ESTUDANTES

ISSN 1679-7906

Caderno Acadêmico

.05
2

GAO DE DIVULGAÇÃO CIENTÍFICO-LITERÁRIO DOS ESTUDANTES DA
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

Tive a oportunidade de ver surgir a revista *Estudantes - Caderno Acadêmico* dos alunos da histórica Faculdade de Direito do Recife, burocraticamente denominada de CCJ, pela filha ingrata, que é a UFPE. No início, confesso, ouvi dos estudantes de então explicações do que seriam os CADERNOS e tive dúvidas quanto ao sucesso do empreendimento dadas as dificuldades materiais que então se apresentavam para os jovens juristas em formação. Os números do periódico se sucederam, foram ficando mais encorpados e densos, com aprimorados trabalhos que honrariam qualquer revista jurídica brasileira. Verifiquei, então, o meu equívoco e, confesso, até me senti envergonhado por não ter acreditado naqueles jovens cheios de ideais.

Ao receber este décimo exemplar, verifico que o sonho daqueles que imaginaram a primeira revista está bem consolidado. Os artigos que compõem este número merecem leitura, não como um estímulo para que seus autores venham a se aperfeiçoar, mas porque vejo naqueles já efetivas contribuições nas variadas áreas de estudo objeto das incursões.

A revista inicia-se com uma interessante abordagem sobre o preocupante tema das "cifras brancas da tortura institucional", sendo adequadamente abordado por Flavianne Fernanda Bitencourt. Em seguida, depara-se o leitor com uma análise sobre a compatibilidade entre o chamado Direito Alternativo e o Direito Dogmático, onde os caminhos para a convergência são indicados. Já Marcos Toscano Siebra Brito, discípulo do notável grupo de jus-filósofos da nova escola do Recife, liderada por João Maurício Adeodato, brinda o leitor com o seu artigo sobre eficácia, efetividade e aplicabilidade para além do reducionismo doutrinário. Segue a revista, de modo bastante equilibrado, com artigos nas várias áreas do Direito. O Administrativo é contemplado com " Do desvio de Poder", de Carlos Roichman, e com "Princípio da razoabilidade como limite à discricionariedade administrativa", de Gabriela Maciel. No campo do Direito Comercial, Vitor Teixeira aborda o atual tema da "Admissibilidade dos contratos verbais de concessão", relevante questão objeto de acesas discussões doutrinárias e o faz com segurança. Já Pedro Henrique Galvão trás sua contribuição com aprofundado estudo sobre a "recuperação de empresas no direito comparado", texto relevante, sobretudo para os interessados em compreender a nova proposta de lei de falências, crucial para a economia do país. O campo do Direito Constitucional é representado por três contribuições. A de Flávia Dantas sobre o controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública, questão muito debatida, sobretudo, na busca do equilíbrio entre a utilização daquela relevante modalidade de ação e o risco da usurpação, por via indireta, da competência privativa do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Já Bruno Felipe de Anibas disserta sobre a

ESTUDANTES
CADERNO ACADÊMICO

NÃO PODE SAIR
DA BIBLIOTECA

DIRETÓRIO ACADÊMICO DEMÓCRITO DE SOUZA FILHO
NÚCLEO DE ESTUDOS ACADÊMICOS

ESTUDANTES
CADERNO ACADÊMICO

ÓRGÃO DE DIVULGAÇÃO CIENTÍFICO-LITERÁRIO DOS ESTUDANTES DA
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

ANO 6 - Número 10
Abril a Dezembro de 2004

2004
173 anos da Biblioteca da Faculdade de Direito do Recife

UFPE/CCJ - BIBLIOTECA FDR

ESTUDANTES

Capa: "*Le campanille*"

O Palácio da Faculdade de Direito do Recife ostenta na fachada posterior, a 29 metros de altura e abrigado em sua campanila (ou *campanille*) o antiqüíssimo relógio inglês do tipo carrilhão.

Com quatro mostradores, cada um com 02 metros de diâmetro, GLÁUCIO VEIGA informa que ele é "*igual ao que possui um dos mais importantes monumentos de Berlim*" (VEIGA, Gláucio. *Origem da Atual Área da Faculdade de Direito do Recife*. Série Cadernos da Faculdade, nº 01. Recife: Publicação da Faculdade de Direito do Recife, 1998, página 12).

Atualmente com 108 anos é, com efeito, o mais antigo do Estado de Pernambuco, seguido apenas de dois outros carrilhões: um em Recife, no Diário de Pernambuco, e o último em Olinda, na Fábrica Tacaruna. PINTO FERREIRA lembra que "*a capanila da Faculdade de Direito do Recife marca o compasso badalado do tempo, na simbologia do seu relógio e dos seus sinos*"(FERREIRA, Pinto. *História da Faculdade de Direito do Recife*. Tomo I. Recife: Universitária-UFPE, 1980, página: 91).

Entusiasmados pelos espíritos da *tradição* e da *pernambucanidade*, registre-se, os alunos da FDR, coordenados pelo DADSF e pela AAFDR, em 2003, obtiveram doações e consertaram o histórico relógio após 20 anos parado (*Diário de Pernambuco*, Recife, domingo, 23 de novembro de 2003, página C.02), trazendo novamente o alegre badalar dos seus sinos repicando bem no "*coração do Recife*".

PINTO FERREIRA conclui que a nossa *campanille* "*simboliza a marcha do tempo, associada com as estatuetas simbólicas da justiça, da ciência e do direito*" (FERREIRA, Pinto. *op cit.* página 92).

Fotografia e nota:

Leonardo de Medeiros Fernandes, acadêmico do quinto período noite (5ºDN), estagiário concursado do TJPE.

Ae. 2087660
Ex. 1
8926110

Estudantes Caderno Acadêmico a.6 Nº. 10
Recife, Diretório Acadêmico Demócrito de Souza Filho e
Núcleo de Estudos Acadêmicos
1. Direito - Periódicos
340.05

INFORMAÇÕES, CRÍTICAS, COMENTÁRIOS E ENVIO DE TRABALHOS:
ESTUDANTES - CADERNO ACADÊMICO
Praça Dr. Adolpho Cirne, S/N - Faculdade de Direito do Recife - Sala do DADSF
Recife - Pernambuco

CONSELHO EDITORIAL

Anamaria Campos Tôrres
Professora de Direito Processual Penal da FDR/UFPE

Francisco Ivo Dantas Cavalcanti
Professor de Direito Constitucional da FDR/UFPE

João Maurício Leitão Adeodato
Professor de Filosofia do Direito da Pós-graduação da FDR/UFPE

Margarida de Oliveira Cantarelli
Professora de Direito Internacional Público da FDR/UFPE

Nelson Nogueira Saldanha
Professor de Teoria Geral do Direito da Pós-graduação da FDR/UFPE

Raimundo Juliano Rego Feitosa
Professor da Pós-graduação de Direito da FDR/UFPE

Sérgio Torres Teixeira
Professor de Direito Processual da Pós-graduação de Direito da FDR/UFPE

As opiniões expressas nos trabalhos publicados responsabilizam apenas seus autores e não representam, necessariamente, a opinião dos editores e coordenadores deste periódico.

Sumário

Apresentação (09)

Edital (11)

Contribuições Especias:
Carta Aberta a Tobias Barreto
Marcelo Márcio Cardoso Fernandes (15)
Sobre os 150 anos da Faculdade de Direito do Recife
Venceslau Tavares da Costa (21)

– *Teoria Geral do Direito*
As "cifras brancas" da tortura institucional: impunidade e interrupção do "sistema de justiça"
Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega (25)
Direito Dogmático x Direito Alternativo: fenômenos excludentes?
Maria Júlia Menezes de Toledo Florêncio (41)
Eficácia, Efetividade e Aplicabilidade: para além do reducionismo doutrinário
Marcos Toscano Siebra Brito (53)

– *Direito Administrativo*
Do desvio de poder
Carlos Barreto Campello Roichman (69)
Princípio da razoabilidade como limite à discricionariedade administrativa
Gabriela Tavares Miranda Maciel (81)

– *Direito Comercial*
Admissibilidade Jurídica dos contratos verbais de concessão comercial
Victor Epitácio Cravo Teixeira (91)
A recuperação da Empresa no Direito Comparado: Breve Análise das Medidas nos Sistemas Jurídicos pátrio, argentino, germânico, americano, espanhol e o Mercosul
Pedro Henrique Bezerra Galvão (107)

– *Direito Constitucional*
Controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública
Flávia Tavares Dantas (121)
Culto e curandeirismo: a liberdade constitucional como exclusão de ilicitude na tutela da saúde pública
Bruno Felipe da Silva Martin de Arribas (131)

Em busca da máxima efetividade do princípio constitucional da função social da propriedade
Bruno Rodrigues Arruda e Silva (147)

– *Direito Internacional*
Da impossibilidade da Prisão Civil ante o Pacto de San José da Costa Rica
Rodrigo Albuquerque de Victor (163)

– *Direito Penal e Processual Penal*
A lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2003, e a extensão da prerrogativa de foro em razão da função à ação de improbidade administrativa
Carolina Souza Malta (177)
Admissibilidade das provas ilícitas: uma interpretação possível
Caroline Andressa Coelho Nunes (193)
Da descriminalização do adultério à luz do princípio da intervenção mínima
Jayana Freitas Poggi de Carvalho (209)
O art. 2º da Lei nº 10.259/2001 x o art. 61 da Lei nº 9099/95: análise crítica à luz do princípio da isonomia
José da Costa Soares (221)

– *Direito Social e do Trabalho*
A preferência do crédito trabalhista e as fraudes decorrentes dessa preferência na Justiça do Trabalho
Diana Figueiredo Pinheiro (237)
Direito do Trabalhador à Saúde: Investigação conceitual e idéias para a superação dos impasses e paradigmas atuais
Luís Bernardo Delgado Bieber (243)

– *Direito Tributário*
Da impronunciabilidade *ex-officio* da prescrição tributária
Felipe de Vasconcelos Pedrosa (255)

APRESENTAÇÃO

A Revista "Estudantes – Caderno Acadêmico" encontra-se, atualmente, em seu décimo número. Para nós, membros do Conselho, essa edição é muito especial porque traz consigo o germe da mudança. A partir de agora, a Revista conta com um novo Conselho Editorial. Essa renovação é extremamente salutar e muito nos orgulha. A disposição destas pessoas em trabalhar para que a Revista se concretize demonstra, antes de tudo, que os alunos desta Casa compreendem que, especialmente no espaço da graduação, a existência de um período é fundamental, porquanto possibilita a quebra de dogmas, bem como a criação e o desenvolvimento contínuo da ciência jurídica.

O Direito exige, cada vez mais, profissionais dinâmicos e criativos, voltados não apenas à aquisição do conhecimento, mas sobretudo à sua produção. De fato, já não há mais lugar para o Direito que é simples aplicação de normas. Neste contexto, é inquestionável que a Universidade Pública precisa se preocupar em formar não meros operadores jurídicos, mas homens e mulheres voltados ao senso crítico, ao discernimento que, uma vez conscientes de seu papel social, transformem a realidade em que se inserem. Mais do que nunca, a ligação entre ensino, pesquisa e extensão torna-se uma necessidade.

Consciente da importância desse liame indissolúvel (ensino, pesquisa e extensão), a Revista Acadêmica "Estudantes" se propõe a funcionar como espaço contínuo de divulgação das idéias dos alunos da graduação do Curso de Direito da Faculdade de Direito do Recife. É este o seu objetivo maior: Incentivar a pesquisa. Produzir conhecimento. Se contrapor ao formalismo burocrático. Assegurar a concretização do Direito que queremos, justo, contemporâneo, socialmente referenciado.

Não poderíamos, por fim, deixar de fazer referência nesta apresentação àqueles que trabalharam incessantemente para que a Revista fosse, hoje, o que ela é. Agradecemos ao antigo Conselho Editorial pelo exemplo de empenho e dedicação, pelo evidente comprometimento com a Revista e, acima de tudo, com os ideais que ela representa. Nossos agradecimentos também aos professores da Faculdade de Direito do Recife. Apesar de todas as dificuldades que o ensino público enfrenta hodiernamente, eles ainda conservam o vigor daqueles que acreditam no poder do conhecimento.

Aos alunos da Faculdade de Direito, também agradecemos. Não apenas pela paciência com que aguardaram a publicação deste número, fruto de muito trabalho, como sobretudo pela maciça apresentação de artigos para serem analisados pelo Conselho. Isso só comprova o que afirmamos ao longo de todo o texto: o estudante desta Casa não fica passivo diante da estagnação cultural e científica que assola não só nossa Instituição, mas o ensino jurídico como um todo. Muito pelo contrário. Ele participa, produz, interage e evidencia, a cada dia, que a Faculdade de Direito do Recife não vive apenas do passado.

Adriana Reis de Albuquerque
Membro do Conselho Editorial

EDITAL N.º 01/2004

O Núcleo de Estudos Acadêmicos da Faculdade do Direito do Recife faz saber que se encontra aberto o prazo para recebimento de trabalhos para publicação no periódico Estudantes - Caderno Acadêmico.

Os trabalhos deverão ser **entregues até 1º de março de 2005** na Biblioteca da Faculdade de Direito do Recife ou remetidos através dos Correios (com aviso de recebimento – AR) para o endereço: Praça Adolpho Cirne, s/nº, CEP 50050-060. Boa Vista, Recife – PE (Sala do DADSF, aos cuidados do Núcleo de Estudos Acadêmicos). Nos casos de artigos remetidos pelo Correio, considerar-se-á a data de postagem para validade do prazo.

A ESTUDANTES – CADERNO ACADÊMICO destina-se à publicação de trabalhos científicos (jurídicos e áreas afins) de autoria de alunos de graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Os alunos poderão remeter artigos até a data da colação de grau (considerando-se a data da postagem).

