada resolvem-se com a ruptura do vínculo familiar. Sendo impróprio indenizar pela violação de deveres inerentes à convivência, também não identifico causa necessária, ou adequada, para indenizar o fato objetivo da ruptura, quando seja um efeito da violação desses deveres.

3. Obrigação alimentar e indenização por serviços domésticos. Doutrina e jurisprudência, com honrosas exceções, transformam cônjuges e conviventes separados em pensionista do outro. Esse entendimento, tirante os casos excepcionais, acirra os ânimos dos ex-consortes, que se enredam em disputas infundáveis, com graves prejuízos para ambos, mais o devedor, tolido na sua liberdade de gerir as suas rendas e o seu patrimônio. Extinta a comunhão de vida, entendida como permanente disponibilidade ao companheiro de caminhada, todos os efeitos da união estável deveriam também extinguir-se. O art. 7º, **caput**, da Lei 9.278/96, reclama exegese restritiva, deferindo-se a prestação de alimentos pelo tempo estimado à inserção do credor carente nalguma atividade econômica, auferindo, por seu trabalho, os ganhos indispensáveis à sua própria subsistência. Em adinículo, duas observações: 1º) o valor dos alimentos não podem deduzir-se segundo o padrão de vida do período de convivência. Os alimentos visam, sim, proporcionar os meios essenciais de subsistência condigna, na medida dos recursos do obrigado; 2º) há que se proceder ao exame das possibilidades de o alimentário prover à sua subsistência, educando-o ao ideal das sociedades adultas

de que cada pessoa deve suprir às suas necessidades existenciais, ou então, se impossível, ser assistida pela Previdência Social.

As indenizações por serviços domésticos são uma ignomínia, atingindo, em cheio, a dignidade da mulher. Rainer Czajkowski admite o pagamento nos casos de ausência de aqüestos, tendo o convivente pobre participado do trabalho de conservação do patrimônio particular do outro¹³. Ora, esse é um risco da união estável, inexistente no casamento. Realmente, afora o regime de separação absoluta, nos demais, há lugar para aqüestos comunicáveis, ainda com base nos frutos e benfeitorias estabelecidos na constância do matrimônio. O que se apresenta, e tenho por irrecusável, é a aplicação prudencial do princípio que veda o enriquecimento indevido, assim aquelas situações em que o trabalho ou atividade de um dos parceiros concorreu, decisivamente, para os acréscimos patrimoniais do outro. Nesse cenário, insta considerar-se o regime da comunhão de aqüestos, posta pelo legislador de 1994, a teor do art. 3º, ampliado, em 1996, pela instituição de condomínio legal, nos termos do art. 5º, podendo aplicar-se, indistintamente, a todas as modalidades de dissolução, para além de servir de modelo às decisões judiciais, a bem do esforço de fortalecer a justiça do caso concreto.

IV. SÍNTESE CONCLUSIVA

1. A Constituição da República patrocinou a abertura da família matrimonial, na crença de que, com ou sem casamento, qualquer que seja a modalidade, a família é comunidade intermédia e meio de realização dos seus membros, pelo que, e nessa justa medida, confere aos cônjuges e conviventes o direito potestativo de dissolução dos vínculos, como corolário da liberdade individual de amar, em busca de ser feliz;

2. Por regra e princípio, a mera violação dos deveres conjugais, ou familiares, à míngua de danos à personalidade do consorte, obra de fatos relevantes e comprovados, não é suscetível de indenização, certo que os desvios de conduta, tais as agressões físicas, as injúrias, as aberrações sexuais, submetem-se aos postulados gerais da responsabilidade civil, donde o grave equívoco de quem intenta cumulá-los aos pedidos de divórcio ou de ruptura de união estável. Assim, v.g., se um dos companheiros é culpado de adultério ou de prática desonrosa, o divórcio ou a ruptura exaurem a sanção legal, parecendo no mínimo estranho afligi-lo com pena pecuniária a favor do outro, supostamente inocente;

¹³ União Livre à Luz da Lei 8.971/94 e da Lei 9.278/96, 2ª ed. Curitiba: Juruá, 1999, p. 166.

3. Na união estável, é de repelir-se o gosto das indenizações por serviços prestados, certamente uma vilania contra a dignidade da mulher. O máximo que se permite é a tutela dos interesses econômicos com supedâneo no princípio que proíbe o enriquecimento injustificável, servindo de modelo legal, em exegese construtiva, a norma do art. 3º, da Lei 8.971/94, e art. 5º, da Lei 9.278/96. ◆

OS BENS PÚBLICOS NO NOVO CÓDIGO CIVIL

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO

Procurador de Justiça/RJ, Professor da UFF, da Universidade Estácio de Sá e da EMERJ

1. Não é difícil a nenhum intérprete jurídico admitir que alguns institutos do Código Civil, editado em 1916, não mais guardem compatibilidade com as novas realidades jurídicas. Se, atualmente, a cada ano se renovam as idéias, os sentimentos e os institutos jurídicos, que dizer, então, em relação a tantas décadas?

Entre os aspectos que precisaram ser compatibilizados com as novas realidades, destaca-se o relativo à disciplina dos bens públicos – matéria que, como sabido, é mais profundamente estudada no Direito Administrativo, em que pese sua disciplina alojar-se em diploma de caráter eminentemente privado.

No ainda vigente Código Civil, a disciplina dos bens públicos está prevista entre os arts. 65 a 69, ao passo que no futuro Código a matéria está regulada entre os arts. 98 a 103.

Embora de modo sucinto, vejamos como o legislador procedeu à adequação normativa sobre a matéria levando em conta os dias atuais.

2. O art. 65 do vigente Código Civil classifica os bens em *públicos* e *privados*, atribuindo àqueles conceituação *expressa* e a estes conceituação *residual*. Reza o dispositivo que públicos são “*os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados, ou os Municípios*”, e que “*todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem*”.

A noção de bens públicos, como é fácil observar, não acompanhou a evolução dos institutos relativos ao domínio público. Primeiro, porque se referiu a apenas três entes federativos, conforme o sistema constitucional então vigente. Assim, para a adequação normativa, é preciso interpretar extensivamente o dispositivo em ordem a alcançar também o Distrito Federal, pessoa integrante da atual federação (art. 18, C.F.). Depois, não contemplou

outras entidades que vieram a ser criadas e que, a despeito de não serem federativas, têm personalidade jurídica de direito público, caso, por exemplo, das autarquias e das fundações governamentais de direito público.

A doutrina, por tal razão, encetou esforços para vislumbrar a *mens legis* do art. 65, mas nem sempre a interpretação foi rigorosamente a mesma. Para HELY LOPES MEIRELLES, por exemplo, são públicos os bens pertencentes às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e paraestatais (**Direito Administrativo Brasileiro**, Malheiros, 18ª ed., 1993, p. 428), noção que nos parece de excessiva amplitude. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, corroborando opinião de CRETELLA JUNIOR, sustenta que bens públicos são aqueles de que é detentora a Administração (**Direito Administrativo**, Atlas, 3ª ed., 1993, p. 371), o que, em nosso entender, também não revela com precisão o sentido do referido dispositivo.

A nosso ver, a idéia que se deve extrair do art. 65 é a de que o legislador quis qualificar como bens públicos aqueles que pertencessem a *peças jurídicas de direito público*, sejam elas políticas, como os entes da federação, sejam exclusivamente administrativas, como é o caso de autarquias e fundações governamentais de natureza autárquica. Foi esse o sentido que já deixamos consignado (vide nosso **Manual de Direito Administrativo**, Ed. Lumen Juris, 9ª ed., 2002, p. 863). Do mesmo pensamento são CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (**Curso de Direito Administrativo**, Malheiros, 14ª ed., 2002, p. 768) e DIÓGENES GASPARINI (**Direito Administrativo**, Saraiva, 4ª ed., 1995, p. 471).

O novo Código Civil endossou esta última posição, definindo os bens públicos como aqueles “*do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno*” (art. 98), reservando a qualidade de bens privados a todos os demais, “*seja qual for a pessoa a que pertencerem*”.

Com isso, resultou superada a acirrada discussão em torno da natureza dos bens pertencentes a empresas públicas e sociedades de economia mista, que eram considerados bens públicos conforme a atividade nele exercida. Na verdade, nunca abonamos tal entendimento, visto que tais entidades têm personalidade jurídica de direito privado e, dessa maneira, seus bens só podem ser qualificados como bens privados.

A nova regra tem contorno claro, qualificando como bens privados os pertencentes a pessoas jurídicas de direito privado. Por conseguinte, os bens daquelas entidades, bem como os das fundações governamentais de direito privado, devem considerar-se efetivamente como bens privados.

DIÓGENES GASPARINI ainda advoga que, somente em sentido muito abrangente, seriam bens públicos (ob. cit., p. 471). Para nós, contudo, nem mesmo em sentido amplíssimo, como diz o autor. Trata-se de bens privados porque pessoas jurídicas privadas os seus titulares.

3. No que toca à classificação dos bens, a mudança mais significativa foi a de deixar claro o domínio das pessoas de direito público. Assim, o art. 66 do Código vigente categoriza os bens públicos em bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais.

O novo Código mantém essa tripartição de categorias (art. 99), mas faz três alterações, todas para confirmar o domínio das pessoas de direito público.

Primeiramente, introduz o termo “*administração*” (administração federal, estadual e municipal) para indicar a destinação do serviço ou estabelecimento instalado no edifício ou terreno (art. 99, II).

Depois, alude às autarquias, pessoas de direito público, como titulares de bens de uso especial, desde que nestes esteja sendo executado serviço público (art. 99, II).

Por fim, substitui a menção à União, Estados e Municípios, constante no art. 66, III, do Código de 1916, pela referência às pessoas de direito público. Desse modo, são dominicais os bens “*que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público...*”.

4. Quanto à questão da alienabilidade de bens públicos, sempre causou perplexidade a confusa redação do atual art. 67 do Código Civil, segundo o qual “*os bens de que trata o artigo antecedente só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescrever*”.

O texto, na verdade, peca pela falta de precisão e deixa dúvidas na alma do intérprete. Leitura atenta pode conduzir a duas interpretações: 1ª) todos os bens são inalienáveis, mas podem perdê-la na forma do que dispuser a lei; 2ª) alguns bens, por sua natureza peculiar, são inalienáveis, mas, mesmo quando o forem, poderão ser alienados na forma da lei.

ODETE MEDAUAR (**Direito Administrativo Moderno**, Ed. RT, 2ª ed., 1998, p. 275/6) e LUCIA VALLE FIGUEIREDO (**Curso de Direito Administrativo**, Malheiros, 2ª ed., 1995, p. 368) parecem filiar-se ao primeiro entendimento.

Melhor, porém, nos parece o pensamento de HELY LOPES MEIRELLES, que, interpretando o art. 67, averba que o escopo da lei foi apenas o de

considerar peculiarmente inalienável o bem público enquanto destinado ao uso comum do povo ou a fins administrativos especiais (ob. cit., p. 443), o que significa que a inalienabilidade peculiar atinge somente os bens de uso comum do povo e de uso especial.

Abonamos esse pensamento e concluímos que os bens dominicais não têm qualquer inalienabilidade peculiar. Mas sua alienação depende das condições fixadas na lei. Quanto aos bens de uso comum do povo e os de uso especial, só podem ser considerados inalienáveis na medida em que estiverem cumprindo as suas finalidades. Entretanto, nada impede que, pelo processo de desafetação, percam tais finalidades e passem a integrar a categoria dos bens dominicais. Se tal ocorrer, os bens serão alienáveis como qualquer bem dominical, embora, é óbvio, nas condições estabelecidas na lei. Esse foi o sentido que nos pareceu mais consentâneo com o intuito do dispositivo e que já tivemos a oportunidade de registrar (nosso **Manual** cit., p. 872/3).

Diga-se, por oportuno, que, diversamente do que grande parte da doutrina tem ensinado, sustentamos que não é a inalienabilidade que caracteriza os bens públicos, por isso que podem eles, mediante as condições da lei, ser alienados, mas sim a *alienabilidade condicionada*, ou seja, a possibilidade de alienação desde que sob as condições que a lei demandar. Desse modo, só haverá inalienabilidade como princípio se a natureza do bem não comportar alienação ou se a Constituição expressamente o determinar, como é o caso das terras devolutas necessárias à proteção dos ecossistemas naturais, previsto no art. 225, § 5º, da vigente Constituição (nosso **Manual** cit., p. 873).

O novo Código seguiu exatamente esse delineamento. No art. 100, estabelece: “*Os bens de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar*”. O texto denota nitidamente que não há o axioma da inalienabilidade por princípio. Ao contrário, dimana da norma que tais categorias de bens são suscetíveis de alienação se não mais estiverem preordenadas a seus objetivos naturais. Como a alienação só se dará se for implementada tal condição, tratar-se-á realmente de alienabilidade condicionada, como vimos sustentando em repetidas ocasiões.

Por outro lado, em relação aos bens dominicais, dispõe o art. 101 do novo Código que “*podem ser alienados, observadas as exigências da lei*”. Aqui a alienabilidade é por princípio, o que não ocorre com as demais categorias. Quanto às exigências da lei, o que se conclui é que toda e qualquer alienação de bem público, seja do bem público naturalmente dominical,

seja do que veio a integrar-se nessa categoria, depende das condições que a lei fixar.

5. Os bens públicos podem ser objeto de uso por particulares. Trata-se de tema incluído na parte relativa à gestão dos bens públicos.

O art. 69 do Código vigente enuncia que o uso comum dos bens públicos pode ser gratuito, ou retribuído, conforme o que disserem as leis federais, estaduais e municipais.

No novo Código, o art. 103 repete a base desse conteúdo normativo, procedendo apenas à necessária adequação, substituindo a menção às leis da União, Estados e Municípios pela referência à lei editada pela entidade a cuja administração pertencerem. O emprego da nova expressão rende ensejo a uma ampliação das linhas da norma vigente, já que passa a incluir também o uso gratuito ou remunerado de bens pertencentes a pessoas de direito público não federativas, como é o caso de autarquias e fundações governamentais de direito público.

Por conseguinte, continuam válidos e eficazes os instrumentos adotados para o uso de bens públicos por particulares, quer os de direito público, como a autorização, a permissão e a concessão de uso, a cessão de uso, a concessão de direito real de uso, e os novos instrumentos urbanísticos, como a concessão especial de uso para fins de moradia e a autorização de natureza urbanística (Medida Provisória nº 2.220, de 04.09.2001), quer os de direito privado, como a locação, o comodato e a enfiteuse.

Tal uso, como reafirma o novo Código, tanto pode ser gratuito como remunerado. A decisão sobre esse aspecto se situa no âmbito discricionário da Administração em seu poder de gestão dos bens públicos sob sua custódia.

6. Merece ser comentada a introdução, no futuro Código, de duas normas nesse capítulo.

A primeira é que consta no art. 100, que tem a seguinte redação: “*Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado*”.

O texto causa perplexidade. E por mais de uma razão.

A uma, porque é difícil conceber o que o legislador quis dizer com referência a pessoas de direito público com estrutura de direito privado. Ora, partindo-se da premissa de que o Poder Público pode instituir pessoas administrativas de direito privado, não caberia a concepção de pessoa de

direito público estruturada nos moldes das de direito privado.

A duas, porque uma pessoa jurídica de direito público tem regime jurídico dotado de linhas bem diversas daquelas que compõem o regime jurídico das pessoas privadas.

A três, porque o texto dá a impressão de que tais pessoas públicas poderão ter seus bens qualificados como dominicais ainda que estejam destinados à execução de um serviço público, fato que os enquadraria como bens de uso especial. Causa espanto admitir que um bem com destinação pública – e, por isso mesmo, normalmente classificado como peculiarmente inalienável – se converta em dominical, permitindo sua alienação a despeito do objetivo a que se destina.

7. A outra novidade do futuro Código está insculpida no art. 102, que dispõe: “*Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião*”.

É clássica a característica de imprescritibilidade dos bens públicos. De acordo com essa qualidade especial, os bens públicos não podem mesmo ser adquiridos por usucapião, como acentua CRETELLA JUNIOR (**Curso de Direito Administrativo**, Forense, 8ª ed., 1986, p. 615).

O quadro normativo sobre tal qualificação especial, porém, se afigura disperso. A Constituição Federal deixou assentado que os *imóveis públicos* não se sujeitam a usucapião (art. 183, § 3º e 191, parágrafo único).

Mas *quid iuris* em relação aos bens móveis. A doutrina invoca os vetustos Decretos nº 19.924/31, 22.785/33 e 710/38, sendo que no segundo desses diplomas ficou garantida a imprescritibilidade de *todos* os bens públicos, seja qual for a sua natureza (HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 450). O Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento na Súmula nº 340, restringindo-o, porém, sob o aspecto temporal, vale dizer, somente admitindo a garantia após o advento do Código Civil.

Com a introdução do art. 192, todavia, espancam-se eventuais dúvidas que a matéria poderia ensejar. Ao dizer que os bens públicos não estão sujeitos a usucapião, quer a lei deixar claro que a impossibilidade atinge *todos* os bens públicos, seja qual for a sua natureza ou finalidade.

Dessa maneira, nenhuma posse, ainda que presentes o *animus* de possuir e o fato concreto da ocupação pelo possuidor, pode converter-se em propriedade, se exercida sobre bem público. Cuida-se de postulado necessário para garantir o patrimônio público contra ocupações irregulares por particulares, fato que, pela grande imensidão das áreas públicas, nem

sempre pode restar sob a esfera de vigilância do Poder Público.

8. Comparando-se o sistema encontrado no Código vigente e o que consta do futuro Código, não há como deixar de reconhecer a aplicação do princípio da adequação normativa, pelo qual o legislador deu ao sistema a interpretação que as novas realidades jurídicas vinham reclamando.

Ressalvadas as imperfeições que apontamos, os novos lineamentos jurídicos demonstram a compatibilização de algumas normas e a manutenção de algumas outras, estas suficientemente ajustadas ao processo evolutivo do direito na matéria. ◆

CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS*

JORGE MIRANDA

Professor da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa

I. PALESTRA

1. Em resposta ao honroso convite que me foi dirigido, escolhi tratar em conjunto do controle da constitucionalidade e dos direitos fundamentais, em virtude da sua estreitíssima conexão e de ambos pressuporem por referência a própria ideia de Constituição.

São, obviamente, matérias distintas e que se desenvolveram em tempos e modos diferentes. Mas nunca deixaram, nem deixam de se entrecruzar, de forma latente até há algumas décadas, de forma patente e cada vez mais significativa nos nossos dias.

O constitucionalismo não se reduz, por certo, a controle de constitucionalidade e a direitos fundamentais. Envolve mais do que isso: envolve legitimidade democrática, divisão de poder, legalidade da administração. Mas hoje existe perfeita consciência de que só faz sentido falar em constitucionalismo ou em Estado de Direito quando se verifique, nos textos e na prática, garantia dos direitos fundamentais e esta implica controle de constitucionalidade, seja qual for o sistema que se adote.

Eis, por conseguinte, o percurso que pretendo seguir nesta palestra. Começarei por uma breve evolução histórico-comparativa, mostrando como, apenas na aparência, controle da constitucionalidade e direitos fundamentais surgiram separados, salvo nos Estados Unidos, e explicando que tal se deveu, entre outras causas, a uma certa concepção de Constituição. Aludirei depois à mudança que se operaria muito mais tarde no paradigma constitucional. E, por último, descreverei a solução presente, com uma ou outra menção do caso português.

* Conferência na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em 21 de agosto de 2002, sendo debatedor o professor Luis Roberto Barroso.

2. O ponto de partida tem de ser a lembrança da experiência do Ocidente nos últimos dois séculos e meio:

a) Que, ao contrário das “Leis Fundamentais” do Antigo Regime, assentes na tradição e no costume, a Constituição saída das Revoluções norte-americana e francesa é expressão de vontade manifestada num preciso momento histórico;

b) Que essa expressão de vontade radica no poder exercido por quem assume a soberania – o poder constituinte, o poder de constituir (ou reconstituir) o ordenamento jurídico e, através dele, o Estado;

c) Que fazer uma Constituição significa praticar um ato fundacional desse ordenamento;

d) Que o exercício do poder constituinte e esse ato fundacional ancoram-se numa nova legitimidade ou numa nova idéia de Direito contraposta à anteriormente prevalecente, e triunfante ora por ruptura revolucionária, ora por via de transição;

e) Que a Constituição, por isso, se carrega de uma intenção de totalidade – por abranger todo o político – e de uma intenção de racionalidade – por se pretender ordenação sistemática desse político;

f) Que essa dupla intenção se traduz, no entanto, em conteúdos diversos consoante as concepções ideológicas e as circunstâncias – conteúdos liberais individualistas (art. 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789) numa primeira fase; depois conteúdos também sociais, de mais de uma matriz;

g) Que, independentemente deste ou daquele conteúdo, equivalente a um conjunto de princípios específicos (a Constituição material), a Constituição exige sempre uma forma própria com consequências no domínio da modificação dos seus preceitos (Constituição formal);

h) Que esta supremacia da Constituição foi, durante muito tempo aqui encarada mais no plano político do que no jurídico, não se enxergando nas suas normas critérios ou padrões de validade das demais normas do ordenamento estatal;

i) Que, nos Estados Unidos, desde o início, se aceitou a faculdade de os tribunais em geral realizarem esse controle – por o poder constituinte ser superior ao poder legislativo e (como escreveu HAMILTON) uma lei inconstitucional, fruto de um poder constituído, dever considerar-se nula;

j) Que, pelo contrário, na Europa, em nome da separação de poderes (ou de determinada maneira de a encarar) ou de identificação de lei com a vontade geral, esse postulado foi recusado durante mais de 100 anos;

l) Que, com algumas exceções (entre as quais Portugal, por influência da Constituição brasileira de 1891), apenas a seguir à primeira guerra mundial se foi implantando a fiscalização jurisdicional de constitucionalidade a par do aperfeiçoamento dos institutos do Estado de Direito e em ordenamentos plurilegislativos (Estados federais e regionais) por necessidade de dirimir conflitos entre o poder central e os poderes locais.

3. Um ponto de particularíssimo relevo refere-se às relações entre Constituição e lei. Há uma evolução que se opera em três fases: 1^a) até à primeira guerra mundial e à Constituição de Weimar de 1919; 2^a) entre esta e as novas Constituições surgidas após a segunda guerra mundial, mormente a de Bona, de 1949; 3^a) e depois destas Constituições – no caso de Portugal a Constituição de 1976 e no caso do Brasil a de 1988.

Em síntese, a mudança de paradigma consiste na passagem da centralidade jurídico-positiva da lei na primeira fase para a centralidade jurídico-positiva da Constituição na terceira, com um período intermédio de recondução das normas constitucionais a preceitos programáticos sem aplicação imediata. E ela torna-se patente e decisiva no quadro dos direitos fundamentais.

a) No século XIX, a lei integra-se na visão de uma sociedade de indivíduos atomísticos e que se pretendem livres e iguais, uma sociedade homogênea, bem estruturada frente ao poder político e cujo funcionamento se pauta de acordo com uma ordem natural. Prescrição normativa àqueles dirigida, define-se pela generalidade e pela abstracção. Proveniente do Parlamento, reveste forma unitária.

A lei assenta na majestade da razão e, por isso, a racionalidade vem a ser o seu limite intrínseco, único e necessário. Instrumento incindível de fins permanentes e universais, tem na certeza uma finalidade básica a prosseguir e, por isso, a codificação torna-se o seu maior triunfo (para lá do processo histórico de afastamento do costume e de outras fontes).

Com a separação, característica da época, entre Estado e sociedade, estanques vão ficar também os domínios da Constituição e da lei: a Constituição é tão-somente a Constituição do Estado, do Estado-poder; o resto, ou seja, a vida coletiva cabe à lei. E é nos grandes Códigos Cíveis, Penais, Comerciais, de Processo que se encontra o pulsar de estruturas da sociedade,

o sentido de instituições como a família, o contrato ou a propriedade.

Algo curioso, tanto no Brasil como em Portugal são as próprias Constituições a mandar organizar “quanto antes, um Código Civil e Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e equidade” (art. 179º, nº 18, da Constituição de 1824, e, naquele decalcada, art. 145º, § 17º da Carta Constitucional portuguesa de 1826).

b) As vicissitudes do século XX iriam alterar a posição da lei. O legislador – seja o Parlamento, seja o Executivo enquanto investido de competências legiferantes – defronta-se agora com uma sociedade plural, mutável e conflitual, com grupos, interesses e forças políticas, culturais e ideológicas em concorrência; defronta-se, cada vez maior frequência, com crises econômicas, de origem interna ou externa; e tem de utilizar, não raro, a lei para intervenções contingentes nos mais variados setores (levando àquilo a que GARCIA DE ENTERRIA chama as leis *omnibus*).

Ora, essa alteração não ocorre sem interferência da Constituição, a qual deixa de se mostrar aparentemente neutra perante a sociedade para se carregar, também ela, de intencionalidades conformadoras e transformadoras. Em vez de se confinar à separação de poderes e à garantia de direitos individuais (na linha do art. 16º da Declaração de 1789 ou do art. 178º da Constituição de 1824), a Constituição alarga dramaticamente as matérias sobre que versa e assume conteúdos diversos e até antagônicos consoante os regimes políticos (desde o Estado social de Direito ao corporativismo, ao fascismo e ao marxismo-leninismo).

À complexificação dos fenômenos legislativos vai corresponder a tendência de afirmação da Constituição, acompanhando o despontar de direitos econômicos, sociais e culturais. Mas as normas constitucionais fora dos domínios políticos são, quando muito, tidas por programáticas – no sentido de meras metas a atingir e não de verdadeiras normas jurídicas. Não se concretiza então, ainda, na sua plenitude, o princípio da constitucionalidade.

c) Para a subseqüente evolução iriam concorrer quatro causas:

– A continuada pulverização decisionista da lei, nem sequer esgotada na dicotomia lei-regra (*Rechtsgesetz*) e lei-medida (*Massnahmengesetz*), e a fluidez das fronteiras entre legislação e administração;

– Mais recentemente, a multiplicidade de procedimentos legislativos, em certos casos com participação e contratualização normativa, assim como as tendências de deslegalização e até de desregulação;

– A par da quebra da separação liberal entre Estado e sociedade, a

quebra da separação dualista entre Direito interno e Direito internacional, com a vigência imediata de normas deste na ordem interna;

– Sobretudo, porém, os regimes totalitários e autoritários, tornada patente a necessidade de se lhes contraporem Constituições *normativas* (na acepção de KARL LOEWENSTEIN), repositórios de valores fundamentais da comunidade e dotadas de uma função garantística efetiva.

4. Lê-se no art. 1º, nº 3 da Constituição federal alemã de 1949, a Constituição de Bona: “*Os direitos fundamentais contêm preceitos jurídicos directamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial*”.

E no art. 18º, nº 1 da Constituição portuguesa de 1976: “*Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis*”. Assim como no art. 5º, § 1º da Constituição brasileira de 1988: “*As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”.

Ressalta, à vista desarmada, a confluência das três Constituições – confluência não por acaso, pois determinada, justamente, pela vontade de erguer, em cada um dos países, um Estado de Direito bem diverso do regime precedente.

Não é que, observe-se, só as normas relativas a direitos fundamentais tenham essa virtualidade de aplicação imediata; todas as normas constitucionais hoje a possuem, duma maneira ou doutra. E nisto consiste aquilo que eu tenho designado por revolução copernicana do Direito público, por a Constituição poder considerar-se, doravante, o *Sol* em torno do qual giram todas as demais normas do ordenamento jurídico estatal.

Porém, afigura-se muito significativo que seja a propósito dos direitos fundamentais que o princípio venha proclamado. Enquanto que antes se entendia que o exercício dos direitos era “nos termos da lei”, hoje as normas constitucionais vinculam os comportamentos de todos os órgãos e agentes de poder, quer positiva, quer negativamente. Na expressão célebre de HERBERT KRÜGER, não são os direitos fundamentais que agora se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais.

Claro está, haverá aqui que distinguir consoante as normas constitucionais sejam exequíveis por si mesmas ou auto-executáveis (como sucede na maior parte das normas sobre liberdades) ou não sejam auto-executáveis (como sucede com a quase totalidade das normas sobre direitos sociais).

Na primeira hipótese, o sentido específico do princípio consiste na possibilidade imediata de invocação dos direitos perante a Administração e os tribunais, mesmo que não haja lei. E a regulamentação legislativa, se se der, nada acrescentará de essencial: apenas poderá ser útil (ou, porventura, necessária) pela certeza e segurança que criar quanto às condições de exercício dos direitos ou quanto à sua delimitação frente a outros direitos.

Ao invés, se as normas constitucionais não forem auto-exequíveis ou auto-executáveis, o sentido do princípio consiste na adstrição do legislador a editar as medidas legislativas adequadas ao cumprimento da Constituição (ainda que a própria Constituição possa fixar prazos para tal tarefa). E na falta dessas medidas verificar-se-á inconstitucionalidade por omissão com a consequente sujeição ao controle que as nossas Constituições prevêem (art. 283º em Portugal e arts. 5-LXXI e 103, § 2º no Brasil).

Ambas as Constituições encerram, como se sabe, extensíssimos catálogos de direitos, procurando definir o seu conteúdo e os modos de concretização. Não reside nisso, entretanto, o mais importante. O essencial não se encontra num elenco mais ou menos vasto de direitos, até porque muitas Constituições nominais e semânticas (ou simbólicas, como diz MARCELO NEVES) igualmente o encerram. O essencial está no sistema de garantias que os amparam, a primeira das quais – para lá da cultura de cidadania do povo – é o controle jurisdicional da constitucionalidade.

5. Desde 1983 (e com antecedente na Comissão Constitucional criada em 1976) Portugal dispõe de um Tribunal Constitucional semelhante aos que existem na atualidade em muitos países europeus e em alguns extra-europeus.

Dispõe de um Tribunal Constitucional, embora não tenha desaparecido a fiscalização difusa vinda da Constituição de 1911, distinguindo-se assim da maior parte dos seus homônimos. A fiscalização concreta continua a caber a todos os tribunais e nela o Tribunal Constitucional somente intervém como tribunal de recursos; a *primeira palavra* compete a cada tribunal, a *última* ao Tribunal Constitucional. Apenas o controle abstrato lhe está reservado em exclusivo. É um sistema misto, sob este aspecto afim do sistema brasileiro.

O Tribunal Constitucional é, por certo, um tribunal, mas diferente dos demais tribunais. É tribunal, porque a sua função é declarar o Direito, está sujeito ao princípio do pedido, deve fundamentar juridicamente as suas decisões, está submetido a rigorosas leis de processo e os seus juízes têm o estatuto dos juízes em geral. Mas é tribunal diferente, porque situado fora das demais ordens de tribunais e porque os seus juízes não têm de ser (ou

não têm de ser todos) juízes de carreira e são designados por órgãos políticos (e quanto a este ponto igualmente se verifica alguma aproximação a Supremos Tribunais como o norte-americano e o brasileiro).

Pois bem: como pode um tribunal com juízes escolhidos desta forma vir a sindicar os atos daqueles órgãos? Como pode a *criatura* fiscalizar o *criador*; como pode um tribunal assim composto não reproduzir a composição do Parlamento ou a orientação do Chefe de Estado? Essa a aporia do Tribunal Constitucional: se lhe falta a fonte de designação por órgãos representativos carece de legitimidade; se a recebe, dir-se-ia ficar desprovido de eficácia ou utilidade o exercício da sua competência.

Mas não. É, justamente, por os juízes constitucionais serem escolhidos por órgãos democraticamente legitimados – em coerência, *por todos* quantos a Constituição preveja, correspondentes ao sistema de governo consagrado – que eles podem invalidar atos com a força de lei. É por eles, embora por via indireta, provirem da mesma origem dos titulares de órgãos políticos que por estes conseguem fazer-se acatar.

Os membros do Tribunal Constitucional não se tornam representantes dos órgãos que os elegem ou nomeiam, não estão sujeitos a nenhum vínculo representativo. Muito pelo contrário, uma vez designados, são completamente independentes e para garantia dessa independência, os seus mandatos não coincidem com os dos titulares do órgão de designação, são mais longos e, por princípio, insusceptíveis de renovação; e, quando de eleição parlamentar, de ordinário requer-se maioria qualificada (o que obriga, a compromissos e evita escolhas fora do “arco constitucional”).

Nisto tudo (insisto) reside a singularidade da figura (ou, se se preferir, a sua ambivalência): uma legitimidade de título assimilável à dos titulares dos órgãos de função política do Estado, uma legitimidade de exercício equiparável à dos juízes dos tribunais comuns.

6. Excederia o meu tempo dar conta dos desenvolvimentos que o controle da constitucionalidade assim concebido tem vindo a receber em Portugal nos 25 anos de vigência da Constituição de 1976, em conexão estreita com os direitos fundamentais (que têm sido o campo dominante da sua actividade, muito mais do que questões ligadas à organização económica ou à repartição de competências entre os órgãos do Estado ou entre estes e os das regiões autónomas dos Açores e da Madeira).

Apenas quereria salientar que o Tribunal Constitucional português – tal como outros órgãos de controle da constitucionalidade – não se tem

circunscrito a decisões de inconstitucionalidade, a decisões positivas ou negativas. Tem, necessariamente, sido levada, em face das particularidades de não poucas matérias e questões e a partir de técnicas apuradas de hermenêutica constitucional, a acolher outros tipos de decisões: decisões interpretativas, decisões limitativas, decisões aditivas. E estas últimas apresentam-se com especial relevo por contenderem com aplicações concretas do princípio da igualdade.

Com efeito, nas decisões aditivas (também ditas modificativas ou manipulativas) a inconstitucionalidade detectada não reside tanto naquilo que a norma preceitua quanto naquilo que ela não preceitua. Ou, por outras palavras, a inconstitucionalidade acha-se na norma *na medida em que não contém tudo aquilo que deveria conter* para responder aos imperativos da Constituição. E então, o órgão de fiscalização acrescenta (e, acrescentando, modifica) esse elemento que falta.

Uma lei, ao atribuir um direito ou uma vantagem (v.g., uma pensão) ou ao adstringir a um dever ou ônus (v.g., uma incompatibilidade), contempla certa categoria de pessoas e não prevê todas as que se encontram na mesma situação, ou acolhe diferenciações infundadas. Que fazer: eliminar os preceitos que, qualitativa ou quantitativamente, violem o princípio de igualdade? Ou, pelo contrário, invocando os valores e interesses constitucionais que se projetam nessas situações, restabelecer a igualdade? Decisões aditivas são, em especial, as que adotam o segundo termo da alternativa.

Nas decisões redutivas ou de inconstitucionalidade parcial há um segmento de norma que cai para ela ser salva. Nas decisões aditivas há um segmento ou uma norma que se acrescenta com idêntico fim. E nisto, por seu turno, se denota algo de comum às decisões limitativas e, dalguma sorte mesmo às decisões interpretativas: todas elas pressupõem um sistema de fiscalização que, longe de se fechar sobre si, aparece inserido no contexto global de Constituição e que, portanto, reconhece aos respectivos órgãos um papel ativo de realização dos princípios constitucionais.

7. Seria interessante ainda observar como problemática análoga ou homóloga à da constitucionalidade e dos direitos fundamentais vai emergindo nos nossos dias para além do âmbito estatal, por força da progressiva (conquanto sempre precária) institucionalização da comunidade internacional.

Refiro-me à Carta das Nações Unidas e ao *jus cogens*, à Declaração Universal de 1948 e aos numerosíssimos tratados celebrados na sua seqüên-

cia, aos Tribunais Europeu e Interamericano de Direitos do Homem, enfim ao Tribunal Penal Internacional criado pelo estatuto de Roma de 1948.

Como conjugar esses meios com os meios internos? Não determinam eles uma diminuição de centralidade que a Constituição e os seus instrumentos de garantia têm obtido? Que novidades trarão os próximos tempos? Mas esse seria tema para outra palestra.

II. DEBATES

Colocação do Dr. Luís Roberto Barroso

Com uma certa dose de arriscado improvisado, irei conversar sobre alguns dos temas suscitados pelo Prof. Jorge Miranda.

O Brasil, a partir de 1988, passou a ter uma nova Constituição: a Constituição Democrática Brasileira. Mas nós ainda não tínhamos uma teoria constitucional elaborada para atender as demandas de uma Constituição normativa em um Estado Democrático. E, naquela ocasião, foram as obras do Professor Jorge Miranda e do Professor Gomes Canotilho, dois eminentes autores portugueses, que serviram como referência e inspiração para o desenvolvimento no Brasil de uma teoria constitucional. Acho que hoje, passados cerca de quinze anos, talvez tenhamos sido capazes de desenvolver uma teoria constitucional brasileira. Mas o ponto de partida, os elementos seminais da moderna teoria constitucional brasileira devem imensa reverência ao Professor Jorge Miranda e a alguns de seus companheiros portugueses. Quero a ele um bem enorme, inclusive pessoal. Uma das vantagens da vida acadêmica é que não precisamos conviver fisicamente para gostar. Encontramo-nos em livros, em artigos, em textos, mesmo quando não nos encontramos fisicamente. De modo que para mim é um prazer e um orgulho poder partilhar desse evento com o Professor Jorge Miranda.

Naturalmente, como não sabia sobre o que exatamente ele falaria, quais fundamentos utilizaria, trouxe duas páginas de bases conceituais sobre as quais eu irei trabalhar. Em seguida procurarei debater e eventualmente formular indagações sobre alguns dos temas trazidos pelo Professor Jorge Miranda.

A Constituição é, classicamente, o instrumento que, ao instituir o Estado, organiza o exercício do poder político, define direitos fundamentais

e indica fins públicos a serem alcançados. A Constituição é um instrumento do processo civilizatório. O grande papel que desempenha hoje, principalmente em um país como o Brasil, é o de conservar os valores que foram incorporados ao patrimônio político da sociedade e, ao lado disso, avançar o processo social em busca de outros valores socialmente desejados e ainda não totalmente realizados. Portanto, as Constituições modernas – e me refiro especificamente ao fenômeno brasileiro – têm uma dimensão procedimental, que é a de assegurar a participação e a prevalência da vontade das maiorias, mas têm também uma dimensão substantiva, voltada para a preservação e realização desses valores importantes incorporados ao patrimônio de uma sociedade.

É para assegurar a supremacia da Constituição e de suas normas, tanto procedimentais quanto substanciais, que existem os diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade, cuja premissa teórica mais destacada é a supremacia da Constituição. Exerce-se o controle porque a Constituição é suprema, tendo como fundamento de legitimidade, hoje, a busca da realização dos direitos fundamentais. Uma outra premissa teórica importante, e que me parece de bom proveito estabelecer, é o fato de que constitucionalismo e democracia, embora eventualmente se superponham e se aproximem, não são conceitos necessariamente coincidentes. Pelo contrário, pode haver tensão entre eles. Democracia significa soberania popular e governo da maioria. Constitucionalismo significa um pouco mais, ou algo um pouco diferente: a limitação do poder, o Estado de direito e a preservação de determinados valores; o que significa dizer que entre constitucionalismo e democracia pode haver uma tensão. Cabe à Constituição conter a vontade das maiorias, afirmar valores e realizar os direitos fundamentais, mesmo quando o processo político caminhe em direção contrária. Vale dizer, a Constituição desempenha um papel pouco observado pelos autores brasileiros, que é o de resguardar as minorias e proteger direitos fundamentais contra eventuais abusos da maioria.

Essas premissas – relativamente singelas –, são aquelas sobre as quais eu gostaria de trabalhar, passando agora a discutir e comentar alguns dos pontos ilustrados pela magnífica palestra do Professor Jorge Miranda. Identificou ele os três grandes sistemas de controle praticados hoje no mundo. O mais antigo é o norte-americano, mas o que há de singular no sistema de controle de constitucionalidade americano? É justamente o seu caráter judicial. Os americanos conceberam, desde *Marbury versus Madison*, de 1803,

ou desde um pouco antes, no Federalista, um sistema no qual o controle de constitucionalidade era uma razão direta do exercício da jurisdição. Cabe ao juiz, na resolução do caso concreto, aplicar o direito, do qual a Constituição faz parte em posição de supremacia; se uma norma infraconstitucional estiver em contraposição à Constituição, ele irá prestigiar esta última e deixará de aplicar a norma infraconstitucional incompatível. Simples assim – por sofisticada que possa ter sido a elaboração teórica – é o modelo de controle de constitucionalidade nos Estados Unidos.

Ao aplicar o direito e constatar um conflito entre a Constituição e uma norma infraconstitucional, como decorrência da supremacia de que a primeira é dotada, o juiz aplica a Constituição e paralisa a eficácia da norma infraconstitucional, negando-lhe validade. Esse foi o modelo de controle judicial de constitucionalidade que se irradiou pelo mundo.

Na Europa, ao contrário, como bem observou o Professor Jorge Miranda, vigia o modelo francês, no qual não se admitia esse tipo de controle de constitucionalidade, tanto por força da separação rígida dos poderes, como por força de um imenso preconceito que se nutria na França em relação ao Poder Judiciário desde a Revolução Francesa. Na Europa, portanto, não existia o sistema de controle judicial da constitucionalidade. Com o tempo, houve um processo evolutivo do modelo francês. Já no século XX, a Constituição Francesa de 1946 previu um Comitê Constitucional e a Constituição de 1958 previu o Conselho Constitucional. Todavia, o controle exercido por esse conselho é de natureza política e preventiva, de modo que na França não existe, até hoje, a possibilidade de um juiz de direito deixar de aplicar uma norma que considere inconstitucional.

Pois bem: como lembrou o Professor Jorge Miranda, a partir da Primeira Guerra Mundial, na verdade a partir de 1920, tem início na Europa uma forma de controle de constitucionalidade que é assentada sobre premissas doutrinárias diversas daquelas vigorantes nos Estados Unidos. Em 1920, Hans Kelsen concebe um modelo de controle de constitucionalidade através de tribunais constitucionais – órgãos criados especialmente para esta finalidade – fora da estrutura típica do Poder Judiciário. O exercício da jurisdição constitucional seria concentrado nesses tribunais, promovendo, portanto, um processo de separação da discussão judicial para fins de controle de constitucionalidade. Nesse sistema o juiz não pode negar aplicação à norma, o máximo que ele pode fazer é remeter a questão constitucional para o tribunal constitucional. Esta era a matriz do modelo austríaco, fundada na

concepção kelseniana, que aliás não prevaleceu, de que norma inconstitucional seria norma anulável e que, portanto, o tribunal proferiria uma decisão cujos efeitos se produziriam daquele momento em diante.

Veio o fim da Segunda Guerra Mundial; surgiu, como observou o Professor Jorge Miranda, diversas Cortes Constitucionais, com um papel extremamente importante na Europa, mas o modelo continua a ser o mesmo: o controle de constitucionalidade não fazia parte do exercício da jurisdição ordinária. Era exercido por tribunais criados para este fim e que tinham uma configuração bem diversa da Suprema Corte americana. As Cortes Constitucionais européias eram compostas por ministros ou por juízes que não eram de carreira, cuja nomeação, ainda quando houvesse participação do chefe do Executivo, dependia, como regra, de indicação ou aprovação parlamentar. Além do mais, estes juízes eram investidos por um mandato a prazo determinado.

Uma discussão muito interessante a propósito desta matéria seria a da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, pela qual não vou enveredar por constituir uma discussão paralela, apenas suscitada pelo Prof. Jorge Miranda. Essa questão, que ainda hoje permeia o debate doutrinário em quase todos os países do mundo, não tem sido muito abordada no Brasil, até por uma razão específica. Nos Estados Unidos há uma grande discussão sobre a legitimidade e o alcance da jurisdição constitucional e do controle de constitucionalidade, porque a Constituição americana não prevê esse controle, pelo juiz ou mesmo pela Suprema Corte. Esta foi uma criação jurisprudencial que enfrenta, segundo a doutrina americana, duas grandes dificuldades. A primeira, denominada dificuldade contramajoritária, envolve a questão de o Judiciário, composto por agentes públicos não eleitos, sobrepor-se à vontade dos agentes públicos eleitos; a outra advém do fato de o Judiciário não se sujeitar a controles democráticos externos, vale dizer: a palavra do Judiciário é a palavra final. Assim, há um espaço de debate interessante a propósito da legitimidade constitucional.

Gostaria de dar um toque dos problemas brasileiros a algumas das questões básicas que o Professor Jorge Miranda suscitou. O Brasil vive já há 13 anos sob a vigência da Constituição de 1988, que é um marco histórico decisivo, pois representa simbolicamente a restauração do Estado democrático brasileiro. Na verdade, ela representa a superação de uma forma de pensar o poder, extremamente intolerante e, por vezes, violenta. O sucesso institucional da Constituição de 1988 no Brasil é inegável e indisputável:

jamais vivemos tantos anos de estabilidade institucional. O Brasil foi capaz de destituir um Presidente da República que desonrou o cargo e defenestrar três importantes Senadores da República, sem que ninguém cogitasse, em nenhum momento, de uma solução que não fosse a solução prevista no quadro constitucional. A maior bravata que se ouviu naquela ocasião foi: “Vou até o Supremo Tribunal Federal”. Crises institucionais, mas sem que se cogitasse de qualquer solução fora da legalidade constitucional, sem uma ordem do dia de Ministro militar. Só quem não conheceu a sombra não reconhece a luz que é viver sob um Estado constitucional e democrático.

Esta Constituição Brasileira de 1988 fez no Brasil, de forma tardia, a mesma trajetória que na Alemanha e no restante da Europa as Constituições fizeram após a Segunda Guerra Mundial. Foi passando lentamente para o centro do sistema jurídico, de onde o Código Civil, que antes reinava soberano, já começava a ser afastado pela criação de microssistemas, tais como o do Direito do Consumidor, o da Proteção da Criança e do Adolescente, o do Direito de Família e o da Locação. O Código Civil, na medida em que envelhecia, permitiu que surgissem outros focos irradiadores de direito, mesmo no próprio âmbito do direito privado. Mas a partir de 1988 a Constituição brasileira, tardiamente, é verdade, efetivamente chegou ao centro do sistema jurídico. De modo que o grande debate constitucional que hoje se pratica no Brasil foi o debate constitucional que na Europa – ainda que não em Portugal – se travou posteriormente à Segunda Guerra Mundial. Esse debate culminou com a entronização da Constituição no centro do sistema jurídico e com a afirmação das potencialidades que ela oferece para a interpretação do direito, o que, no Brasil, hoje, alguns autores procuram identificar pela denominação de filtragem constitucional – um modo de olhar o direito através das lentes da Constituição. Assim, quando se fala em constitucionalização do direito civil ou em constitucionalização do direito processual, o que se quer identificar não é apenas o fato de que na Constituição existem normas de natureza civil, ou normas de natureza processual. O que se quer significar, verdadeiramente, é que as normas de direito civil e as normas de direito processual passaram a ser lidas e reinterpretadas à luz da Constituição, e, portanto, embora eventualmente observando o mesmo relato, passaram a ter um novo sentido e um novo alcance. De modo que esse processo, que o Professor Jorge Miranda relatou como tendo ocorrido na Europa, também ocorreu no Brasil, em fase muito recente. Eu até diria que estamos em um processo de absorção de uma ideologia constitucional, de um modo de olhar

o mundo e de olhar o direito em que se impõe interpretar todas as situações infraconstitucionais a partir da Constituição.

Também no Brasil vivemos um outro fenômeno que o Professor Jorge Miranda identificou como sendo igualmente europeu. Também no Brasil a Constituição não tinha reconhecida a sua força normativa direta, também aqui não havia uma cultura de aplicação direta da Constituição. Vivia-se sob a premissa ideológica, também perversamente equivocada, de que a Constituição não tutelava as situações que contemplava e que, portanto, os direitos constitucionais somente seriam realizáveis a partir do momento em que o legislador infraconstitucional se dispusesse a desenvolver aquele quadro normativo estabelecido na Constituição.

E foi essa não aplicabilidade direta da Constituição, foi essa, eu até diria, insinceridade na elaboração de Constituições, que permitiu que a Constituição brasileira de 1824, referida pelo Professor, tivesse uma norma que assegurava a todos igualdade perante a lei. Norma que conviveu, sem que se assinalasse perplexidade ou constrangimento, com os privilégios da nobreza, o voto censitário e o regime escravocrata. Ou, se quisermos dar um salto no tempo, podemos viajar até a Constituição Brasileira de 1969 - outorgada pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, três senhores – creiam em mim os que não foram contemporâneos –, absolutamente insuspeitos de exageros progressistas. A Constituição brasileira de 1969 trazia o maior elenco de direitos sociais jamais incluídos em qualquer Constituição do mundo, culminando com uma cláusula que assegurava a todos os trabalhadores colônias de férias e clínicas de repouso, sem medo do ridículo. Esse constitucionalismo brasileiro não era comprometido com a sinceridade, porque a Constituição não tinha força normativa.

Assim, o direito constitucional brasileiro dos últimos anos vive duas grandes mudanças de paradigma. A primeira, que aconteceu primeiro na Europa e aqui no Brasil duas décadas depois: o reconhecimento de força normativa à Constituição e, portanto, a conquista de efetividade pelas normas constitucionais. A segunda grande mudança de paradigma foi o desenvolvimento de uma dogmática específica da interpretação constitucional e a absorção dos conceitos da nova hermenêutica constitucional. Este é um tema que está na ordem do dia, mas, evidentemente, quem faz uma exposição profunda e densa, como fez o Professor Jorge Miranda, tem que fazer escolhas e este não foi um dos caminhos que ele escolheu.

Chegamos ao tópico final da exposição do Professor Jorge Miranda,

que diz respeito aos direitos fundamentais e o modo como este fenômeno tem sido compreendido na Europa e no mundo nos dias de hoje. Antes de discutir a questão específica dos direitos fundamentais, gostaria de fazer um breve comentário sobre uma questão tormentosamente complexa, referida pelo Professor: as decisões aditivas, que têm alguns precedentes na Itália, outros mais modernos na Alemanha, e que vêm sendo, em alguma medida, introduzidas no Brasil, embora não plenamente. A questão das decisões aditivas se coloca, pelo menos na discussão brasileira, dentro de um capítulo mais geral, que é o da inconstitucionalidade por omissão e, portanto, o da situação das omissões normativas. Por vezes a omissão do legislador pode ser absoluta, como no Brasil tem ocorrido em algumas matérias. Por exemplo: não há lei disciplinando greve dos servidores públicos, conforme exigido pela Constituição, e o Supremo Tribunal entende que, como não há lei, não é possível desfrutar desse direito. Ações têm constituído o Congresso em mora, mas o vácuo normativo prossegue. O mesmo vale para a questão dos juros de 12% ao ano. Outras situações há, no entanto, em que a omissão é parcial, vale dizer: o legislador efetivamente atua, mas de modo deficiente ou insuficiente.

O exemplo mais típico é a situação do salário mínimo. Quando o Congresso Nacional aprova um novo salário mínimo e este é evidentemente incompatível com a dicção do artigo 7º, IV da Constituição Federal, ou seja, não é suficiente para garantir ao trabalhador a sua sobrevivência e a de sua família, a arguição de inconstitucionalidade desta lei, se for uma inconstitucionalidade por ação, só gera para o Judiciário, ou para o Supremo Tribunal Federal mais especificamente, a possibilidade de declarar a lei inconstitucional e retirá-la do sistema jurídico. Qual seria a consequência disso? A situação ficaria ainda mais inconstitucional, porque continuaria vigendo a lei anterior, de modo que nem aquele pequeno aumento do salário mínimo prevaleceria. Nessas hipóteses, o Supremo Tribunal tem adotado a técnica de, mantendo a lei em vigor, declarar a sua inconstitucionalidade por omissão parcial, sem redução do texto, já que a sua supressão criaria uma situação ainda pior.

A terceira e última categoria a tratar diz respeito às chamadas omissões relativas, que são as omissões violadoras do princípio da isonomia. Estas ocorrem quando o legislador, ao legislar, beneficia uma categoria indevidamente, excluindo outras que também deveriam ser beneficiadas. Nesse plano é que se pode colocar a idéia de uma sentença aditiva ou integrativa. Darei exemplos concretos: a posição corrente do Supremo Tribunal Federal é a

de que, diante de uma lei que concede um benefício remuneratório a uma determinada categoria, com exclusão ilegítima de outra, abrem-se duas possibilidades. A primeira é declarar inconstitucional a lei que criou o benefício para a primeira categoria, por ter discriminado de forma ilegítima; nesse caso, em lugar de se melhorar a vida de todos, é mantida a homogeneidade por baixo. Esta é uma solução constitucionalmente legítima, mas evidentemente indesejável. O Supremo Tribunal Federal também pode – mas, como regra, nega – decidir pela inclusão da categoria excluída no grupo dos beneficiados. Esta solução costuma enfrentar a objeção de que constituiria uma quebra da harmonia entre os poderes, uma violação ao princípio da legalidade e à reserva orçamentária. De um modo geral, o Supremo Tribunal Federal tem negado essa possibilidade de concessão de benefício remuneratório a título de isonomia. Só não o fez em uma decisão - nunca bem compreendida, porque creio que nunca bem explicada - em que efetivamente o Supremo Tribunal Federal estendeu aos servidores públicos civis um benefício que havia sido concedido aos servidores públicos militares, sob o fundamento de quebra da isonomia. Isso porque a Constituição impede que se dê reajuste aos servidores militares sem que se dê também aos civis. Nessa decisão o Supremo Tribunal Federal rompeu com a sua tradição de não estender benefícios com base no princípio da isonomia.

Portanto, Professor, temos um precedente de decisão aditiva, que é a inclusão, no âmbito de alcance da norma, de categoria que não estava prevista, por haver violação do princípio da isonomia nessa omissão. Esse é um tema que por si só justificaria um amplo debate.

Gostaria de terminar com um último capítulo dentro do tema dos direitos fundamentais, na linha deduzida pelo Professor Jorge Miranda, enfocando a questão sob o ponto de vista deste específico momento que vivemos no Brasil, e que na Europa foi vivido alguns anos atrás. Nossas circunstâncias são essas e, portanto, seria um mimetismo equivocado transformarmos o direito supranacional ou supracomunitário no grande debate constitucional brasileiro de hoje. Essa não é a discussão brasileira, não é o problema pelo qual passamos, ainda que seja um capítulo importante e interessante da discussão constitucional. A grande questão jurídica brasileira não é a convivência entre a Constituição e uma ordem supranacional, que é o grande tema na Europa hoje, como já foi nos Estados Unidos há algum tempo, a propósito de demarcar os limites do federalismo.

Hoje, no Brasil, as grandes indagações referem-se a como realizar

os direitos fundamentais, sobretudo em um país que não consegue nem tirar suas crianças das ruas e dos sinais. A dogmática jurídica brasileira tem desenvolvido um conjunto de técnicas com aporte doutrinário muitas vezes mais europeu do que americano, numa quadra histórica que tem sido identificada por diversos autores brasileiros como um momento de pós-positivismo, com o que se quer identificar esta normatividade dos princípios, a ascensão do papel que desempenham no ordenamento e a conseqüente superação da legalidade estrita pela sua utilização. É esse o conjunto de idéias finais, que gostaria de expor e compartilhar com o Professor Jorge Miranda, para depois ouvi-lo a respeito.

A questão do pós-positivismo situa-se historicamente, como observou o Professor Jorge Miranda, no final da Segunda Guerra Mundial. Desde o final do século XIX o direito havia sido conquistado pelo positivismo jurídico, que empurrou o jusnaturalismo para a margem da história, por não conseguir mais conviver com aquelas categorias subjetivas e metafísicas que lhe eram próprias. Essa voracidade cientificista, que varreu o mundo e chegou ao direito, passou a equipará-lo à norma. Assim, a idéia de objetividade transplantada das ciências naturais para o direito passou a dizer: direito é norma. Os principais autores do positivismo jurídico afirmavam que não fazia parte do papel do jurista questionar a justiça ou a legitimidade da norma. O seu papel seria aplicar a norma existente, e nada mais. E esta foi a filosofia do direito até o final da Segunda Guerra Mundial, quando o mundo descobriu assombrado que o direito nem sempre é um instrumento da razão. Que o direito, muitas vezes, pode ser o instrumento da perversidade, da barbárie; que o fascismo na Itália e o nazismo na Alemanha haviam se implantado em nome e sob a proteção da lei; que todos os principais acusados de Nuremberg invocavam em sua defesa o estrito cumprimento do dever legal, em obediência às ordens emanadas das autoridades competentes.

Portanto, se a norma podia ser instrumento do mal e da barbárie, evidentemente ela não podia equiparar-se ao direito. Só que a ciência jurídica, que descobriu que o positivismo jurídico não era suficiente, não queria mais voltar às categorias abstratas do direito natural. E surge então essa idéia, esse momento em que vivemos, que é do reconhecimento de que a norma é muito importante, é uma conquista da história da humanidade, mas também o do reconhecimento de que o direito não se esgota na norma. Há na vida jurídica um conjunto de valores, um conjunto de princípios que integram o ordenamento jurídico por fazerem parte do patrimônio da civilização, ainda

quando não estejam expressos em letra de forma, em um texto legislativo. Esses valores até podem ser veiculados por normas, mas vivem fora e acima delas. São exemplos os princípios da dignidade da pessoa humana, da reserva de justiça, da solidariedade, entre outros; é com base nesses valores, materializados em princípios, que a interpretação constitucional pode aumentar o seu compromisso com a justiça e, em certos casos, até mesmo superar a legalidade estrita, quando, de outra forma, a aplicação da norma frustraria um princípio constitucional. Três exemplos que pincei e penso ser de proveito enunciar. O primeiro é uma decisão do Superior Tribunal de Justiça, relator Ministro José Augusto Delgado: uma mãe pede o levantamento do seu fundo de garantia do tempo de serviço para acudir seu filho, portador do vírus HIV. A Caixa Econômica indefere o pedido porque a lei do FGTS, na época, não previa a possibilidade de que o fundo fosse levantado para socorrer parentes em caso de doença; a Caixa Econômica, portanto, cumpriu a lei ao negar o pedido. Mas o Poder Judiciário, especificamente o Superior Tribunal de Justiça, mandou levantar o fundo de garantia, sob o fundamento de que viola o princípio da dignidade da pessoa humana impedir que uma mãe resgate a sua poupança compulsória para acudir seu filho em uma doença terminal. Observe-se a singularidade da hipótese – a lei do fundo de garantia não é inconstitucional, mas aquela específica incidência dela produziria um resultado inaceitável, por ir de encontro a um valor constitucional mais elevado.

Segundo caso, ainda envolvendo a dignidade da pessoa humana: decisão do Ministro Ruy Rosado de Aguiar sobre hipótese de prisão civil por dívida. Uma mulher tem a sua prisão civil decretada em um caso constitucionalmente legítimo. O Ministro Ruy Rosado faz as contas e descobre que ela foi presa porque não conseguiu pagar os juros de sua dívida e que esses juros, para serem pagos, tomariam o que ela ganharia de proventos por toda a sua sobrevivida, sendo que ainda assim ela não conseguiria amortizar sequer um centavo da dívida principal. Ele afirma que prender uma pessoa pela incapacidade de pagar juros extorsivos viola o princípio da dignidade da pessoa humana. Não interferiu com a hipótese de prisão por dívida, mas disse que, nesse caso concreto, a consequência da incidência da norma seria a produção de um resultado aberrante face ao texto constitucional.

Por fim: uma decisão de um desembargador do Rio Grande do Sul. Como todos sabem, a legislação infraconstitucional impede o juiz de conceder antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Pode-se discutir a conveniência ou não dessa norma, mas ela tem a chancela do Supremo

Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade. A hipótese era a de uma mulher portadora do mal de Alzheimer, em que o não fornecimento do medicamento em tempo hábil importaria sua morte. Ao julgar esse caso, o desembargador Araken de Assis entendeu que o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade em abstrato da norma – pelo que todos os juízes estão vinculados a essa decisão – mas se ela não for capaz de produzir a justiça específica do caso concreto, violando um valor jurídico tão importante como é a proteção à vida, será preciso ponderar a segurança jurídica estabelecida em favor do Poder Público com o direito à vida. Como o perecimento do direito, nesse caso, iria ocorrer, porque a mulher morreria, ele concedeu a antecipação de tutela, apesar de a lei proibir e de o Supremo considerar a lei constitucional.

Isso não é uma bravata, não é um desprezo à lei. Repito: a lei é uma conquista da humanidade e a sua não aplicação deve ser uma exceção. Mas há mecanismos dentro deste quadro jurídico pós-positivista que permitem interpretar o direito não apenas pela literalidade dos textos normativos, mas também pelos valores e princípios que são apreendidos e compartilhados pela comunidade. Na verdade, o que se ganha em potencial de realização de justiça, perde-se, é certo, em segurança jurídica, porque se está aumentando a discricionariedade do intérprete, do aplicador da lei. Por isso a dogmática jurídica hoje está discutindo como limitar a discricionariedade judicial nesses casos e como ter parâmetros objetivos de ponderação de valores. Esta é a discussão do momento. Por enquanto, todos temos que nos contentar com o que se chama teoria do discurso ou teoria da argumentação, que é, em última análise, a garantia do jurisdicionado. O juiz sério, comprometido com a sua comunidade – como é a grande maioria dos juízes –, sente-se na obrigação de fundamentar racionalmente a sua decisão, de forma apta a demonstrar, para um público esclarecido, que aquela era a melhor opção no caso concreto. Se não conseguir convencer a coletividade, terá a decisão reformada e o desprestígio de quem não é capaz de fazer a escolha adequada.

É uma garantia um pouco fluida, mas é o preço que se tem de pagar hoje, aqui e agora, para realizar a Justiça, à custa de um eventual sacrifício da segurança jurídica.

Resposta do Prof. Jorge Miranda ao Prof. Roberto Barroso

O Prof. Luís Roberto Barroso fez uma segunda palestra, extremamente

rica e suscitadora de temas e problemas importantes dos quais gostaria de mencionar alguns.

Primeiro ponto. Assim como a Constituição de 1988 representou para o Brasil a abertura ou a reabertura do processo democrático e a instauração de um constitucionalismo moderno assente na centralidade da lei, também em Portugal se deu um fenômeno idêntico, 12 anos antes, com a Constituição de 1976. Há um paralelismo muito nítido nesse aspecto entre a experiência constitucional brasileira e a portuguesa.

A grande diferença está em que no Brasil a interrupção constitucional foi “apenas” de 21 anos – entre 1964 e 1985 – enquanto que em Portugal ela havia sido de 48 anos – entre 1926 e 1974. Portanto, podem avaliar as muito maiores dificuldades que tivemos em Portugal para retomar a normalidade da vida constitucional democrática. Tinham passado duas ou três gerações; e foi, de certo jeito, necessário começar tudo de novo. Havia-se perdido a idéia, por exemplo, de um Parlamento; o sufrágio universal era algo extremamente remoto; e quanto aos direitos, eles apareciam na Constituição do regime salazarista, na Constituição de 1933, havia um parágrafo dizendo que eles estavam sujeitos a fortes restrições e que a lei poderia até, por exemplo, estabelecer censura à imprensa; tão pouco o controle de constitucionalidade, apesar de formalmente mantido, pôde funcionar senão meia dúzia de vezes.

Diferentemente, agora a Constituição não só afirma que a validade das leis e de todos os atos de poder depende da conformidade com as suas normas como estabelece os já referidos mecanismos de garantia dos direitos fundamentais e de controle de constitucionalidade – controle concreto e abstrato, preventivo e sucessivo, por ação e por omissão.

Segundo ponto. Um paralelo também muito nítido entre a Constituição brasileira e a portuguesa tem a ver com a consideração de princípios constitucionais. Porque o texto constitucional português está todo estruturado a partir dos princípios. Não existe somente uma anteparte intitulada “Dos Princípios Fundamentais”, como aparece na Constituição brasileira. As grandes partes da Constituição – direitos fundamentais, organização econômica, organização do plano político – são estruturadas a partir de princípios. Vai-se avançando a partir dos princípios para as disposições.

A doutrina portuguesa tem salientado, na linha do que disse o Professor Luís Roberto Barroso, que o Direito não se esgota em norma, não se esgota no preceito, no artigo, no parágrafo da lei, nem se esgota no preceito e no parágrafo da Constituição. O Direito, e antes de mais o Direito cons-

titucional, começa por ser um conjunto de princípios, sejam princípios que a própria Constituição declara, sejam princípios que possam deduzir-se de outros princípios tendo em conta a consciência jurídica da comunidade.

Os tribunais, diz o nosso art. 204º, não podem aplicar normas contrárias a princípios da Constituição e, mais do que isso, o Tribunal Constitucional tem recorrido a princípios para julgar inconstitucionais numerosas leis. Não só aos princípios da igualdade e da isonomia, mas também a certos princípios do Estado de Direito como, por exemplo, o princípio da confiança. Tudo reforçado pelo apelo à Declaração Universal dos Direitos do Homem, critério de interpretação e integração dos preceitos respeitantes a direitos fundamentais (art. 16º).

Terceiro ponto. Sim, o Estado baseia-se na idéia de dignidade da pessoa humana, como se lê no art. 1º da Constituição portuguesa, o que implica que o sistema de direitos fundamentais tenha que repousar nesse valor e dele retirar a sua unidade e coerência.

E poderia aludir a várias decisões do Tribunal Constitucional, que aí radicam, como aquelas em que ele tem dado preferência ao direito à habitação sobre o direito à propriedade ou que tem procurado salvaguardar o mínimo de existência economicamente necessária a trabalhadores e a pensionistas.

Quarto ponto. Quanto às decisões aditivas, apesar de parte da doutrina portuguesa as contestar por pôr em causa a separação de poderes, o Tribunal Constitucional e já antes a Comissão Constitucional têm-nas pronunciado sem grandes dúvidas.

Entre outros exemplos, citarei um acórdão daquela Comissão julgando inconstitucional a fixação de idade nubil para os indivíduos do sexo feminino inferior à fixada para os indivíduos do sexo masculino; um acórdão do Tribunal sobre atividade docente e advocacia; e vários sobre pensões por morte em caso de acidentes de trabalho.

Último ponto. As questões de hermenêutica constitucional alcançaram um tratamento científico de extrema qualidade no Brasil que a doutrina portuguesa ainda não pôde acompanhar. No entanto, elas não são desconhecidas entre nós, tal como não é desconhecida a problemática dos limites do julgador em face da Constituição.

Pergunta do Dr. Paulo Mendonça

O Professor Jorge Miranda em sua palestra disse que uma lei in-

constitucional era uma lei nula, portanto não produz efeitos – o que é uma tradição desde Kelsen. Como conciliar essa nulidade da lei com a declaração de inconstitucionalidade *ex nunc* e não *ex tunc*? Essa é a questão que hoje tem sido bastante debatida em nossos Tribunais, principalmente no Órgão Especial do Tribunal do Rio de Janeiro.

Resposta do Professor Jorge Miranda

Referi-me a este ponto de passagem a propósito dos Estados Unidos, citando Hamilton, um dos grandes nomes dos *Federalist Papers*.

Mas, em Direito positivo, saber se a lei inconstitucional é nula ou anulável (se a declaração de inconstitucionalidade, portanto, produz efeitos desde a emissão da norma infraconstitucional contrária à Constituição, ou se a declaração de inconstitucionalidade só produz efeitos *ex nunc*, para o futuro) isso depende de cada sistema jurídico, de cada Constituição e do modo como em cada Constituição aparece organizado o controle de constitucionalidade.

Por exemplo, em Portugal não há a menor dúvida de que a lei inconstitucional é nula e a inconstitucionalidade produz efeitos desde que a norma inconstitucional é produzida. Se for inconstitucionalidade originária – desde o momento em que o legislador faz a lei contrária à Constituição; se se tratar de inconstitucionalidade superveniente (quer dizer, de inconstitucionalidade resultante de uma modificação constitucional) – desde o momento em que surge a nova norma constitucional, contra a qual, a partir de agora, dispõe a norma legal preexistente.

A inconstitucionalidade em Portugal equivale à nulidade. O que não impede que a própria Constituição tenha uma espécie de cláusula de segurança, admitindo que, em determinados casos, por exigência de equidade ou de segurança jurídica, ou até de interesse público de excepcional relevo, o próprio Tribunal Constitucional possa conformar os efeitos da inconstitucionalidade em termos um pouco diferentes. E há alguns casos em que, considerando os direitos adquiridos, por exemplo, à face de uma lei inconstitucional, ou interesses de ordem financeira do Estado, o Tribunal Constitucional tem feito aplicar a declaração de inconstitucionalidade só para o futuro, e não desde o momento em que se produziu a inconstitucionalidade.

Pergunta do Presidente da AMAERJ, Juiz Luis Felipe Salomão

Diante do novo quadro constitucional, qual o papel do juiz e da magistratura para a garantia dos direitos fundamentais? Há necessidade de uma nova mentalidade do juiz? O que pensa o senhor do ativismo judicial?

Resposta do Professor Jorge Miranda

Evidentemente, num Estado de direito, a posição da magistratura, e antes de mais nada, a posição do juiz – servidor da lei, declarador (permitam-me o neologismo) do Direito e, portanto, antes de mais nada, da Constituição – é fundamental. É uma responsabilidade, é um encargo, é um fardo imenso que recai sobre os ombros do juiz.

Todavia, não podemos supor que o juiz, que o magistrado, seja um corpo isolado dentro da sociedade; que o juiz viva numa torre de marfim, à margem da sociedade. Ele tem que estar em diálogo com a sociedade, recebendo o juiz o reconhecimento da sua missão por parte da sociedade e sabendo, por seu turno, perscrutar e enxergar os valores de consciência jurídica que à sociedade dão sentido.

Quanto ao ativismo judicial, é expressão que me parece poder comportar mais de um sentido. Pode haver um ativismo judiciário ligado a um anti-legalismo ou a um anti-racionalismo jurídico. E pode haver um ativismo judiciário mais equilibrado, mais moderado, correspondente à noção do juiz como servidor da justiça e que, sempre, em qualquer caso, deve optar pelos valores fundamentais do direito contra o arbítrio do poder.

Pergunta do Dr. Daniel Sarmiento

Em relação ao problema do *deficit* de legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, delinearam-se na doutrina europeia e norte-americana duas tendências: uma procedimentalista, que vê no controle um meio para garantia dos pressupostos de democracia; e uma substancialista, que vê os tribunais constitucionais como instâncias naturalmente legitimadas para a defesa de valores que devem ser postos ao abrigo dos desígnios da maioria política. Como o Professor Jorge Miranda se posiciona nesse debate?

Resposta do Professor Jorge Miranda

A minha resposta é relativamente simples, afirmando que os Tribunais Constitucionais e em geral os órgãos de controle da constitucionalidade devem desempenhar uma dupla função. Devem defender a ordem jurídica objetiva e devem defender os direitos fundamentais.

Devem defender a divisão de poderes estabelecida pela Constituição. Divisão de poderes a nível do poder central; divisão de poderes entre o poder federal e o poder estadual; entre o poder central e o poder regional; entre o poder do Estado e o poder dos municípios, ou entre o poder do Estado e a autonomia universitária, por exemplo. Portanto há aí uma função que eu diria objetiva. E devem defender os direitos das pessoas, individual ou coletivamente considerados.

Porque a democracia, tal como a entendemos, tal como consta da Constituição portuguesa e da Constituição brasileira, não é só um procedimento, não tem que ver apenas com a afirmação da maioria; é também o respeito das minorias e o respeito em geral dos direitos dos membros da comunidade. E porque só assim ela se torna o cerne do Estado democrático de Direito. ◆

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

NAGIB SLAIBI FILHO

Desembargador TJ/RJ. Professor da EMERJ

1. CONCEITO

Dispõe a Constituição em seu art. 102, § 1º, com a numeração dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993: “*A argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei*”.

Trata-se de um novo remédio jurídico processual, cujo objeto é a garantia ou defesa de preceito fundamental decorrente desta Constituição, competindo funcionalmente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar a argüição.

A plasticidade da disposição constitucional sobre o entendimento do que se conteria na expressão *preceito fundamental* suscitou acesos debates na doutrina, existindo precedentes decisões da Suprema Corte no sentido de exigir a lei referida *in fine* no dispositivo constitucional para a aplicabilidade da norma constitucional.¹

¹ Agravo regimental em petição – AGRPET 1140-T, relator o Ministro Sidney Sanches, julgado em 2 de maio de 1996, pelo Pleno: *DIREITO CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ART. 102, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. DECRETO ESTADUAL DE INTERVENÇÃO EM MUNICÍPIO. Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e art. 126 do Código de Processo Civil. 1. O § 1º do art. 102 da Constituição Federal de 1988 é bastante claro, ao dispor: “A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”. 2. Vale dizer, enquanto não houver lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, o S.T.F. não pode apreciá-la. 3. Até porque sua função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, “caput”). E é esta que exige Lei para que sua missão seja exercida em casos como esse. Em outras palavras: trata-se de competência cujo exercício ainda depende de Lei. 4. Também não compete ao S.T.F. elaborar Lei a respeito, pois essa é missão do Poder Legislativo (arts. 48 e seguintes da C.F.). 5. E nem se trata aqui de Mandado de Injunção, mediante o qual se pretenda compelir o Congresso Nacional a elaborar a Lei de que trata o § 1º do art. 102, se é que se pode sustentar o cabimento dessa espécie de ação, com base no art. 5º, inciso LXXI, visando a tal resultado, não estando, porém, “sub judice”, no feito, essa questão. 6. Não incide, no caso, o disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual “quando a lei for*

Finalmente, veio a Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999 (sob a seguinte ementa: “*Dispõe sobre o processo e o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal*”), resultante de anteprojeto elaborado pelo Ministério da Justiça através de comissão presidida pelo Professor Celso Ribeiro Bastos e integrada pelos Professores Ives Gandra, Arnaldo Wald, Oscar Dias Corrêa e Gilmar Ferreira Mendes.

2. CONTEÚDO NORMATIVO DO PRECEITO FUNDAMENTAL

Também o texto da Lei nº 9.882/99 tentou definir o conteúdo normativo da expressão *preceito fundamental*, assim remetendo o tema para a decisão do Supremo Tribunal Federal, que, por sua vez, e de forma prudente e razoável, certamente deixará a definição² para os casos tópicos, reservando-se para a incidência de acordo com a gravidade do caso que lhe é oferecido.

A expressão *preceito fundamental* conduz a um grau de grande densidade na afronta aos valores constitucionais, o que somente pode ser percebido em cada caso, mesmo porque também, e principalmente, ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, aplica-se a velha parêmia *de minime ne curiat praetor*, a introduzir o princípio da bagatela ou da insignificância.

São fundamentais os valores previstos no art. 1º como basilares do Estado brasileiro: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Ressalte-se que tais valores também são protegidos pelos demais dispositivos constitucionais, em desdobramento que a Hermenêutica

omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. É que não se trata de lei existente e omissa, mas, sim, de lei inexistente. 7. Igualmente não se aplica à hipótese a 2ª parte do art. 126 do Código de Processo Civil, ao determinar ao Juiz que, não havendo normas legais, recorra à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, para resolver lide “inter partes”. Tal norma não se sobrepõe à constitucional, que, para a arguição de descumprimento de preceito fundamental dela decorrente, perante o S.T.F., exige Lei formal, não autorizando, à sua falta, a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito. 8. De resto, para se insurgir contra o Decreto estadual de intervenção no Município, tem este os meios próprios de impugnação, que, naturalmente, não podem ser sugeridos pelo S.T.F. 9. Agravo improvido. Votação unânime.

² *Omnia definitio periculosa est*, já diziam os antigos, mesmo porque definir significa limitar, impor fronteiras.

Constitucional leva em consideração na apreensão do significado das normas da Lei Maior.

Há os princípios jurídicos fundamentais, referidos por Canotilho como aqueles já introduzidos na consciência jurídica geral, como o princípio da isonomia, de democracia etc.

Carl Schmitt, por sua vez, denomina decisão fundamental aquela que seria essencial à organização política e que, no nosso caso, seriam as matérias imunes às emendas constitucionais: federação, voto direto, secreto, universal e periódico, separação dos poderes e os direitos e garantias individuais (Constituição, art. 60, § 4º).

Ensina Daniel Sarmento:

... do ponto de vista jurídico-formal, inexistente hierarquia entre as normas da Constituição, é certo que algumas são mais relevantes do que outras, desfrutando de primazia, na ordem de valores em que se esteia o direito positivo. Assim, conforme averberam Celso Bastos e Aléxis Galiás de Souza Vargas a propósito da ADPF, “... não se trata de fiscalizar a lesão a qualquer dispositivo da que é, sem dúvida, a maior Constituição do mundo, mas tão-somente aos grandes princípios e regras basilares deste diploma”.³

A Lei nº 9.882/99 tenta limitar o conceito constitucional de preceito fundamental não só ao conferir a universo restrito a legitimação ativa (art. 2º, I) como, principalmente, a conferir caráter subsidiário ao remédio jurídico processual sob comento (art. 4º, I: “*Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade*”⁴).

Ora, se o preceito fundamental se caracteriza pela superlativa importância suficiente para merecer da Constituição originária especial previsão de garantia, não pode ficar restrito na sua aplicação à condição de inexistência de outro instrumento jurídico, ainda que este tenha sido criado pela legislação ordinária.

³ Daniel Sarmento, “Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental”, in **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99**. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Atlas, 2001, p. 91.

⁴ Em julgamento de 18 de maio de 2000, em questão de ordem na ADPF 3, do Ceará, sob o relato do Ministro Sidney Sanches, deu-se prejudicialmente como válida a regra legal que impõe a subsidiariedade da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O caráter subsidiário não se amolda à natureza fundamental do preceito constitucional.

A lei ordinária admitiu a ADPF para fins preventivos (*evitar*) como para fins repressivos ou saneatórios de lesão já ocorrida (*reparar*), o que se enquadra no amplo campo normativo decorrente do texto constitucional.⁵

Note-se que outra restrição trouxe a Lei nº 9.882/99 ao dispor, no art. 1º, que “*a argüição prevista no §1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público*”.

Compare-se tal redação com o que está no art. 102, parágrafo único, da Constituição, o qual pretende regulamentar: “*A argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei*”.

Contudo, o art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.882/99 restringe a ADPF às lesões a preceito fundamental, *resultante de ato do Poder Público*; assim estarão excluídos da cognição através deste poderoso instrumento de guarda dos valores supremos todos os atos não-estatais que eventualmente possam violar preceito fundamental, mesmo que digam respeito a valores essenciais da cidadania, como, por exemplo, os direitos do consumidor.⁶

Inadmissível se mostra a restrição legal ao conceito constitucional de preceito fundamental, assim a esvaziar a garantia constitucional instituída pelo art. 102, parágrafo único, embora se deva reconhecer que tal orientação legislativa decorreu do pressuposto de que a ADPF se insere no restrito campo de instrumento do controle concentrado da constitucionalidade.

Ouçã-se a voz do notável mestre Humberto Peña de Moraes:⁷

*Advirta-se, por oportuno, que a expressão **preceito fundamental**, utilizada pelo legislador constituinte originário no art. 102, § 1º, do Textus, não significa o mesmo que **princípio fundamental**.*

*Possuindo sentido próprio, o termo **preceito**, consoante empregado no dispositivo em referência, inclui os **princípios fundamentais**, com*

⁵ Sobre a distinção entre medida cautelar ou liminar, pedido preventivo e pedido repressivo, basta que se veja a experiência brasileira do mandado de segurança e das ações possessórias, a admitir com tranquilidade a liminar e os provimentos judiciais para prevenir e corrigir.

⁶ Rememore-se, neste aspecto, e mesmo nestes tempos neoliberais, como se mostra difícil ao jurista distinguir entre os ramos do Direito Público e do Direito Privado.

⁷ Humberto Peña de Moraes, “Argüição de descumprimento de preceito fundamental – apontamentos para a compreensão do tema”, artigo que se pode ver em www.nagib.net/variedades.

Título próprio, e outros, inseridos, também, na Constituição, que veiculam decisões políticas e estruturais do Estado. Tais preceitos sintetizam o núcleo, a alma, o cerne da Constituição.

*Assim, em que pese a ausência de hierarquia **normativa** entre os diversos dispositivos constitucionais, em razão do princípio da unidade da Constituição, não há negar, todavia, a existência entre eles de uma hierarquia **axiológica**, isto é, de uma hierarquia de **valores**, decorrente de notável relevância que uns ostentam em face de outros, posto que “nem sempre”, como bem salientou o Prof. Luís Roberto Barroso, todos “desempenham o mesmo papel”.⁸*

*Merece percutido, com alusão à **quaestio juris** em voga, envolvendo o reconhecimento da precitada hierarquia **axiológica** entre normas constitucionais, o magistério do Prof. Diogo de Figueiredo Moreira Neto **in expressis**:*

“A solução está no reconhecimento de uma necessária hierarquização axiológica desses princípios, como regra de aplicação harmoniosa. Embora todos os dispositivos constitucionais tenham a mesma hierarquia normativa, obviamente não terão a mesma hierarquia axiológica.

Essa desigualdade decorre do fato, muitas vezes esquecido, de que a Constituição não é apenas um diploma legal a mais, no ordenamento jurídico do País, embora seja o de maior importância; mas é também, e sobretudo, um documento político, impregnado de valores metajurídicos, de distintos níveis e diversas abrangências, de modo que os princípios normativos, que os exprimem positivamente, carregam suas características políticas e têm, por isso, diferentes cargas de eficácia.

Exemplificando, sucintamente, essa hierarquia axiológica, podemos afirmar que os princípios que definem liberdades, preferem aos que as condicionam ou restringem; e os que atribuem poderes ao Estado, cedem aos que reservam poderes aos indivíduos, e os que reforçam a ordem espontânea têm preferência sobre os que a excepcionam.”⁹

⁸ “Princípios constitucionais brasileiros ou de como o papel aceita tudo”, *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n.º 1, p. 218, 1993. No mesmo sentido: *Interpretação e aplicação da Constituição*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 147 e 148.

⁹ “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”, *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n.º 42, p. 59.

De tais ensinamentos, extrai-se a compreensão de que a ADPF tem por razão de existir e objeto a proteção dos valores constitucionais, os quais devem ser apreendidos em processo hermenêutico que leve em consideração o momento histórico. Assim, o preceito fundamental tem caráter de mutabilidade, que deve ser considerado a cada momento de modo tópico.

Conflita a Lei nº 9.882/99 com a Constituição ao restringir a incidência da ADPF e, assim, a prevalência dos valores constitucionais, mesmo porque, na lição de Oscar Dias Corrêa:

*“Cabe exclusiva e soberanamente ao STF conceituar o que é descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, porque promulgado o texto é ele o único, soberano e definitivo intérprete, fixando quais são os preceitos fundamentais, obediente a um único parâmetro – a ordem jurídica nacional, no sentido mais amplo. Está na sua discricção indicá-los.”*¹⁰

3. NATUREZA JURÍDICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE A SER EXERCIDO PELA ADPF

O tema subjacente neste momento histórico sobre a ADPF é o seu caráter de meio de controle de constitucionalidade: ou instrumento do processo objetivo ou de controle concentrado – e assim devendo levar em conta os remédios jurídicos processuais da ADIn e da ADC –, ou é meio do processo subjetivo ou de controle incidental, e assim apto para incidir nos casos concretos.

No sentido de constituir a ADPF instrumento do controle concentrado de constitucionalidade, temos as razões do veto presidencial ao inciso II do art. 2º do projeto, que conferia legitimidade ativa a *qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público*, vendo-se na mensagem do veto a seguinte afirmação: *“A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame”*.

Humberto Peña de Moraes traz a lição ilustre de Celso Ribeiro Bastos e de Aléxis Galiás de Souza Vargas:

¹⁰ *A Constituição de 1988, contribuição crítica*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, p. 157.

“Em que pese o alargamento do espectro dos atos atingidos pelo controle, as hipóteses de sua utilização restringem-se drasticamente, em relação aos demais instrumentos. Isto porque, ao contrário do que ocorre nas outras formas de controle concentrado (exercido através da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade), em que se discute qualquer norma constitucional, na nova hipótese só cabe a ação se houver desrespeito a preceito fundamental. Este fator faz uma enorme diferença, pois não se trata de fiscalizar a lesão a qualquer dispositivo da que é, sem dúvida, a maior Constituição do mundo, mas tão-somente aos grandes princípios e regras basilares deste diploma. Dentre estes, podemos de antemão frisar alguns que, dada sua magnitude e posição ocupada na Carta, não deixam dúvida quanto à caracterização de fundamentais: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político”, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais. (O destaque não é do original.)¹¹

A se entender, neste sentido, a ADPF como instrumento do controle concentrado e assim o exercício de função legislativa pela Suprema Corte, ficará a mesma reduzida a uma ADIn mais qualificada, pois somente incidirá se houver descumprimento de preceito fundamental, inclusive em caso de controvérsia constitucional sobre ato normativo federal, estadual e municipal, incluídos os anteriores à Constituição.¹²

¹¹ “Arguição de descumprimento de preceito fundamental e a advocatária”, **Revista Virtual**, nº 8, Subchefia para Assuntos Jurídicos, www.planalto.gov.br, Brasília-DF, janeiro, 2000, p. 1.

¹² É o que está no parágrafo único, inciso I, do art. 1º da Lei nº 9.882/99, notando-se que o Presidente da República vetou o inciso II: “*Em face de interpretação ou aplicação dos regimentos internos das respectivas Casas, ou regimento comum do Congresso Nacional, no processo legislativo de elaboração das normas previstas no art. 59 da Constituição Federal*”. Também o Chefe do Executivo Federal vetou, sob o mesmo fundamento de se evitar, assim na linha de orientação jurisprudencial, ingerência do tribunal no processo legislativo, as disposições contidas no § 4º do art. 5º (“*se necessário para evitar lesão à ordem constitucional ou dano irreparável ao processo de produção da norma jurídica, o Supremo Tribunal Federal poderá, na forma do caput, ordenar a suspensão do ato impugnado ou do processo legislativo a que se refira, ou ainda da promulgação ou publicação do ato legislativo dele decorrente*”) e no art. 9º (“ *julgando procedente a arguição, o Tribunal cassará o ato ou decisão exorbitante e, conforme o caso, anulará os atos processuais legislativos subsequentes, suspenderá os efeitos do ato ou da norma jurídica decorrente do processo legislativo impugnado, ou determinará medida adequada à preservação do preceito fundamental decorrente da Constituição*”).

A se admitir como válido o disposto no art. 1º da Lei nº 9.882/99, sobre o objeto da ADPF de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, o que restará é que a mesma acabará constituindo um grau superior de ADIn, inclusive com o conteúdo mais amplo, abrangendo não só o controle dos atos dos mais de 5.500 municípios do nosso país (enquanto a ADIn somente serve para controlar a constitucionalidade dos atos normativos federais e estaduais), como até mesmo o controle dos atos anteriores à Constituição de 1988.¹³

Não impressiona a tese de que a ADPF alargará a competência funcional do Supremo Tribunal Federal ao lhe deferir a cognição direta da constitucionalidade das normas genéricas e abstratas dos mais de 5.500 municípios brasileiros, o que representaria uma avalanche de causas que acabaria por inundar o Pretório Excelso e a lhe inviabilizar o exercício de sua jurisdição constitucional.

A competência funcional do Supremo Tribunal Federal é dada pela Constituição (no caso, pelo disposto no art. 102, § 1º) e não pode ser restrita por qualquer órgão constituído sob o argumento de excesso de demandas, mesmo porque existe um arsenal processual para a dinamização da cognição dos feitos nos juízos e nos tribunais, entre os quais se destaca o poder relatorial de negar seguimento ao pedido ou recurso manifestamente improcedente ou inadmissível.

A indicar a tese de estar a ADPF restrita ao controle concentrado, está o disposto no art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99, concedendo a legitimação ativa somente a entidades, pessoas e órgãos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade. Como são órgãos e entidades que dificilmente poderiam ter os próprios interesses em debate, decorre que estão aí em legitimação extraordinária, isto é, em nome próprio na defesa de interesse alheio.

Por outro lado, há também aqueles que vislumbram a ADPF como poderoso instrumento de impugnação de atos vulnerados dos valores superlativos protegidos pela Constituição, a indicar o seu caráter de instrumento de controle incidental de constitucionalidade.

Neste sentido, a preciosa lição de Humberto Peña de Moraes:

*Ao lado da modalidade **direta**, a Lei nº 9.882/99 cogitou, do mesmo modo, da **arguição de descumprimento de preceito fundamental***

¹³ Neste aspecto, a redação do art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.882/99 indica que caberia a ADPF inclusive para impugnar ato inconstitucional transitado em julgado, assim na linha de orientação do disposto no art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, com a redação da MP 2180-35, de agosto de 2001; tal posição se mostra perfeitamente compatível com o caráter de supremacia da norma constitucional, pois se mostra inviável a formação de coisa julgada contrária à Lei Maior.

indireta ou incidental, o que fez no art. 1º, parágrafo único, do seu texto.

*O instituto em comento permite a deflagração da **arguição de descumprimento de preceito fundamental** quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional, suscitada em sede de controle difuso, sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Lex Legum, constituindo a decisão prévia antecedente lógico do julgamento do pleito, no que atine à questão de fundo.*¹⁴

*Esta modalidade apropriada de **arguição** permite, assim, a antecipação do deslinde de questão constitucional prévia, por acórdão do Supremo Tribunal Federal, necessário ao julgamento final do pleito, arredando, dessa forma, a necessidade de que seja percorrido todo um iter procedimental, até que a decisão definitiva da Corte seja comunicada ao Senado Federal, que poderá suspender, sendo hipótese de lei ou ato normativo, a eficácia do ato indigitado,*¹⁵ *com a vantagem adicional da eficácia **erga omnes** e do efeito vinculante.*¹⁶

*Exalçando a excelência da solução oferecida pela lei, nesse particular, estadeou o Prof. Gilmar Ferreira Mendes que a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, através da **arguição de descumprimento de preceito fundamental**, evita “que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio da ‘interpretação autêntica’ do Supremo Tribunal Federal”.*¹⁷

Outro destacado aspecto desse influente instituto reside na competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal para dirimir questões constitucionais contravindas sobre lei ou ato normativo municipal, como alternativa à extensão dessa atribuição aos Tribunais estaduais para o controle de constitucionalidade, por via de ação direta, de normas comunais em face da Constituição Federal.

¹⁴ De acordo com o Prof. Juliano Taveira Bernardes, “apesar da ausência de disciplinamento legal a arguição incidental prevista no art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei 9.882/99 pode ser suscitada quando em tramitação o processo perante qualquer órgão judicial, inclusive o próprio STF, desde que não definitivamente julgado.”, *in ob. cit.*, p. 3.

¹⁵ CF, art. 52, inc. X.

¹⁶ Lei n.º 9.882/99, art. 10, § 3º.

¹⁷ *Ob. cit.*, p. 8.

*Acentue-se que o ajuizamento da **argüição indireta ou incidental** junto ao Supremo Tribunal Federal, submetendo a questão constitucional ao exame da Suprema Corte, permitido pelo novo instituto, gera o que o Prof. Arnoldo Wald classificou de “cisão entre a questão constitucional e as demais suscitadas pelas partes”,¹⁸ uma cisão funcional, em última análise, no plano vertical.*

*Dá-se, aqui, o que o Prof. J. J. Gomes Canotilho denomina de **controle misto**, pelo qual se “permite o trânsito do controlo difuso para o controlo concentrado”, do qual resulta a generalização dos efeitos jurídicos da decisão, com força vinculante.¹⁹*

Instituiu-se, assim, uma ponte entre os sistemas difuso e o concentrado, posto que a decisão que vier a ser prolatada pela Excelsa Corte se projetará sobre as ações em curso.

Veja-se a notícia no Informativo nº 253, sobre o julgamento da medida cautelar na ADI 2231-DF, posta pelo Conselho Federal da OAB em face do texto integral da Lei nº 9.882/99:

O Min. Néri da Silveira, relator, em face da generalidade da formulação do parágrafo único do art. 1º, considerou que esse dispositivo autorizaria, além da argüição autônoma de caráter abstrato, a argüição incidental em processos em curso, a qual não poderia ser criada pelo legislador ordinário, mas, tão-só, por via de emenda constitucional, e, portanto, proferiu voto no sentido de dar ao texto interpretação conforme à CF, a fim de excluir de sua aplicação controvérsias constitucionais concretamente já postas em juízo (“Parágrafo único – Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental: I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”). Conseqüentemente, o Min. Néri também votou pelo deferimento da liminar para suspender a eficácia do § 3º do art. 5º, por estar relacionado com a argüição incidental em processos

¹⁸ “O incidente de constitucionalidade, instrumento de uma justiça rápida e eficiente”, **Revista Jurídica Virtual**, nº 7, Subchefia para Assuntos Jurídicos, www.planalto.gov.br, Brasília-DF, dezembro, 1999, pp. 1 e 2.

¹⁹ **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 3ª ed., Coimbra, Portugal, Almedina, pp. 919-20 e 958-9.

em concreto (“A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada”). ADInMC 2.231-DF, Rel. Min. Néri da Silveira, 5.12.2001.(ADI-2231)

E no mesmo Informativo consta mais:

Quanto ao art. 10, caput, e § 3º – “julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental” (caput), decisão essa que terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público (§ 3º) –, o Min. Néri da Silveira, relator, proferiu voto no sentido de indeferir a liminar, por entender que o efeito vinculante não tem natureza constitucional, podendo o legislador ordinário disciplinar a eficácia das decisões judiciais, especialmente porque a CF remete expressamente à lei a disciplina da ADPF (CF, art. 102, § 1º). Em síntese, o Min. Néri da Silveira considerou que, à primeira vista, a Lei 9.882/99 é constitucional na parte em que cuida do processo de natureza objetiva, e que a suspensão cautelar dos dispositivos por ele mencionados não esvaziaria a Lei em sua íntegra. Em seguida, o Min. Sepúlveda Pertence, salientando que é relator de duas ações diretas (2.154-DF e 2.558-DF) que têm questões em comum com a presente ação, pediu vista dos autos. ADInMC 2.231-DF, Rel. Min. Néri da Silveira, 5.12.2001.(ADI-2231)

Daí se constata que o eminente Ministro José Nery da Silveira está filiado à quase unânime corrente no sentido de considerar que a ADPF é instrumento de controle concentrado da constitucionalidade, exigindo que somente emenda constitucional pudesse criar a ADPF como forma de controle incidental, fundamento pelo qual entendeu incompatível com a Lei Maior à disposição do art. 5º, § 3º, da Lei nº 9.882/99: *A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento*

de preceito fundamental, salvo se decorrente de coisa julgada.

Quanto ao disposto no art. 11 da Lei nº 9.882/99, de redação similar ao disposto no art. 27 da Lei nº 9.868/99, deu o Ministro José Nery pela sua constitucionalidade sob o fundamento de que *cuidando-se de processo de natureza objetiva, não há norma constitucional que impeça o legislador ordinário autorizar o STF a restringir, em casos excepcionais, por razões de segurança jurídica, os efeitos de suas decisões.*²⁰

4. A ADPF COMO AÇÃO AUTÔNOMA DE IMPUGNAÇÃO DE CONTROLE INCIDENTAL DA INCONSTITUCIONALIDADE

Enfim, a despeito de tão respeitáveis entendimentos, não se consegue extrair do texto constitucional a idéia de que a argüição de descumprimento de preceito fundamental possa ser simplesmente nada mais que uma ADIn específica para violações de superlativa importância em face do desvalor constitucional do ato impugnado, pois, se assim fosse, estaria a norma constitucional condenada a uma irremediável inutilidade em face da existência de remédio jurídico processual suficiente para controlar a inconstitucionalidade dos atos federais e estaduais.

Note-se, ainda, que a Constituição, instituindo a ADIn no art. 102, I, “a”, para controle da constitucionalidade dos atos federais e estaduais, implicitamente instituiu uma reserva de atuação para tal remédio jurídico processual, reserva esta que não poderia ser estendida pela lei ordinária – no caso, a Lei nº 9.882/99 – à cognição da constitucionalidade dos atos municipais pela Corte Constitucional através do controle concentrado.

O que diz a Constituição é que haverá a argüição de descumprimento de preceito fundamental a ser processada e julgada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

Ensina o tradicional **Vocabulário Jurídico** de Plácido e Silva que *argüir faltas ou nulidades é indicar as faltas ou apontar as nulidades para que sejam removidas ou supridas, ou para que seja decretada a nulidade do ato assim argüido de ineficaz.*

Pela idéia comum, destina-se a argüição de descumprimento de preceito fundamental a impugnar atos, estatais ou não, que impliquem descumprimento ou afronta a valores constitucionais relevantes, anulando-os,

²⁰ **Informativo** nº 253, notícia sob o título “ADPF: modulação temporal de seus efeitos”.

removendo-os do mundo jurídico ou até mesmo propiciando que seus efeitos sejam afastados.

Note-se que o constituinte originário criou a ADPF no parágrafo único do extenso art. 102, o qual trata da competência do Supremo Tribunal Federal, dispondo, no *caput*, que ao mais alto órgão de Justiça do País compete precipuamente a guarda da Constituição.

Evidentemente, poderá a lei infraconstitucional regulamentar a ADPF, mas nunca poderá a mesma restringir o alcance da norma constitucional, como faz evidentemente a Lei nº 9.882/99, ao restringir os legitimados ativos da ADPF àqueles constantes do art. 103 e assim inabilitando a pessoa que restou diretamente prejudicada pelo ato inconstitucional a impugná-lo perante o órgão a quem a própria Constituição concedeu o dever de guardar os seus mandamentos.

Também restringe a Lei nº 9.882/99 o alcance constitucional da ADPF ao lhe emprestar risível caráter subsidiário de outros atos de impugnação. Como é que instrumento tão relevante de defesa da Constituição somente possa ser utilizado subsidiariamente por legitimados extraordinários tão importantes como aqueles descritos no art. 103 da Constituição?

Veja-se o absurdo a que conduziu a Lei nº 9.882/99 ao obstar que o próprio interessado bata às portas do Excelso Pretório na busca da correção do ato inconstitucional violador dos valores mais densos da ordem democrática.²¹

5. A ADPF NÃO TEM CARÁTER SUBSIDIÁRIO

O caráter subsidiário da ADPF somente tem o duvidoso condão de reservar a cognição do STF aos casos em que não houver outro meio processual – recurso ou ação autônoma – para impugnar o ato lesivo.

Contudo, o caráter fundamental da proteção do instrumento processual nunca poderá impedir o interessado de bater às portas supremas pedindo, por exemplo, a medida cautelar referida no art. 800, parágrafo único, do Código de Processo Civil, para obstar os efeitos do ato de instância inferior enquanto não incidir os casos de recurso extraordinário.

²¹ Pesquisa na base de dados processuais do Supremo Tribunal Federal, em final de julho de 2002, mostrou que, das trinta e poucas ADPFs até então ajuizadas, a grande maioria foi indeferida de plano pela ilegitimidade ativa do próprio interessado, enquanto as outras foram indeferidas por desatender o caráter subsidiário que a Lei nº 9.882/99 emprestou à ADPF.

Mesmo nos casos de decisão transitada em julgado, caduca eventual ação rescisória, ainda assim poderia o interessado se socorrer da orientação decorrente do disposto no art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil – não se forma coisa julgada em oposição à Constituição – para ingressar com ação originária de desconstituição dos efeitos do ato inconstitucional.

A subsidiariedade não se compatibiliza com a supremacia dos valores constitucionais.

Não se pode imaginar que a ADPF, remédio jurídico criado pela própria Constituição originária para a proteção de valores fundamentais, possa ser inviabilizada na sua utilização pela lei ordinária, através de entraves processuais como, por exemplo, a perda do prazo decadencial da ação rescisória ou do mandado de segurança, ou a perda do prazo de resposta nas ações ordinárias.

6. CARACTERÍSTICAS PROCESSUAIS

Prefere este autor considerar a ADPF como ação autônoma de impugnação, legitimando a pessoa, física ou jurídica, a ir ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, para impugnar ou para se prevenir de atos públicos ou privados que sejam atentatórios dos valores que a Lei das Leis considera como relevantes e essenciais à vida social.

Como se trata de ação autônoma de impugnação, estarão para elas legitimados ativamente todos aqueles que estejam sob os efeitos do ato guerreado, ainda que tenham decorrido os prazos processuais de recurso e de outras ações autônomas de impugnação, como a ação rescisória; legitimados passivos serão os que praticaram o ato impugnado ou deles sejam beneficiários.

Evidentemente admite a Constituição, pelo que se extrai do disposto no art. 5º, XXXV, a concessão de cautelar na ADPF, o que compreende não só a antecipação de tutela a que se refere o art. 273 do Código Processual, como as medidas cautelares preparatórias e incidentais.

Trata-se de ação originária, incumbindo ao Supremo Tribunal Federal processá-la e julgá-la em instância única, reservado ao Plenário o poder de incidentalmente proclamar a inconstitucionalidade, na forma referida no art. 97 da Lei das Leis.

7. CONCLUSÃO

Espera-se que ao retomar o julgamento da ADIn 2231, venha o Supremo Tribunal Federal a conceder a cautelar suspendendo os efeitos da impugnada Lei nº 9.882/99, e assim devolvendo à arguição de descumprimento de preceito fundamental o poderoso caráter de impugnação dos atos que contravenham aos valores maiores da ordem constitucional. ◆

DIMENSÕES DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

ANDRÉ GUSTAVO C. DE ANDRADE

Juiz de Direito. Professor de Direito Civil e Processo Civil da EMERJ

I. INTRODUÇÃO

A despeito de todas as resistências (políticas, ideológicas, filosóficas), é inegável o movimento, na doutrina e (em pequena medida) na jurisprudência, em direção à implementação, via Poder Judiciário, dos direitos fundamentais consagrados na Constituição. Ainda que (muito) lentamente, os operadores do direito vão abandonando idéias forjadas sob a influência de um Estado Liberal – como a do caráter programático¹ das normas (*rec-tius*: dos textos normativos) constitucionais que cuidam dos direitos sociais. Dissemina-se a idéia de que o texto constitucional, em seu todo, tem força normativa, que reclama aplicação, independentemente do concurso do legislador infraconstitucional.

No Estado Democrático de Direito, o julgador assume papel de destaque, como assegurado das “condições de possibilidade” do texto constitucional.² Não sem o inflamado antagonismo de muitos, que protestam contra o que consideram uma invasão do Judiciário em domínio político.

No cenário atual, ganha força a interpretação conforme a constituição.

Sob perspectivas diferentes, a interpretação em conformidade com a constituição pode ser vista como princípio hermenêutico, como princípio de controle da constitucionalidade, como princípio de conservação de normas e como técnica de decisão.

¹ Bem colocadas as indagações de Norberto Bobbio: “Será que já nos perguntamos alguma vez que normas são essas que não ordenam, proibem ou permitem *hic et nunc*, mas ordenam, proibem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos que direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o ‘programa’ é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de ‘direito’?” (*A Era dos Direitos*, 1992. p. 77).

² Na feliz expressão de Lenio Streck (*Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, 2002. p. 99).

O presente trabalho tem por objetivo traçar os contornos básicos da interpretação conforme a constituição, indicando algumas das dimensões que são atribuídas a essa figura pela doutrina e pela jurisprudência.

II. A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO COMO PRINCÍPIO HERMENÊUTICO

A interpretação conforme a constituição constitui princípio hermenêutico que encontra sua raiz no princípio da supremacia da Constituição. A ordem jurídica como um todo retira sua validade do texto constitucional, produto do poder constituinte³. Daí a sua preeminência, da qual decorre a exigência incontornável de conformação do texto legal ao texto constitucional. Como consequência, um dispositivo de lei ordinária será considerado inválido se estiver em contradição com a Constituição⁴.

Todavia, é possível – e freqüente – que um texto legal comporte mais de uma interpretação razoável. O ato de interpretar já traz, em si, naturalmente, a possibilidade de obtenção de mais de um sentido, seja qual for a técnica de redação do texto, estejam ou não presentes termos jurídicos indeterminados. Diante de textos objetivos e (aparentemente) claros, muitas vezes, mais de uma interpretação se afigura igualmente razoável ou admissível.

De há muito já se abandonou a noção expressa pela parêmia *in claris cessat interpretatio*. Todo e qualquer texto depende de interpretação. Nesse sentido a lição de Ferrara: “Aplica-se a interpretação a todas as leis, sejam claras ou sejam obscuras, pois não se deve confundir a interpretação com a dificuldade da interpretação”.

Lenio Streck, com propriedade, observa que: “As palavras da lei são constituídas de vagezas, ambigüidades, enfim, de incertezas significativas. São, pois, plurívocas. Não há possibilidade de buscar/recolher o sentido fundante, originário, primevo, objetificante, unívoco ou correto de um texto jurídico”.⁵ O sentido extraído de qualquer texto dependerá, sempre, do contexto jurídico, cultural, social e econômico no qual o texto interpretado

³ SILVA, Celso de Albuquerque. **Interpretação Constitucional Operativa**, 2001, p. 41.

⁴ Karl Larenz assim preleciona: “Como as normas constitucionais precedem em hierarquia todas as demais normas jurídicas, uma disposição da legislação ordinária que esteja em contradição com um princípio constitucional é inválida.” (*Metodologia da Ciência do Direito*, 1983, p. 410).

⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**, 2000, p. 239.

esteja inserido e, principalmente, da pessoa que efetua a interpretação.

Essa idéia é expressa de forma elegantemente sintética por Manuel Maria Carrilho: “o que se diz sobre um texto é inseparável de quem o diz, dos propósitos com que o faz e do momento em que tal ocorre”.⁶

Quando se verifica que o texto legal aponta para possibilidades interpretativas variadas⁷, impõe-se ao julgador⁸ buscar extrair da lei o sentido que mais se harmonize com a Constituição. Dentre duas ou mais interpretações extraíveis do texto legal (algumas contrárias, outras em conformidade com a Constituição), é impositiva aquela que seja mais compatível com a normatividade constitucional.

Canotilho assinala que “o princípio da interpretação conforme a constituição é um instrumento hermenêutico de conhecimento das normas constitucionais que impõe o recurso a estas para determinar e apreciar o conteúdo intrínseco da lei”.⁹

A finalidade da interpretação conforme a constituição é bem definida por Paulo Bonavides: “Em rigor não se trata de um princípio de interpretação da Constituição, mas de um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição”.¹⁰

II.1. Interpretação, aplicação e concretização

É fundamental, para uma correta compreensão da figura aqui enfocada, a percepção de que a interpretação é atividade eminentemente produtiva, não reprodutiva.

A interpretação não é declaratória – do que seria o “real” ou “verdadeiro” sentido do texto normativo –, pois constitui processo criativo ou

⁶ CARRILHO, Manuel Maria. **Aventuras da Interpretação**, 1995, p. 15. *Apud* STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 238.

⁷ Canotilho alude a “normas polissêmicas ou plurissignificativas” (**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 1999, p. 1.151).

⁸ E se poderia falar aqui genericamente em “intérprete”, pois a interpretação não é atividade exclusiva do juiz ou do Poder Judiciário. Cabe também ao administrador e ao legislador, com fundamento no princípio da supremacia da Constituição, dar à lei a interpretação que mais se conforme com o texto maior. Peter Häberle, no desenvolvimento da noção de sociedade aberta dos intérpretes, observa que o processo constitucional formal não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional (**Hermenêutica Constitucional**, 1997, p. 42). Gustavo Binbenojm discorre sobre a defesa da supremacia da Constituição em sede legislativa e administrativa (**A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**, 2001, p. 201/227).

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 1.225.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 1993, p. 432.

constitutivo da norma.¹¹ Mas não no sentido de um criador *ex nihilo*, como adverte Eros Roberto Grau.¹² A norma já se encontra, pelo menos em parte, latente (em estado de potência) no texto normativo. O texto baliza o espaço de movimentação do intérprete; constitui a referência de sua interpretação. Daí o poder se afirmar que o intérprete é um *colaborador* na criação da norma. É o artífice, que trabalhará sobre a matéria bruta recebida do legislador.

Isso decorre da constatação de que na interpretação do texto constitucional, como na interpretação jurídica em geral, não é possível apartar o texto dos fatos. Impõe-se o abandono da idéia de uma simples subsunção dos fatos à normas (*rectius*, ao texto normativo). Há uma interação entre texto normativo (com suas diversas possibilidades) e a realidade (na qual está inserida o intérprete). Cada novo caso, confrontado com o texto, demanda uma renovada interpretação.¹³

Interpretação e aplicação, assim, se confundiriam, na medida em que não é possível dissociar, temporalmente, a compreensão e interpretação de um texto com a sua aplicação, ainda que o intérprete não esteja a operar com um fato concreto, como observa com agudeza Lenio Streck: “Mesmo quando o Tribunal realiza o controle abstrato de constitucionalidade, terá em vista o campo de aplicação daquela norma”.¹⁴

Ainda que se esteja a exercitar a interpretação acadêmica de um texto normativo, não se escapa de sua aplicação do texto interpretado a um fato (hipotético). Nesse sentido, Eros Roberto Grau: “Quando um professor discorre, em sala de aula, sobre a interpretação de um texto normativo sempre o faz – ainda que não se dê conta disso – supondo a sua aplicação a um caso, real ou fictício.”¹⁵

Assim sendo, a tarefa da interpretação, como observa Gadamer, “consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação”.¹⁶ No mesmo sentido, Eros Roberto Grau, para quem interpretar é “dar concreção

¹¹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, 2002, p. 22.

¹² *Idem*, p. 73.

¹³ Neste sentido, Eros Roberto Grau, para quem: “O trabalho jurídico de construção da norma aplicável a cada caso é trabalho artesanal. Cada solução jurídica, para cada caso, será sempre, renovadamente, uma nova solução”. (*op. cit.*, p. 26).

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*, 2000. p. 447.

¹⁵ GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 19.

¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, 1999. p. 489.

(=concretizar) ao direito. Neste sentido, a interpretação (=interpretação/aplicação) opera a inserção do direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos ainda: opera a sua inserção na vida”.¹⁷

A própria figura do intérprete – sujeito inserido no mundo, integrante de uma dada sociedade, com suas tradições e seus (pré)conceitos¹⁸, embora normalmente se conduza sem plena consciência disso – desempenha papel fundamental para o resultado da operação interpretativa, como assinala Gadamer: “O intérprete não sabe que em sua interpretação traz consigo a si mesmo, com seus próprios conceitos”.¹⁹

Essa aplicação/concretização do direito é realizada não apenas pelo juiz, mas por tantos quantos têm de decidir acerca do sentido do texto normativo em relação a um determinado caso²⁰. Mas apenas o juiz, como intérprete autêntico²¹, ao sentenciar ou ao prolatar qualquer decisão, define a *norma de decisão*²² criadora do direito para o caso concreto.

Segundo Kelsen: “A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito”.²³ Desenvolvendo o seu raciocínio, observa que, comumente, se fala em interpretação autêntica quando essa assume a forma de lei. Mas, verdadeiramente autêntica, por ser criadora de direito, é a interpretação feita por um órgão aplicador do direito (para o caso concreto). Por esta via, “não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”.²⁴

¹⁷ *Idem*, p. 28.

¹⁸ A expressão preconceito, em sentido gadameriano, não tem carga necessariamente negativa. Significa, simplesmente, “um juízo prévio, formado antes da prova definitiva acerca de um dado objeto. Não significa, pois, ‘falso juízo, pois está em seu conceito que ele possa ser valorizado positivamente ou negativamente’. Daí ser possível falar em “*préjugés légitimes*” (GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.*, p. 407).

¹⁹ *Idem*, p. 587.

²⁰ Conforme exemplifica Eros Roberto Grau: “O homem faminto que, sem nenhuma moeda, ao passar por uma barraca de frutas não arrebata uma maçã interpreta um texto de direito – que coíbe o furto –, produzindo a norma”. (*op. cit.*, p. 76).

²¹ Segundo Kelsen: “A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito”. (**Teoria Pura do Direito**, 1987. p. 369).

²² Sobre o conceito de norma de decisão, v. Grau, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 18 e 76.

²³ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 369.

²⁴ *Idem, ibidem*.

Na mesma trilha, Canotilho sustenta que o preceito jurídico somente adquire verdadeira normatividade quando passa da condição de regra geral e abstrata (normatividade mediata) para a condição de regra concreta e definidora da solução de um caso jurídico (normatividade imediata). Essa passagem poderia ser realizada não apenas pela sentença (concretização judicial), mas também pela “criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar)” ou através da “prática de actos individuais pelas autoridades (concretização administrativa)”.²⁵

Todavia – insista-se – apenas o órgão investido de jurisdição pode ser considerado intérprete autêntico, por ser o criador e definidor último da norma de decisão.

II.2. Interpretação da Constituição conforme a lei?

Na direção inversa – da harmonização do texto constitucional com a lei – haveria a denominada “interpretação da constituição conforme as leis”, mencionada por Canotilho²⁶ como método hermenêutico pelo qual o intérprete se valeria das normas infraconstitucionais para determinar o sentido dos textos constitucionais, principalmente daqueles que contivessem fórmulas imprecisas ou indeterminadas. Essa interpretação de “mão trocada” se justificaria pela maior proximidade da lei ordinária com a realidade e com os problemas concretos²⁷.

O renomado constitucionalista português aponta várias críticas que a doutrina tece em relação a esse método hermenêutico, que engendra como que uma “legalidade da constituição a sobrepor-se à constitucionalidade das leis”²⁸.

Tal concepção leva ao paroxismo a idéia de que o legislador exerceria uma *preferência* como concretizador da Constituição²⁹. Todavia, o legislador, como destinatário e concretizador da Constituição, não tem o poder de fixar a interpretação “correta”³⁰ do texto constitucional. Com efeito, uma lei ordinária interpretativa não tem força jurídica para impor um sentido ao texto constitucional, razão pela qual deve ser reconhecida como inconstitu-

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 1.146.

²⁶ *Op. cit.*, p. 1.158.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Idem*, p. 1.159.

²⁹ *Idem*, p. 1.226. A idéia de que o legislador exerce uma preferência como órgão concretizador da Constituição é explicitada mais à frente.

³⁰ *Idem*, p. 1.156.

cional quando contiver uma interpretação que entre em testilha com este³¹.

Por essa razão, a interpretação legal não pode ser tida como “interpretação autêntica” da Constituição. Interpretação dessa natureza, com força vinculativa, somente pode ser reputada a proveniente de norma de igual hierarquia constitucional.

Com a percuciência que lhe é característica, Jorge Miranda observa que a incapacidade da lei ordinária para fixar uma interpretação autêntica da Constituição está presente mesmo quando o texto constitucional comete à lei a regulação de alguma matéria: “É assim ainda quando a própria Constituição prescreva o exercício de certo direito ou o tratamento de certo instituto ‘nos termos da lei’, pois não há aqui desconstitucionalização e, muito menos, delegação de poder constituinte no poder legislativo. Essa lei deve conformar-se com os parâmetros da Constituição e está sujeita, como qualquer outra, ao juízo de constitucionalidade (e à interpretação que este juízo pressupõe)”³².

Por paradoxal que possa parecer, essa forma invertida de interpretação – da interpretação da constituição conforme a lei – pode resultar ou derivar do emprego – distorcido ou imperfeito – do método da interpretação conforme a constituição. Isso porque é entendimento corrente que a interpretação em conformidade com a constituição traz, implícito, o princípio do *favor legis*³³, pelo qual, em caso de dúvida, deve ser dada à lei uma interpretação que dê pela sua constitucionalidade, corre-se, muita vez, o risco de que aplicações deturpadas, artificiosas ou ardilosas do método possam fazer subsistir no ordenamento jurídico normas inconstitucionais. Essa possibilidade não escapou ao espírito agudo de Paulo Bonavides: “Corre-se não raro com o emprego desse método o risco de transformar a interpretação da lei conforme a Constituição numa interpretação da Constituição conforme a lei (*eine gesetzeskonforme Auslegung der Verfassung*), distorção que se deve conjurar”³⁴.

Seja como for, a interpretação da Constituição conforme a lei, resulte ela de uma operação explícita ou da deturpação do emprego do método da interpretação conforme a Constituição, é fenômeno ainda freqüente em nosso

³¹ *Ibidem*.

³² MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, 2000. p. 265.

³³ Esse princípio será examinado mais adiante, no tópico referente à interpretação conforme a constituição como princípio de conservação de normas.

³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 433/434.

meio jurídico, representativo da formação, no imaginário dos operadores do Direito, do que Lenio Streck denomina de “baixa constitucionalidade”³⁵, que decorre da pouca importância dada ao texto constitucional, cujos princípios e regras são, comumente, tidos como de fraca densidade normativa. Essa crise de constitucionalidade tem explicações na própria história do desenvolvimento do Direito Constitucional no Brasil e no sistema de controle de constitucionalidade entre nós implantado.³⁶

II.3. Limites da interpretação conforme a constituição

É lição corrente da doutrina a de que a interpretação em conformidade com a Constituição não permite a criação de um sentido que não decorra razoavelmente do texto legal. A tarefa interpretativa, apesar do subjetivismo que encerra, encontra limites incontornáveis no texto interpretado. Não pode o intérprete, à guisa de buscar harmonização com a Constituição, retirar consequência jurídica evidentemente não emanável da lei interpretada.

Por isso, segundo Canotilho, a interpretação conforme à constituição traz, ínsita, o *princípio da exclusão da interpretação conforme a constituição mas contra legem*, pelo qual “o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a constituição, mesmo [que] através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais”.³⁷

A legitimidade da interpretação conforme estaria condicionada à existência do que o notável constitucionalista português denomina de *espaço de decisão* (= espaço de interpretação), pelo qual várias possibilidades interpretativas seriam admissíveis³⁸.

É enfaticamente ressaltado pela doutrina que a interpretação conforme a constituição não constitui instrumento de salvação da lei ao custo de uma interpretação forçada, que, ao fim e ao cabo, configure verdadeiro exercício legislativo.³⁹

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. “Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da Constituição”. In *Revista da Esmape*. Recife. V. 6, nº 13, p. 260. Ver, na Internet, o site <http://www.esmape.com.br/revista13/leniouis.pdf>.

³⁶ Por refugir aos objetivos do presente trabalho, não é desenvolvida, aqui, uma análise sobre a crise de constitucionalidade no Brasil. V., a respeito, o trabalho de Lenio Streck referido na nota anterior.

³⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 1.151.

³⁸ *Idem*, p. 152.

³⁹ Zeno Veloso enfatiza que: “esta técnica de controle da constitucionalidade deve ser utilizada sem

O que é criticável nas lições retiradas dos autores que abordam o tema é a remissão à idéia de uma vontade ou intenção do legislador que deva ser respeitada. Essa noção é expressa repetidamente. Canotilho indica que “a interpretação das leis em conformidade com a constituição deve afastar-se quando, em lugar do *resultado querido pelo legislador*, se obtém uma regulação nova e distinta, em contradição com o sentido literal ou sentido objectivo claramente recognoscível da lei ou em manifesta dessintonia com os *objectivos pretendidos pelo legislador*”.⁴⁰

Luís Roberto Barroso reproduz essa idéia, indicando que “não é possível ao intérprete torcer o sentido das palavras nem adulterar a *clara intenção do legislador*”.⁴¹

Celso de Albuquerque Silva alude aos “limites impostos ao princípio da interpretação conforme, representados pela expressão literal do texto e pelos *propósitos inequivocamente colimados pelo legislador*”.⁴²

Zeno Veloso, em passagem já citada em nota anterior, chama a atenção para a ilegitimidade do emprego da interpretação conforme para dar “um sentido contrário ao determinado na expressão do preceito, falseando ou contrariando os *inequívocos objetivos do legislador*”.⁴³

Gilmar Mendes expõe que na jurisprudência do STF os limites à interpretação conforme a constituição resultam tanto da expressão literal da lei quanto da vontade (concepção original) do legislador. Observa, no entanto, que, na prática, o Tribunal não atribui maior significado à denominada intenção do legislador, ou evita investigá-la, se a interpretação conforme a constituição se mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto.⁴⁴

expansões e excessos, não podendo o Judiciário, com o propósito de salvar a lei, transbordar dos limites do razoável, oferecendo uma interpretação exótica, fingida, que signifique uma inovação, uma alteração ou reforma da lei, dando-se, afinal, um sentido contrário ao determinado na expressão literal do preceito, falseando ou contrariando os inequívocos objetivos do legislador. Vale transcrever a advertência de Lúcio Bittencourt: ‘Quando a *mens legis* é clara e, na sua eloquência, colide com a lei suprema, não é lícito aos tribunais recorrer a uma interpretação forçada ou arbitrária para tornar a lei válida.’” *Op. cit.*, p. 173. A alusão, no trecho citado, à *mens legis* remete ao debate, referido mais à frente, acerca da prevalência entre a *voluntas legis*, de um lado, e a *voluntas legislatoris*, de outro.

⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 1.152.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 185.

⁴² SILVA, Celso de Albuquerque. *Op. cit.*, p. 75.

⁴³ VELOSO, Zeno. *Op. cit.*, p. 173.

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**, 1998, p. 270.

Perquirir a vontade do legislador é, a um só tempo, no mais das vezes, tarefa impossível e inútil. Impossível porque a lei é confluência de muitas e variadas vontades. As motivações e compreensões dos diversos autores da lei podem ser diversificadas. Mesmo em se tratando de ato normativo emanado formalmente de uma só pessoa – como é o caso da medida provisória, prevista no art. 62 da Constituição Federal⁴⁵ –, não é possível deixar de reconhecer a influência da motivação de terceiros que informalmente colaboram na elaboração do texto. Inútil, por outro lado, é a investigação de uma tal vontade, porque, ainda que pudesse ser captável, estaria eternamente cristalizada no momento histórico em que se manifestara. Mas a interpretação da norma jurídica evolui junto com os acontecimentos. As mudanças sociais e jurídicas têm influência determinante na exegese da lei, de modo que é até comum que ela venha a ser aplicada a situações para as quais não fora concebida imaginada.

É como preleciona magistralmente Francesco Ferrara: “Visto o caráter objetivo do sentido da lei, conclui-se que esta pode ter um valor diferente do que foi pensado pelos seus autores, que pode produzir conseqüências e resultados imprevisíveis ou, pelo menos, inesperados no momento em que foi feita, e por último que com o andar dos tempos o princípio ganha mais amplo horizonte de aplicação, estendendo-se a relações diversas das originariamente contempladas, mas que, por serem de estrutura igual, se subordinam ao seu domínio (fenômeno de projeção)”⁴⁶.

Lenio Streck aborda, com propriedade, a ultrapassada discussão doutrinária a envolver a denominada *voluntas legis* (doutrina objetivista) em contraposição à *voluntas legislatoris* (doutrina subjetivista).⁴⁷ Se a busca da *vontade do legislador* (qual?), como se viu, é infrutífera, a busca da *vontade* ou do *espírito da lei* constitui exercício fantasioso ou imaginário. O intérprete – insista-se – não descobre o sentido do texto normativo; antes, cria-o, concebe-o. A lei não tem um sentido-em-si-mesmo⁴⁸, independentemente

⁴⁵ Estabelece o art. 62 da Constituição Federal: “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.” Como se extrai do texto constitucional, embora emane originariamente da vontade individual do Presidente da República, a Medida Provisória deve ser submetida ao Congresso, e perde a eficácia se não for convertida em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável uma vez por igual período, nos termos dos §§ 3º e 7º do referido dispositivo constitucional.

⁴⁶ FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*, p. 137.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, 2000. p. 84-88.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, 2002, p. 449.

do intérprete. Em si mesma considerada, a lei nada significa. É o intérprete quem atribui (confere, agrega) sentido ou significado à lei. O intérprete *produz*, não apenas *reproduz*.⁴⁹

Tercio Sampaio Ferraz Jr. identifica, na raiz da polêmica *voluntas legis versus voluntas legislatoris*, uma conotação ideológica, que, do lado subjetivista, levado ao extremo, “favorece um certo autoritarismo personalista, ao privilegiar a figura do legislador, pondo sua vontade em relevo”; enquanto que, no lado objetivista, também em seu extremo, “favorece um certo anarquismo, pois estabelece o predomínio de uma equidade duvidosa dos intérpretes sobre a norma ou, pelo menos, desloca a responsabilidade do legislador para os intérpretes, chegando-se a afirmar, como fazem alguns realistas americanos, que direito é ‘o que decidem os tribunais’”.⁵⁰

Não se deve, porém, excluir a importância da pesquisa histórica, para o processo de interpretação de um texto legal. O exame das diversas etapas que levaram à produção de uma norma jurídica revela-se, muitas vezes, exercício valioso para a tarefa hermenêutica. Podem auxiliar na interpretação de um texto legal a análise das justificações do projeto encaminhado ao Poder Legislativo, a pesquisa sobre o trâmite seguido pelo referido projeto, a leitura das emendas acolhidas e das rejeitadas, assim como das anotações dos debates legislativos, das exposições de motivos e de outros documentos.

Mas a pesquisa da vontade dos autores de um texto legal, conquanto instrumento metodológico útil no exercício da atividade hermenêutica, não deve ser reputada como decisiva para o estabelecimento do(s) sentido(s) do texto. Constitui, no comum dos casos, etapa inicial ou intermediária no processo – muitas vezes complexo – de determinação desse(s) sentido(s).

II.4. O juiz como “legislador positivo (ativo)”?

É freqüente a assertiva de que, na aplicação da interpretação conforme a constituição, em sua dimensão de princípio de controle da constitucionalidade, o julgador atua como legislador negativo – afastando a aplicação da norma tida por inconstitucional (no controle difuso) ou expungindo-a do ordenamento jurídico (no controle concentrado) –, mas não teria o poder de

⁴⁹ *Idem, ibidem*. Lenio Streck chega a propor, em lugar da *Interpretação Conforme a Constituição (Verfassungskonforme Auslegung)*, a expressão *Atribuição de Sentido Conforme a Constituição (Verfassungskonforme Sinngebung)*.

⁵⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 267.

agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo⁵¹.

Em outras palavras, ante uma lei acoimada de inconstitucional, três possibilidades, de ordinário, se abririam para o julgador: I) o reconhecimento da compatibilidade da lei com a Constituição; II) o reconhecimento da incompatibilidade entre o texto legal e a Constituição, quando, então, deixaria de ser aplicado (no controle difuso) ou seria declarado inconstitucional aquele dispositivo infraconstitucional (no controle concentrado); III) o reconhecimento de que, dentre as diversas interpretações razoáveis do texto legal, uma delas é considerada compatível com a Constituição, quando, então, com base no princípio da interpretação conforme a constituição, seria preservado o dispositivo, com o emprego da interpretação legítima (em sede de controle concentrado, com o eventual afastamento expresso das interpretações reputadas inconstitucionais).

A idéia de que o julgador venha a reconstruir a norma, incorporando no texto legal elementos dele não constantes expressamente, é repudiada em geral pela doutrina, ao argumento de que haveria usurpação da função legislativa.⁵²

Há situações, no entanto, nas quais a interpretação conforme a constituição aponta para uma heterointegração do texto infraconstitucional, para adaptá-lo ao comando constitucional. Isso se dá, geralmente, em casos nos quais está em jogo o princípio constitucional da isonomia (em qualquer de suas feições).

Exemplo colhido na jurisprudência é o de lei estadual que concedeu aumento remuneratório (sob a roupagem de gratificação) a servidores da ativa, deixando de fora os inativos, com violação ao princípio do art. 40,

⁵¹ Cf. STF, Representação 1.417, DJ de 15/4/88, p. 8397, Rel. Min. Moreira Alves.

⁵² Mauro Cappelletti sustenta que, do ponto de vista substancial, tanto na atividade judicial quanto na legislativa, há criação do direito. Mas há diferenças marcantes entre esses modos de criar o direito. Assim, diz: “o que realmente faz o juiz ser juiz e um tribunal um tribunal, não é a sua falta de criatividade (e assim a sua passividade no plano substancial), mas sim (a sua passividade no plano processual, vale dizer) a) a conexão da sua atividade decisória com os *cases and controversies* e, por isso, com as *partes* de tais casos concretos, e b) a atitude de imparcialidade do juiz, que não deve ser chamado para decidir *in re sua*, deve assegurar o direito das partes a serem ouvidas (*fair hearing*), (...) e deve ter, de sua vez, grau suficiente de independência em relação às pressões externas e especialmente àquelas provenientes dos *poderes políticos*”. (**Juízes Legisladores?**, 1993. p. 74).

§ 4º (na redação anterior)⁵³, da Constituição Federal. O STF, apreciando a questão, assim decidiu: “Gratificação de encargos especiais que não remunera serviços especiais, e que se constitui em aumento de vencimentos, embora com outro nome: sua extensão aos inativos, na forma do disposto no art. 40, § 4º, da C.F.”⁵⁴

Em sede de controle difuso, a ofensa ao princípio da isonomia só pode ser corrigida com a extensão aos servidores inativos do direito concedido aos servidores em atividade.

No âmbito do controle concentrado, a solução também seria a de estender igual direito aos servidores aposentados. Faltaria lógica e razoabilidade à decisão que declarasse a inconstitucionalidade da norma, para excluí-la do ordenamento jurídico. Isso porque o estado de inconstitucionalidade não está na concessão do aumento aos servidores em atividade, mas na exclusão dos inativos, que têm direito a tratamento isonômico. Assim, nulificar a lei significaria “punir” os servidores em atividade, a quem se teria feito justiça com o aumento remuneratório. Excluir o aumento concedido seria nivelar por baixo os servidores, fazendo retroceder uma conquista social. Cabível, pois, ampliar essa justiça, com base no princípio isonômico do art. 40, § 4º.

A situação descrita é diferente da inconstitucionalidade por omissão (total), em que o legislador deixa de editar norma necessária para implementar o comando constitucional. Mas, por outro lado, não se confunde com a simples inconstitucionalidade por ação, que pode ser sanada com o mero afastamento da lei reconhecida como inconstitucional (ou com a declaração de sua inconstitucionalidade, no controle concentrado).

Há, aqui, uma *omissão parcial* do legislador, que elaborou norma que deixou de contemplar categoria de servidores que, por força da Constituição, deveriam receber igual tratamento.

Verifica-se, pois, que, em tal situação, o princípio constitucional da isonomia atua como fundamento jurídico para, com base na interpretação conforme a constituição, propiciar a extensão de direitos a categorias de pessoas que tenham sido discriminadas ou não contempladas pela lei.

⁵³ Dispunha o § 4º do art. 40: “Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.”

⁵⁴ STF. AGRAG-207594/RJ. DJ de 30/4/98, p. 14, Segunda Turma, Ministro CARLOS VELLOSO.

Observa Lenio Streck que há inúmeras hipóteses em que a declaração de inconstitucionalidade de um texto infraconstitucional – com a sua consequente exclusão do mundo jurídico – trará mais malefícios que benefícios à sociedade⁵⁵. Em casos que tais, a interpretação em conformidade com a constituição conflui naturalmente para uma *adição/adjudicação de sentido*⁵⁶ ao texto infraconstitucional interpretado, sem que isso possa ser tido como uma usurpação da função legislativa, como pretendido por Canotilho.⁵⁷

Partindo-se da premissa aqui adotada, de que o ato de interpretar é essencialmente constitutivo ou gerativo (do significado do texto interpretado), não causa estranheza o emprego da interpretação conforme a constituição como mecanismo de correção ou adequação (e não apenas de nulificação) do texto legal.

São frequentes, como adverte Lenio Streck, as construções jurisprudenciais do Direito, nas quais a norma de decisão se afasta do “sentido literal” (significado de base) do texto infraconstitucional cunhado pelo legislador.⁵⁸

III. A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO COMO PRINCÍPIO DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

Por outro ângulo, a interpretação conforme pode ser considerada como princípio de controle da constitucionalidade, já que a sua aplicação traz como consequência o reconhecimento da legitimidade ou ilegitimidade do ato normativo analisado.

Esse enfoque dado ao princípio da interpretação conforme a constituição é expresso por Canotilho, que alude ao instituto como *princípio de controle*, pelo qual se busca assegurar a constitucionalidade da interpretação da lei.⁵⁹ Observa, no entanto, que o princípio da interpretação conforme não

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito**, 2002. p. 444.

⁵⁶ *Idem, ibidem*.

⁵⁷ Para o grande jurista luso: “a alteração do conteúdo da lei através da interpretação pode levar a uma usurpação de funções, transformando os juizes em legisladores activos. Se a interpretação conforme a constituição quiser continuar a ser interpretação, ela não pode ir além dos sentidos possíveis, resultantes do texto e do fim da lei.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**, p. 1.226).

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**, p. 450.

⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 1.151.

deve ser entendido como conducente à sua caracterização como simples meio de limitação do controle jurisdicional da constitucionalidade dos textos legais. O papel principal da interpretação conforme é o de princípio de prevalência normativo-vertical (das normas constitucionais sobre as infraconstitucionais) ou de integração hierárquico-normativa.⁶⁰

Jorge Miranda preleciona que a interpretação conforme a constituição não constitui propriamente regra de interpretação, mas um “método de fiscalização da constitucionalidade”.⁶¹

Luís Roberto Barroso assinala que “a interpretação conforme à Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal.”⁶² Vista pelo lado negativo, revela caráter invalidatório, pois “quando o Judiciário condiciona a validade da lei a uma determinada interpretação ou declara que certas aplicações não são compatíveis com a Constituição está, em verdade, declarando a inconstitucionalidade de outras possibilidades de interpretação”.⁶³

IV. A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO COMO PRINCÍPIO DE CONSERVAÇÃO DE NORMAS. O PRINCÍPIO DE PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DAS LEIS

Dentre as dimensões assumidas pela interpretação em conformidade com a constituição, destaca Canotilho a de *princípio de conservação de normas*, pelo qual uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando for possível atribuir a ela significado que se harmonize com a Constituição⁶⁴.

Em favor da lei militar uma *presunção de legitimidade*, expressão do *favor legis*⁶⁵, de caráter relativo, de modo que, em havendo dúvida intransponível acerca da constitucionalidade da norma, deveria ela ser reputada constitucional.

Em sua obra clássica sobre hermenêutica, Carlos Maximiliano pontifica: “Todas as presunções militam a favor da validade de um ato, legis-

⁶⁰ Idem, p. 1.226.

⁶¹ *Apud* SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**, 1999, p. 132. V. VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**, 2000, p. 170.

⁶² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 1999, p. 182.

⁶³ Idem, p. 183.

⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 1.151.

⁶⁵ Celso de Albuquerque Silva refere-se ao “princípio da deferência”, do qual decorre a presunção de legitimidade das leis (**Interpretação Constitucional Operativa**, 2001, p. 71).

lativo ou executivo; portanto, se a incompetência, a falta de jurisdição ou a inconstitucionalidade em geral não estão acima de toda dúvida razoável, interpreta-se e resolve-se pela manutenção do deliberado por qualquer dos três ramos em que se divide o Poder Público. Entre duas exegeses possíveis, prefere-se a que não infirma o ato de autoridade.”

Aurélio Agostinho Verdade Vieito preleciona que: “A presunção que milita em favor da lei é *juris tantum*, podendo, portanto, ser declarado o contrário pelo Poder Judiciário. Mas não sendo evidente a inconstitucionalidade, havendo dúvida ou a possibilidade de razoavelmente ser considerada constitucional, ou havendo uma interpretação possível entre várias outras que implique a validade, deve-se manter a norma infraconstitucional.”⁶⁶

Essa presunção de legitimidade, segundo o ensino de Gilmar Mendes, parte do “princípio de que o legislador busca positivar uma norma constitucional.”⁶⁷

No mesmo diapasão, Paulo Bonavides, para quem a interpretação em conformidade com a constituição contém “princípio conservador”⁶⁸, porque evita a anulação das normas legais quando houve possibilidade de compatibilizá-las com a Constituição. Assim, a aplicação desse método parte “da presunção de que toda lei é constitucional, adotando-se ao mesmo passo o princípio de que em caso de dúvida a lei será interpretada *conforme a Constituição*”⁶⁹. A declaração de nulidade ou inconstitucionalidade seria, assim, o último recurso de que lançaria mão o juiz, quando, depois de empregados todos os métodos de interpretação, chegasse à conclusão inarredável de que a norma é incompatível com o sistema jurídico-constitucional⁷⁰.

O Ministro Moreira Alves observa que a presunção de constitucionalidade constitui *hipótese de trabalho*, da qual se parte na interpretação da norma sujeita a controle⁷¹.

⁶⁶ VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. **Da Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 108.

⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**, 1998, p. 268.

⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 433.

⁶⁹ *Idem*, p. 432.

⁷⁰ *Idem*, p. 433.

⁷¹ Voto proferido no julgamento da Representação 1.417/DF. Tribunal Pleno. DJ 15.04.1988, p. 8.397; RTJ 126/48-72. V. MENDES, Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil**, 2000, p. 373.

Jorge Miranda, utilizando outro prisma, vê na interpretação conforme a constituição um método de fiscalização da constitucionalidade, que se justificaria não em uma presunção de constitucionalidade, mas em nome de um *princípio de economia do ordenamento* ou de *máximo aproveitamento dos atos jurídicos*.⁷²

Luís Roberto Barroso deduz que o princípio da interpretação conforme a constituição e o princípio da presunção de constitucionalidade das leis (e demais atos emanados do Poder Público) se vinculam, observando “que um e outro atuam como mecanismos de autolimitação do Poder Judiciário (*judicial self-restraint*) no processo de revisão dos atos dos outros poderes”⁷³. Conclui o notável constitucionalista que ambos os princípios constituem derivação do princípio da separação dos Poderes, encartado no art. 2º da Constituição Federal: “O princípio da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, notadamente das leis, é uma decorrência do princípio geral da separação dos Poderes e funciona como fator de autolimitação da atividade do Judiciário, que, em reverência à atuação dos demais Poderes, somente deve invalidar-lhe os atos diante de casos de inconstitucionalidade flagrante e incontestável”⁷⁴.

A partir de uma visão substancialista do direito⁷⁵, na qual a força normativa do texto constitucional é intensificada, impõe-se a relativização do denominado princípio da presunção de legitimidade das normas, para que, em certas situações, se reconheça o seu oposto, ou seja, a presunção de ilegitimidade da lei, à semelhança do que ocorre no direito norte-americano no que se refere às leis que criam critérios de diferenciação de indivíduos com base na raça ou na etnia; ou que empregam outros meios classificatórios envolvendo direitos constitucionais fundamentais. A Suprema Corte Americana designa de classificação suspeita (*suspect classification*) esse tipo de diferenciação e impõe um padrão de exame de constitucionalidade mais rigoroso (*strict judicial scrutiny*) para estas leis, as quais presume inconstitucionais até prova em contrário, prova essa a ser realizada pelo Poder Público⁷⁶.

⁷² MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 267..

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 184.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 180.

⁷⁵ Sobre o “substancialismo” ver STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 39-52.

⁷⁶ Cf. MENEZES, Paulo Lucena de. *A Ação Afirmativa (Affirmative Action) no Direito Norte-Americano*, 2001, p. 61-62.

V. A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO COMO TÉCNICA DE DECISÃO. A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO

No âmbito do controle difuso de constitucionalidade, a interpretação conforme a constituição se resolve simplesmente com o julgamento da causa com base na interpretação que se mostre mais congruente com a Constituição. Nessa fronteira, a constitucionalidade da norma constitui questão incidental, não inserida no objeto da demanda, mas sim nas razões de decidir. Trata-se de questão prejudicial⁷⁷, nos termos do art. 469, III, do CPC. Por conseguinte, a solução da questão não faz coisa julgada.⁷⁸

Já no âmbito do controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade a aplicação da interpretação conforme a constituição traz variações. Gilmar Mendes expõe que, no direito brasileiro, ela levava sempre ao julgamento de improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade, em atenção ao já mencionado *princípio da conservação de normas*. Relata que alguns julgados mais recentes do Supremo Tribunal Federal expressaram a idéia de que a interpretação conforme a constituição, quando fixada no juízo abstrato de controle de constitucionalidade de normas, corresponde a uma pronúncia de inconstitucionalidade, equiparável a uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.⁷⁹

Inconfundíveis, todavia, no plano teórico, as figuras. A interpretação conforme a constituição, enquanto técnica de decisão, impõe a improcedência da ação declaratória de inconstitucionalidade, pois a norma impugnada permanece no ordenamento jurídico, com a interpretação que lhe é dada pelo Tribunal (a qual, supostamente, se harmoniza com o texto constitucional).⁸⁰

Já a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto se caracteriza pela exclusão de determinada interpretação ou de algum sentido extraível da norma acoimada. A lei continua a vigor sem alteração de sua expressão literal, mas com eliminação de uma de suas possibilidades interpretativas. Celso Ribeiro Bastos ensina que essa técnica é utilizada comumente “quando a norma é redigida em linguagem ampla e que abrange várias hipóteses, sendo uma delas inconstitucional”⁸¹, e

⁷⁷ Cf. VELOSO, Zeno. *Op. cit.*, p. 41.

⁷⁸ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 1999, p. 169.

⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*, 2001, p. 299.

⁸⁰ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, 1999, p. 177.