1. Os **trabalhos científicos** devem conter entre **cinco e quinze** laudas, nas seguintes especificações: fonte Verdana – 11 (WORD 97); margem padrão (Superior: 2,5 cm; Inferior: 2,5 cm; Esquerda: 2,5 cm; Direita: 2,5 cm; Mediatriz: 0 cm; Cabeçalho: 1,25 cm: Rodapé: 1,25 cm); papel tamanho A4; espaçamento simples e recuo da primeira linha de cada parágrafo com 1,5 cm de distância da margem; texto justificado.
2. Comentários e notas devem vir ao fim da página (rodapé), em fonte Verdana – 9 (WORD 97) e devidamente numeradas.
3. As referências bibliográficas devem conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas, vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra (em itálico); número da edição (somente a partir da segunda); ponto; local de publicação; dois pontos; editora (não usar a palavra editora); vírgula; ano da publicação; ponto. Exemplos:

   3.1. Livro

   JAKOBS, Günther. A imputação objetiva no direito penal. 2.ed. São Paulo: RT, 2001.

   3.2. Capítulo ou parte de livro

   COSTA, Regina Helena. Tributação ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos de. Direito ambiental em evolução. Curitiba: Juruá, 1998, p. 297-309.

3.3. Artigo de revista

ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 9-38, out./dez. 2000.

3.4 Legislação

BRASIL. Decreto n. 2.632, de 19 de junho de 1998. Dispõe sobre o Sistema Nacional Antidrogas e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 19 jun. 1998.

3.5 Documento eletrônico/internet

Rede Nacional Feminista de Saúde e Direitos Reprodutivos. Dossiê aborto inseguro. Disponível na internet: http://www.redesaude.org.br [26.05.2001].

4. Para a solução de demais dúvidas formais, verificar o artigo de ADEODATO, João Maurício Leitão. Bases para uma Metodologia da Pesquisa em Direito. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, n. 8. Recife: Editora Universitária, 1997, p. 201-224.
5. **Os** trabalhos artísticos e literários **devem conter entre** três e doze laudas **e seguir o mesmo padrão especificado nos itens anteriores.**
6. O artigo deve ser encaminhado ao Conselho Diretor em **três** vias, acompanhado da versão em disquete (devidamente identificado, com nome do autor e título do trabalho).
7. Em uma das vias, devem constar na primeira página do trabalho, além do nome do autor, informações acerca da sua formação e de seus vínculos unicamente acadêmicos. As outras duas vias do trabalho, porém, devem ser impressas e entregues sem qualquer referência ao autor do trabalho, nem mesmo seu nome.
8. Só serão aceitos e publicados artigos inéditos, condição que deverá constar de declaração do autor, a ser firmada e entregue conjuntamente com o trabalho.
9. Os trabalhos apresentados fora do prazo acima referido serão submetidos ao Conselho Editorial apenas para o próximo número desta publicação.
10. O trabalho que não siga estritamente os padrões definidos no presente Edital poderá ser excluído da avaliação do Conselho Editorial.

11. Os disquetes que apresentarem problemas deverão ser substituídos pelos seus respectivos autores ou pessoa por eles indicada, após comunicação, no prazo inderrogável de 24 horas.
12. O autor deverá enviar apenas **um** artigo em resposta a cada Edital. Caso envie mais de um, o Conselho Diretor decidirá qual será submetido ao Conselho Editorial.
13. É estabelecido o limite máximo de **três** artigos a serem publicados por um mesmo autor na revista, incluindo os de co-autoria.
14. Os autores que tiverem seus artigos selecionados para a publicação deste periódico ficam cientes que a ESTUDANTES-CADERNO ACADÊMICO poderá, a depender de seu interesse e garantindo a vinculação da autoria, disponibilizar os respectivos textos por outros meios de divulgação.

Guilherme Ataíde Jordão de Vasconcelos
Conselho Diretor
Núcleo de Estudos Acadêmicos

CARTA ABERTA A TOBIAS BARRETO [1]

Marcelo Márcio Cardoso Fernandes [2]
Ex-Aluno

Enquanto o Recife dorme, embalado pela brisa noturna, contemplo a vossa Casa e maravilhado, percorro toda a praça que majestosamente circunda este imponente palácio, tão bem localizado no coração da nossa cidade. Paro agora diante do vosso busto molhado pelo orvalho que, aos poucos, vai se transformando em gotas d'água que descem dos vossos olhos

1 Diário de Pernambuco — Sábado, 15 de Agosto de 1970 — 1o Caderno, página 04. A propósito das sugestões de mudança de sede da Faculdade de Direito do Recife.
Sobre o tema, reporto o caro leitor ao minucioso trabalho do Profº Drº Gláucio Veiga intitulado Origem da Atual Área da Faculdade de Direito do Recife. Série Cadernos da Faculdade, nº 01. Recife: publicação da Faculdade de Direito do Recife, 1998, página 11, publicado por ocasião da gestão do Profº Drº Ivo Dantas como Diretor da FDR.

2 Marcelo Márcio Cardoso Fernandes nasceu em 12 de março de 1938, na Rua de São João, Bairro de São José, Recife, Pernambuco. Cresceu e viveu a sua infância correndo pelas ruas, pontes e praças do Recife.
Ingressou na Faculdade de Direito do Recife, no início do ano de 1969, a qual denominava-a "vetusta, austera e embrionária Casa do Direito". Das nossas muitas conversas, dizia-me, desde menino, que aqui foi o seu berço, a qual deveu a formação intelectual e a lição de que nada se faz sem amor. Ouvi-o repetindo sempre as palavras do Mestre Nelson Saldanha: "... casa do Direito, e dos valores que alimentam o direito, centralmente o valor justiça, tão questionado, tão questionável nos dias de hoje".
Obteve o grau de Bacharel na Turma de 1973. Prestou concurso público para a Magistratura Pernambucana, no ano de 1983, donde obteve o primeiro lugar, com distinção, fruto de extenuantes estudos e inúmeras renúncias. Dedicou-o à sua esposa e companheira Leopoldina Mª. do S. A. de Medeiros Fernandes, que a chamava, carinhosamente, de "Minha Mãe", incessante fiel incentivadora.
Em seu exercício como Juiz de Direito serviu entre outras às Comarcas de Carpina, Timbaúba, São Caetano, Garanhuns, Aliança, Recife. Honrou a toga com a verticalidade moral que lhe era inerente, defendendo intransigentemente o ideário de Justiça e a grandeza do Direito, com insofismável Humanismo. Faleceu em 18 de janeiro de 2004. Partiu para a Casa do Pai, deixando saudades, mas exemplo de homem probo e honrado.

como lágrimas vivas e não menos vivas, saudoso mestre, são as reminiscências que desfilam no meu cérebro como uma corrente de recordações que os livros, nas caladas das noites, me emprestaram orientando o meu desejo de defender-vos, defendendo o vosso patrimônio, a vossa Casa.

Os sábios não morrem. E vós sois imortais. Vós que o próprio tempo consertou como a imagem viva da cultura jurídica. Cultura que a cada ano, a cada mês, a cada dia, se agiganta multiplicando-se, estendendo-se a todos nós alunos de ontem e de hoje, que, como vós, carregaram e carregam sobre os ombros a responsabilidade marcante de dar continuidade aos ensinamentos básicos através da ordem e da liberdade. E, eminente professor, o que mais caracteriza o Direito, como vós tantas vezes ensinastes, são estes dois fatores, indispensáveis ao equilíbrio social, à paz, à vida finalmente. Mas o Direito é costume também. Costume gera tradição. Tradição é o documento mais positivo que o passado pode oferecer ao presente e, por isso, a tradição deve ser respeitada, principalmente aquela gerada a custa de sacrifícios e que se constitui orgulho de um povo.

A vossa Casa é tradição mais pura, pois por ela passaram as maiores expressões do mundo intelectual brasileiro e se encontra erguida no seu devido lugar: no coração do Recife e, muito mais ainda, no coração de todos os pernambucanos. O seu desaparecimento, a sua transferência para outra localidade significaria um rompimento com o passado, um desrespeito à tradição, uma violação irreparável que nós, acadêmicos de Direito, pernambucanos, e acima de tudo brasileiros, não podemos aceitar, porque compreendemos e respeitamos o valor que esta Casa representa.

Construída há quase um século sobre os pilares da cultura e conservada pela força do sacrifício, orgulho e dedicação de um punhado de bravas sentinelas da democracia jurídico brasileira, alunos e professores sentiram e sentem a importância deste teto que já abrigou homens como vós, Fioravante, Assis Chateaubriand, Bevilaqua e tantos outros que deram ao Brasil as mais belas lições que ainda hoje são recordadas, como que gravadas na consciência pelo poder divino da verdade. E a verdade nunca morre. Hoje esse teto ainda abriga homens de uma cultura extraordinária como os professores Pinto Ferreira, Mário Neves Batista, Rui da Costa Antunes, Gustavo Pashaus, Lourival Vilanova, Luiz Delgado e muitos outros; verdadeiros gigantes da cultura jurídico-brasileira. Mas esse teto abriga também humildes alunos, desejosos de dar continuidade aos inesquecíveis ensinamentos, embalados pelo contágio sagrado das eruditas

lições e, ao mesmo tempo, com os olhos voltados para o respeito, para a compreensão, para o sacrifício. Sacrifício sim, pois, sentimos com que dificuldade os ilustres mestres, responsáveis pelo destino desta sagrada escola, lutam para nos proporcionar o máximo do mínimo de que dispõem no sentido material. É uma luta sem trégua. Silenciosa... É como dizia o Dr. Alcides Carneiro, Ministro do Supremo Tribunal Militar, num dos seus discursos: "*É o fenômeno miraculoso do poder de ofertar, da mãe pobre que se esforça para dar ao filho estudioso o seu presente. Mas presente de mãe pobre é sacrifício. E se todo presente comove, todo sacrifício enternece*". E, enternecido, estamos agora, mas do que nunca, unidos.

Quem conhece o Recife sabe que ao lado da Igreja do Espinheiro, no bairro do mesmo nome, existe uma árvore bem ao meio da rua. É uma gigantesca gameleira que não deixa de se constituir um atrapalho ao trânsito. Mas, pelo seu valor como tradição, por retratar uma época, por guardar recordações, está protegido pelo Governo Federal. Ela é inviolável, ela é um patrimônio e o Governo achou por bem protege-la.

Imaginemos a nossa tradicional Faculdade de Direito do Recife, majestoso monumento de inestimável valor histórico-cultural, que nasceu da força e do sacrifício do passado e que no presente serve a um bem protegido pelo Estado: a cultura. Ali se encontram hoje os responsáveis pelo Brasil de amanhã e necessitam de exemplos, de respeito aos costumes e tradições, para que no futuro possam transmitir com o mesmo ardor, a mesma dedicação, do mesmo modo que os nossos antepassados nos transmitiram.

Então por que afastar, por que transferir a vossa majestosa Casa, nossa Faculdade de Direito do Recife?

Seria o mesmo que tentar transferir o Palácio do Governo, Teatro Santa Izabel, o Monte dos Guararapes, o Forte das Cinco Pontas, Tamandaré, a Sé de Olinda. E muito e muitos outros monumentos que o povo consagrou invioláveis e que as autoridades procuram conservar demonstrando assim o respeito aos costumes, às tradições que, como nossa Faculdade, são testemunhas do amor e do sacrifício de um punhado de brasileiros que tombaram em defesa da nossa liberdade e soberania.

Creio que vós compreendeis esta minha carta. E crede, grande mestre, não foi escrita pela emoção, nem tampouco pelo simples desejo acadêmico de escrever. Ela transportará um apelo às autoridades do país, para que não consintam seja violada uma tradição, como seria a transferência desta Faculdade. Será portadora também da certeza de que todos nós seremos

ouvidos. Ela retrata a verdade e não a mentira e é, sem dúvida alguma, o instrumento legal que disponho para chegar às consciências e despertar aqueles que ainda não souberam compreender a importância que a vossa Casa representa, pois que, além de tudo ela é o berço da cultura jurídica do nosso Estado, orgulho do povo do Recife, a eterna semente da liberdade, a esperança imortal do Brasil de amanhã, a nossa Faculdade de Direito do Recife.

SOBRE OS 150 ANOS DA FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

Venceslau Tavares Costa Filho
(Aluno da 10º Período de Direito da UFPE, Monitor de Direito Civil III e Direito Processual Civil IV, Presidente do Instituto de Direito Privado da Faculdade de Direito do Recife, aluno extensionista da Faculdade de Direito do Recife nos Projetos "NAJUP - Direito nas Ruas" e "Vestibular Cidadão").

No ano de 1854 ocorre uma passagem marcante da vida da Faculdade de Direito: a sua transposição da Cidade de Olinda para a Capital Pernambucana, ato do qual decorrerão significativas mudanças para o pensamento jurídico nacional. O Núcleo de Estudos Acadêmicos e o Instituto de Direito Privado deste vetusto Centro de Ciências Jurídicas não poderiam ficar alheios à passagem dos 150 anos deste acontecimento, pelo que os membros destas tradicionais entidades de fomento acadêmico da Casa de Tobias assentiram em registrar a data e informar acerca da importância da mesma por meio deste singelo texto.