⁸¹ *Idem*, p. 175.

não é possível suprimir do texto nenhuma expressão para alcançar a parte inconstitucional, porque isso afetaria o próprio sentido do texto (prejudicando-o ou modificando-o).

Enquanto a interpretação conforme a constituição implica uma *adição de sentido* à lei, a declaração de nulidade parcial sem redução de texto ocasionaria uma *abdução de sentido* ao texto legal.⁸²

É certo que em ambas as hipóteses o Tribunal acolhe um sentido, repelindo outro (ou outros). Mas na nulidade parcial sem redução de texto é declarada expressamente a inconstitucionalidade ou invalidade de determinada interpretação, enquanto que na interpretação conforme à constituição a decisão se limita a repelir o pedido de declaração de inconstitucionalidade, por encontrar sentido legítimo para a norma.

Embora, ao empregar a técnica da interpretação conforme a constituição, o Tribunal possa fazer alusão a outros sentidos, que devam ser afastados ou repudiados, por ilegítimos, essas manifestações não têm força de coisa julgada, por não integrarem a parte dispositiva do julgado (pois, se integrassem, haveria, na verdade, uma declaração de nulidade parcial sem redução de texto, ainda que sem invocação dessa figura).

Além disso, como observado por Gilmar Mendes, o Tribunal, ao estabelecer determinada interpretação como constitucional, excluindo, expressa ou implicitamente outra interpretação, por inconstitucional, não teria como declarar a inconstitucionalidade de todas as outras possibilidades interpretativas do texto normativo.

O que parece influir na adoção de uma ou outra técnica de decisão é a necessidade – sentida pelo Tribunal – de expungir a possibilidade do emprego de determinada interpretação de um texto legal. A percepção de que uma interpretação do texto legal contrária à Constituição pode vir a ser (ou já está sendo) abraçada aponta firmemente para o emprego da declaração de nulidade parcial sem redução de texto, para excluir o sentido em desconformidade com o texto constitucional. Já a concepção de que a interpretação do texto legal em dissintonia com a Constituição não tem probabilidade de vir a ser adotada torna suficiente o emprego da interpretação conforme a constituição, para que seja julgado improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade.

⁸² A idéia foi expressa pelo professor Lenio Streck em aula ministrada no Curso de Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá, no dia 14.12.2001.

Seja como for, o art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99, ao aludir tanto à interpretação conforme a constituição quanto à declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, sinalizou para a necessidade de tratamento diferenciado para as duas figuras.⁸³

VI. CONCLUSÕES

A interpretação conforme a constituição é figura que, de acordo com o prisma através do qual seja vista, assume diferentes dimensões: princípio hermenêutico, princípio de controle (da constitucionalidade), princípio de conservação de normas, técnica de decisão.

Na dimensão de princípio hermenêutico é mais do que princípio. No dizer de Lenio Streck, “é um princípio imanente da Constituição, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela”.⁸⁴

Interpretação é atividade criativa ou constitutiva, e não reprodutora ou declarativa de algum sentido oculto no texto normativo. A norma é, portanto, produzida ou estabelecida pelo intérprete, a partir das pautas trazidas pelo texto interpretado, que constituem limites à atividade criadora.

A interpretação do texto (constitucional e infraconstitucional) está sempre associada aos fatos sobre os quais incidirá a norma.

É aplicável a interpretação conforme a constituição tanto no âmbito da jurisdição constitucional quanto em sede de jurisdição ordinária.

O princípio encontra limite no próprio texto legal interpretado (não na suposta vontade do legislador), ao qual não se pode atribuir sentido que com ele razoavelmente não se coadune à guisa de harmonizá-lo com o texto constitucional. Em tal caso, impõe-se a declaração de inconstitucionalidade da lei.

Porque a atividade hermenêutica, em sua essência, é geradora ou produtora do significado, é adequado o emprego da interpretação conforme a constituição como mecanismo de correção ou adequação (e não apenas de nulificação) do texto legal. Fundada no princípio constitucional da isonomia, a interpretação conforme a constituição permite a heterointegração do

⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira, MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**, 2001, p. 303.

⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**, p. 443.

texto legal, para estender direitos a categorias de pessoas que tenham sido discriminadas ou não contempladas pela lei.

Mais do que os demais textos normativos, o texto constitucional, por sua tessitura necessariamente aberta, permeada de princípios gerais, cláusulas gerais, conceitos indeterminados, impõe atividade especialmente criativa do aplicador do direito. ◆

PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PRIVADA E FECHADA (FUNDOS DE PENSÃO)

JOÃO CARLOS PESTANA DE AGUIAR SILVA
Desembargador do TJ/RJ

I. SUAS ORIGENS

Historicamente, desde o período colonial, mais acentuadamente a partir do Séc. XIX, tomou relevo no país a aparição de instituições particulares de proteção social como as Santas Casas de Misericórdia, Confrarias, Sociedades de Auxílios Mútuos, Ordens Terceiras, Montepios etc.

Por isso mesmo, afirmam alguns especialistas em previdência social que, a musa inspiradora da *previdência social pública* foi, indubiosamente, a hoje *previdência complementar privada*, por esta anteceder àquela.

Segundo a advogada e especialista em direito previdenciário Celi Pereira dos Santos, foi a Lei 4.682, de 24 de fevereiro de 1923, que autorizou a criação, junto a cada empresa ferroviária, de uma Caixa de Aposentadoria e Pensão, destinada a amparar os respectivos empregados.

Novas leis a seguir surgiram, sendo que em 1930 já existiam 47 Caixas em todo o país protegendo cerca de 140 mil segurados ativos.

Criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio em 1931, passaram a surgir os Institutos de Aposentadoria e Pensões de âmbito nacional para várias classes.

Foram as Caixas transformadas em IAPs nos anos trinta e seguintes, tal ocorrendo ao início com o IAPFESP (IAP dos ferroviários e empregados no serviço público), e a seguir o IAPM, IAPC, IAPB, IAPTC e IAPI.

Com a unificação de todos os Institutos através da Lei 3.807/60, deu-se origem ao INPS com abrangência a todos os trabalhadores e contribuição obrigatória, recebendo após o nome de Instituto Nacional de Seguro Social – INSS.

Tratando-se de fato notório, segundo análise oportuna do advogado e doutrinador Adacir Reis, é extremamente crítico o atual quadro do INSS, em face da extensão da expectativa de vida e queda da natalidade, pelo que

de um lado, menos trabalhadores ingressam no sistema obrigatório, ao passo que, na outra ponta, um maior contingente de aposentados depende de seus benefícios por mais tempo (**Fundos de Pensão em Debate**, 2002, p. 39).

Dai o valioso relevo alternativo da previdência complementar privada em relação à previdência social pública.

II. A PREVIDÊNCIA PRIVADA DA LEI 6.435/77

Passou a previdência privada a prosseguir em sua existência paralelamente à previdência social geral e obrigatória, pois através de entidades *fechadas* ou *abertas*, complementares ao sistema oficial de previdência e assistência social, ficando as fechadas mais conhecidas como fundos de pensão.

Foi a *Lei 6.435* de 17/7/77 que regulamentou a previdência privada, tendo sido revogada pela Lei Complementar 109/2001 (art. 79).

Em seu art. 34 determinava a *Lei 6.435/77*:

“As entidades fechadas consideram-se complementares do sistema oficial de previdência e assistência social, enquadrando-se suas atividades na área de competência do M.P.A.S.”

Os arts. 1º a 6º da *Lei 6.435/77* cuidavam das entidades fechadas e abertas de previdência privada.

A partir dos arts. 7º e 8º até o 33º, aquela lei regulamentava as entidades *abertas*, tendo como órgão normativo o Sistema Nacional de Seguros Privados, competindo ao *Órgão Executivo* do S.N.S.P. as atribuições previstas em seu art. 9º (autorização para se constituir, funcionar, baixar instruções, fiscalizar, liquidar etc.), sendo a legislação aplicável a da própria *Lei 6.435*, do Dec. 81.240 de 20/1/78 e Dec. 3.721 de 8/1/2001, podendo, as entidades de previdência privada aberta, ter ou não fins lucrativos.

As entidades fechadas não podiam e não podem ter fins lucrativos (art. 4º § 1º da *Lei 6.435/77* e art. 31 § 1º da Lei Complementar 109/2001).

São *fechadas* por serem exclusivamente acessíveis a empregados ou associados de uma só empresa ou de um grupo de empresas, sociedades civis, entidades de classes, fundações ou associações, as quais são denominadas de patrocinadoras ou instituidoras, ao serem por estas criadas.

Se as entidades fechadas integram o direito privado, nem por isso deixam de guardar seu fim social.

III. AS LEIS COMPLEMENTARES N.ºS. 108 E 109/2001

O art. 202 da C.F./88, com a nova redação da Emenda Constitucional n.º 20/98, previu a regulamentação, do regime da previdência privada, por lei complementar.

Por isso mesmo foram editadas e estão em vigor as Leis Complementares n.ºs. 108 e 109, ambas de 29/5/2001.

A Lei n.º 108 regulamenta a relação entre a União, os Estados, o D.F. e os Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades *fechadas* de previdência complementar, obviamente sem fins lucrativos.

A Lei Complementar de n.º 109 revogou a Lei 6.435/77 (art. 79), dispondo sobre o regime de previdência complementar das entidades fechadas e abertas, inclusive prevendo a *intervenção* e a *liquidação extrajudicial* como as fórmulas adequadas ao resguardo dos direitos dos participantes e assistidos, sendo que as *entidades fechadas* não podem solicitar concordata, não estando sujeitas a falência, mas somente a intervenção prévia e liquidação extrajudicial, pelo modo lá estabelecido (arts. 44/46 e 47/53 da Lei Complementar n.º 109).

Em dedução lógica, as entidades abertas podem impetrar concordata e estão sujeitas a falência, mas a decretação de sua liquidação extrajudicial *suspende* as ações e execuções contra si iniciadas (art. 49, I da Lei Complementar n.º 109). Logo, a decretação da liquidação suspende a concordata ou falência, sendo que seu levantamento conduz à perda de objeto e conseqüente extinção da concordata ou falência.

Esse regime de intervenção e liquidação extrajudicial já veio regulamentado para as entidades de previdência privada pela Lei 6.435/77 (arts. 55/62 e 63/74).

Curiosamente, nele a via judicial se submete à via administrativa, a não merecer censura na hipótese.

A despeito de guardarem alguma semelhança, seria melhor a separação regulamentar, como regra, das entidades *abertas* e *fechadas*. Se as primeiras são constituídas unicamente sob a feição das sociedades anônimas e assim, a par com seus fins sociais e quase sempre lucrativos em confronto com as entidades fechadas, estas geradas sob a forma de fundação ou sociedade civil e sempre sem fins lucrativos, só haverá possível identidade de textos em limitados pontos comuns.

Parece-nos, pois, de certo modo inadequado se conferir hoje, à entidade aberta, a possibilidade de **não** ter fins lucrativos e muito menos de se identificar, perante entidades abertas e fechadas, as isenções tributárias.

IV. A ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PRIVADA ABERTA

Sobre as entidades de previdência privada *aberta*, elas são organizadas como S/A quando tiverem fins lucrativos, e sociedades civis ou fundações, quando sem fins lucrativos. Foram integradas ao Sistema Nacional de Seguros Privados.

Assim, são entidades abertas porque destinadas a uma clientela de caráter geral, tendo ou não fins lucrativos e são *integrantes do Sistema Nacional de Seguros Privados* (antes art. 7º da Lei 6.435/77 e hoje art. 74 da Lei Complementar nº 109/2001).

Por aí se situam em mercado competitivo clientelista, identificado ao sistema securitário, onde a lógica é o intuito lucrativo.

V. AS ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PRIVADA FECHADA E SEUS INTEGRANTES

As entidades que operam na Previdência Complementar *privada e fechada* não podem ter fins lucrativos, são consideradas complementares do sistema oficial de previdência e assistência social, situando-se na área de competência e fiscalização do M.P.A.S., sendo submissas à legislação constitucional da previdência e assistência social.

As entidades de previdência *fechada* são acessíveis exclusivamente aos empregados de uma só empresa ou de um grupo de empresas, de sociedades civis, entidades de classe e associações, que serão denominadas de *patrocinadoras ou instituidoras*. Através de contrato de adesão são beneficiários contratantes seus empregados, associados ou assistidos, também denominados de *participantes*, sendo as pessoas jurídicas de caráter empresarial, profissional, classista ou setorial, que as criam. Dependiam essas entidades de autorização para funcionar, através de portaria do Ministro da Previdência e Assistência Social (art. 37), assim também para qualquer alteração de seus estatutos (art. 38 da Lei 6.435/77).

Hoje, o art. 74 da Lei Complementar nº 109/2001 dispõe quais são os órgãos do M.P.A.S. *que regulam e fiscalizam* as entidades *fechadas*, respectivamente o Conselho de Gestão da Previdência Complementar (CGPC) e a Secretaria de Previdência Complementar (SPC). É este último, pois, o órgão

fiscalizador, malgrado tenha a própria lei complementar, em vários de seus textos, colocado no singular o **órgão** regulador e fiscalizador, a conduzir à pressuposição de ser o mesmo um só, ao contrário do disposto em seu art. 74.

Por seu lado, são fiscalizadas as entidades abertas pelo Ministério da Fazenda, através do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e da SUSEP – Superintendência de Seguros Privados.

Já o art. 33 da Lei Complementar nº 109 dispõe que as entidades fechadas dependem, para funcionar, de prévia autorização dos órgãos regulador e fiscalizador competentes. O art. 64 prevê que o órgão fiscalizador competente, mais o Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários ou a Secretaria da Receita Federal, constatando irregularidades ou indícios de crimes, noticiará ao Ministério Público, enviando-lhe os documentos comprobatórios.

A constituição de reservas técnicas, provisões e fundos será feita conforme diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional (art. 9º § 1º da Lei Complementar nº 109/2001).

Acentue-se, outrossim, que as entidades de previdência complementar patrocinadas pelo poder público e suas empresas devem ser *fechadas* e, obviamente, *sem fins lucrativos* (arts. 1º e 8º da Lei Complementar nº 108/2001). Sua estrutura organizacional é composta de conselho deliberativo, conselho fiscal e diretoria executiva (art. 9º da L.C. 108 e 35 da L.C. 109).

Os benefícios devem corresponder àqueles da legislação geral da previdência e assistência social, no que lhes for aplicável, segundo normas aprovadas pelo órgão normativo do M.P.A.S. e os planos com benefício definido.

Em suma, os serviços assistenciais previstos e para os quais tenham autorização, serão custeados pelas respectivas patrocinadoras e participantes assistidos, atendendo a limites e critérios estabelecidos pelo órgão regulador e fiscalizador (art. 7º da Lei Complementar nº 108/2001).

VI. A FACULTATIVIDADE

A previdência complementar aberta ou fechada é *facultativa* na criação das entidades e na *adesão*, por contrato, a seus planos de benefícios, revelando-se seu instrumento como um contrato associativo, plurilateral, facultativo e evolutivo de cooperação, baseado em cálculos atuariais precisos e variáveis no tempo, para o bom equilíbrio econômico-financeiro da entidade e garantia de seus participantes.

Há a liberdade de contratar, ao contrário da previdência social oficial, que é *obrigatória* não só ao funcionário público federal, estadual e municipal, como ao obreiro de todas as classes trabalhadoras. Mas não há liberdade na alteração dos planos de benefícios, que respeitarão as normas aprovadas pelo órgão regulador e fiscalizador, segundo o disposto nos arts. 6º e 7º da Lei Complementar nº 109/2001.

VII. RISCOS DOS PARTICIPANTES. A INTERVENÇÃO E A LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL

É óbvio ser hoje, a segurança da previdência social oficial, ainda maior que a da previdência complementar privada.

Mas na medida em que haja legislação com bom sistema regulamentar de pesos e contrapesos (*checks and balances*), através de rigorosa determinação de revisão dos cálculos atuariais e fiscalização constante dos atos da entidade aberta ou fechada, se necessário, com *intervenção* e até *liquidação extrajudicial*, segundo o regime repressivo previsto (arts. 51 e seguintes da Lei 6.435/77, substituídos pelos arts. 63 a 67 da Lei Complementar 109/2001), torna-se improvável um efeito dominó de insolvência que, em períodos de economia fortemente instável (como atualmente ocorre), poder-se-ia se multiplicar, em irremediável prejuízo dos participantes e associados, a ocasionar a instabilidade social.

O art. 62 da Lei Complementar 109/2001 prevê a aplicação, à intervenção e liquidação das entidades em questão, dos dispositivos similares das instituições financeiras, cabendo ao órgão regulador e fiscalizador as funções atribuídas ao Banco Central do Brasil.

A despeito do sistema legal da previdência complementar estar razoavelmente lançado, ainda remanesce o perigo da má fiscalização, malgrado a lei disponha a respeito da responsabilidade dos membros dos órgãos fiscalizadores, quando faltosos (arts. 63 a 67 da Lei Complementar nº 109/2001).

Quanto à indisponibilidade dos bens pertencentes aos administradores e membros dos conselhos deliberativos, consultivos, fiscais ou assemelhados das entidades de previdência privada (art. 59 da Lei Complementar 109/2001), não deveria ter subsistido o § 4º deste artigo, tal como está redigido. O estreito prazo lá previsto de 12 meses, antes da data da decretação da intervenção ou liquidação extrajudicial, não permitirá que permaneçam indisponíveis bens imóveis objeto de contrato de alienação, de promessa de compra e venda, cessão ou promessa de cessão de direitos adquiridos por

diretores ou gerentes, se os respectivos instrumentos de pré-contrato foram desde logo levados ao registro público. Sendo aquisição possivelmente originária de desfalques encobertos em escrituração contábil bem maquilada, a valorização do instrumento particular pelo novo Código Civil (Lei 10.406 de 10/1/2002 e que entra em vigor em janeiro de 2003), diante do disposto em seu art. 221 c/c 1.246, ao admitir a prenotação de todo o instrumento particular relativo a direitos imobiliários, com plena eficácia probatória do registro a partir daí, em curto prazo afastará esses bens da indisponibilidade.

Esse perigo de fraude com certa perda patrimonial para as entidades de previdência complementar não veio reprimido idealmente nos §§ 1º e 2º do art. 59 da Lei Complementar nº 109/2001, diante da imprevidente reprodução, pelo § 4º de seu art. 59, da idêntica redação do § 4º do art. 71 da Lei 6.435/77.

VIII. A PREVIDÊNCIA PRIVADA E FECHADA NA C.F./88. O CONTRATO. A QUESTIONADA TRIBUTAÇÃO

Por força da Emenda Constitucional nº 20/98, foi iniciada a reformulação do regime da previdência complementar privada, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado e regulado por lei complementar (nova redação do art. 202 da Constituição Federal).

No novo parágrafo 1º do art. 202, há a previsão do direito do participante dos planos de previdência privada, ao pleno acesso às informações relativas à gestão dos mesmos.

Já no § 2º, há a determinação de as contribuições do empregador, dos benefícios e condições contratuais da previdência privada não integrarem o contrato de trabalho dos participantes, nem sua remuneração.

O § 3º do mencionado art. 202 da C.F. veda o aporte de recursos às entidades de previdência privada pela União, Estados, D.F. e Municípios e todas as suas entidades públicas (autarquias, fundações, sociedades de economia mista, empresas públicas), salvo na qualidade de patrocinador, na qual a contribuição normal jamais poderá exceder a do **segurado**.

A Lei Complementar nº 108/2001 passou a estabelecer, quando o poder público das três esferas (federal, estadual e municipal) e as entidades a si ligadas, forem patrocinadores de entidades fechadas de previdência privada, que o custeio dos planos de benefícios pelo patrocinador não excederá de forma alguma a contribuição normal ou facultativa do participante (art. 6º, §§ 1º a 3º).

Na C.F. constata-se que, embora integrantes do gênero primário *seguridade social; saúde, previdência social e assistência social* são espécies independentes entre si.

Assim, guarda a *previdência social oficial* o caráter contributivo e a *filiação obrigatória* com as coberturas dos itens I a V do art. 201 da C.F.

Na mesma Seção III do Capítulo II do Título III da C.F., sob o mesmo título “**Da Previdência Social**”, em seu art. 202 é ditado o regime da previdência complementar privada, organizado de forma autônoma e facultativa em relação ao regime geral da previdência social, sendo baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado.

Por sinal, o contrato do empregado da entidade patrocinadora ou instituidora com a patrocinada ou instituída é um contrato de adesão a um ou mais planos de benefícios previdenciários e contribuição definidos (arts. 7º parágrafo único c/c 32 da Lei Complementar nº 109/2001), independente da relação do contrato de trabalho (ler nº X).

Outrossim, diante do disposto no art. 150, VI, “c” da C.F., que veda à União, Estados e Municípios instituir impostos sobre contribuições e benefícios das instituições de assistência social *sem fins lucrativos*, desse modo relacionados com as finalidades essenciais de tais entidades, cremos desatender, o melhor direito tributário, a tendência jurisprudencial e doutrinária favorável à tributação, dentre outros defendida pela advogada Ana Maria da Silva Brito (“As entidades de previdência privada diante do novo texto constitucional e o alcance da limitação constitucional ao poder de tributar expressa no art. 150, VI, c da C.F.” - **Revista Forense**, v. 341, p. 437 e seguintes).

Tratando-se de contribuição suplementar à cobertura oficial de eventos como doença, natalidade, invalidez, morte e idade avançada, parece-nos razoável a imunidade tributária para tal contribuição pelo patrocinador, já que a entidade previdenciária privada e fechada *não tem fins lucrativos*. E assim o dispôs o art. 69 e parágrafos da Lei Complementar nº 109/2001, inovando oportunamente perante o direito pretérito.

Impôs-se a *isenção* que, a nosso crer, já viera alcançada pelo supra-mencionado art. 150, VI, “c”, da Constituição Federal.

Foi este o entendimento manifestado, dentre outros, pelos tributaristas e professores Rui Barbosa Nogueira (Parecer publicado na **Rev. de Direito Administrativo**, v. 184, p. 292/302), Celso Ribeiro Bastos (“Algumas Considerações sobre a Previdência Social”, **Rev. de Direito Social**, v. 3,

Doutrina, 2001, p. 60/68) e Sacha Calmon Navarro Coelho (“Aspectos Tributários das EFPP’s”), este último em palestra proferida em Seminário Aspectos Globais da Previdência Privada Fechada, publicada em *caderno* do mesmo nome pelo CEDES, em 1996 – Foz do Iguaçu, do qual participamos.

Chegaram ao mesmo entendimento da imunidade no Seminário supracitado, os palestrantes Des. Rudi Loewenkron e Juíza Jaqueline Montenegro.

A propósito, a advogada e especialista Celi Pereira dos Santos, em seu livro **Previdência Fechada Privada, Temas Controvertidos**, 1996, dizendo em primeira análise não pretender manifestar opinião em matéria tributária (p. 27), não resistiu em concluir com veemência pela extensão, à previdência complementar privada e fechada, do favor fiscal do art. 150, VI, “c” da Constituição Federal (p. 33/34).

Assim, prevaleceu, *ex vi legis*, a isenção tributária para as rendas vinculadas à consecução das finalidades básicas das entidades de previdência privada e fechada, a despeito de entendimentos anteriores em contrário.

Limitou-se, pois, aos termos do art. 69 da Lei Complementar nº 109/2001.

IX. OS OBJETIVOS DAS SOCIEDADES CIVIS E FUNDAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR FECHADA, PERANTE AS LEIS COMPLEMENTARES N.ºS. 108 E 109/2001 E O NOVO CÓDIGO CIVIL

As entidades da previdência complementar fechada previstas no art. 1º da Lei Complementar nº 108/2001 são aquelas patrocinadas e assim, criadas por qualquer entidade ou empresa pública (União, Estados, D.F., Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e demais entidades ou empresas públicas), destinadas a conferir planos de benefícios a seus empregados participantes, planos esses subordinados às determinações legais preestabelecidas.

Apesar de ter, algumas das entidades públicas patrocinadoras acima relacionadas, finalidade empresarial, as entidades de previdência complementar fechada patrocinadas se organizarão *sempre* sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos.

Há, outrossim, entidades particulares sob a forma de associações, sociedades de classes e sociedades civis que poderão instituir sociedades ou fundações de previdência complementar privada e fechada para seus associados.

Essas entidades, criadas para os associados, empregados ou membros

dos instituidores, assim também aquelas patrocinadas por entidades públicas, tanto se regulam pelas mesmas normas das Leis Complementares 108 e 109/2001, quanto se diferem em alguns aspectos normativos.

Como exemplo, aquelas entidades públicas na qualidade de patrocinadoras, farão contribuições para o plano de benefícios, mas de modo algum excedente à contribuição dos participantes (art. 6º, § 1º da Lei Complementar nº 108/2001).

Os benefícios conferidos aos participantes são complementares à previdência social geral, pública e obrigatória, sendo facultativo o ingresso e de acordo com os critérios previstos nos regulamentos dos planos de benefícios, complementando a assistência à saúde, invalidez, morte, maternidade, desemprego involuntário, idade avançada pelo tempo de serviço, além de outros benefícios que atendam os dependentes dos beneficiados.

Perante as sociedades previstas no Título II – Das Pessoas Jurídicas, do Livro I do Código Civil editado pela Lei 10.406 de 11/1/2001, temos as associações e fundações lá reguladas, sendo as associações pelos arts. 53 a 61 e as fundações pelos arts. 62 a 69.

Quanto às associações previstas no Código Civil, são aquelas constituídas para fins não econômicos sob a forma lá determinada, a corresponder às entidades particulares que poderão ser instituidoras de sociedade civil ou fundação destinada a prestar benefícios, a seus associados, de previdência complementar privada e fechada.

Obviamente, não se submetem as últimas ao regime legal das instituidoras.

Já no que concerne às fundações, dispõe o art. 62 do novo Código Civil que deverão ser instituídas por escritura pública para fins de assistência (art. 62 parágrafo único do novo Código Civil).

As novéis normas codificadas a respeito assim se conciliam com as leis previdenciárias pelo que, além da submissão aos órgãos regulador e fiscalizador da previdência complementar será, tal entidade instituída, velada pelo Ministério Público do local de sua sede (art. 66 do novo Código).

Advirta-se ter, a entidade de previdência complementar, personalidade jurídica própria e assim, distinta de sua instituidora e patrocinadora para efeito de eventuais litígios.

X. O CONTRATO DE ADESÃO DA ENTIDADE FECHADA COM O BENEFICIÁRIO EMPREGADO DA ENTIDADE PATROCINADORA

Nos moldes da classificação de Francesco Messineo (**Dottrina Generale del Contrato**), cuida-se de um contrato de adesão facultativa *derivado*, na origem, do contrato de trabalho com a entidade patrocinadora, oferecido a todos os participantes associados ou assistidos.

Nem por isso perdurará qualquer relação de interdependência, eis que são contratos absolutamente distintos em seus fins, nada impedindo que os contratantes mantenham a relação contratual previdenciária, mesmo havendo a demissão do empregado na empresa patrocinadora.

É o que hoje se deduz do disposto no art. 68 da Lei Complementar nº 109/2001.

Logo, salvo o vínculo de origem permissivo da contratação, somente um outro permanece entre a relação laboral e a previdenciária complementar, pelo que a competência *ratione materiae*, para qualquer litígio decorrente desta última relação, é da jurisdição estadual, como está jurisprudencialmente definido.

Estoutro vínculo supracitado é o do benefício proporcional **diferido**, em razão da cessação do liame empregatício (art. 14, I, da LC 109), medida com previsão legal, obrigatória e radical contra o empregado despedido, a merecer melhor análise, mormente se for tolerado o afastamento do resgate do art. 14, III.

XI. QUADRO ATUAL DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PRIVADA, A COMPREENDER OS FUNDOS DE PENSÃO COM SEU POTENCIAL SÓCIO-ECONÔMICO

Sua regulamentação mais completa ocorreu inicialmente, como vimos, em 1977, através da Lei 6.435/77, já revogada.

Em setembro de 1996, o número de fundos de pensão em atividade já era de 350 com cerca de três milhões de participantes, chegando a dez milhões o número de nacionais beneficiados, com volume de recursos na ordem de 80 bilhões de dólares.

Hoje esses números e valores se encontram em patamares bem superiores, a revelar um giro colossal de moeda corrente e de trabalhadores nacionais beneficiados. E ainda é imensa a área inexplorada.

Todavia, como bem o informam os poucos especialistas no tema, falta a ideal qualificação de técnicos preparados para a elaboração de normas relativas à previdência complementar privada, tal o relevo e complexidade

da regulamentação otimizada.

Dizem, igualmente com razão, que a norma jurídica em tese é uma coisa, sendo outra o caso concreto e complexo passível de ocorrer, tanto que a norma se realiza e se completa quando aplicada à hipótese individual. Sustentam, a mais, que os direitos dos segurados da previdência não podem ser atingidos por mudanças de emendas constitucionais. Consideram-nos, pois, no âmbito das normas fundamentais da Constituição Federal (art. 60 § 4º, IV da C.F.).

XII. A RELEVÂNCIA ECONÔMICO-SOCIAL DOS FUNDOS DE PENSÃO

Há que se atentar para o relevante papel que as entidades de previdência privada e fechada já assumiram. E muito mais avançarão nos planos econômico e social, alavancando as riquezas de nosso país, a par com a proteção complementar à paz social, numa adequada simbiose com a previdência oficial obrigatória. Nem será improvável que, *ad futurum*, venha assumir novéis deveres de assistência social que vindouras normas de lei federal a possam transferir com os respectivos meios de implementação.

Observe-se, nesse intento, serem hoje de escasso número as imensas fortunas particulares no país. E são poucas as grandes entidades nacionais, na atualidade, patrocinadoras de subsidiárias de previdência privada e fechada.

Por isso mesmo, o capital estrangeiro disponível, provavelmente sob os auspícios de seus fundos de pensão, está se introduzindo no país e se apropriando de notáveis empreendimentos e empresas nacionais, assim também ocupando a maior parte do mercado em seus múltiplos e crescentes setores, sem que se possa coibi-lo, sob risco de se conter o progresso do país.

Através da previdência privada complementar nacional concretizada nos fundos de pensão, teremos um mecanismo cada vez mais produtivo de imensos aportes de capital estável para notáveis fins sociais, também passível de ser necessariamente aplicado no mercado financeiro nacional sem risco de repentina retirada em massa para o mercado de outros países momentaneamente mais rentáveis.

Incentivando os fundos de pensão, teremos formidáveis vértices sociais e de reservas de contingência (art. 20 da L.C. 109), estas últimas fontes de provável enriquecimento dos mercados nacionais de capital, segundo as diretrizes do Conselho Monetário Nacional, com o conseqüente estímulo a investimentos nos mais variados setores de produção da economia nacional e geração de novos empregos.

A par com essa ampliada e rendosa ciranda financeira dentro do mercado nacional, em sentido lato, terá o obreiro beneficiado a previsão de garantias complementares de assistência social, saúde e aposentadoria confortáveis a si e seus familiares mais próximos, conferidas pelo fundo de pensão ao qual aderiu.

XIII. CONCLUSÃO

Sob o sistema político democrático adotado pela Constituição Federal, é de se crer na impossibilidade absoluta de vingar qualquer regime de exceção no país, em nefasta e inadmissível previsão político-social que poderia eventualmente desmoronar os pilares da previdência privada. Assim também o risco da corrupção, esta passível de ser abortada, eis que de êxito inaceitável dentro da lógica do razoável pelo quadro de segurança cada vez melhor implantado em lei. Na realidade virtual, não só os organismos públicos de fiscalização previstos em lei, como os próprios beneficiários dos fundos têm o direito de fiscalizar todos os atos praticados por sua entidade.

Por derradeiro, volta e meia o noticiário jornalístico equivocadamente envolve num mesmo contexto econômico-financeiro os fundos de pensão da previdência privada e o *déficit* da previdência social no pagamento das aposentadorias pelo INSS, prevendo que este crescerá em dez bilhões de reais no ano de 2003, afetando aquele. É o que se vê na notícia mais desenvolvida da p. 30 do 1º caderno do jornal **O Globo** de 8/9/2002, enquanto que na 2ª página do mesmo caderno, a chamada para esse noticiário limitado à previdência social informou que os fundos de aposentadoria da previdência privada **resistem à crise** nos mercados decorrente da previdência social pública.

Reiteremos neste final que, embora de origem histórica comum, **previdência social oficial e previdência complementar privada fechada** gravitam hoje em órbitas legais e financeiras absolutamente distintas, uma não podendo ocasionar qualquer impacto mais grave na outra. ◆

“CONDOMÍNIO DE ÁGUAS” SITUAÇÕES DE FATO OU DIREITO PRIVADO ?

DANIELLE MACHADO SOARES

Professora da Universidade Católica de Petrópolis e da Universidade Estácio de Sá.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

O tema escolhido, a princípio, pode parecer absurdo aos olhos dos nossos juristas, afinal, como pode haver uma modalidade condominial atípica dentro do nosso sistema, tendo em vista serem os direitos reais regidos pelo princípio do *numerus clausus*?

O que ocorre, na realidade, é uma distância entre a situação fática e a norma imposta, ou seja, de um lado, nos deparamos com as necessidades atuais do homem e de outro, uma construção jurídica ortodoxa, que não abre espaço e nem encampa alguns novos fenômenos provenientes das mudanças sociais. Contudo, negar a realidade não resolve os problemas, ao contrário, apenas os acentua.

Portanto, nossa proposta ao pesquisar sobre os denominados “condomínios de água” tem por escopo, levantar questões que vem se revelando nos últimos anos com bastante frequência, e tentar encontrar uma solução sem ferir o ordenamento, apenas adaptando o que existe de concreto à nova realidade que se faz presente.

É sabido por todos, que os problemas atinentes à água não são novos, mas bastante antigos, em razão da necessidade vital do ser humano. Entretanto, esta situação particular, caracterizada sob a forma de “condomínio” para rateio de despesas de captação, abastecimento e manutenção de rede hídrica privada, é nova e representa uma das facetas desse grande problema. Em outras palavras, queremos dizer que, a partir de uma situação real que é o abastecimento precário de água, seja por omissão total ou parcial, por quem de direito, no caso o poder público, surge uma outra situação, também real, que são as criações dos “condomínios de águas”. Sua constituição emerge do somatório de duas figuras: uma atípica, proveniente da auto-

nomia privada, ensejadora de um novo direito real, e de outra que típica, cujo fundamento encontra-se no Código Civil, no capítulo em que trata dos condomínio em geral.

Este assunto encontra-se na ordem do dia e, por conseguinte, assume importância capital o seu estudo detalhado, em razão dos conflitos desencadeados nos últimos anos. Por isso, é preciso ressaltar que a pesquisa realizada não se encontra esgotada, ao contrário. Este trabalho apenas indica uma nova tendência, que ainda precisa ser absorvida e sacramentada pelo nosso sistema jurídico positivo.

É preciso ressaltar que o direito de água não é uma questão secundária, mas um direito fundamental, que envolve o princípio basilar de toda a estrutura jurídica: o do direito à vida. Afinal, só existe direito porque existe vida humana. Tanto assim que, por mais atual que nossa vertente problemática possa parecer, é a história que vai nos revelar que o homem, levado pelo seu instinto básico de sobrevivência, é capaz de romper obstáculos de qualquer ordem para obter o precioso líquido, pois é a sua vida e a sua dignidade que estão em jogo. Este fato, porém, não é um dado obtido meramente nos livros de história. É também uma realidade que vigora em nossa sociedade atual, e pode ser percebida em muitos lugares bem próximos a nós.

Escolhemos como foco de nossos estudos a cidade de Petrópolis, situada na Região Serrana do Estado do Rio de Janeiro, por apresentar um quadro geográfico, político e social bastante interessante à pesquisa. Sua geografia é rica, sobretudo no aspecto hídrico, pois além de ser cortada pelo Rio Piabanha, ainda apresenta várias nascentes de águas minerais, localizadas em vários pontos da Cidade, o que é uma dádiva! Contudo, o destino é irônico. Apesar da abundância natural de água, a Cidade apresenta um quadro caótico, inclusive com processos de escassez, fruto de uma política que permitiu que se desmatassem as encostas, ao invés de se implantar um projeto urbanístico adequado à região. Também a falta de uma educação ambiental mais incisiva, em todos os níveis e setores sociais, contribuiu para agravamento da situação, devido à poluição provocada pelos esgotos residenciais e fabris que são lançados nos rios sem que haja tratamento precedente, vindo a afetar a qualidade da água que se consome. Um outro fator, igualmente importante, que incide na esfera política, é a questão da distribuição hídrica, que é um atributo exclusivo do poder público. Como sua realização não segue um padrão homogêneo, o que significa dizer que apresenta lacunas de distribuição em vários pontos da região, independen-

temente do perfil socioeconômico de seus moradores, acaba por induzir a comunidade carecedora do abastecimento, a articular uma forma de solucionar seus problemas, criando, desse modo, sua própria rede hídrica particular.

Todavia, o que deveria ser solução para a falta do abastecimento de água, acaba por tornar-se um problema maior ainda, que envolve tanto o setor público, quanto o privado. Esses fatores somados, tornam essa Cidade um laboratório para os nossos estudos e espelho para outras regiões que possuam características semelhantes.

Analisando-se detalhadamente a doutrina e a legislação clássica, pode-se perceber que ambas são muito claras no que diz respeito à impossibilidade da criação de direitos reais atípicos, conseqüentemente, criando um choque com o fato social, e desencadeando uma série de problemas de ordem jurídica, devido ao abismo existente entre o direito imposto e a realidade social, o que naturalmente, precisa ser superado.

Esse abismo se evidencia a partir dos conflitos que surgem em razão da violação de um direito natural positivado, que é o direito à água, podendo parecer de fácil solução, num primeiro momento, mas ao contrário, é bastante complexo e controvertido devidos aos seus desdobramentos.

A complexidade se dá em virtude de dois fatores fundamentais: o primeiro, pelo número variado de pessoas que estão envolvidas no processo de gestão, sobretudo no que toca à captação e distribuição da água. E o segundo, em razão da dominialidade da água instituída pelo próprio ordenamento jurídico, que, anteriormente, poderia pertencer tanto ao particular, quanto ao público, e que, atualmente, somente pode pertencer ao setor público.

Os sujeitos envolvidos no processo de captação e distribuição de água, de fato, são três, mas apenas um deles está legitimado pelo direito à realização do serviço. São eles as pessoas jurídicas de direito público, consubstanciando-se na própria Administração Pública, através de suas concessionárias e subconcessionárias, que constituem os verdadeiros fornecedores, por determinação legal para gerir os recursos hídricos; as pessoas jurídicas de direito privado, especificamente, as cooperativas de abastecimento água, cuja existência é bastante comum no meio rural, devido à falta do abastecimento público, e uma terceira categoria, que é formada pelos próprios destinatários do serviço público de abastecimento no meio urbano, que são os usuários da água. Estes dois últimos só atuam quando há omissão total ou parcial do poder público. É de se ressaltar, que não obstante o envolvimento dos sujeitos acima destacados, a dominialidade da água foi conferida ao poder público

por força do artigo 1º, I da Lei de Recursos Hídricos de 1997, por ser esta um dos elementos integrantes do meio ambiente, conseqüentemente, bem de uso comum do povo.

Ocorrendo a violação da norma jurídica, que atribui competência para gestão hídrica ao poder público, conseqüentemente, irão ocorrer vários efeitos, dentre os quais destacamos, em especial, os provocados na esfera jurídica dos destinatários deste serviço, que além de sofrerem os problemas pela falta ou pela falha do serviço, também irão se deparar com obstáculos criados por parte da própria Administração Pública para justificarem sua ineficiência. Estes efeitos podem ser percebidos pelo desencadeamento de inúmeras contendas envolvendo tanto os destinatários em relação ao poder público, quanto aos destinatários entre si.

Neste trabalho, reservamos-nos a analisar, especificamente, a questão dos conflitos existentes entre os próprios destinatários, que ao suprirem a lacuna deixada pelo poder público, através da criação e gestão de sua própria rede hídrica, resgatando, desse modo, o instituto da autotutela¹, findam por desentenderem-se, sobretudo, no tocante ao rateio de despesas para a manutenção do sistema. Em outras palavras, as relações intersubjetivas se alteram, tomando dimensões imensuráveis e a necessidade da intervenção do Estado-Juiz se torna fundamental.

Entretanto, um fato curioso deve ser destacado. Na tentativa de buscar solução dos conflitos através do Judiciário, pode-se constatar em alguns casos, que ao invés de obterem-se as soluções para as demandas, estas se acirravam mais, em virtude de determinadas decisões fundamentadas na teoria clássica do Direito de Águas, com base no Código de Águas – Decreto 24.643 de 1934, que ainda vem sendo aplicado, de modo isolado, por uns poucos, apesar da sua revogação em razão da nova lei de Recursos Hídricos.

Aplicar-se o Decreto 24.643/34, construído e centrado em princípios próprios de outro contexto histórico-social, é o mesmo que se fazer uso de um remédio com o prazo de validade expirado para a cura de uma doença. A visão clássica não consegue solucionar este novo perfil de litígio, posto que seu modelo não alcança o novo fenômeno, provocado por diversos fatores,

¹ BOBBIO, Norberto. “**A era dos Direitos**”, ed. Campus, Brasília, 1995, p. 31. “*Quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência. Mais tarde, nas Constituições que reconhecem a proteção jurídica de alguns desses direitos, o direito natural de resistência transformou-se no direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado*”.

dentre os quais, destaca-se: a explosão demográfica; a falta de interesse e de recurso do poder público; a limitação do recurso natural por fatores físico-químicos; os desmatamentos descontrolados; a educação ambiental precária; a poluição etc.

O somatório desses fatores associado ao perfil dos litígios faz com que o estudo sobre essa nova espécie de manifestação condominial revista-se de cuidados especiais, pois, além das questões sociais e políticas que revestem o tema, existe, também, a questão jurídica, que deverá ser analisada com bastante cautela, sob pena de se assassinar o Direito, eis que, o direito se dinamiza na medida em que ocorrem as transformações sociais.

A título de exemplo, temos a própria expressão que dá nome ao tema: “Condomínios de Água”, que apesar de não ser a mais adequada, devido à sua impropriedade jurídica para denominar o fenômeno, é por nós aqui utilizada, por ter sido extraída do jargão popular e, assim, fielmente mantida.

O que se pretende afirmar é que essas questões não podem ser decididas apenas com a letra fria da lei, sobretudo, se esta encontra-se obsoleta no tempo, mas através de análise criteriosa dos fatos sociais. Assim, quanto ao tema em questão, alguns fatos merecem atenção especial, principalmente os que dão origem os “condomínios de água”, a sua estruturação, sua gestão, e sua semelhança aos condomínios horizontais. Para isto é preciso tentar obter respostas para as discussões mais frequentes, que se apresentam, em torno desse novo assunto, que são:

- 1 - Qual o fato gerador dos condomínios de água?
- 2 - Pode juridicamente existir essa figura?
- 3 - Como é composta esta espécie de relação?
- 4 - Será que um associado pode desligar-se do condomínio que ele próprio ajudou a fundar em razão de suas necessidades básicas, quando estas se alterarem?
- 5 - Se a propriedade participante dessa espécie associativa for alienada, o novo adquirente é obrigado a respeitá-la ou pode desassociar-se?
- 6 - Em caso de não pagamento do rateio das despesas, poderá ocorrer o corte no fornecimento da água pelo “condomínio” instituído?
- 7 - É possível captar-se água de uma propriedade particular, mesmo contra a vontade de seu proprietário?
- 8 - É possível captar-se água de um bem de uso comum do povo sem a autorização e fiscalização do poder público?
- 9 - A relação existente entre os particulares por força da autonomia

privada pode se enquadrar numa relação de consumo?

10 - Pode haver o corte na distribuição da água, por falta de pagamento do condômino beneficiado?

11 - Esse beneficiamento pode ocorrer indiretamente?

12 - Deve predominar o princípio social de que o interesse coletivo se sobrepõe ao individual?

13 - Pode um indivíduo não participante do “condomínio” requerer sua integração para poder receber água?

2. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA E A ORIGEM DOS CONDOMÍNIOS DE ÁGUA

A evolução que se verifica a partir século XX no plano jurídico é a atuação cada vez mais incisiva do Estado no domínio das relações privadas. Esta atuação pode se dar sob várias formas, seja através da fiscalização, da intervenção na ordem econômica, ou da garantia de direitos, não importa. O fato é, quanto mais o Estado intervém, mais diminui a esfera da autonomia individual, para buscar-se o interesse social. Segundo Pietro Barcellona², numa visão otimista do liberalismo econômico, a própria liberdade é função social, e o exercício incondicionado dos poderes satisfaz a tutela do interesse enquanto técnica ideal para assegurar a harmonia dos interesses particulares e fundi-los no interesse geral, que daí resulta automaticamente realizados. Conseqüentemente, a autonomia privada³, concebida nos moldes das revoluções liberais, pouco a pouco vai assumindo uma nova postura em razão da vontade geral. O princípio, apesar de ligado diretamente aos conceitos de sujeito de direito e ao da propriedade individual, mantém suas características, só que agora, numa concepção não mais individualista, mas numa visão social. A realização e o bem-estar individual devem-se enquadrar ao coletivo, em razão do perfil estabelecido pelo Estado-provedor.

Partindo-se do raciocínio acima estabelecido, podemos afirmar que os condomínios de água são frutos da autonomia privada fundidos nos interesses de dada coletividade. Sua origem pode ser determinada através de dois modos distintos:

1º - pela vontade do loteador, quando da necessidade de se enquadrar o loteamento aos moldes da lei, necessita fazer a indicação da fonte de captação de água que abastecerá os lotes constantes deste, ou seja, as

² BARCELLONA, Pietro. “**Diritto Privato e processo econômico**”, Nápole, 1977.

³ PRATA, Ana. **A tutela Constitucional da Autonomia Privada**, Almedina, Coimbra, 1982.

nascentes, as fontes, os veios d'água ou similares que irão abastecer os lotes, podendo estar situados dentro de lotes que serão alienados aos particulares, ou em lotes que ficarão reservados exclusivamente para atender ao próprio loteamento. Tanto numa situação, quanto noutra, o loteador deve introduzir o gravame (ônus real)⁴ no registro imobiliário desses lotes servientes, o que gerará por consequência uma obrigação *propter rem* para os lotes;

2º - por vontade dos particulares de certas localidades carecedoras de abastecimento público de água. Para esta segunda hipótese, faz-se necessário ressaltar que esta carência de abastecimento poderá revelar-se sob dois aspectos: ou pela ausência total de água nas propriedades, ou pela quantidade insuficiente de água para o consumo pessoal dos habitantes daquela região. Em razão dos quadros apresentados, surge a necessidade dos particulares de articularem alguma forma de artifício, para solucionarem seus problemas provenientes da falta do abastecimento público de água. A solução encontrada revela-se no somatório de várias vontades autônomas em torno de um interesse comum. O sinalagma evidenciado gerará obrigação para todos os que usufruem direta ou indiretamente do bem.

Por conclusão, temos que em ambas as modalidades apresentadas como origem para os “condomínios de água”, a autonomia privada se faz presente como fonte geradora de uma nova categoria atípica de direitos reais. Apesar de não estar enquadrada dentro do sistema clássico, esta nova manifestação condominial se materializada por força das obrigações assumidas por aqueles que a aderiram, expressamente ou tacitamente, através do artifício criado para suprirem lacunas e usufruírem do bem. O condomínio instituído por vontade dos particulares, sobre um bem de uso comum do povo só existe em razão da omissão do Poder Público no que toca a algumas de suas atribuições fundamentais, e portanto, existe a obrigação dos que dele se beneficiam direta ou indiretamente de contribuírem para o rateio de despesas quanto à manutenção e à conservação da rede de abastecimento, até que o Poder Público a assumira de fato e de Direito.

3. A IMPROPRIEDADE JURÍDICA DA DENOMINAÇÃO

A nova realidade que vem se projetando nos últimos anos no que

⁴ MESQUITA, Manuel Henrique. “Obrigações reais e Ônus Real”, *Coleção teses*, Almedina, Coimbra, 200.

diz respeito à captação e distribuição de águas por particulares recebe as seguintes denominações dentro do jargão popular: “condomínio de águas” ou “associação em condomínio”. Não obstante a impropriedade jurídica das expressões, utilizá-la-emos, mesmo assim, por achá-las as mais adequadas no momento para caracterizar a situação.

A impropriedade das expressões reside na impossibilidade de estabelecer-se um condomínio de águas, por dois motivos fundamentais: o primeiro por força da determinação contida na Lei de Recursos Hídricos⁵ que estabelece ser a água um bem de domínio público, em especial de uso comum do povo, e o nosso sistema não permitir a possibilidade de particulares serem donos de bens públicos sem a devida desafetação; o segundo motivo, ocorre em virtude de o nosso sistema jurídico clássico não permitir que a autonomia privada crie direitos reais, eis que se rege pelo princípio da tipicidade dos direitos reais e do *numerus clausus*. Conseqüentemente, como poderia a vontade dos particulares ser geradora de um condomínio ou uma associação que verse sobre um bem público? Eis a grande questão. Ao efetuarmos a análise técnica da questão, verificaremos a impossibilidade do emprego da terminologia. Entretanto, por tratar-se de uma situação de fato, o termo vem sendo fartamente empregado, inclusive pela própria jurisprudência.

A palavra “condomínio” é uma expressão proveniente dos direitos reais, e significa o domínio que é exercido por duas ou mais pessoas sobre determinada coisa, em caráter privado. O nosso sistema jurídico tradicional funda-se nos princípios consagrados pelo liberalismo francês, provenientes da Revolução Francesa, que conferiu através do Código de Napoleão o caráter absoluto à propriedade, consagrando-a como “sagrada e inviolável”, acolhendo o princípio do *numerus clausus* para tais direitos. Em outras palavras, significa dizer que, só existem direitos reais se determinados por lei, caso contrário, são inadmissíveis. As conseqüências do posicionamento adotado por este sistema é o confronto que se instala frente à nova realidade, vindo a ocasionar uma lacuna no direito, desencadeando na ocorrência das chamadas situações de fato, que nada mais são do que situações análogas às de Direito, mas que carecem de certos elementos fundamentais, e por isso regem-se pela teoria da aparência.

⁵ Lei 9.433 de 8 de janeiro de 1997. Art. 1º “A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos: I- a água é um bem de domínio público.”

A expressão “associação”⁶ também utilizada para caracterizar esta espécie de situação de fato, assim como o “condomínio de águas”, é igualmente inadequada, pois está relacionada a entidades com personalidade jurídica, cuja finalidade é a obtenção de resultados altruísticos, científicos, artísticos, beneficentes, religiosos etc., que não é o caso, eis que as situações de fato são desprovidas de personalidade jurídica, conforme dispõem os artigos 20 § 2º e 1.366 do CCB, bem como o artigo 12, VII do CPC.

Logo, conclui-se que os condomínios de água, por pertencerem a categoria das situações de fato, não podem ser analisados à luz da doutrina clássica⁷, tendo em vista ser o sistema tradicional insuficiente para alcançar as novas manifestações da sociedade. Por outro lado, negá-los, seria uma afronta ao próprio dinamismo do Direito. Assim, resolvemos encarar o fenômeno e estudá-lo sob o enfoque da incidência da autonomia privada como criadora de novos direitos reais, por mais absurdo possa parecer ao olhos dos conservadores do pensamento clássico, mantendo-se a expressão popularmente utilizada, por mais inadequada que seja.

4. EVOLUÇÃO HISTÓRICA, VALOR ECONÔMICO, NATUREZA JURÍDICA E CONCEITO

Para que se compreenda o direito de águas é útil que se procurem na história algumas soluções ou modelos de captação e distribuição de águas adotados por nossos antepassados, devido a sua importância para a compreensão do estudo jurídico atual, eis que é a água a fonte causadora da evolução e do progresso da humanidade.

A pesquisa histórica realizada para este trabalho foi estudada a partir de duas reflexões básicas. De um lado, a água concebida sob a ótica da necessidade humana de sobrevivência, e de outro a questão da propriedade da água confundia com a sua utilização. Alguns dados interessantes merecem serem destacados, como por exemplo, o modo como os antigos dominaram a técnica e legislaram a respeito dessas questões.

Na antigüidade, as grandes civilizações cresceram e se desenvolveram em torno e graças as águas. Elas aprenderam a dominar o início e

⁶ AMARAL, Francisco. **Direito Civil - Introdução**, Renovar, Rio de Janeiro, 1998. “As associações são pessoas jurídicas de direito privado, formadas para a realização de fins não lucrativos. Caracterizam-se pelo seu aspecto eminentemente pessoal. Sua origem é romana”.

⁷ SOARES, Danielle Machado. **Condomínio de Fato**, Renovar, Rio de Janeiro, 1999. “O Direito existe para resolver casos concretos, logo possui aptidão particular para aderir a realidade”.

o volume das chuvas, armazenando suas águas e distribuindo-a sobre as terras agrícolas. Entretanto, a apreensão tecnológica, ainda que primária se comparada aos dias atuais, não era o suficiente. Elas precisavam estabelecer, juntamente com esta apreensão, o seu reconhecimento através de uma legislação rigorosa que versasse sobre a propriedade das águas para os trabalhos de irrigação que eram indispensáveis à economia do Estado. Para satisfazer as necessidades da agricultura, o Estado Egípcio, no IV^o milênio a.C. criou uma importante norma visando à regulamentação das águas do Nilo⁸. A fiscalização do equilíbrio hídrico referente ao Estado Egípcio se personalizava na figura do Faraó. Esta é a primeira forma de apropriação pública dentro do direito de águas.

Na Mesopotâmia, devido à escassez da água, estabeleceu-se uma regulamentação de uso idêntico à egípcia. Esta norma encontra-se presente no Código de Hamurabi.

Em época romana o direito de águas não é tão claro. Alguns autores romanistas deduziram de certas leis que os rios pertenciam aos ribeirinhos, enquanto as *Institutas* declaravam que as águas de chuvas eram públicas e a água corrente era coisa comum. Essas divergências alimentam as interpretações modernas radicalmente diferentes⁹.

Já no período feudal, todos os rios foram submetidos a jurisdição dos senhores feudais. Podemos concluir que este fato se transformou, na maioria dos casos, num verdadeiro direito de propriedade. Entretanto, alguns doutrinadores divergem sobre a questão, pois seus entendimentos versam no sentido de que estes senhores feudais equiparavam-se aos ribeirinhos do direito romano. Porém, por ser o direito feudal confuso e diversificado, dentro de certas regiões, ou de comunidades rurais se conservou um direito sobre os rios.

Na França de 1566, com expedição o Édito de Moulins, houve a consagração do domínio real inalienável sobre as águas, complementada alguns anos após pela determinação de 1669 que estabeleceu o seguinte:

“Declarons la propriété de tous les fleuves et rivières portant bateaux de leurs fonds, artifice et ouvrage de main dans notre royaume et terre de notre obéissance, faire partie du domaine de la couronne sauf

⁸ DEGROSSE. A. *Tout l'eau du monde*, Du May, 1990, p. 45.

⁹ LE MOAL. “Les droits sur l'eau”, *Rev. Dr. Rur.* n^o 218, decembre 1993, p. 450.

*les droits de pêche, molin, bac et autres usages que les particuliers peuvent avoir par titre et possession valable auxquels ils sont maintenus.*¹⁰

As questões sobre a dominialidade da água provocaram, ao final do século XIX, na Europa, um importante debate doutrinário sobre o tema. Quatro soluções foram propostas:

- 1 - A submissão ao domínio público;
- 2 - A submissão à propriedade privada: leito e águas;
- 3 - Propriedade dos ribeirinhos sobre o leito, as águas classificadas como coisas comuns;
- 4 - Classificação do leito e das águas como coisas comuns¹¹.

Podemos observar, nesta pequena passagem histórica, que desde os primórdios da humanidade já se revelava uma ligeira preocupação com relação ao aspecto econômico da água e a sua dominialidade. Atualmente é certo que a riqueza de uma nação encontra-se em seus recursos hídricos, em razão de seu valor econômico atribuído.

A noção de valor deve ser entendida a partir de um estudo realizado em todas as correntes econômicas. É preciso que se examinem as diferentes definições, para que se possa extrair o sentido do valor econômico que a água possui. Aqui neste pequeno texto, não nos cabe apresentar detalhadamente cada definição de cada pensador, como por exemplo, Adam Smith, Condillac, Turgot, Jeremy Benthan, Karl Marx, entre outros, mas apenas reproduzir a conclusão de nossos estudos. Assim, a partir das diversas definições apresentadas por diferentes correntes econômicas de pensamento, pôde-se perceber que dois institutos essenciais dominam as definições, pouco importando se esta pertencia à escola clássica, ou marxista, ou neoclássica, entre outras. O que se percebe é que em todas elas as expressões utilidades e raridades encontram-se presentes. Logo, por conclusão, entendemos que o poder atrativo da água é extremamente importante, independentemente da variação de valores atribuídos em razão dos gostos ou das necessidades de cada indivíduo. O certo é: a água é útil para todos nós. Em razão deste fato, temos atualmente, que na maioria das legislações sobre água provenientes de diferentes países, o valor econômico e o domínio público estão reconhecidos. A título de exemplo, citamos a França, que através da Lei nº

¹⁰ DALLOZ, M.D. *Repertoire de legislation XIX*, Dalloz, 1853, p. 313.

¹¹ LE MOAL. Ob. Cit.

92-3 de 3 de janeiro de 1992 foi a primeira a reconhecer a água como um valor econômico e uma unidade jurídica, em razão do uso múltiplo que ela permite, e porque se encontra esparramada por toda a superfície do país. Este reconhecimento corresponde a uma unidade de gestão dessas águas, o que significa que as medidas de proteção devem ser aplicadas para as águas superficiais, subterrâneas, do mar, dentro dos limites do seu Estado, por se tratar de “Patrimônio Comum da Nação”¹².

O Brasil, em 1997, seguindo o modelo Europeu, estabeleceu a Política de Recursos Hídricos, através da Lei 9.433 de 8 de janeiro de 1997, cujo artigo 1º, I que assim determina:

Art. 1º “*A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos:*

I- a água é um bem de domínio público.

II- A água como um recurso natural limitado, dotado de valor econômico”.

Este diploma legal veio reconhecer o aspecto econômico¹³ da água, bem como sua importância dentro do contexto atual, retirando-lhe o caráter privado e conferindo-lhe a dominialidade pública, no que toca tanto a sua propriedade quanto a sua gestão, fazendo com que o Decreto 24.643 de 1934 não mais possa ser aplicado em razão de seus acentuados contrastes com a atual legislação.

Partindo-se da premissa de que a água pertence ao domínio público, e sua gestão é um atributo do Poder Público, logo toda água situada dentro de um terreno particular não pertence ao seu dono, mais ao Ente Público, eis que este representa o povo; conseqüentemente, podemos concluir que:

¹² GAONAC’H, Arnaud. *La Nature Juridique de Léau*, Editions Johanet, Paris, 1999, p.41.

¹³ FREITAS, Vladimir Passos de. *Água – Aspectos Jurídicos e Ambientais*, Ed. Ícone, São Paulo, 1993. “*A água como visto passou a ser um bem de domínio público é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico, nos termos do art. 1º, incs. I e II da Lei 9.433, de 08.01.97. Isso significa que o usuário deve pagar para utilizá-la. Atualmente, o que se paga é a prestação dos serviços de captação de água e o seu tratamento. As águas superficiais pertencem à União quando os rios ou lagos banham mais de um Estado ou são internacionais. As demais são do domínio dos Estados-Membros. Isso significa que não há águas particulares nem municipais. Cabe à União e aos Estados conceder a outorga de direitos de uso de recursos hídricos, nos termos do art. 11 e ss. da Lei 9.433, de 08.01.97. A outorga não implica alienação das águas, mais simples direito de uso.*”

1º - nenhuma pessoa pode negar água para outra alegando ser de sua propriedade;

2º - que o fornecimento de água deve ser realizado pelo Poder Público, já que a ele coube gestão por determinação legal;

3º - caso não seja fornecida a água pelo ente público, este pode ser responsabilizado civilmente por omissão por força do artigo 37 § 6º da Constituição Federal;

4º - a omissão do Poder Público quanto ao abastecimento da água gera para o particular o direito natural de resistir a esta omissão, por meio de artifícios que o possibilite obter a água, eis que a água representa a vida;

5º - a omissão legítima os “condomínios de água”, cuja captação pode ocorrer tanto em propriedade pública quanto em propriedade particular, haja vista a sua dominialidade, desde que tomadas as devidas precauções como estudos hidrológicos da região onde será extraída a água a ser utilizada.

A partir das pontuações acima elencadas, podemos verificar que com o advento da Lei 9.433 de 08.01.97, o sistema político-jurídico, no que diz respeito aos Recursos Hídricos, sofreu sérias transformações, sobretudo em razão da nova dominialidade e da valoração econômica que lhe foram atribuídos, além do encargo de fato e de direito de realizar uma gestão hídrica de modo eficaz. Entretanto, o que acontece no mundo real nem sempre corresponde aos ditames da lei, motivo pelo qual, em certas situações, como a da água, é preciso que se estabeleça uma solução para que as pessoas não sejam prejudicadas.

A certeza de a água pertencer ao domínio público, e a propriedade pública ser composta de coisas insuscetíveis de apropriação por particulares, salvo as desafetadas, é dogma jurídico. Porém, se o Poder Público, que é o titular do dever jurídico de realizar uma gestão eficaz quanto ao sistema hídrico, se abstém de fazê-la adequadamente, permitindo que determinados pontos da região sob sua administração fiquem desprovidos do abastecimento de água, ou tenham um abastecimento precário, é natural, como consequência de uma má gestão, que as pessoas que vivem nessas localidades “esquecidas” articulem alguma forma de suprir essa omissão.

A superioridade da dominialidade pública para proteger e gerir os recursos hídricos torna-se apenas teórica se não existir uma gestão adequada. Portanto, seria incoerente por parte do Poder Público coibir a existência dos artifícios criados pelos particulares, popularmente conhecidos por “condomínios de água”, tendo em vista que não conseguem cumprir de modo

adequado algumas de suas obrigações fundamentais.

Assim entendemos serem os condomínios de água situações de fato, mais precisamente, espécies do gênero condomínios de fato¹⁴, que surgiram com o escopo de suprirem a lacuna deixada pela Administração Pública no que diz respeito a sua atribuição de distribuição de água para os particulares. Estes, por sua vez, como não recebem a água, ou a recebem de modo precário, desejosos de obtê-la para manter suas necessidades básicas de sobrevivência e bem-estar, se associam em condomínio com a finalidade de poderem, através de rateio de despesas, realizarem a captação e a distribuição de água entre os associados da região carente.

Os condomínios de água, por se tratarem de uma situação de fato, e portanto regidos pela teoria da aparência¹⁵, possuem semelhanças aos condomínios horizontais, quanto ao aspecto da sua composição e administração. Razão pela qual, nos faz crer que esta modalidade condominial atípica possui a mesma natureza jurídica dos condomínios regidos pela Lei 4.591 de 1995, o que implicaria a duplicidade de direitos, ou seja, por um lado a propriedade comum sobre todos os utensílios utilizados na captação e distribuição da água, que foram adquiridos com o esforço comum dos associados, e por outro, uma relação obrigacional atípica, que estabelece um vínculo para o rateio de despesas para que se possa realizar a gestão de um bem público, que beneficiará a todos os participantes.

5. “ASSOCIAÇÃO EM CONDOMÍNIO” E ASSOCIAÇÃO CIVIL: LIBERDADE CONSTITUCIONAL?

Uma das importantes indagações que são feitas acerca dos condomínios de águas ou das associações em condomínio, como se preferir, é a possibilidade de ser invocada a liberdade associativa prevista no artigo 5º, XX da Constituição Federal de 1988 que assim determina:

¹⁴ SOARES, Danielle Machado. Ob. Cit.

¹⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direitos Reais**, ed. Atlas, São Paulo, 2001, p. 35. “*Sem a credibilidade da sociedade nos estados de aparência, inviável seria a convivência. A cada instante defrontamos com situações aparentes que tomamos como verdadeiras e corretas. ... Sempre que o estado de aparência for juridicamente relevante, existirão normas ou princípios gerais de direito a resguardá-lo. Não é no entanto a aparência superficial que deve ser protegida, mas aquela exteriorizada com relevância social e consequentemente jurídica*”.

Art. 5º

XX – ninguém poderá ser compelido a associar-se ou permanecer associado:

A nosso ver, o dispositivo constitucional acima apontado não pode ser aplicado às situações de fato. As associações a que se refere a norma fundamental são as reguladas pelo Código Civil, especificamente, em seus artigos 16, I e 22, que dispõe sobre entidades providas de personalidade jurídica, ou seja, atributo próprio das pessoas, não apenas como um valor, mas, sobretudo, como um direito, eis que sua existência legal como pessoa jurídica se dá a partir da inscrição de seu estatuto social no registro peculiar.

Ressalte-se que as associações têm sua vida e suas atividades inteiramente situadas no direito civil¹⁶, e possuem interesses diversos, cuja finalidade não é a lucrativa, mas de natureza patrimonial. Sua regulamentação é bastante antiga, pois data de 1893 com o advento da Lei 173, que veio para normatizar as associações que se fundarem para fins religiosos, morais, científicos, artísticos, políticos ou de simples recreio, invocando em seu apoio o artigo 72 § 3º da Constituição Federal de 1891¹⁷.

Todas as pessoas jurídicas necessariamente possuem personalidade e seu objetivo é previsto por lei. Já nas situações de fato, opera-se o contrário, pois tem existência no mundo real, mas não existem para o mundo jurídico, logo não possuem personalidade. Podem até ser registradas, mas o registro não lhe confere a personalidade, própria do direito, apenas atribui eficácia real a uma norma proveniente da autonomia privada.

Logo, podemos concluir que a liberdade associativa contida na Constituição Federal não pode ser invocada por aqueles que participam direta ou indiretamente dessa espécie de situação de fato, eis que as associações, neste caso, não possuem as finalidades próprias das associações instituídas por lei, pois não têm personalidade jurídica, mas apenas existem como forma de suprirem as brechas abertas pelo Poder Público quanto ao abastecimento da água, razão pela qual devem seus participantes dividirem os ônus provenientes dos benefícios que dela extraíram.

¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v. I, Forense, Rio de Janeiro, 1998.

¹⁷ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**, v. I, Saraiva, Rio de Janeiro, 1997. Dados extraídos de sua obra.

Não seria critério de justiça determinar-se que um grupo que alegue a liberdade associativa possa se beneficiar, de modo direto ou indireto, em detrimento de uns poucos pagantes. Afinal, quem tem que fornecer a água é o Poder Público, e não o particular. O particular irá apenas ratear as despesas com os seus pares para que todos os participantes da comunidade carecedora de água possam ser beneficiados. Afinal, no Estado Social o interesse coletivo deve prevalecer sobre o interesse individual.

Ressalte-se ainda que a expressão associação é imprópria à espécie como já analisado no item anterior, e seu emprego se dá apenas, na linguagem popular, para expressar a reunião de pessoas de uma dada coletividade que compartilham dos mesmos problemas proveniente da omissão do Poder Público, e dos benefícios alcançados pela própria, em caráter particular, através de rateio de despesas.

6. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO CDC POR NÃO SE TRATAR DE RELAÇÃO DE CONSUMO

Outro ponto extremamente importante é o que toca a aplicação ou não do CDC e a suspensão do fornecimento de um bem essencial como a água. Afinal, pode haver corte no fornecimento de água por falta de pagamento?

A pergunta deve ser analisada sob dois prismas. O primeiro dentro da relação de consumo estabelecida entre o poder público e o particular, por ser este o destinatário final do bem. E o segundo, pela relação formada da reunião de proprietários que rateiam despesas para manterem o abastecimento da rede hídrica privada, com o objetivo de beneficiarem todo o grupo. Note-se que se tratam de duas situações bastante distintas.

Passemos primeiro à análise da questão sob o enfoque da relação de consumo formada pelo poder público e o particular. É certo que com o advento do Código de Defesa do Consumidor foram introduzidas várias inovações no direito contratual, com o escopo de proteger a parte mais vulnerável e hipossuficiente da relação, que é o consumidor. Para tanto, a lei enquadrou dentro da sua Política o poder público como fornecedor de serviços, através de seu artigo 3º, que assim estabelece:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada,

Mas a lei foi não finalizou aí. Não só enquadrou a pessoa jurídica de direito público como fornecedora de serviços, como também determinou a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral como direito básico do consumidor (art. 6º, X), além de introduzir o princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais¹⁸ através de seu artigo 22, o que configurou uma verdadeira revolução, eis que, este princípio, elevado à norma jurídica, determina a impossibilidade no corte dos serviços essenciais, independente do seu motivo. Caso o fundamento para a interrupção do serviço seja provocado pela falta do pagamento, então o poder público deverá buscar o seu crédito pelas vias próprias, ou seja, as ações de cobrança. O que não pode prevalecer, nestas hipóteses, é a dupla punição para o consumidor inadimplente, que é a multa proveniente da falta do pagamento e o corte do serviço.

*Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, **quanto aos essenciais, contínuos.***

Conclui-se em razão dos dispositivos legais acima apontados, que a relação jurídica estabelecida entre o poder público e os particulares, no que toca à questão do fornecimento de água, é uma relação de consumo, cujo fundamento é o contrato de adesão para prestação de serviço essencial, e portanto, regida pelo CDC. Logo, não pode ser suspensa a sua prestação, no máximo comporta uma ação de cobrança com as devidas correções e multa pertinentes.

Já a hipótese dos condomínios de água, por tratar-se de uma relação diferenciada, não pode ser enquadrada dentro das situações de consumo, pois não existe a figura do fornecedor de serviço. Apenas existem pessoas que se encontram vinculadas por uma situação de carência que as unem, e que sozinhas não poderiam suportar o ônus proveniente da inoperância do

¹⁸ CÓDIGO BRASILEIRO DO CONSUMIDOR. Comentado pelos autores do anteprojeto. Ed. Forense Universitária, São Paulo, 1995, p. 140. “*É sempre muito complicado investigar a natureza dos serviços públicos, para tentar surpreender, neste ou naquele, o traço da sua essencialidade. Com efeito, cotejados em seus aspectos multifários, os serviços de comunicação telefônica, de fornecimento de energia elétrica, água, coleta de lixo domiciliar, todos passam por uma gradação de essencialidade, que exarceba quando estão em causa os serviços públicos difusos relativos a segurança, saúde e educação.*”

poder público, por ser este muito elevado, motivo pelo qual, concordam, expressamente ou tacitamente, em somarem seus esforços para se beneficiarem em conjunto de um bem essencial que é a água. Todas são ao mesmo tempo destinatárias da água e fornecedoras de si mesmas, só que não numa relação de subordinação, mas de igualdade. A materialização dessa relação se dá através do rateio de despesas entre todos os beneficiados, que provém da construção e da conservação da rede hídrica, incluindo a energia utilizada, o funcionário que cuidará da rede, com os devidos encargos trabalhistas, o material para tratar a água etc. Assim, se um condômino deixar de contribuir para o sistema, os demais terão que suportar as despesas do inadimplente, pois se houver a paralisação por falta de verba, todos serão prejudicados.