Nilo Pereira indica que desde o ano de 1851 circulavam notícias em Olinda de que o Curso Jurídico seria transferido para Recife[1]. Argumentando os olindenses em sentido contrário à transposição para Recife, algumas hipóteses são aventadas no que tange à motivação da escolha de Olinda e o conseqüente afastamento da possibilidade de a sede do Governo Provincial receber um dos cursos jurídicos. Uma das teorias apresentadas diz que Recife teria sido preterida em vista de seu espírito revolucionário, pelo que se foi o palco de diversas revoluções durante os períodos pré e pós Independência, segundo Débora Bonat[2]. Uma outra conjectura se dirige à questão político-religiosa da época, qual seja a união entre a Igreja Católi-

1 PEREIRA, Nilo. *A Faculdade de Direito do Recife* (1927-1977). v. 1. Recife: Editora Universitária – UFPE, 1977, p. 137.

2 BONAT, Débora. *O Humanismo Latino e a Escola do Recife*. In: WOLKMER, Antônio Carlos. *Humanismo e cultura jurídica no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003, p. 146.

ca e o Estado Brasileiro. Nilo Pereira diz que uma das explicações para a instalação do Curso Jurídico no Mosteiro de São Bento de Olinda (não se podendo olvidar que o congênere paulista instalou-se no Convento de São Francisco) seria a vontade do Governo Imperial em colocar a sua "ciência" sob a "proteção" da Igreja[3].

Ora, independentemente do prevalecimento da primeira ou da segunda explicação no intuito de aclarar o que estaria no cerne da decisão do Imperador pela Cidade de Olinda, mostra-se cristalino o desejo do governante em manter sob o seu controle os cursos jurídicos, por serem estratégicos. Uma das mais importantes medidas tomadas pelo Imperador D. Pedro I diz respeito à criação dos centros de ciências jurídicas nas Províncias de Pernambuco e de São Paulo. O rompimento para com a ordem jurídica metropolitana era imperativo para que o jovem país obtivesse uma relativa autonomia. A formação intelectual daqueles que seriam incumbidos de criar esta nova ordem de coisas e atuar nesta nova realidade não deveria ocorrer na velha metrópole, era em Olinda e São Paulo que isto deveria acontecer a partir de então.

Entretanto, o rompimento com as velhas tradições metropolitanas não ocorreu nas proporções esperadas, pelo que o período "olindense" da Faculdade de Direito instalada na Província de Pernambuco (1827-1854) é visto como uma época de reprodução do pensamento estrangeiro (especialmente o francês)[4] e das tradições coimbrãs, o que teria contribuído para uma maior penetração e perenização das idéias lusitanas no espaço acadêmico.[5] Coimbra era tomada como modelo pela Olinda acadêmica. Odilon Nestor, por sua vez, acrescenta: "Em Olinda, era de algum modo, Coimbra que se reeditava".[6]

Várias das razões acima esposadas acerca dos motivos do Governo Imperial para a escolha de Olinda e a caracterização do período "olindense" da Faculdade de Direito podem ser verificadas por meio da análise dos ensinamentos de dois personagens considerados Professores exemplares

3 PEREIRA, Nilo. *Op. cit.* p. 138.

4 Motivo pelo qual Nilo Pereira diz que: "Nosso romantismo era hugoano. A visão do direito, enquanto não renovada por Tobias e a Escola do Recife, era uma tradição coimbrã a que não faltava também a influência dos mestres franceses, embora Paula Baptista já fosse autor traduzido na Alemanha" (PEREIRA, Nilo. *Op. cit.* p. 224).

5 BONAT, Débora. *Op. cit.* p. 146.

6 PEREIRA, Nilo. *Op. cit.* p. 223.

deste período: Lourenço José Ribeiro e Pedro Autran da Matta e Albuquerque. Lourenço José Ribeiro foi Professor e Diretor da Faculdade de Direito, apontado como o primeiro comentador da primeira constituição brasileira, a de 1824. Todavia, verifica-se que Lourenço José Ribeiro procurou direcionar o seu intelecto e seu poder de argumentação no sentido de convencer a elite intelectual do País acerca da legitimidade e legalidade da Constituição outorgada de 1824.[7] Pedro Autran, por sua vez, era professor de Direito Natural e considerado um dos mais brilhantes mestres de sua geração. Todavia, além de seu discurso e ensinamentos repousarem em uma tentativa de explicação puramente metafísica do direito e da realidade; dedicava-se também a procurar justificar instituições como o Papado, o Poder Moderador, a Monarquia, etc, por meio do Direito Natural.[8]

A "tomada" da Faculdade de Direito das mãos de Olinda, porém, não ocorreria sem que houvesse pronunciamentos e requerimentos em sentido contrário. Já em 09 de Agosto de 1852 a Câmara Municipal de Olinda enviou memorial para a Assembléia Geral lamentando a possível destituição da Marim dos Caetés; enviando um outro memorial ao Imperador D. Pedro II – de teor similar, em 30 de junho de 1853.[9]

Argumentavam os representantes do povo olindense que tal deposição resultaria em prejuízo financeiro para a cidade, em vista das rendas perquiridas com os estudantes e familiares que ali residiam. Um outro argumento utilizado pelos edis olindenses apelava para o senso de justiça daqueles que integravam a Assembléia Geral e do Imperador D. Pedro II: tendo em vista o fato de Olinda haver perdido o status de capital política e econômica da Província para o Recife, não seria justo que também perdesse o status de capital cultural para a antiga vila dos mascates, também (pois além de sediar o Curso Jurídico; também foi e ainda hoje é sede do secular seminário de Olinda).

Tais admoestações não conseguiram alterar a decisão do Governo Imperial: em 1854 o Curso Jurídico destinado a atender à região norte do país é transferido para a Capital da Província; Recife, o "feliz rival", consolidava a sua vocação de capital jurídica e econômica da região norte/nordeste do país, ainda que em prejuízo para a cidade-irmã Olinda, a "viúva política".[10]

7 PEREIRA, Nilo. *Op. cit.* p. 84.
8 PEREIRA, Nilo. *Op. cit.* p. 84.
9 PEREIRA, Nilo. *Op. cit.* p. 137.
10 PEREIRA, Nilo. *Op. cit.* p. 137.

Um dos efeitos da transposição da Faculdade de Direito para o Recife, logo sentidos pela comunidade acadêmica, foi o da aproximação desta com a imprensa, sendo este estreitamento de laços entre a Faculdade de Direito e a Imprensa recifense; um dos elementos que possibilitaram a sua expansão política e cultural.[11] A Imprensa constituiu-se em verdadeira caixa de ressonância dos anseios, idéias e protestos dos professores e estudantes da Faculdade de Direito do Recife. Talentos jornalísticos como os de Sílvio Romero e Assis Chateaubriand são prova disto.

De acordo com Nilo Pereira: "O "fenômeno" Tobias não podia acontecer em Olinda. Nem Joaquim Nabuco podia ter sido o pregador social e político que foi, em cidade um seu tanto distante, onde a tradição parecia amaciar por si mesma as rebeliões que surgiam como resultado do ideário político e social de então".[12]

O distanciamento olindense assinalado acima não diz respeito a uma questão meramente geográfica. Em Olinda, a comunidade acadêmica não dispunha da mesma acessibilidade encontrada em Recife em relação à Imprensa. A Imprensa, portanto, constitui-se num importante instrumento de comunicação entre a comunidade acadêmica da Faculdade de Direito do Recife e a sociedade letrada, aumentando a área de alcance das discussões e idéias da nascente Escola do Recife.

Um outro elemento importante e também decorrente da transferência do curso jurídico para Recife seria o gradual abandono das concepções metafísicas jusnaturalistas. O afastamento da Faculdade de Direito da órbita de influência de duas importantes instituições clericais – o mosteiro de S. Bento e o Seminário de Olinda – o que talvez possa haver acelerado o citado processo.

Distanciando-se não só do jusnaturalismo racional, mas também do positivismo francês (ou comteano), a Escola do Recife destacou-se pela sua contribuição para a formação de um espírito crítico nos integrantes da elite intelectual do Brasil[13]. De base germanista, a Escola do Recife em muito colaborou para a gênese de idéias consideradas avançadas na época, em vez do referencial teórico francês ou português.[14]

11 PEREIRA, Nilo. *Op. cit.* p. 219.
12 PEREIRA, Nilo. *Op. cit.* p. 220.
13 BONAT, Débora. *Op. cit.* p. 147.
14 BONAT, Débora. *Op. cit.* p. 146.

É interessante observar que, já na terceira ou última fase da Escola do Recife, Débora Bonat assinala que: "Em 1891 circulou pela primeira vez a Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife. Era predominantemente escrita por Professores, com ênfase aos problemas sociais e políticos nacionais".[15] Então, porque não dizer que 2004 – além de marcar os 150 anos da fixação da Faculdade de Direito no Recife – também marca os 113 anos de fundação da Revista Acadêmica, importante órgão de divulgação das idéias dos estudantes da Faculdade de Direito. Atualmente, somente os membros do corpo discente do curso de graduação da Casa de Tobias publicam seus escritos nesta Revista, em vista do fato de os professores e estudantes da pós-graduação strictu sensu passarem a contar com suas próprias revistas, quais sejam o Anuário da Faculdade de Direito do Recife e a Revista Idéia Nova.

Portanto, concluo dizendo que há 150 anos verificava-se o surgimento de uma Faculdade de Direito verdadeiramente do Recife, mudança que resultou no aparecimento de um movimento tão singular como a Escola do Recife e sucedâneas[16]. Possivelmente, a permanência do Curso Jurídico em Olinda teria retardado ou obstado tais manifestações.

BIBLIOGRAFIA:

BONAT, Débora. *O Humanismo Latino e a Escola do Recife*. In: WOLKMER, Antônio Carlos. *Humanismo e cultura jurídica no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

PEREIRA, Nilo. *A Faculdade de Direito do Recife* (1927-1977). v. 1. Recife: Editora Universitária – UFPE, 1977.

15 BONAT, Débora. *Op. cit.* p. 147.

16 Roquette Pinto chega a falar de uma Nova Escola do Recife, formada por intelectuais da envergadura de Gilberto Freyre, José Lins do Rego, José Américo de Almeida, Graça Aranha, etc. Enquanto que a Escola do Recife foi marcada pelo seu germanismo, a Nova Escola do Recife foi marcada pelo seu Regionalismo, do que resultou o lançamento do pioneiro manifesto regionalista em 1926 no Salão Nobre da Faculdade de Direito do Recife.

AS 'CIFRAS BRANCAS' DA TORTURA INSTITUCIONAL: IMPUNIDADE E INTERRUPÇÃO DO 'SISTEMA DE JUSTIÇA'

Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega
(Aluna do 7º período de Direito da UFPE; ex-monitora de Introdução ao Estudo do Direito 2; ex-monitora de Hermenêutica Jurídica; ex-bolsista do PIBIC/CNPq; pesquisadora acadêmica de projeto de pesquisa do Programa de Pós-graduação em Ciência Política, financiado pela Fundação Ford)

Sumário: 1. A proposta de análise do problema 'impunidade da tortura policial'; 2. O Ministério Público como agência de *accountability*; 3. Metodologia; 4. Dados da Pesquisa; 5. Discussão; 5.1. O impacto simbólico e normativo da 'tipificação preliminar' na persecução criminal; 5.1.1. O tipo penal como norte para produção de provas; 5.1.2. A Justificação técnica do Promotor; 5.2. O Poder de Requisição; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1. A proposta de análise do problema 'impunidade da tortura policial'

Para abordar o tema 'impunidade da tortura institucional' a pesquisa utilizou-se do enfoque da Ciência Política fundada nos mecanismos de *accountability* do Estado de Direito Democrático, já a impunidade é uma questão relacionada com o desempenho e a eficiência da ação governamental.

Essa dimensão 'procedural' de democracia a partir da idéia de *accountability* é o pressuposto teórico da investigação científica proposta.

Toma-se como referência do estudo, a noção seminal desenvolvida por O'DONNEL, que propõe distinguir nas poliarquias[1] contemporâneas

1 O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina: uma conclusão parcial. *In*: MÉNDEZ, Juan E. *Democracia, Violência e Injustiça: O Não-Estado de Direito na América Latina*. trad. Ana Luiza Pinheiro.São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 338.

dois grupos de mecanismos de *accountability*: um relativo à interação entre os eleitores e mandatários, ao qual denomina de *vertical accountability*; outro decorrente de mecanismos, formais ou informais, da separação constitucional de poderes, de freios e contrapesos, e de contenção e responsabilização recíprocas entre diferentes agências e agentes governamentais, denominado de *horizontal accountability*.

Interessa para compreender o fenômeno da impunidade da tortura praticada por agentes do Estado a idéia da *horizontal accountability*. Nessa hipótese se insere o Ministério Público, como agência de *accountability*, pois que em termos jurídicos, é órgão legal e constitucionalmente encarregado de exercer o controle externo da atividade policial.

Assim, a proposta de análise da questão da impunidade da Tortura Institucional parte da observação da operacionalidade dessa rede de controle entre as agências do Estado – Ministério Público e Polícia – de sorte a identificar os pontos de estrangulamento existentes no 'sistema de justiça' nacional.

Por se tratar de uma pesquisa de cunho sociológico o conceito de 'sistema de justiça' é tomado numa acepção ampla a compreender todo o caminho que percorre a *notitia criminis* nas 'instâncias formais de controle do crime'[2], desde as delegacias de polícia, promotorias até o tribunal, quando o processo judicial é propriamente constituído.

Nesse sentido, o 'sistema de justiça' alarga-se para além da fase processual judicial para incluir um momento anterior, onde predomina a atuação do Ministério Público e da Polícia numa etapa denominada por Pedro Ojeda Paullada de *prejudicial* [3], ou seja, de averiguação prévia ao exercício da ação penal. É nesse instante que essas 'instâncias formais' ou 'agências do Estado' – Ministério Público e Polícia – exercem a discricionariedade e o processo seletivo do crime para a fase seguinte, a judicial.

Dessa forma, objetiva-se desvelar as causas institucionais da impunidade dos crimes de tortura policial no 'sistema de justiça'. A análise partirá especificamente da observação da atuação do promotor no controle externo da polícia.

---

2 DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem deliquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra , 1997. 365. Segundo os autores 'as instâncias formais de controlo do crime' são a própria lei, a polícia, o ministério público e o tribunal.

3 PAULLADA, Pedro Ojeda. La funcion del Ministério Publico em la persecucion del delito. *Revista do Ministério Público de Pernambuco*. Recife: a.1, n.2, p.38-55, jul/dez, 1972 . p.47.

2. O Ministério Público como agência de *accountability*

O Ministério Público segundo a Constituição Federal de 1988 é o órgão investido no controle externo da atividade policial, o que corresponde em linguagem de Ciência Política à categoria 'agência de *accountability*'.

Essa vigilância volta-se àquelas atividades da polícia que se relacionam com as funções institucionais do Ministério Público, quais sejam: a investigação de crimes dentro e fora do inquérito. Isso significa que a rede de controle se desenvolve junto à polícia nas tarefas de Polícia Judiciária e de apuração de infrações criminais.

O exercício desse controle é disciplinado de acordo com a Lei Orgânica de cada Ministério Público Estadual a indicar os instrumentos e a forma de proceder concretamente.

O promotor de justiça de São Paulo Hugo Nigro Mazzilli[4], discrimina as principais formas de exercício do controle externo: a fiscalização da apresentação ou não da *noticia criminis*; o acompanhamento do Inquérito Policial para coleta de elementos de convicção a forma a *opinio delictis;* a apuração de crimes onde estejam envolvidos policiais, governantes e pessoas poderosas que possam influenciar e desvirtuar as investigações; as visitas às delegacias e aos locais onde estejam pessoas sujeitas à prisão processual; o acompanhamento de lavratura de atos e termos policiais e combate à tortura e os meios ilícitos de prova.

Nas hipóteses de tortura cometida por agentes da polícia, é imprescindível a atuação do Ministério Público como 'agência de *accountability*' na função de investigador. O Ordenamento Jurídico brasileiro permite ao promotor de justiça apurar o crime, não sendo esta prerrogativa exclusiva da Polícia Judiciária, consoante art. 144 da Constituição Federal c/c art.4º, parágrafo único do Código de Processo Penal[5].

Essa atividade investigativa, no entanto, ainda não se desenvolveu suficientemente no Brasil. Membros da justiça americana, em visita ao país, observaram a falta de coordenação entre a Polícia e o Ministério Pú-

4 MAZZILLI, Hugo de Brito. *O controle externo da atividade policial.* Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 664. p.387-393, fev, 1991. p. 391.

5 Apesar de divergência jurisprudencial, o posicionamento majoritário é consoante a *mens legis* da Constituição Federal : TACRIM/SP – 2ª Câmara – HC nº 297.992/5 – Rel. Juiz Erix Ferreira – Possibilidade de procedimento administrativo no âmbito do Ministério Público para apurar fatos envolvendo autoridades policiais.

blico, ficando perplexos em ver que o promotor de justiça brasileiro não exerce qualquer atividade probatória antes do processo judicial, nem participa da investigação das provas do crime. [6]

Há uma cultura no Brasil, associada à falta de estrutura e capacitação de pessoal técnico especializado nas Promotorias, de que o Ministério Público não deve atuar como investigador. Como destaca o Procurador de Justiça Marino Pazzaglini Filho a grande maioria dos promotores não sabe trabalhar nessa função, pois está acostumado a receber o inquérito muitas vezes já pronto, não desempenhando, nem mesmo, a rotina de acompanhamento dos casos na Polícia. [7]

3. Metodologia

O problema objeto de análise – a impunidade da tortura policial – foi pesquisado a partir de pressupostos teóricos da Ciência Política. Realizou-se a coleta de material empírico para conferir aos resultados obtidos maior credibilidade científica.

A pesquisa empírica, efetuada no período de maio a outubro de 2002, consistiu na observação da atuação da Promotoria de Direitos Humanos da Capital do Ministério Público de Pernambuco no controle externo da polícia através da análise de todos os Procedimentos Administrativos instaurados nos anos de 1997 a 2002, que se encontravam em andamento.

Primeiramente, elegeu-se a Promotoria de Direitos Humanos porque era esta quem desempenhava, segundo as normas internas do Ministério Público Estadual, a atribuição de realizar o controle externo da atividade policial da capital Recife. A análise a partir dos Procedimentos Administrativos mostrou-se a pertinente visto ser esta a única forma de atuação da promotoria como agência de *accountability* nos 5 meses de observação da pesquisadora. A opção pela análise sistemática dos procedimentos em andamento e não pelos arquivados decorreu da necessidade de se avaliar a dinâmica da atuação do promotor.

O lapso temporal estabelecido entre os anos de 1997 até 2002 é em razão do marco estabelecido no ano de 1997 com a promulgação da Lei nº

6 SADEK, Maria Tereza *O Ministério Púbico e a Justiça no Brasil*. São Paulo: Idesp/ Sumaré, 1997. p. 20.

7 SADEK, Maria Tereza *O Ministério Púbico e a Justiça no Brasil*. São Paulo: Idesp/ Sumaré, 1997. p. 21.

9.455 a tipificar a conduta criminosa da tortura, antes diluída no Ordenamento Jurídico brasileiro em outros tipos penais. Assim, a partir de 1997 abriu-se a possibilidade de alguém responder criminalmente pelo tipo penal tortura. Revela-se, nesse sentido, a partir do referido ano a importância do direcionamento na coleta de provas em relação a esse novo tipo penal de difícil comprovação.

Note-se, ademais, que essa parte da realidade pesquisada é oportuna e estratégica, pois possibilita analisar o funil do 'sistema de justiça', observando-se o problema da impunidade da tortura policial numa etapa anterior a fase judiciária, na qual a instância formal tem a primeira notícia do crime e inicia a atividade investigativa com a coleta de provas. A importância dessa etapa é fundamental porque um Procedimento Administrativo bem instruído representa uma maior certeza da aplicação da Lei de Tortura.

Veja, no quadro abaixo, extraído do relatório de 2001 da Anistia Internacional[8], os números da tortura na fase judicial, com dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça:

Estados	Denúncias por Promotores	Inquéritos	Julgamentos	Período
BA	24	05	01	NI*
CE	16	00	00	NI*
GO	22	00	00	NI*
PE	07	04	00	1998-2000
RS	62	00	00	1999-2000
SP	14	20	01	NI*
TOTAL	258	56	16	1997-2000

Infere-se dessa tabela a seletividade operada na fase judicial, pois de 258 ações penais intentadas em todo o Brasil desde a promulgação da Lei de Tortura apenas em 16 processos judiciais houve condenação, tendo unicamente 8 deles transitado em julgado. Esses dados têm sua significação específica ao retratarem os números da tortura na fase jurídica propriamente processual; mas não permitem revelar, no entanto, a seleção que

8 Tortura e maus-tratos no Brasil: desumanização e impunidade no sistema de justiça criminal. Annesty International Publication: Brasil, 2001. p .89.

* NI – Período não Informado, dados coletados somente a partir de 1997 com a promulgação da Lei de Tortura

ocorre na etapa anterior, realizada pelas 'instâncias formais de controlo do crime' – o Ministério Público e a Polícia. Não há, ademais, como aferir a partir do quantitativo posto estaticamente a continuidade e o percurso da *notitia criminis* no 'sistema de justiça' desde o Inquérito até a Denúncia e suas inter-relações.

Ressalta-se, assim, a importância da pesquisa empírica proposta, pois é pioneira a realizar um estudo sistemático desvelando aspectos de uma realidade, ainda desconhecida da comunidade acadêmica e dos comitês de defesa dos direitos humanos, na exploração da relação comunicativa e de controle entre o Ministério Público e a Polícia e suas implicações com a questão da impunidade da tortura institucional.

4. Dados da Pesquisa

Da análise do comportamento do promotor no controle externo da polícia, obteve-se a sistemática de atuação do Ministério Público como agência de *accountability*. A regra, verificada após os 5 meses de observação no local e pelas informações extraídas da documentação de 1997 a 2002 dos arquivos da Promotoria de Direitos Humanos, é a instauração de Procedimentos Administrativos para averiguar atos infracionais cometidos por agentes da polícia.

Não se constatou nenhuma outra modalidade de exercício do controle externo, regulamentado pelo Ato nº 083/2000 do Procurador Geral de Justiça, como inspeções em Delegacias ou exame da regularidade das anotações e lançamentos de atos e termos policiais.

A iniciativa do Ministério Público, desencadeada a partir da *notitia criminis* e conseguinte abertura de procedimento preliminar de investigação, cingiu-se à remessa de ofícios para a autoridade policial – Corregedoria e Delegacia – solicitando a apuração do fato.

Tem-se, assim, que as ações do promotor, exclusivamente realizadas no interior de Procedimentos Administrativos, identificam-se em atos de comunicação burocrática com a Polícia. A análise desse costume e da política de atuação da Promotoria permitiu desvelar o perfil operacional do Ministério Público de Pernambuco como agência de *accountability*. Insta destacar as características desse sistema, visto não existir qualquer regulamentação legal ou norma jurídica a disciplinar os atos e ritos desse tipo de Procedimento Administrativo, relativo ao controle externo da polícia:

1. A prática institucionalizada observada era, uma vez aberto o Procedimento Administrativo, encaminhar ofícios à Delegacia solicitando a apuração do fato noticiado.

   1.1. Percebeu-se que o Ministério Público não utilizava a expressão 'requisição' nesses ofícios dos Procedimentos Administrativos relativos ao controle externo da polícia. Preferia-se a linguagem dos verbos solicitar, sugerir, pedir, cujas menções são despidas de poder coercitivo. Tipo exemplar de despacho do promotor: *"solicite-se* ao chefe da Polícia Civil a apuração da denúncia da vítima."

   1.2. No envio desses ofícios, quando se tratava de hipótese de suposto crime de Tortura, evitava-se fazer menção a este tipo penal. Nos Procedimentos Administrativos que apuravam Tortura Institucional, os ofícios remetidos à Polícia pelo promotor ou se referiam a crimes de menor punibilidade e conseqüente curto lapso prescricional, como o tipo 'abuso de autoridade', ou faziam uma alusão genérica à denúncia dos noticiantes, sem descrever o fato nem identificar a classificação criminal. Tipo exemplar: "oficie-se o delegado da Delegacia "X", solicitando informações acerca do *fato noticiado* no Jornal "Y" da edição do dia "Z".

2. As respostas da Polícia ao Ministério Público não retornavam em menos de 1 (um) ano e meio, em média. Normalmente o promotor renovava a mesma solicitação de ofício anterior duas ou três vezes. Quando as respostas da Polícia chegavam, elas davam destaque à informação de que contra a vítima de Tortura fora instaurado Inquérito Policial para investigar infração criminal. Não havia qualquer comentário acerca da apuração do crime de Tortura, permanecendo esta palavra velada nos ofícios da Polícia, que reproduzia a mesma postura do promotor em não mencionar esse tipo penal.

   2.1. Em relação aos ofícios genéricos enviados pelo promotor sem a indicação do crime ou fato a ser investigado, verificaram-se casos de resposta da Polícia a perguntar qual o crime que deveria ser apurado.

3. Sem receber informações acerca da apuração dos crimes de Tortura, o promotor de Direitos Humanos pedia para o Inquérito Policial ser enviado, independente de estar concluído, à Promotoria da Central de Inquéritos, que na divisão administrativa do Ministério Público Estadual

tem a atribuição de oferecer a Denúncia[9]. Ocorre, todavia, que esses Inquéritos não podiam ser encaminhados, porque simplesmente não existiam.

Foram 119 Procedimentos Administrativos pesquisados um a um, qualitativa e quantitativamente. Esse número corresponde ao total de procedimentos em andamento existentes na Promotoria de Direitos Humanos desde 1997, relativos ao Controle Externo da Polícia.

A tabela abaixo informa a relação Ano, Total de Procedimentos Administrativos instaurados na Promotoria de Direitos Humanos, Total de Procedimentos Administrativos relativo ao Controle Externo da Polícia, Total de Procedimentos Administrativos em Andamento relativos ao Controle Externo da Polícia, Total de Procedimentos Administrativos de Controle Externo em andamento que investigam a prática do crime de Tortura Institucional.

Ano	P.A. Dir. Humanos	P.A. Controle Externo	P.A. Andamento	Tortura
97	80	54	**09**	**05**
98	91	42	**04**	**01**
99	230	87	**19**	**05**
00	239	48	**17**	**06**
01	154	52	**31**	**10**
02	36*	21*	**39**	**13**
TOTAL	—	—	**119**	**41**

As duas últimas colunas em negrito correspondem a dados obtidos pela pesquisadora. Dos 119 Procedimentos Administrativos Investigados, 41 (quarenta e um) são relativos à Tortura e 3 (três), à Execução Sumária. Em 68,8 % dos casos de controle externo, há emprego de violência por parte da Polícia.

9 *Denúncia* usada com a inicial maiúscula representa, no texto, a petição inicial da ação penal pública que instaura o processo judicial criminal; enquanto que *denúncia*, com inicial minúscula, é usada no sentido sociológico, compreendido como a *notitia criminis*.

* Até o final do ano de 2002 a Promotoria de Direitos Humanos não havia fechado o total dos procedimentos instaurados ao longo do ano de 2002, sendo esses números referentes à abril de 2002.

Para lograr esses números foi necessária a análise pontual do conteúdo de cada Procedimento Administrativo, em face da constatação de que o promotor evitava fazer qualquer tipificação criminal da Tortura antes do processo judicial. Quando fazia qualquer 'tipificação preliminar' no âmbito administrativo era para enquadrar o fato de Tortura em crime de menor punibilidade. Assim, por serem irreais, os dados oficiais do Ministério Público de Pernambuco não se prestavam à pesquisa.