Logo, como não se caracteriza a relação de consumo entre os condôminos de fato, por serem estes os seus próprios gestores de suas necessidades, conseqüentemente, não há que se aplicar o CDC.

No que toca o corte na distribuição da água ao condômino inadimplente, por se tratar de um bem vital, deve-se aplicar o princípio da continuidade do abastecimento, podendo, no caso da falta de pagamento, propor uma ação de cobrança, utilizando-se como analogia a lei de condomínios e incorporações, e atribuindo natureza *propter rem* à obrigação. Afinal, a coletividade não deve suportar o ônus do condômino faltoso, pois este estaria se locupletando às custas dos demais, o que provocaria um desequilíbrio da ordem jurídica. Afinal, o interesse coletivo deve prevalecer sobre o individual.

7. A OBRIGATORIEDADE DO RATEIO DAS DESPESAS POR AQUELES QUE SE VINCULARAM DIRETA OU INDIRETAMENTE AO SISTEMA HÍDRICO

Um dos grandes pontos de maior discussão dentro do nosso estudo, em nível doutrinário e jurisprudencial, é a questão do rateio das despesas de condomínio, ou seja, se existe ou não a obrigatoriedade do rateio para aqueles que não possuem mais o interesse de manterem-se associados, eis que se trata apenas de uma situação de fato.

Este ponto nos revela a repercussão que a omissão do Poder Público produz na esfera interna dos próprios associados.

Existem duas correntes que se posicionam sobre o assunto. A primeira, defende a idéia da não obrigatoriedade do rateio, e para tanto, utiliza-se do argumento da liberdade associativa prevista na Constituição Federal, ou até mesmo a da carência de ação em razão da inexistência de condomínio. Já a

segunda corrente, ao contrário, defende a posição da sua obrigatoriedade, e assenta sua justificativa no princípio do locupletamento sem causa.

O nosso entendimento coincide com a corrente que defende a obrigatoriedade do rateio. No item 5 do presente trabalho, discorremos sobre a impossibilidade de se argüir a liberdade associativa, tendo em vista que a associação prevista na Constituição Federal é tipificada por lei e possui personalidade jurídica. Sua finalidade está relacionada a fins ideais ou filantrópicos, o que não é o caso dos condomínios de água.

A associação em condomínio ou condomínio de água, como preferir-se, existe apenas com a finalidade de suprir o interesse dos associados devido à omissão da Administração Pública no que toca o abastecimento. Ela resulta de um somatório de esforços, em razão do alto custo de instalação e manutenção de sua rede hídrica. As pessoas que dela participam vinculam-se expressamente ou tacitamente em razão dos benefício que vão auferir, e uma vez instituído o condomínio, até que o Poder Público assuma a rede hídrica, existem as despesas com o seu funcionamento, que normalmente atingem valores elevados para que umas poucas propriedades possam suportá-las sozinhas, enquanto outras tiram-lhe as vantagens, ainda que indiretamente.

Logo, se houve uma adesão voluntária por parte dos titulares de uma determinada propriedade particular para obterem o fornecimento de água, automaticamente, esta propriedade estará obrigada a ratear as despesas de sua criação, se for o caso, e a de manutenção e conservação, pois o sistema não pode parar de funcionar, sob pena de prejudicar toda a comunidade participante.

A nosso ver, não se trata de liberdade associativa, mas de uma autêntica obrigação *propter rem*¹⁹. E aqueles que adquirirem a propriedade sem ter participado da criação do sistema hídrico, tornam-se vinculados ao sistema, independentemente de terem expressado sua vontade, pois terão a faculdade de auferir das suas vantagens, do contrário estariam se enriquecendo às custas dos demais.

Ressalte-se que o sistema hídrico não pode parar de funcionar, pois envolve toda uma comunidade carecedora de água, além do que, o interesse público deve sempre prevalecer sobre o individual. Se o titular da proprie-

¹⁹ MESQUITA, Manoel Henrique. **Obrigações Reais e Ônus Reais**, Almedina, Lisboa, 2000.

dade participante não desejar fazer uso de seu direito subjetivo, isso não lhe retira a obrigatoriedade de ajudar a mantê-lo, eis que, sua faculdade continuaria a existir, ainda que de modo latente, podendo a qualquer momento que quisesse utilizá-la.

A compra de um imóvel em “condomínio de fato” implica a obrigação de responder pelas despesas comuns. O não-pagamento das contribuições mensais significa locupletamento sem causa para o titular da propriedade, pois sua aceitação à situação está implícita.

8. CONCLUSÕES

Os condomínios de água compõem a realidade de algumas regiões da nossa sociedade atual. Têm existência no mundo dos fatos, por mais absurdo que possa parecer aos olhos da técnica jurídica. Negá-los não resolveria os problemas da coletividade carente que necessita desse artifício para suas necessidades vitais, além de traduzir-se numa dupla punição à essa coletividade, qual seja, a falta do abastecimento público de água e o impedimento de articulação de uma forma alternativa de abastecimento conjunto privativo, a custo menos elevado.

Se não existir o abastecimento público de água por parte do Estado-Administrador à determinada coletividade, e o Estado-Juiz nega a existência dessa espécie de artifício, que busca suprir a lacuna deixada pelo poder público, então não há que se falar em Direito, muito menos em Justiça, pois se negará um direito fundamental que é o direito de água.

Assim, só existem duas soluções para se tentar acabar com o problema. A primeira, de cunho político e a segunda, de cunho jurídico. Ou o estado administrador extirpa definitivamente as lacunas do abastecimento público, o que significa dizer que, o poder público deve potencializar sua capacidade de atender toda a comunidade carecedora do abastecimento de água, estendendo sua rede hídrica a cada ponto da região, para que todos possam usufruir de seus serviços. Enquanto isto não ocorrer, os condomínios de água continuarão existindo, e os problemas deles decorrentes, também. Ou, diante deste fato, encontramos um paliativo, que seria a segunda solução, de cunho jurídico, que se traduz no reconhecimento, por parte da jurisprudência, de uma situação de fato que é extremamente relevante para o Direito, pois relaciona-se diretamente com princípios de primeira grandeza, insculpidos na nossa Carta Magna, que são os direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Afinal, quem pode viver sem água?

Se ocorresse o reconhecimento dos condomínios de água por parte de nossos pretórios, de modo homogêneo, à medida que as discussões fossem surgindo em busca de soluções, talvez ficasse mais fácil equacionar os problemas, utilizando-se, da analogia para aplicar-se a Lei de Condomínios e Incorporações às questões *interna corporis* que envolvessem os condôminos, como por exemplo, as hipóteses de gestão, de rateio de despesas etc. Além da aplicação dos princípios sociais, como aqueles que estabelecem “o estado é uma função do interesse público” e “a prevalência do interesse público sobre o individual”, aos casos de condôminos que queiram esquivar-se do condomínio, colocando em cheque toda uma estrutura coletiva privada, que propicia o bem comum. Talvez, esta solução, seja uma das formas em que o direito tem de acompanhar a dinâmica social, sob pena de sua estagnação e desequilíbrio social, cujos efeitos poderiam ser irreversíveis. ◆

A ONEROSIDADE EXCESSIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

LUCIANA DE OLIVEIRA LEAL
Juíza de Direito do TJ/RJ

INTRODUÇÃO

O contrato se conceitua como “negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam”.¹ Dentre os princípios que o regem, assim como a seus efeitos, destacam-se dois, de maior relevo para a compreensão do tema: o da força obrigatória dos contratos e o da intangibilidade.

Pelo princípio da força obrigatória dos contratos, tem-se a obrigatoriedade de seu cumprimento pelas partes contratantes, tal como avençado, sendo o contrato considerado “lei entre as partes”. Sua justificativa é a própria autonomia da vontade. Pelo princípio da intangibilidade, é vedada qualquer alteração não consensual do conteúdo do contrato, como consequência da irretroatividade.

Outro aspecto relevante a ser destacado é o econômico. O conteúdo do contrato como negócio jurídico que é, de regra, tem natureza econômica. Assim, não apenas as nuances jurídicas da questão, mas também as econômicas devem ser consideradas, para que seja possível uma regulação justa dos contratos. Segundo Enzo Roppo, “o contrato-conceito jurídico e o direito dos contratos são instrumentais da operação econômica, constituem a veste formal, e não seriam pensáveis abstraindo dela...”¹.

O *pacta sunt servanda* é aspecto jurídico que não deve se sobrepor aos aspectos econômicos, práticos, do desenvolvimento dos vínculos contratuais. E em razão mesmo destes serem o seu conteúdo material, o contrato se baseia em equilíbrio das prestações devidas e em previsão das margens de ganho e perda para cada contratante. Circunstâncias acontecem que

¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. Forense, 24a ed. 2001, RJ, p.10.

afetam este equilíbrio, causando ganho de uma parte e perda da outra que ultrapassam esta margem já prevista de lucro e prejuízo. Nestes casos, diz-se haver *onerosidade excessiva*. Esta, em outros tempos, ensejou o surgimento da cláusula *rebus sic stantibus*, presumida nos contratos comutativos. Por meio dela, permitia-se a resolução do contrato em razão da onerosidade excessiva que sobreviesse ao momento da formação do contrato, assim como sua modificação para que se pudesse preservar o vínculo negocial.

A cláusula *rebus sic stantibus*, portanto, veio constituir exceção ao princípio da força obrigatória dos contratos, assim como ao da intangibilidade. A superveniência de fato que alterasse o equilíbrio econômico do contrato autorizava sua resolução, com retorno ao estado anterior – desobrigando a parte cuja prestação se tornou excessivamente onerosa, o que excepciona o princípio da força obrigatória – ou ainda a alteração do contrato, restabelecendo-se o equilíbrio entre as partes – o que representa exceção ao princípio da intangibilidade, pois a alteração decorre de decisão judicial, imposta às partes, prevalecendo, portanto, sobre o consenso.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A origem do instituto se encontra na cláusula *rebus sic stantibus*, do Direito da Idade Média, que foi abandonada por muito tempo em razão da tradição jurídica romana, que privilegiava o princípio do *pacta sunt servanda*. A cláusula mencionada, segundo Caio Mário, consistia em: “presumir, nos contratos comutativos, uma cláusula, que não se lê expressa, mas figura implícita, segundo a qual os contratantes estão adstritos ao seu cumprimento rigoroso, no pressuposto de que as circunstâncias ambientes se conservem inalteradas no momento da execução, idênticas às que vigoravam no da celebração”.²

No Direito Medieval, a cláusula era admitida em razão da visão então prevalente do contrato. Era ínsita a noção de ética, de modo que sua finalidade última era sempre a justiça comutativa.

O desenvolvimento do contrato, das relações econômicas, políticas e sociais levou a alterações neste conceito. Com a queda das Monarquias Absolutistas e a valorização da liberdade e do individualismo, passou-se a privilegiar a autonomia da vontade, tornando obrigatório o contratado, independentemente de sua justiça, na medida em que o vínculo somente ocorria em decorrência da manifestação de vontade do contratante.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. III, 4a ed. 1995, Forense, RJ, p. 98.

Voltou a prevalecer o *pacta sunt servanda*, sem que se pudesse excepcionar o contrato pela cláusula *rebus sic stantibus*, já então não considerada como implícita no contrato. No Código de Napoleão, por exemplo, houve previsão expressa, no art. 1.134, da força de lei do contrato. As legislações posteriores, em diversos países, inclusive o Código Civil Brasileiro de 1916, que seguiu sua orientação, mantiveram o mesmo espírito liberal, a rejeitar a admissibilidade da cláusula *rebus sic stantibus*.

Com a Primeira Guerra Mundial, que acarretou desequilíbrio geral na economia mundial e, em conseqüência, nos contratos, retomou-se a idéia da cláusula em questão. No Direito Italiano, foi inserido no Código Civil de 1942 norma expressa admitindo a resolução de contrato por onerosidade excessiva.

No Direito alemão, por construção jurisprudencial, extraiu-se do art. 242, BGB, o princípio da teoria da imprevisão, por meio da equiparação da onerosidade excessiva à impossibilidade de cumprimento de uma obrigação. Passou-se a admitir, nestes casos, a impossibilidade subjetiva de caráter econômico conseqüente da onerosidade excessiva como causa de modificação e resolução de contratos.

No Direito Brasileiro, conforme acima mencionado, não havia à época do Código Civil de 1916 norma expressa admitindo a aplicação da cláusula *rebus*. Sua utilização decorreu de esforços doutrinários e jurisprudenciais no sentido de tutelar interesses individuais e sociais no cumprimento das finalidades dos contratos, já então inseridos numa nova ordem, em que prevalece o dirigismo contratual – contraposto à liberdade contratual e absoluta autonomia da vontade. Segundo Nelson Nery Júnior, o revisionismo contratual já estava presente no Código Civil, arts. 401, 928, 954, 1.190, 1.250 e 1.399, mas outros dispositivos parecem repeli-lo.

Além da aplicação jurisprudencial da teoria da imprevisão em relações jurídicas contratuais regidas pelo Código Civil, a legislação especial posterior passou a prever expressamente seu cabimento, o que culminou com a previsão, também explícita, da onerosidade excessiva como causa de resolução ou modificação de contratos no novo Código Civil.³

³ *Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato.*

Parágrafo único. Os efeitos da sentença que decretar a resolução do contrato retroagirão à data da citação.

2. CONCEITO

Segundo Orlando Gomes, a onerosidade excessiva ocorre “quando uma prestação de obrigação contratual se torna, no momento da execução, notavelmente mais gravosa do que era no momento em que surgiu”.⁴

Segundo Enzo Roppo, trata-se de causa de resolução do contrato que se caracteriza basicamente por “desequilíbrio de valor econômico entre os dois termos da troca contratual combinada entre as partes”⁵, sendo sua *finalidade* a tutela da economia originária do contrato e seu *fundamento* a justa e oportuna repartição entre os contraentes do risco das circunstâncias supervenientes. Insere-se no contexto das causas que afetam a execução do contrato, manifestando-se após a formação do vínculo.

Não é, porém, qualquer circunstância que gera onerosidade excessiva passível de provocar a resolução do contrato, pois variações nas prestações das partes são normais, e se inserem no risco contratual, assumido por ambas, de acordo com a matéria objeto do contrato e dentro do que é esperado em uma relação contratual. Ademais a causa da onerosidade excessiva deve ser superveniente.

3) FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA ONEROSIDADE EXCESSIVA

É possível reduzir à duas as teorias que embasam a aplicação aos contratos da cláusula *rebus sic stantibus*, por serem as principais e de maior aceitação: teoria da imprevisão e teoria da base do negócio jurídico.

Há distinções relevantes entre ambas, e que alteram profundamente a apreciação prática da caracterização de um fato como causador de onerosidade excessiva. A semelhança é que ambas permitem a resolução do contrato ou sua revisão em razão da onerosidade da prestação de um dos contratantes. Porém o ponto principal da distinção se encontra em seus diversos fundamentos, com reflexo no que se possa considerar onerosidade excessiva.

Segundo a teoria da imprevisão, a onerosidade excessiva se carac-

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

⁴ Op.cit. p.180.

⁵ Op.cit. p. 259.

teriza perante a ocorrência de fato superveniente à formação do contrato, extraordinário e imprevisível para os contratantes e que torne a prestação extremamente sacrificante para um deles e desproporcionalmente vantajosa para o outro. Não haveria que se falar em onerosidade excessiva, portanto, se o fato, embora imprevisível, fosse previsível no momento da formação do contrato ou fosse normal, ainda que excedente do risco do contrato (fato não extraordinário).

Já no que se refere à teoria da base do negócio jurídico, desenvolvida pelo jurista alemão OERTMANN, a caracterização da onerosidade excessiva se dá de modo diverso. Paulo Carneiro Maia explica que: “Entende-se por base do negócio jurídico, no dizer de OERTMANN, o que uma das partes, ou ambas em comum, pensam a respeito de certas circunstâncias que existam ou tenham de apresentar-se, e sobre as quais descansa a vontade de concluir o negócio, sempre que isso se revele, de algum modo, à parte contrária no momento da conclusão, sem que esta tenha o que objetar.”⁶

Significa dizer que o contrato é celebrado dentro de um contexto fático específico, ao qual se refere e para o qual é adequado, segundo a vontade manifestada pelas partes. Se este contexto se altera, para os contratantes, objetiva e involuntariamente, sem que haja culpa *lato sensu* de qualquer deles, está alterada a base do negócio jurídico, o que vem a justificar, conforme o caso, sua alteração ou resolução.

Eis as duas teorias de maior destaque que fundamentam a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*. Adiante será demonstrado que, no Direito Brasileiro, e de acordo com a legislação vigente, ambas as teorias têm aplicação, tendo sido incorporadas às leis em vigor.

4. REQUISITOS

Como já esclarecido acima, doutrina e jurisprudência construíram a aplicação da teoria da imprevisão nas relações contratuais regidas pelo Direito Brasileiro.

São requisitos para que se configure circunstância de onerosidade excessiva nas relações jurídicas regidas pelo Código Civil Brasileiro, com fundamento na teoria da imprevisão:

⁶ MAIA, Paulo Carneiro, *Da Cláusula rebus sic stantibus*. Saraiva. 1959, p. 179.

a - Que se trate de contrato comutativo, de execução diferida, seja única (mas diferida) a prestação ou de prestações sucessivas. Não se aplica aos contratos aleatórios, em que a álea é ínsita ao negócio jurídico. Para que seja possível sua caracterização, é necessário que os momentos de formação e execução do contrato estejam distanciados no tempo. Se houver circunstância preexistente, esta não poderá ser tida como causa superveniente, porque anterior à formação do contrato, e, portanto, passível de ser considerada pelas partes no momento da formação do contrato. Se circunstância surgida após a execução da avença, o negócio em si já se esgotou, já estando cumprido o contrato e extintas as obrigações dos contratantes. O que se poderia considerar afetado por causas supervenientes à própria execução do contrato são os interesses subjetivos de cada contratante, irrelevantes para a avença.

b - Alteração radical das condições econômicas objetivas no momento da execução, em confronto com o ambiente objetivo da celebração, que acarrete extrema dificuldade de cumprimento da obrigação de uma das partes. Significa, ainda, que as causas afetam o contrato para qualquer pessoa que nele esteja obrigada, e não apenas subjetivamente para o contratante que se vê naquela situação (não se trata de dificuldade individual, mas gerada pela conjuntura em que se deve executar o contrato – fenômeno com caráter de generalidade).

c - Que decorra de acontecimentos *extraordinários e imprevisíveis*. E se há contribuição da parte para o fato que torna onerosa a prestação, com conduta indiligente, descaracteriza-se a onerosidade excessiva. O descumprimento configura, então, inexecução voluntária do contrato. Por exemplo, a imprevista desvalorização da moeda. Já não irá configurar a onerosidade excessiva a progressão da inflação que já se manifesta há tempos (exemplo dado por Enzo Roppo, na obra já referida).

A resolução do contrato por onerosidade excessiva decorre necessariamente de decretação judicial, pois ao juiz incumbe verificar a existência dos requisitos de caracterização da onerosidade, e valorar se agrava a situação do requerente a tal ponto que torne extremamente difícil o cumprimento do contrato. Se se tratar de relação jurídica de execução única, mas diferida, retorna-se ao estado anterior. Se de execução continuada, não afeta as prestações já satisfeitas. Segundo Caio Mário, as prestações pagas antes do ingresso em juízo não podem ser revistas, mas as que forem pagas no curso da lide estarão sujeitas à modificação na execução da sentença que for proferida. No novo Código Civil, há norma expressa (art. 478, parágrafo

único), que fixa como termo inicial para esta modificação a citação. Estando em mora o devedor, se advém causa de onerosidade, deixa de poder haver a resolução, pois a responsabilidade por todos os riscos é daquele que estiver em mora em sua prestação. Segundo Enzo Roppo, a respeito dos riscos do contrato: “[...] se não se verificam todos os requisitos, e, portanto, a operação permanece, bem podemos dizer que os acontecimentos supervenientes incidem apenas sobre a parte que sofre diretamente as conseqüências econômicas, enquanto que a parte contrária é exonerada do risco de perder a contraprestação que lhe é devida contratualmente e os proveitos que dela poderá tirar; se, porém, a resolução é decretada e extingue a operação, isto significa justamente que tal risco é atribuído à parte contrária (enquanto a parte onerada, por sua vez, condive o mesmo risco, mas é, conseqüentemente, liberta daquele – para ela mais gravoso – consistente em ficar ligada a um negócio que as circunstâncias ocorridas tornaram, do seu ponto de vista, pesadamente desvantajoso)”.

No Direito Italiano, há norma expressa que determina ser possível apenas a resolução do contrato pela via judicial, e não a sua adaptação, salvo concordância expressa do outro contratante. No Direito Brasileiro, ao contrário, prima-se pela preservação do vínculo contratual, sendo admissível, conforme o caso e o que for pedido pelo interessado, a resolução do contrato ou a manutenção do vínculo com adaptação de suas cláusulas.

5. ONEROSIDADE EXCESSIVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O art. 6º, inc. V, CDC estabelece: “São direitos básicos do consumidor: V- a modificação das cláusulas contratuais que estabelecem prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

Segundo José Geraldo Brito Filomeno, este dispositivo consagrou a cláusula *rebus sic stantibus*, implícita em qualquer contrato, em especial nos que imponham ao consumidor obrigações iníquas ou excessivas/onerosas.⁷

Com a possibilidade de alteração das cláusulas, ao contrário do ensinado por Enzo Roppo - quanto ao Direito Italiano - tem-se a relativização do princípio da intangibilidade do conteúdo do contrato, dando-se ênfase à

⁷ In Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, Forense, 6ª ed.

conservação do vínculo em face do *pacta sunt servanda*. A possibilidade de alteração do contrato é dada ao consumidor, assim como podem consumidor ou fornecedor pedir a resolução do contrato quando de nulidade de cláusula decorra ônus excessivo a qualquer deles, conforme art. 51, § 2º, CPC.

O direito do consumidor que é assegurado no art. 6º, V, é o de modificar cláusula que estabeleça prestação desproporcional ou de obter a revisão do contrato quando sobrevenham fatos que tornem as prestações excessivamente onerosas.

No 1º caso, assim como no 2º, não se exige que haja imprevisibilidade da causa da revisão. No 1º caso, inclusive, a cláusula é inicial. Não há sequer fato superveniente, mas apenas ajustamento de contrato que em sua formação já é excessivamente oneroso para uma das partes. Embora se possa falar em onerosidade excessiva em razão da referência à “prestação desproporcional”, neste primeiro caso, não se pode dizer que o instituto esteja caracterizado tal como vem sendo estudado na doutrina e na jurisprudência, já que não se refere a fato superveniente à formação do contrato. O que há é desproporção de prestações em consequência da hipossuficiência do consumidor no momento da formação do vínculo.

No 2º caso, o fato há de ser superveniente, todavia independe da imprevisibilidade, que é exigida quando da revisão de cláusulas ou resolução do contrato no âmbito das relações contratuais regidas somente pelo Código Civil.

Trata-se, aqui sim, da aplicação da teoria da base do negócio jurídico, com os contornos anteriormente demonstrados. Justifica-se a diferença de tratamento em comparação com o que se emprega nas relações jurídicas regidas pelo Código Civil Brasileiro, em razão da característica especial da relação de consumo. Nela, há parte por natureza hipossuficiente – o consumidor - e submetida à vontade do mais forte – fornecedor. A proteção ao consumidor, à boa-fé objetiva e aos direitos daquele autorizam a diferenciação no tratamento de questões similares e se coaduna à finalidade protetiva do Código de Defesa do Consumidor.

Neste sentido, leciona Cláudia Lima Marques: “A expressão onerosidade excessiva do art. 6º, V, do C.D.C. não encontra sua fonte no Código Civil Italiano de 1942, que, em seu art. 1.467, exige a ocorrência de evento extraordinário e imprevisível, nem no Projeto de Código Civil Brasileiro de 1975, art. 478, que além da onerosidade excessiva exigia a ‘extrema dificuldade’, mas sim nas teorias mais modernas e objetivas, especialmente

a teoria da Base do Negócio Jurídico[...]”⁸

Segundo Nelson Nery Júnior, nesta 2ª hipótese, o juiz proferirá sentença determinativa, de conteúdo constitutivo – integrativo e mandamental, exercendo atividade de modificação ou complementação de relação jurídica já constituída.

Em conclusão, a onerosidade, para o consumidor, pode ter 3 (três) conseqüências:

- *Direito de modificação da cláusula, para preservação do equilíbrio do contrato (primeiro caso acima mencionado);*
- *Revisão do contrato em razão de fato superveniente não previsto pelas partes quando da conclusão do contrato;*
- *Nulidade da cláusula que traga desvantagem exagerada ao consumidor (art. 51, IV e §1º, III, CDC).*

6. ONEROSIDADE EXCESSIVA NO NOVO CÓDIGO CIVIL (L. 10.406/2002)

Dentre as modificações a serem introduzidas na legislação civil brasileira por projeto de lei recentemente aprovado na Câmara dos Deputados e no Senado Federal (Projeto de Lei nº 634 de 1975) está a previsão de resolução de contratos em razão da onerosidade excessiva, na forma dos artigos 317 e 478/480: “**Art. 478.** Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. *Parágrafo único.* Os efeitos da sentença que decretar a resolução do contrato retroagirão à data da citação. **Art. 479.** A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato. **Art. 480.** Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”.

Há, assim, adoção expressa da teoria da imprevisão, com exigência de extraordinariedade e imprevisibilidade dos acontecimentos que acarretem a onerosidade excessiva. Outra exigência, que não pode ser entendida como

⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. RT, 3a ed., São Paulo, p. 414.

existente na aplicação que vem tendo atualmente a teoria, é a de “extrema vantagem para a outra”. Não mais se limitam os requisitos, além dos referentes aos acontecimentos em si, à excessiva onerosidade da prestação de uma das partes, mas exige-se ainda a extrema vantagem da outra.

Esta é uma diferença de aplicação da teoria da imprevisão nas relações jurídicas regidas pelo Código Civil Brasileiro. Com a entrada em vigor do novo código, passa-se a exigir verificação da extrema vantagem para a configuração da onerosidade excessiva, o que hoje não é essencial. A tendência moderna, todavia, é a ampliação da incidência das regras e princípios que regulam o Direito do Consumidor a todo o Direito das Obrigações, e naquele prevalece a teoria da base do negócio jurídico.

Já o art. 317 dispõe que: “**Art. 317.** Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.”

Neste aspecto a nova lei afasta-se do modelo italiano, na medida em que não exige a concordância da parte contrária, mas apenas a provocação de um dos contratantes para que seja revisto o contrato.

Nos dispositivos mencionados houve adoção da teoria da imprevisão, em detrimento da teoria da base do negócio jurídico, que inspirou o Código de Defesa do Consumidor (C.D.C.). Justifica-se, todavia, a opção legislativa, pois nas relações jurídicas regidas pelo C.D.C. há uma parte mais fraca que necessita de maior proteção. Nas relações regidas pelo Código Civil, as partes se encontram em situação de igualdade que amplia sobremaneira a previsibilidade do encadeamento e desenrolar dos fatos.

Os dispositivos legais, que vigorarão já partir de janeiro de 2003, trazem para o campo normativo algo que há muito vem sendo aplicado pela jurisprudência e estudado pela doutrina, sendo a consolidação legal do que já é prática no dia-a-dia judicial.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, conclui-se que a onerosidade excessiva está presente no Direito Brasileiro aplicável a quaisquer relações contratuais - sejam regidas pelo Código Civil, sejam por legislação especial - e mantém, em sua aplicação, sua finalidade última, qual seja, a preservação do equilíbrio contratual entre as partes, assim como da operação econômica que é conteúdo do contrato.

A variação existente nas diversas circunstâncias em que se caracteriza é somente quanto à teoria que a fundamenta, e, portanto, quanto aos requisitos de sua configuração, o que em muito deve se amenizar, no que se refere a divergências doutrinárias e jurisprudenciais, com a entrada em vigor do novo Código Civil.

Evita-se, deste modo, que uma das partes do contrato seja sobrecarregada em sua obrigação em decorrência de fatos sobre os quais não poderia ter qualquer influência. ◆

TENDÊNCIAS ATUAIS DO JUDICIÁRIO*

LUÍS FELIPE SALOMÃO

Juiz de Direito. Presidente da Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro - AMAERJ

Senhoras e Senhores, peço licença para uma saudação concentrada em nome do Presidente Carlos Alberto Xavier, no qual cumprimento todos os integrantes da mesa, os meus colegas magistrados da 15ª Região e aos demais participantes deste já vitorioso IV Congresso de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho da 15ª Região.

Quero pedir licença para um registro de agradecimento aos colegas juízes Fernando Borges e Francisco Giordani, companheiros de luta associativa e que muito me honraram com este convite. Cumprimento também essa grande liderança nacional da magistratura, companheiro juiz Gustavo Tadeu Alckmin, que presidiu a ANAMATRA e esteve conosco à frente de grandes lutas que desaguaram inapelavelmente em avanços institucionais. Trago também um abraço dos colegas do Conselho de Representantes da AMB, juntamente com os quais estivemos reunidos em Brasília ontem e anteontem, trazendo um abraço especial a todos do nosso Presidente, Des. Cláudio Baldino Maciel.

Quero crer que a minha presença aqui como juiz integrante da Justiça estadual do Rio de Janeiro e presidente de uma associação de magistrados estadual significa a grande linha de coesão que une a magistratura brasileira nos dias de hoje, fator de união que impediu que uma atrocidade como essa que o colega Gustavo Tadeu acabou de mencionar – a extinção da Justiça do Trabalho - não viesse a se concretizar. Na verdade, não seria apenas a extinção da Justiça do Trabalho – como se costuma dizer - mas sim a extinção do próprio Direito do Trabalho. Mas através da força e união demonstradas pela magistratura, por intermédio de uma luta coesa dentro do Congresso Nacional é que se impediu esse delito contra os direitos da cidadania.

* Palestra proferida em Campinas-SP, durante o *IV CONGRESSO NACIONAL DE DIREITO DO TRABALHO E PROCESSUAL DO TRABALHO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO*, em 27 e 28 de junho de 2002.

Fui pego de surpresa pelo colega Francisco Giordani e aqui venho trazer um pouco da visão da magistratura, em especial das associações de magistrados – uma das quais represento – em torno desse assunto inquietante que é o destino e a tendência do Poder Judiciário no início de um novo século.

Antes de fornecer alguns números que darão uma visão do tema que vamos tratar, vou me permitir contar uma pequena história que circulou pela Internet – creio que é uma fábula indiana – e que talvez alguns já até a conheçam, mas de qualquer forma ela dá bem a medida de onde estamos querendo chegar, ela é bem ilustrativa daquilo que vou falar.

Uma grande expedição de caça se reuniu e foram para a África atrás de grandes caçadas. Anunciavam a descoberta de uma fórmula mágica: um flautista que quando tocava sua flauta, as feras todas paravam, ficavam mansas e permitiam assim uma caça mais fácil. E assim seguiu a expedição para a África – com essa inovação tecnológica – e lá, na primeira oportunidade, veio um tigre selvagem, em seguida o flautista começou a tocar sua flauta e a fera foi se amansando aos poucos, permitindo o seu imediato abate. Eles comemoraram muito o milagre, dançaram e cantaram, imaginando que a caçada prometia. E assim foi se sucedendo até que um dia apareceu um leão, daqueles grandes, só que desta vez, quando o flautista começou a tocar, ele não se amansou, não foi uma presa fácil: pelo contrário, ele foi abatendo todos os integrantes do grupo – a começar pelo próprio flautista – e terminou com a expedição, pois acabou comendo todo mundo. Dois macacos que estavam numa árvore comentaram um para o outro: *“Pois é, eu sabia que se eles não se preparassem – como não se prepararam – um dia iriam encontrar um leão surdo!”*

Essa fábula permite algumas conclusões: nunca confie em soluções prontas, sempre preveja o futuro, sempre previna soluções e sempre esteja preparado para situações difíceis que o destino nos apresenta. Essas são algumas lições que tiramos dessa fábula pitoresca.

Temos um quadro no Brasil de hoje bastante complexo. Separei alguns dados com os quais pretendo fazer uma linha de exposição evolutiva que abranja a história e a participação do Judiciário e algumas propostas que ele pode apresentar para o futuro, sempre que possível, tendo como fundo o panorama da história da evolução do Judiciário no mundo moderno, aqui no Brasil e em outros países.

Está se prevendo que para o ano de 2005 – vi essa estatística outro dia em um artigo muito interessante de jornal – o Brasil vai contar com o

maior contingente de jovens adultos da história mundial. Em 2005 iremos ter o maior número de jovens adultos do mundo - na faixa dos 15 a 30 anos de idade -, o que significa dizer que temos de estar preparados para dar emprego, saúde, educação, lazer e mais tarde, também previdência para todos.

Temos uma economia absolutamente instável e uma desigualdade gritante: os 10% mais ricos detêm 60% do PIB e 60 milhões de pobres, ou seja, quase metade da população brasileira vive abaixo da linha da pobreza. Temos 12 milhões de crianças abandonadas. Nosso País ocupa o 1º lugar em desigualdade social no mundo – segundo classificação do BID.

Em termos de Judiciário, temos uma situação bem delicada: um juiz para cada 26 mil habitantes; na Alemanha a razão é de um juiz para cada 3.400 habitantes; na França, um juiz para cada 7.000 habitantes; na Argentina, um juiz para cada 9.000 habitantes. No Brasil, um juiz julga por ano 4.000 processos, em média, enquanto que na Alemanha um juiz julga 600 processos. Ainda na Alemanha, uma causa de 6 mil dólares custa, aproximadamente, a metade do preço para ser ajuizada; na Itália, é 10% do valor da causa, isso só para movimentar a máquina judiciária.

No Brasil, em 1988, foram ajuizadas em todas as esferas da Justiça aproximadamente 350 mil processos; passados 10 anos, foram propostos mais de 4 milhões de processos, ou seja, o número de processos aumentou 25 vezes, enquanto o número de juízes, no mesmo período, não chegou a dobrar: éramos, aproximadamente, 4.900 em 1988 e, em 1998, 10 anos depois, perto de 9 mil.

Esses números fortes gritam por si e transmitem aos colegas uma péssima noção das dificuldades que os juízes brasileiros enfrentam. Fiz questão de mencionar esses dados porque temos sempre de sublinhar a questão da formação de qualquer nação no mundo moderno: não há democracia – e essa afirmação é absolutamente verdadeira – sem um Judiciário forte, independente e autônomo. Tanto que a história está aí para nos mostrar que nos períodos mais negros da ditadura foi justamente o Judiciário um dos mais prejudicados, juntamente com a imprensa: calam a imprensa e ao mesmo tempo suprimem as garantias dos juízes, pois são eles os incumbidos pela Constituição de fazer valer os direitos.

Norberto Bobbio costuma dizer que o acesso à Justiça é o *direito a ter direitos* ou o *direito dos direitos*. É dele e de um outro sociólogo aqui de São Paulo – José Eduardo Farias - uma expressão que reputo muito feliz, quando dizem que há uma má-vontade do *establishment* em relação

à estrutura do Judiciário, exatamente porque é ele quem está autorizado a garantir os direitos e, muitas vezes, os juízes incomodam.

Vou fazer agora um breve resumo histórico falando sobre o porquê da demora desse despertar da magistratura na comunicação com a sociedade e, por outro lado, porque a sociedade demorou para visualizar o quanto é importante um juiz forte e independente, porque vai chegar um momento em que a própria cidadania é que vai defender a garantia da magistratura com a consciência de que os juízes são vitais para a construção e manutenção da democracia. Demorou um pouco o despertar dessa consciência e foi conosco – o movimento associativo – onde mais acentuou a necessidade de uma pró-ação judicial ou o que atualmente chamamos de *ativismo judicial*.

Começou por volta de 1979, ainda durante o regime militar, com a elaboração da *LOMAN – Lei Orgânica da Magistratura Nacional*. Foi um desembargador do meu Estado – Miranda Rosa – quem presidia a AMB e, ainda que limitado pelo momento histórico, apresentou um pequeno trabalho dentro do Congresso Nacional para sensibilizar a sociedade e seus representantes para a necessidade de um Judiciário independente. Mesmo assim, a LOMAN traz resquícios autoritários e avançamos muito pouco naquela ocasião.

Foi na Constituinte de 1988 onde mais visivelmente se pôde notar a atividade dos juízes. Para quem não se recorda, o primeiro esboço da Constituição de 1988, no capítulo do Judiciário, o trazia não mais como um Poder da República, mas sim como um apêndice do Poder Executivo. Nossa condição era bastante adversa naquela ocasião e foi preciso muito trabalho para se reverter o quase linchamento ao qual o Poder Judiciário era submetido naquele momento.

Revertemos a situação e conseguimos muitos avanços na Constituição de 1988; houve um trabalho sério, saímos do casulo, passamos a dialogar com a sociedade e apresentar a necessidade de um Judiciário independente e autônomo e conseguimos avanços, como por exemplo o estabelecimento de autonomia administrativa e financeira – embora seja ainda um mero enunciado constitucional, trata-se de um avanço, sem dúvida alguma, fomos mantidos como Poder da República, inúmeros institutos que alavancaram a cidadania foram trazidos ao nosso ordenamento jurídico, como o *habeas data*, o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção, estabeleceu-se o critério do primeiro quinto na antiguidade na disputa do merecimento para a promoção – que até então não existia -, para as magistraturas

estaduais se deu verdadeira autonomia administrativa ao Poder. Em relação a esse último aspecto, antes da Constituição de 1988, quem nomeava os juízes para os cargos respectivos e nas promoções era o Governador do Estado – hoje é o Presidente do Tribunal que faz essa nomeação; ou então queríamos muitas vezes fazer uma reforma em um fórum do Interior e dependíamos de dotação orçamentária do Executivo, mas já vai longe o tempo em que isso ocorria.

Enfim, muitos foram os avanços que conseguimos depois da Constituição de 1988. Em outros tantos, especialmente no que diz respeito à democratização interna do nosso Poder, não pudemos avançar.

Contextualizando essa situação, tivemos naquela ocasião um Judiciário que era possível desenhar a nível constitucional. É preciso mencionar que do ponto de vista histórico, todo o sistema da Justiça passava por um momento de grande crise; aliás, não era uma crise do sistema da Justiça e sim do Estado brasileiro. Podemos diagnosticar, sem medo de errar, que o Estado brasileiro ainda está em colapso: é o mesmo Estado que ainda não presta saúde, que ainda não presta educação adequada, que ainda não presta lazer como deveria. Nesse passo, vem a questão da Justiça, que é gênero de primeira necessidade pela expressão constitucional e não recebe de parte da vontade política o incremento que deveria receber.

Quero agora abrir um parêntese para traçar um paralelo com magistraturas de outros países; vamos pinçar o modelo americano da magistratura. A partir da Constituição Americana de 1789, houve uma doutrina do sistema de controle de constitucionalidade que ganhou o mundo: a doutrina da soberania da constituição, da prevalência do texto constitucional, o fenômeno da superioridade da constituição rígida.

O que o americano fez, se fosse possível resumir? Como ele identificou valores que seriam imortais, perenes, que seriam defendidos por toda uma nação ao longo de décadas e séculos, ele procurou colocar esses princípios gerais no texto constitucional; e como seria impossível amiudadamente expor todos esses princípios, colocou cláusulas genéricas e estabeleceu, por força do preceito constitucional, um garantidor, alguém que pudesse, ao longo do tempo, interpretar os anseios da cidadania americana. Esse *alguém*, para o sistema americano, foi o juiz e por força dessa confiança que o sistema depositou no Poder Judiciário, tivemos um juiz da Suprema Corte americana que, mais tarde, sentenciou: “*A constituição é o que os juízes dizem que ela é*”.

Essa confiança que se depositou nos juízes e a confiança que os juízes têm do povo americano faz com que aqueles valores sejam transferidos e realizados ao longo de décadas; é por isso que todos sabem da imutabilidade da constituição americana. A partir daí, do sistema de controle entre os Poderes é que se criou a doutrina do *judicial review*, que é hoje uma doutrina consagrada no mundo todo.

Feito um paralelo em relação ao sistema americano, tentamos entender o sistema francês para depois chegarmos no que temos hoje no Brasil e descortinar um futuro de um Judiciário como o nosso, recém-saído de um período autoritário.

Como todos sabem, a França teve uma revolução que mudou a história do mundo, a Revolução Francesa, onde algumas tantas cabeças foram decapitadas. E a grande Revolução Burguesa tinha uma desconfiança enorme no sistema antigo, que a antecedeu. No entanto, diante da tecnicidade da atividade dos juízes, tendo em conta a peculiaridade da função dos magistrados, o sistema manteve – mesmo depois da Revolução – alguns juízes em seus postos.

Houve então um processo de deslegitimação da magistratura ou de desconfiança permanente do povo em relação aos seus juízes e isso se retrata ainda hoje, quando não encontramos no Judiciário francês um sistema de controle de constitucionalidade onde os juízes participem. Nem mesmo se cogita de um poder autônomo dentro da estrutura judiciária francesa. Na verdade, é um Conselho de Estado – que sofre nítida interferência política – que resolve, na instância judicante, as questões que envolvem o Estado.

Quis fazer esse paralelo para que os colegas percebessem a diferença de um povo que confiou nos seus juízes, que confiou a estrutura de concretude das regras constitucionais aos seus juízes e outro que até hoje tem desconfiança; é por isso que o sistema francês não tem uma magistratura que possamos dizer independente e autônoma no trato das questões que envolvam até mesmo interesses do Estado. Não existe o *judicial review* forte dentro do sistema francês.

Mas uma coisa é certa e possível de concluirmos: se pegarmos todos os sistemas europeus de estrutura judiciária, notadamente aqueles que saíram de um processo de ditadura, a história é bem diferente. Isso é bem nítido no livro do Prof. Raul Zaffarone, onde é abordada a questão do **Judiciário – Crises, Acertos e Desacertos**, e é analisada essa faceta, esclarecendo Zaffarone que todos os judiciários europeus que saíram de processos de

ditadura ou totalitarismo – como os da Espanha, Portugal, Alemanha, Itália -, depois de um período onde o Judiciário era absolutamente burocrático, houve uma exigência da população para que ele saísse da verticalização, da estrutura burocratizada, da estrutura hierarquizada e partisse para uma legitimação em relação à população. O que ocorreu foi uma *exigência* nesse sentido da sociedade daqueles países.

É por isso que hoje são Judiciários respeitados pelas suas populações, pois abandonaram a postura burocrática do nazismo, do franquismo, do fascismo e passaram a ter autonomia e independência perante os demais Poderes e respeito da sociedade.

Esse mesmo fenômeno, se traçarmos um paralelo e voltarmos para o sistema brasileiro, vem acontecendo conosco: a partir da Constituição democrática de 1988, o Judiciário ganhou um outro viés, um outro perfil, e vem, aos poucos, caminhando ao encontro dos anseios da população brasileira. É evidente que estamos falando de fatos históricos, com marchas e contra-marchas, com idas e vindas, com vicissitudes normais a todo caminho de se fazer história no mundo, mas a grande verdade é que o Judiciário vem no sentido de se democratizar, de se legitimar perante a sociedade a quem serve e isso vem sendo reconhecido por conta das posturas atuais da magistratura.

Vou me limitar a citar alguns pontos apenas.

Na questão da transparência, hoje quase todos os tribunais e associações têm assessoria de imprensa, que permite uma lubrificação da comunicação com a mídia de massa; temos projetos, em termos associativos, muito interessantes, como: “*Cidadania e Justiça se Aprendem nas Escolas*”, um gibi que trata do funcionamento da Justiça e que é distribuído nos colégios de 1º e 2º graus, um projeto da AMB onde diretores e magistrados vão até os colégios e ensinam as crianças, desde pequenas, a ter lições de cidadania.

Por outro lado, existe uma pesquisa feita pelo IUPERJ que dá notícia de que 82% dos juízes brasileiros que ingressam na magistratura estudavam e trabalhavam no momento em que realizaram o concurso e mais da metade desses juízes são oriundos de classe média, média baixa e baixa, o que significa dizer que os juízes são oriundos da população a que servem e não das elites.

Temos ainda, nesses novos tempos de Judiciário, uma Escola Nacional da Magistratura atuante e os juízes participando, no Congresso Nacional, de inúmeras inovações e de aperfeiçoamento da legislação processual e material, da reforma do Judiciário e de outras atividades.

Os Juizados Especiais são hoje uma realidade, como também o diálogo com a sociedade: os juízes estão deixando seus gabinetes e partem para o debate: aliás, um evento como este é a prova mais concreta do que estou dizendo.

Todos esses são caminhos que o Judiciário vem trilhando no sentido de atender os anseios da população.

No entanto, verificamos alguns retrocessos na reforma do Judiciário: a súmula vinculante, que, na nossa maneira de ver, representa um ataque à independência do juiz. Basta mencionar um exemplo claro que seria inibido caso existisse a súmula vinculante: os direitos da mulher, construídos ao longo do tempo por força de uma atuação pró-ativa dos juízes, foi uma evolução nítida da jurisprudência que fez com que houvesse uma necessidade de alteração legislativa. No início, numa condição ainda aviltante para a mulher, os juízes consideravam indenização por serviços prestados, depois foi se evoluindo para uma sociedade de fato e hoje temos aí a lei que reconhece os direitos da mulher, obtida a partir da jurisprudência.

E se houvesse uma súmula vinculante? Nada disso poderia estar sendo tratado.

A súmula vinculante representa a verticalização do poder, a concentração das decisões na cúpula e isso tudo conspira contra esse avanço que o Judiciário vem demonstrando hoje.

A questão das eleições para as cúpulas dos tribunais, com a participação de todos os juízes, é fundamental para que o magistrado se sinta engajado, participe mesmo da elaboração das políticas judiciárias. Em todos os países que mencionei já existe a participação da magistratura dentro desse processo de escolha dos órgãos de direção.

O concurso – dentro da proposta que vai ser votada no Congresso Nacional – seria realizado por uma instituição de fora do Judiciário e achamos que isso pode dar margem a uma série de *manobras* para prejudicar a independência na seleção e recrutamento dos juízes.

Dei aqui uma pálida idéia dos avanços e retrocessos e das perspectivas para o Judiciário: a grande verdade é que num momento como o que estamos vivendo é importantíssimo que possamos – e as crises trazem essa oportunidade – olhar para trás, verificar onde erramos no passado e corrigir os erros; isso vale para a nossa vida e para as instituições também. Corrigir os erros e apresentar soluções para o futuro.

Encerro citando um trecho de um poeta escritor que traz a saga do

povo português – José Saramago –, em que diz assim: “*O Cristo do Corcovado desapareceu, levou-o Deus quando se retirou para a eternidade, porque não tinha servido de nada pô-lo ali; agora, no lugar dele, fala-se em colocar quatro enormes painéis virados às quatro direções do Brasil e do mundo e em todos, em grandes letras, dizendo o mesmo: um direito que se respeite e uma justiça que se cumpra*”.

É essa a perspectiva que podemos ter para o Judiciário deste século em que vivemos. ◆

A INTIMIDAÇÃO COMO VIOLÊNCIA

FELIPPE AUGUSTO DE MIRANDA ROSA

Desembargador aposentado e professor

Ao refletir sobre o tema da violência na preparação de “Violência e Criminalidade – Um processo global”, prendeu-nos a atenção a questão da ameaça não cumprida. O crime de ameaça está definido e limitado no Código Penal de 1940 como: “Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave”. A redação utilizada pelo legislador revela a intenção de alcançar a variedade de maneiras viáveis de intimidar o sujeito passivo, pela promessa de lhe causar um mal definido, injusto e grave. O conteúdo da ameaça é assim limitado pela sua relevância e injustiça.

Dessa maneira, a intimidação do sujeito passivo é realizada por qualquer dos meios eficientes conhecidos, transmitida a ameaça ou intimidação de maneira clara, em que a viabilidade do mal prometido possa ser avaliada e reconhecida pela vítima. O intimidado, na verdade, deve ter a ameaça como passível de realização, de modo que reconheça o perigo que ela representa.

Repousa no sujeito passivo, portanto, a chave para o reconhecimento dos atributos legais da intimidação. A ele compete, na prática e dentro de uma apreciação de bom senso, na verdade do prisma de bom senso comum, definir a natureza delituosa da promessa feita pelo sujeito ativo. Isso não exclui a apreciação criteriosa do comportamento prometido pelo julgador e pelos conhecedores dos fatos relevantes que envolvem a questão. A invocação do senso comum, no caso é relevante porque dos respectivos conceitos e percepções decorrerá, se for o caso, o preenchimento dos requisitos do tipo, constantes na norma legal.

Deve-se lembrar que a intenção com que tiver sido proferida a ameaça compõe no fundo o quadro definidor e intimidativo da promessa feita de causar ao sujeito passivo mal injusto e grave. Se, no quadro de elementos de fato examinado, os requisitos previstos na lei forem reconhecíveis, a consequência lógica é de que está presente o requisito da credibilidade do

mal prometido, segundo uma análise dominada pelo senso comum. Não é necessária a comprovação da realidade da ameaça, ou seja, de ser real o conteúdo ameaçador, invocado pelo sujeito ativo para se afirmar a existência dos requisitos previstos no Código.

Poderá ser dito, em consequência, que existe uma pluralidade inconveniente de rumos a serem adotados no processo de avaliação da natureza da ameaça. Essa variedade, contudo, não desqualifica a análise dos requisitos existentes para o reconhecimento do tipo delituoso.

O mal injusto e grave prometido, só poderá ser, portanto, reconhecido diante do que habitualmente acontece em circunstâncias idênticas, mesmo que não produzido na realidade em alguns dos casos precedentes. É de ser considerada a probabilidade de sua efetiva ação no contexto social em que se aprecia. O medo da realização dos males prometidos é o elemento a rigor que configura a violência. Não é o evento injusto e danoso, mas sim a intimidação que se manifesta no sujeito passivo, e que, por si só lhe causa mal injusto. A insegurança consequente da intimidação é, ela mesma, o mal prometido e que, em algumas ocasiões, não o era a sério. Basta que tenha produzido na mente do sujeito passivo e em seu comportamento a insegurança e o receio razoável para que se configure uma ação violenta.

Isso importa dizer que o mal prometido pelo sujeito ativo, uma vez acontecendo, deixa de existir o processo de intimidação. Uma agressão física, por exemplo, com a intensidade e os requisitos explícitos da ameaça faz com que se dilua o processo de intimidação que, portanto, desaparece. Deixa de existir, então, a ameaça, perdido o seu objeto, que substituído pelo evento danoso não há mais intimidação, mas sim dano efetivado. Tal situação configura o esvaziamento da carga ameaçadora. O punível assim passa a ser o cumprimento da ameaça, já agora sem conteúdo de intimidação. Se a ameaça é de agressão física, por exemplo, se agredido o sujeito passivo ou se não verificada a agressão nos limites de tempo e circunstâncias normais, morre o intento de assustar e portanto, o conteúdo de violência da promessa de dano.

Cabe aqui uma ponderação que merece exame. Na hipótese acima referida a intimidação terá vigorado talvez, por algum tempo produzindo resultados nas precauções tomadas pelo próprio sujeito passivo que podem até ser de natureza econômica. Será necessário averiguar, pois, se isso terá ocorrido, caso em que a ameaça terá sido efetiva, pelo menos em parte, o que deverá ser avaliado na solução dos conflitos de interesses. Uma hipótese

à parte é a ocorrência de suicídio da vítima, em consequência da carga ameaçadora do dano prometido. A ameaça não concretizada será objeto de análise cuidadosa, em que todos os elementos de definição serão sopesados.

Como se vê, o conteúdo e as consequências da ameaça são importantes para a apreciação de possível dano. Existem ameaças reais em que o sujeito ativo ele mesmo, pode estar enganado quanto ao seu alcance, ou as que tinham os resultados anunciados bem entendidos pelo agente. Também existem ameaças vãs, seja porque inviáveis por algum motivo ou porque na verdade é o intimidador que não pretende cumprir suas promessas. Quando não seja “a sério” a ameaça feita, inexistirá em princípio dano algum, salvo se o sujeito passivo, nela acreditando tiver sofrido qualquer dano. A ameaça vã pode acontecer até porque impossível o seu cumprimento. Então as consequências na pessoa do ameaçado principalmente de natureza psíquica deverão ser tidas em conta no julgamento do caso.

O modo de transmissão da ameaça influi na sua credibilidade e, portanto, nas suas consequências efetivas ou imaginadas pela vítima. Isso realça a natureza essencialmente psicológica do crime de ameaça. Ele se configura se a ameaça for entendida como tal pelo sujeito passivo, a representação deste, em consequência é da maior relevância para a apreciação do caso. A credibilidade do modo de intimidação desempenha papel relevante. O crime de ameaça pode ser cometido por palavra, escrito, gesto ou qualquer outro meio simbólico que possa ser, realmente, compreendido pelo ameaçado. A interpretação da ação intimidatória depende, entretanto, de seu conteúdo corrente nos costumes e nas práticas do meio social em que ocorram, para os dois agentes, ou seja, segundo a compreensão que um ou outro tenha a respeito. A carga intimidativa da ação é de ser avaliada, pois, em seu contexto costumeiro.

Como se pode verificar, a intimidação pode ter objetivos reais ou fantasiosos. O modo de sua transmissão à vítima é importante para avaliar sua natureza verdadeira da qual derivam as presunções de seus resultados. Se cometida entre malfeitores habituais, pertencentes a grupos em que ocorrem normalmente homicídios com arma branca, o gesto de degolar o ameaçado será extremamente assustador. O caráter relativo de todas as circunstâncias em que se desenrolar a ação do agente precisa ser realçado.

Devem ser apontados, destarte, alguns aspectos significativos do crime de intimidação. Para Celso Delmanto, autor consagrado na matéria, seu objeto jurídico é variado entre os doutrinadores, pois o delito pode ser

cometido contra a liberdade individual, a paz de espírito do ameaçado, a segurança jurídica, a tranquilidade pessoal e aquilo que na pessoa da vítima pode ser objeto de dano. O seu alcance, portanto, é muito amplo. Por outro lado, a ameaça deve ser idônea e proferida quando o sujeito ativo esteja em pleno juízo, o que exclui momentos de ira, ou sob embriaguez, ou ainda sob a influência de drogas capazes de tirar do ameaçador a completa consciência da realidade do mal prometido.

Feitas essas observações fica bem clara a violência que a intimidação a que se refere o crime de ameaça representa. Esse modo de compreender certas ações humanas que podem ser rotuladas de meios de intimidação tem conseqüências interessantes, não só para o próprio conceito de violência, como processo secundário de hostilidade, mas também para avaliação de atos a que se faz referência aqui, para a exata interpretação de sua natureza agressiva, e a tomada de decisões em casos nos quais o aspecto violento da conduta esteja sendo examinado. Isso desmistifica a suposição de que a violência é apenas violência física. Amplia, como se pode notar, o conceito de violência relevante para o julgamento social e jurídico. É um passo adiante no alargamento do conceito a que nos referimos dentro do estudo dos comportamentos sociais de desvio.

Um outro aspecto do tema é o que se liga à natureza da reação do destinatário da ameaça. Já se mencionou algo a respeito nestas páginas, mas uma característica particular dessa reação, além da autoproteção, de medidas legais e outras é o eventual revide. O ameaçado comporta-se imediatamente de duas maneiras: a primeira é a da tomada de precauções para se defender de uma tentativa de cumprimento da ameaça recebida; a segunda é o revide, geralmente imediato e oral, nas ameaças que contra ele tiverem sido proferidas. Essa última forma é usual nas ameaças por via oral, mais do que em outras. O ameaçado costuma proferir ameaças contrárias às recebidas, habitualmente da mesma espécie de dano ou ação agressiva. Tal natureza de resposta também ameaçadora está presente na maioria dos casos em que a intimidação é dirigida pela via oral. Também ameaçadora, a parte passiva do processo promete castigar o intimidador. No caso, aplicam-se à situação os mesmos princípios referidos acima para a intimidação original. As conseqüências são as mesmas, embora as de fato possam diferir, a ameaça original pode ser vã, porém a contida no revide pode ser idônea, verdadeira e criminosa. O exame desse conflito, geralmente verbal apenas, entre as duas partes pode levar a esclarecimentos

interessantes.

A intimidação ou ameaça, de que trata a lei penal, como violência em si mesma, pode enriquecer sob vários aspectos, como ficou demonstrado o estudo do alcance verdadeiro das punições contidas na legislação e a natureza mesma dos comportamentos de desvio. Isso pode ser útil de várias maneiras, inclusive para coibir pruridos ameaçadores. A tentativa ou a efetivação da ameaça pode ter conseqüências danosas para o sujeito ativo e, por derivação no caso de revide para o destinatário original da ameaça. Aos especialistas em processo penal, teoria das penas, culpa recíproca e outros temas, cabe aprofundar as reflexões aqui feitas.

Um caso especial a examinar, em relação ao assunto, é o da legítima defesa. Sob ameaça iminente ou já sendo vítima de ação violenta, o sujeito passivo, para defender-se dela pratica os atos possíveis e que pareçam evitar o perigo e/ou a agressão, agindo na aparência segundo o modelo do revide. A interpretação dos seus motivos no *iter* ocorrido, tem significado especial, pois deve distinguir entre a simples defesa e o revide. Neste último caso, a ação da vítima original deve ser interpretada como simples revide, o que importa dizer sob cuidados extremos. A contra-violência, então adquire características próprias que não são as de simples defesa.

Convém lembrar que a ameaça relevante como violência deve ser de mal ou dano grave que a reação do ameaçado, defensiva ou de revide, deve ser correspondente, na medida das realidades, ao mal prometido. Se a ameaça for feita em tom dúbio, convirá apurar a significação dos meios de intimidação usados. Tal apuração pode ser muito difícil precisamente pela natureza eventual dos recursos utilizados pelo sujeito ativo da violência.

Sob certos aspectos, em conclusão, não serão todas as ameaças que poderão ser tidas como violência imotivada. Tal advertência deve acompanhar estas reflexões para deixar evidente a delicadeza dos aspectos a serem apreciados no caso concreto. ◆

FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO MUNDO MODERNO

LETÍCIA DE FARIA SARDAS
Desembargadora do TJ/RJ

I. Introdução

A preocupação com os direitos humanos, com a justiça e a injustiça, instrumentos do Poder Judiciário, não é nova, remontando a ARISTÓTELES¹, um dos mais conhecidos estudiosos deste tema.

O filósofo grego, que gostava de ensinar de maneira informal em passeios através dos jardins do Liceu de Atenas², observou que “... *todo mundo entende por justiça aquela disposição moral que torna os homens aptos a fazer coisas justas, que os faz agir justamente e desejar aquilo que é justo; e, da mesma forma, por injustiça aquela disposição que faz os homens agirem de modo injusto e desejarem aquilo que é injusto*”.³

A mesma preocupação é encontrada nos textos do jovem escritor do **Tratado da Natureza Humana**, o gordo DAVID HUME⁴, representante do pensamento jurídico após a fase do feudalismo e da influência teológica.

¹ Aristóteles nasceu na Grécia, numa pequena cidade do Mar Egeu e viveu no período de 384 a 322 a.C.

² Por causa deste método de lecionar caminhando, sua escola foi denominada de *peripatética*. Talvez nenhum sábio tenha sido mais influente do que Aristóteles. Sua obra ficou eclipsada durante alguns séculos após sua morte, mas nos últimos setecentos anos quase todos os homens cultos do mundo ocidental (e muitos no Oriente próximo) estudaram e respeitaram suas obras, caracterizadas pelo apreço pela dinâmica da vida – Clarence Morris.

³ **Ética a Nicômaco** – Tratado batizado com o nome do filho do filósofo grego e que desenvolve uma teoria de justiça - Livro V, ressaltando que “... *os termos “justiça” e “injustiça” são usados em vários sentidos, mas como seus usos equívocos estão intimamente relacionados, a equívocidade não é detectada* ...

⁴ David Hume viveu de 1711 a 1776, era filho de uma antiga família rural escocesa e desde cedo interessou-se pela leitura. Seu pai faleceu quando as crianças eram muito novas e o pensador foi criado junto com seus irmãos, pela linda e plácida mãe. Sua primeira obra, **Tratado da Natureza Humana**, cujo subtítulo era “Uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos temas morais”, foi escrita durante o período em que iniciou uma estadia de três anos na França rural.

Nas reiteradas indagações desta magistral obra dividida em três livros, o pensador escocês tenta saber se a justiça é uma virtude natural ou artificial e conclui afirmando que “... *o senso de justiça e de injustiça não deriva da natureza, mas surge de maneira artificial, embora necessária, da educação e das convenções humanas ...*”.

JOHN STUART MILL⁵, um dos precursores do humanitarismo, e que demonstrou acentuado interesse pela liberdade civil, também se preocupou com a distinção entre justiça e injustiça, ponderando que “... *é justo respeitar, injusto violar, os direitos legais de qualquer um*”.

II. IDEAL DE JUSTIÇA

O pensador contemporâneo NORBERTO BOBBIO⁶ estudou o tema justiça e injustiça considerando o homem como *pessoa*, e, na fulgurante obra em que se referiu à liberdade e à igualdade, advertiu que *igualdade* é freqüentemente substituída por *justiça* no binômio *justiça e liberdade*, deixando claro que:

“... *a liberdade é o bem individual por excelência, ao passo que a justiça é o bem social por excelência ...*”

Ou seja, a liberdade é um valor para o homem como indivíduo, enquanto que a igualdade é um valor para o homem como integrante da humanidade.

Consigne-se, repetindo a tese defendida pelo pensador italiano, que a afirmação: *um homem é livre*, não impõe qualquer outro tipo de perquirição. Afirmar, no entanto, *que um homem é igual*, é uma proposição sem sentido, que depende da resolução de algumas questões, tais como, *igual a quem* ou *igual a que?*⁷

⁵ O precursor do humanitarismo viveu de 1806 a 1873 e sofreu forte influência do pensamento de Bentham, de quem seu pai, James Mill, era discípulo.

⁶ Nascido em 1909 em Piemonte, na Itália, é um dos mais influentes teóricos da esquerda italiana

⁷ No prefácio à edição brasileira da obra denominada *Tempo da Memória*, escrito quando o filósofo estava com 87 anos, Celso Lafer destacou que Bobbio começou a ser discutido no Brasil a partir dos anos 50. Os juristas do nosso país encontraram na sua visão de filosofia do direito, concebida *sub specie juris*, ou seja, como resposta aos problemas concretos colocados pela experiência jurídica, um indispensável ponto de referência. O rigor na análise da norma e do ordenamento jurídico e a sua posterior abertura para a problemática, não apenas da estrutura, mas também das funções do Direito no mundo contemporâneo, explicam como o instrumental teórico da sua obra foi sendo incorporado ao debate jurídico brasileiro. A partir da década de 70, seu público alargou-se dos juristas para setores mais amplos da sociedade, em função de sua identidade política de *socialista liberal* e por conta de seu papel de intelectual mediador.

Assim, a igualdade, que, repita-se, é substituída por justiça no binômio *justiça e liberdade*, não pode ser considerada, por si mesma um valor, vez que sempre dependerá de uma condição necessária e do equilíbrio interno de um sistema.

Não se pode olvidar que a mera igualdade de duas coisas, tais como *duas bolas de bilhar*⁸, não contém qualquer valor em si mesmo. Não é justo, nem é injusto.

A igualdade, enquanto comparação, é um mero fato⁹.

A justiça é sempre um ideal¹⁰.

III. O MUNDO GLOBALIZADO

Na instigante obra denominada **Mundo em Descontrole**, baseada em uma série de palestras proferidas num ciclo promovido pela BBC, em 1999, ANTHONY GIDDENS, o mais importante pensador contemporâneo britânico, provocou discussões acirradas ao detonar o debate sobre os efeitos das mudanças globais em nossas vidas e, ao advertir que a “... *promoção da democracia em todos os níveis é uma luta que vale a pena empreender e ela pode ser vitoriosa ...*”, narrou:

“Se lançarmos um olhar em torno do mundo no final do século XX, podemos ver razão para otimismo e pessimismo mais ou menos em igual medida. A expansão da democracia é um exemplo relevante. A julgar pelas aparências, a democracia é uma flor frágil. Apesar de sua difusão, regimes opressivos abundam, enquanto direitos humanos são rotineiramente ludibriados em estados do mundo todo. Em Kosovo, centenas de milhares de pessoas foram obrigadas a deixar suas casas,

⁸ Exemplo do mestre italiano.

⁹ Rousseau, considerado o campeão do igualitarismo, não exige que, como condição para a instauração do reino da igualdade, todos os homens sejam iguais em tudo e, no início do **Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens**, faz uma distinção entre desigualdades naturais e desigualdades sociais, ou seja, entre as desigualdades produzidas pela natureza (e, enquanto tal, benéficas, ou, pelo menos, moralmente indiferentes) e as desigualdades sociais, produzidas por aquela mescla de relações de domínio econômico, espiritual e político que forma a civilização humana. O que Rousseau tem como meta é a eliminação das segundas, não das primeiras.

¹⁰ Com a clareza de análise que lhe é peculiar, Bobbio afirmou que “... *o fato de que liberdade e igualdade sejam metas desejáveis em geral e simultaneamente não significa que os indivíduos não desejem também metas diametralmente opostas. Os homens desejam ser mais livres do que escravos, mas também preferem mandar a obedecer. O homem ama a igualdade, mas ama também a hierarquia quando está situado em seus graus mais elevados. Contudo, existe uma diferença entre os valores da liberdade e da igualdade e aqueles do poder e da hierarquia*”.

*e qualquer simulacro de império da lei foi abandonado. Gostaria de citar aqui algumas palavras de um repórter que observou os eventos: 'Quase um milhão de refugiados', escreveu ele, 'estão na Macedônia. Como vão ser alimentados ninguém sabe ... Venha para a Macedônia e ajude-nos!'. Isto foi publicado no Toronto Daily Star. O repórter era Ernest Hemingway, a data, 20 de outubro de 1922.'*¹¹

O patético apelo do *repórter* bem demonstra a preocupação deste moderno e globalizado mundo em que vivemos, onde ocorre cotidianamente uma revolução global sobre os fatos das nossas vidas pessoais e onde a história vem sendo contada e encenada pela mídia televisiva.

É importante reconhecer quanto mudou o cenário neste mundo globalizado, em decorrência dos movimentos populares organizados de forma caótica em torno de questões como os direitos civis, a paz, o feminismo e o meio ambiente.

Nesta nova era, novos direitos buscam garantias seguras, capazes de impedir que continuem a ser violados.

Reiteradamente somos chamados a *ir para a Macedônia* e cada vez mais nos deparamos com pedidos de *ajuda*.

As peculiaridades sociais de cada comunidade não encontram na globalização uma resposta às desigualdades, visto que não se pode regular de forma genérica a conduta de pessoas desiguais.¹²

Há um Terceiro Mundo crescendo em nossa porta. Há um verdadeiro sistema de autoridades ilegítimas em cada canto do mundo cultural, econômico, político e social.¹³

As pessoas que vivem no Terceiro Mundo necessitam de nossa compreensão solidária e, muito mais do que isso, elas necessitam de nossa ajuda.¹⁴

¹¹ Obra citada, Editora Record, 2000, p. 90

¹² Luiz Fux, no artigo denominado "Uma Nova Visão do Universo Jurídico" ressaltou "que ... a crise judicial é a enfermidade mais grave do que a da lei, porquanto multifária nos seus sintomas. Aqui e alhures, a justiça, como instituição responsável pelo bem e pela felicidade através da intermediação dos conflitos intersubjetivos, alcançou graus alarmantes de insatisfação popular, quer pela sua morosidade, quer pela ineficiência das formas usuais de prestação judicial, quer pela qualidade de suas decisões."

¹³ Noam Chomsky (**O que o Tio Sam realmente quer**) é o mais citado, cultuado e criticado intelectual e analista contemporâneo, conhecido pela acirrada análise da economia global imposta pelos Estados Unidos.

¹⁴ O analista político, autor de diversas obras, dentre as quais se destaca a denominada **A Minoria Próspera e a Multidão Inquieta**, tem conclamado para a luta pela liberdade, advertindo que não se sabe " ... se um esforço honesto e dedicado será suficiente para resolver ou mesmo diminuir tais problemas. Podemos estar certos, entretanto, que a falta de esforços significará um desastre."

IV. A DUPLA VITIMIZAÇÃO DAS CLASSES POPULARES

As barreiras que impedem o acesso à justiça, a morosidade, a ineficiência judicial, que dificulta a distribuição da justiça, desnivela as necessárias desigualdades e torna injusto o justo, têm sido apontadas como as grandes mazelas do Poder Judiciário moderno.

Em esplêndido ensaio que visa diagnosticar e tratar o **Acesso à Justiça**, JOAQUIM FALCÃO destacou que os cinco sintomas principais deste problema sistêmico são: a) como aumentar o acesso à justiça?; b) como aumentar a produção de sentenças, mantendo, pelo menos inicialmente, as mesmas portas do atual acesso ?; c) como implementar, através da prestação jurisdicional, os direitos das minorias?; d) por que os múltiplos projetos de reforma do Judiciário e conseqüente ampliação do acesso à Justiça não são implementados?; e) ou o são de maneira insuficiente?

Consigne-se que este tema não está restrito ao acesso à justiça no Brasil, vez que “ ... *tem constituído em nossa era uma questão central da democracia participativa.* ”¹⁵

Aliás, o sociólogo BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS, professor da Universidade de Coimbra e da London School of Economics and Political Science, em obra que merece lugar na cabeceira dos estudiosos do direito,¹⁶ disse que “ ... *o tema do acesso à justiça é aquele que mais diretamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica ...* ” e, acrescentar que não se trata de um problema novo, citou as freqüentes denúncias da discrepância entre a oferta e a procura, ocorridas no início do século, na Áustria e na Alemanha.