O convencimento da pesquisadora para identificação dos 41 casos de Tortura se baseou no conjunto de evidências e indícios presentes nos autos, como Laudos do IML, declaração da vítima, informações do juiz, entre outros. Ressalte-se que desses 41 Procedimentos Administrativos de Tortura Institucional, apenas em 4 (quatro) o promotor exprimiu a palavra Tortura em ofícios dirigidos à Polícia. Nos demais 37 casos de Tortura, o pronunciamento do Ministério Público em ofícios à Polícia, fez menção aos seguintes tipos penais: Abuso de Autoridade – 8; Ameaça – 1; Homicídio – 1; Lesão Corporal – 1 e Referência Genérica, sem indicação de tipo penal ou descrição fática – 26.

Os noticiantes dos 41 casos do crime de tortura foram: Juiz – 12; Vítima – 8; Imprensa – 7; GAJOP – 4; S.O.S. Tortura – 4; Promotoria Criminal – 3; Ouvidoria Geral da Polícia – 2; Comissão de Direitos Humanos da Assembléia legislativa – 1.

Dos 41 casos de Tortura, classificados pela pesquisadora, apenas em 2 (dois) deles, o promotor utilizou a expressão 'requisição'. Em relação aos restantes 39 (trinta e nove), empregou o termo 'solicitar'. Nos dois primeiros casos houve a instauração de Inquérito Policial em obediência ao Poder Requisitório do Ministério Público. Em um deles, apesar de se tratar de hipótese de Tortura, foi instaurado Inquérito para apurar o crime de lesão corporal, em função da tipificação penal feito pelo promotor no ofício encaminhado à Polícia; no outro, o Inquérito Policial foi instaurado para investigação de Tortura, ante a exposição da palavra Tortura no ofício enviado à Polícia.

Em 19 dos 41 casos de tortura policial as vítimas são acusadas da prática de outro crime, sendo 14 dessas imputações relativas prática de assalto[10].

[10] Esclareça-se que a utilização da expressão assalto não é técnico-jurídica, mas sociológica – enquadrando, portanto, as hipóteses legais de furto e roubo.

5. Discussão

Observa-se, portanto, que o Ministério Público Estadual, no exercício da prerrogativa constitucional do controle externo da polícia, dissimula uma atividade de investigador das graves violações aos direitos humanos, realizando seleção prévia dos crimes a serem apurados. Colabora com a impunidade da tortura policial ao jogar nas mãos da Polícia a liberdade de se apurar ou não o delito. Duas causas são responsáveis por facilitar essa discricionariedade no controle do crime: a ausência de uma tipificação preliminar da Tortura nos ofícios enviados pelo Ministério Público à Polícia e a falta do exercício do Poder de Requisição.

Interessa destacar uma das recomendações da ONU, trazida no Relatório Anual do Centro de Justiça Global de 2002 [11]:

" 6. As investigações de crimes cometidos por policiais não deveriam estar sob a autoridade da própria polícia. Em princípio, um órgão independente, dotado de seus próprios recursos de investigação e de um mínimo de pessoal – o Ministério Público – deveria ter autoridade de controlar e dirigir a investigação, bem como acesso irrestrito às delegacias."

Há uma confiança dos Organismos Internacionais de que o Ministério Público seja uma verdadeira 'agência de *accountability*'. A pesquisa releva, no entanto, dados que põem em dúvida essa crença universal.

Quem está de fora do sistema tem a aparência de um Ministério Público atuante com 119 Procedimentos Administrativos em andamento, instaurados para apurar crimes cometidos por agentes da Polícia na capital.

Ocorre, todavia, que a presunção de o promotor estar dirigindo e exercendo a atividade investigatória não se confirma. Formalmente tem-se uma realidade e materialmente outra.

Contatou-se que a autoridade policial é chamada pelo Ministério Público a participar da apuração de crimes relativos ao controle externo da polícia. Nesse momento pelo fato de não exercer seu poder requisitório e pela omissão de não indicar o tipo penal do fato criminoso o promotor voluntariamente perde o controle da investigação, pois que acaba ampliando a discricionariedade da Polícia, que é quem passa, a partir de então, a decidir e escolher o fato a ser apurado.

Verifica-se, assim, a co-existência de dois níveis, N1 e N2, de controle externo da Polícia a serem exercidos sobre a mesma realidade[12], es-

11 CALDAS, Andressa *et ali. Direitos Humanos no Brasil 2002 : Relatório Anual do Centro de Justiça Global*. Raiz da Terra: Rio de Janeiro, 2002. p. 50.

12 Dois níveis de controle externo da polícia em relação ao mesmo fato criminoso. O termo 'realidade' é empregado como correspondente ao evento criminoso.

tando o segundo contido no primeiro: N1 – em relação à apuração de crimes cometidos pela Polícia, efetuado por meio de Procedimentos Administrativos; N2 – em relação ao controle das investigações que Polícia passa a presidir por solicitação do Ministério Público, relativos a crimes praticados pela própria autoridade policial. Em outras palavras, o N2 é o controle do controle.

5.1. O impacto simbólico e normativo da 'tipificação preliminar' na persecução criminal.

Em análise da realidade pesquisada percebeu-se que a tipificação penal do crime na fase administrativa de investigação tem um papel importante para ativar e direcionar a produção de provas (efeito imediato), além de se mostrar num instrumento eficaz de controle – N2 – quando a Polícia está a presidir o Inquérito Penal (efeito mediato).

É de ressaltar que a 'tipificação preliminar' realizada pelo Ministério Público na fase *prejudicial*, é a primeira manifestação formal do Estado acerca do crime. O momento, existente no rito do Procedimento Administrativo, de o promotor tipificar penalmente o fato ilícito é no corpo do texto dos ofícios requisitórios enviados à Polícia para esta iniciar a investigação de determinado evento criminoso.

Dos 41 casos de Tortura Institucional identificados, somente em 4 deles foi realizada pelo promotor a 'tipificação preliminar' da Tortura Institucional, através da menção da palavra do crime de Tortura nos ofícios enviados à Polícia. Unicamente para esses 4 casos se verificaram os efeitos mediato e imediato do ato de 'tipificação preliminar', pois apenas nessas hipóteses a Polícia foi formalmente demandada a investigar a Tortura. Em relação aos demais, pela ausência de tipificação (26 casos com referências genéricas) ou pela sua deficiência (11 casos - Abuso de Autoridade, Ameaça, Homicídio e Lesão Corporal) a autoridade policial atuou dentro de um espaço de discricionariedade, selecionando os crimes a serem apurados, pelo qual restou prejudicado qualquer controle a ser exercido pelo Ministério Público.

O relevo da 'tipificação preliminar' feita pelo promotor na fase pré-processual consiste a promoção da efetividade e continuidade do 'sistema de justiça', tendo em vista o impacto simbólico-normativo que a expressão do tipo penal exerce para direcionar a coleta de provas e constranger a autoridade policial a uma investigação vinculada ao crime indicado.

5.1.1. O tipo penal como norte para produção de provas

Todo investigador precisa de um norte para desenvolver sua atividade. Assim, a Polícia necessita de uma pré-classificação do crime para acionar e dirigir seu aparato investigatório. A explicitação do tipo penal identificará a 'tática do crime'[13], que é o repositório analítico do *modus operandi* – modo particular de proceder dos delinqüentes.

Uma adequada direção para a coleta de provas é essencial nas hipóteses de Tortura por se tratar de um crime difícil comprovação, tendo em vista que o agente normalmente procura não deixar vestígios do delito e quando os deixa, permanece com a vítima sob sua custódia até o desaparecimento dos sinais[14].

Conhecendo essa realidade e a atuação da promotoria de Direitos Humanos da Capital, a indicação do tipo penal, mostra-se como instrumento fundamental para a correto direcionamento na produção de provas, principalmente para se evitar o desaparecimento de elementos chaves, bases de uma instrução robusta, hábil a demonstrar a prática de Tortura.

Ressalte-se que a 'tipificação preliminar' no âmbito do Procedimento Administrativo não conflita com o princípio constitucional da presunção da inocência, pois não se trata de uma situação de imputação criminal, mas de uma técnica de investigação e controle da Polícia.

5.1.2. A Justificação técnica do Promotor

Em entrevista realizada com membro do Ministério Público de Pernambuco, questionou-se o porquê de o promotor se eximir em realizar uma 'tipificação preliminar' quando a hipótese é de crime de Tortura, sendo a resposta a seguinte: "Você sabe o que é tortura? .... ademais saiba que o pessoal da Secretaria de Segurança Pública não gosta"

A justificativa do promotor centra-se na dificuldade interpretativa da legislação da Tortura, evitando-se qualquer pronunciamento técnico precipitado a fim de evitar um mal-estar desnecessário com a Polícia.

Ocorre, no entanto, que nessa fase pré judicial o promotor não realiza um trabalho técnico-jurídico, mas uma atividade eminentemente políti-

13 ROCHA, Luis Carlos. *Investigação Policial: Teoria e Prática*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 43.

14 Tortura e maus-tratos no Brasil: desumanização e impunidade no sistema de justiça criminal. Annesty International Publication: Brasil, 2001. p .48.

ca de investigação, funcionando como agente de ativação do sistema de persecução criminal.

A tipificação preliminar é necessária para vincular o investigador, dirigindo a coleta de material probatório, assim como mecanismo de controle das investigações e diligências a serem realizadas pela Polícia.

Não há, ademais, razão para o promotor se preocupar com a subsunção do fato à norma ou com questões jurídicas hermenêuticas, pois não se está em processo da fase judicial. A 'tipificação preliminar' dessa etapa pré processual pesquisada tem um objetivo estritamente político de acionar e direcionar a investigação do Estado, sendo suficiente o promotor recorrer-se do conceito natural ou mesmo sociológico de Tortura, em muitos pontos coincidentes com o do senso comum.

Em resumo, a 'tipificação preliminar' obedece a critérios de utilidade[15], distintamente da classificação criminal realizada na Denúncia do processo-crime que encerra um raciocínio lógico-conceitual a partir da norma jurídica penal.

5.2. *O Poder de Requisição*

Um dos instrumentos previstos na Constituição Federal, art. 129, inciso VIII, para o Ministério Público realizar a função institucional do controle externo da Polícia é o Poder de Requisição.

Na sistemática do Ordenamento Jurídico brasileiro a requisição não é mero pedido ou solicitação, cujo descumprimento pudesse ser desprovido de eficácia jurídica, por falta de sanção. Pela natureza do ato, o desatendimento da requisição configura crime de prevaricação[16], quedando-se residual o delito de desobediência.

Dentre os 41 casos de Tortura Institucional identificados, verificou-se que apenas em 2 deles houve o exercício do Poder de Requisição. Nos demais 39 o promotor voluntariamente não exerceu esse poder-dever, posto que utilizou o verbo solicitar e pedir, ambos sem qualquer poder coer-

15 Esse critério de tipologia é muito usado no ramo de conhecimento da Criminologia, pois os conceitos normativos do crime não se prestam para analisar as causas do crime, sendo necessário o uso de tipos pragmáticos e sociológicos de crime. Ex.: assalto, espancamento, assassinato, tortura, .entre outros.

16 MAZZILLI, Hugo de Brito. *O controle externo da atividade policial*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 664. p.387-393, fev, 1991. p. 391.

citivo para vincular à autoridade policial à investigação, pois são recebidos pela Polícia simplesmente como sugestões.

A ausência do exercício do Poder de Requisição pelo Ministério Público criou um espaço de discricionariedade enorme para Polícia decidir se investigava ou não aquilo que houvera sido solicitado. Sem a determinação obrigatória e a vinculação inerentes à 'requisição', a Polícia não cumpria os atos do promotor, uma vez que vinham sob forma de 'solicitação', não tendo sido instaurados inquéritos, nem providenciada a investigação nessas hipóteses.

Com a 'solicitação' o promotor perdeu o controle do controle externo da Polícia, N2. A Polícia passava, assim, a dirigir a persecução penal, decidindo acerca da conveniência de se investigar o crime de Tortura Institucional. Não sendo vinculatória, nem imperativa, as respostas da Polícia a esses ofícios que encerravam uma 'solicitação' era livre, nunca fazendo remissão à realização de investigação do crime Tortura, mas, ao contrário, destacando unicamente que contra a vítima de Tortura Institucional houvera sido instaurado Inquérito Policial para apurar crime.

6. Conclusão:

A pesquisa desvela, portanto, um Ministério Público ineficaz na função de agência de *accountability*. Grave é o reflexo da postura do promotor no 'sistema de justiça' pois que colabora com a impunidade do crime de Tortura Institucional.

Consciente ou inconscientemente o Ministério Público, no exercício do controle externo da polícia, interrompe o fluxo da *notitia criminis* no 'sistema de justiça' na etapa mais importante que é a investigação e a produção de provas. Isso porque deixa de realizar duas atitudes simples que suprimem a discricionariedade da Polícia: a 'Tipificação Preliminar' do crime Tortura e o Poder de Requisição.

Assim, ao se eximir de realizar essas duas condutas acima destacas a instituição do Ministério Público passa a operar como verdadeiro funil seletivo dos crimes de Tortura Institucional que serão ou não sujeitos à persecução criminal, tendo em vista que a atitude do promotor acaba inevitavelmente ampliando a liberdade de a Polícia decidir pela conveniência da investigação.

Esses dados descobrem o que se denomina de 'cifra branca'[17] da Tortura Institucional, ou seja, aqueles crimes que o Estado toma conhecimento, mas não tem interesse em condenar. Esses números são dos casos de Tortura que o Ministério Público, como órgão estatal, tem notícia do crime e deixa de dar continuidade a sua persecução no fluxo do 'sistema de justiça'.