Para o respeitado mestre, com a contribuição da sociologia, que investigou sistemática e empiricamente os obstáculos ao acesso à justiça pelas

¹⁵ Thiago Ribas Filho, na apresentação dos anais do Seminário Ibero-Americano “*O Magistrado, o Poder Judiciário e o Acesso à Justiça*”, realizado no Rio de Janeiro, de 29 de novembro a 1º de dezembro de 1995, pela AMB, destacou que a partir do lançamento da notável obra de Mauro Cappelletti e Ryan Garth: **Acess to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective - A General Report**, editada em Milão em 1978, a matéria tem fascinado os espíritos mais sensíveis, ocupado a atenção de estudiosos e pesquisadores, despertado a atenção da mídia e provocado a reflexão do homem comum. Assim, os aspectos políticos, econômicos, sociais e jurídicos da questão têm sido aflorados e discutidos, algumas vezes com a seriedade e entusiasmo que merecem e, outras, lamentavelmente, sob o biombo redutor de uma visão que, explorando ângulos – posto que sedutores – certamente superficiais, não contribui para uma verdadeira e cada vez mais necessária evolução no tratamento da matéria.

“Introdução à Sociologia da Administração da Justiça”, **Revista de Processo n.º 37**

classes populares, três são os tipos de obstáculos à justiça: econômicos, sociais e culturais.

“Quanto aos obstáculos econômicos, verificou-se que nas sociedades capitalistas em geral os custos da litigação eram muito elevados e que a relação entre o valor da causa e o custo da sua litigação aumentava à medida que baixava o valor da causa.”

Na Alemanha, o valor médio de uma causa na primeira instância custaria cerca de metade do valor da causa. Na Inglaterra, em cerca de um terço das ações contestadas, o valor é superior ao da causa. Na Itália os custos atingem 8.4% do valor das causas de valor elevado, chegando a 170% nas de valor diminuto.

A justiça, via de regra, é cara para o cidadão, mas é sobretudo mais cara para os economicamente mais débeis, o que configura o fenômeno da dupla vitimização das classes populares em face da administração da justiça.

A lentidão, outra das mazelas da prestação da justiça no mundo moderno, facilmente convertida num custo adicional proporcionalmente mais gravoso para o cidadão de menores recursos, é fator determinante do fenômeno da tripla vitimização das classes populares.

O *dano marginal em sentido estrito*, referido por Italo Andolina em **Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale**, decorrente da demora para a obtenção do bem da vida perseguido pelo autor (que tem razão), foi magistralmente enfocado por LUIZ GUILHERME MARINONI, em **Tutela Antecipada, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença**.

Nesta obra publicada pela Editora Revista dos Tribunais, o Mestre, precursor do tema referente à antecipação da tutela de mérito, ressaltou as diversas formas de prejuízo que pode sofrer o autor que tem razão e destaca que a demora no processo sempre beneficia o réu que não tem razão, gerando o *“custo do processo abusivo”*, que, numa típica *bola de neve*, gera mais congestionamento e morosidade da administração da justiça no seu todo, com o maior envolvimento de juízes e de serventuários.

Dados estatísticos dão conta de que no final da década de 60, a duração média de um processo na Itália era de seis anos e cinco meses (incluídas as três instâncias).

No Estado do Rio de Janeiro, em inédita iniciativa, FELIPPE AUGUSTO DE MIRANDA ROSA e JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, realizaram no final da década de 80 uma pesquisa exploratória sobre a duração real dos processos, como uma primeira parte de uma série planejada sob o título *Auto-análise do Poder Judiciário*.¹⁷

Foram pesquisados 1.120 feitos de procedimento sumário (sumaríssimo à época) e 452 de procedimento ordinário, constatando-se que 71.89% dos primeiros tiveram sentença proferida em menos de um ano, enquanto que dos segundos, 67% tiveram o mesmo destino, no mesmo prazo.

Em fase de recurso, computou-se o tempo decorrido entre o recebimento dos autos no Tribunal e a publicação do acórdão referente ao último recurso, e, no prazo de três meses foram julgados e tiveram acórdão publicado 30.2% dos sumários e 17.6% dos ordinários.

Concluíram os pesquisadores que as deficiências de caráter material e, principalmente, a de recursos humanos do Poder Judiciário do Estado formam os principais fatores do retardamento dos feitos.

Foram detectados os *pontos de estrangulamento* no fluxo dos processos, tais como a excessiva demora no cumprimento dos mandados citatórios e os reiterados adiamentos das audiências de instrução e julgamento, via de regra por iniciativa das próprias partes.

As desigualdades sociais decorrentes das mazelas na prestação da tutela jurisdicional quebram a estabilidade da sociedade, aumentam o fosso da diferença das classes sociais, desacreditam o Poder Judiciário e aumentam a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça, violando o princípio de igualdade e justiça que norteia o estado democrático de direito.

V. FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO MUNDO MODERNO

Juristas, julgadores, pesquisadores, políticos, organizações de classe têm demonstrado inquietação com *o novo tempo na justiça* e sucedem discursos, teses, debates e entrevistas dirigidas a determinação dos rumos da *justiça no terceiro milênio*

THIAGO RIBAS FILHO, *guru* de juízes modernos, atualizados com os problemas do seu tempo, tem reiteradamente alertado para as grandes transformações ocorridas no mundo em que vivemos, obrigando os magistrados, mais que ontem, a refletir sobre o acesso à Justiça e sobre a importância do Judiciário como função pública, buscando as vias de uma permanente

¹⁷ Publicada na *Revista da EMERJ*, n.º 14, 2001.

renovação que o leve a ser, efetivamente, um instrumento da paz social.¹⁸

Da iniciativa de homens como THIAGO RIBAS surgiram os Juizados de Pequena Causa, depois transformados em Juizados Especiais, que permitem ao jurisdicionado postular em juízo sem qualquer ônus, mais rápido e sem maiores formalidades.

Na administração do Tribunal de Justiça, este homem à frente de seu tempo, valorizou o juiz natural, “... *lembrando sempre aos magistrados que são eles a verdadeira vitrine do Judiciário* ...” e que de sua conduta ética decorre uma boa ou má impressão da instituição.

No corrimão desta nova visão das mazelas do Poder Judiciário, que não se detém na estreita, mas necessária, revisão da forma no processo, o MINISTRO MARCO AURÉLIO MELLO, Presidente do Supremo Tribunal Federal, tem buscado ressaltar a importância da formação humanística do magistrado, alertando que “... *uma das principais virtudes do juiz é servir aos concidadãos*”.¹⁹

Em “Uma Justiça para o Novo Século”, Conferência Magna proferida por HUMBERTO DE MENDONÇA MANES, os novos alunos da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro foram brindados com um dos mais lúcidos diagnósticos das mazelas do Poder Judiciário no mundo.

Num histórico passeio, o palestrante partiu do prisioneiro deixado em uma ilha isolada em pleno Oceano Pacífico e da romanesca chegada de Sexta-feira, para figurar o embrião da sociedade, nascida de um sistema de relações e chegou ao conturbado mundo das relações contemporâneas, para demonstrar a mesma preocupação com a formação humanista do juiz, alertando que não basta conhecer o direito, pois “... *julgar o direito dos outros é uma questão complexa*”.²⁰

Destas advertências conclui-se que o papel do Poder Judiciário no Mundo Moderno ultrapassa a barreira da adequação das normas processuais e da simplificação das rotinas procedimentais.

¹⁸ “Um Novo Tempo na Justiça” – **Revista da EMERJ** – nº 1 – 1998.

¹⁹ Conferência Magna Proferida na EMERJ em 11.02.2000, ressaltando que “*O Estado encontra-se em crise, e não se trata de um problema setorializado, inerente apenas ao Judiciário, mas a atingir os três Poderes da República. Todavia, em relação ao Judiciário as cobranças são mais intensas, porque os pleitos são encaminhados diretamente pelos cidadãos, aguardando-se o almejado crivo e, acima de tudo, a feitura da justiça.*”

²⁰ A história narrada é a de Robson Crusóé, contada por Daniel Defoe.

O juiz, deste novo tempo da justiça, “... *deve lembrar-se que não há Justiça que paire acima dos conflitos, só há justiça comprometida com os conflitos, quer no sentido de manutenção destes quer no sentido da transformação dos mesmos*”.²¹

“O juiz independente é..”, na opinião de CLÁUDIO BALDINO MACIEL, “... *condição fundamental de existência do Estado Democrático*”.²²

Citando o sociólogo português Boaventura de Souza Santos, que identificou o crescente interesse das agências econômicas internacionais pelos sistemas judiciários de diversos países, que financiam, com vultosas quantias, reformas destes sistemas, o palestrante afirmou que este fenômeno: “... *é impulsionado por uma pressão globalizante muito intensa que, embora no melhor dos casos se procure articular com as aspirações populares e exigências políticas nacionais, o faz apenas para atingir os seus objetivos globais. E esses objetivos globais são muito simplesmente a criação de um sistema jurídico e judicial adequado à nova economia mundial de raiz neo-liberal, um quadro legal e judicial que favoreça o comércio, o investimento e o sistema financeiro. Não se trata, pois, de fortalecer a democracia, mas sim de fortalecer o mercado*”.

A função do Poder Judiciário no Mundo Moderno é, antes de tudo, o comprometimento com a formação humanitária de um magistrado independente.

Os *assustadores mitos*, revelados por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA,²³ não encerram a única preocupação do Poder Judiciário no Mundo Moderno.

Evidente que exorcizar esses fantasmas é essencial, pois, “... *se queremos edificar um novo aparelho judicial, isento de chagas que enfeiam a face da Justiça, é mister antes de mais nada que nos libertemos de falsas idéias ... elas turvam a nossa visão e nos induzem a caminhos pelos quais, em vez de avançar, corremos o risco de cair no mais fundo despenhadeiro*”.

²¹ Roberto Aguiar – **O que é justiça** – Ed. Alfa Ômega – p. 116

²² Cláudio Baldino Maciel é presidente da AMB e o texto foi compilado da palestra realizada na reunião do grupo ibero-americano da União Internacional de Magistrados, na Costa Rica, em 25.02.2000

²³ “O Futuro da Justiça - alguns mitos - Cidadania e Justiça - O Direito no Século XXI” - **Revista da AMB**.

Para não cairmos no mais fundo do despenhadeiro, no entanto, é necessário acreditar na antevisão de LUIZ FERNANDO RIBEIRO DE CARVALHO que ao prever que o século XXI poderá ser o século do Poder Judiciário, lembrou, citando GIUSEPPE VERDI, que:

“Embora se apresentem momentos de desalento ou desânimo, quando nos defrontamos com situações antagônicas e difíceis, a soma das experiências, das esperanças e até mesmo das desesperanças pode resultar em uma resposta diferente, expressando que a vida (no aparente e angustiada lirismo da expressão de VERDI) pode ter superados seus desafios, não se podendo ver uma causa perdida na luta pelo acesso à Justiça, quando não só os juizes, mas todos os que têm a ver com isso – e afinal de contas toda a sociedade tem interesse no tema – estejam muito conscientes e alertados para tentar, como se está tentando, conquistá-lo como base substancial para uma ordem jurídica justa, na qual e pela qual possam fluir os valores e princípios da democracia participativa e de um Estado de direito consistente, imune à tentação de soluções simplistas por implicar no sacrifício de quase todos para a perpetuação de privilégios.”

Impossível concluir sem referência às cautelosas profecias do grande professor, advogado, processualista e humanista, SÉRGIO BERMUDEDES, que, ao escrever sobre o *Processo Civil no Terceiro Milênio*,²⁴ demonstrando preocupação não só com os meios de fazer efetiva a sentença judicial, vaticinou:

“Se as notícias de que em 80 dias de guerra no Kosovo foram mortas quase 15 mil pessoas nos desconcertam, perturbam e horrorizam, a observação serena e detida de tudo o quanto de útil e belo se tem feito permite vislumbrar no milênio vindouro o que se poderia condensar na expressão ‘mundo melhor’, escrupulosamente evitada pelos estilistas temerosos do chavão em que ele se converteu, mas olvidados de que, antes de ser, por força da repetição, um lugar-comum, ela exprime a busca do homem pela realização dos seus sonhos.”

²⁴ “Cidadania e Justiça – Novos Direitos” – **Revista da AMB.**

Sem medo de chavões, tudo de belo que se tem feito através das modernas administrações dos Tribunais, através das discussões acadêmicas, políticas e sociais, assim como das iniciativas das associações de magistrados, nos leva a crer que a função do Poder Judiciário no Mundo Moderno se assemelha ao humanitário apelo de Ernest Heminghay, “*venham para cá*”.

O Poder Judiciário no Mundo Moderno tem papel relevante na busca do “*acontecimento*” que viabilizará a realização de seus sonhos. ◆

SISTEMAS PROCESSUAIS E INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL NA PERSECUÇÃO CRIMINAL: UMA CONTRIBUIÇÃO AO DEBATE

BONNI DOS SANTOS

Procurador de Justiça aposentado. Professor da UNESA.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Século XX, recém findo, foi notável cenário de avanço tecnológico, social e político. Paralelamente, os conflitos entre indivíduos e grupos aumentaram em dimensão e complexidade, deixando exposta uma chaga social, que se manifesta por meio da desigualdade socioeconômica e cultural que situa, de um lado, ricos e poderosos e, de outro, os demais segmentos da população.

Na verdade, quando refletimos sobre a trajetória da humanidade, ao longo da história, podemos constatar as raízes dessa tendência, pois que, nas diferentes épocas, é possível detectar um grupo de privilegiados, no topo da pirâmide social, que se arroga o direito de definir os direitos de todos, segundo seus interesses e conveniências. Por isso, ainda hoje, a despeito do discurso que atribui ênfase à mobilidade social, o que se verifica é o preservação do *status quo*, com raras e honrosas exceções.

Nessa linha de pensamento, parece verdadeira a máxima atribuída a Franz Von Liszt de que a lei foi uma grande invenção da minoria, para dominar a maioria, sendo a Carta do Rei João Sem Terra (1215) um inegável exemplo.

De longa data, é nítida a luta entre o capital e o trabalho, em que o titular da força do trabalho foi submetido a aprendizado, treinamento e espoliação, para mais produzir e acrescentar ganhos ao capitalista.

As chamadas novas estruturas, inegavelmente complexas no referente às relações sociais, inclusive as do Estado com os súditos (administrados) não foram convenientemente observadas e reguladas pela ciência do Direito. Nesse contexto, são compreensíveis os atuais conflitos de interesses e os

debates a respeito das garantias da cidadania, do acesso à justiça e da interpretação do Direito e sua adequação ao mundo novo, que é o século XXI, em que precisamos avançar em termos de conhecimento e desenvolvimento em todas as áreas, tendo em vista tornar efetivos os princípios democráticos e os direitos de cidadania.

Se o Estado detém o monopólio das leis e da justiça, sua atividade deve, necessariamente, estar submetida a um controle de legalidade, notadamente se direitos e garantias fundamentais do ser humano estiverem em jogo. A violação desse limite torna a atividade estatal ilegal e sem possibilidade de gerar efeitos no mundo do Estado de Direito. Insta acentuar que o Estado não se confunde com os eventuais governantes encastelados no poder, que buscam a manutenção do *status quo*, elaboram e aplicam a lei, segundo sua ótica dominante, fruto de um autoritarismo alucinante, inspirado em outros sistemas policialescos.

O Código de Processo Penal Brasileiro, editado pelo Estado Novo, sob influência do autoritarismo implementado por Getúlio Vargas, traz, em seu ventre, resquícios de uma perseguição criminal inquisitória, matizada em solvente nebuloso de democracia.

Em face da permanência do problema no contexto do Direito pátrio, neste artigo discutimos aspectos polêmicos relativos à interpretação da lei penal na perseguição criminal.

1.1 Processo Inquisitivo versus Acusatório: explicitação das diferenças

Habitualmente, designamos como sistema todo conjunto de elementos pré-ordenados e/ou coordenados entre si, sob forma de estrutura organizada para alcançar determinados fins. Transpondo esse conceito genérico para o âmbito do direito penal e considerando o ensinamento de Paulo Rangel (1985), podemos dizer que sistema processual é o conjunto de princípios e regras constitucionais, estruturados de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto.

São duas as formas clássicas do processo: a *inquisitiva* e a *acusatória*. A primeira encontra abrigo no Estado totalitário, tirânico, repressivo, policialesco; a segunda é a que se apóia no princípio de garantia dos cidadãos contra o arbítrio do Estado.

No sistema inquisitivo, a característica marcante é a não-separação das funções, havendo mesmo confusão entre o órgão que acusa, o que de-

fende e o que julga. Como assinala o respeitável Paulo Rangel (1985, p. 42), o sistema inquisitivo apresenta outras características próprias, tais como:

a) o processo é regido pelo sigilo, de forma secreta, longe dos olhos do povo;

b) não há contraditório, nem ampla defesa, pois o acusado é mero objeto do processo e não sujeito de direito, não se lhe conferindo nenhuma garantia;

c) o sistema de provas é o da prova ratificada ou prova legal, sobresaindo a confissão como a rainha das provas.

Ainda conforme análise do doutrinador supramencionado (p. 42): “*Este sistema processual não condiz com o Estado de Direito, por não oferecer garantias mínimas de respeito à dignidade da pessoa humana*”.

No sistema acusatório, é nítida a separação de funções, figurando o juiz como elemento imparcial, que só se manifesta se provocado e após análise segura da prova. Assim, diferente da maneira como se organiza e funciona o sistema inquisitivo, aqui há marcantes peculiaridades nas funções de acusar, defender e julgar: a regra é que os atos procedimentais são públicos; o acusado é sujeito de direitos, sendo que os princípios do contraditório e ampla defesa compõem o devido processo legal. Em outras palavras: o processo é realizado em obediência à lei vigente; o juiz julga de acordo com o convencimento, este regrado ou vinculado ao complexo probatório. Note-se que é vedado ao julgador formular o veredicto, exclusivamente a partir de experiências adquiridas ao longo de suas atividades judicantes.

Afrânio Silva Jardim (1997), em estudo doutrinário sobre a estrutura do nosso processo penal atribui relevo aos princípios da *imparcialidade do juiz e do contraditório*, porque, a seu juízo, os demais são consectários lógicos desses dois fundamentos.

O princípio da demanda ou da iniciativa das partes, que decorre do *ne procedat iudex ex officio*, indica que o juiz não pode provocar sua própria jurisdição, certo que a iniciativa, a *opinio delicti* é privativa do Ministério Público, conforme art. 129, inc. I, da Constituição Federal.

Já no sistema inquisitivo, o juiz não fica sujeito ao pedido da parte. Ele, *sponte propria*, inicia a apuração da infração e desempenha o papel hoje reservado à polícia, ao autor e ao acusador.

Nosso ordenamento jurídico já consagrou, excepcionalmente, é certo, o sistema inquisitivo, no concernente às contravenções penais, nos casos denominados de *judicialiformes* pelo eminente jurisconsulto Pontes

de Miranda.

O sistema acusatório moderno tem como pressuposto maior a demanda, que se subsume no ato de requerer, exigir, pleitear, postular que o juiz faça a entrega da prestação jurisdicional.

Extreme de dúvida, os sistemas processuais acima variam entre o autoritarismo, com redução das garantias do acusado e o Estado de Direito, no qual são asseguradas ao infrator as garantias constitucionais, notadamente a dignidade. Não aludimos a Estado Democrático de Direito, por entendermos aí uma inequívoca redundância: se é de direito é porque é democrático.

1.2 Vertentes de Interpretação da Norma no Direito Criminal

Para a perfeita aplicação do que enuncia a lei, é mister que se conheça com segurança a mensagem que ela traduz. As normas penais e processuais penais estão presentes na Lei Constitucional ou ordinária; eventuais omissões são preenchidas através de interpretação analógica, à luz dos princípios gerais de direito. A esse respeito, é esclarecedor o disposto no art. 3º do Código de Processo Penal Brasileiro: “*A lei processual penal admite interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito*”.

Na concepção de 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. (...) compreensão é profundidade, extensão é superfície. Compreender é incluir, conter, encerrar. Entender-se 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.*” (Destaques do autor deste artigo)

A interpretação, elucida o estudioso referido (p. 119), “*consiste exatamente em exteriorizar, mostrar, exhibir, ostentar o conteúdo da norma, trazer à tona o que nela se encerra*”.

Numa tentativa de distinguir abordagens da interpretação, merecem destaque, porque pertinentes com o tema em testilha: *a interpretação histórica, a interpretação sociológica e a interpretação teleológica*. Por meio da primeira, o intérprete chega ao conhecimento da evolução do direito, das raízes, do direito anterior, bem como passa a conhecer a proposta de

modificação legislativa. A segunda aplica-se ao estudo das relações que se estabelecem, consciente ou inconscientemente, entre pessoas e grupos que vivem numa comunidade, instituição, ou outras formas associativas, que interagem, no seio de uma sociedade mais ampla. É ela a que se recorre, quando tomamos em consideração as aspirações, tendências e cultura de determinada comunidade, de modo a aferir se a norma está ajustada a suas efetivas necessidades, expectativas e valores.

Essa vertente fica clara, quando refletimos sobre a seguinte formulação: “*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 sua vez, a interpretação teleológica vincula-se ao conhecimento da causa final da lei, que, em última instância, é a justiça.

1.3 A Persecução Criminal em Sítio Policial: o Inquérito Policial

Ao refletir sobre esse tema, é pertinente trazer à baila o princípio de que a soberania é a expressão de poder do Estado. No plano interno, essa prerrogativa é exercida em conformidade com as funções básicas e complementares: legislativa, administrativa e judiciária. Segundo o sistema de freios e contrapesos e como estabelecido pelo art. 2º, da Constituição Federal, tais funções devem ser harmônicas e independentes.

O convívio social e o comportamento individual são regulados pelas normas elaboradas pelo legislativo. O administrativo orienta-se para garantir que todos os que habitam o território brasileiro (nacionais e estrangeiros) acatem as normas a eles endereçadas indistintamente, visando ao bem comum e ao princípio da coexistência pacífica. O judiciário entra em cena, se provocado, para solucionar controvérsias ou conflitos na sociedade, decorrentes do desacato ou desrespeito ao comando do ordenamento jurídico.

São atividades múltiplas que objetivam possibilitar à coletividade de pessoas e grupos a obtenção de bens materiais e imateriais, os chamados bens da vida ou de valor juridicamente relevante. Trata-se de função preventiva e reparadora do Direito que, extreme de dúvida, se afigura de maior significado, entre todas que incumbe ao Estado contemporâneo.

Entretanto, circunstâncias existem em que, mesmo em funcionamento apropriado, o Estado fica vulnerável na sua vigilância preventiva e alguém infringe norma de conduta. Emerge, então, a outra face do Estado, a severa, a poderosa e soberana, subjugando o infrator ao interesse da coletividade, que se vê perplexa e na expectativa de o judiciário dizer ao desviante de conduta

que o crime não compensa, pois que a sanção penal vai tornar-se realidade.

Trata-se da repressão penal, a persecução criminal que surge como direito/dever do Estado, com observância, contudo, do procedimento previamente ajustado em regras e princípios.

Este procedimento, denominado *persecutio criminis* é bifásico e compreende um conjunto de atos praticados pelo Estado, no âmbito de suas funções administrativas e judiciais, com a finalidade de, apurado o binômio materialidade-autoria e a respectiva responsabilidade, aplicar ao infrator a sanção penal, que acompanha a norma infringida.

Para o mestre Tornaghi (1959, p. 198), de quem sorvemos seguros ensinamentos na antiga Faculdade Nacional de Direito, na década de 1960, *o processo como procedimento inclui também o inquérito (...) (omissis)*.

A persecução criminal é, em sua primeira fase, tarefa da Polícia Judiciária. A apuração do fato e suas circunstâncias, objetivando a aferição da responsabilidade como pressuposto da pena tem sido, tradicionalmente, tarefa entregue às autoridades policiais. As informações, assim obtidas num primeiro momento, são levadas à consideração do Judiciário.

A legislação brasileira tende a manter o inquérito policial como instrumento de apuração dos ilícitos penais, que reúne elementos formadores da *opinio delicti* do legitimado a exigir a prestação jurisdicional. O projeto de um novo código, com trâmite no Congresso Nacional, preserva a fase investigatória preliminar à instauração do processo acusatório, o inquérito policial como procedimento formal. É bem verdade que o atual Código de Processo Penal prevê hipótese de dispensa do inquérito, *ex-vi* dos dispositivos dos arts. 27 e 39, § 5º, exemplificadamente.

O dispositivo do art. 4º do citado diploma legal incumbe à Polícia Judiciária a apuração das infrações penais e da sua autoria e inicia o procedimento denominado inquérito, por portaria ou por auto de flagrante.

A natureza da infração praticada e de suas circunstâncias quer endógenas, quer exógenas, irá balizar a atividade investigatória a ser desenvolvida pela autoridade policial. Em se tratando de infração cuja ação penal seja de interesse da coletividade, o *ius perseguendi* é atribuído ao Estado, ou melhor, misto de direito/dever. Por sua vez, a Polícia Judiciária, como órgão de atuação do Estado Administrativo, deve, seguindo o princípio da legalidade, pôr-se em ação imediata, de forma espontânea, independentemente de provocação, logo que tiver notícia do fato-crime.

Observe-se que o procedimento legal preconizado é o inquérito, de

acordo com o art. 5º, I c/c § 3º, do mencionado código, tanto que intolerável o esdrúxulo expediente da prévia sindicância ou VPI (Verificação Prévia das Informações), que mascaram a realidade, ora servindo para encobrir a criminalidade real, com números estatísticos falsos; ora utilizadas para escusas negociações ilícitas por maus policiais.

Se a infração é de ação penal privada, sem requerimento da parte interessada (o ofendido, seu representante ou sucessor legal), a autoridade policial não pode iniciar a investigação, instaurar inquérito, nos termos do art. 5º, § 5º do CPP.

Casos há, contudo, em que o entrelaçamento de circunstâncias de fato(s) de ação penal pública com outro(s) de ação penal privada, torna complexa a situação, não tendo como a autoridade policial separá-las, devendo assim apurá-las em sua globalidade.

Como exemplo, imaginemos que se tenha encontrado um cadáver de mulher, com as vestes em desalinho, apresentando ferimentos produzidos por arma de fogo. Em tal caso, a autoridade policial terá o cuidado de determinar a realização de exame pericial para averiguar eventual ataque sexual (estupro, por exemplo), embora se trate de crime de ação penal, originalmente privada.

Como deixa claro o legislador, no art. 4º anteriormente referido, o inquérito policial, como peça preparatória da ação penal, tem natureza inquisitiva e por finalidade a investigação dos aspectos de materialidade e autoria do fato-crime, não sendo, contudo, pré-requisito para exercício do direito de ação penal, que poderá alicerçar-se em peças de informação, consoante referimos anteriormente.

Os aspectos de inquisitorialidade e de sigilo são característicos do inquérito, que constitui procedimento meramente administrativo, ao qual não se aplicam os princípios da publicidade, do contraditório, das nulidades, entre outras inerentes à atividade jurisdicional. É bem verdade que a audição do indiciado, a teor do art. 6º, inciso V, do CPP, traduz contraditório, embora de forma tênue, o que torna relativa a afirmação acima.

Podemos dizer que a finalidade investigatória do inquérito é, a um só tempo, reunir os elementos formadores da *opinio delicti* do órgão acusador (órgão ministerial ou particular, conforme seja a ação penal pública ou privada), dando-lhe a convicção de haver prova material do crime e da autoria; e também proporcionar o embasamento probatório mínimo necessário para ação penal *in judicio*, que é a justa causa, conjunto de elementos fáticos

(binômio materialidade - autoria).

Assim, para instaurar a investigação e a subsequente ação penal, exige-se, como razoável, a presença de elementos materiais do fato e da autoria, sem os quais a atividade persecutória torna-se extravagante, aventureira, ilegal e odiosa, por ferir regras de garantias constitucionais, notadamente a liberdade individual do cidadão.

Não basta, pois, como justa causa para a investigação e ação penal subsequente, a simples descrição de um fato típico no boletim de ocorrência (muitas vezes, feito de forma leviana) ou mesmo na peça exordial da demanda judicial (denúncia ou queixa). Registre-se que, no processo penal, a justa causa constitui o cerne do interesse de agir (interesse processual), sendo condição para o exercício do direito de demandar.

Um dos projetos de reformas parciais do Código de Processo Penal em tramitação no Congresso Nacional, exige expressamente que todos os atos da autoridade policial indiquem os fatos que os determinaram e serão sempre fundamentados. Trata-se de importantíssima modificação, porque a portaria instauradora do inquérito policial irá especificar e individualizar, ainda que de forma sumária, os fatos típicos a serem apurados e os respectivos suspeitos de autoria.

Hoje, a autoridade policial lança um simples despacho, determinando a instauração do inquérito, o que acarreta reflexos negativos múltiplos, notadamente quando há pluralidade de infrações e agentes.

1.4 Indiciação, Exclusão da Indiciação e Reindiciação

Nesta seção, apresentamos singular abordagem a respeito de um instituto jurídico reparador de iniquidades decorrentes de atuação desastrosa, estouvada, atabalhoada ou açodada e (por que não dizer?) maldosa de quem não tem o necessário discernimento para lidar com a causa pública, desrespeitando, desta forma, as regras de garantia constitucional da cidadania.

A exclusão da indiciação foi por nós concebida, partindo de situação fática, que constrangia, sem justo motivo, pessoa portadora de idoneidade consagrada pelo tempo e plasmada nas relações imaculadas, socialmente mantidas com uma comunidade interina.

Constitui rematado exagero afirmar que o Estado, na sua função persecutória, por seu órgão próprio (polícia judiciária) possa valer-se da natureza inquisitiva/unilateral do procedimento investigatório, até para constranger a pessoa objeto da investigação, com excesso de atuação e de

flagrante desrespeito à dignidade da pessoa humana.

A discricionariedade na atividade da Polícia Judiciária tem fundamento maior na situação de desequilíbrio social, que aparece com a transgressão à norma, tanto que o agente não avisa ao Estado (guardião da paz pública) que vai delinquir.

Se é assim, também o Estado investiga, sem que o investigando possa opor resistência. Não obstante tal ordem de fundamento, na repressão ao crime, a atividade do Estado não pode ser arbitrária. Induidoso, então, que deve haver um mínimo de discernimento, de prudência, para que não ocorra ofensa irreparável à boa fama das pessoas, como já dito, sem justo motivo. Só nos Estados policialescos (autoritários) é que a atividade da Polícia Judiciária é deturpada e arbitrária.

A simples suspeita, portanto, não basta para a indicição, ato administrativo específico da autoridade policial. Essa afirmação já fizemos, em duas oportunidades distintas, perante o Poder Judiciário. A primeira, em 28 de julho de 1977, no inquérito nº 419/75, da 5ª Delegacia de Polícia da cidade do Rio de Janeiro, tombado no Juízo da 6ª Vara Criminal da Comarca da Capital; a segunda, em 16 de setembro de 1983, no Inquérito nº 133, da Delegacia de Homicídios, ajuizado a 1ª Vara Criminal (I Tribunal do Júri) da Capital do Estado do Rio de Janeiro.

No primeiro dos fatos apontados, um cidadão lusitano foi indiciado (qualificado, pregressado, identificado e tudo mais) como emitente de um cheque sem suficiente provisão de fundos, cujo respectivo talonário havia sido subtraído do interior de um veículo de sua propriedade, estacionado em logradouro público (fato registrado em outra delegacia circunscricional).

Numa segunda perícia grafotécnica, mais atenta e por nós requisitada, na qual os ilustres peritos penitenciaram-se pelo equívoco, concluiu-se não ter sido o indiciado o autor da emissão. Enquanto era desenvolvido o inquérito, o lusitano foi impedido de sair do país, como fazia habitualmente, porque constava anotação de crime de estelionato em sua folha de antecedentes do instituto identificador.

No segundo caso, um nacional foi indiciado (também submetido às formalidades legais) porque a vítima de um crime de homicídio havia instituído um seguro de vida em seu favor, pouco tempo antes.

Essa circunstância levou a autoridade policial a afirmar que só ele, o indiciado, tinha interesse na morte do instituidor do seguro. Após a indicição, tomou-se conhecimento de que a vítima deixara várias dívidas

insolvidas, com pessoas de variados níveis sociais. Atentamente analisados os fatos, concluímos por requerer a exclusão das respectivas indicações, com o cancelamento puro e simples das anotações e comunicações no Cartório do Juízo, na Distribuição da Justiça e no Instituto Félix Pacheco.

Com efeito, a lei considera justa causa para indicação a *Convicção ou a Presunção* de existirem indícios, *ex-vi* do art. 5º, § 1º, alínea “b”, do Código do Processo Penal. Com tais expressões, o legislador estabeleceu, para a presunção, valor semântico semelhante ao da convicção face à conjunção alternativa empregada no texto.

O Código de Processo Penal Brasileiro conceitua indício como “*a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução (leia-se dedução) concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias*”. (art. 239)

O emérito Helio Tornaghi (1959), preleciona: “*Indícios são circunstâncias, são fatos provados, que, por sua relação com o fato criminoso ou o autor dele, levam a admitir a existência do crime, na sua materialidade ou a autoria*”. E arremata o eminente processualista pátrio (op. cit.): “*São, portanto, provas indiretas e podem ser absolutamente convincentes, como é o caso do alibi, indício negativo de autoria*”.

Do mesmo sentir é Afrânio Silva Jardim (1997). Em trabalho publicado na **Revista Forense**, v. 295 - Separata, deixa ressaltado: “*Os indícios (fatos provados), relativos ao fato que se deseja provar, é que permitem, por dedução, termos certeza do fato probandum*”.

A rigor, a lei não exige a certeza; todavia, não se satisfaz com mera suspeita. Se o processo (ação penal) constrange, mesmo que legal, igual consequência opera a indicação e as formalidades dela decorrentes constituem pesado ônus a ser suportado pela pessoa indiciada.

A partir da indicação, a submissão do indiciado à identificação pelo processo dactiloscópico é medida determinada na lei processual penal, com a ressalva modernamente prevista na Constituição Federal.

A questão sempre efervescente de saber se a identificação causa ou não constrangimento tem seu aspecto relevante menos na situação física de sujar as mãos do que na consequente anotação de antecedentes criminais.

Se antecedentes sociais não se confundem com antecedentes criminais, pode-se ter um cidadão de bem contando, eventualmente, com anotação em sua folha penal, ao passo que um contumaz criminoso possua folha imaculada. Aquele, pelas anotações, não pode ausentar-se do distrito

da culpa, notadamente para o exterior, sem autorização especial e expressa; e, em caso de pronúncia em crime da competência do júri, *verbi gratia*, terá sua prisão cautelarmente decretada, a teor do dispositivo do art. 408, § 2º, da lei penal de ritos. Já o delinqüente, enquanto não identificado e sem anotações de antecedentes, estará livre para locomover-se...

A indicição constitui, pois, ato administrativo próprio da autoridade policial. Por isso, deve ser expresso e alicerçado em indícios e não em meras suspeitas. Exige-se, portanto, justa causa para a indicição. O controle da atividade da Polícia Judiciária, no particular aspecto do indiciado, deve ser feito pelo Ministério Público, como *custos legis*.

Intuitivo, portanto que, também no inquérito, haja exigência legal da justa causa para a prática do ato jurídico de indicição do agente da infração penal, consubstanciando-se esta em verdadeiros indícios e não em mera suposição, feita pela autoridade policial.

Se o binômio materialidade/autoria constitui justa causa para o exercício do direito de ação penal, correspondendo ao interesse processual (conforme art. 43, do Código supracitado), no inquérito, o indício de autoria é a justa causa para a indicição.

Como suporte jurisprudencial do acima sustentado, mencionamos dois arestos, transcritos a seguir:

“Se a requisição do Ministério Público, limitando-se a dizer que há crime em tese, mas sem descrever a conduta típica e sem apontar objetivamente o dispositivo legal que a conduta dos agentes teria violado, há que trancar-se o inquérito policial por falta de justa causa ...” (Omissis) - STJ. HC n. 3891/DF, Rel. Ministro Edson Vidigal, DJU, 11:12. 1995. 43234).

“Inquérito policial. Ausência de elementos que liguem o paciente aos fatos. Não pode a denúncia amparar-se em suposições, visto que não existiu vestígio que ligue o paciente aos fatos denunciados. O ato acusatório deve buscar-se pelo menos em indícios, no que concerne à autoria.” (TJPN, Revista Forense, v. 259, p. 273.)

1.5 Controle Externo da Atividade Policial

O constituinte de 1988, no capítulo referente à instituição do Ministério Público, ressaltou, dentre outras, a atribuição de exercer o controle

externo da atividade policial. (art. 129, VII da Constituição da República Federativa do Brasil)

Sobre o assunto, José Frederico Marques (1980) discerniu, no âmbito da Justiça Penal, uma subordinação funcional da Polícia Judiciária ao Ministério Público, derivando-a dos vínculos surgidos da regulamentação do processo penal. Conclui Afrânio Silva Jardim (op. cit.) ser intuitivo que o *Parquet* deve dispor de mecanismos técnico-judiciais que permitam exercer plenamente a sua atribuição-fim, qual seja, a de instaurar a *persecutio criminis in judicio*, não se podendo olvidar deva o órgão ministerial exercer o controle da atividade daquele que lhe municiará com informações capazes de moldar a *opinio delict*.

Assim, se a indicição decorrer de equívoco, de erro grosseiro, de propósitos inconfessáveis (do tipo perseguições de pessoas entre outras), de parte da Polícia Judiciária, cabe ao Ministério Público opor-se a tal prática, promovendo a exclusão da indicição.

Acrescente-se que a indicição não pode ser desfeita pela própria autoridade policial, posto que estaria agindo no sentido do arquivamento implícito da investigação em relação à pessoa indiciada. Ao admitir tal prática, estaria ela (a Polícia Judiciária) contornando o dispositivo do art. 17, do Código Processual Penal, no que veda à polícia arquivar inquérito policial.

Como agiria o Ministério Público, no exercício do controle externo da atividade persecutória da polícia judiciária? A solução será o *Parquet* propor ao juiz a exclusão da indicição, proposta que ficará sujeita ao mecanismo alvitrado no art. 28, do citado código.

Se o juiz concordar e decretar a exclusão, a Polícia Judiciária não mais poderá indiciar a pessoa excluída, enquanto não forem obtidas novas provas indiciantes; e, mesmo assim, deverá contar com a aquiescência prévia do Ministério Público.

Acentue-se que a exclusão da indicição, assim realizada, é mais do que simples arquivamento, embora de natureza semelhante, posto que corresponde a uma desconstituição, a um desfazimento do ato de indiciar, fazendo cessar todos os efeitos deste e desaparecendo com as anotações, registros e procedimentos similares, notadamente no referente a antecedentes criminais.

Diga-se que a hipótese poderá ocorrer inclusive no momento conclusivo da atividade investigatória da polícia judiciária, tanto que o Ministério Público, ao examinar autos de inquérito concluído, se verificar inexistência do menor indício para propor a ação penal e tiver que opinar pelo arqui-

vamento, deverá promover, primeiro, a exclusão da indicição e, depois, o arquivamento dos autos, para que fique desconstituída a indicição e anulados os seus efeitos.

Também interessante é a hipótese de se constatar militar em favor do indiciado uma causa de exclusão de crime, de forma indubitosa, como leciona Weber Martins Batista (1981), na sua magnífica **Liberdade Provisória**, obra com que o autor conquistou a cadeira de Direito Processual Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, “*desde o primeiro momento, a solução correta é (...) o não oferecimento da denúncia contra ele, ou, seu não recebimento pelo juiz, se já oferecida esta*”. Concluimos que, na hipótese, não seria proposto o arquivamento em lugar da denúncia, mas a exclusão da indicição, fazendo desaparecer todos os vestígios do ato da autoridade policial.

Dependendo do estilo, a medida poderá ser embutida no pedido genérico de arquivamento e produz, todavia, os efeitos de desfazimento em relação à pessoa do ex-indiciado.

2. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Derivamos do exposto, como ficou dito na introdução, que, se o Estado é detentor do monopólio das leis e da justiça, suas atividades (mesmo aquelas decorrentes da função administrativa) devem passar necessariamente por um controle de legalidade, notadamente se estiverem em jogo, direitos e garantias fundamentais do ser humano.

Partindo desse princípio e tendo em vista polêmicas na interpretação de normas penais referentes ao indiciamento no inquérito policial, defendemos que:

a) a polícia judiciária só pode indiciar o pretense autor do fato-crime, a partir de verdadeiros indícios e mediante despacho motivado. Note-se que também no inquérito se exige a justa causa para agir, que será em juízo, o suporte maior da demanda;

b) o Ministério Público, no procedimento investigatório desenvolvido pela polícia judiciária, funciona como *custus legis* e, como tal, deve exercer o controle da atividade persecutória, tanto no sentido do princípio da legalidade, como no da garantia dos direitos constitucionais do cidadão;

c) a indicição equivocada, a decorrente de erro grosseiro, de má-fé e distorções similares, deve ser desconstituída, via exclusão, promovida pelo Ministério Público perante o juiz, observando o procedimento alvitrado no art. 28 do Código de Processo Penal, se for o caso;

d) o Ministério Público, ao propor arquivamento de inquérito policial, por absoluta ausência de indício (justa causa) em relação à pessoa indiciada, deverá manifestar-se pela desconstituição da indicição e desfazimento de registros e anotações relativos a antecedentes análogos;

e) a Polícia Judiciária não pode reindiciar a pessoa excluída, enquanto não obtiver novas provas e se não houver aquiescência do Ministério Público;

f) extreme de dúvida, a exclusão da indicição é instituto moderno e de salvaguarda da dignidade da pessoa humana. ◆

RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA E A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA

RODOLFO KRONENBERG HARTMANN
Juiz Federal da 2ª Região

A partir do momento em que se tentou delimitar a abrangência do conceito de crime surgiu, concomitantemente, uma indagação: seria este um conceito certo e estável?¹ Esta resposta, embora ainda seja discutível para muitos, aparenta sinalizar de forma negativa, pois há uma dificuldade muito grande de se estabelecer uma única definição de crime que abrangesse todas as manifestações de comportamento humano.

No Brasil, de um modo geral, adota-se o conceito que define crime como fato típico e ilícito, sendo a culpabilidade considerada como pressuposto de aplicação da pena.² Mas há, porém, um número cada vez maior de doutrinadores que defendem que a culpabilidade integra a definição de crime.³ De qualquer modo, entre ambas as correntes doutrinárias há o consenso de que somente poderá ser aplicada a sanção se o autor tiver atuado, ao menos, com culpa no evento, o que dá margem ao surgimento do princípio da culpabilidade, que deriva da expressão latina *nullum crimen sine culpa*.⁴

¹ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 24.

² Dentre muitos podemos citar JESUS, Damásio E. de. **Direito penal, parte geral**, 1º volume. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 133; LIMA, Marcellus Polastri. **Temas controvertidos de direito penal**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000, p. 145; DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 13.

³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições, a nova parte geral**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p.144; BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 24. Ressalva-se que o Prof. Muñoz Conde, na p. 5 do suplemento em espanhol que integra a presente obra, esclarece que a Espanha adota o conceito quadripartido de crime, ao defini-lo como “*la acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible*”.

⁴ ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general**, tomo 1. Trad. em espanhol Diego-Manuel Lázón Peña. 2ª Ed. Madrid: Editorial Civitas S/A, 1997, p. 793, faz a ressalva de que: “*ningua necesidad preventiva de penalización, por muy grande que sea, puede justificar una sanción penal que contradiga el principio de culpabilidad*”.

Este princípio da culpabilidade atua em dois níveis distintos. No primeiro ao exigir, em relação à tipicidade, que a conduta típica realizada seja pelo menos culposa. Já no segundo, que se refere à culpabilidade, ao determinar que não há delito se o injusto não for reprovável ao autor.⁵ Em consequência, verifica-se a preocupação em se evitar o retorno da temida “responsabilidade objetiva”, tão comum nos dias atuais, sobretudo nas relações jurídicas regidas pelo direito privado, onde é possível se imputar a produção de um resultado fundada na mera causação dele, sem exigir-se que esta causação tenha ocorrido culposa ou dolosamente.

A responsabilidade objetiva teve os seus primórdios na seara penal no século XIII, quando a Igreja passou a punir os indignos diante da mera comprovação de que eles houveram contribuído para a produção de um resultado indesejável.⁶ Embora a primeira vista seja criticável este comportamento, há quem defenda a Igreja da rudeza e dos excessos de crueldade praticados, ante a constatação de que este procedimento, apesar de ser extremamente rigoroso, terminou por contribuir para a disciplina da repressão anticriminal e o fortalecimento da autoridade pública, pelo combate à prática da vingança privada.⁷

Hodiernamente, entretanto, a possibilidade de se punir alguém com base na responsabilidade penal objetiva deve ser evitada, salvo em situações extremíssimas, como, por exemplo, naquela hipótese em que o agente voluntariamente se coloca em estágio de inconsciência para praticar o crime, através da adoção da teoria da *actio libera in causa*.⁸ O que se busca, assim, é preservar a dignidade da pessoa humana, que foi erigida à condição de princípio fundamental⁹ representando o atual epicentro axiológico da ordem constitucional,¹⁰ de onde decorrem o direito da liberdade

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, parte geral**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 1999, pp. 522/523

⁶ TAVARES, Juarez. *Ob. cit.* p. 196.

⁷ BRUNO, Aníbal. **Direito penal, parte geral**, tomo nº 1. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 86.

⁸ Não é objeto deste estudo se aprofundar na teoria da *actio libera in causa*. Sobre o tema recomenda-se a leitura de BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Ob. cit.* p. 364, onde consta: “*La actio libera in causa constituye, sin embargo, una excepción a este principio. En este caso se considera también imputable al sujeto que al tiempo de cometer sus actos no lo era, pero sí en el momento em que ideó cometerlos o puso en marcha el proceso causal que desembocó en la acción típica*”.

⁹ Art. 1º, inciso III, da Constituição do Brasil.

¹⁰ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002, p. 59.

e o princípio da culpabilidade.¹¹ Por esta razão é que existem aqueles que formulam severas críticas contra os denominados crimes qualificados pelo resultado, já que estes delitos estariam, em última análise, “dando sopro de vida a esqueletos tradicionais”, ou, em outras palavras, fazendo ressurgir a malfadada responsabilidade objetiva, ao permitirem a punição do agente em decorrência da mera causação de um resultado mais grave, sem que ele tenha intervindo com dolo ou culpa.¹²

Esta questão, envolvendo os crimes qualificados pelo resultado, não é totalmente pacífica, já que existem opositores da tese acima que pugnam pela validade destes delitos, face a argumentação de que não há impedimentos para que a lei penalize, de forma mais rigorosa, àquele que, culposamente, realizou resultado mais grave do que o inicialmente previsto.¹³ Contudo, este discurso criminalizador, arraigado no velho princípio do *versari in re illicita*, de onde se extrai a máxima “aquele que quis a causa quis o efeito”,¹⁴ nada mais é do que uma tentativa de reviver a responsabilidade penal objetiva, que, como já visto, não se coaduna mais com o texto constitucional do Brasil.

Outrossim, é importante frisar que se verifica, na prática forense, uma tendência a se confundir a responsabilidade penal objetiva com a presunção de violência nos crimes contra os costumes praticados contra menor de 14 anos. É com o que se depara, por exemplo, na ementa do Recurso Especial nº 46.424-2 RO, em que foi Relator o Prof. Luiz Vicente Cernicchiaro, até então Ministro integrante da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, de onde constou:

RESP – PENAL – ESTUPRO – PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA – O direito penal moderno é o direito penal da culpa. Não se prescinde do elemento subjetivo. Intoleráveis a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato de outrem. [...] Fato não se presume. Existe

¹¹ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. “Princípio da legalidade penal”. 1ª Ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1994, p. 139.

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Ob. cit.* p. 525, esclarecem que esta questão não tem relevância para o Direito Penal brasileiro, ante a verificação de que, em nossa legislação, não há qualquer hipótese típica em que a produção do resultado não seja alcançada ao menos por culpa.

¹³ É a posição, dentre outros, do Prof. Gunther Jakobs, conforme se verifica em TAVARES, Juarez. *Ob. cit.* p. 195.

¹⁴ ROXIN, Claus. *Ob. cit.* p. 335, esclarece que: “*historicamente, los delitos cualificados por el resultado proceden de la teoría, elaborada en el Derecho canónico, del llamado versari in re illicita (= encontrarse dentro de un asunto ilícito), conforme a la cual cualquier persona responderá, aunque no tenga culpa, de todas las consecuencias que se deriven de su acción prohibida*”.

*ou não existe. O direito penal da culpa é inconciliável com presunções de fato. [...] Não se pode, entretanto, punir alguém por crime não cometido. [...] Inconstitucionalidade de qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva.*¹⁵

Este raciocínio parte de uma premissa equivocada pois, em nenhum momento no julgado acima descrito, houve a dispensa da comprovação de que o agente tivesse contribuído para o evento ao menos de forma culposa. Em realidade, o que surgiu foi somente uma presunção de violência do ato, decorrente da incapacidade do menor em consentir a prática de atos sexuais, e não uma presunção da culpabilidade do autor, como é sustentado por estes doutrinadores. Vale dizer que este segundo entendimento é endossado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se pode depreender da ementa abaixo transcrita:

*Crimes sexuais mediante violência ou grave ameaça (C. Pen., arts. 213 e 214): presunção de violência, se a vítima não é maior de 14 anos (C. Pen., art. 224, a): caráter absoluto da presunção, que não é inconstitucional, visto não se tratar de presunção de culpabilidade do agente, mas de afirmação da incapacidade absoluta de menor de até 14 anos para consentir na prática sexual: análise da jurisprudência do STF - após a decisão isolada do HC 73.662, em sentido contrário - conforme julgados posteriores de ambas as Turmas (HC 74286, 1ª T., 22.10.96, Sanches, RTJ 163/291; HC 75608, 10.02.98, Jobim, DJ 27.03.98): orientação jurisprudencial, entretanto, que não elide a exigência, nos crimes referidos, do dolo do sujeito ativo, erro justificado quanto à idade da vítima pode excluir.*¹⁶ (grifos nossos).

Desta forma, demonstrando o agente que não é culpável, em decorrência da existência de alguma excludente de culpabilidade, não poderá ele ser punido, pois, do contrário, haveria violação ao princípio da culpabilidade, ao se admitir na seara penal esta hipótese de responsabilidade objetiva.¹⁷ Contudo, o grande questionamento que permanece sem resposta é: seria

¹⁵ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Questões Penais**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 269/270.

¹⁶ *Habeas Corpus* nº 1268 / DF, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento: 16/10/2001 - Primeira Turma, STF.

¹⁷ É importante frisar que, quando o autor do fato se equivocar em relação a idade da vítima, não estaremos diante de uma excludente de culpabilidade, mas sim de uma causa que exclui a própria tipicidade do ato, se ficar demonstrado que o agente atuou sob erro de tipo invencível (art. 20, do Código Penal

compatível com a atual ordem constitucional o surgimento de uma presunção *iure et de iure* de violência desfavorável ao acusado? A resposta só pode ser negativa, em razão dos seguintes argumentos:

*A sanção penal surge como a medida repressiva mais rigorosa como resposta do Estado àqueles que praticaram atos cuja magnitude colocam em risco a convivência social. Esta punição, no entanto, por importar muitas vezes em restrição ao direito fundamental de liberdade, assegurado no art. 5º, caput, da Constituição brasileira, somente poderá ser determinada quando existirem provas cabais de que o agente tenha, de fato, contribuído para o evento danoso, pois, do contrário, se torna imperiosa a sua absolvição, em homenagem ao princípio da presunção de inocência, que também possui previsão constitucional (art. 5º, inciso LVII). Em conseqüência, se verifica que o valor contido nesta norma da Constituição foi a proteção do status natural do homem, desta sua faculdade de agir e decidir de acordo com a sua própria determinação, que muitos denominam simplesmente de “liberdade”.*¹⁸

Por outro lado, também se verifica que a norma contida no art. 224, alínea *a*, do Código Penal brasileiro, procura preservar um determinado valor, que é a proteção aos menores de 14 anos, o que dá ensejo ao surgimento de um conflito entre estes dois valores protegidos. A doutrina, visando solucionar esta situação, vem entendendo que o intérprete deverá se valer de um critério de ponderação de bens, uma vez que não é possível a aplicação dos mesmos critérios para a superação de antinomias entre as regras jurídicas.¹⁹ Sobre esta técnica de ponderação, assim se manifestou o Prof. Luis Roberto Barroso:

“... a Constituição revela diversos pontos de tensão normativa, isto é, de proposições que consagram valores e bens jurídicos que

brasileiro), que elimina o dolo da conduta. Idem em relação ao erro de tipo vencível, onde também não haverá punição, em razão do princípio da excepcionalidade do crime culposos, por não ser possível a prática de crime contra os costumes na modalidade culposa.

¹⁸ Dicionário Aurélio Eletrônico, v. 2.0.

¹⁹ No tocante às regras, utilizam-se o critérios da hierarquia, cronologia e da especialidade, que implicam na completa exclusão de uma delas. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7ª ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1996, p. 92 e seguintes.

*se contrapõem e que devem ser harmonizados pelo intérprete (...) a doutrina mais tradicional divulga como mecanismo adequado à solução de tensões entre normas a chamada ponderação de bens ou de valores. Trata-se de uma linha de raciocínio que procura identificar o bem jurídico por cada uma delas, associá-lo a um determinado valor; isto é, ao princípio constitucional ao qual se reconduz, para, então, traçar o âmbito de incidência de cada norma. Os conflitos somente se podem resolver na medida em que se chega à conclusão de que dispositivo constitucional é a que tem mais peso para a questão que vai se decidir em concreto.*²⁰

Diante disto, se constata que é somente a análise dos valores protegidos que determinará qual o bem jurídico tutelado que deverá ser o prevalente no caso concreto.²¹ Logo, a conclusão a que se chega é a de que é até mesmo recomendável que exista esta presunção de violência nos crimes contra os costumes praticados contra menores de 14 anos. No entanto, esta mesma suposição deve ser relativizada, devendo se admitir que o acusado possa demonstrar que não submeteu a vítima a nenhum constrangimento físico ou moral, pois, do contrário, haveria um risco muito grave a sua liberdade em decorrência da impossibilidade de defesa desta presunção absoluta, o que não se coaduna com a atual diretriz da Constituição brasileira.

Em consequência, o que se verifica é que a responsabilidade penal objetiva não se confunde jamais com a presunção de violência em determinados crimes, por não decorrer necessariamente da existência desta última. Desta forma, é correto considerar que a responsabilidade objetiva é terminantemente coibida, ao passo em que a presunção de violência pode ou não existir, dependendo da análise das circunstâncias fáticas envolvidas no evento.

Com esta afirmação se encerra o presente estudo, que muito embora seja extremamente sucinto, tem o escopo de tentar contribuir para o debate sobre estas intrincadas questões do Direito Penal brasileiro. ◆

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 190.

²¹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação, uma contribuição ao estudo do Direito**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 270, ressalva a importância da teoria da argumentação na fixação destes valores, ao mencionar em sua obra, de forma absolutamente correta, que este “ajuste de valores [...] depende de uma instância argumentativa que tem sido negligenciada”.

A MORALIDADE ADMINISTRATIVA E SUA DENSIFICAÇÃO

EMERSON GARCIA

Promotor de Justiça no Rio de Janeiro

I. PROÊMIO

Qualquer que seja a ideologia seguida, é tarefa assaz difícil combater a idéia de que o elemento moral é um componente indissociável da coexistência humana. Identificar seu alcance e sua esfera de interpenetração com o direito é tarefa extremamente delicada e envolta em atmosfera de grande risco. A justificativa, por sua vez, é tão simples quanto a conclusão: a noção de moral veicula conceito dotado de grande fluidez e imprecisão, exigindo a convergência de múltiplos fatores exógenos para a sua densificação. Dificuldade à parte, a identificação do real alcance da regra moral nos permitirá uma contínua valoração e adequação dos valores subjacentes a determinado grupamento, contribuindo para a preservação da harmonia nas relações intersubjetivas.

O presente escrito, que percorre caminhos já trilhados por penas ilustres e indubitavelmente mais talentosas, busca explorar a grande potencialidade do princípio da moralidade para a efetivação do ideal democrático, o que se dará a partir da demonstração de que a densificação de seu conteúdo nada mais é do que o resultado da extração do sumo de toda a normatização regente da atividade estatal. Com isto, confere-se-lhe uma expressão multifacetária que melhor se adequará aos constantes influxos sociais, permitindo uma contínua aferição da legitimidade dos atos daqueles que administram o patrimônio alheio, pois não cabe ao administrador público outra postura senão satisfazer os interesses do verdadeiro detentor do poder: o povo.

Exposto o objetivo, resta-nos indicar os meios que serão utilizados para a sua consecução.

Situando-se a perspectiva de estudo sob uma ótica principiológica, é imperativo que sejam tecidas breves considerações sobre o método a ser utilizado para a individualização dos princípios, prosseguindo-se com a

demonstração de seu caráter normativo, o que é reflexo do aperfeiçoamento do positivismo de outrora, época em que norma e regra eram designativos de objetos idênticos e que preenchiam todo o espaço deixado para a atividade de criação do direito. Hodiernamente, a norma é identificada como o gênero do qual defluem duas espécies: a regra e o princípio - ambos dotados de conteúdo axiológico similar e que diferem a partir de seus graus de abstração e generalidade.

Concebido o princípio como norma, torna-se cogente que o administrador público a ele renda obediência. Estabelecida esta premissa, buscamos densificar o conteúdo do princípio da moralidade administrativa, o qual é um *standard* de conduta informado pelos valores retirados das demais normas regentes da atividade estatal.

II. INTRODUÇÃO

1. Princípios. Aspectos Gerais. Tradicionalmente, os princípios vêm sendo estudados pela Teoria Geral do Direito, seara em que assumem grande importância na atividade de aplicação da norma, atuando como verdadeiros mecanismos de interpretação e integração desta. Em sua acepção clássica, de alicerce *jusnaturalista*, os princípios seriam proposições supremas, de natureza universal e necessária, próprios da razão humana e cuja observância independe do poder de coerção próprio da criação legislativa. Para o direito natural, os princípios são extraídos da natureza humana, sendo informados por elementos racionais, de consciência e pela interação do homem com o ambiente.

Para os *positivistas*, que encontram na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen a sua pedra fundamental, os princípios, em essência, são proposições básicas, verdadeiros alicerces do sistema jurídico, sendo utilizados para limitar e direcionar sua aplicação. Podem ser explícitos ou implícitos, conforme estejam expressamente previstos no direito positivo ou dele sejam extraídos com a utilização de um processo hermenêutico, o que permitirá que sejam aclarados e declarados pelo intérprete. A identificação dos princípios não prescinde da norma, antes se apresentam como o alicerce fundamental que a sustenta e que deflui de sua estrutura. É neste sentido que se fala em princípios gerais de Direito, ou, como preferem os italianos, em princípios gerais do ordenamento jurídico, nomenclatura esta que torna mais clara sua origem, associando-os aos princípios implícitos.

O instrumento utilizado para a identificação dos princípios que integram o alicerce de um sistema jurídico é o processo lógico-indutivo, o qual possibilita que o estudo de preceptivos específicos conduza à densificação dos princípios gerais que os informam. Assim, parte-se do particular para o geral, com a conseqüente formação de círculos concêntricos - em nítida progressão dos graus de generalidade e abstração - que conduzirão à identificação da esfera principiológica em que se encontram inseridos os institutos e, no grau máximo de generalidade, o próprio sistema jurídico. A própria compreensão das regras específicas encontra-se condicionada à identificação e análise dos princípios extraídos do sistema em que estão inseridas, o que garantirá a harmonia entre este e as partes que o integram. A partir desse método de generalização crescente, o operador do direito será conduzido à identificação dos princípios específicos norteadores de determinado instituto, bem como aos princípios que informam certo ramo da ciência jurídica e, ulteriormente, àqueles que alicerçam o sistema jurídico em sua integridade. Como se vê, esse prisma de análise se distingue daquele que é encampado pelos léxicos, onde o princípio é concebido como uma “proposição que se põe, no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável”. Aqui, o princípio é o elemento deflagrador de todo o sistema, enquanto lá o princípio é extraído do sistema.

À luz do exposto, vê-se que os princípios podem ter sua origem no ordenamento jurídico, sendo explícitos ou implícitos, conforme encontrem previsão expressa no direito positivo ou, apesar de não terem sido expressamente previstos, defluam do sistema - neste último caso, tem-se os denominados princípios gerais de direito.

Extra-sistêmicos, por sua vez, são os princípios associados à concepção de *direito justo*, própria do *jusnaturalismo*, não possuindo grande aceitação ante a sua extrema volatilidade. Apesar disto, deve-se frisar que essa assertiva não deve ser confundida com uma plena aceitação da *concepção positivista*, que veda ao intérprete qualquer consideração de ordem axiológica e limita sua atividade a uma operação de subsunção do fato à norma. A própria incompletude do ordenamento jurídico, de tendência crescente ante a impossibilidade de imediata adequação da norma aos influxos sociais, torna inevitável que o operador do direito venha a sopesar os valores comuns a determinado grupamento com o fim de integrar as lacunas normativas, o que maximiza o papel dos princípios.

2. *O Caráter Normativo dos Princípios*. Em sua gênese, conforme a doutrina tradicional, as normas se confundiam com as regras de conduta que veiculavam, sendo os princípios utilizados, primordialmente, como instrumentos de interpretação e integração daquelas. Hodiernamente, tem-se um período pós-positivista, em que os princípios deixaram de ser meros complementos das regras, passando a ser vistos como formas de expressão da própria norma, a qual é subdividida em regras e princípios. Na lição de Jorge Miranda, “os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo); também eles - numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais - fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão-somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e normas-disposições”.

Aqueles que se opõem ao caráter normativo dos princípios normalmente acenam com sua maior abstração e com a ausência de indicação dos pressupostos fáticos que delimitarão a sua aplicação, o que denota uma diferença substancial em relação às normas, as quais veiculam prescrições dotadas de maior determinabilidade, permitindo a imediata identificação das situações, fáticas ou jurídicas, por elas reguladas. Em nosso entender, tais elementos não são aptos a estabelecer uma distinção profunda o suficiente para dissolver a relação de continência existente entre normas e princípios, figurando estes como espécies daquelas. Inicialmente, deve-se dizer que o maior ou o menor grau de generalidade existente em duas normas, a exemplo do maior ou do menor campo de aplicação, é parâmetro incapaz de estabelecer diferenças de ordem ontológica entre as mesmas. Os princípios, a exemplo das regras, carregam consigo acentuado grau de imperatividade, exigindo a necessária conformação de qualquer conduta aos seus ditames, o que denota o seu caráter normativo. Sendo cogente a observância dos princípios, qualquer ato que deles destoe será inválido, conseqüência esta que representa a sanção para a inobservância de um padrão normativo cuja observância é obrigatória. Em razão de seu maior grau de generalidade, os princípios veiculam diretivas comportamentais que devem ser aplicadas em conjunto com as regras sempre que for identificada uma hipótese que o exija, o que, a um só tempo, acarreta um dever positivo para o agente - o qual deve ter seu atuar direcionado à consecução dos valores que integram o princípio - e um dever negativo, consistente na interdição da prática de qualquer ato que se afaste de tais valores.

Discorrendo sobre o tema, Norberto Bobbio afirma que “os princípios são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha a questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim, não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê porque não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?”.

De forma correlata à evolução dogmática que terminou por delinear a relação de continência existente entre as normas e os princípios, resta identificar os elementos que os distinguem das regras. Trata-se de conseqüência lógica dos argumentos expostos no item precedente, pois, fossem regras e princípios designativos de objetos idênticos, certamente dispensável seria uma classificação dicotômica, bastando falar em normas jurídicas.

Não obstante a evolução, ainda não se chegou a um consenso quanto à identificação da linha limítrofe que separa as regras dos princípios, vale dizer, quando determinada disposição consubstanciará uma regra ou quando deve ser concebida como um princípio.

As concepções doutrinárias podem ser subdivididas, basicamente, em duas posições: de acordo com a primeira, denominada de *concepção débil dos princípios*, a distinção para com as regras é quantitativa, ou de grau; enquanto a segunda, intitulada de *concepção forte dos princípios*, sustenta que a diferença é qualitativa.

A *concepção débil de princípios* está vinculada a uma visão positivista do Direito, não visualizando uma distinção substancial em relação às regras, mas, unicamente, uma maior generalidade e abstração, o que conduz os princípios à condição de normas fundamentais do sistema e lhes confere um grande valor hermenêutico, sem aptidão, contudo, para fornecer uma unidade de solução no caso concreto.

A *concepção forte de princípios* identifica distinções sob os aspectos lógico e qualitativo, o que individualiza os princípios como normas jurídicas que se diferenciam das regras em razão de sua composição estrutural. A imperatividade da ordem jurídica não se esgotaria na previsão explícita das regras jurídicas, estendendo-se aos valores consubstanciados nos princípios. Ante o prestígio auferido por esta concepção, para a qual converge a grande maioria dos estudos contemporâneos, teceremos breves considerações a respeito de dois de seus maiores expoentes.

Para Dworkin, um dos maiores cultores da metodologia jurídica contemporânea, os princípios se distanciam das regras na medida em que permitem uma maior aproximação entre o direito e os valores sociais, não expressando conseqüências jurídicas que se implementam automaticamente com a simples ocorrência de determinadas condições, o que impede que sejam previstas, *a priori*, todas as suas formas de aplicação. A efetividade dos princípios não é resultado de uma operação meramente formal e alheia a considerações de ordem moral. Os princípios terminam por indicar determinada direção, mas não impõem uma solução em particular.

A distinção lógica entre regras e princípios é evidenciada por Dworkin ao dizer que “ambos estabelecem *standards* que apontam para decisões particulares sobre obrigações jurídicas em circunstâncias determinadas, mas distinguem-se quanto ao caráter de direção que estabelecem. *Regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada*. Se ocorrem os fatos estipulados pela regra, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que fornece deve ser aceita, ou não é, caso em que em nada contribui para a decisão”. Dessa distinção deflui que os princípios possuem uma dimensão de peso, o que influirá na solução dos conflitos, permitindo a identificação daquele que irá preponderar. Quanto às regras, por não apresentarem uma dimensão de peso, a colisão entre elas será resolvida pelo prisma da validade, operação que será direcionada pelos critérios fornecidos pelo próprio ordenamento jurídico - critério hierárquico (*lex superior derogat inferiori*), critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) e critério da especialidade (*lex specialis derogat generali*).

Segundo Robert Alexy, enquanto as regras impõem determinado padrão de conduta, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, ordenando que algo seja realizado na melhor medida possível, podendo ser cumpridos em diferentes graus, sendo que a medida de seu cumprimento dependerá tanto das possibilidades reais como também das jurí-

dicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. Além de encerrarem *comandos de otimização* que variarão consoante as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes por ocasião de sua aplicação, os princípios apresentam peculiaridades em relação às regras.

Para o jurista alemão, os princípios convivem harmonicamente, o que permite a sua coexistência e que, em caso de conflito, um deles seja preponderantemente aplicado ao caso concreto, a partir da identificação de seu peso e da ponderação de outros princípios, conforme as circunstâncias em que esteja envolto. O conflito entre regras, por sua vez, será solucionado com a introdução de critérios de especialidade entre elas ou com o reconhecimento da invalidade de uma ou de algumas das regras confrontadas, permitindo que seja identificada aquela que regulará a situação concreta. Aqui, diferentemente do que ocorre com os princípios, não se tem um exercício de ponderação, mas uma forma de exclusão, sendo cogente a aplicação da regra ao caso. *Enquanto os conflitos entre regras são dirimidos na dimensão da validade, os conflitos entre princípios o são na dimensão do peso*. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível, o que significa que a diferença entre regras e princípios, espécies do gênero norma jurídica, é qualitativa e não de grau.

Após essa sintética abordagem das doutrinas de Dworkin e de Alexy, constata-se que a distinção existente entre regras e princípios é melhor identificada a partir da visualização da espécie de solução exigida para os casos de colisão, o que nos leva a encampar a *concepção forte dos princípios*.

É de se notar, ainda, que a regra é um tipo de norma que, presentes ou pressupostos autorizadores de sua aplicação, regerá determinada situação fática ou jurídica, de forma incontestável e definitiva. Princípio, por sua vez, é um tipo de norma cujos pressupostos autorizadores de sua aplicação não assumem contornos precisos, o que lhe confere maior imprecisão e menor determinabilidade, fazendo com que atue como meio de otimização de certo comportamento, impregnando-o com os valores extraídos das possibilidades fáticas e jurídicas do caso.

Na dogmática contemporânea, os princípios podem assumir diversas funções. No que diz respeito ao objetivo específico deste escrito, podem assumir uma função explicativa, permitindo a identificação da *mens legis* e sua contínua adequação aos valores socioculturais existentes por ocasião de sua aplicação, ou uma função normativa, tornando cogente que os fatos, simultaneamente, sejam valorados em conformidade com as regras e os

princípios que lhes são subjacentes.

A adoção dos princípios tornará a norma mais fluida e indeterminada, pois revestem-se de um grau de abstração e generalidade mais acentuado do que as regras; por outro lado, a menor determinabilidade do campo de aplicação da norma será compensada com uma adequação mais célere aos valores que disciplina, o que também exige maior responsabilidade do operador do direito ao sopesar sua axiologia e densificar seu conteúdo. De forma sintética, pode-se dizer que a aplicação das regras se esgota em uma operação de subsunção, enquanto que os princípios possibilitam um exercício de ponderação, permitindo que sejam sopesados os valores que informam determinada situação fática, culminando com a identificação da solução justa para o caso concreto.

Os princípios incidirão diretamente sobre a esfera de determinado bem jurídico, permitindo a integração da regra, aclarando o seu significado lingüístico e delimitando o seu objeto. É nesse sentido que avulta a importância dos princípios para o desenvolvimento deste estudo, pois, como será visto, o Poder Público deve sempre atuar em conformidade com a norma, e esta é integrada por regras e princípios, o que permite dizer que a imperatividade destes elementos, cada qual com seu grau de determinabilidade, haverá de ser observada pelo agente. Além dessa função normativa, a concreção da regra, delineada e limitada pelos princípios, terminará por indicar a *otimização*, e conseqüente correção, do comportamento do agente público. Em uma palavra, sua proibidade.

Segundo Canotilho, que sintetiza as teorias existentes, vários são os critérios sugeridos para a distinção entre regras e princípios, destacando-se os seguintes:

“Grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.

Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto; os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? Do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.

Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema

das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).