Destaque-se, ao final, que apesar de existirem outros fatores condicionantes para a impunidade da Tortura Institucional, o fato de a pesquisa ter identificado um dos pontos de estrangulamento do 'sistema de justiça', presente no controle externo da Polícia realizado pelo Ministério Público, revela um novo enfoque para discussão, aperfeiçoando a *accountability* estatal.

7. Bibliografia

CALDAS, Andressa *et ali. Direitos Humanos no Brasil 2002: Relatório Anual do Centro de Justiça Global*. Raiz da Terra: Rio de Janeiro, 2002

DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1997.

O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina: uma conclusão parcial. *In*: MÉNDEZ, Juan E. Democracia, *Violência e Injustiça: O Não-Estado de Direito na América Latina*. trad. Ana Luiza Pinheiro.São Paulo: Paz e Terra, 2000. p.337-373.

LEMOS-NELSON, Ana Tereza. *Criminalidade Policial, Cidadania e Estado de Direito*.Cadernos CEAS, Salvador, n. 197, p.9-36, fev. 2002.

MAZZILLI, Hugo de Brito. *O controle externo da atividade policial*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 664. p.387-393, fev, 1991.

ROCHA, Luis Carlos. *Investigação Policial: Teoria e Prática*. São Paulo: Saraiva, 1998

SADEK, Maria Tereza (org.) *O sistema de justiça*. São Paulo: Idesp/ Sumaré,1999.

_____ *O Ministério Púbico e a Justiça no Brasil*. São Paulo: Idesp/Sumaré, 1997.

[17] A expressão 'cifras brancas' é utilizada em contraposição ao termo 'cifras negras', que são aqueles crimes que acontecem e nunca chegam a conhecimento do Estado.

TORTURA E MAUS- TRATOS NO BRASIL: Desumanização e impunidade no sistema de justiça criminal. *Annesty International Publication*: Brasil, 2001

VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. Trad. Frederico Carotti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DIREITO DOGMÁTICO X DIREITO ALTERNATIVO: FENÔMENOS EXCLUDENTES?

Maria Júlia Menezes de Toledo Florencio
(Aluna do 5º Período da Graduação em Direito da UFPE)

Sumário: 1. Intróito; 2. Para uma Conceituação do Direito Dogmático; 3. Da Dificuldade para a Dogmatização do Direito Estatal; 4. Da Origem e Desenvolvimento do movimento pela a Alternatividade Jurídica; 5. Para uma Conceituação do Direito Alternativo; 6. Direito Dogmático X Direito Alternativo; 7. Conclusão; 8. Bibliografia.

1. Intróito

Muito se discute hoje sobre o chamado Direito Alternativo, que parece ter paralelos mais antigos nos termos Direito Inoficial, Paralelo ou Marginal.[1]

Fazendo um estudo etimológico da palavra Alternativo (proveniente do latim "alter", isto é, "outro") e, fazendo também seu estudo morfológico (adjetivo que necessita de um complemento), nota-se que o Direito Alternativo é alternativo a algo, sendo, então, esse algo, o Direito Dogmático.

Sabe-se que o Direito Dogmático tem seu fundamento nas normas jurídicas inquestionáveis. Mas, sabe-se, também, que o Direito oficial, estatal, do mundo contemporâneo, está apenas em via de dogmatização e, portanto, ainda possui lacunas, ambigüidades, contradições, não alcançando toda a Sociedade. Logo, para esses que estão excluídos do Direito Oficial é necessário criar uma maneira de solucionar conflitos, nascendo, assim, o Direito Alternativo.

Esse estudo, para tanto, tem como objetivo analisar o Direito Dogmático, o Direito Estatal e suas crises e o Direito Alternativo e suas

[1] ADEODATO, João Maurício. Para uma conceituação do Direito Alternativo. Revista da OAB-Seccional de Pernambuco, Recife, n. 24, p. 157, 1997.

propostas, para, de pronto, discutir se há a possibilidade de convivência, em um só Direito, do dogmatismo e da alternatividade.

2. Para uma Conceituação do Direito Dogmático

Segundo João Maurício Adeodato[2], diz-se Direito Dogmático aquele que o Estado arvora-se do monopólio na sua produção. Em outras palavras, é direito aquilo que o Estado produz e aquilo que ele tolera que seja produzido por outras fontes, como no caso dos Costumes. Ademais, as normas que o Estado produz devem ter maior importância em detrimento das fontes extra-estatais (primado da lei)[3]. A terceira e mais importante característica para a dogmatização do Direito é a emancipação da ordem jurídica em relação às outras ordens normativas, aos outros subsistemas sociais. É a chamada auto-referência, autopoiese[4].

Ainda como característica denominadora do Direito Dogmático está a inegabilidade dos pontos de partida, isto é, uma norma jurídica só pode ser recusada por outra norma jurídica; a norma é dogma para o Direito. Tal enfoque obriga o Estado-juiz a apreciar toda e qualquer lide que lhe é trazida[5].

Dessa maneira, o Estado que se disser dogmático, deve tratar de todas as relações inter-subjetivas juridicamente relevantes, tendo como base primordial a norma jurídica estatal, que não deve conter nenhum juízo de valor. Além de tudo, esse tratamento não deve sofrer nenhuma interferência dos outros subsistemas sociais, tal como o subsistema econômico e ou o político.

3. Da dificuldade para a Dogamatização do Direito Estatal

Somente pela visualização da realidade dentro do Direito Estatal no mundo contemporâneo, é fácil intentar para a não-dogmatização estatal, tanto nos países subdesenvolvidos, como também nos países desenvolvidos.

O que ocorre nos países centrais ou desenvolvidos, é uma crescente complexidade das relações sociais, estabelecendo novos conflitos. Em

2 ADEODATO, João Maurício. Modernidade e Direito. Revista da Esmape, Recife, v. 2, n. 6, p. 258, 1997.

3 ADEODATO, João Maurício. Op. cit., p. 259.

4 ADEODATO, João Maurício. Op. cit., p. 260.

5 PEIXOTO, Marco Aurélio. Direito Alternativo: uma tentativa de impedir a modernização do Direito? Disponível na Internet: http://www.jus.com.br/doutrina/diraltes.html [08.04.2001].

conseqüência, dá-se origem ao pluralismo jurídico[6] para tratar desses novos conflitos não-previstos em nenhuma norma jurídica estatal. Para a não mais ocorrência desse pluralismo, alguns doutrinadores acham aconselhável a desdogmatização do direito[7], mas não se deve entender essa desdogmatização em todas as características do Direito Dogmático: ela só deveria ocorrer no tratamento da norma como dogma, o que inibe o processo de mudança em função da experiência e da nova realidade.

Diferentemente, o que se verifica nos países periféricos ou subdesenvolvidos é a ineficácia do Estado para resolver todos os conflitos juridicamente relevantes e fazê-lo de modo axiologicamente neutro e sem interferência dos outros subsistemas sociais. Um real exemplo dessa falta de auto-referência jurídica é o subsistema carcerário brasileiro: noventa e cinco por cento dos condenados encarcerados são economicamente carentes, o que leva a interpretar que há interferência do subsistema econômico no subsistema jurídico[8]. Ainda tendo o Brasil como exemplo, é inegável a normatização extra-estatal realizada pelos "comandantes" das favelas.

Dada, então, a dificuldade de o Direito Estatal resolver todos os conflitos juridicamente relevantes, surgem, assim, novas formas para a resolução dessas lides, formas alternativas, de onde surge o Direito Alternativo e o movimento a favor dele.

4. Da Origem e Desenvolvimento do movimento pela a Alternatividade Jurídica

O antecessor fundamental do Direito Alternativo foi o Direito Natural. Tanto o Direito Alternativo como o Direito Natural se fundamentam na idéia de justiça e buscam sempre a sua forma social[9]. No entanto, as equivalências param por aí. Definindo-se Direito Natural como os princípios que fundamentam o Direito Positivo, vê-se que o Direito Natural está aci-

6 NEVES, Marcelo. Do pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na Modernidade Periférica e suas implicações na América Latina. Anuário de Mestrado em Direito. Recife: Universitária, n. 6, p. 3, 1993.

7 MAIA, Alexandre da. O Movimento do Direito Alternativo e sua influência na Comarca do Recife. Revista da OAB-Seccional de Pernambuco, Recife, n. 24, p. 41, 1997.

8 ADEODATO, João Maurício. Op. cit., p. 262.

9 SOUTO, Cláudio. Direito Alternativo: O problema de sua substantividade. Revista da OAB-Seccional de Pernambuco, Recife, n. 24, p. 129, 1997.

ma do Direito Estatal, enquanto o Direito Alternativo está ao seu lado, ou seja, ambos normatizam relações e condutas.

Não sendo, então, o Direito Natural o originador do Direito Alternativo, apenas um antecessor fundamental, o Direito Alternativo deita suas origens na Escola Histórico-Evolutiva de Salleiles e na Escola do Direito Livre de Hermann Kantorowicz[10]. Este que defendia a justiça acima da lei e que o juiz estivesse livre para propor decisões *contra legem* fundamentadas na justiça.

O movimento do Direito Alternativo iniciou-se na Europa nos anos 60, muito menos radical que sua escola de origem. Não era um movimento extra-dogmático, caracterizava-se apenas por uma interpretação das normas do ordenamento jurídico estatal que dava maior relevância aos princípios de Constituições relativos à cidadania, como os direitos à saúde, educação e habitação. Essa dita alternatividade européia estava somente ligada à desburocratização dos trâmites legais e é denominada pelos doutrinadores como uso alternativo do direito.

É por ser a alternatividade européia um movimento dentro da limitação dogmática do sistema do Estado que Alexandre da Maia[11] coloca-se contrário à classificação do movimento como Direito Alternativo ou até mesmo como uso alternativo do direito. Para ele, o jurista não reduz sua tarefa a um mero resultado de um silogismo aplicativo e, as atividades de estabelecer-se um modo hermenêutico mais concreto à aplicação normativa e a eterna busca de uma verificação objetiva dos preceitos abstratos não são nada mais que o uso sistemático do ordenamento jurídico estatal. Segundo ele, o que ocorre é que como não se observa uma prática hermenêutica embasada nos próprios princípios da doutrina dogmática, quaisquer práticas que possam ir de encontro às práticas reinantes são classificadas como "inovadoras", "alternativas", "libertadoras"...

A partir da alternatividade européia, surge na América Latina uma nova idéia de alternatividade. Agora, o Direito Alternativo tanto se verifica na Sociedade buscando direitos subjetivos independentemente da tutela estatal, como também no uso alternativo do direito pelos próprios juristas.

O movimento do Direito Alternativo no Brasil, reuniu, a partir de 1990, primeiramente, um grupo de pessoas com o objetivo de ver, praticar

10 PEIXOTO, Marco Aurélio. Op. cit., p. 4.
11 MAIA, Alexandre da. Op. cit., p. 45.

e aplicar o direito de uma nova forma. Inicialmente, esse grupo era composto somente por juízes, depois promotores, advogados, estudantes, professores tomaram parte. O primeiro passo para o movimento foi um grupo de estudos organizado por magistrados gaúchos. De proêmio, desenvolveu-se a idéia de um uso alternativo do direito: caso não houvesse solução justa para o conflito, o magistrado poderia atuar em nome da justiça até mesmo *contra legem*. A legislação seria mero referencial que o juiz poderia utilizar ou não nas suas práticas.

O episódio histórico do movimento foi a publicação, em outubro de 1990 no Jornal da Tarde de São Paulo, do artigo redigido pelo jornalista Luiz Maklouf que tentava desmoralizar o movimento, mas que, pelo contrário, deu a ele força até para organizar o I Encontro Internacional de Direito Alternativo, em Florianópolis no ano de 1991.

Cabe aqui ressaltar que o ano de 1990 foi o marco do início do movimento pela alternatividade do Direito Brasileiro, mas que, a busca por direitos fora do ordenamento jurídico estatal iniciou-se muito antes dessa data e até, talvez, tenha sempre existido em decorrência do não-arvoramento estatal na produção e na consecução das normas jurídicas no Brasil.

5. Para uma Conceituação do Direito Alternativo

Várias teses foram formuladas tendo em vista a conceituação do Direito Alternativo. Todavia, como o movimento pelo Direito Alternativo é muito recente, debates intensos ainda giram em torno do seu conceito. Somente há, entre os alternativistas, uma unanimidade na crítica ao positivismo jurídico, que é entendido como tendo um apego irrestrito à lei, sendo excessivamente formal, e não tendo sim, apego ao justo, ao conteúdo do Direito.

Arruda Júnior[12] observa o fenômeno jurídico em dois planos: o Instituído e o Instituinte. Este seria a constatação do pluralismo jurídico, da existência de ordens jurídicas paralelas ao Estado e aquele se passaria dentro do ordenamento jurídico estatal.

Dentro do plano do Instituído, tem-se o Instituído Sonegado e o Instituído Relido. O primeiro seria a concretização de princípios constitucionais considerados como conquistas. Em suma, seria a verificação na práti-

12 ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. Direito Alternativo no Brasil: Alguns informes e balanços preliminares. Lições de Direito Alternativo II. São Paulo: Acadêmica, p. 174, 1992.

ca de normas-princípio do ordenamento jurídico estatal, que por suas generalidades não se efetivavam. Essa visão de Arruda Júnior relaciona-se com a alternatividade européia, ou seja, o uso alternativo do direito.

Já o Instituído Relido seria o lugar da hermenêutica alternativa[13]. Seria a abertura do campo de interpretação e da aplicação das normas. Em sentido estrito, o Instituído Relido não pode ser entendido como Direito Alternativo, uma vez que, como apresenta em sua denominação, é apenas uma releitura das normas estatais.