Proximidade da idéia de direito: *os princípios são ‘standards’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘idéia de direito’ (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.*

Natureza normogenética: *os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a **ratio** de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.”*

3. *Princípio da Juridicidade.* Pouco a pouco, os princípios regentes da atividade estatal foram erguidos aos estamentos mais elevados do ordenamento jurídico, sempre buscando manter o Estado adstrito às suas finalidades institucionais e garantir a estrita observância das liberdades públicas, com o conseqüente aumento da segurança dos administrados.

Ao atingirem o ápice da pirâmide normativa, foi inevitável a constatação de que o princípio da legalidade deixou de ser o único elemento de legitimação e limitação da atividade estatal, isto porque dele não mais defluía a totalidade das regras e princípios que a norteavam; pelo contrário, passaram a coexistir lado a lado. Com a constitucionalização dos princípios, a concepção de legalidade cedeu lugar à noção de juridicidade, segundo a qual a atuação do Estado deve estar em harmonia com o Direito, afastando a noção de legalidade estrita - com contornos superpostos à regra - passando a compreender regras e princípios.

Essa evolução dogmática está estritamente vinculada à própria concepção de Estado de Direito, o qual, segundo Canotilho, “visa conformar as estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a *medida do direito*”, acrescentando que “o direito compreende-se como um *meio de ordenação* racional e vinculativa de uma comunidade organizada e, para cumprir esta função ordenadora, o direito estabelece *regras e medidas*, prescreve *formas e procedimentos* e cria instituições”. O princípio da legalidade passou a ser visto como integrante de um princípio maior: o princípio da juridicidade. Com isto, consagra-se a inevitável tendência de substituição do princípio da legalidade pelo princípio da constitucionalidade, do “direito por regras” pelo “direito por princípios”.

Como observou Germana de Oliveira Moraes, “a noção de legalidade reduz-se ao seu sentido estrito de conformidade dos atos com as leis, ou seja, com as regras - normas em sentido estrito. A noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe - não contrarie - os princípios gerais de Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição”. Como exemplo desta tendência, pode ser citada a declaração constitucional da Lei Fundamental de Bonn, cujo art. 20 estatui que tanto o Poder Executivo como os Tribunais estão vinculados *an Gesetz und Recht* (à Lei e ao Direito). Em que pese o fato de o princípio da moralidade ser um dos vetores básicos da proibidade administrativa, afigura-se evidente que tal princípio está abrangido por uma epígrafe mais ampla, sob a qual se encontram aglutinados todos os princípios regentes da atividade estatal, papel que é desempenhado pelo princípio da juridicidade.

No caso específico do Direito Administrativo, objeto principal deste escrito, afora os princípios que defluem do sistema (implícitos), preocupou-se o Constituinte em estatuir, de forma expressa, aqueles que deveriam ser necessariamente observados pelos agentes públicos. Nesta linha, dispõe o art. 37, *caput*, da Constituição da República: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e, também, ao seguinte: ...” Como se constata pela leitura do texto constitucional, os princípios enumerados no art. 37 devem ser observados pelos agentes de *todos* os Poderes, não estando sua aplicação adstrita ao Poder Executivo, o qual desempenha funções de natureza eminentemente administrativa.

Não obstante o extenso rol de princípios, expressos ou implícitos, que norteiam a atividade do agente público, entendemos que merece maior realce o princípio da moralidade, o qual aglutina as características do bom administrador, do agente probo cuja atividade se encontra sempre direcionada à consecução do interesse público.

III. A MORALIDADE ADMINISTRATIVA E SUA DENSIFICAÇÃO

1. *Princípio da Moralidade Administrativa. Intróito.* Moral, como se sabe, é algo mais fácil de ser sentido do que propriamente definido. Trata-se de conceito eminentemente variável, sofrendo acréscimos, ajustes e supressões em conformidade com os critérios de ordem sociológica vigentes no

meio em que se desenvolverá a sua análise; critérios estes que variarão em conformidade com os costumes e os padrões de conduta delimitadores do alicerce ético do grupamento. Moral, por conseguinte, é noção de natureza universal, apresentando conteúdo compatível com o tempo, o local e os mentores de sua concepção.

Com o evoluir das relações sociais e a paulatina harmonização dos interesses do grupamento, foi inevitável a formulação de conceitos abstratos, os quais condensam, de forma sintética, a experiência auferida com a convivência social, terminando por estabelecer concepções dotadas de certa estabilidade e com ampla aceitação entre todos, o que contribui para a manutenção do bem estar geral. A moral representa o elemento aglutinador de tais concepções, podendo ser concebida como o conjunto de valores comuns entre os membros da coletividade em determinada época, ou, sob uma ótica restritiva, o manancial de valores que informam o atuar do indivíduo, estabelecendo os seus deveres para consigo e sua própria consciência sobre o bem e o mal. No primeiro caso, conforme a distinção realizada pelo filósofo Bergson, tem-se o que se convencionou chamar de moral fechada, e, no segundo, a moral aberta.

As relações do Direito com a moral são tão antigas quanto polêmicas. Diogo Figueiredo Moreira Neto noticia que “no estudo dessas relações, desde logo encontramos o magno problema da distinção entre os dois campos, da Moral e do Direito, e, destacadamente, duas geniais formulações: primeiro, no início do século XVIII, de Cristian Thommasius, e, depois, já no fim desse mesmo século, de Immanuel Kant. Thommasius delimitou as três disciplinas da conduta humana: a Moral (caracterizada pela idéia do *honestum*), a Política (caracterizada pela idéia do *decorum*) e o Direito (caracterizado pela idéia do *iustum*), para demonstrar que os deveres morais são do ‘foro interno’ e insujeitáveis, portanto, à coerção, enquanto os deveres jurídicos são externos e, por isso, coercíveis. Immanuel Kant, sem, de todo, abandonar essa linha, ao dividir a metafísica dos costumes em dois campos, distinguiu o da *teoria do direito* e o da *teoria da virtude* (Moral); as regras morais visam a garantir a liberdade interna dos indivíduos, ao passo que as regras jurídicas asseguram-lhes a liberdade externa na convivência social.”

A partir dos sentimentos auferidos no campo moral, é possível delinear e nortear a regra de direito. Com a moral, tornou-se possível identificar e proteger os que estão de boa-fé e, na outra vertente, castigar os que agem com malícia e perseguem a fraude. Apesar disto, observa-se que

nem sempre a moral se exterioriza como mero elemento “propedêutico” da ciência jurídica. Não raras vezes, a regra moral penetra no mundo jurídico e, com o auxílio do poder de coerção estatal, torna-se uma regra obrigatória de conduta. Nas percucientes palavras de Georges Ripert, “o dever de não fazer mal injustamente aos outros é o fundamento do princípio da responsabilidade civil; o dever de se não enriquecer à custa dos outros, a fonte da ação do enriquecimento sem causa; o dever de prestar assistência ao próximo poderá chegar à consagração legal?” Por certo, uma resposta positiva a este questionamento, pouco a pouco, vai-se delineando. À guisa de ilustração, pode ser mencionado o preceito constitucional que impõe à sociedade o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação etc. Não seria este um caminho adequado a uma larga interpenetração da moral na regra de direito e, conseqüentemente, uma forma de construção de “uma sociedade livre, justa e solidária”?

A presença da moral sempre se fará sentir na regra de direito, quer seja quando toma a própria forma desta, ou mesmo quando forneça o colorido da realidade social que haverá de ser regida pela norma de conduta, permitindo a sua integração e a consecução do tão sonhado ideal de justiça. Em que pese inexistir uma superposição total entre a regra de direito e a regra moral, em essência, não há uma diferença de domínio, de natureza e de fim entre elas; nem pode existir, porque o direito deve realizar a justiça, e a idéia de justo é uma idéia moral.

Identificada a existência de um regramento moral e outro jurídico, a observância deste será tanto mais forte quanto for sua superfície de coincidência com os padrões de moralidade do grupamento que haverá de ser por ele regido. Correspondendo ao ideal moral, a norma será respeitada de forma voluntária, tendo-se um reduzido número de irresignações. Colidindo com os padrões de moralidade, haverá grande resistência na sua observância, o que comprometerá os próprios fins almejados com a sua edição, culminando com uma instabilidade social - situação que persistirá até que a norma consiga subjugar os ideais preexistentes, vindo a criar outros à sua imagem e semelhança.

2. *A Moral no Direito Privado.* Foi no âmbito do Direito Civil que a regra moral primeiramente se fez sentir, rompendo com os dogmas da onipotência do princípio da legalidade. Paulo já dissera que nem todo ato que respeita a lei está em harmonia com a moral: “*non omne quod licet*

honestum est”.

A maior maleabilidade da regra moral permite um acompanhamento mais célere dos influxos sociais, tornando-se indispensável à efetivação do ideal de justiça, o qual, em determinados casos, não é passível de ser alcançado pelo engessamento normativo. Tal pode ser percebido com a contínua remissão legislativa à idéia de *bons costumes*, expressão que carrega consigo indubitosa carga moral.

Inicialmente com a teoria do exercício abusivo dos direitos e posteriormente com as doutrinas que impunham vedações ao enriquecimento ilícito e legitimavam a obrigação natural, sempre se buscou envolver a regra jurídica em uma atmosfera axiológica própria das regras de coexistência humana.

O impacto inicial desta nova variante, que orientaria e condicionaria a aplicação da regra jurídica, foi pouco a pouco diluído, resultando em uma ampla compreensão de sua importância, o que terminou por fazer que a regra moral migrasse para outros ramos do Direito, em especial para o Direito Público.

3. *A Moral no Direito Administrativo e seu Alicerce Dogmático.* Deve-se a Maurice Hauriou o pioneirismo na idealização e no estudo da moralidade administrativa, iniciativa esta que cresce em relevância quando se constata que o seu desenvolvimento se deu no ápice do positivismo jurídico, o que representava importante óbice aos mecanismos de contenção da atividade estatal que não se reduzissem a um mero preceito normativo.

Em seu **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**, Hauriou sustenta que “o recurso por excesso de poder é uma via de nulidade que outorga ao Conselho de Estado o poder de anular uma decisão executória, se ela contém um excesso de poder formal da autoridade que tomou a decisão (incompetência, violação das formas, desvio de poder, violação da lei), e que, por ele mesmo, tende a impedir o procedimento executório de ação direta”, esclarecendo posteriormente que a irrisignação por violação da lei somente tem sido anexada ao recurso por excesso de poder de uma forma artificial, pois, enquanto os limites deste devem ser fruto de uma disciplina interna, resultando do próprio equilíbrio interior do órgão, em matéria de legalidade se tem um limite exterior ao poder administrativo, imposto pelo Legislador.

Esse tipo de recurso criou a possibilidade de se penetrar em regiões novas, à medida que o próprio Conselho de Estado desejasse expandi-las, sendo talvez este um dos argumentos utilizados para se impor maior resistência a essa doutrina.

Hauriou captara e desenvolvera a idéia de que o Estado não é um fim em si mesmo, mas, sim, um instrumento utilizado em prol do interesse público, o que exigia a construção de mecanismos que o mantivessem adstrito a este fim, tendo concluído, a partir das decisões do Conselho de Estado, “que os poderes da administração têm um certo objetivo ou que os atos da Administração têm uma certa causa final que é o interesse público ou a boa administração, e que se o administrador, no lugar de agir dentro do interesse geral, tomou sua decisão, seja sob influência de um interesse particular a satisfazer, seja mesmo sob a influência de um interesse fiscal, há um desvio de poder e o ato deve ser anulado”.

Em seguida, distingue os recursos por *détournement de pouvoir* e por *violation de la loi*, esclarecendo que eles “visam a conformidade da ação administrativa, seja com o objetivo da boa administração (desvio de poder), seja com as prescrições da legalidade (violação da lei)”. Buscando estabelecer parâmetros adequados para a individualização do desvio de poder, conclui que este “não se reduz à legalidade, como se tem dito, pois o objetivo da função administrativa é determinado muito menos pela lei que pela moralidade administrativa”.

Não obstante a sementeira do princípio, somente na 10ª edição de seu **Précis**, conforme noticia Antônio José Brandão, Hauriou indicou o que entendia por moralidade administrativa, tendo cunhado o conceito hoje plenamente difundido entre os juristas pátrios, em que sobreleva a distinção com a moral comum, tratando-se de uma moral jurídica que é caracterizada como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”.

Não é suficiente que o agente permaneça adstrito ao princípio da legalidade, sendo necessário que obedeça à ética administrativa, estabelecendo uma relação de adequação entre seu obrar e a consecução do interesse público. A norma, instituída pelo órgão que detenha tal prerrogativa, delimita as atribuições dos agentes públicos e estatui os meios a serem por eles utilizados para o alcance de determinados fins, denotando seu caráter funcional, como idéia de obra a realizar.

A moral administrativa, por sua vez, é extraída do próprio ambiente institucional, condicionando a utilização dos meios (*rectius*: poderes jurídicos) previstos em lei para o cumprimento da função própria do Poder Público, a criação do bem comum, o que denota um tipo específico de moral fechada, sendo fruto dos valores de um círculo restrito ocupado pelos agen-

tes públicos. Enquanto a moral comum direciona o homem em sua conduta externa, permitindo-lhe distinguir o bem do mal, a moral administrativa o faz em sua conduta interna, a partir das idéias de boa administração e de função administrativa, conforme os princípios que regem a atividade administrativa.

Marcel Waline critica a posição de Hauriou, concluindo que a violação à moralidade administrativa permite sancionar as violações ao espírito da lei que respeitem a letra desta; mas, em verdade, a violação ao espírito da lei ainda é uma violação à lei; logo, o desvio de poder advindo de um ato imoral também é uma forma de ilegalidade. Em verdade, a imoralidade conduziria à ilegalidade, sendo absorvida por esta.

Para Georges Vedel, a exatidão da doutrina de Hauriou não é absoluta, pois o desvio de poder deve ser analisado como uma variação da ilegalidade, situando-se na violação da lei que imponha ao agente a obrigação de perseguir um objetivo determinado com a exclusão de todos os outros. Ressalta, no entanto, que a idéia de Hauriou não deve ser completamente rejeitada, já que o juiz (administrativo), sob o amparo “do espírito” da lei ou sob o amparo dos princípios gerais de direito, pode integrar as diretivas da moralidade à legalidade. Ao final, conclui que, do ponto de vista do direito feito (*droit fait*), o desvio de poder nada mais é que uma variação da ilegalidade; enquanto, do ponto de vista do direito que se faz (*droit qui si fait*), o desvio de poder incorpora à legalidade certos princípios de moralidade aos quais o juiz confere o respeito necessário.

3.1. Delimitação da Moralidade Administrativa. Expostas, em síntese, as concepções de Hauriou, Waline e Vedel, cumpre estabelecer nosso entendimento a respeito do princípio da moralidade.

Em um primeiro plano, não vislumbramos uma dicotomia absoluta entre a moral jurídica e a moral comum, sendo plenamente factível a presença de áreas de tangenciamento entre elas, o que não raro possibilitará a simultânea violação de ambas.

Sob outra perspectiva, constata-se que os atos dissonantes do princípio da legalidade sempre importarão em violação à moralidade administrativa, concebida como o regramento extraído da disciplina interna da administração; a recíproca, no entanto, não é verdadeira. Justifica-se, já que um ato poderá encontrar-se intrinsecamente em conformidade com a lei, mas apresentar-se informado por caracteres externos em dissonância da moralidade administrativa, vale dizer, dos ditames de justiça, dignidade, honestidade, lealdade e boa-fé que devem reger a atividade estatal.

Convém ressaltar, ainda, que, apesar de não guardar sinonímia com o princípio da legalidade, a moralidade administrativa apresenta uma relação de continência com o princípio da juridicidade, o qual abrange todas as regras e princípios norteadores da atividade estatal. Violado o princípio da moralidade administrativa, maculado estará o princípio da juridicidade, o que reforça a utilização deste como parâmetro para a identificação dos atos de improbidade.

Assim, somente seria possível negar autonomia ao princípio da moralidade se à legalidade for dispensado um conceito amplo, abrangendo todos os valores jurisdicionados veiculados pelas regras e pelos princípios, usurpando o próprio conteúdo do princípio da juridicidade, o que importaria na adoção de sistemática de estudo distinta daquela encampada neste ensaio.

A valoração dos elementos delineadores da moralidade administrativa não pode ser direcionada por critérios de ordem ideológica ou de estrita subjetividade. Ao interpretar e aplicar a norma, deve o agente considerar os valores norteadores do sistema jurídico, ainda que se apresentem dissonantes de sua visão pessoal. Assumindo espontaneamente o ônus de gestor da coisa pública, tem o agente o dever de agir em harmonia com as finalidades institucionais próprias do órgão que ocupa, o que demonstra que o conceito de moralidade administrativa tem índole eminentemente teleológica.

Ainda que o alicerce da moralidade se situe na própria norma, compreendendo as regras e os princípios, a influência de fatores externos em sua conformação - entendidos como tais as circunstâncias que envolvem a ação, verdadeiros elementos de densificação dos valores que compõem a moralidade - impede que sua delimitação e seu alcance sejam superpostos aos da lei, o que faz com que cada situação concreta assuma peculiaridades que não são identificadas a partir do maior grau de concretude que emana da lei. Ademais, no direito positivo pátrio, legalidade e moralidade coexistem lado a lado por força de expressa disposição constitucional.

3.2. Essência da Moralidade Administrativa. De forma correlata à moral comum, o princípio da moralidade administrativa também exige que o administrador observe determinados valores, os quais assumem certa especificidade em razão da própria natureza de sua atividade.

Enquanto a moral comum consubstancia o conjunto de valores ordinários entre os membros de determinada coletividade, possuindo maior

generalidade e abstração, a moral administrativa toma como parâmetro os valores subjacentes à atividade estatal.

Como foi visto, no Estado de Direito os atos dos agentes públicos auferem seu fundamento de validade na norma. O fim destes atos, em razão da própria natureza do Estado, haverá de ser sempre a consecução do bem comum. Em razão disto, é possível dizer que legalidade e moralidade se integram e se complementam, sendo cogente sua observância pelos agentes públicos.

O princípio da legalidade exige a adequação do ato à lei, enquanto o da moralidade torna obrigatório que o móvel do agente e o objetivo pretendido estejam em harmonia com o dever de bem administrar. Ainda que os contornos do ato estejam superpostos à lei, será ele inválido se resultar de caprichos pessoais do administrador, afastando-se do dever de bem administrar e da consecução do bem comum.

A moralidade limita e direciona a atividade administrativa, tornando imperativo que os atos dos agentes públicos não subjuguem os valores que defluam dos direitos fundamentais dos administrados, o que permitirá a valorização e o respeito à dignidade da pessoa humana. Além de restringir o arbítrio, preservando a manutenção dos valores essenciais a uma sociedade justa e solidária, a moralidade confere aos administrados o direito subjetivo de exigir do Estado uma eficiência máxima dos atos administrativos, fazendo com que a atividade estatal seja impreterivelmente direcionada ao bem comum, buscando sempre a melhor solução para o caso.

A correção dessas conclusões, no entanto, pressupõe que um caminho mais árduo e tortuoso seja percorrido: a necessária conscientização de todos os setores da sociedade de que devem zelar pela observância do princípio da moralidade. O controle sobre os atos dos agentes públicos deve ser rígido e intenso, o que permitirá um paulatino aperfeiçoamento da atividade estatal e, o que é mais importante, a necessária adequação dos agentes públicos aos valores próprios de um Estado Democrático de Direito, no qual o bem comum representa o pilar fundamental.

Aqui, busca-se transmudar para o administrador público o ideal de que deve agir como um “bom pai de família”, o que permite dizer que o sentido jurídico da norma restará prejudicado sempre que estiver ausente o componente moral que caracteriza o “bom administrador”.

Dizer que o princípio da moralidade tem como alicerce os valores próprios da atividade estatal é conferir ares de banalidade a uma operação

extremamente complexa e delicada, qual seja, extrair a essência destes valores e compatibilizá-la com a realidade fenomênica sem impregná-la do intenso subjetivismo que, certamente, se desprenderá do agente responsável por esta operação.

Diversamente do que ocorre com o princípio da legalidade, que é resultado direto da produção normativa estatal, o princípio da moralidade tem maior generalidade e abstração, o que exige uma atividade responsável e coerente para a correta identificação dos padrões de conduta que individualizam o bom administrador, vinculando-o à finalidade pública que é peculiar à atividade estatal, sempre com a necessária impessoalidade que deve estar presente em atos desta natureza.

De acordo com Antônio José Brandão, para que se possa falar em boa administração, é preciso que esteja presente “o exercício do senso moral com que cada homem é provido, a fim de usar retamente, - para o bem, entenda-se, - nas situações concretas trazidas pelo cotidiano, os poderes jurídicos e os meios técnicos; e, por outro lado, exige ainda que o referido bom uso seja feito em condições de não violar a própria ordem institucional, dentro da qual eles terão de atuar, o que implica, sem dúvida, uma sã noção do que a Administração e a função administrativa são”.

Partindo-se da premissa de que o alicerce ético do bom administrador é extraído do próprio ordenamento jurídico, é possível dizer que o princípio da moralidade administrativa atua como um verdadeiro mecanismo aglutinador, extraíndo o sumo de todos os princípios regentes da atividade estatal e condensando-os em *standards* que podem ser mais facilmente percebidos do que definidos.

Talvez seja por esse motivo que a jurisprudência pátria, ao fundamentar suas decisões com base no princípio da moralidade administrativa, normalmente o faz em conjunto com outro princípio dotado de maior especificidade para o caso concreto (v.g.: moralidade e impessoalidade, moralidade e publicidade etc.). Tal, longe de arrancar a autonomia do princípio da moralidade, demonstra apenas que os valores extraídos do outro princípio utilizado concorreram de maneira mais incisiva na conformação do *standard* adotado como padrão de bom administrador naquela situação.

Quando dizemos que referido *standard* representa o padrão de bom administrador à luz de determinada situação - fática ou jurídica -, queremos dizer que tal parâmetro não subsiste por si só, sendo imprescindível associá-lo à finalidade própria do ato a ser praticado. O dever de bem administrar

somente será atingido quando for identificada e perseguida a *mens legis* criadora da regra de competência, pois o administrador de interesses alheios se encontra sempre vinculado à consecução da finalidade que melhor aprouver ao verdadeiro titular do direito, *in casu*, o interesse público.

Progressivamente, tem-se a identificação da situação que ensejou a prática do ato, a finalidade a ser atingida com ele, os princípios administrativos que possuem maior especificidade para o caso e, derradeiramente, a operação de aglutinação dos valores que consubstanciam a moralidade administrativa, com a conseqüente densificação do *standard* do bom administrador, o que haverá de ser feito tomando-se como referencial as três primeiras etapas anteriormente referidas.

3.3. *Previsão Normativa.* O princípio da moralidade administrativa, em que pese não ter tido previsão expressa na Carta de 1967, há muito encontra-se arraigado no ordenamento jurídico pátrio, sendo considerado princípio implícito regente da atuação administrativa.

Hodiernamente, o princípio está expressamente previsto no art. 37, *caput*, da Constituição da República, o qual dispõe que “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...”; acrescendo-se, ainda, que o âmbito de abrangência da ação popular, a teor do art. 5º, LXXIII, da Constituição da República, foi ampliado para alcançar a possibilidade de anulação dos atos lesivos à moralidade administrativa.

São igualmente formas de expressão do princípio da moralidade os preceitos constitucionais que prevêm como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e que resguardam o decoro parlamentar e o dever de probidade do Presidente da República.

Como se vê, os princípios da legalidade e da moralidade mantêm uma relação harmônica, ocupando o mesmo grau hierárquico na estrutura principiológica que rege os atos estatais, o que afasta qualquer concepção que considere o princípio da moralidade elemento secundário ou meramente complementar.

Tal qual o princípio da legalidade, é requisito de legitimidade da atuação do agente e de validade do ato administrativo; logo, sua inobservância pode acarretar a anulação do ato por meio de ação popular ou de ação civil pública.

3.4. *A Moralidade e os Elementos do Ato Administrativo.* Afigura-se indubitável que os atos administrativos devem apresentar plena adequação ao sistema normativo que os disciplina e ter sua finalidade sempre voltada à consecução do interesse público. A partir da presença de determinada situação fática, deve o agente público, nos limites de sua competência, praticar o ato administrativo que se ajuste à hipótese. Este ajustamento, por sua vez, deve ser por ele demonstrado com a exteriorização dos motivos que o levaram a praticar o ato, o qual deve necessariamente visar a uma finalidade pública.

Não obstante presentes os elementos do ato (competência, finalidade, forma, motivo e objeto) e a plena compatibilidade entre eles e a lei, em muitos casos será vislumbrada a inadequação dos motivos declinados e da finalidade almejada com a realidade fática e o verdadeiro elemento volitivo do agente.

Para que o ato praticado em consonância com a lei esteja em conformidade com a moralidade administrativa, é imprescindível que haja uma relação harmônica entre a situação fática, a intenção do agente e o ato praticado, sendo analisadas no contexto deste a motivação declinada e a finalidade almejada.

A intenção do agente deve surgir estritamente vinculada ao propósito de atingir o bem comum, escolhendo um fim que se harmonize com a previsão abstrata da norma e permitindo que o ato, em sua gênese, se apresente, a um só tempo, em conformidade com a lei e a moralidade administrativa.

A conduta do agente deve ser juridicamente possível e estar em harmonia com os efeitos jurídicos previstos na norma, o que, aliado à real intenção de atingi-los, conferirá licitude ao ato. No entanto, ainda que haja completa adequação da conduta à norma e esta possa produzir determinados efeitos, o ato será ilícito se for viciada a intenção do agente em relação aos reais efeitos que pretende alcançar, pois somente na aparência haverá adequação à lei.

Para que seja identificada a real intenção do agente, a qual poderá revelar a verdadeira motivação do ato e o objetivo colimado com a sua prática, afigura-se impossível a penetração no psiquismo do mesmo, o que conduzirá à análise de tal elemento volitivo a partir da situação fática embasadora do ato e dos caracteres externos - ainda que não declinados - que venham a influir na sua prática. A intenção, assim, é indício aferidor da moralidade do ato, sendo também verificada a partir da compatibilidade entre a competência

prevista na norma e a finalidade pretendida com a prática do ato.

O ato formalmente adequado à lei, mas que vise, em essência, a prejudicar ou beneficiar a outrem, será moralmente ilegítimo, isto em virtude da dissonância existente entre a intenção do agente, a regra de competência e a finalidade que deveria ser legitimamente alcançada com esta.

Como desdobramento do que já foi dito, constata-se que, para a identificação da moralidade do ato, será sempre necessário analisar o motivo e o objeto em cotejo com o interesse público consubstanciado na finalidade, o que permitirá a identificação de possíveis vícios dos atos discricionários ou mesmo a presença de abuso de poder.

Estará ausente a moralidade administrativa quando o agente praticar o ato fundando-se em motivo inexistente (ausência da situação de fato ou de direito que determine ou autorize a prática de um ato), insuficiente (o valor dos motivos não denota a necessidade do ato), inadequado (falta de correspondência entre o que deveria motivar o ato - causa - e a natureza categorial de seu objeto - efeito), incompatível (ausência de adequação com o objeto do ato) e desproporcional (valoração irrazoável dos motivos, levando a um resultado incompatível com o interesse público específico a que deveria visar o ato); identificando-se igual vício quando o objeto for impossível (o resultado jurídico almejado não se compatibiliza com o ordenamento jurídico ou com a realidade física), desconforme (incompatibilidade lógica entre a escolha e o interesse público contido na regra da finalidade) ou ineficiente (grave comprometimento do interesse público pela desproporcionalidade entre custos e benefícios).

3.5. *A Moralidade Administrativa na Jurisprudência Pátria.* Em inúmeras oportunidades, os tribunais têm sido instados a analisar a compatibilidade dos atos do Poder Público com o princípio da moralidade administrativa. À luz da jurisprudência pátria, infringem tal princípio:

a) realização de gastos excessivos, a pretexto de outorga de títulos e honorárias, com bebidas, comestíveis, peças de vestuário etc.;

b) alienação de lotes de terrenos pertencentes à municipalidade, contíguos a outros de propriedade do Prefeito, e posteriormente por ele adquiridos pelo valor da avaliação, acarretando a valorização da área contínua quando agregada à primitiva;

c) concessão de aposentadoria especial a vereadores, após o curto lapso de 8 (oito) anos de contribuição, com desvio de verba pública para cobrir *déficit* técnico;

d) resolução de Câmara de Vereadores que fixou os subsídios destes, em época de congelamento de preços e salários instituído no plano federal, em quantia exorbitante;

e) o custeio, pela municipalidade, das despesas de viagem ao exterior da esposa do Prefeito, em companhia dele, o que não representa nenhum benefício para o Município, ainda que ela dirigisse algum órgão público; sendo idêntica a conclusão em relação às despesas com viagens do Prefeito não autorizadas pela Câmara Municipal;

f) ato de Câmara Municipal que, sob o argumento de “oferecer exemplo à coletividade”, reduz a remuneração dos edis para a legislatura seguinte, após a realização da eleição em que a grande maioria não foi reeleita;

g) omissão deliberada da Administração Pública, sob a alegação de discricionariedade, deixando de convocar o estágio probatório que consubstancia condição indispensável ao acesso dos terceiros sargentos do quadro complementar da Aeronáutica ao quadro regular, tendo feito com que exercessem tarefas próprias dos postos mais elevados sem a contrapartida salarial devida;

h) a participação de Juiz integrante de Tribunal Regional do Trabalho em eleição destinada a compor lista tríplice para preenchimento de vaga de juiz togado quando um dos candidatos é filho do mesmo;

i) fixação da remuneração do Prefeito, Vice-Prefeito e dos Vereadores para vigor na própria legislatura em que fora estabelecida, o que também importa em violação ao art. 29, VI, da Constituição da República;

j) abertura de conta-corrente em nome de particular para movimentar recursos públicos, independentemente da demonstração de prejuízo material aos cofres públicos.

4. *Códigos de Ética.* A atividade administrativa, de forma correlata à observância das prescrições legais, deve render obediência aos valores que defluem do sistema, os quais são normalmente condensados sob a epígrafe do princípio da moralidade. A densificação deste princípio, cujo conteúdo deflui de preceitos explícitos e implícitos no sistema, representa, como já fora visto, tarefa extremamente delicada e complexa, o que é conseqüência inevitável de seu alto teor de abstração. Por tal motivo, são extremamente relevantes as iniciativas que buscam elaborar diretrizes básicas que devem nortear a atuação dos agentes públicos.

Com isso, são densificados os valores afeitos à moralidade administrativa e, conseqüentemente, tem-se um aumento de efetividade do

princípio, pois seu alto grau de abstração passa a coexistir com comandos específicos que delimitam as vedações e os deveres a serem cumpridos pelo agente e disciplinam a forma de exercício de seus direitos. Para alcançar tais objetivos, são editados os denominados “Códigos de Ética” ou “Códigos de Conduta”, os quais, como deflui da própria etimologia da expressão, estatuem os padrões éticos a serem observados por seus destinatários.

Tais “Códigos” são extremamente difundidos entre diversas categorias profissionais (Códigos de Ética dos advogados, dos médicos etc.) e coexistem, em diversas unidades da Federação, com o regime jurídico dos servidores públicos.

Estatuída a deontologia a ser seguida pelos agentes públicos e sendo certo que a mesma aufere seu fundamento de validade nos princípios regentes da atividade estatal, conferindo-lhes maior determinabilidade com a previsão de condutas específicas a serem seguidas, torna-se possível dizer que a violação dos deveres éticos normatizados pelo Poder Público consubstanciará relevante indício da inabilitação moral do agente para o exercício da função pública, já que violado o princípio da moralidade.

Além das sanções de ordem disciplinar a que estará sujeito o agente, também incidirá a tipologia específica dos atos de improbidade constante da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade), as quais assumem uma feição nitidamente repressiva. Ocorre que, como antecedente lógico desta, os “Códigos de Ética” desempenham um papel eminentemente preventivo, pois individualizam, de forma explícita ou implícita, os preceitos proibitivos que consubstanciam a improbidade administrativa, o que certamente contribuirá para que os agentes adquiram consciência dos valores de ordem ética que devem seguir, direcionando, *pari passo*, sua atuação e evitando a prática dos atos de improbidade.

IV. SÍNTESE CONCLUSIVA

I. Os princípios são proposições básicas, verdadeiros alicerces do sistema jurídico, sendo utilizados para limitar e direcionar sua aplicação.

II. Os princípios são estruturados a partir de um processo indutivo, o qual, por meio de um método de generalização crescente, permitirá que a análise de preceptivos específicos conduza à densificação dos princípios gerais que os informam.

III. Os princípios não são meros complementos das regras, devendo

ser vistos como formas de expressão da própria norma, a qual é subdividida em regras e princípios.

IV. Em razão de seu caráter normativo, a exemplo das regras, é imperativa a observância dos princípios.

V. De acordo com o princípio da juridicidade, a atuação do Estado deve estar em harmonia com o Direito, afastando a noção de legalidade estrita - com contornos superpostos à regra - passando a compreender regras e princípios.

VI. O princípio da moralidade é um elemento primordial do princípio da juridicidade.

VII. Moral é noção de natureza universal, variando em conformidade com o tempo, o local e os mentores de sua concepção, terminando por condensar os valores subjacentes a determinado grupamento.

VIII. A moral comum se distingue da moralidade administrativa na medida em que esta é retirada dos valores subjacentes à Administração Pública.

IX. A moralidade administrativa coexiste com a legalidade, não sendo mero apêndice desta.

X. O princípio da moralidade administrativa atua como um mecanismo aglutinador, extraíndo o sumo de todos os princípios regentes da atividade estatal e condensando-os em *standards*.

XI. Os atos administrativos, além de estarem em consonância com a lei, devem apresentar conformidade com a moralidade administrativa, sendo necessária a existência de uma relação harmônica entre a situação fática, a intenção do agente e o ato praticado, analisando-se no contexto deste a motivação declinada e a finalidade almejada. ◆

OS REFLEXOS DAS LIBERDADES PÚBLICAS NO SISTEMA ACUSATÓRIO

MÁRCIA MARIA TAMBURINI PORTO SARAIVA

Promotora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professora da Universidade Estácio de Sá

1. INTRODUÇÃO

Às vésperas da apreciação pelo Senado Federal do anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, que tramita por longos e arrastados anos no Congresso Nacional, parece não haver mais espaço para discussão de qualquer norma e nem mesmo dos princípios instruidores do processo penal, sobretudo porque a promulgação da Carta Política de 88 deve haver provocado no espírito do legislador a consciência crítica indispensável às mudanças que se fazem necessárias. Nada obstante, e em que pese as alterações efetuadas pela nova ordem constitucional nas feições do Estado brasileiro e o avanço na proteção aos direitos individuais - com a criação de mecanismos garantidores das liberdades públicas jamais previstos nas Constituições anteriores - o diploma processual penal não vem aceitando, com o servilismo esperado, essa influência transformadora, o que autoriza uma breve reflexão sobre as implicações dos princípios constitucionais no sistema processual penal vigente.

Longe de pretender examinar, com a atenção que o tema reclama, as fases evolutivas da positivação dos direitos fundamentais no constitucionalismo moderno, até mesmo em razão dos estreitos limites do presente ensaio, parece-nos oportuno, contudo, deixar assinalado os traços distintivos dessa trajetória histórica, com vistas a uma melhor compreensão dos efeitos decorrentes da inobservância dos princípios insculpidos na Carta da República, a comprometer a própria efetividade das normas processuais.

De origem marcadamente jusnaturalista, os direitos individuais constituem limitações ao poder político, conferindo aos cidadãos, como destaca o prof. Luis Roberto Barroso, “*o poder de exigir de qualquer destinatário da norma prestações positivas ou negativas que proporcionem o desfrute dos*

*bens jurídicos nela consagrados” (Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas, Ed. Renovar, 3ª ed., p. 99). No entanto, essa inegável proteção constitucional do indivíduo em face do Estado não constitui, na **praxis**, fator impeditivo às freqüentes violações ao princípio da dignidade humana pelos órgãos encarregados da prevenção e repressão às condutas criminosas, com projeções na própria atividade persecutória estatal em suas distintas fases – investigatória e processual propriamente dita.*

No Estado democrático social, o Direito Processual Penal não mais se compatibiliza com os valores cristalizados sob a égide de um contexto social vencido, inteiramente divorciados daqueles que nortearam a elaboração dos comandos normativos da Lei Maior. Antes reclama adequação aos relevantes interesses sociais que sobrepassam as normas jurídicas, qualquer que seja a sua natureza.

Nessa perspectiva, e abandonando a pretensão de analisar, detidamente, os reflexos das proposições constitucionais fundamentais sobre o sistema acusatório, o presente estudo busca, a partir da enumeração, ainda que não exaustiva, dos princípios de caráter processual, rediscutir questão já debatida, com um olhar voltado para a Carta da República, apontando as graves ofensas que a errônea interpretativa dirige à Lei Maior.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E LIBERDADES PÚBLICAS

O estudo da Teoria dos Direitos Fundamentais não é tarefa fácil, sobretudo diante da falta de uniformização entre os publicistas na conceituação das expressões direitos humanos, direitos do homem, direitos fundamentais e liberdades públicas.

Se de um lado alguns não vêem distinção entre os termos, de outro é possível identificar aqueles que os confundem e, com mais acerto, aqueles que procuram emprestar o real sentido a cada uma das expressões. De toda sorte, a confusão terminológica revela uma preocupação comum a todos, qual seja, conferir ao termo a extensão necessária ao resguardo e garantia da *liberdade*.

BLANCA MARTÍNEZ DE VALLEJO, por exemplo, reserva a expressão **direitos humanos** para aqueles positivados em nível internacional (*exigências básicas relacionadas com igualdade e liberdade da pessoa, que não tinham alcançado um estatuto jurídico-positivo*) e **direitos fundamentais** para os direitos humanos positivados em nível interno, ou seja, garantidos pelos ordenamentos jurídico-positivos estatais. (*apud Revista*

Ciências Sociais, Universidade Gama Filho, ed. Especial, 1997, p. 131).
Outros, como DOMINIQUE TURPIN, ensinam que

“muitas vezes consideradas como sinônimos, as noções de ‘direitos do homem’ e de ‘liberdades públicas’ não se superpõem totalmente. A primeira é mais antiga, mais ampla, mais ambiciosa, mais imprecisa, porque mais filosófica ou política (ela está hoje em dia na moda, constituindo-se para muitos um sacerdócio e para alguns uma sinecura). A segunda é mais recente (seu ensino autônomo data apenas de 1954 e 1962), mais modesta, mas também mais jurídica, logo, mais precisa (e, por consequência, sem dúvida mais protetora).” (op. cit. p. 133/34)

De outro lado, JEAN RIVERO preleciona:

“As liberdades públicas são os poderes de autodeterminação consagradas pelo direito positivo.... As duas noções, de ‘direitos do homem’ e de ‘liberdades públicas’, são vizinhas, mas, no entanto, distintas: elas não se situam sobre o mesmo plano, de um lado, e não têm o mesmo conteúdo, de outro lado. Elas não se situam no mesmo plano - a noção de ‘direitos do homem’, cujas origens históricas e filosóficas veremos mais adiante, surge da concepção do Direito Natural.”

E continua:

“Os direitos do homem, com efeito, apresentam características que permitem ver um direito no sentido próprio do termo, de uma possibilidade reconhecida ao homem: um titular, um objeto preciso, um sujeito contra o qual se pode opor. É então possível lhe conferir uma sanção que os faça entrar no direito positivo. É o que se passou com o direito internacional: os direitos do homem, tal como proclamados pela Declaração Universal de 1948 e determinados pelos pactos de 1966, definem na sociedade internacional uma categoria jurídica à qual os textos atribuem um regime de proteção. Deu-se o mesmo no quadro europeu. O direito interno francês não procedeu dessa forma. Não considerou os direitos humanos no seu

conjunto uma categoria autônoma com seu estatuto próprio.” (ob. cit. p. 134/35)

Adotando igual linha de raciocínio, JEAN MORANGE sustenta que

“as liberdades públicas traduzem juridicamente, mais ou menos fielmente, uma filosofia dos direitos do homem...é banal afirmar que nenhuma liberdade pode ser ilimitada. Mesmo aos olhos dos liberais mais extremistas, a liberdade de cada um deve terminar onde começa a liberdade do outro(.....).”

Ressalta, em seu estudo, que **liberdades públicas e direitos do homem** se distinguem de acordo com os diferentes ordenamentos jurídicos, assinalando que *nos países anglo-saxões os direitos do homem evocam o direito internacional, ao passo que as liberdades públicas correspondem mais aos **civil rights**.*

Possível constatar-se a testilha doutrinária para um tema que, em princípio, apresenta-se simples. Acirrando a discussão, FRANÇOIS TERRÉ, professor da Universidade PANTHÉON-ASSAS, em duas ocasiões, ao proceder à distinção, refere-se, primeiramente, a conexões entre os **conceitos de liberdades públicas e de direitos do homem - sustentados pela noção de direito subjetivo -**, *deve-se acrescentar um outro, em nossa época, sob a influência crescente do direito constitucional. Trata-se daquilo que se tem convencionalmente chamar de **direitos fundamentais**.*

Ao tentar estabelecer distinção entre os referidos conceitos, apoia-se em critérios orgânicos, ressaltando:

“Mais significativos são, em definitivo, os critérios de natureza orgânica, manifestando essencialmente uma superioridade da Constituição: os direitos e liberdades fundamentais são, em primeiro lugar, protegidos contra o poder executivo, mas também contra o poder legislativo, enquanto que as liberdades públicas - no sentido do direito francês clássico - são essencialmente protegidas contra o poder executivo... Em segundo lugar, os direitos fundamentais são garantidos em virtude não apenas da lei, mas sobretudo da Constituição, ou dos textos internacionais ou supranacionais.”

As liberdades públicas, no dizer de JEAN RIVERO,

“...constituent précisément l’une de ces catégories, consacrées notamment par l’article 34 de la Constitution. Elles correspondent à des droits de l’homme que leur reconnaissance et leur aménagement par l’Etat ont inséré dans le droit positif.”

Adverte o autor: *“il faut retenir que si les libertés publiques sont bien des droits de l’homme, tous les droits de l’homme ne sont pas de libertés publiques”* (RIVERO, Jean. **Les libertés publiques...**, 7. Ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1974. v. I: “Les droits de l’homme”. p. 22)

Dirimindo a controvérsia, JACQUES MOURGEON sintetiza

“... les droits de l’homme se définissent comme étant les prérogatives, jouvénées gouvernées par des réales, que la personne détient en propre dans ces relations avec les particuliers et avec les Pouvoir” (MOURGEON, Jacques. **Les droits de l’homme**. 5. ed., Paris: Presses Universitaires de France, 1980. p. 8)

A conclusão extraída por ALBERTO NOGUEIRA, seguindo a esteira de JEAN RIVERO é a de que *“se, entretanto, as liberdades públicas são direitos do homem, esta última categoria é muito mais ampla e extensa que a anterior”* (ob. cit., p. 138).

Como outra abordagem, JACQUES ROBERT e JEAN DUFFAR, sustentam que

“existe uma diferença entre as duas expressões ‘direito do homem’ e ‘direitos do cidadão’. Os direitos do homem têm um caráter pré-social; os direitos do cidadão, ao contrário, estão ligados à existência da cidade... Acrescentamos que todos os direitos do homem não têm necessariamente o caráter de ‘liberdades públicas’. O Direito ao trabalho ou à instrução são direitos do homem, mas não liberdades” (Nogueira, Alberto. op. cit. p. 138).

A doutrina espanhola, capitaneada por ANTONIO E. PÉREZ LUÑO, apresenta sua contribuição ao tema, norteando-se por três idéias mestras: 1^a) **jusnaturalismo** em seu fundamento; 2^a) **historicismo** em sua forma e 3^a) **axiologismo** em seu conteúdo.

Com isso, *“nem todo direito humano é um direito fundamental, enquanto não for reconhecido por um ordenamento jurídico positivo: mas ao*

*inverso, não é possível admitir um direito fundamental que não consista na positivação de um direito humano” (PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Derechos Humanos, Estado de derecho y constitucion**. V. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 514/515).*

Carl Schmitt, sem descuidar do aspecto material, adotou dois critérios formais para a caracterização dos direitos fundamentais, reservando o termo para os direitos ou garantias enumerados na Constituição e ainda aos direitos que dela receberam um grau mais elevado de garantia ou segurança.

Enfrentando a questão sob uma perspectiva intrinsecamente material, assentou que os direitos fundamentais sofrem variação a partir da ideologia, forma de Estado, valores e princípios consagrados pela Lei Fundamental.

Dos ensinamentos doutrinários acima transcritos, pensamos mais acertado considerar como **liberdades públicas** aquelas previstas em um ordenamento jurídico, com acento constitucional que lhes confira garantia e efetividade, não possuindo a extensão que a expressão **direitos humanos** assume. Nesta, estão incluídos não apenas os *direitos fundamentais*, como as *liberdades públicas*.

Desde a Revolução Francesa, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o regime constitucional encontra-se associado à garantia dos direitos fundamentais, condicionando a própria existência da Constituição à proteção dos direitos individuais. Muito embora Jellinek, em sua obra **A declaração dos direitos do homem e do cidadão**, atribua a origem das Declarações à reforma religiosa de Lutero, a proteção aos direitos fundamentais, a despeito de sua incompletude, surgiu com a Magna Carta de 1215.

Apesar de a revolução norte-americana pela independência (1776) haver acelerado a previsão constitucional dos Direitos Fundamentais, sua consagração normativa deu-se com a mencionada Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

As declarações de direitos do século XIX limitaram-se a tutelar direitos privados e políticos, com a preocupação única de armar os indivíduos de meios de resistência contra o Estado, considerado como um mal necessário. Com isso, as garantias individuais apresentavam um forte teor individualista, impondo uma abstenção do Estado. Esse caráter negativo da norma, todavia, não foi suficiente para assegurar a plena liberdade individual, despertando a necessidade da proteção a outros direitos – de natureza econômica e social - por meio do Estado, que devia atuar em benefício dos cidadãos.

Superadas essas inquietações e como resultado da reflexão sobre temas como desenvolvimento, paz, meio-ambiente, patrimônio comum da humanidade, as Constituições passaram a proteger o próprio gênero humano. No entanto, a descoberta e formulação de novos direitos implica um processo sem fim, de contínua busca de atendimento aos anseios sociais.

Curiosamente, a luta travada na busca de positivação dos direitos fundamentais e as significativas conquistas alcançadas com a obtenção do *status* constitucional, não despertou a consciência do intérprete para a necessidade de estabelecer critérios hermenêuticos próprios àquela nova disciplina, distintos dos aplicáveis à legislação ordinária.

Esse descompasso entre o avanço do constitucionalismo e a adequada interpretação de suas normas acabou por enfraquecer ou mesmo retirar a efetividade das garantias individuais, vale dizer, o resultado daquelas conquistas. Não se pode ignorar que a efetividade assume papel soberano em um sistema jurídico. Os princípios, as normas e os fenômenos do direito em geral têm uma finalidade, transmutada pelos componentes que desencadearam as proposições fundantes da produção jurídica, rigorosamente plasmados na própria validade do objeto, o que atribui à interpretação relevante função na legitimação do próprio direito.

O Prof. Paulo Bonavides, citando a análise procedida por Javier Perez Royo, acentua que *“a interpretação é a sombra que segue o corpo. Da mesma maneira que nenhum corpo pode livrar-se da sua sombra, o Direito tampouco pode livrar-se da interpretação... não há direito que não exija ser interpretado”*. Com a precisão de seu raciocínio, deixou registrada a perplexidade diante da ausência total com que se manteve a interpretação afastada, durante século e meio, do Direito Constitucional e sua presença súbita nas últimas décadas.

Embora com significativo atraso, a hermenêutica dos direitos fundamentais ingressa na ciência constitucional com a merecida força, redirecionando os métodos de interpretação das demais normas jurídicas.

Parece indiscutível que a interpretação dos direitos fundamentais vincula-se a uma teoria da Constituição. E ambas – a Teoria dos Direitos Fundamentais e a Teoria da Constituição – a uma indeclinável concepção do Estado, da própria Constituição e da cidadania, refeltindo uma só ideologia.

O coroamento dos valores fundamentais da pessoa humana, no seu mais elevado grau de juridicidade, conferiu maior nitidez ao constitucionalismo do último século, estabelecendo o primado do Homem no seio da ordem ju-

rídica, enquanto titular e destinatário, em última instância, de todas as regras do poder. Ao extrapolar a relação cidadão-Estado, os direitos fundamentais adquiriram a dimensão de norma objetiva, de validade universal, de conteúdo indeterminado e aberto, compondo o cerne de todo ordenamento jurídico.

3. O PAPEL DOS PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Sem embargo do posicionamento doutrinário por longo tempo sedimentado, considerando as declarações de direitos incorporadas às Constituições como princípios de caráter filosófico e moral, desprovidas de qualquer valor jurídico, os estudiosos curvaram-se ao inegável caráter jurídico daquelas proposições.

Passando ao largo do tormentoso debate acerca da prevalência da norma sobre os princípios, e vice-versa, temos que estes últimos constituem as premissas estruturais de um ordenamento jurídico.

Na ótica do notável administrativista Celso Antonio Bandeira de Mello, princípio

“é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.... Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais” (Elementos do Direito Administrativo).

Por constituir a pedra de toque de um dado sistema jurídico, os princípios não apenas servem como diretrizes para a interpretação e aplicação das normas, como assumem, nas lições de Trabucchi referenciadas pelo Prof. Paulo Bonavides, a tríplice dimensão fundamentadora, interpretativa e supletória em relação às demais fontes! (**Curso de Direito Constitucional**, Malheiros, 7ª. Ed, 1997, p.255), a evidenciar sua crescente importância nos domínios do direito público.

Nessa ordem de idéias, e a despeito da resistência dos aplicadores do direito, já não se pode desprezar a força imperativa dos princípios na interpretação das normas jurídicas, sobretudo por definir a lógica e racionalidade do sistema. E é exatamente nesses postulados, expressa ou implicitamente contidos na Lei Fundamental (parágrafo 2º, do art. 5º, da Constituição da República), que o direito encontra seu fundamento de validade e justifica a si mesmo. A propósito, cabe invocar o magistério do Prof. José Frederico Marques, em obra de indispensável leitura (**Elementos de Direito Processual Penal**, v. I, ed. Bookseller, 1997):

“Daí dizer o art. 144, de nossa Lei Maior (atual par. 2., do art. 5) que há direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, o que não seria possível se não existisse um embasamento de princípios fundamentais a amalgamar e ligar cada um dos mandamentos específicos contidos no texto escrito.”

A hegemonia sem contrastes que é dada à Constituição Federal no conjunto das fontes formais que revelam os cânones da ordem jurídica, não só submete o legislador ordinário a um regime de estrita legalidade, como ainda subordina todo o sistema normativo a uma causalidade constitucional, que é condição de legitimidade de toda ordem ou imperativo jurídico!

Citando João Mendes Júnior, Frederico Marques assinala que as *“Leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais e as formalidades do processo, por sua vez, as atualidades das garantias constitucionais”*.

A seu turno, o Prof. Marcellus Polastri Lima, fornecendo primorosa contribuição ao tema em apreço, destaca que *“os chamados princípios constitucionais do processo penal se entrelaçam com as garantias constitucionais, em relação de causa e efeito”*. (**Ministério Público e Persecução Criminal**, ed. Lumen Juris, 2ª ed., 1998, p.1214).

Assim, e considerando que o conjunto de princípios basilares do processo penal estão assentados na Carta Política, forçoso concluir que o direito processual recebe o influxo dos valores éticos e políticos que informam a ordem jurídico-constitucional (Frederico Marques, ob. cit., p. 81). Se afastados da interpretação, como anota a argúcia de Paulo Bonavides, não há, em rigor, *“concretização por não haver pré-compreensão (Vorverstaendnis), e, não havendo pré-compreensão, quase todo o Direito Público tende a ficar*

abalado em seus alicerces, fundamentos e legitimidade. Tudo isso à mingua de conteúdos reais, por obra de um formalismo que, apartado do universo real, tolhe, na operação cognitiva, executada por um intérprete prisioneiro da racionalidade lógica, o alcance da presença e ação do elemento indutivo, este fator tão importante na captação dos sentidos normativos”.

4. OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS

Muito embora alguns dos princípios processuais alinhados no Capítulo I, do Título reservado aos Direitos e Garantias Fundamentais, possam apresentar maior grau de abrangência que outros, não se distinguem em importância. A ordem em que serão aqui tratados não traduz, portanto, qualquer sinal de prevalência hierárquica entre eles. Todavia, e apenas a título de sistematização, ocupamo-nos de examinar, inicialmente, o princípio do devido processo legal por sua amplitude e íntima ligação com o sistema acusatório.

Deitando raízes na cláusula 39, da Carta Magna de 1215, o preceito foi incorporado pelas colônias inglesas, inclusive as da América do Norte, com a substituição da expressão inicialmente cunhada – *Law fo the Land* – pela célebre *due process of law*. Consagrado na 5ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos, o princípio do devido processo legal é tratado pela doutrina americana em duplo aspecto: o formal, que consiste na sujeição das questões atinentes a liberdade ou bens dos cidadãos ao Poder Judiciário, submetendo-as ao crivo do contraditório – assegurando-se a igualdade entre acusação e defesa – e a ampla defesa. O aspecto material impõe o controle jurisdicional prévio das normas relativas ao objeto do litígio, afastando as manifestamente injustas.

Mesmo antes de vir expressamente mencionado no inciso LIV do art. 5ª, da Constituição da República de 88, o princípio do devido processo legal era de observância obrigatória entre nós em virtude do princípio da indeclinabilidade da jurisdição penal (art. 5º, XXXV), consistindo, em última análise, no direito conferido aos jurisdicionados de não serem privados da liberdade e de seus bens sem a garantia que supõe a tramitação de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei (Couture, **Fundamentos del derecho procesal civil**).

Nada obstante, a cláusula do devido processo legal deve significar hoje, na visão autorizada do prof. Afrânio Silva Jardim (**Direito Processual Penal**, Forense, 7ª ed., p. 330), “*mais do que a significava em épocas*

*passadas. Não pode se restringir à consagração de um **processo penal de partes**, com tratamento igualitário, onde o réu seja um verdadeiro sujeito de direito e não mero objeto de investigação”.*

A extensão do campo de incidência do princípio – inquietação que não escapou ao espírito investigador do renomado processualista – parece alcançar a interpretação das leis processuais. O devido processo legal, longe de limitar-se à formal aplicação das regras processuais, reclama uma interpretação que apresente conformidade com a Carta Política. Não raro o apego ao emprego literal das normas processuais, justificado em virtude de uma maior eficiência punitiva do Estado, provoca ofensas aos direitos individuais dos acusados, sobretudo se atentarmos para o fato de que é na repressão às atividades criminosas que o Estado faz uso freqüente de sua força coercitiva. Outra não parece ter sido a razão que levou o constituinte originário a conceder *status* constitucional ao princípio, declarando a sua aplicabilidade imediata e protegendo-o com a intangibilidade que os direitos individuais reclamam. Sem dúvida, a Carta Política de 88, ao ampliar as normas processuais constitucionais, acabou por alargar as garantias ao direito de liberdade, resguardando a dignidade humana contra eventuais ações do Poder Público.

Outra não é a finalidade do processo, somente alcançada quando garantidos os interesses das partes em conflito, vale dizer, quando assegurada aos acusados a ampla defesa, “*com todos os meios e recursos essenciais a ela*”, como ressalta o mestre Frederico Marques. Com isso, além de permitir a utilização de todos os meios de prova pelo acusado, mesmo as inquinadas de ilicitude, como defende a prof^a Ada Pellegrini Grinover, deve facilitar a sua obtenção.

De outra parte, o alargamento das garantias processuais se faz sentir na presunção de inocência, impedindo a antecipação de um juízo de culpabilidade, até que definitivamente julgado o acusado.

Não menos relevante, o princípio do juiz natural (art. 5º, LIII) determina que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, é dizer, o órgão jurisdicional a quem a Constituição da República atribui, explícita ou implicitamente, competência para conhecer e julgar a causa.

Embora apenas indiretamente correlacionado aos direitos e garantias fundamentais por nossos doutrinadores, o princípio da proporcionalidade foi elevado pela Suprema Corte brasileira à categoria de postulado constitucional

através de decisão proferida na Adin nº. 958, de 11 de maio de 1994 (publicada em DJ de 16.05.94, p.11.675), que teve como relator o eminente Min. Marco Aurélio de Mello. Em comentários à posição adotada pelo Pretório Excelso, o Ministro Celso Mello deixou assentado que: “...*Todos sabemos que a cláusula do devido processo legal - objeto de expressa programação pelo art. 5º, LIV, da Constituição - deve ser entendida na abrangência de sua noção conceitual, não só no aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável. A essência do **substantive due process of law** reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade...*”, (apud Suzana de Toledo Barros, “O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais”, Brasília, Brasília Jurídica, 1996, pp.123/24, **in A Constituição na Visão dos Tribunais**, TRF da 1ª Região, Gabinete da Revista, vol. 1, 1997, p.115 (grifos no original).

Postas as linhas mestras do chamado direito processual constitucional, impõe-se a análise da regra contida no art. 47 do Código de Processo Penal.

5. A NORMA DO ART. 47, DO CPP. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, IGUALDADE DAS PARTES, AMPLA DEFESA E AO SISTEMA ACUSATÓRIO

O art. 47 do Código de Processo Penal dispõe que

“Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos, complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los.”

A inserção do dispositivo no capítulo atinente à ação penal, associada à sua inadequada redação, tem margeado acirradas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais acerca do alcance da norma. Enquanto algumas vezes se levantam sustentando a incidência da regra na fase investigatória, a maioria esmagadora dos estudiosos admitem sua aplicação quando já instaurada a ação penal.

Com as vênias devidas à corrente majoritária, parece-nos que tal interpretação não mais se compatibiliza com os postulados constitucionais atinentes ao processo. A outorga de poder requisitório ao Ministério Público quando da *persecutio criminis in iudicio*, provoca uma ruptura no equilíbrio entre as partes, desnivelando-as. Enquanto ao autor são concedidas todas as facilidades para a instrução da ação penal, a produção de prova pelo acusado dependerá de apreciação pelo Judiciário. O requerimento de expedição de ofício a órgãos públicos e entidades privadas, de elaboração de perícias ou qualquer outra diligência necessária à demonstração de sua inocência, sujeita-se à discricionariedade do julgador, que avaliará da necessidade ou dispensabilidade da providência pretendida. Demais disso, enquanto a *requisição* implica uma ordem que, desatendida, sujeita o descumpridor às sanções dos crimes de prevaricação ou desobediência, conforme se trate de servidor público ou particular, o *requerimento* poderá ser ou não atendido pelo Juízo. Parece clara, pois, a posição de supremacia conferida ao Ministério Público. Ora, além de tal fato importar em violação ao princípio do devido processo legal, o dispositivo atinge, por via oblíqua, seus consectários lógicos, vale dizer, os princípios da ampla defesa e igualdade das partes.

O princípio da igualdade jurisdicional é examinado por José Afonso da Silva sob dois prismas: um tendo o juiz como destinatário, considerando o princípio como obtáculo a qualquer distinção entre situações iguais quando da aplicação da lei; outro, impedindo o legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da justiça (**Curso de Direito Constitucional Positivo**, 2ª.ed., Revista dos Tribunais, p. 442).

Por sua vez, o princípio da ampla defesa, como acima assentado, consiste em assegurar-se ao acusado o uso de todo e qualquer meio necessário à comprovação dos fatos que alegar. Assim, se ao réu não for deferido o mesmo privilégio concedido ao órgão da acusação, restará evidenciada a ofensa ao postulado e, via de consequência, à norma constitucional.

A despeito da clareza da proposição, a doutrina vem trilhando caminhos opostos ao mandamento constitucional, permanecendo fiel à interpretação quase que literal do dispositivo, no sentido de que o Ministério Público não precisa de respaldo judicial para a colheita de provas, podendo requisitar de qualquer autoridade ou entidade, diretamente, os elementos de que necessita para demonstrar a imputação formulada na denúncia.

Em que pese a colocação topográfica do art. 47 do CPP, no Título III

relativo à ação penal, a posição de parte retira do órgão acusatório o poder de requisitar diligências no decorrer da demanda, sem a intermediação do Judiciário. Bem verdade que não se pode apontar qualquer regra legal que o obrigue a formular requerimento ao Juiz para obtenção das provas pretendidas. Não menos certo, porém, que a incidência dos princípios da igualdade das partes, do devido processo legal e da ampla defesa, derroga a suposta faculdade concedida ao *dominus litis*, impondo, antes de tudo, a postulação daquelas providências ao Judiciário. Tanto que o indeferimento do pedido implica cerceamento da acusação, sanável pela via da reclamação (art. 219, do CODJERJ).

Se examinada a questão sob outro prisma, a desigualdade de tratamento das partes, acaba por fazer recair o ônus da prova quase que unicamente sobre o acusado.

Nessa ordem de idéias, temos que o artigo em comento somente se aplica à atividade persecutória desenvolvida na fase pré-processual, oportunidade em que o Ministério Público, atuando em defesa da sociedade e na restauração da ordem pública violada pela prática delituosa, deve coletar elementos que demonstrem a existência do crime e indicie a autoria. Nesse momento, é curial que seus membros se valham das prerrogativas constitucionais viabilizadoras tanto da deflagração da ação penal quanto da aplicação da lei penal. Tal situação, entretanto, é inteiramente distinta daquela que se estabelece após o oferecimento da denúncia, em que o *Parquet* assume, até o encerramento da instrução criminal, o papel de demandante, devendo suportar os mesmos ônus e poderes das partes. Nesse ponto, necessário relembrar a posição híbrida ocupada pelo Ministério Público no processo penal. Ao tempo que é parte, jamais se desnatura de sua função fiscalizatória, zelando pela fiel execução da lei (art. 257, CPP).

Em irretocável observação do Prof. Afranio Silva Jardim, “*embora parte do processo penal, o Ministério Público desempenha função ainda mais nobre. Pugna pela correta aplicação das leis aos casos concretos. Ao Estado não interessa executar uma sentença penal condenatória injusta*” (**Direito Processual Penal**, 4 ed., Forense, 1991, p. 321). Ora, que segurança poder-se-á ter de um processo justo, se uma das partes, especialmente aquela a quem é atribuído o dever de postular pela efetiva realização da Justiça, deixa de perquirir o verdadeiro sentido da norma, adequando-a aos comandos constitucionais?

À evidência, com a promoção da ação penal, qualquer regalia que

não seja igualmente deferida ao acusado é vedada, pela Lei Fundamental, à acusação. Assim, a regra do art. 47 não pode e não deve se sobrepor à qualquer disposição específica do processo e, em especial, aos princípios processuais constitucionais.

Em nosso pensar, é o racicínio que melhor atende às exigências de uma interpretação sistemática, tanto da lei processual quanto da Constituição. A não ser assim, o próprio sistema acusatório estaria comprometido, extraído que é dos princípios constitucionais norteadores do processo penal.

O sistema acusatório, como precisamente apontado pelo Prof. Vicente Greco Filho (**Manual de Processo Penal**, ed. Saraiva, São Paulo, 1993, p. 64), “*consiste na separação orgânica entre o órgão acusador e o órgão julgador....de forma que pode o juiz manter-se equidistante da acusação e da defesa*”.

A atribuição da exclusividade da titularidade do Ministério Público para a ação penal, expressa no art. 129, I, da Carta da República, afastou qualquer dúvida sobre a adoção, pelo ordenamento jurídico brasileiro, do sistema acusatório. Com efeito, a imparcialidade do magistrado e a investidura na função jurisdicional de solução do conflito entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do acusado, não o impedem de desenvolver uma atividade probatória supletiva à das partes, determinando a realização de diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante da lide (art. 156, CPP) ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade (art. 502, *caput*). Isto porque, ao contrário do que ocorre no processo civil, o processo penal não transige com a busca da verdade real. A faculdade instrutória do juiz, contudo, somente poderá ser exercida nos limites traçados pelo diploma processual, de modo a garantir a sua imparcialidade, o contraditório e a equidistância indispensável à livre apreciação das provas. Jamais deve ser utilizado com vistas a restabelecer o imprescindível equilíbrio entre as partes - claramente comprometido pelo poder requisitório atribuído à acusação pela regra do art. 47, do Código de Processo Penal - sob pena de afastar-se da neutralidade caracterizadora do sistema acusatório.

Parece-nos, pois, que o intérprete deverá perquirir o exato sentido da norma ora questionada à luz dos princípios constitucionais, emprestando ao texto a dimensão que melhor conformidade apresente com a Carta Política.

Cabe registrar, por derradeiro, que as garantias conferidas às proposições constitucionais - principalmente as inculpidas entre os direitos fundamentais - aliada ao permanente questionamento acerca das falhas do

ordenamento jurídico e, em especial, das regras limitadoras das liberdades públicas, apresentam demasiada relevância na busca de um processo de resultados, que permita um mínimo de intervenção estatal sobre o que constitui, em última essência, a própria dignidade da pessoa humana.

6. CONCLUSÃO

O presente estudo, sem qualquer sabor de novidade, nada mais almejou do que trazer à tona a discussão sobre velho tema, desta feita numa perspectiva constitucional.

Não se pretendeu colocar um ponto final na problemática da hermenêutica constitucional, nem tampouco da questão examinada, não só em razão da complexidade do tema – que apresenta interface com outros ramos do saber jurídico – como em razão de nossas próprias limitações. Essas, sem dúvida, se põem como óbice ao esgotamento da matéria.

De outro lado, convictos de que não será sem um mínimo de ousadia que se desvendará qualquer mistério nem avançará em nenhum dos campos do conhecimento, buscamos apenas fornecer uma singela contribuição ao pensamento crítico do direito.

Como afirmava GADAMER, “*na experiência hermenêutica não há uma objetividade absoluta porque todo intérprete propõe a sua própria interpretação. E mesmo nas ciências empíricas, os conhecimentos estabelecidos encontram resistências e, na verdade, permanecem por muito tempo ocultos pelo paradigma dominante. O mesmo ocorre fundamentalmente com toda experiência. Esta precisa triunfar sobre a tradição, sob pena de fracassar por causa dela. O novo deixaria de sê-lo se não tivesse que se afirmar contra alguma coisa*” (**O problema da consciência histórica**. Hans-Georg Gadamer, Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1998).

Adotando esse norte e a despeito de não enfocar, de forma sistemática, os princípios de natureza processual elevados à categoria de norma constitucional, o ensaio procurou fixar-lhes o alcance e campo de incidência no sistema jurídico brasileiro. Com isso, invadiu esferas reservadas à Teoria Geral do Direito e à hermenêutica jurídica, passando pelo exame de dispositivos da lei processual penal, sem esquecer de apontar as conseqüências provocadas por sua inobservância na Lei Maior. Para tanto, situou-os entre as liberdades públicas cunhadas com a cláusula de intangibilidade caracterizadora da rigidez constitucional. A síntese dessas premissas autorizam as conclusões a seguir apontadas:

– Os princípios insculpidos na Constituição da República, expressa ou implicitamente, constituem os pilares de um ordenamento jurídico, servindo como diretrizes para a interpretação e aplicação de todo e qualquer ato normativo.

– Por definirem a lógica e racionalidade do sistema, não se pode desprezar a força impositiva dos princípios, codicionando a atividade intelectual do intérprete.

– Considerando que o conjunto de princípios basilares do processo penal estão assentados na Carta Política, não se pode fechar os olhos ao influxo recebido pelo direito processual dos valores éticos e políticos que informam a ordem jurídico-constitucional .

– A Carta Política de 88, ao ampliar as normas processuais constitucionais, alargou as garantias ao direito de liberdade, resguardando a dignidade humana contra eventuais ações do Poder Público.

– A interpretação das regras contidas na lei processual penal, distanciada dos princípios constitucionais norteadores do processo penal, acaba por comprometer o próprio sistema acusatório, extraído dessas mesmas proposições fundamentais. ◆

ÍNDICE DE AUTORES

(NÚMEROS 1 A 20 – 1998 A 2002)

(COM INDICAÇÃO DO NÚMERO E PÁGINAS DA REVISTA)

- ABSI, Luís Alberto - nº 4, p. 166-181. (ed. especial).
- AGUIAR, João Carlos Pestana de - nº 8, p. 69-84 e 9, p. 120-135.
- ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira de - nº 7, p. 170-208.
- ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção - nº 7, p. 59-80.
- ALVES, Rogério Pacheco - nº 13, p. 157-177.
- ALVIM, José Eduardo Carreira - nº 20, p. 205-209.
- ANDRADE, André Gustavo C. de - nº 10, p. 45-67 e 20, p. 141-168.
- ARAGÃO, Severiano - nº 5, p. 100-105; 8, p. 38-41; 9, p. 43-45; 10, p. 143-147.
- ARANCIBIA LÓPEZ, Guillermo - nº 4, p. 129-141 (ed. especial).
- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de - nº 6, p. 166-177.
- ASCENSÃO, José Oliveira - nº 7, p. 21-43.
- AYOUB, Luiz Roberto - nº 14, p. 78-86; 15, p. 189-199; 18, p. 113-124.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de - nº 16, p. 165-173.
- BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto - nº 2, p. 20-31; 18, p. 45-57.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos - nº 1, p. 16-37; 3, p. 13-25; 7, p. 81-91; 8, p. 42-53; 9, p. 98-119; 13, p. 51-54; 16, p. 11-22; 20, p. 180-192.
- BARBOSA, Pedro Montenegro - nº 7, p. 161-169.
- BARROSO, Luís Roberto - nº 15, p. 11-47
- BARROZO, Luiz Felizardo - nº 9, p. 158-173.
- BATISTA JR., Geraldo da Silva - nº 3, p. 47-53; 16, p. 121-126.
- BELLUZZO, Luiz Gonzaga - nº 8, p. 144-156.
- BENJÓ, Simão Isaac - nº 5, p. 66-86.
- BERMUDES, Sérgio - nº 1, p. 64-67; 6, p. 123-131; 7, p. 92-100; 11, p. 66-71; 18, p. 35-44.
- BINENBOJM, Gustavo - nº 9, p. 180-195.
- BUARQUE, Sidney Hartung - nº 19, p. 90-95.
- BULOS, Uadi Lammêgo - nº 12, p. 184-198.
- CABRAL, Antonio do Passo - nº 16, p. 206-224.
- CAIROLI MARTINEZ, Milton - nº 4, p. 205-215 (ed. especial).
- CALDERALE, Alfredo - nº 14, p. 11-33.
- CÂMARA, Alexandre Freitas - nº 3, p. 54-72; 18, p. 88-103.
- CARPENA AMORIM, Manoel - nº 1, p. 101-106; 2, p. 11-19; 4, p. 249-259; 5, p. 60-65; 7, p. 13-20; 8, p. 54-68; 9, p. 11-20; 10, p. 23-37; 11, p. 11-20; 12, p. 29-40.
- CARRERA, Francisco - nº 15, p. 218-223.
- CARVALHIDO, Hamilton - nº 14, p. 34-41.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos - nº 15, p. 200-209; 19, p. 160-168.

- CARVALHO, Ângela Augusta Santos - nº 4, p. 231-234 (ed.especial).
- CARVALHO, José Carlos Maldonado de - nº 15, p. 120-128.
- CARVALHO, Luis Gustavo GRANDINETTI Castanho de - nº 2, p. 51-76; 3, p. 127-147; 9, p. 21-42; 11, p. 131-146; 15, p. 79-94; 17, p. 83-93; 19, p. 53-61.
- CARVALHO, Luiz Fernando Ribeiro de - nº 1, p. 161-170.
- CASTRO FILHO, Durval Pimenta de - nº 12, p. 208-217.
- CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de - nº 11, p. 171-186.
- CAVALCANTI, André Cleófas Uchoa - nº 18, p. 179-186.
- CAVALIERI FILHO, Sergio - nº 1, p. 114-121; 3, p. 84-93; 5, p. 87-99; 6, p. 60-71; 8, p. 11-20; 9, p. 71-81; 13, p. 43-50; 18, p. 58-65; 20, p. 100-114.
- CAVALLIERI, Alyrio - nº 1, p. 158-160; 2, p. 203-204.
- CHAIGNEAU DEL CAMPO, Alberto - nº 4, p. 100-115 (ed.especial).
- CHALHUB, Melhim Namem - nº 6, p. 72-77.
- CIRIGLIANO FILHO, Raphael - nº 7, p. 136-147.
- CONCEIÇÃO, Maria Collares Felipe da - nº 12, p. 41- 47.
- COSTA, ALVARO Mayrink da - nº 3, p. 116-126; 5, p. 196-206; 9, p. 141-157; 12, p. 143-183; 16, p. 192-205.
- COSTA, Caetano Ernesto da Fonseca - nº 17, p. 78-82.
- DIAS, Francisco Mauro - nº 17, p. 111-123.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes - nº 1, p. 141-146; 11, p. 24-42.
- DUTRA, Fábio - nº 7, p. 111-125.
- ESTEFAN, Paulo Assed - nº 7, 148-154.
- FÁBREGAS, Luiz Murillo - nº 6, 98-111.
- FAVER, Marcus Antonio de Souza - nº 13, p. 11-21.
- FIGUEIREDO, Pedro de Oliveira - nº 2, p. 146-191.
- FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros - nº 2, p. 192-202; 13, p. 209-211; 18, p. 245-247.
- FONSECA, José Geraldo da - nº 13, p. 149-156.
- FONTES, André- nº 5, p. 207-215.
- FREITAS, Wagner Cinelli de Paula - nº 7, p. 155-158.
- FREIXINHO, Oswaldo Henrique - nº 16, p. 127-132.
- FRIEDE, Roy Reis - nº 18, p. 125-140.
- FUX, Luiz - nº 9, p. 174-179; 13, p. 65-87; 14, p. 51 -61; 15, p. 142-156.
- GAGLIARDI, Pedro Luiz Ricardo - nº 4, p. 70-78 (ed.especial).
- GAMA, Décio Xavier - nº 1, p. 187-189; 2, p. 231-233; 3, p. 102-109; 5, p. 123-126; 6, p. 132-141; 8, p. 32-37; 10, p. 103-112; 12, p. 218-219; 13, p. 128-131; 20, p. 332-336.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da - nº 18, p. 187-227.
- GARCEZ NETO, Martinho - nº 19, p. 46-52.
- GARCIA, José Augusto - nº 2, p. 115-145.
- GAULIA, Cristina Tereza - nº 13, p. 88-106; 18, p. 66-87.
- GLANZ, Semy - nº 2, p. 105-114; 3, p. 94-101.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas - nº 13, p. 22-39; 14, p. 42-50; 16, p. 43-51; 17, p. 11-23; 19, p. 13-22; 20, p. 79-90.
- GONDINHO, André Osório - nº 8, p. 99-117.

- GONZÁLEZ, Carlos Gerardo - nº 12, p. 140-142.
- GRECO, Leonardo - nº 1, p. 68-83; 16, p. 105-120.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago - nº 14, p. 152-161.
- GUTIÉRREZ, Daniel - nº 4, p. 223-230 (ed. especial).
- GUTIÉRREZ, Maria Cristina Barros - nº 10, p. 148-152; 13, p. 107-116.
- GUZMÁN TAPIA, Juan - nº 4, p. 142-152 (ed. especial).
- HADDAD, Luiz Felipe da Silva - nº 16, p. 100-104.
- HAMILTON, Sérgio Demoro - nº 17, p. 219-233.
- IBAZETA MARINO, Marcos - nº 4, p. 55-69 (ed. especial).
- IBRAHIM, Marco Antonio - nº 9, p. 82-97; 14, p. 134-136; 15, p. 180-188.
- KLAUSNER, Eduardo Antônio - nº 20, p. 169-179.
- LEONARDOS, Tomaz Henrique - nº 10, p. 175-183.
- LIMA, Artur Arnildo - nº 4, p. 182-187 (ed. especial).
- LIMA, Maria Cristina de Brito - nº 13, p. 212-233; 19, p. 169-189.
- LIRA, Ricardo Pereira - nº 3, p. 212-218.
- LOBO, Jorge - nº 3, p. 156-197; 6, p. 112-122; 9, p. 52-63; 15, p. 95-119; 17, p. 94-110.
- LOMBARDI, Eduardo - nº 4, p. 223-230 (ed. especial).
- LOURENÇO, Rodrigo Lopes - nº 13, p. 234-241.
- LUDWIG, Artur Arnildo - nº 4, p. 182-187 (ed. especial).
- LUNZ, Julieta Lídia - nº 19, p. 108 - 115.
- MACHADO, Luiz - nº 18, p. 238-244.
- MAGALHÃES, Jorge de Miranda - nº 5, p. 150-195; 6, p. 78-97; 19, p. 85-89.
- MAGALHAES, Katia Braga de - nº 12, p. 75-80.
- MALCHER, José Lisboa da Gama - nº 4, p. 191-192 (ed. especial).
- MANES, Humberto de Mendonça - nº 5, p. 13-22.
- MARQUES, Wilson - nº 1, p. 84-100; 2, p. 91-97; 3, p. 26/35; 5, p. 117-122; 6, p. 142-147; 7, p. 101-110; 11, p. 72-87; 15, p. 129-141; 20, p. 193-204.
- MARTINS, Alcides - nº 4, p. 237-245 (ed. especial).
- MARTINS, Ives Gandra da Silva - nº 12, p. 199-207.
- MARTINS, Pedro A. Batista - nº 1, p. 122-135.
- MATTA, José Eduardo Nobre - nº 10, p. 189-212; 11, p. 116-130; 12, p. 92-110; 14, p. 119-133; 15, p. 210-217; 16, p. 236-247.
- MATTOS, Edson Viana de - nº 10, p. 184-188.
- MELLO JÚNIOR, Adolpho C. de Andrade - nº 9, p. 46-51; 11, p. 95-109; 12, p. 111-117.
- MELLO, Heloisa Carpena Vieira de - nº 3, p. 73-83.
- MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias - nº 10, p. 11-22; 11, p. 21-23; 13, p. 40-42; 18, p. 13-22.
- MENNA BARRETO, João de Deus Lacerda - nº 1, p. 136-140; 2, p. 98-104.
- MIGUEL FILHO, Theophilo Antonio - nº 15, p. 168-179.
- MONTEBELLO, Marianna - nº 11, p. 155-170.

- MORAES, Humberto Peña de - nº 13, p. 135-148.
- MORAES, Maria Celina Bodin de - nº 12, p. 48-74.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo - nº 3, p. 198-211.
- MOREIRA, Cristovan Daiello - nº 4, p. 48-52 (ed. especial).
- MOUSNIER, Conceição A. - nº 20, p. 244-264.
- NADER, Paulo - nº 3, p. 36-46.
- NEIVA, Celina Cardoso - nº 14, p. 137-139.
- NOGUEIRA, Alberto - nº 4, p. 79-99 (ed. especial).
- NOGUEIRA, Cláudia de Almeida - nº 17, p. 192-218.
- NUNES, Heleno Ribeiro Pereira - nº 6, p. 155-162.
- OBERTO, Giacomo - nº 20, p. 15-50.
- OLIVEIRA NETO, Arthur Narciso de - nº 20, p. 210-233.
- OLIVEIRA, André Felipe Vêras de - nº 19, p. 197-206.
- OLIVEIRA, Glaucenir Silva de - nº 6, p. 186-196.
- OLIVEIRA, José Jayme de Macedo - nº 16, p. 150-164.
- PASSOS, Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca - nº 16, p. 133-149; 19, p. 96-107.
- PEDROSA, Ronaldo Leite - nº 11, p. 110-115.
- PENALVA SANTOS, Joaquim Antonio de Vizeu - nº 5, p. 113-116; 9, p. 64-70; 10, p. 96-102; 14, p. 74-77.
- PENALVA SANTOS, Paulo - nº 7, p. 44-58.
- PENNA, A. GOMES - nº 1, p. 171-182.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres - nº 2, p. 205-226; 15, p. 63-78; 20, p. 265-283.
- PEREIRA, Áurea Pimentel - nº 13, p. 132-134; 15, p. 48-62; 18, p. 104-112.
- PEREIRA, Guilherme Bollorini - nº 17, p. 174-191.
- PEREIRA, Osny Duarte - nº 5, p. 53-59.
- PIMENTEL, Ruy Mendes - nº 11, p. 88-94.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de - nº 16, p. 174-191; 18, p. 141-155.
- PISANI, Andrea Proto - nº 16, p. 23-42.
- RANGEL, Paulo - nº 13, p. 178-208; 17, p. 245-256.
- REGO, Oswaldo Luiz Franco - nº 19, p. 116-131.
- REGO, Werson Franco Pereira - nº 19, p. 116-131.
- RIBAS FILHO, Thiago - nº 1, p. 11-15.
- RIBEIRO, Benedito Silvério - nº 4, p. 23-30 (ed. especial).
- RIOS AVALOS, Bonifácio - nº 4, p. 193-204 (ed. especial).
- RODRIGUES, Asclepiades - nº 8, p. 137-140; 11, p. 147-154.
- RODRIGUES, Maria Stella Villela Souto Lopes - nº 8, p. 21-31.
- RODRIGUES, Paulo Orval P. - nº 4, p. 116-121 (ed. especial).
- ROMEIRO JÚNIOR, Jorge Alberto - nº 14, p. 107-118.
- ROSA, Felipe Augusto de Miranda - nº 6, p. 197/198; 7, p. 159-160; 8, p. 129-136; 12, p. 21-28; 14, p. 162-190; 19, p. 23-26; 20, p. 320-324.

- RULLI JÚNIOR, Antônio - nº 4, p. 31-47 (ed. especial); 6, p. 13-29; 9, p. 196-200; 11, p. 187-206.
- SALOMÃO, Luis Felipe - nº 1, p. 107-113; 8, p. 85-94; 10, p. 153-174; 14, p. 62-73.
- SALOMÃO, Paulo César - nº 8, p. 141-143.
- SANTOS, Antonio Carlos Viana - nº 4, p. 153-165 (ed.especial).
- SANTOS, Bonni dos - nº 17, p. 234-244.
- SANTOS, Luiz Gonzaga dos - nº 3, p. 110-115.
- SARDAS, Leticia de Faria - nº 3, p. 148-155; 16, p. 52-59; 18, p. 228-237.
- SARMENTO, Eduardo Sócrates Castanheira - nº 12, p. 118-127; 13, p. 117-127.
- SHARP JÚNIOR, Ronald Amaral - nº 14, p. 87-94.
- SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar - nº 1, p. 38-57; 2, p. 77-90.
- SILVA, Ovídio Baptista da - nº 18, p. 23-34.
- SILVA, Roberto de Abreu e - nº 16, p. 60-72; 19, p. 62-84.
- SILVA, Wilney Magno de Azevedo - nº 16, p. 225-235.
- SIMÕES, Ernani de Paiva - nº 5, p. 106-112; 12, p. 128-139.
- SLAIBI FILHO, Nagib - nº 1, p. 58-63; 5, p. 127-133; 6, p. 148-154; 8, p. 95-98; 10, p. 118-142; 16, p. 73-99; 17, p. 124-153; 19, p. 27-45; 20, p. 284-319.
- SOARES, João Batista Berthier Leite - nº 17, p. 154-173.
- SOUZA, Marco Antonio Costa - nº 4, p. 122-126 (ed. especial).
- SOUZA, Rogério de Oliveira - nº 5, p. 134-149; 7, p. 126-135; 10, p. 113-117; 12, p. 81-91; 14, p. 140-151; 15, p. 157-167; 17, p. 58-77; 18, p. 156-164.
- SOUZA, Sylvio Capanema de - nº 10, p. 68-95; 17, p. 53-57; 20, p. 91-99.
- TEIXEIRA, Alexandre Abrahão Dias - nº 6, p. 178-185; 19, p. 190-196.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo - nº 1, p. 147-157; 5, p. 39-52; 10, p. 38-44; 11, p. 43-65; 12, p. 11-20.
- TEPEDINO, Gustavo - nº 2, p. 32-50.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto - nº 17, p. 24-52; 20, p. 51-78.
- TORRES, Antonio Carlos Esteves - nº 20, p. 234-243.
- TREDINNICK, André Felipe Alves da Costa - nº 6, p. 30-59.
- VARELA, Thiago Ragonha - nº 18, p. 165-178.
- VELLOSO, Carlos Mario da Silva - nº 5, p. 23-38.
- VIANNA, Guaracy de Campos - nº 20, p. 325-331.
- VIEIRA, Ana Lúcia Carvalho Pinto - nº 4, p. 216-222 (ed. especial).
- WALD, Arnoldo - nº 8, p. 118-128.
- WERNER, José Guilherme Vasi - nº 19, p. 132-143.
- WHITAKER, Luiz Fernando da Cunha - nº 1, p. 183-186; 2, p. 227-230; 10, p. 213-215; 13, p. 242-245.
- WIDER, Roberto - nº 20, p. 115-140.
- ZÉFIRO, Gabriel de Oliveira - nº 14, p. 95-106.

ÍNDICE DE ASSUNTOS

NÚMEROS 1 A 20 - 1998 A 2002

(COM INDICAÇÃO DO NÚMERO E PÁGINAS DA REVISTA)

ABERTURA DE CRÉDITO

Contrato de abertura de crédito e ação monitória – Luiz Gonzaga dos Santos, n. 3, p. 110-115, 1998.

AÇÃO

Teoria da ação – as grandes objeções ao conceito final de ação – Álvaro Mayrink da Costa, n. 5, p. 196-206, 1999.

AÇÃO CAUTELAR ver PROCESSO CAUTELAR

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Ações de classe. Direito comparado e aspectos processuais relevantes – Humberto Dalla Bernardina de Pinho, n. 18, p. 141-155, 2002.

Limites subjetivos da coisa julgada nas ações difusas, coletivas e individuais homogêneas – Wilson Marques, n. 15, p. 129-141, 2001.

AÇÃO COLETIVA

Ações coletivas – Maria Cristina de Brito Lima, n. 19, p. 169-189, 2002.

AÇÃO DE ALIMENTOS ver ALIMENTOS (DIREITO DE FAMÍLIA)

AÇÃO DE DEPÓSITO

Do “equivalente em dinheiro” nas ações de depósito em contratos de alienação fiduciária – Rogério de Oliveira Souza, n. 10, p. 113-117, 2000.

AÇÃO DE DESPEJO

Ação de despejo por falta de pagamento – Caetano Ernesto da Fonseca Costa, n. 17, p. 78-82, 2002.

AÇÃO JUDICIAL

A efetividade do processo nas ações contra a Fazenda Pública – Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos, n. 16, p. 133-149, 2001.

A importância da classificação tradicional das ações e o registro de imóveis – Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento, n. 13, p. 117-127, 2001.

Mandamentalidade e auto-executoriedade das decisões judiciais – Ovídio Baptista da Silva, n. 18, p. 23-34, 2002.

AÇÃO MONITÓRIA

A ação monitória – Wilson Marques, n. 1, p. 84-100, 1998.

Contrato de abertura de crédito e ação monitória – Luiz Gonzaga dos Santos, n. 3, p. 110-115, 1998.

AÇÃO RESCISÓRIA

A responsabilidade do credor pela execução – Rogério de Oliveira Souza, n. 18, p. 156-164, 2002.

ACESSO À JUSTIÇA

Democracia e acesso à Justiça – Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, n. 1, p. 161-170, 1998.

Sentença estrangeira e globalização: acesso à justiça e cooperação internacional – Antonio do Passo Cabral, n. 16, p. 206-224, 2001.

Um novo tempo na Justiça – Thiago Ribas Filho, n. 1, p. 11-15, 1998.

ACIONISTA E ACIONISTA CONTROLADOR

O direito do acionista de participação nos lucros sociais – Pedro A Batista Martins, n. 1, p. 122-135, 1998.

Interpretação realista da alienação de controle de companhia aberta – Jorge Lobo, n. 15, p. 95-119, 2001.

ADOÇÃO

Adoção por duas pessoas e a de maiores de 18 anos – Décio Xavier Gama, n. 10, p. 103-112, 2000.

Tutela e adoção remuneradas – Décio Xavier Gama, n. 13, p. 128-131, 2001.

Adoção internacional – Alyrio Cavallieri, n. 2, p. 203-204, 1998.

ADOLESCENTE

O fórum da criança e do adolescente – Alyrio Cavallieri, n. 1, p. 158-160, 1998.

ADVOGADO

Da natureza jurídica do compromisso do advogado – Edson Viana de Mattos, n. 10, p. 184-188, 2000.

AGRAVO

Impugnação do despacho liminar da execução: agravo, exceção de pré-executividade ou embargos? – Geraldo da Silva Baptista Júnior, n. 16, p. 121-126, 2001.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Sustação pelo Tribunal do cumprimento de sentença sujeita a apelação de efeito apenas devolutivo – Sérgio Bermudes, n. 1, p. 64-67, 1998.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Alienação fiduciária em garantia – uma visão crítica – Luiz Roberto Ayoub, n. 14, p. 78-86, 2001.

Considerações sobre a cumulação das garantias pessoais e reais, na alienação fiduciária – Sylvio Capanema de Souza, n. 17, p. 53-57, 2002.

Do “equivalente em dinheiro” nas ações de depósito em contratos de alienação fiduciária – Rogério de Oliveira Souza, n. 10, p. 113-117, 2000.

ALIMENTOS (DIREITO DE FAMÍLIA)

As ações cautelares no direito de família – Wilson Marques, n. 11, p. 72-87, 2000.

Execução de sentença de condenação no pagamento de alimentos – aspectos polêmicos – Wilson Marques, n. 7, p. 101-110, 1999.

ALUGUEL

Ação de despejo por falta de pagamento – Caetano Ernesto da Fonseca Costa, n. 17, p. 78-82, 2002.

APELAÇÃO

A apelação na “causa madura”- Jorge de Miranda Magalhães, n. 19, p. 85-89, 2002.

Considerações sobre a apelação no sistema recursal do Código de Processo Civil – Sérgio Bermudes, n. 6, p. 123-131, 1999.

Considerações sobre o efeito suspensivo dos recursos cíveis – Sérgio Bermudes, n. 11, p. 66-71, 2000.

A reforma processual de 2002 – ligeiras anotações. Apelação – Wilson Marques, n. 20, p. 193-204, 2002.

Sustação pelo Tribunal do cumprimento de sentença sujeita a apelação de efeito apenas devolutivo – Sérgio Bermudes, n. 1, p. 64-67, 1998.

APLICAÇÃO DO DIREITO

Aplicação do direito: dogmática jurídica e contexto social – Plauto Faraco de Azevedo, n. 16, p. 165-173, 2001.

Aplicação judicial do Direito – Juízos de verossimilitude e probabilidade – Adolpho C. de Andrade Mello Jr, n. 12, p. 111-117, 2000.

Correção jurisprudencial de leis injustas – Álvaro Henrique Teixeira de Almeida, n. 7, p. 170-208, 1999.

Intérpretes da Constituição – João Batista Berthier Leite Soares, n. 17, p. 154-173, 2002.

ARBITRAGEM

A jurisdicionalidade da arbitragem – Luiz Roberto Ayoub, n. 15, p. 189-199, 2001.

Tipologia dos modos de “tratamento” dos conflitos – Felipe Augusto de Miranda Rosa, n. 12, p. 21-28, 2000.

ARGÜIÇÃO DE

INCONSTITUCIONALIDADE

A argüição de inconstitucionalidade nos Tribunais (nova redação do art. 481 do Código de Processo Civil) – Nagib Slaibi Filho, n. 6, p. 148-154, 1999.

ARREMATACÃO

Duplicidade de arrematações – Severiano Aragão, n. 10, p. 143-147, 2000.

ARRENDAMENTO

Arrendamento residencial – Joaquim Antonio de Vizeu Penalva Santos, n. 9, p. 64-70, 2000.

ARROLAMENTO DE BENS

As ações cautelares no direito de família – Wilson Marques, n. 11, p. 72-87, 2000.

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

Assistência jurídica gratuita. Ligeiras anotações em torno de algumas questões polêmicas – Wilson Marques, n. 3, p. 26-35, 1998.

ASSUNÇÃO DA DÍVIDA

Da assunção de dívida – Luiz Roldão de Freitas Gomes, n. 20, p. 79-90, 2002.

ATO JURÍDICO

Dos defeitos do negócio jurídico no novo Código Civil: fraude, estado de perigo e lesão – Huymberto Theodoro Júnior, n. 20, p. 51-78, 2002.

ATO PROCESSUAL

Dever judicial de adequação do procedimento à pretensão deduzida em juízo – Cristina Gutiérrez, n. 13, p. 107-116, 2001.

AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO

Juizados Especiais Cíveis – Artur Arnildo Ludwig, n. 4, ed. especial, p. 182-187, 1998.

AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E

JULGAMENTO

Juizados Especiais Cíveis – Artur Arnildo Ludwig, n. 4, ed. especial, p. 182-187, 1998.

AUXÍLIO-ADOÇÃO

Tutela e adoção remuneradas – Décio Xavier Gama, n. 13, p. 128-131, 2001.

AUXÍLIO-RECLUSÃO

Intérpretes da Constituição – João Batista Berthier Leite Soares, n. 17, p. 154-173, 2002.

BENS IMÓVEIS

Arrendamento residencial – Joaquim Antônio de Vizeu Penalva Santos, n. 9, p. 64-70, 2000.

A repercussão do novo Código Civil sobre a aquisição de bens imóveis pelo Poder Judiciário – Jessé Torres Pereira Junior, n. 20, p. 265-283, 2002.

CANUDOS

Intervenção federal em Canudos – Luiz Fernando Whitaker da Cunha, n. 1, p. 183-186, 1998.

CARTA de princípios de Itaipava, n. 4, ed. especial, p. 261-272, 1998.

CARTÃO DE CRÉDITO

O litigante habitual – Ruy Mendes Pimentel, n. 11, p. 88-94, 2000.

CASAMENTO

A constitucionalização do direito de família na carta política brasileira de 1988 – Áurea Pimentel Pereira, n. 15, p. 48-62, 2001.

Sobre o nome da pessoa humana – Maria Celina Bodin de Moraes, n. 12, p. 48-74, 2000.

CASO EDIFÍCIO PALACE II

A adoção da pena de morte e a tragédia da Barra da Tijuca-Rio – Décio Xavier Gama, n. 1, p. 187-190, 1998.

CAUSA DE PEDIR ver *CAUSA PETENDI*

CAUSA PETENDI

Litispêndencia por identidade de causa de pedir – Theophilo Antonio Miguel Filho, n. 15, p. 168-179, 2001.

CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO

Cédula de crédito bancário – Joaquim Antonio de Vizeu Penalva Santos, n. 10, p. 96-102, 2000.

CESSÃO DE DIREITOS

O compromisso de compra e venda como título de propriedade – Melhim Namem Chalhub, n. 6, p. 72-77, 1999.

CHINA

Viagem à China e Tailândia – Manoel Carpena Amorim, n. 11, p. 11-20, 1999.

CIDADANIA

Mercosul: direito, jurisdição, cidadania e democracia – Antônio Rulli Júnior, n. 11, p. 187-206, 2000.

O processo como instrumental de cidadania – Durval Pimenta de Castro Filho, n. 12, p. 208-217, 2000.

CIÊNCIA DO DIREITO

Aplicação do direito: dogmática jurídica e contexto social – Plauto Faraco de Azevedo, n. 16, p. 165-173, 2001.

CITAÇÃO POR EDITAL

Citação editalícia. Revelia. Suspensão do processo. Reflexões – Ronaldo Leite Pedrosa, n. 11, p. 110-115, 2000.

CLASSIFICAÇÃO

A importância da classificação tradicional das ações e o registro de imóveis – Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento, n. 13, p. 117-127, 2001.

Taxionomia moderna das marcas (seus atributos intrínsecos – patologia do uso das marcas, consoante a nova lei da propriedade industrial) – Tomaz Henrique Leonardos, n. 10, p. 175-183, 2000.

CLÁUSULA ABUSIVA

Cláusulas abusivas – Luiz Roldão de Freitas Gomes, n. 16, p. 43-51, 2001.

As cláusulas abusivas nos contratos com consumidores no direito brasileiro e no italiano – Luiz Roldão de Freitas Gomes, n. 14, p. 42-50, 2001.

Revisão de contratos pela ilicitude das cláusulas e pela teoria da imprevisão – Severiano Aragão, n. 8, p. 38-41, 1999.

CLÁUSULA DE REAJUSTE CAMBIAL

O Código do consumidor e os contratos financeiros com cláusula de reajuste pela variação cambial do dólar – Sergio Cavaliere Filho, n. 9, p. 71-81, 2000.

Contrato de *leasing* com cláusula de reajuste cambial – Marco Antônio Ibrahim, n. 9, p. 82-97, 2000.

CLÁUSULA PÉTREA

A emenda do Judiciário – “quem garantirá as garantias?”- José Eduardo Nobre Matta, n. 10, p. 189-212, 2000.

CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS

ver TEORIA DA IMPREVISÃO

CÓDIGO CIVIL, ART. 362

Reconhecimento de paternidade – Manoel Carpena Amorim, n. 9, p. 11-20, 2000.

CÓDIGO CIVIL (2002)

O contrato de mútuo no novo Código Civil – Eduardo Antônio Kläusner, n. 20, p. 169-179, 2002.

Os contratos no novo Código Civil – Luiz Roldão de Freitas Gomes, n. 17, p. 11-23, 2002.

Os direitos da personalidade e o novo Código Civil: questões suscitadas – Luiz Roldão de Freitas Gomes, n. 19, p. 13-22, 2002.

Dos contratos no novo Código Civil – Sylvio Capanema de Souza, n. 20, p. 91-99, 2002.

Dos defeitos do negócio jurídico no novo Código Civil: fraude, estado de perigo e lesão – Humberto Theodoro Júnior, n. 20, p. 51-78, 2002.

A nova família à luz da Constituição Federal, da legislação e do novo Código Civil – Conceição A. Mousnier, n. 20, p. 244-264, 2002.

Onovo Código Civil e o Código do Consumidor – convergências ou antinomias? – Sergio Cavaliere Filho, n. 20, p. 100-114, 2002.

A repercussão do novo Código Civil sobre a aquisição de bens imóveis pelo Poder Judiciário – Jessé Torres Pereira Junior, n. 20, p. 265-283, 2002.

CÓDIGO CIVIL, PROJETO

Direito civil constitucional – Luiz Fernando Whitaker da Cunha, n. 2, p. 227-230, 1998.

CÓDIGO DE DEFESA DO

CONSUMIDOR

Algumas reflexões sobre o Código do Consumidor – Manoel Carpena Amorim, n. 12, p. 29-40, 2000.

Aspectos da responsabilidade civil do Código de Defesa do Consumidor – Letícia de Faria Sardas, n. 16, p. 52-59, 2001.

Breves considerações sobre a alternativa de substituição do produto viciado – J.G. Vasi Werner, n. 19, p. 132-143, 2002.

- O Código de Defesa do Consumidor: aspectos sociais – interpretação – Antonio Carlos Esteves Torres, n. 20, p. 234-243, 2002.
- O Código de Defesa do Consumidor e o contrato de seguro – Carlos Roberto Barbosa Moreira, n. 2, p. 20-31, 1998.
- O Código de Defesa do Consumidor e o Direito Econômico – Werson Franco Pereira Rego e Oswaldo Luiz Franco Rego, n. 19, p. 116-131, 2002.
- O Código de Defesa do Consumidor e seus reflexos na teoria geral do direito civil – Sylvio Capanema de Souza, n. 10, p. 68-95, 2000.
- O Código do Consumidor e os contratos financeiros com cláusula de reajuste pela variação cambial do dólar – Sergio Cavalieri Filho, n. 9, p. 71-81, 2000.
- Da inversão do ônus da prova – Rogério de Oliveira Souza, n. 12, p. 81-91, 2000.
- A desconsideração da personalidade da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor – eficácia das decisões judiciais - Cristina Teresa Gaulia, n. 18, p. 66-87, 2002.
- A inversão do ônus da prova em favor do consumidor – Alexandre Freitas Câmara, n. 18, p. 88-103, 2002.
- A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor – Cristina Tereza Gaulia, n. 13, p. 88-106, 2001.
- A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor – o momento em que se opera a inversão e outras questões – André Gustavo C. de Andrade, n. 20, p. 141-168, 2002.
- O novo Código Civil e o Código do Consumidor. Convergências ou antinômias? – Sergio Cavalieri Filho, n. 20, p. 100-114, 2002.
- As partes na locação do imóvel urbano em extensão ao Código de Defesa do Consumidor – Celina Cardoso Neiva, n. 14, p. 137-139, 2001.
- O princípio da dimensão coletiva das relações de consumo: reflexos no “processo do consumidor”, especialmente quanto aos danos morais e às conciliações – José Augusto Garcia, n. 2, p. 115-145, 1998.
- Princípios gerais do Código do Consumidor: visão histórica – Jorge de Miranda Magalhães, n. 6, p. 78-97, 1999.
- Propaganda enganosa e abusiva – José Carlos Maldonado de Carvalho, n. 15, p. 120-128, 2001.
- Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor – Heloisa Carpena Vieira de Mello, n. 3, p. 73-83, 1998.
- A responsabilidade civil médico-hospitalar à luz do Código do Consumidor – Sergio Cavalieri Filho, n. 5, p. 87-99, 1999.
- A responsabilidade do incorporador/construtor no Código do Consumidor – Sergio Cavalieri Filho, n.3, p. 84-93, 1998.
- Visão panorâmica da responsabilidade do transportador – Sergio Cavalieri Filho, n. 1, p. 114-121, 1998.
- CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**
- Considerações sobre a apelação no sistema recursal do Código de Processo Civil – Sérgio Bermudes, n. 6, p. 123-131, 1999.
- As novas e boas propostas da reforma – Sálvio de Figueiredo Teixeira, n. 5, p. 39-52, 1999.
- Reformas do CPC em matéria de recursos – José Carlos Barbosa Moreira, n. 13, p. 51-64, 2001.
- CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – ART. 130**
- O juiz ativo para a justiça efetiva – Luiz Felipe da Silva Haddad, n. 16, p. 100-104, 2001.
- CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – ART. 481**
- A arguição de inconstitucionalidade nos Tribunais (nova redação do art. 481 do Código de Processo Civil) – Nagib Slaib Filho, n. 6, p. 148-154, 1999.

**CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL –
ART. 557**

A nova redação do art. 557 do Código de Processo Civil – Nagib Slaibi Filho, n. 5, p. 127-133, 1999.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O processo penal brasileiro e o novo impulso pela sua modernização – Sálvio de Figueiredo Teixeira, n. 10, p. 38-44, 2000.

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

A responsabilidade civil prevista no Código de Trânsito Brasileiro à luz da Constituição federal – Sergio Cavalieri Filho, n. 6, p. 60-71, 1999.

CÓDIGO FLORESTAL

As alterações do Código Florestal – Francisco Carrera, n. 15, p. 218-223, 2001.

COGNIÇÃO

Técnicas de cognição e efetividade do processo – André Osório Gondinho, n. 8, p. 99-117, 1999.

COISA JULGADA

O garantismo penal e o aditamento à denúncia – Paulo Rangel, n. 13, p. 178-208, 2001.

A interpretação jurídica sob a ótica constitucional – Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, n. 15, p. 79-94, 2001.

Limites subjetivos da coisa julgada nas ações difusas, coletivas e individuais homogêneas – Wilson Marques, n. 15, p. 129-141, 2001.

**COMISSÃO PARLAMENTAR DE
INQUÉRITO**

Comissões Parlamentares de Inquérito: verdades e fantasias – Alexandre Abrahão Dias Teixeira, n. 6, p. 178-185, 1999.

COMMON LAW

Ações de classe. Direito comparado e aspectos processuais relevantes – Humberto Dalla Bernardina de Pinho, n. 18, p. 141-155, 2002.

COMPETÊNCIA

Observações sobre competência jurisdicional – a natureza da competência dos juízos descentralizados – varas estaduais regionais e varas federais do interior

– Wilney Magno de Azevedo Silva, n. 16, p. 225-235, 2001.

CONCILIAÇÃO

Justiça Municipal? – Décio Xavier Gama, n. 6, p. 132-141, 1999.

Pequenas causas: solução encontrada para conflitos de caráter patrimonial e mesmo infracional – Décio Xavier Gama, n. 2, p. 231-233, 1998.

O princípio da dimensão coletiva das relações de consumo: reflexos no “processo do consumidor”, especialmente quanto aos danos morais e às conciliações – José Augusto Garcia, n. 2, p. 115-145, 1998.

Tipologia dos modos de “tratamento” dos conflitos – Felipe Augusto de Miranda Rosa, n. 12, p. 21-28, 2000.

CONCUBINATO

A constitucionalização do direito de família na carta política brasileira de 1988 – Áurea Pimentel Pereira, n. 15, p. 48-62, 2001.

CONCURSO DE PREFERÊNCIA

Do concurso de preferências na execução – Rogério de Oliveira Souza, n. 17, p. 58-77, 2002.

CONCURSO PÚBLICO

Ensino jurídico e concurso público – André Cleófas Uchôa Cavalcanti, n. 18, p. 179-186, 2002.

A formação de magistrados na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ – Manoel Carpena Amorim, n. 2, p. 11-19, 1998.

La formación de jueces del Estado del Rio de Janeiro – Manoel Carpena Amorim, n. 4, ed. especial, p. 249-259, 1998.

Repercussões da Emenda Constitucional nº 19 sobre os concursos para provimento de cargos e empregos públicos – Jessé Torres Pereira Júnior, n. 2, p. 205-226, 1998.

CONDOMÍNIO

Representação do condomínio na Justiça do Trabalho – José Geraldo da Fonseca – n. 13, p. 149-156, 2001.

CONFISCO

O novo I.T.R. e a vedação constitucional do confisco – Ernani de Paiva Simões, n. 5, p. 106-112, 1999.

CONFLITO

Pequenas causas: solução encontrada para conflitos de caráter patrimonial e mesmo infracional – Décio Xavier Gama, n. 2, p. 231-233, 1998.

Polícia e Judiciário: relações e conflitos – João Marcello de Araújo Junior, n. 6, p. 166-177, 1999.

Tipologia dos modos de “tratamento” dos conflitos – Felipe Augusto de Miranda Rosa, n. 12, p. 21-28, 2000.

CONSTITUIÇÃO

Intérpretes da Constituição – João Batista Berthier Leite Soares, n. 17, p. 154-173, 2002.

CONSTITUIÇÃO, BRASIL (1824)

Óptica constitucional – a igualdade e as ações afirmativas – Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, n. 18, p. 13-22, 2002.

CONSTITUIÇÃO, BRASIL (1891)

Óptica constitucional – a igualdade e as ações afirmativas – Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, n. 18, p. 13-22, 2002.

CONSTITUIÇÃO, BRASIL (1934)

Óptica constitucional – a igualdade e as ações afirmativas – Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, n. 18, p. 13-22, 2002.

CONSTITUIÇÃO, BRASIL (1937)

Óptica constitucional – a igualdade e as ações afirmativas – Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, n. 18, p. 13-22, 2002.

CONSTITUIÇÃO, BRASIL (1946)

Óptica constitucional – a igualdade e as ações afirmativas – Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, n. 18, p. 13-22, 2002.

CONSTITUIÇÃO, BRASIL (1967)

Óptica constitucional – a igualdade e as ações afirmativas – Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, n. 18, p. 13-22, 2002.

CONSTITUIÇÃO, BRASIL (1988)

A constitucionalização do direito de família na carta política brasileira de 1988 – Áurea Pimentel Pereira, n. 15, p. 48-62, 2001.

O direito penal na Constituição (1988-1998) – Álvaro Mayrink da Costa, n. 9, p. 141-157, 2000.

A discriminação de rendas na Constituição federal de 1988 e a busca de um novo modelo federativo em mundo marcado pela globalização dos mercados – Ernani de Paiva Simões, n. 12, p. 128-139, 2000.

A nova família à luz da Constituição federal, da legislação e do novo Código Civil – Conceição A. Mousnier, n. 20, p. 244-264, 2002.

Óptica constitucional – a igualdade e as ações afirmativas – Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, n. 18, p. 13-22, 2002.

Responsabilidade civil constitucional – Roberto de Abreu e Silva, n. 16, p. 60-72, 2001.

A responsabilidade civil prevista no Código de Trânsito Brasileiro à luz da Constituição federal – Sergio Cavalieri Filho, n. 6, p. 60-71, 1999.

CONSTITUIÇÃO, ESTADOS UNIDOS

A experiência constitucional norte-americana – Guilherme Bollorini Pereira, n. 17, p. 174-191, 2002.

CONSTRUTOR

A responsabilidade do incorporador/construtor no Código do Consumidor – Sergio Cavalieri Filho, n. 3, p. 84-93, 1998.

CONSUMIDOR ver DIREITOS DO CONSUMIDOR

CONTRATO

Arrendamento residencial – Joaquim Antônio de Vizeu Penalva Santos, n. 9, p. 64-70, 2000.

As cláusulas abusivas nos contratos com consumidores no direito brasileiro e no italiano – Luiz Roldão de Freitas Gomes, n. 14, p. 42-50, 2001.

O Código do Consumidor e os contratos financeiros com cláusula de reajuste pela variação cambial do dólar – Sergio Cavalieri Filho, n. 9, p. 71-81, 2000.

Contrato de abertura de crédito e ação monitoria – Luiz Gonzaga dos Santos, n. 3, p. 110-115, 1998.

Contrato de *leasing* com cláusula de reajuste cambial – Marco Antônio Ibrahim, n. 9, p. 82-97, 2000.

Contrato de *shopping center* – Guilherme Calmon Nogueira da Gama, n. 8, p. 187-227, 2002.

Os contratos no novo Código Civil – Luiz Roldão de Freitas Gomes, n. 17, p. 11-23, 2002.

Do “equivalente em dinheiro” nas ações de depósito em contratos de alienação fiduciária – Rogério de Oliveira Souza, n. 10, p. 113-117, 2000.

Dos contratos no novo Código Civil – Sylvio Capanema de Souza, n. 20, p. 91-99, 2002.

Leasing – A diferença entre VRG (Valor residual de garantia) e preço da opção de compra no contrato e sua descaracterização pela antecipação de valor residual – Marco Antonio Ibrahim, n. 15, p. 180-188, 2001.

Revisão de contratos pela ilicitude das cláusulas e pela teoria da imprevisão – Severiano Aragão, n. 8, p. 38-41, 1999.

CONTRATO BANCÁRIO

Endosso-mandato e extravio de títulos – Leticia de Faria Sardas, n. 3, p. 148-155, 1998.

CONTRATO DE CÂMBIO

Contrato de câmbio. Aspectos jurídico-processuais – Décio Xavier Gama, n. 3, p. 102-109, 1998.

Protesto silencioso – Décio Xavier Gama, n. 5, p. 123-126, 1999.

CONTRATO DE MÚTUO

O contrato de mútuo no novo Código Civil – Eduardo Antônio Kläusner, n. 20, p. 169-179, 2002.

CONTRATO DE SEGURO

O Código de Defesa do Consumidor e o contrato de seguro – Carlos Roberto Barbosa Moreira, n. 2, p. 20-31, 1998.

CONTRATO ELETRÔNICO

Internet e contrato eletrônico – Semy Glanz, n. 3, p. 94-101, 1998.

CONTROLE DA

CONSTITUCIONALIDADE

Apontamentos sobre jurisdição constitucional – Adolpho C. de Andrade Mello Jr., n. 11, p. 95-109, 2000.

Breve história do controle de constitucionalidade – Nagib Slaibi Filho, n. 20, p. 284-319, 2002.

Incidente de inconstitucionalidade – alcance da norma contida no art. 481, parágrafo único do CPC, acrescentado pela lei 9.756/98 – Sidney Hartung Buarque, n. 19, p. 90-95, 2002.

CONTROLE EXTERNO

Breves considerações a respeito da reforma e controle do Poder Judiciário – Glauceir Silva de Oliveira, n. 6, p. 186-196, 1999.

Reforma do Poder Judiciário – Pedro Montenegro Barbosa, n. 7, p. 161-169, 1999.

CONTROLE JURISDICIONAL

A emenda do Judiciário – “quem garantirá as garantias?” – José Eduardo Nobre Matta, n. 10, p. 189-212, 2000.

A evolução do controle de normas no direito brasileiro – Thiago Ragonha Varela, n. 18, p. 165-178, 2002.

COSTA, Alfredo Araujo Lopes da
Lopes da Costa e o processo civil brasileiro – Sálvio de Figueiredo Teixeira, n. 11, p. 43-65, 2000.

CPI ver COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO

CRÉDITO

Responsabilidade civil das instituições financeiras pela má concessão do crédito – Semy Glanz, n. 2, p. 105-114, 1998.

CREADOR

Protesto silencioso – Décio Xavier Gama, n. 5, p. 123-126, 1999.

A responsabilidade do credor pela execução – Rogério de Oliveira Souza, n. 18, p. 156-164, 2002.

CRIANÇA

O Fórum da Criança e do Adolescente – Alyrio Cavallieri, n. 1, p. 158-160, 1998.

CRIME ECOLÓGICO

Responsabilidade penal da pessoa jurídica – Manoel Carpena Amorim, n. 10, p. 23-37, 2000.

CRIME FALIMENTAR

Crime falimentar – Álvaro Mayrink da Costa, n. 12, p. 143-183, 2000.

CRIME HEDIONDO

A interpretação jurídica sob a ótica constitucional – Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, n. 15, p. 79-94, 2001.

CRISE ECONÔMICA

Direito da crise econômica da empresa – Jorge Lobo, n. 3, p. 156-197, 1998.

CULPA

O papel da culpa na separação e no divórcio – Gustavo Tepedino, n. 2, p. 32-50, 1998.

CURADOR ESPECIAL

O papel do curador especial no processo civil – Wilson Marques, n. 5, p. 117-122, 1999.

CUSTAS

O valor da causa e as custas iniciais no mandado de segurança – Leonardo Greco, n. 16, p. 105-120, 2001.

CUSTO BRASIL

A estabilidade do Direito e o custo Brasil – Arnoldo Wald, n. 8, p. 118-128, 1999.

CUSTO SOCIAL

O custo social de uma legislação penal excessivamente liberal – Sergio Demoro Hamilton, n. 17, p. 219-233, 2002.

DANO

O dano – responsabilidade civil – Adolpho C. de Andrade Mello Junior, n. 9, p. 46-51, 2000.

Propaganda enganosa e abusiva – José Carlos Maldonado de Carvalho, n. 15, p. 120-128, 2001.

Responsabilidade civil por danos causados por remédios – Sergio Cavalieri Filho, n. 8, p. 11-20, 1999.

DANO ESTÉTICO

Avanços da doutrina e jurisprudência do dano moral – Severiano Aragão, n. 5, p. 100-105, 1999.

DANO MORAL

Avanços da doutrina e jurisprudência do dano moral – Severiano Aragão, n. 5, p. 100-105, 1999.

Dano moral e pedido genérico de indenização – André Gustavo C. de Andrade, n. 10, p. 45-67, 2000.

O dano moral resultante do divórcio ou da separação injusta e o seu ressarcimento – Luiz Murillo Fábregas, n. 6, p. 98-111, 1999.

Direito ao respeito – Marco Antonio Ibrahim, n. 14, p. 134-136, 2001.

Direito autoral e responsabilidade civil – Sergio Cavalieri Filho, n. 13, p. 43-50, 2001.

A indenização por dano moral e o imposto de renda – Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento, n. 12, p. 118-127, 2000.

O princípio da dimensão coletiva das relações de consumo: reflexos no “processo do consumidor”, especialmente quanto aos danos morais e às conciliações – José Augusto Garcia, n. 2, p. 115-145, 1998.

Responsabilidade por dano não-patrimonial a interesse difuso (dano moral coletivo) – Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, n. 9, p. 21-42, 2000.

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

Momento de eficácia na decisão interlocutória – Alexandre Freitas Câmara, n. 3, p. 54-72, 1998.

DECISÃO JUDICIAL

A decisão judicial – Carlos Alberto Menezes Direito, n. 11, p. 24-42, 2000.

Mandamentalidade e auto-executoriedade das decisões judiciais – Ovídio Baptista da Silva, n. 18, p. 23-34, 2002.

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

A arguição de inconstitucionalidade nos Tribunais (nova redação do art. 481, do Código de Processo Civil) – Nagib Slaibi Filho, n. 6, p. 148-154, 1999.

DEFESA DO CONSUMIDOR ver

DIREITOS DO CONSUMIDOR

DELAÇÃO

O livre convencimento do juiz e as garantias constitucionais do processo penal – Uadi Lammêgo Bulos, n. 12, p. 184-198, 2000.

DEMOCRACIA

Democracia e acesso à Justiça – Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, n. 1, p. 161-170, 1998.

Ética e democracia na administração da justiça – Willis Santiago Guerra Filho, n. 14, p. 152-161, 2001.

Mercosul: direito, jurisdição, cidadania e democracia – Antônio Rulli Júnior, n. 11, p. 187-206, 2000.

DENÚNCIA

O garantismo penal e o aditamento à denúncia – Paulo Rangel, n. 13, p. 178-208, 2001.

A técnica da denúncia – Sergio Demoro Hamilton, n. 19, p. 207-239, 2002.

DEONTOLOGIA JURÍDICA

Da natureza jurídica do compromisso do advogado – Edson Viana de Mattos, n. 10, p. 184-188, 2000.

DEPOSITÁRIO INFIEL

Alienação fiduciária em garantia – uma visão crítica – Luiz Roberto Ayoub, n. 14, p. 78-86, 2001.

DEPÓSITO RECURSAL

O depósito recursal no Juizado Especial Cível – Fábio Dutra, n. 7, p. 111-125, 1999.

DESAPROPRIAÇÃO

O compromisso de compra e venda como título de propriedade – Melhim Namem Chalhub, n. 6, p. 72-77, 1999.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A desconsideração da personalidade da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor – eficácia das decisões judiciais – Cristina Tereza Gaulia, n. 18, p. 66-87, 2002.

Desconsideração da personalidade jurídica – Manoel Carpena Amorim, n. 8, p. 54-68, 1999.

Sociedade anônima, subcapitalização, desconsideração da personalidade jurídica da sociedade anônima – Joaquim Antonio de Vizeu Penalva Santos, n. 14, p. 74-77, 2001.

DESPACHO LIMINAR

Impugnação do despacho liminar da execução: agravo, exceção de pré-executividade ou embargos? – Geraldo da Silva Baptista Júnior, n. 16, p. 121-126, 2001.

DESVIO DE CONDUTA

Comportamentos de desvio, os crimes e as penas – Felipe Augusto de Miranda Rosa, n. 19, p. 23-26, 2002.

DETRAN

A responsabilidade civil prevista no Código de Trânsito Brasileiro à luz da Constituição federal, Sergio Cavalieri Filho, n. 6, p. 60-71, 1999.

DEVEDOR

A natural inferioridade do devedor no processo de execução – Nagib Slaibi Filho, n. 1, p. 58-63, 1998.

Penhora, depósito e prisão do devedor – Rogério de Oliveira Souza, n. 15, p. 157-167, 2001.

DEVERES HUMANOS

O Poder Judiciário e os deveres humanos – Antônio Rulli Júnior, n. 4, ed. especial, p. 31-47, 1998.

O Poder Judiciário e os deveres humanos – Benedito Silvério Ribeiro, n. 4, ed. especial, p. 23-30, 1998.

O Poder Judiciário e os deveres humanos – Cristovan Daiello Moreira, n. 4, ed. especial, p. 48-54, 1998.

DEVIDO PROCESSO LEGAL

A cláusula do devido processo legal e a garantia de instância do parágrafo 1º, do art. 126, da Lei 8.213/91 – José Eduardo Nobre Matta, n. 11, p. 116-130, 2000.

O livre convencimento do juiz e as garantias constitucionais do processo penal – Uadi Lammêgo Bulos, n. 12, p. 184-198, 2000.

As multas de trânsito e o *due process of law* – Nagib Slaibi Filho, n. 19, p. 27-45, 2002.

DIREITO

Direito, justiça, moral e ética – Áurea Pimentel Pereira, n. 13, p. 132-134, 2001.

Direito, justiça e sociedade – Sergio Cavalieri Filho, n. 18, p. 58-65, 2002.

DIREITO À INFORMAÇÃO

Lei da mordada e direito de informação – mídia e justiça – Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, n. 11, p. 131-146, 2000.

DIREITO À PRIVACIDADE

Direito à privacidade – Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, n. 2, p. 51-76, 1998.

DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM

Direito autoral – reproduções da obra. A gravação de imagem e voz do entrevistado. Proteção – Décio Xavier Gama, n. 8, p. 32-37, 1999.

DIREITO ALTERNATIVO

Pode existir direito alternativo? – Luiz Machado, n. 18, p. 238-244, 2002.

DIREITO AMERICANO

Ações de classe. Direito comparado e aspectos processuais relevantes – Humberto Dalla Bernardina de Pinho, n. 18, p. 141-155, 2002.

DIREITO AUTORAL

Direito autoral e responsabilidade civil – Sergio Cavalieri Filho, n. 13, p. 43-50, 2001.

Direito autoral – reproduções da obra. A gravação de imagem e voz do entrevistado. Proteção – Décio Xavier Gama, n. 8, p. 32-37, 1999.

O direito de autor no ciberespaço – José Oliveira Ascensão, n. 7, p. 21-43, 1999.

DIREITO CIVIL

Direito civil constitucional – Luiz Fernando Whitaker da Cunha, n. 2, p. 227-230, 1998.

DIREITO COMPARADO

Ações de classe. Direito comparado e aspectos processuais relevantes – Humberto Dalla Bernardina de Pinho, n. 18, p. 141-155, 2002.

As cláusulas abusivas nos contratos com consumidores no direito brasileiro e no italiano – Luiz Roldão de Freitas Gomes, n. 14, p. 42-50, 2001.

Eleição direta para o STF?! – Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza, n. 18, p. 245-247, 2002.

Eleições para juiz de direito? – Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza, n. 13, p. 209-211, 2001.

A empresa: novo instituto jurídico – Jorge Lobo, n. 17, p. 94-110, 2002.

Momento de eficácia na decisão interlocutória – Alexandre Freitas Câmara, n. 3, p. 54-72, 1998.

DIREITO COMUNITÁRIO

O mercado único e as fontes do direito privado europeu – Alfredo Calderale, n. 14, p. 11-33, 2001.

Mercosul: direito, jurisdição, cidadania e democracia – Antonio Rulli Júnior, n. 11, p. 187-206, 2000.

DIREITO CONSTITUCIONAL

A experiência constitucional norte-americana – Guilherme Bollorini Pereira, n. 17, p. 174-191, 2002.

Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro – Luis Roberto Barroso, n. 15, p. 11-47, 2001.

Hermenêutica constitucional – Nagib Slaibi Filho, n. 16, p. 73-99, 2001.

DIREITO DE FAMÍLIA

As ações cautelares no direito de família – Wilson Marques, n. 11, p. 72-87, 2000.

A constitucionalização do direito de família na carta política brasileira de 1988 – Áurea Pimentel Pereira, n. 15, p. 48-62, 2001.

Da promessa de doação no direito de família – Maria Stella Villela Souto Lopes Rodrigues, n. 8, p. 21-31, 1999.

A nova família à luz da Constituição Federal, da legislação e do novo Código Civil – Conceição A. Mousnier, n. 20, p. 244-264, 2002.

A tutela de urgência na jurisdição de família. Cautelares. Tutela antecipada – Luiz Fux, n. 14, p. 51-61, 2001.

DIREITO DE GREVE

Intérpretes da Constituição – João Batista Berthier Leite Soares, n. 17, p. 154-173, 2002.

DIREITO DE VISITA

As ações cautelares no direito de família – Wilson Marques, n. 11, p. 72-87, 2000.

DIREITO ECONÔMICO

O Código de Defesa do Consumidor e o Direito Econômico – Werson Franco Pereira Rego e Oswaldo Luiz Franco Rego, n. 19, p. 116-131, 2002.

DIREITO ITALIANO

As cláusulas abusivas nos contratos com consumidores no direito brasileiro e no italiano – Luiz Roldão de Freitas Gomes, n. 14, p. 42-50, 2001.

Público e privado no processo civil na Itália – Andrea Proto Pisani, n. 16, p. 23-42, 2001.

DIREITO PENAL

O direito penal na Constituição (1988-1998) – Álvaro Mayrink da Costa, n. 9, p. 141-157, 2000.

Reforma penal – visão metodológica, comparatista e histórica na busca de um endereço realístico – Álvaro Mayrink da Costa, n. 16, p. 192-205, 2001.

DIREITO PORTUGUÊS

O direito português em 1500 – Luiz Fernando Whitaker da Cunha, n. 10, p. 213-215, 2000.

DIREITO POSITIVO

Aplicação do direito: dogmática jurídica e contexto social – Plauto Faraco de Azevedo, n. 16, p. 165-173, 2001.

Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro – Luis Roberto Barroso, n. 15, p. 11-47, 2001.

O pensamento tópico – a contribuição de Viehweg para a jusfilosofia pós-positivista – José Eduardo Nobre Matta, n. 15, p. 210-217, 2001.

DIREITO PRIVADO

O mercado único e as fontes do direito privado europeu – Alfredo Calderale, n. 14, p. 11-33, 2001.

DIREITOS CONEXOS

Direito autoral – reproduções da obra. A gravação de imagem e voz do entrevistado. Proteção – Décio Xavier Gama, n. 8, p. 32-37, 1999.

DIREITOS DA MULHER

A constitucionalização do direito de família na carta política brasileira de 1988 – Áurea Pimentel Pereira, n. 15, p. 48-62, 2001.

A proteção internacional aos direitos da mulher – Marianna Montebello, n. 11, p. 155-170, 2000.

DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade e o novo Código Civil – questões suscitadas – Luiz Roldão de Freitas Gomes, n. 19, p. 13-22, 2002.

Lei da mordaza e direito de informação – mídia e justiça – Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, n. 11, p. 131-146, 2000.

Sobre o nome da pessoa humana – Maria Celina Bodin de Moraes, n. 12, p. 48-74, 2000.

DIREITOS DO CONSUMIDOR

Algumas reflexões sobre o Código do Consumidor – Manoel Carpena Amorim, n. 12, p. 29-40, 2000.

Aspectos da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor – Letícia de Faria Sardas, n. 16, p. 52-59, 2001.

- Breves considerações sobre a alternativa de substituição do produto viciado – J.G. Vasi Werner, n. 19, p. 132-143, 2002.
- As cláusulas abusivas nos contratos com consumidores no direito brasileiro e no italiano – Luiz Roldão de Freitas Gomes, n. 14, p. 42-50, 2001.
- O Código de Defesa do Consumidor: aspectos sociais – interpretação – Antonio Carlos Esteves Torres, n. 20, p. 234-243, 2002.
- O Código de Defesa do Consumidor e seus reflexos na teoria geral do direito civil – Sylvio Capanema de Souza, n. 10, p. 68-95, 2000.
- O Código do Consumidor e os contratos financeiros com cláusula de reajuste pela variação cambial do dólar – Sergio Cavalieri Filho, 9, p. 71-81, 2000.
- Da inversão do ônus da prova – Rogério de Oliveira Souza, n. 12, p. 81-91, 2000.
- A inversão do ônus da prova em favor do consumidor – Alexandre Freitas Câmara, n. 18, p. 88-103, 2002.
- O novo Código Civil e o Código do consumidor. Convergências ou antinomias? – Sergio Cavalieri Filho, n. 20, p. 100-114, 2002.
- O princípio da dimensão coletiva das relações de consumo: reflexos no “processo do consumidor”, especialmente quanto aos danos morais e às conciliações – José Augusto Garcia, n. 2, p. 115-145, 1998.
- Princípios gerais do Código do Consumidor: visão histórica – Jorge de Miranda Magalhães, n. 6, p. 78-97, 1999.
- Publicidade enganosa por omissão – aspectos comparativos do direito luso-brasileiro – Arthur Narciso de Oliveira Neto, n. 20, p. 210-233, 2002.
- Responsabilidade civil constitucional – Roberto de Abreu e Silva, n. 16, p. 60-72, 2001.
- Responsabilidade civil das instituições financeiras pela má concessão de crédito – Semy Glanz, n. 2, p. 105-114, 1998.
- Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor - Heloisa Carpena Vieira de Mello, n. 3, p. 73-83, 1998.
- DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS**
- A cláusula do devido processo legal e a garantia de instância do parágrafo 1º, do art. 126, da Lei 8.213/91 – José Eduardo Nobre Matta, n. 11, p. 116-130, 2000.
- A emenda do Judiciário – “quem garantirá as garantias?” – José Eduardo Nobre Matta, n. 10, p. 189-212, 2000.
- Responsabilidade civil constitucional – Roberto de Abreu e Silva, n. 16, p. 60-72, 2001.
- DIREITOS HUMANOS**
- Garantias constitucionales del trabajador en Brasil – Paulo Orval P. Rodrigues, n. 4, ed. especial, p. 116-121, 1998.
- El Poder Judicial y los derechos humanos - Alberto Chaigneau del Campo, n. 4, ed. especial, p. 100-115, 1998.
- El Poder Judicial y los derechos humanos - Marcos Ibazeta Marino, n. 4, ed. especial, p. 55-69, 1998.
- O Poder Judiciário e os direitos humanos - Alberto Nogueira, n. 4, ed. especial, p. 79-99, 1998.
- O Poder Judiciário e os direitos humanos – Pedro Luiz Ricardo Gagliardi, n. 4, ed. especial, p. 70-78, 1998.
- A prestação jurisdicional e a efetividade dos direitos declarados – Carlos Alberto Menezes Direito, n. 1, p. 141-146, 1998.
- A proteção internacional aos direitos da mulher – Marianna Montebello, n. 11, p. 155-170, 2000.
- DISTRIBUIÇÃO DE RENDA**
- A discriminação de rendas na Constituição federal de 1988 e a busca de um novo modelo federativo em mundo marcado pela globalização dos mercados – Ernani de Paiva Simões, n. 12, p. 128-139, 2000.

DIVÓRCIO

O dano moral resultante do divórcio ou da separação injusta e o seu ressarcimento – Luiz Murillo Fábregas, n. 6, p. 98-111, 1999.

O papel da culpa na separação e no divórcio – Gustavo Tepedino, n. 2, p. 32-50, 1998.

Sobre o nome da pessoa humana – Maria Celina Bodin de Moraes, n. 12, p. 48-74, 2000.

DOAÇÃO

Da promessa de doação no direito de família – Maria Stella Villela Souto Lopes Rodrigues, n. 8, p. 21-31, 1999.

DOG MÁTICA JURÍDICA

Aplicação do direito: dogmática jurídica e contexto social – Plauto Faraco de Azevedo, n. 16, p. 165-173, 2001.

DNA ver EXAME DE DNA

DUALISMO

Monismo e dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante – Gustavo Binenbojm, n. 9, p. 180-195, 2000.

DUPLICATA

Duplicata – aspectos jurídicos e discussões atuais – Ronald Amaral Sharp Junior, n. 14, p. 87-94, 2001.

DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O depósito recursal no Juizado Especial Cível – Fábio Dutra, n. 7, p. 111-125, 1999.

ECONOMIA

A discriminação de rendas na Constituição federal de 1988 e a busca de um novo modelo federativo em mundo marcado pela globalização dos mercados – Ernani de Paiva Simões, n. 12, p. 128-139, 2000.

EDUCAÇÃO

A educação como direito fundamental – Maria Cristina de Brito Lima, n. 13, p. 212-233, 2001

A prevenção pela educação – João de Deus Lacerda Menna Barreto, n. 2, p. 98-104, 1998.

EDUCAÇÃO AMBIENTAL

O meio ambiente, os poderes do Estado e a educação ambiental – Maria Collares Felipe da Conceição, n. 12, p. 41-47, 2000.

EFEITO DEVOLUTIVO

Considerações sobre a apelação no sistema recursal do Código de Processo Civil – Sérgio Bermudes, n. 6, p. 123-131, 1999.

Sustação pelo Tribunal do cumprimento de sentença sujeita a apelação de efeito apenas devolutivo – Sérgio Bermudes, n. 1, p. 64-67, 1998.

EFEITO SUSPENSIVO

Considerações sobre a apelação no sistema recursal do Código de Processo Civil – Sérgio Bermudes, n. 6, p. 123-131, 1999.

Considerações sobre o efeito suspensivo dos recursos cíveis – Sérgio Bermudes, n. 11, p. 66-71, 2000.

Sustação pelo Tribunal do cumprimento de sentença sujeita a apelação de efeito apenas devolutivo – Sérgio Bermudes, n. 1, p. 64-67, 1998.

EFEITO VINCULANTE

A arguição de inconstitucionalidade nos Tribunais (nova redação do art. 481 do Código de Processo Civil) – Nagib Slaibi Filho, n. 6, p. 148-154, 1999.

ELEIÇÃO

Eleição direta para o STF?! – Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza, n. 18, p. 245-247, 2002.

Eleições para juiz de direito? – Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza, n. 13, p. 209-211, 2001.

Juizados especiais municipais com juízes eleitos – uma proposta – Gabriel de Oliveira Zefiro, n. 14, p. 95-106, 2001.

EMBARGOS À EXECUÇÃO

Exceção de pré-executividade e a dispensa de segurança do juízo nos embargos à execução – Sergio Bermudes, n. 18, p. 35-44, 2002.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Eles, os recursos, vistos por um advogado (reflexões em matéria de recursos cíveis) – Carlos Roberto Barbosa Moreira, n. 18, p. 45-57, 2002.

EMBARGOS DO DEVEDOR

Dos limites da exceção de pré-executividade – Rogério de Oliveira Souza, n. 7, p. 126-135, 1999.

Os embargos do devedor no Juizado Especial Cível – Rogério de Oliveira Souza, n. 5, p. 134-149, 1999.

Impugnação do despacho liminar da execução: agravo, exceção de pré-executividade ou embargos? – Geraldo da Silva Baptista Júnior, n. 16, p. 121-126, 2001.

A responsabilidade do credor pela execução – Rogério de Oliveira Souza, n. 18, p. 156-164, 2002.

EMBARGOS INFRINGENTES

Novas vicissitudes dos embargos infringentes – José Carlos Barbosa Moreira, n. 20, p. 180-192, 2002.

EMENDA CONSTITUCIONAL

A emenda do Judiciário – “quem garantirá as garantias?”- José Eduardo Nobre Matta, n. 10, p. 189-212, 2000.

EMENDA CONSTITUCIONAL 14, 1996

A educação como direito fundamental – Maria Cristina de Brito Lima, n. 13, p. 212-233, 2001.

EMENDA CONSTITUCIONAL 19, 1998

Repercussões da Emenda Constitucional nº 19 sobre os concursos para provimento de cargos e empregos públicos – Jessé Torres Pereira Junior, n. 2, p. 205-226, 1998.

EMERJ

A formação de magistrados na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ – Manoel Carpena Amorim, n. 2, p. 11-19, 1998.

La formación de jueces del Estado del Rio de Janeiro – Manoel Carpena Amorim, n. 4, ed. especial, p. 249-259, 1998.

EMPRESA

Direito da crise econômica da empresa – Jorge Lobo, n. 3, p. 156-197, 1998.

A empresa: novo instituto jurídico – Jorge Lobo, n. 17, p. 94-110, 2002.

O novo projeto de recuperação da empresa – Paulo Penalva Santos, n. 7, p. 44-58, 1999.

ENDOSSO-MANDATO

Endosso-mandato e extravio de títulos – Leticia de Faria Sardas, n. 3, p. 148-155, 1998.

ENSINO JURÍDICO

Breves considerações sobre o ensino da ética nas escolas de direito – José Eduardo Nobre Matta, n. 16, p. 236-247, 2001.

Ensino jurídico e concurso público – André Cleófas Uchôa Cavalcanti, n. 18, p. 179-186, 2002.

O novo ensino jurídico – Luiz Fux, n. 9, p. 174-179, 2000.

Uma nova visão do universo jurídico – Luiz Fux, n. 15, p. 142-156, 2001.

ENSINO SUPERIOR

A Universidade: compromisso com a excelência e instrumento de transformação – Sálvio de Figueiredo Teixeira, n. 12, p. 11-20, 2000.

ESCUTA TELEFÔNICA

O grameamento e a Constituição – Osny Duarte Pereira, n. 5, p. 53-59, 1999.

ESTADO DE PERIGO

Dos defeitos do negócio jurídico no novo Código Civil: fraude, estado de perigo e lesão – Humberto Theodoro Júnior, n. 20, p. 51-78, 2002.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O fórum da criança e do adolescente – Alyrio Cavallieri, n. 1, p. 158-160, 1998.

Tutela e adoção remuneradas – Décio Xavier Gama, n. 13, p. 128-131, 2001.

ÉTICA

Breves considerações sobre o ensino da ética nas escolas de direito – José Eduardo Nobre Matta, n. 16, p. 236-247, 2001.

Direito, justiça, moral e ética – Áurea Pimentel Pereira, n. 13, p. 132-134, 2001.

Ética e democracia na administração da Justiça – Willis Santiago Guerra Filho, n. 14, p. 152-161, 2001.

A importância de um Código de Ética (*franchising*) – Luiz Felizardo Barroso, n. 9, p. 158-173, 2000.

O resgate da ética na publicidade – Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, n. 3, p. 127-147, 1998.

EXAME DE DNA

DNA, a fronteira da verdade? Manoel Carpena Amorim, n. 1, p. 101-106, 1998.

A interpretação jurídica sob a ótica constitucional – Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, n. 15, p. 79-94, 2001.

Algumas reflexões sobre a obrigatoriedade do exame de DNA nas ações que investigam o parentesco – Claudia de Almeida Nogueira, n. 17, p. 192-218, 2002.

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Dos limites da exceção de pré-executividade – Rogério de Oliveira Souza, n. 7, p. 126-135, 1999.

Exceção de pré-executividade: alcance e limites – Geraldo da Silva Batista Júnior, n. 19, p. 144-159, 2002.

Exceção de pré-executividade e a dispensa de segurança do juízo nos embargos à execução – Sergio Bermudes, n. 18, p. 35-44, 2002.

Impugnação do despacho liminar da execução: agravo, exceção de pré-executividade ou embargos? – Geraldo da Silva Batista Júnior, n. 16, p. 121-126, 2001.

EXECUÇÃO

Do concurso de preferências na execução – Rogério de Oliveira Souza, n. 17, p. 58-77, 2002.

Dos limites da exceção de pré-executividade – Rogério de Oliveira Souza, n. 7, p. 126-135, 1999.

Exceção de pré-executividade e a dispensa de segurança do juízo nos embargos à execução – Sergio Bermudes, n. 18, p. 35-44, 2002.

Execução nos Juizados Especiais Cíveis – Luis Felipe Salomão, n. 10, p. 153-174, 2000.

Impugnação do despacho liminar da execução: agravo, exceção de pré-executividade ou embargos? – Geraldo da Silva Baptista Júnior, n. 16, p. 121-126, 2001.

Mandamentalidade e auto-executoriedade das decisões judiciais – Ovídio Baptista da Silva, n. 18, p. 23-34, 2002.

Anatural inferioridade do devedor no processo de execução – Nagib Slaibi Filho, n. 1, p. 58-63, 1998.

O processo civil no terceiro milênio – Sergio Bermudes, n. 7, p. 92-100, 1999.

A reforma do processo de execução – Leonardo Greco, n. 1, p. 68-83, 1998.

A responsabilidade do credor pela execução – Rogério de Oliveira Souza, n. 18, p. 156-164, 2002.

EXECUÇÃO DE SENTENÇA

Execução de sentença de condenação no pagamento de alimentos – aspectos polêmicos – Wilson Marques, n. 7, p. 101-110, 1999.

EXECUÇÃO FISCAL

A Súmula 189 do STJ e o interesse público justificador da intervenção do Ministério Público no processo civil – José Eduardo Nobre Matta, n. 12, p. 92-110, 2000.

EXECUÇÃO PENAL

Reflexões críticas e propostas para a execução penal – Álvaro Mayrink da Costa, n. 3, p. 116-126, 1998.

FACTORING

Endosso-mandato e extravio de títulos – Leticia de Faria Sardas, n. 3, p. 148-155, 1998.

FALÊNCIA

Crime falimentar – Álvaro Mayrink da Costa, n. 12, p. 143-183, 2000.

O novo projeto de recuperação da empresa – Paulo Penalva Santos, n. 7, p. 44-58, 1999

Pressupostos da quebra – Jorge Lobo, n. 6, p. 112-122, 1999.

FAZENDA PÚBLICA

A efetividade do processo nas ações contra a Fazenda Pública – Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos, n. 16, p. 133-149, 2001.

FEDERALISMO

A experiência constitucional norte-americana – Guilherme Bollorini Pereira, n. 17, p. 174-191, 2002.

Pacto federativo: aspectos atuais – José dos Santos Carvalho Filho, n. 15, p. 200-209, 2001.

FILIAÇÃO

Critérios determinantes da relação de filiação no direito contemporâneo – Julieta Lída Lunz, n. 19, p. 108-115, 2002.

FILOSOFIA DO DIREITO

Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro – Luis Roberto Barroso, n. 15, p. 11-47, 2001.

O pensamento tópico – a contribuição de Viehweg para a jusfilosofia pós-positivista – José Eduardo Nobre Matta, n. 15, p. 210-217, 2001.