O que realmente seria o modelo alternativo ao Direito Dogmático, Arruda Júnior denominou de Instituinte Negado. Este se caracteriza por ser o lugar do pluralismo jurídico onde a Sociedade busca direitos não-tutelados pelo estado, mas existentes na vida social.

Na teoria de Cláudio Souto, Direito Alternativo e Direito Estatal não se coincidem, tanto pela forma: um é popular e o outro estatal; quanto pelo conteúdo. O Direito Alternativo, assim, seria um desvio ao Direito Estatal, enquanto o uso alternativo do direito não o seria, sendo somente uma interpretação das leis do Estado mais abertas para o benefício geral. Logo, o Direito Alternativo não seria apenas *praeter legem*, mas sim *contra legem*, em nome de uma idéia social de justiça[14].

Já no entender de José Geraldo de Souza Júnior, o Direito Alternativo está intimamente ligado às forças sociais, somente sendo possível um novo direito através da mobilização e organização das classes populares. Assim, Direito Alternativo seria aquele organizado pelo sujeito coletivo[15].

Como Edmundo Lima de Arruda Júnior, Amílton Bueno de Carvalho vislumbra três planos do Direito Alternativo: o uso alternativo do direito, a positividade combativa e o Direito Alternativo em sentido estrito[16]. Esses três planos nas suas estruturas básicas correspondem ao Instituído Relido, ao Instituído Sonegado e ao Instituinte Negado de Arruda Júnior, respectivamente, não trazendo, então, nenhum acréscimo para a conceituação do Direito Alternativo ora proposta, não querendo, todavia, desmerecer o trabalho de um dos maiores estudiosos do Direito Alternativo.

---

13 ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. Op. cit., p. 175.

14 SOUTO, Cláudio. Op. cit., p. 130.

15 SOUZA JÚNIOR, José Geraldo. Movimentos Sociais – Emergência de novos sujeitos: o sujeito coletivo de direito. Lições de Direito Alternativo I. São Paulo: Acadêmica, p. 139, 1992.

16 CARVALHO, Amílton Bueno de. Direito Alternativo. Uma Revista Conceitual. Disponível na Internet: http://www.ueri.br/~direito/rqi/07/a070402.htm [15.10.1998].

Para João Maurício Adeodato, além do uso alternativo do direito, e do Direito Alternativo, dito popular e extra-estatal, existiria ainda um Direito Alternativo dentro do ordenamento jurídico, uma vez que, práticas extra-dogmáticas são observadas rotineiramente no serviço público, através de ações e omissões conscientes de uma estratégia de legitimação imposta a partir de uma prática social[17].

Enfim, pode-se afirmar que existem quatro espécies do gênero Direito Alternativo: 1. o uso alternativo do direito de Cláudio Souto, de João Maurício Adeodato ou o Instituído Sonegado de Arruda Júnior ou a Positividade Combativa de Bueno de Carvalho; 2. o Instituído Relido de Arruda Júnior ou o uso alternativo do direito de Bueno de Carvalho; 3. o Direito Alternativo em sentido estrito de Cláudio Souto, de Bueno de Carvalho ou o Direito Alternativo extra-estatal de Adeodato ou o Instituinte Negado de Arruda Júnior e, por fim, 4. o Direito Alternativo intra-estatal de Adeodato.

Deve-se levar em consideração, ainda, algumas idéias relevantes para o conceito material do Direito Alternativo.

O uso alternativo do direito não outorga poderes ilimitados e excessivos ao julgador; este pode apenas decidir a partir do seu sentimento de justiça, se esse sentimento ultrapassa os limites dados pelos princípios gerais do direito. O uso alternativo do direito almeja, apenas, a superação do legalismo estreito.

Sobre o Direito Alternativo em sentido estrito, não se deve crer que ele é a favor da negativa da lei. Ele é contra, no entanto, o monopólio estatal na produção de normas jurídicas. Tão pouco, deve-se tomar parte da concepção simplista de que o direito popular é o justo ao passo que o Direito Estatal é injusto[18]. Admitindo-se tal hipótese, estaria-se julgando justo o extermínio de menores nas grandes cidades do Brasil e o tráfico "organizado" de drogas e entorpecentes nas favelas brasileiras, por exemplo.

6. Direito Dogmático X Direito Alternativo

Conceituados os Direitos Dogmático e Alternativo, pode-se, dessa maneira, compará-los, tendo em mente todas suas características. Como o Direito Alternativo é formado por espécies cada uma com características

17 MAIA, Alexandre da. Op cit., p. 54.

18 TEIXEIRA, João Paulo Allain. Alternatividade e Retórica no Direito: Para além do embate ideológico. Revista de Direito Alternativo, Recife, n. 1, p. 85, 1992.

distintas, vai-se aqui comparar o Direito Dogmático com as quatro espécies do Direito Alternativo, com a finalidade de se constatar a possibilidade ou não da convivência de ambos em um mesmo território.

Quanto ao uso alternativo do direito e à hermenêutica alternativa, tem-se três ângulos que merecem ser apreciados.

O primeiro aduz que o uso alternativo do direito e a hermenêutica alternativa são práticas que não ferem a dogmaticidade do Direito, ou seja, não excluem o Direito Dogmático do Estado, visto que, compõem-se apenas de interpretações mais abertas e mais comprometidas com os princípios gerais do direito. Logo, não se feriria nenhuma das características essenciais do Direito Dogmático. Esse uso alternativo, essa interpretação mais aberta, seria feito pelo próprio Estado, este não perderia o monopólio da produção do Direito. Ademais, a superioridade das fontes estatais em detrimento das extra-estatais não seria questionada. A norma continuaria sendo o dogma para o Direito e esse continuaria, também, a tratar de toda e qualquer lide, não ferindo a auto-referência jurídica.

É a favor desse ângulo que se põe Alexandre da Maia, quando critica a denominação alternativa dada a essas interpretações, caracterizando-as como jargão político, como visto anteriormente.

O segundo ângulo aponta a existência, no Direito Dogmático, de uma prática hermenêutica embasada nos próprios princípios da doutrina dogmática. Assim, o uso alternativo do direito e a hermenêutica alternativa não feririam nem o monopólio estatal na produção de normas, nem o primado das fontes estatais, tão pouco o tratamento da norma como dogma e a auto-referência do Direito. É a partir dessa visão que alguns doutrinadores aconselham a desdogmatização do Direito[19]: o não-tratamento da norma como dogma, uma vez que, esse tratamento inibe a modificação em função da experiência e, por conseguinte, inibe a existência de diversas interpretações para uma só norma, como também já visto anteriormente.

Já o terceiro ângulo vê, na interpretação mais aberta e preocupada com as generalidades do Direito, uma forma de se ferir a auto-referência do Direito Dogmático, pois existiria a interferência de subsistemas como o moral, o político e o econômico nessa interpretação.

Ao entender que a existência de uma prática hermenêutica embasada nos princípios da doutrina dogmática não é uma característica essencial do

19 MAIA, Alexandre da. Op. cit., p. 41.

Direito Dogmático (João Maurício Adeodato não a menciona em seus estudos sobre esse Direito) e que essa interpretação não trai o dogma do direito, nem sofre interferência de outros subsistemas, na medida em que o jurista só interpreta o que está posto na lei, acreditamos poder ser possível um Estado ter seu direito dito como dogmático e fazer interpretações mais abertas e mais ligadas às generalidades da Comunidade. Ao nosso ver, o uso alternativo do direito, junto com a hermenêutica alternativa, não exclui a dogmaticidade reinante em um Direito Estatal. Explica-se, assim, o uso do adjetivo alternativo nesses fenômenos por ser esses, formas que vieram a existir depois das formas que não se preocupavam com os princípios constitucionais, sendo as *outras* formas.

Com relação ao Direito Alternativo em sentido estrito extra-estatal, é quase unânime entre os doutrinadores a idéia que ele fere a dogmaticidade do direito. Pelo já exposto, compreende-se que, em se tratando de normas de produção extra-estatal e não tolerada pelo Estado, já aí o Direito Alternativo em sentido estrito extra-estatal extirpa o Direito Dogmático de um Estado, por acabar com o monopólio estatal na produção de normas jurídicas e no poder de ditar o que é norma jurídica.

Somente há uma visão a ser discutida: se há uma produção extra-estatal e o Estado não faz nada para detê-la, é porque ele tolera essa forma de produção. Assim, as normas de produção popular se equivaleriam aos Costumes. Nega-se essa visão e explica-se o "fazer nada para detê-la" como ineficácia do Estado, além do que esse "nada" foi utilizado de forma errônea, pois várias vezes, no caso brasileiro, essa produção foi sancionada.

Verificando, ainda, as outras características básicas do Direito Dogmático, nota-se que, na existência do Direito Alternativo em sentido estrito extra-estatal, o Estado não trata de toda e qualquer lide: vários conflitos são observados pelo direito extra-estatal e popular. Além de não tratar de todas as lides, a norma jurídica não é tomada como dogma por toda a Sociedade.

Quanto ao Direito Alternativo em sentido estrito intra-estatal, verificado por Adeodato, conclui-se que também exclui a dogmaticidade do Direito Estatal por ferir, principalmente, uma das características básicas do Direito Dogmático: a autopoiese. O caso do Direito Alternativo ora exposto é muito grave: não ocorre porque indivíduos não têm acesso ao Direito Estatal, ocorre a partir dos próprios operadores do direito que sofrem interferência de outros subsistemas nas suas ações para beneficiar poucos.

Sendo assim, o Direito Dogmático é excluído pelo Direito Alternativo em sentido estrito extra-estatal e também pelo intra-estatal, mas convive em um mesmo ordenamento com o uso alternativo do direito e com a hermenêutica alternativa.

7. Conclusão

Sociedade alguma vive sem direito: ubi societas, ibi jus. Essa seria a justificativa para o surgimento do Direito Alternativo. Tão logo o Direito Estatal viver em crise e não conseguir, com os procedimentos decisórios oficiais, ser suficiente para controlar os conflitos, tão logo aparecerão normas jurídicas por outros meios.

O Direito de nenhum Estado contemporâneo conseguiu, até hoje, se dogmatizar, ou seja, nenhum Direito Estatal possui as características de um Direito Dogmático e é por isso que há a necessidade de um Direito Alternativo (em sentido estrito). Na medida em que o Estado dogmatizar seu direito, desaparecerá o Direito Alternativo, eles se excluem.

E essa necessidade de se dogmatizar justifica-se pela possibilidade de injustiça nas decisões alternativas, pois quem vence nem sempre é que está com a razão, mas, muitas vezes, é o mais forte ou o mais poderoso e, principalmente, pela falta de controle das normas; no Direito Alternativo não existe uma ação direta de constitucionalidade[20] como no Direito Estatal Brasileiro.

Assim, não vejo o propósito de se formar um movimento pelo Direito Alternativo, como o iniciado no Brasil em 1990: ele se verificará sempre que não se dogmatizar o direito estatal, com feições que vão depender de quão distante esteja a dogmatização, mesmo que não haja um movimento a favor dele. Além de não se verificar sempre o bem nas suas soluções dos conflitos. Por que não, então, um movimento pelo Direito Dogmático?

Direito Dogmático[21] não significa um direito cheio de verdades incontestáveis em que o justo e a Sociedade mais carente não fazem parte. Pelo contrário, como já visto, o uso alternativo do direito tem lugar dentro da dogmática jurídica para abrir espaços para várias interpretações, buscando sempre alcançar o justo e conceder direitos ligados à questão da cidadania.

---

20 SILVA, José Afonso da. Da ação Direta de Inconstitucionalidade. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 280, 1994.

21 ADEODATO, João Maurício. Pressupostos e Diferenças de um Direito dogmaticamente organizado. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra, n. 48, p. 170, 2000.

Acreditamos que o Direito Dogmático deve ser incessantemente buscado e desejado por aqueles que compõem o Direito Estatal e pela Sociedade em geral, pois assim, essa mesma Sociedade viveria um Direito sem ambigüidades, com deficiências sim, como qualquer subsistema social, visto que é um produto da humanidade, mas com capacidade de se "consertar", visto não ser estático e seu dogma poder ser, sempre que necessário, modificado.

Por derradeiro, acreditamos ainda, ser o Direito Alternativo um fato, que como qualquer fato dentro do Direito deva ser estudado, mas com ressalvas quanto à sua justiça e sua segurança e como um degrau para se alcançar o verdadeiro Direito Dogmático.

8. Bibliografia

ADEODATO, João Maurício. Modernidade e Direito. Revista da Esmape, Recife, v. 2, n. 6, 1997.

ADEODATO, João Maurício. Para uma conceituação do Direito Alternativo. Revista da OAB-Seccional de Pernambuco, Recife, n. 24, 1997.

ADEODATO. João Maurício. Pressupostos e Diferenças de um Direito Dogmaticamente Organizado. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra, n. 48, 2000.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. Direito Alternativo no Brasil: Alguns informes e balanços preliminares. Lições de Direito Alternativo II. São Paulo: Acadêmica, 1992.

CARVALHO, Amílton Bueno de. Direito Alternativo. Uma Revista Conceitual. Disponível na Internet: http://www.uerj.br/~direito/rqi/07/a070402.htm [15.10.1998].

MAIA, Alexandre da. O Movimento do Direito Alternativo e sua influência na Comarca do Recife. Revista da OAB-Seccional de Pernambuco, Recife, n. 24, 1997.

NEVES, Marcelo. Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: O Problema da Falta de Identidade da(s) esfera(s) de Juridicidade na Modernidade Periférica e suas implicações na América Latina. Anuário de Mestrado em Direito. Recife: Universitária, n. 6, 1993.