FORNECEDOR

Aspectos da responsabilidade civil do Código de Defesa do Consumidor – Letícia de Faria Sardas, n. 16, p. 52-59, 2001.

O Código de Defesa do Consumidor e seus reflexos na teoria geral do direito civil – Sylvio Capanema de Souza, n. 10, p. 68-95, 2000.

Responsabilidade civil por danos causados por remédios – Sergio Cavalieri Filho, n. 8, p. 11-20, 1999.

FORO

Observações sobre competência jurisdicional – a natureza da competência dos juízos descentralizados – varas estaduais regionais e varas federais do interior – Wilney Magno de Azevedo Silva, n. 16, p. 225-235, 2001.

FRANQUIA COMERCIAL

A importância de um Código de Ética (*franchising*) – Luiz Felizardo Barroso, n. 9, p. 158-173, 2000.

FRAUDE

Dos defeitos do negócio jurídico no novo Código Civil: fraude, estado de perigo e lesão – Humberto Theodoro Júnior, n. 20, p. 51-78, 2002

FUNÇÃO JURISDICIONAL

Observações sobre competência jurisdicional – a natureza da competência dos juízos descentralizados – varas estaduais regionais e varas federais do interior – Wilney Magno de Azevedo Silva, n. 16, p. 225-235, 2001.

FUNCIONÁRIO PÚBLICO

Prescrição e direitos estatutários do servidor público. Imprescritibilidade de fundo do direito – princípio da legalidade – José Eduardo Carreira Alvim, n. 20, p. 205-209, 2002.

Tutela e adoção remuneradas – Décio Xavier Gama, n. 13, p. 128-131, 2001.

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Disposiciones constitucionales referidas a las garantías e impedimentos funcionales de la magistratura - Juan Guzmán Tapia, n. 4, ed. especial, p. 142-152, 1998.

Garantías constitucionales del trabajador en Brasil – Paulo Orval P. Rodrigues, n. 4, ed. especial, p. 116-121, 1998.

Garantias e impedimentos constitucionais funcionais da magistratura - Antonio Carlos Viana Santos, n. 4, ed. especial, p. 153-165, 1998.

Garantías e impedimentos constitucionales funcionales de la magistratura: experiencia boliviana - Guillermo Arancibia López, n. 4, ed. especial, p. 129-141, 1998.

Garantías e impedimentos constitucionales funcionales de la magistratura – Luis Alberto Absi, n. 4, ed. especial, p. 166-181, 1998.

O livre convencimento do juiz e as garantias constitucionais do processo penal – Uadi Lammêgo Bulos, n. 12, p. 184-198, 2000.

GARANTIAS REAIS

Considerações sobre a cumulação das garantias pessoais e reais, na alienação fiduciária – Sylvio Capanema de Souza, n. 17, p. 53-57, 2002.

GLOBALIZAÇÃO

A discriminação de rendas na Constituição federal de 1988 e a busca de um novo modelo federativo em mundo marcado pela globalização dos mercados – Ernani de Paiva Simões, n. 12, p. 128-139, 2000.

Fim de século – Luiz Gonzaga Belluzzo, n. 8, p. 144-156, 1999.

Globalização, crise e reforma do Estado brasileiro – Pedro de Oliveira Figueiredo, n. 2, p. 146-191, 1998.

Sentença estrangeira e globalização: acesso à justiça e cooperação internacional – Antonio do Passo Cabral, n. 16, p. 206-224, 2001.

GUARDA DE MENOR

Tutela e adoção remuneradas – Décio Xavier Gama, n. 13, p. 128-131, 2001.

GUARDA DOS FILHOS

As ações cautelares no direito de família – Wilson Marques, n. 11, p. 72-87, 2000.

HABEAS DATA

O *habeas data* brasileiro e sua lei regulamentadora – José Carlos Barbosa Moreira, n. 1, p. 16-37, 1998.

HERANÇA JACENTE

Herança jacente e herança vacante – Simão Isaac Benjó, n. 5, p. 66-86, 1999.

HERANÇA VACANTE

Herança jacente e herança vacante – Simão Isaac Benjó, n. 5, p. 66-86, 1999.

HERMENÊUTICA

Aspectos atuais da aplicação da norma jurídica – Luiz Roldão de Freitas Gomes, n. 13, p. 22-39, 2001.

A decisão judicial – Carlos Alberto Menezes Direito, n. 11, p. 24-42, 2000.

Hermenêutica constitucional – Nagib Slaibi Filho, n. 16, p. 73-99, 2001.

A obra de criação do direito pelo juiz na interpretação das leis. Limites – Áurea Pimentel Pereira, n. 18, p. 104-112, 2002.

IDEOLOGIA POLÍTICA

A ideologia e o conceito do justo – Felipe Augusto de Miranda Rosa, n. 8, p. 129-136, 1999.

IMÓVEL RESIDENCIAL

Ação de despejo por falta de pagamento – Caetano Ernesto da Fonseca Costa, n. 17, p. 78-82, 2002.

Arrendamento residencial – Joaquim Antonio de Vizeu Penalva Santos, n. 9, p. 64-70, 2000.

IMPEDIMENTOS CONSTITUCIONAIS

Disposiciones constitucionales referidas a las garantías e impedimentos funcionales de la magistratura – Juan Guzmán Tapia, n. 4, ed. especial, p. 142-152, 1998.

Garantias e impedimentos constitucionais funcionais da magistratura - Antonio Carlos Viana Santos, n. 4, ed. especial, p. 153-165, 1998.

Garantías e impedimentos constitucionales funcionales de la magistratura: experiencia boliviana - Guillermo Arancibia López, n. 4, ed. especial, p. 129-141, 1998.

Garantias e impedimentos constitucionales funcionales de la magistratura – Luis Alberto Absi, n. 4, ed. especial, p. 166-181, 1998.

IMPOSTO DE RENDA

A indenização por dano moral e o imposto de renda – Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento, n. 12, p. 118-127, 2000.

IMPOSTO TERRITORIAL RURAL

O novo I.T.R. e a vedação constitucional do confisco – Ernani de Paiva Simões, n. 5, p. 106-112, 1999.

IMPOSTOS

A necessária restituição de tributos inconstitucionais – José Jayme de Macedo Oliveira, n. 16, p. 150-164, 2001.

O novo I.T.R. e a vedação constitucional do confisco – Ernani de Paiva Simões, n. 5, p., 106-112, 1999.

IMPUGNAÇÃO

Impugnação do despacho liminar da execução: agravo, exceção de pré-executividade ou embargos? – Geraldo da Silva Baptista Júnior, n. 16, p. 121-126, 2001.

IMPUTABILIDADE PENAL

A imputabilidade infracional (juvenil) e imputabilidade penal (adulta): critérios para sua fixação temporal – Guaracy de Campos Vianna, n. 20, p. 325-331, 2002.

INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A evolução do controle de normas no direito brasileiro – Thiago Ragonha Varela, n. 18, p. 165-178, 2002.

INCORPORADOR

A responsabilidade do incorporador/construtor no Código do Consumidor – Sergio Cavalieri Filho, n. 3, p. 84-93, 1998.

ÍNDIO

Juizado de direito em território indígena – Asclepiades Rodrigues, n. 11, p. 147-154, 2000.

INFORMÁTICA

O direito de autor no ciberespaço – José Oliveira Ascensão, n. 7, p. 21-43, 1999.

A informática e a prestação jurisdicional – Marco Antonio Costa Souza, n. 4, ed. especial, p. 122-126, 1998.

INQUÉRITO POLICIAL

As questões relativas ao inquérito policial e a sua exata visão no direito brasileiro antes e após a CF/88 – Alexandre Abraão Dias Teixeira, n. 19, p. 190-196, 2002.

INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

Responsabilidade civil das instituições financeiras pela má concessão de crédito – Semy Glanz, n. 2, p. 105-114, 1998.

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

O grampeamento e a Constituição – Osny Duarte Pereira, n. 5, p. 53-59, 1999.

INTERESSE DIFUSO

Limites subjetivos da coisa julgada nas ações difusas, coletivas e individuais homogêneas – Wilson Marques, n. 15, p. 129-141, 2001.

Responsabilidade por dano não-patrimonial a interesse difuso (dano moral coletivo) – Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, n. 9, p. 21-42, 2000.

A tutela do interesse coletivo como instrumento polarizador da participação do Ministério Público no processo civil brasileiro – Humberto Dalla Bernardina de Pinho, n. 16, p. 174-191, 2001.

INTERESSE PÚBLICO

A súmula nº 189 do STJ e o interesse público justificador da intervenção do Ministério Público no processo civil – José Eduardo Nobre Matta, n. 12, p. 92-110, 2000.

INTERNET

O direito de autor no ciberespaço – José Oliveira Ascensão, n. 7, p. 21-43, 1999.

Internet e contrato eletrônico – Semy Glanz, n. 3, p. 94-101, 1998.

Problemas? *Fiat lex!* Ou sobre a liberdade de expressão e a Internet – André Felipe Alves da Costa Tredinnick, n. 6, p. 30-59, 1999.

INTERPRETAÇÃO DA LEI ver **HERMENÊUTICA**

INTERVENÇÃO FEDERAL

Intervenção federal em Canudos – Luiz Fernando Whitaker da Cunha, n. 1, p. 183-186, 1998.

INVESTIGAÇÃO DE PARENTESCO E DE PATERNIDADE

DNA, a fronteira da verdade? – Manoel Carpena Amorim, n. 1, p. 101-106, 1998.

A interpretação jurídica sob a ótica constitucional – Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, n. 15, p. 79-94, 2001.

Algumas reflexões sobre a obrigatoriedade do exame de DNA nas ações que investigam o parentesco – Claudia de Almeida Nogueira, n. 17, p. 192-218, 2002.

ISONOMIA CONSTITUCIONAL

Óptica constitucional – a igualdade e as ações afirmativas – Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, n. 18, p. 13-22, 2002.

I.T.R. ver IMPOSTO TERRITORIAL RURAL

JUIZ

Eleições para juiz de direito? – Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza, n. 13, p. 209-211, 2001.

A emenda do Judiciário – “quem garantirá as garantias?” – José Eduardo Nobre Matta, n. 10, p. 189-212, 2000.

Intérpretes da Constituição – João Batista Berthier Leite Soares, n. 17, p. 154-173, 2002.

O juiz ativo para a justiça efetiva – Luiz Felipe da Silva Haddad, n. 16, p. 100-104, 2001.

O juiz e a cultura da transgressão – José Carlos Barbosa Moreira, n. 9, p. 98-119, 2000.

Juizados Especiais da justiça comum estadual: reflexões sobre alguns problemas práticos – André Felipe Vêras de Oliveira, n. 19, p. 197-206, 2002.

Juizados especiais municipais com juízes eleitos – uma proposta – Gabriel de Oliveira Zefiro, n. 14, p. 95-106, 2001.

O livre convencimento do juiz e as garantias constitucionais do processo penal – Uadi Lammêgo Bulos, n. 12, p. 184-198, 2000.

A obra de criação do direito pelo juiz na interpretação das leis. Limites – Áurea Pimentel Pereira, n. 18, p. 104-112, 2002.

Prescrição de punição disciplinar aplicável a magistrado – Rodrigo Lopes Lourenço, n. 13, p. 234-241, 2001.

JUIZ, FORMAÇÃO PROFISSIONAL

ver MAGISTRADO, FORMAÇÃO PROFISSIONAL

JUIZADOS ESPECIAIS

Apogeu e agonia dos Juizados Especiais

Cíveis – Oswaldo Henrique Freixinho, n. 16, p. 127-132, 2001.

Breves anotações sobre a repercussão da lei 10.259/01 nos Juizados Especiais Criminais estaduais – Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, n. 19, p. 53-61, 2002.

Da possibilidade de julgamento *ultra e extra petita* nos Juizados Especiais – Geraldo da Silva Batista Júnior, n. 3, p. 47-53, 1998.

O depósito recursal no Juizado Especial Cível – Fábio Dutra, n. 7, p. 111-125, 1999.

Dos ônus da sucumbência nos Juizados Especiais Cíveis – Heleno Ribeiro Pereira Nunes, n. 6, p. 155-162, 1999.

Os embargos do devedor no Juizado Especial Cível – Rogério de Oliveira Souza, n. 5, p. 134-149, 1999.

Execução nos Juizados Especiais Cíveis – Luis Felipe Salomão, n. 10, p. 153-174, 2000.

Inconstitucionalidade da opção ao autor para ingressar nos Juizados Especiais – Luis Felipe Salomão, n. 1, p. 107-113, 1998.

Juizados Especiais Cíveis – Artur Arnildo Ludwig, n. 4, ed. especial, p. 182-187-1998.

Juizados Especiais Cíveis x Juizados comuns – a controvertida questão da “opcionalidade” – Wilson Marques, n. 2, p. 91-97, 1998.

Juizados Especiais da justiça comum estadual: reflexões sobre alguns problemas práticos – André Felipe Vêras de Oliveira, n. 19, p. 197-206, 2002.

Juizados Especiais Municipais com juízes eleitos – uma proposta – Gabriel de Oliveira Zefiro, n. 14, p. 95-106, 2001.

Justiça municipal? – Décio Xavier Gama, n. 6, p. 132-141, 1999.

As microempresas nos Juizados Especiais – Luis Felipe Salomão, n. 14, p. 62-73, 2001.

Pequenas causas: solução encontrada para conflitos de caráter patrimonial e mesmo infracional – Décio Xavier Gama, n. 2, p. 231-233, 1998.

Sistema nacional de Juizados Especiais – Luis Felipe Salomão, n. 8, p. 85-94, 1999.

Tipologia dos modos de “tratamento” dos conflitos – Felipe Augusto de Miranda Rosa, n. 12, p. 21-28, 2000.

JUÍZO

Aplicação judicial do Direito – Juízos de verossimilitude e probabilidade – Adolpho C. de Andrade Mello Jr., n. 12, p. 111-117, 2000.

Juizado de direito em território indígena – Asclepiades Rodrigues, n. 11, p. 147-154, 2000.

Observações sobre competência jurisdicional – a natureza da competência dos juízos descentralizados – varas estaduais regionais e varas federais do interior – Wilney Magno de Azevedo Silva, n. 16, p. 225-235, 2001.

JULGAMENTO

Correção jurisprudencial de leis injustas – Álvaro Henrique Teixeira de Almeida, n. 7, p. 170-208, 1999.

Julgamento do recurso *ex art.* 105, III, a, da Constituição da República: sinais de uma evolução auspiciosa – José Carlos Barbosa Moreira, n. 7, p. 81-91, 1999.

A singularidade dos julgamentos e a luta contra a lentidão da justiça – Leticia de Faria Sardas, n. 18, p. 228-237, 2002.

JULGAMENTO EXTRA PETITA

Da possibilidade de julgamento *ultra e extra petita* nos Juizados Especiais – Geraldo da Silva Batista Júnior, n. 3, p. 47-53, 1998.

JULGAMENTO ULTRA PETITA

Da possibilidade de julgamento *ultra e extra petita* nos Juizados Especiais – Geraldo da Silva Batista Júnior, n. 3, p. 47-53, 1998.

JÚRI

Responsabilidade civil e o júri – Manoel

Carpena Amorim, n. 5, p. 60-65, 1999.

JURISDIÇÃO

Jurisdição, espaços de integração e consolidação da organização judiciária – Antônio Rulli Júnior, n. 6, p. 13-29, 1999.

Mercosul: direito, jurisdição, cidadania e democracia – Antônio Rulli Júnior, n. 11, p. 187-206, 2000.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Apontamentos sobre jurisdição constitucional – Adolpho C. de Andrade Mello Jr., n. 11, p. 95-109, 2000.

JURISDIÇÃO PENAL

Jurisdição criminal – um pouco da sua história – Jorge Alberto Romeiro Jr., n. 14, p. 107-118, 2001.

JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

A transação penal como ato da denominada jurisdição voluntária – Rogério Pacheco Alves, n. 13, p. 157-177, 2001.

JURISPRUDÊNCIA

Avanços da doutrina e jurisprudência do dano moral – Severiano Aragão, n. 5, p. 100-105, 1999.

Correção jurisprudencial de leis injustas – Álvaro Henrique Teixeira de Almeida, n. 7, p. 170-208, 1999.

Função criadora da jurisprudência – Martinho Garcez Neto, n. 19, p. 46-52, 2002.

JUSFILOSOFIA

Pensamento tópico – a contribuição de Viehweg para a jusfilosofia pós-positivista – José Eduardo Nobre Matta, n. 15, p. 210-217, 2001.

JUSNATURALISMO

Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro – Luis Roberto Barroso, n. 15, p. 11-47, 2001.

JUSTIÇA

Direito, justiça, moral e ética – Áurea Pimentel Pereira, n. 13, p. 132-134, 2001.

Direito, justiça e sociedade – Sergio Cavalieri Filho, n. 18, p. 58-65, 2002.

Ética e democracia na administração da justiça – Willis Santiago Guerra Filho, n.

- 14, p. 152-161, 2001.
- A ideologia e o conceito do justo – Felipe Augusto de Miranda Rosa, n. 8, p. 129-136, 1999.
- O Judiciário e a credibilidade da Justiça – Marcus Antonio de Souza Faver, n. 13, p. 11-21, 2001.
- O juiz ativo para a justiça efetiva – Luiz Felipe da Silva Haddad, n. 16, p. 100-104, 2001.
- A Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)+ - Rogério de Oliveira Souza, n. 14, p. 140-151, 2001.
- A singularidade dos julgamentos e a luta contra a lentidão da justiça – Leticia de Faria Sardas, n. 18, p. 228-237, 2002.
- Um novo tempo na Justiça – Thiago Ribas Filho, n. 1, p. 11-15, 1998.
- Uma justiça para o novo século – Humberto de Mendonça Manes, n. 5, p. 13-22, 1999.
- Uma justiça para o terceiro milênio – Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, n. 10, p. 11-22, 2000.
- Uma nova visão do universo jurídico – Luiz Fux, n. 15, p. 142-156, 2001.
- Viagem à China e Tailândia – Manoel Carpena Amorim, n. 11, p. 11-20, 2000.

JUSTIÇA DO TRABALHO

- Representação do condomínio na Justiça do Trabalho – José Geraldo da Fonseca, n. 13, p. 149-156, 2001.

JUSTIÇA SOCIAL

- Considerações sobre a teoria da justiça social – A. Gomes Penna, n. 1, p. 171-182, 1998.

KEYNESIANISMO

- Fim de século – Luiz Gonzaga Belluzzo, n. 8, p. 144-156, 1999.

LEASING

- Contrato de *leasing* com cláusula de reajuste cambial – Marco Antônio Ibrahim, n. 9, p. 82-97, 2000.

- Leasing* – A diferença entre VRG (valor residual de garantia) e preço de opção da

- compra no contrato e sua descaracterização pela antecipação de valor residual – Marco Antonio Ibrahim, n. 15, p. 180-188, 2001.

LEGISLAÇÃO PENAL

- O custo social de uma legislação penal excessivamente liberal – Sergio Demoro Hamilton, n. 17, p. 219-233, 2002.

LEGITIMIDADE ATIVA

- Argüição de descumprimento de preceito fundamental – Humberto Peña de Moraes, n. 13, p. 135-148, 2001.

LEGITIMIDADE PASSIVA

- Argüição de descumprimento de preceito fundamental – Humberto Peña de Moraes, n. 13, p. 135-148, 2001.

LEI

- Correção jurisprudencial de leis injustas – Álvaro Henrique Teixeira de Almeida, n. 7, p. 170-208, 1999.

- Problemas? *Fiat lex!* Ou sobre a liberdade de expressão e a Internet – André Felipe Alves da Costa Tredinnick, n. 6, p. 30-59, 1999.

- Uma nova visão do universo jurídico – Luiz Fux, n. 15, p. 142-156, 2001.

LEI DA MORDAÇA

- Lei da mordaça e direito de informação – mídia e justiça – Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, n. 11, p. 131-146, 2000.

LEI DE ARBITRAGEM

- Uma justiça para o terceiro milênio – Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, n. 10, p. 11-22, 2000.

LEI DE DIRETRIZES

ORÇAMENTÁRIAS

- Aspectos constitucionais da lei de responsabilidade fiscal – Jessé Torres Pereira Júnior, n. 15, p. 63-78, 2001.

LEI DE EXECUÇÃO FISCAL

- O depósito recursal no Juizado Especial Cível – Fábio Dutra, n. 7, p. 111-125, 1999.

LEI DE RESPONSABILIDADE

FISCAL

Aspectos constitucionais da lei de responsabilidade fiscal – Jessé Torres Pereira Júnior, n. 15, p. 63-78, 2001.

Visão global da lei de responsabilidade fiscal – Francisco Mauro Dias, n. 17, p. 111-123, 2002.

LEI DE TÓXICOS

O novo projeto da lei de tóxicos – João de Deus Lacerda Menna Barreto, n. 1, p. 136-140, 1998.

LEI ELEITORAL

A “nova” lei eleitoral e a “reforma” do Judiciário – Paulo Cesar Salomão, n. 8, p. 141-143, 1999.

LEILÃO

Duplicidade de arrematações – Severiano Aragão, n. 10, p. 143-147, 2000.

LESÃO

Dos defeitos do negócio jurídico no novo Código Civil: fraude, estado de perigo e lesão – Humberto Theodoro Junior, n. 20, p. 51-78, 2002.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Problemas? *Fiat* lex! Ou sobre a liberdade de expressão e a Internet – André Felipe Alves da Costa Tredinnick, n. 6, p. 30-59, 1999.

LIBERDADE PROVISÓRIA

A interpretação jurídica sob a ótica constitucional – Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, n. 15, p. 79-94, 2001.

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

O Judiciário e a litigância de má-fé – Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, n. 13, p. 40-42, 2001.

LITIGANTE

O litigante habitual – Ruy Mendes Pimentel, n. 11, p. 88-94, 2000.

LITISCONSÓRCIO

Ainda os litisconsórcios necessário e unitário – Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca

Passos, n. 19, p. 96-107, 2002.

Arguição de descumprimento de preceito fundamental – Humberto Peña de Moraes, n. 13, p. 135-148, 2001.

LITISPENDÊNCIA

Litispendência por identidade de causa de pedir – Theophilo Antonio Miguel Filho, n. 15, p. 168-179, 2001.

LOCAÇÃO DE IMÓVEIS

As partes na locação do imóvel urbano em extensão ao Código de Defesa do Consumidor – Celina Cardoso Neiva, n. 14, p. 137-139, 2001.

MAGISTRADO

Eleições para juiz de direito? – Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza, n. 13, p. 209-211, 2001.

A emenda do Judiciário – “quem garantirá as garantias?” – José Eduardo Nobre Matta, n. 10, p. 189-212, 2000.

Intérpretes da Constituição – João Batista Berthier Leite Soares, n. 17, p. 154-173, 2002.

O juiz ativo para a justiça efetiva – Luis Felipe da Silva Haddad, n. 16, p. 100-104, 2001.

O juiz e a cultura da transgressão – José Carlos Barbosa Moreira, n. 9, p. 98-119, 2000.

O livre convencimento do juiz e as garantias constitucionais do processo penal – Uadi Lammêgo Bulos, n. 12, p. 184-198, 2000.

A obra de criação do direito pelo juiz na interpretação das leis. Limites – Áurea Pimentel Pereira, n. 18, p. 104-112, 2002.

O papel político do Poder Judiciário – Flávia de Almeida Viveiros de Castro, n. 11, p. 171-186, 2000.

Prescrição de punição disciplinar aplicável a magistrado – Rodrigo Lopes Lourenço, n. 13, p. 234-241, 2001.

MAGISTRADO, FORMAÇÃO

PROFISSIONAL

Considerações pessoais sobre a seleção e a formação de magistrados em Portugal

- e na França – Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza, n. 2, p. 192-202, 1998.
- A formação de magistrados na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ – Manoel Carpena Amorim, n. 2, p. 11-19, 1998.
- A formação do juiz contemporâneo – Sálvio de Figueiredo Teixeira, n. 1, p. 147-157, 1998.
- Formação e seleção dos juízes no Brasil. Do juiz em um país do terceiro mundo – Ricardo Pereira Lira, n. 3, p. 212-218, 1998.
- La formación de jueces del Estado del Rio de Janeiro – Manoel Carpena Amorim, n. 4, ed. especial, p. 249-259, 1998.
- Recrutamento e formação de magistrados: o sistema italiano no âmbito dos princípios internacionais sobre o Estatuto dos Magistrados e da independência do Poder Judiciário – Giacomo Oberto, n. 20, p. 15-50, 2002.
- A Universidade e a formação dos juízes – Felipe Augusto de Miranda Rosa, n. 6, p. 163-165, 1999.
- Viagem à China e Tailândia – Manoel Carpena Amorim, n. 11, p. 11-20, 2000.

MAGISTRATURA

- Disposiciones constitucionales referidas a las garantías e impedimentos funcionales de la magistratura - Juan Guzmán Tapia, n. 4, ed. especial, p. 142-152, 1998.
- Garantías e impedimentos constitucionales funcionais da magistratura - Antonio Carlos Viana Santos, n. 4, ed. especial, p. 153-165, 1998.
- Garantías e impedimentos constitucionales funcionales de la magistratura: experiencia boliviana - Guillermo Arancibia López, n. 4, ed. especial, p. 129-141, 1998.
- Garantías e impedimentos constitucionales funcionales de la magistratura – Luis Alberto Absi, n. 4, ed. especial, p. 166-181, 1998.

MANDADO DE INJUNÇÃO

- Intérpretes da Constituição – João Batista Berthier Leite Soares, n. 17, p. 154-173, 2002.
- A evolução do controle de normas no direito brasileiro – Thiago Ragonha Varela, n. 18, p. 165-178, 2002.

MANDADO DE SEGURANÇA

- Mandado de segurança: decadência da impetração e errônea indicação da autoridade impetrada não constituem óbices intransponíveis à cognição da causa – Maria Cristina Barros Gutiérrez, n. 9, p. 136-140, 2000 e, n. 10, p. 148-152, 2000.
- Mandado de segurança – questões constitucionais – Luiz Roberto Ayoub, n. 18, p. 113-124, 2002.
- O valor da causa e as custas iniciais no mandado de segurança – Leonardo Greco, n. 16, p. 105-120, 2001.

MARCA

- Taxionomia moderna das marcas – seus atributos intrínsecos. Patologia do uso das marcas consoante a nova lei da propriedade industrial – Tomaz Henrique Leonardos, n. 10, p. 175-183, 2000.

MEDIAÇÃO

- Tipologia dos modos de “tratamento” dos conflitos – Felipe Augusto de Miranda Rosa, n. 12, p. 21-28, 2000.

MEDICAMENTO

- Responsabilidade civil por danos causados por remédios – Sergio Cavalieri Filho, n. 8, p. 11-20, 1999.

MÉDICO, RESPONSABILIDADE CIVIL

- Responsabilidade civil médica – cirurgia plástica – Roberto Wider, n. 20, p. 115-140, 2002.
- A responsabilidade civil médico-hospitalar à luz do Código do Consumidor – Sergio Cavalieri Filho, n. 5, p. 87-99, 1999.

MEDIDA CAUTELAR

Duração e eficácia das medidas cautelares – Wilson Marques, n. 6, p. 142-147, 1999.

MEDIDA LIMINAR

As ações cautelares no direito de família – Wilson Marques, n. 11, p. 72-87, 2000.

Arguição de descumprimento de preceito fundamental – Humberto Peña de Moraes, n. 13, p. 135-148, 2001.

A interpretação jurídica sob a ótica constitucional – Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, n. 15, p. 79-94, 2001.

As liminares e a tutela de urgência – Humberto Theodoro Júnior, n. 17, p. 24-52, 2002.

Medida liminar em tutela antecipatória – Roy Reis Friede, n. 18, p. 125-140, 2002.

MEDIDA PROVISÓRIA

Judiciário: uma visão realista – Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, n. 11, p. 21-23, 2000.

MEIO AMBIENTE

O meio ambiente, os poderes do Estado e a educação ambiental – Maria Collares Felipe da Conceição, n. 12, p. 41-47, 2000.

MEIOS DE COMUNICAÇÃO

Responsabilidade civil dos meios de comunicação – Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, n. 17, p. 83-93, 2002.

MERCADO COMUM EUROPEU

O mercado único e as fontes do direito privado europeu – Alfredo Calderale, n. 14, p. 11-33, 2001.

MERCOSUL

Filosofia do Mercosul – um desafio – Carlos Gerardo González, n. 12, p. 140-142, 2000.

Mercosul: direito, jurisdição, cidadania e democracia – Antônio Rulli Júnior, n. 11, p. 187-206, 2000.

MICROEMPRESA

As microempresas nos Juizados Especiais – Luis Felipe Salomão, n. 14, p. 62-73,

2001.

MINISTÉRIO PÚBLICO

Ato do príncipe – Paulo Rangel, n. 17, p. 245-256, 2002.

Institucionalização do Ministério Público – Alcides Martins, n. 4, ed. especial, p. 237-245, 1998.

A súmula 189 do STJ e o interesse público justificador da intervenção do Ministério Público no processo civil – José Eduardo Nobre Matta, n. 12, p. 92-110, 2000.

A tutela do interesse coletivo como instrumento polarizador da participação do Ministério Público no processo civil brasileiro – Humberto Dalla Bernardina de Pinho, n. 16, p. 174-191, 2001.

MOEDA ESTRANGEIRA

O Código do Consumidor e os contratos financeiros com cláusula de reajuste pela variação cambial do dólar – Sergio Cavalieri Filho, n. 9, p. 71-81, 2000.

Contrato de câmbio. Aspectos jurídico-processuais – Décio Xavier Gama, n. 3, p. 102-109, 1998.

Fim de século – Luiz Gonzaga Belluzzo, n. 8, p. 144-156, 1999.

MONISMO

Monismo e dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante – Gustavo Binenbojm, n. 9, p. 180-195, 2000.

MORAL

Direito, justiça, moral e ética – Áurea Pimentel Pereira, n. 13, p. 132-134, 2001.

MULHER ver DIREITOS DA MULHER

MULTA DE TRÂNSITO

As multas de trânsito e *o due process of law* – Nagib Slaibi Filho, n. 19, p. 27-45, 2002.

MUNICÍPIO

Pacto federativo: aspectos atuais – José dos Santos Carvalho Filho, n. 15, p. 200-209, 2001.

NEGÓCIO JURÍDICO

Dos defeitos do negócio jurídico no novo

Código Civil: fraude, estado de perigo e lesão – Humberto Theodoro Júnior, n. 20, p. 51-78, 2002.

NOME CIVIL

Sobre o nome da pessoa humana – Maria Celina Bodin de Moraes, n. 12, p. 48-74, 2000.

NOME COMERCIAL

Inatividade da sociedade comercial – Joaquim Antonio de Vizeu Penalva Santos, n. 5, p. 113-116, 1999.

NORMA CONSTITUCIONAL

Intérpretes da Constituição – João Batista Berthier Leite Soares, n. 17, p. 154-173, 2002.

A norma constitucional – Nagib Slaibi Filho, n. 17, p. 124-153, 2002.

NORMA JURÍDICA

Aspectos atuais da aplicação da norma jurídica – Luiz Roldão de Freitas Gomes, n. 13, p. 22-39, 2001.

NULIDADE

Dos limites da exceção de pré-executividade – Rogério de Oliveira Souza, n. 7, p. 126-135, 1999.

OAB ver **ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL**

ÔNUS DA PROVA

Da inversão do ônus da prova – Rogério de Oliveira Souza, n. 12, p. 81-91, 2000.

O garantismo penal e o aditamento à denúncia – Paulo Rangel, n. 13, p. 178-208, 2001.

A inversão do ônus da prova em favor do consumidor – Alexandre Freitas Câmara, n. 18, p. 88-103, 2002.

A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor – Cristina Tereza Gaulia, n. 13, p. 88-106, 2001.

A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor – o momento em que se opera a inversão e outras questões – André Gustavo C. de Andrade, n. 20, p. 141-168, 2002.

ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA

Dos ônus da sucumbência nos Juizados Especiais Cíveis – Heleno Ribeiro Pereira Nunes, n. 6, p. 155-162, 1999.

OPÇÃO AO AUTOR

Inconstitucionalidade da opção ao autor para ingressar nos Juizados Especiais – Luis Felipe Salomão, n. 1, p. 107-113, 1998.

Juizados Especiais Cíveis x Juizados comuns – a controvertida questão da “opcionalidade” – Wilson Marques, n. 2, p. 91-97, 1998.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Da natureza jurídica do compromisso do advogado – Edson Viana de Mattos, n. 10, p. 184-188, 2000.

ORDENAÇÕES AFONSINAS, FILIPINAS E MANUELINAS

O direito português em 1500 – Luiz Fernando Whitaker da Cunha, n. 10, p. 213-215, 2000.

ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA

Jurisdição, espaços de integração e consolidação da organização judiciária – Antônio Rulli Júnior, n. 6, p. 13-29, 1999.

ÓRGÃO PÚBLICO

Personalidade judiciária de órgãos públicos – José dos Santos Carvalho Filho, n. 19, p. 160-168, 2002.

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS

O direito do acionista de participação nos lucros sociais – Pedro A. Batista Martins, n. 1, p. 122-135, 1998.

PARTIDO POLÍTICO

A experiência constitucional norte-americana – Guilherme Bollorini Pereira, n. 17, p. 174-191, 2002.

PATERNIDADE

Reconhecimento de paternidade – Manoel Carpena Amorim, n. 9, p. 11-20, 2000.

PENA

Reflexões críticas e propostas para a execução penal – Álvaro Mayrink da Costa,

- n. 3, p.116-126, 1998.
- PENA DE MORTE**
A adoção da pena de morte e a tragédia da Barra da Tijuca – Rio - Décio Xavier Gama, n. 1, p. 187-190, 1998.
Uma questão controvertida – Felipe Augusto de Miranda Rosa, n. 7, p. 159-160, 1999.
- PENA DISCIPLINAR**
Prescrição de punição disciplinar aplicável a magistrado – Rodrigo Lopes Lourenço, n. 13, p. 234-241, 2001.
- PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE**
Reflexões críticas e propostas para a execução penal – Álvaro Mayrink da Costa, n. 3, p.116-126, 1998.
- PENA RESTRITIVA DE DIREITOS**
A nova disciplina legal das penas restritivas de direitos – Raphael Cirigliano Filho, n. 7, p.136-147, 1999.
- PENHORA**
Penhora, depósito e prisão do devedor – Rogério de Oliveira Souza, n. 15, p. 157-167, 2001.
- PESSOA JURÍDICA**
Responsabilidade penal da pessoa jurídica – Manoel Carpena Amorim, n. 10, p. 23-37, 2000.
- PODER JUDICIÁRIO**
Autarquia e independencia del Poder Judicial – Bonifácio Rios Avalos, n. 4, ed. especial, p. 193-204, 1998.
Autonomia financeira e administrativa do Judiciário – Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, n. 4, ed. especial, p.216-222, 1998.
Autonomia financeira e administrativa do Judiciário – Angela Augusta Santos Carvalho, n. 4, ed. especial, p. 231-234, 1998.
Autonomia financeira e administrativa do Judiciário – José Lisboa da Gama Malcher, n. 4, ed. especial, p. 191-192, 1998.
Autonomia financiera y administrativa del Poder Judicial – Daniel Gutiérrez, n. 4, ed. especial, p. 223-230, 1998.
Autonomia financiera y administrativa del Poder Judicial – Eduardo Lombardi, n. 4, ed. especial, p. 223-230, 1998.
Breves considerações a respeito da reforma e controle do Poder Judiciário – Glauceir Silva de Oliveira, n. 6, p. 186-196, 1999.
Direito, justiça, moral e ética – Áurea Pimentel Pereira, n. 13, p. 132-134, 2001.
A emenda do Judiciário “quem garantirá as garantias?”- José Eduardo Nobre Matta, n. 10, p. 189-212, 2000.
Especialização no serviço judiciário – Décio Xavier Gama, n. 20, p. 332-336, 2002.
A ideologia e o conceito do justo – Felipe Augusto de Miranda Rosa, n. 8, p. 129-136, 1999.
Independencia financiera y administrativa del Poder Judicial en Uruguay – Milton Cairoli Martinez, n. 4, ed. especial, p. 205-215, 1998.
Judiciário: uma visão realista – Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, n. 11, p. 21-23, 2000.
O Judiciário e a credibilidade da Justiça – Marcus Antonio de Souza Faver, n. 13, p. 11-21, 2001.
O Judiciário e a litigância de má-fé – Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, n. 13, p. 40-42, 2001.
Notas sobre a reforma do Judiciário – Asclepiades Rodrigues, n. 8, p. 137-140, 1999.
Observações sobre competência jurisdiccional – a natureza da competência dos juízos descentralizados – varas estaduais regionais e varas federais do interior – Wilney Magno de Azevedo Silva, n. 16, p. 225-235, 2001.
O papel político do Poder Judiciário – Flávia de Almeida Viveiros de Castro, n. 11, p. 171-186, 2000.
El Poder Judicial y los derechos humanos – Alberto Chaigneau del Campo, n. 4, ed. especial, p. 100-115, 1998.
– Marcos Ibazeta Marino, n. 4, ed. especial,

- p. 55-69, 1998.
- O Poder Judiciário e os deveres humanos
 – Antônio Rulli Junior, n. 4, ed. especial, p. 31-47, 1998.
- Benedito Silvério Ribeiro, n. 4, ed. especial, p. 23-30, 1998.
- Cristovan Daiello Moreira, n. 4, ed. especial, p. 48-54, 1998.
- O Poder Judiciário e os direitos humanos.
 – Alberto Nobueira, n. 4, ed. especial, p. 79-99, 1998.
- Pedro Luiz Ricardo Gagliardi, n. 4, ed. especial, p. 70-78, 1998.
- O Poder Judiciário e a súmula vinculante
 – Carlos Mario da Silva Velloso, n. 5, p. 23-38, 1999.
- Polícia e Judiciário: relações e conflitos
 – João Marcello de Araújo Junior, n. 6, p. 166-177, 1999.
- A prestação jurisdicional como pedagogia social – Paulo Nader, n. 3, p. 36-46, 1998.
- Quanto tempo demora um processo? – Felipe Augusto de Miranda Rosa, n. 14, p. 162-190, 2001.
- Recrutamento e formação de magistrados: o sistema italiano no âmbito dos princípios internacionais sobre o Estatuto dos Magistrados e da independência do Poder Judiciário – Giacomo Oberto, n. 20, p. 15-50, 2002.
- A reforma do Estado e o Poder Judiciário
 – Diogo de Figueiredo Moreira Neto, n. 3, p. 198-211, 1998.
- Reforma do Poder Judiciário – Pedro Montenegro Barbosa, n. 7, p. 161-169, 1999.
- Reforma do Poder Judiciário – aspectos institucionais – Antônio Rulli Júnior, n. 9, p. 196-200, 2000.
- Reforma? Qual reforma? – Felipe Augusto de Miranda Rosa, n. 6, p. 197-198, 1999.
- A Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)
 – Rogério de Oliveira Souza, n. 14, p. 140-151, 2001.
- A repercussão do novo Código Civil sobre a aquisição de bens imóveis pelo Poder Judiciário – Jessé Torres Pereira Junior, n. 20, p. 265-283, 2002.
- Um novo tempo na Justiça – Thiago Ribas Filho, n. 1, p. 11-15, 1998.
- Uma justiça para o terceiro milênio – Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, n. 10, p. 11-22, 2000.
- POLÍCIA**
 Polícia e Judiciário: relações e conflitos
 – João Marcello de Araújo Junior, n. 6, p. 166-177, 1999.
- POLÍTICA**
 Eça de Queirós e a política – Luiz Fernando Whitaker da Cunha, n. 13, p. 242-246, 2001.
- POSITIVISMO**
 Correção jurisprudencial de leis injustas – Álvaro Henrique Teixeira de Almeida, n. 7, p. 170-208, 1999.
- POSTOS DE ATENDIMENTO JUDICIAL**
 Justiça municipal? – Décio Xavier Gama, n. 6, p. 132-141, 1999.
- PRAZO**
 Citação editalícia. Revelia. Suspensão do processo. Reflexões – Ronaldo Leite Pedrosa, n. 11, p. 110-115, 2000.
- Mandado de segurança: decadência da impetração e errônea indicação da autoridade impetrada não constituem óbices intransponíveis à cognição da causa – Maria Cristina Barros Gutiérrez, n. 9, p. 136-140, 2000 e n. 10, p. 148-152, 2000.
- Prescrição de punição disciplinar aplicável a magistrado – Rodrigo Lopes Lourenço, n. 13, p. 234-241, 2001.
- PRESCRIÇÃO**
 Crime falimentar – Álvaro Mayrink da Costa, n. 12, p. 143-183, 2000.
- Prescrição de punição disciplinar aplicável a magistrado – Rodrigo Lopes Lourenço, n. 13, p. 234-241, 2001.
- Prescrição e direitos estatutários do servidor

- público. Imprescritibilidade de fundo do direito – princípio da legalidade – José Eduardo Carreira Alvim, n. 20, p. 205-209, 2002.
- PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**
- Democracia e acesso à Justiça – Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, n. 1, p. 161-170, 1998.
- Direito fundamental à razoável duração do processo judicial e administrativo – Nagib Slaibi Filho, n. 10, p. 118-142, 2000.
- A informática e a prestação jurisdicional – Marco Antonio Costa Souza, n. 4, ed. especial, p. 122-126, 1998.
- Judiciário: uma visão realista – Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, n. 11, p. 21-23, 2000.
- Justiça municipal? – Décio Xavier Gama, n. 6, p. 132-141, 1999.
- As liminares e a tutela de urgência – Humberto Theodoro Júnior, n. 17, p. 24-52, 2002.
- A prestação jurisdicional como pedagogia social – Paulo Nader, n. 3, p. 36-46, 1998.
- A prestação jurisdicional e a efetividade dos direitos declarados – Carlos Alberto Menezes Direito, n. 1, p. 141-146, 1998.
- PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA**
- Direito fundamental à razoável duração do processo judicial e administrativo – Nagib Slaibi Filho, n. 10, p. 118-142, 2000.
- PRINCÍPIO DA IGUALDADE** ver ISONOMIA CONSTITUCIONAL
- PRINCÍPIO DA VERDADE**
- A prova ilícita e o princípio da verdade real no processo penal – hermenêutica do art. 5º da Lei 9.296/96 – José Eduardo Nobre Matta, n. 14, p. 119-133, 2001.
- PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO**
- Da possibilidade de julgamento *ultra e extra petita* nos Juizados Especiais – Geraldo da Silva Batista Júnior, n. 3, p. 47-53, 1998.
- O livre convencimento do juiz e as garantias constitucionais do processo penal – Uadi Lammêgo Bulos, n. 12, p. 184-198, 2000.
- PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**
- O direito penal na Constituição (1988-1998) – Álvaro Mayrink da Costa, n. 9, p. 141-157, 2000.
- Intérpretes da Constituição – João Batista Berthier Leite Soares, n. 17, p. 154-173, 2002.
- A transação penal como ato da denominada jurisdição voluntária – Rogério Pacheco Alves, n. 13, p. 157-177, 2001.
- PRISÃO**
- Penhora, depósito e prisão do devedor – Rogério de Oliveira Souza, n. 15, p. 157-167, 2001.
- Prisão privada: solução, mas para quem? – Wagner Cinelli de Paula Freitas, n. 7, p. 155-158, 1999.
- PRISÃO ALBERGUE**
- Reflexões críticas e propostas para a execução penal – Álvaro Mayrink da Costa, n. 3, p. 116-126, 1998.
- PRISÃO PREVENTIVA**
- O custo social de uma legislação penal excessivamente liberal – Sergio Demoro Hamilton, n. 17, p. 219-233, 2002.
- PRIVATIZAÇÃO DO PROCESSO**
- Privatização do processo? – José Carlos Barbosa Moreira, n. 3, p. 13-25, 1998.
- PROCESSO ADMINISTRATIVO**
- Direito fundamental à razoável duração do processo judicial e administrativo – Nagib Slaibi Filho, n. 10, p. 118-142, 2000.
- PROCESSO CAUTELAR**
- As ações cautelares no direito de família – Wilson Marques, n. 11, p. 72-87, 2000.
- As liminares e a tutela de urgência – Humberto Theodoro Júnior, n. 17, p. 24-52, 2002.
- O processo cautelar. A tutela antecipada. Os institutos afins – João Carlos Pestana de Aguiar Silva, n. 1, p. 38-57, 1998.
- PROCESSO CIVIL**
- Lopes da Costa e o processo civil brasileiro – Sálvio de Figueiredo Teixeira, n. 11, p. 43-65, 2000.

O papel do curador especial no processo civil – Wilson Marques, n. 5, p. 117-122, 1999.

Princípios gerais do Direito no processo civil – Jorge de Miranda Magalhães, n. 5, p. 150-195, 1999.

O privilégio público do recurso de ofício no processo civil – Hamilton Carvalhido, n. 14, p. 34-41, 2001.

O processo civil brasileiro entre dois mundos – José Carlos Barbosa Moreira, n. 16, p. 11-22, 2001.

O processo civil no terceiro milênio – Sergio Bermudes, n. 7, p. 92-100, 1999.

Público e privado no processo civil na Itália – Andrea Proto Pisani, n. 16, p. 23-42, 2001.

A súmula 189 do STJ e o interesse público justificador da intervenção do Ministério Público no processo civil – José Eduardo Nobre Matta, n. 12, p. 92-110, 2000.

A tutela do interesse coletivo como instrumento polarizador da participação do Ministério Público no processo civil brasileiro – Humberto Dalla Bernardina de Pinho, n. 16, p. 174-191, 2001.

PROCESSO DE EXECUÇÃO

A natural inferioridade do devedor no processo de execução – Nagib Slaibi Filho, n. 1, p. 58-63, 1998.

A reforma do processo de execução – Leonardo Greco, n. 1, p. 68-83, 1998.

PROCESSO DO CONHECIMENTO

Técnicas de cognição e efetividade do processo – André Osório Gondinho, n. 8, p. 99-117, 1999.

PROCESSO JUDICIAL

Direito fundamental à razoável duração do processo judicial e administrativo – Nagib Slaibi Filho, n. 10, p. 118-142, 2000.

O processo como instrumental de cidadania – Durval Pimenta de Castro Filho, n. 12, p. 208-217, 2000.

Privatização do processo? – José Carlos Barbosa Moreira, n. 3, p. 13-25, 1998.

Quanto tempo demora um processo? –

Felipe Augusto de Miranda Rosa, n. 14, p. 162-190, 2001.

PROCESSO PENAL

O livre convencimento do juiz e as garantias constitucionais do processo penal – Uadi Lammego Bulos, n. 12, p. 184-198, 2000.

O processo penal brasileiro e o novo impulso pela sua modernização – Sálvio de Figueiredo Teixeira, n. 10, p. 38-44, 2000.

A prova ilícita e o princípio da verdade real no processo penal – hermenêutica do art. 5º da lei 9.296/96 – José Eduardo Nobre Matta, n. 14, p. 119-133, 2001.

PRODUTO VICIADO

Breves considerações sobre a alternativa de substituição do produto viciado – J.G. Vasi Werner, n. 19, p. 132-143, 2002.

PROFESSOR UNIVERSITÁRIO

A Universidade: compromisso com a excelência e instrumento de transformação – Sálvio de Figueiredo Teixeira, n. 12, p. 11-20, 2000.

PROMESSA DE COMPRA E VENDA

O compromisso de compra e venda como título de propriedade – Melhim Namem Chalhub, n. 6, p. 72-77, 1999.

PROPAGANDA ENGANOSA

Propaganda enganosa e abusiva – José Carlos Maldonado de Carvalho, n. 15, p. 120-128, 2001.

PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Taxionomia moderna das marcas – seus atributos intrínsecos. Patologia do uso das marcas consoante a nova lei da propriedade industrial – Tomaz Henrique Leonardos, n. 10, p. 175-183, 2000.

PROTEÇÃO AMBIENTAL

As alterações do Código Florestal – Francisco Carrera, n. 15, p. 218-223, 2001.

O meio ambiente, os poderes do Estado e a educação ambiental – Maria Collares Felipe da Conceição, n. 12, p. 41-47, 2000.

Responsabilidade civil constitucional – Roberto de Abreu e Silva, n. 16, p. 60-72, 2001.

PROTESTO CAMBIAL

Duplicata – aspectos jurídicos e discussões atuais – Ronald Amaral Sharp Junior, n. 14, p. 87-94, 2001.

PROTESTO DE TÍTULOS

Protesto silencioso – Décio Xavier Gama, n. 5, p. 123-126, 1999.

PROVA

Reintrodução ao estudo da prova – João Carlos Pestana de Aguiar, n. 8, p. 69-84, 1999.

Reintrodução ao estudo da prova (segunda parte) – João Carlos Pestana de Aguiar, n. 9, p. 120-135, 2000.

PROVA ILÍCITA

A prova ilícita e o princípio da verdade real no processo penal – hermenêutica do art. 5º da lei 9.296/96 – José Eduardo Nobre Matta, n. 14, p. 119-133, 2001.

PUBLICIDADE

Publicidade enganosa por omissão – aspectos comparativos do direito luso-brasileiro – Arthur Narciso de Oliveira Neto, n. 20, p. 210-233, 2002.

O resgate da ética na publicidade – Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, n. 3, p. 127-147, 1998.

QUEBRA ver FALÊNCIA,

QUEIRÓS, José Maria Eça de

Eça de Queirós e a política – Luiz Fernando Whitaker da Cunha, n. 13, p. 242-246, 2001.

RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE

Reconhecimento de paternidade – Manoel Carpena Amorim, n. 9, p. 11-20, 2000.

RECUPERAÇÃO DA EMPRESA

O novo projeto de recuperação da empresa – Paulo Penalva Santos, n. 7, p. 44-58, 1999.

RECURSO DE OFÍCIO

O privilégio público do recurso de ofício no processo civil – Hamilton Carvalhido, n. 14, p. 34-41, 2001.

RECURSO ESPECIAL

Julgamento do recurso *ex art.* 105, III, a, da Constituição da República: sinais de uma evolução auspiciosa – José Carlos Barbosa Moreira, n. 7, p. 81-91, 1999.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Eles, os recursos, vistos por um advogado (reflexões em matéria de recursos cíveis – Carlos Roberto Barbosa Moreira, n. 18, p. 45-57, 2002.

Julgamento do recurso *ex art.* 105, III, a, da Constituição da República: sinais de uma evolução auspiciosa – José Carlos Barbosa Moreira, n. 7, p. 81-91, 1999.

RECURSOS

Considerações sobre a apelação no sistema recursal do Código de Processo Civil – Sérgio Bermudes, n. 6, p. 123-131, 1999.

Considerações sobre o efeito suspensivo dos recursos cíveis – Sérgio Bermudes, n. 11, p. 66-71, 2000.

O depósito recursal no Juizado Especial Cível – Fábio Dutra, n. 7, p. 111-125, 1999.

Dos recursos em geral nas cortes estaduais e federais brasileiras – João Carlos Pestana de Aguiar Silva, n. 2, p. 77-90, 1998.

Eles, os recursos, vistos por um advogado (reflexões em matéria de recursos cíveis – Carlos Roberto Barbosa Moreira, n. 18, p. 45-57, 2002.

O Judiciário e a litigância de má-fé – Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, n. 13, p. 40-42, 2001.

A nova redação do art. 557 do Código de Processo Civil – Nagib Slaibi Filho, n. 5, p. 127-133, 1999.

Reformas do CPC em matéria de recursos – José Carlos Barbosa Moreira, n. 13, p. 51-64, 2001.

A singularidade dos julgamentos e a luta contra a lentidão da justiça – Leticia

de Faria Sardas, n. 18, p. 228-237, 2002.

REFORMA DO ESTADO

Globalização, crise e reforma do Estado brasileiro – Pedro de Oliveira Figueiredo, n. 2, p. 146-191, 1998.

A reforma do Estado e o Poder Judiciário – Diogo de Figueiredo Moreira Neto, n. 3, p. 198-211, 1998.

REFORMA JUDICIÁRIA

Breves considerações a respeito da reforma e controle do Poder Judiciário – Glauceir Silva de Oliveira, n. 6, p. 186-196, 1999.

A estabilidade do Direito e o custo Brasil – Arnoldo Wald, n. 8, p. 118-128, 1999.

Notas sobre a reforma do Judiciário – Asclepiades Rodrigues, n. 8, p. 137-140, 1999.

A “nova” lei eleitoral e a “reforma” do Judiciário – Paulo Cesar Salomão, n. 8, p. 141-143, 1999.

Reforma do Poder Judiciário – Pedro Montenegro Barbosa, n. 7, p. 161-169, 1999.

Reforma do Poder Judiciário – aspectos institucionais – Antônio Rulli Júnior, n. 9, p. 196-200, 2000.

Reforma? Qual reforma? – Felipe Augusto de Miranda Rosa, n. 6, p. 197-198, 1999.

Um novo tempo na Justiça – Thiago Ribas Filho, n. 1, p. 11-15, 1998.

Uma justiça para o terceiro milênio – Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, n. 10, p. 11-22, 2000.

REFORMA PENAL

O custo social de uma legislação penal excessivamente liberal – Sergio Demoro Hamilton, n. 17, p. 219-233, 2002.

O processo penal brasileiro e o novo impulso pela sua modernização – Sálvio de Figueiredo Teixeira, n. 10, p. 38-44, 2000.

Reforma penal – visão metodológica, comparatista e histórica na busca de um endereço realístico – Álvaro Mayrink da

Costa, n. 16, p. 192-205, 2001.

REFORMA PROCESSUAL CIVIL

As novas e boas propostas da reforma – Sálvio de Figueiredo Teixeira, n. 5, p. 39-52, 1999.

A reforma processual de 2002 – ligeiras anotações – lei 10.352, de 26.12.01 - Wilson Marques, n. 20, p. 193-204, 2002.

Reformas do CPC em matéria de recursos – José Carlos Barbosa Moreira, n. 13, p. 51-64, 2001.

REGISTRO DE IMÓVEIS

Arrendamento residencial – Joaquim Antônio de Vizeu Penalva Santos, n. 9, p. 64-70, 2000.

O compromisso de compra e venda como título de propriedade – Melhim Namem Chalhub, n. 6, p. 72-77, 1999.

A importância da classificação tradicional das ações e o registro de imóveis – Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento, n. 13, p. 117-127, 2001.

RELATOR

A nova redação do art. 557 do Código de Processo Civil – Nagib Slaibi Filho, n. 5, p. 127-133, 1999.

A singularidade dos julgamentos e a luta contra a lentidão da justiça – Leticia de Faria Sardas, n. 18, p. 228-237, 2002.

REMÉDIO ver **MEDICAMENTO**

RENDA

A discriminação de rendas na Constituição federal de 1988 e a busca de um novo modelo federativo em mundo marcado pela globalização dos mercados – Ernani de Paiva Simões, n. 12, p. 128-139, 2000.

REPARAÇÃO DO DANO

O dano – responsabilidade civil – Adolpho C. de Andrade Mello Junior, n. 9, p. 46-51, 2000.

Dano moral e pedido genérico de indenização – André Gustavo C. de Andrade, n. 10, p. 45-67, 2000.

O dano moral resultante do divórcio ou da

- separação injusta e o seu ressarcimento – Luiz Murillo Fábregas, n. 6, p. 98-111, 1999.
- A decisão judicial – Carlos Alberto Menezes Direito, n. 11, p. 24-42, 2000.
- Direito ao respeito – Marco Antonio Ibrahim, n. 14, p. 134-136, 2001.
- Direito autoral e responsabilidade civil – Sergio Cavalieri Filho, n. 13, p. 43-50, 2001.
- Os fatores de atribuição na responsabilidade por danos – André Fontes, n. 5, p. 207-215, 1999.
- A indenização por dano moral e o imposto de renda – Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento, n. 12, p. 118-12, 2000.
- O princípio da dimensão coletiva das relações de consumo: reflexos no “processo do consumidor”, especialmente quanto aos danos morais e às conciliações – José Augusto Garcia, n. 2, p. 115-145, 1998.
- Responsabilidade civil *ex delicto* no Direito brasileiro – Manoel Carpena Amorim, n. 7, p. 13-20, 1999.
- Responsabilidade civil por danos causados por remédios – Sergio Cavalieri Filho, n. 8, p. 11-20, 1999.
- A responsabilidade do credor pela execução – Rogério de Oliveira Souza, n. 18, p. 156-164, 2002.
- Responsabilidade por dano não-patrimonial a interesse difuso (dano moral coletivo) – Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, n. 9, p. 21-42, 2000.
- RESPONSABILIDADE CIVIL**
- Aspectos da responsabilidade civil do Código de Defesa do Consumidor – Leticia de Faria Sardas, n. 16, p. 52-59, 2001.
- O dano – responsabilidade civil – Adolpho C. de Andrade Mello Junior, n. 9, p. 46-51, 2000.
- Direito autoral e responsabilidade civil – Sergio Cavalieri Filho, n. 13, p. 43-50, 2001.
- Endosso-mandato e extravio de títulos – Leticia de Faria Sardas, n. 3, p. 148-155, 1998.
- Os fatores de atribuição na responsabilidade por danos – André Fontes, n. 5, p. 207-215, 1999.
- Responsabilidade civil constitucional – Roberto de Abreu e Silva, n. 16, p. 60-72, 2001.
- Responsabilidade civil das instituições financeiras pela má concessão de crédito – Semy Glanz, n. 2, p. 105-114, 1998.
- Responsabilidade civil dos meios de comunicação – Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, n. 17, p. 83-93, 2002.
- Responsabilidade civil e o júri – Manoel Carpena Amorim, n. 5, p. 60-65, 1999.
- Responsabilidade civil *ex delicto* no direito brasileiro – Manoel Carpena Amorim, n. 7, p. 13-20, 1999.
- Responsabilidade civil médica – cirurgia plástica – Roberto Wider, n. 20, p. 115-140, 2002.
- Responsabilidade civil médico-hospitalar à luz do Código do Consumidor – Sergio Cavalieri Filho, n. 5, p. 87-99, 1999.
- Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor – Heloisa Carpena Vieira de Mello, n. 3, p. 73-83, 1998.
- Responsabilidade civil por danos causados por remédios – Sergio Cavalieri Filho, n. 8, p. 11-20, 1999.
- A responsabilidade civil prevista no Código de Trânsito brasileiro à luz da Constituição federal – Sergio Cavalieri Filho, n. 6, p. 60-71, 1999.
- A responsabilidade do incorporador/construtor no Código do Consumidor – Sergio Cavalieri Filho, n. 3, p. 84-93, 1998.
- A teoria da falta contra a legalidade constitucional – Roberto Abreu e Silva, n. 19, p. 62-84, 2002.

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

Endosso-mandato e extravio de títulos – Leticia de Faria Sardas, n. 3, p. 148-155, 1998.

Visão panorâmica da responsabilidade do transportador – Sergio Cavalieri Filho, n. 1, p. 114-121, 1998.

RESPONSABILIDADE CRIMINAL ver **RESPONSABILIDADE PENAL**

RESPONSABILIDADE FISCAL, LEGISLAÇÃO

Aspectos constitucionais da lei de responsabilidade fiscal – Jessé Torres Pereira Júnior, n. 15, p. 63-78, 2001.

Visão global da lei de responsabilidade fiscal – Francisco Mauro Dias, n. 17, p. 111-123, 2002.

RESPONSABILIDADE PENAL

Responsabilidade penal da pessoa jurídica – Manoel Carpena Amorim, n. 10, p. 23-37, 2000.

REVELIA

Citação editalícia. Revelia. Suspensão do processo. Reflexões – Ronaldo Leite Pedrosa, n. 11, p. 110-115, 2000.

REVISTA DA EMERJ

Os três anos da Revista da EMERJ – Décio Xavier Gama, n. 12, p. 218-219, 2000.

RITO PROCESSUAL

Dever judicial de adequação do procedimento à pretensão deduzida em juízo – Cristina Gutiérrez, n. 13, p. 107-116, 2001.

SEGREDO DE JUSTIÇA

Lei da mordaza e direito de informação – mídia e justiça - Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, n. 11, p. 131-146, 2000.

SEGREDO DE NEGÓCIO

Proteção legal aos segredos de negócio – Kátia Braga de Magalhães, n. 12, p. 75-80, 2000.

SEGUNDA INSTÂNCIA

Um novo tempo na Justiça – Thiago Ribas Filho, n. 1, p. 11-15, 1998.

SEGURANÇA JURÍDICA

A estabilidade do Direito e o custo Brasil – Arnoldo Wald, n. 8, p. 118-128, 1999.

SENTENÇA

O que deve e o que não deve figurar na sentença – José Carlos Barbosa Moreira, n. 8, p. 42-53, 1999.

Sustação pelo Tribunal do cumprimento de sentença sujeita a apelação de efeito apenas devolutivo – Sérgio Bermudes, n. 1, p. 64-67, 1998.

SENTENÇA ESTRANGEIRA

Sentença estrangeira e globalização: acesso à justiça e cooperação internacional – Antonio do Passo Cabral, n. 16, p. 206-224, 2001.

SEPARAÇÃO JUDICIAL

As ações cautelares no direito de família – Wilson Marques, n. 11, p. 72-87, 2000.

O dano moral resultante do divórcio ou da separação injusta e o seu ressarcimento – Luiz Murillo Fábregas, n. 6, p. 98-111, 1999.

O papel da culpa na separação e no divórcio – Gustavo Tepedino, n. 2, p. 32-50, 1998.

SERVIÇO JUDICIÁRIO

Especialização do serviço judiciário – Décio Xavier Gama, n. 20, p. 332-336, 2002.

SHOPPING CENTER

Contrato de *shopping center* – Guilherme Calmon Nogueira da Gama, n. 18, p. 187-227, 2002.

SIGILO

Lei da mordaza e direito de informação – mídia e justiça – Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, n. 11, p. 131-146, 2000.

SISTEMA DE EDUCAÇÃO

A Universidade: compromisso com a excelência e instrumento de transformação – Sálvio de Figueiredo Teixeira, n. 12, p. 11-20, 2000.

SISTEMA PENITENCIÁRIO

O custo social de uma legislação penal excessivamente liberal – Sergio Demoro

- Hamilton, n. 17, p. 219-233, 2002.
- SOCIEDADE**
Direito, justiça e sociedade – Sergio Cavaliere Filho, n. 18, p. 58-65, 2002.
- SOCIEDADE ANÔNIMA**
Interpretação realista da alienação de controle de companhia aberta – Jorge Lobo, n. 15, p. 95-119, 2001.
Sociedade anônima, subcapitalização, desconsideração da personalidade jurídica da sociedade anônima – Joaquim Antonio de Vizeu Penalva Santos, n. 14, p. 74-77, 2001.
- SOCIEDADE COMERCIAL**
Inatividade da sociedade comercial – Joaquim Antonio de Vizeu Penalva Santos, n. 5, p. 113-116, 1999.
A responsabilidade na sociedade por quotas – Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, n. 7, p. 59-80, 1999.
- SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA**
A responsabilidade na sociedade por quotas – Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, n. 7, p. 59-80, 1999.
- SÚMULA VINCULANTE**
O Poder Judiciário e a súmula vinculante – Carlos Mario da Silva Velloso, n. 5, p. 23-38, 1999.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** ver TRIBUNAL SUPERIOR
- SUSPENSÃO DO PROCESSO PENAL**
Citação editalícia. Revelia. Suspensão do processo. Reflexões – Ronaldo Leite Pedrosa, n. 11, p. 110-115, 2000.
Considerações sobre a suspensão do processo penal à luz da Constituição – Paulo Assed Estefan, n. 7, p. 148-154, 1999.
- TAILÂNDIA**
Viagem à China e Tailândia – Manoel Carpena Amorim, n. 11, p. 11-20, 2000.
- TEORIA DA IMPREVISÃO**
Revisão de contratos pela ilicitude das cláusulas e pela teoria da imprevisão – Severiano Aragão, n. 8, p. 38-41, 1999.
Teorias da imprevisão (condição implícita, frustração por risco e risco do negócio) – Severiano Aragão, n. 9, p. 43-45, 2000.
- TERRA INDÍGENA**
Juizado de direito em território indígena – Asclepiades Rodrigues, n. 11, p. 147-154, 2000.
- TESTEMUNHA**
O livre convencimento do juiz e as garantias constitucionais do processo penal – Uadi Lammêgo Bulos, n. 12, p. 184-198, 2000.
- TIPO PENAL**
Tipo penal ou circunstância majorante – Bonni dos Santos, n. 17, p. 234-244, 2002.
- TÍTULO CAMBIAL**
As “dez regras de ouro” dos títulos cambiais – Jorge Lobo, n. 9, p. 52-63, 2000.
- TÍTULO DE CRÉDITO**
Endosso-mandato e extravio de títulos – Letícia de Faria Sardas, n. 3, p. 148-155, 1998.
- TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL**
Contrato de abertura de crédito e ação monitória – Luiz Gonzaga dos Santos, n. 3, p. 110-115, 1998.
- TÓXICO**
O novo projeto da lei de tóxicos – João de Deus Lacerda Menna Barreto, n. 1, p. 136-140, 1998.
A prevenção pela educação – João de Deus Lacerda Menna Barreto, n. 2, p. 98-104, 1998.
- TRABALHADOR**
Garantias constitucionales del trabajador en Brasil – Paulo Orval P. Rodrigues, n. 4, ed. especial, p. 116-121, 1998.
- TRANSAÇÃO PENAL**
A transação penal como ato da denominada jurisdição voluntária – Rogério Pacheco Alves, n. 13, p. 157-177, 2001.
- TRANSEXUALISMO**
Sobre o nome da pessoa humana – Maria Celina Bodin de Moraes, n. 12, p. 48-74, 2000.

TRANSGRESSÃO DE NORMAS

O juiz e a cultura da transgressão – José Carlos Barbosa Moreira, n. 9, p. 98-119, 2000.

TRANSPORTADOR

Visão panorâmica da responsabilidade do transportador – Sérgio Cavalieri Filho, n. 1, p. 114-121, 1998.

TRATADO INTERNACIONAL

Eficácia provisória e definitiva dos tratados internacionais – Ives Gandra da Silva Martins, n. 12, p. 199-207, 2000.

TRIBUNAL DE ALÇADA, EXTINÇÃO

Um novo tempo na Justiça – Thiago Ribas Filho, n. 1, p. 11-15, 1998.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO

A Relação do Rio de Janeiro (1751-1808) – Rogério de Oliveira Souza, n. 14, p. 140-151, 2001.

TRIBUNAL SUPERIOR

A argüição de inconstitucionalidade nos Tribunais (nova redação do art. 481 do Código de Processo Civil) – Nagib Slaibi Filho, n. 6, p. 148-154, 1999.

Eleição direta para o STF?! – Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza, n. 18, p. 245-247, 2002.

Julgamento do recurso *ex art.* 105, III, a, da Constituição da República: sinais de uma evolução auspiciosa – José Carlos Barbosa Moreira, n. 7, p. 81-91, 1999.

A tutela antecipada nos Tribunais Superiores – Luiz Fux, n. 13, p. 65-87, 2001.

TRIBUTO

A necessária restituição de tributos inconstitucionais – José Jayme de Macêdo Oliveira, n. 16, p. 150-164, 2001.

TUTELA

Tutela e adoção remuneradas – Décio Xavier Gama, n. 13, p. 128-131, 2001.

TUTELA ANTECIPADA

Ação de despejo por falta de pagamento – Caetano Ernesto da Fonseca Costa, n. 17, p. 78-82, 2002.

A interpretação jurídica sob a ótica

constitucional – Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, n. 15, p. 79-94, 2001.

As liminares e a tutela de urgência – Humberto Theodoro Júnior, n. 17, p. 24-52, 2002.

Medida liminar em tutela antecipatória – Roy Reis Friede, n. 18, p. 125-140, 2002.

O processo cautelar. A tutela antecipada. Os institutos afins – João Carlos Pestana de Aguiar Silva, n. 1, p. 38-57, 1998.

A tutela antecipada nos Tribunais Superiores – Luiz Fux, n. 13, p. 65-87, 2001.

A tutela de urgência na jurisdição de família. Cautelares. Tutela antecipada – Luiz Fux, n. 14, p. 51-61, 2001.

TUTELA CAUTELAR

As liminares e a tutela de urgência – Humberto Theodoro Júnior, n. 17, p. 24-52, 2002.

Política, direito e ética na tutela cautelar – Nagib Slaibi Filho, n. 8, p. 95-98, 1999.

A tutela de urgência na jurisdição de família. Cautelares. Tutela antecipada – Luiz Fux, n. 14, p. 51-61, 2001.

TUTELA DE URGÊNCIA

As liminares e a tutela de urgência – Humberto Theodoro Júnior, n. 17, p. 24-52, 2002.

A tutela de urgência na jurisdição de família. Cautelares. Tutela antecipada – Luiz Fux, n. 14, p. 51-61, 2001.

TUTELA JURISDICIONAL

As liminares e a tutela de urgência – Humberto Theodoro Júnior, n. 17, p. 24-52, 2002.

O mercado único e as fontes do direito privado europeu – Alfredo Calderale, n. 14, p. 11-33, 2001.

UNIÃO ESTÁVEL

A constitucionalização no direito de família na carta política brasileira de 1988 – Áurea Pimentel Pereira, n. 15, p.

48-62, 2001.

UNIÃO EUROPEIA

O mercado único e as fontes do direito privado europeu – Alfredo Calderale, n. 14, p. 11-33, 2001.

UNIVERSIDADE

A Universidade e a formação dos juízes – Felipe Augusto de Miranda Rosa, n. 6, p. 163-165, 1999.

A Universidade: compromisso com a excelência e instrumento de transformação – Sálvio de Figueiredo Teixeira, n. 12, p. 11-20, 2000.

VALOR DA CAUSA

O valor da causa e as custas iniciais no mandado de segurança – Leonardo Greco, n. 16, p. 105-120, 2001.

VALOR RESIDUAL

Leasing – A diferença entre VRG (Valor residual de garantia) e preço da opção de

compra no contrato e sua descaracterização de valor residual – Marco Antonio Ibrahim, n. 15, p. 180-188, 2001.

VIEHWEG, Theodoro

Pensamento tópico – a contribuição de Viehweg para a jusfilosofia pós-positivista – José Eduardo Nobre Matta, n. 15, p. 210-217, 2001.

VIOLAÇÃO DE COMUNICAÇÃO

O grampeamento e a Constituição – Osny Duarte Pereira, n. 5, p. 53-59, 1999.

VIOLÊNCIA DEFENSIVA

O problema da violência defensiva – Felipe Augusto de Miranda Rosa, n. 20, p. 320-324, 2002.