PEIXOTO, Marco Aurélio. Direito Alternativo: Uma tentativa de impedir a modernização do Direito? Disponível na Internet: http://www.jus.com.br/doutrina/diraltes.html [08.04.2001].

SILVA, José Afonso da. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SOUTO, Cláudio. Direito Alternativo: o problema de sua substantividade. Revista da OAB-Seccional de Pernambuco, Recife, n. 24, 1997.

SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. Movimentos Sociais – Emergência de novos sujeitos: o sujeito coletivo de direito. Lições de Direito Alternativo I. São Paulo: Acadêmica, 1992.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. Alternatividade e Retórica no Direito: para além do embate ideológico. Revista de Direito Alternativo, Recife, n. 1, 1992.

EFICÁCIA, EFETIVIDADE E APLICABILIDADE: PARA ALÉM DO REDUCIONISMO DOUTRINÁRIO

Marcos Toscano Siebra Brito
(Aluno do 5º Período da Graduação em Direito da UFPE; Ex-monitor de Introdução ao Estudo do Direito II; Pesquisador bolsista do PIBIC)

Sumário: 1. Introdução: Realizando a Interdisciplinaridade; 2. Os Conceitos Entrelaçados: As Relações entre Eficácia, Efetividade e Aplicabilidade; 2.1. Eficácia e Efetividade: Da possibilidade à Realidade; 2.2. Aplicabilidade: Uma Face da Eficácia; 3. A Doutrina Nacional: Uma Visão Reducionista; 3.1. As Classificações Eficaciais: Uma Síntese Desastrosa; 4. Conclusão: Que a Ciência do Direito Vá às Ruas; 5. Bibliografia

1. Introdução: Realizando a Interdisciplinaridade

Já se vão quinze anos da promulgação da nossa Constituição Federal e algumas polêmicas parecem não se esgotar. Continuam alimentando discussões na mídia, na doutrina e nos tribunais do país. Isso nos parece bastante natural para uma constituição como a nossa, que abarca quantidade razoável de matérias (é analítica) e nasceu de um intenso processo de negociação entre grupos de pressão antagônicos (é compromissória) e por esses motivos tem razoável complexidade.[1]

Trafegam nesses debates conceitos vários, utilizados quase sempre sem a precisão e a clareza necessárias às exposições, senão científicas, ao menos rigorosas de um tema. As vezes uma expressão se traduz em tão diferentes conceitos de autor para autor que nem se sabe se tratam do mesmo assunto. Essa anarquia terminológica e conceptual é altamente danosa ao desenvolvimento saudável do conhecimento sobre um tema qualquer.

1 CANOTILLHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993

Estamos certos da impossibilidade de uma conceituação perfeita e imparcial. Toda ela terá a carga, mais ou menos acentuada, da condição de ser histórico de quem a faz. Porém, quem conceitua tem o dever inequívoco de mostrar as razões de suas conclusões e de ser coerente com o que propõe.

O objetivo deste trabalho é, nesse esteio, rever três conceitos que permeiam o estudo do direito constitucional, sendo pertencentes com igual propriedade ao campo da sociologia jurídica. Os conceitos de eficácia, efetividade e aplicabilidade, visceralmente ligados, são tradicionalmente estudados de maneira reducionista pelos pretensos cientistas do direito constitucional, no sentido da sistemática negação do caráter sociológico dos termos e por vezes do próprio reducionismo do fenômeno jurídico.

Apesar de toda uma série de críticas ao "ensino tecnicista e dogmático" do direito, ele continua a ser ministrado nas faculdades de direito e reproduzido em escala industrial em quase toda bibliografia jurídica. Os juristas entendem a interdisciplinaridade como um favor a se fazer ou não para outros campos do conhecimento, e não como a exigência metodológica que ela é. Precisamos "abrir a cabeça... dos excessivamente dogmáticos"[2] empenhando-nos em mostrar a face sociológica dos fenômenos jurídicos.

Laboraremos, portanto, tendo sempre em vista a inteireza de um termo ou fenômeno, nunca no sentido de denegar-lhe amplitude ou complexidade, procurando, pelo contrário, superar a incompreensível separação entre a sociologia e a ciência do direito, presente nesse, como em tantos outros campos de estudo. Já é hora de fazer da interdisciplinaridade, atualmente apenas uma figura da pálida retórica da cátedra, um verdadeiro instrumento de trabalho.

2. Os Conceitos Entrelaçados: As relações entre eficácia, efetividade e aplicabilidade

Os três conceitos expostos no subtítulo não são de maneira alguma independentes uns dos outros. Pelo contrário, existem e são compreendidos apenas se analisados como integrantes de uma totalidade uníssona. Em verdade, podemos afirmar serem eles partes idealmente seccionadas de um mesmo fenômeno. É comum, em virtude de tal fato, confusão tanto terminológica, quanto material acerca deles.

2 OLIVEIRA, Luciano. Que (e para quê) Sociologia? In Ou Isto ou Aquilo (org.Eliane Junqueira e Luciano Oliveira). Rio de Janeiro: Letra capital, 2002

Nesse primeiro momento tentaremos desatar esses nós doutrinários, através de perquirições propositadamente simples (e, espero, não simplistas) sobre os três conceitos mencionados. Mais que isso, como já afirmamos, a contribuição maior desse trabalho é a de esforçar-se por tratar os fenômenos com a inteireza inerente a eles.

2.1 *Eficácia e efetividade: Da possibilidade à realidade*

O primeiro deles é o conceito de eficácia, de todos o mais injustiçado. A eficácia nasce de início significando o que hoje entendemos por efetividade e isso pode-se notar tanto em livros de sociologia jurídica como o de Miranda Rosa, como mesmo na Teoria Pura de Kelsen. Posteriormente a doutrina resolveu chamar a eficácia, como era concebida, de eficácia social ou efetividade e deu novo significado à expressão isolada. Eficácia passou a ser a "qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, relações e comportamentos de que cogita"[3]. Na nossa opinião, em consonância com a de vários autores[4], eficácia, in fine, seria a possibilidade de efetividade. Para entendermos o conceito atual de eficácia, portanto, é necessário entendermos o de efetividade.

Efetividade para Miranda Rosa[5] (que ainda a chamava de eficácia), é um aspecto dos efeitos sociais de uma norma. Aspecto inferido precisamente quando tais efeitos são analisados pelo prisma da finalidade da edição do dispositivo legal. Em outras palavras, efetividade é a resposta positiva da sociedade frente à norma, quando tais normas, nos dizeres de Kelsen, "são de fato observadas e aplicadas"[6]. Ora, quando uma norma é criada ela tem um objetivo que será alcançado pela sua regular observância e aplicação. Por exemplo, vejamos o inciso XLIX, do artigo quinto da CF/88, o qual reza: "É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral". A finalidade da norma é claríssima: proteger a integridade física e

3 DA SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3 ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998, p. 66. Apesar de concordarmos com os termos gerais dessa definição, as conclusões a que chega o constitucionalista a partir dela nos parecem insustentáveis.

4 Os mais famosos são Tércio Sampaio, Eros Grau, Maria Helena Diniz e Paulo Dourado de Gusmão. Baseamo-nos também em Hans Kelsen.

5 MIRANDA ROSA, F. A. Sociologia do Direito. 5 ed. Rio de Janeiro: Ed. Zahar Editores, 1975, p. 109.

6 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 2. ed. Bras. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1987, p. 225.

moral de quem está preso. A norma teria efetividade se de fato os integrantes do sistema carcerário brasileiro fossem, pelo menos em geral, respeitados em sua integridade física e moral. Da mesma forma podemos proceder com toda e qualquer norma, analisando as suas disposições e investigando se são bem recebidas pela sociedade, observadas e aplicadas. Daí ser a efetividade apenas um dos aspectos dos efeitos sociais da edição de uma norma, pois até o seu descumprimento total é considerado um efeito social.

Nesse binômio aplicação e observância, a segunda parece mais decisiva quanto ao grau de efetividade de uma norma. Terá uma norma efetividade se for respeitada pelos seus destinatários, mesmo se pouco aplicada por um motivo qualquer. Se, porém, mesmo sendo tenazmente aplicada, uma norma não é observada pelos destinatários, será claramente inefetiva.

Fica agora mais fácil entender o conceito de eficácia, pois, como já foi dito, nada mais ela é que a possibilidade de efetividade. É um conceito amplo e em seus desdobramentos estão abarcados todos os elementos capazes de influir na efetividade de uma norma. Por exemplo, pensemos em um país imaginário onde há séculos imperam certos costumes na regulamentação da compra e venda e, repentinamente, um parlamentar decide fazer uma lei que vai de encontro a esses costumes. Essa lei já teria a eficácia comprometida, por estar desafiando normas informais consolidadas por anos a fio. Pensemos agora no nosso Brasil. Se o parlamento decidir altruisticamente lançar e aprovar a proposta de um dos candidatos a presidente da última eleição, que era de alçar o salário mínimo do país à cifra de mil e quinhentos reais? A norma tem baixíssima, para não dizer nenhuma, eficácia, por não existir suporte financeiro para o feito. Poderíamos dar ainda vários outros exemplos utilizando elementos diversos, indo desde o tipo psíquico da população de um país até o seu nível médio de educação.

Interessante notar que só se pode saber da efetividade de uma lei existente e em vigor, sendo possível, porém, especular sobre a eficácia de uma lei imaginária[7]. A efetividade é um dado imediato da realidade, enquanto a eficácia é um cálculo de possibilidade. Note-se também que uma lei de alta eficácia pode ter uma baixa efetividade momentânea por estar, por exemplo, nos primeiros anos de sua vigência, por uma alteração na

7 Apesar de boa parte da doutrina afirmar o contrário, nós pensamos assim. Aliás, como não seria possível analisar a eficácia, por exemplo, de um projeto de lei, se a eficácia é um juízo de possibilidade?

conjuntura econômica ou política, dentre outros motivos; porém, enquanto uma lei estiver apresentando alta efetividade nunca poderá ser considerada de baixa eficácia, até um dia no qual ocorra uma diminuição desse índice, examinando-se então se a causa do fenômeno atingiu ou não a eficácia da norma[8].

2.2 *Aplicabilidade: Uma face da eficácia*

Chegamos agora à aplicabilidade. Ficou por último porque, como se verá, para a inteira compreensão do conceito de aplicabilidade é necessário ter passado pelas noções de eficácia e de efetividade. Na verdade a aplicabilidade é parte ideal da eficácia. A eficácia da norma é composta pela possibilidade de sua aplicação e pela disposição a observá-la dos destinatários. A aplicabilidade nada mais é que a possibilidade de aplicação da norma. Precisamos saber, portanto, que é aplicação, e como essa se diferencia da observância.

Esses dois termos estão longe de serem sinônimos. Kelsen adverte: "Criação e aplicação do direito devem ser distinguidas da observância do direito", prossegue, conceituando observância como "a conduta a que responde, como conduta oposta, aquela a que é ligado o ato coercitivo da sanção."[9]. Esquecendo um pouco esse endeusamento da sanção, o austríaco pretendeu demonstrar ser a observância nada mais que o perfazimento da conduta prescrita pela norma, chamada por ele de norma secundária, por Cóssio de endonorma, por outros de comando normativo... No caso do artigo 121 do Código Penal nacional, por trás da redação "Matar alguém: Pena- reclusão, de 6 a 20 anos", lê-se claramente a conduta prescrita de "não matar". Quanto maior o índice de homicídios, menos observada estará sendo a norma.

Quanto à aplicação, o brasileiro Tércio Ferraz definiu-a razoavelmente em seu livro sobre a constituição de 88[10]. Segundo o jurista, "aplicar a norma vai significar pô-la em contato com um referente objetivo (fatos e atos)". É

8 Fenômenos superficiais não são aptos a alterar a eficácia de uma norma, por continuarem presentes após eles as mesmas condições básicas para a observância e aplicabilidade de uma norma. São aptos, porém, a variar o grau de efetividade da norma por um lapso temporal variável.

9 KELSEN, op. cit., p.254

10 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Interpretação e Estudos da Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1990, p.14.

uma definição já destoante da tradicional e retrógrada visão de certos autores como Carnelutti, o qual afirma no seu livro "Teoria Geral do Direito", no capítulo intitulado "Aplicação das Normas Jurídicas": "resolve-se em um juízo aquilo que se chama a aplicação da norma (ao caso)"[11]. Em versão mais vulgar a mesma idéia é posta pelo processualista brasileiro João Herkenhoff em seu livro "Como Aplicar o Direito", onde afirma: "A aplicação do Direito consiste em submeter o fato concreto à norma que o regule. A aplicação transforma a norma geral em norma individual, sob a forma de sentença ou decisão administrativa"[12]. Tércio já trata do assunto de forma mais abrangente, mostrando a relação da aplicabilidade com a idéia de pôr a norma em contato com um objetivo, apesar de seu parêntesis ser claramente restritivo ao falar em fatos e atos, lembrando a visão de só haver aplicação frente ao caso prático e pela autoridade judiciária, coisa que está bem longe de ser verdade.

Kelsen, ao tratar do assunto, prioriza a relação entre aplicação e criação do direito, afirmando que "A aplicação do Direito é por conseguinte, criação de uma norma inferior com base numa norma superior ou execução do ato coercivo estatuído por uma norma"[13]. Por esse entendimento, seria aplicação do direito a criação de qualquer norma, não só das sentenças e decisões administrativas (as famosas normas individuais), e, além disso, as execuções de atos coercivos, como a ação do carcereiro ao prender o condenado. Parece-nos, entretanto, que o autor da Teoria Pura cometeu um pecadilho lógico ao conceituar a aplicação. Não se pode negar, pelo menos no mais das vezes, o caráter de criação de direito aos atos de aplicação do direito, mas não devemos confundi-los, acreditando serem uma só coisa. São fenômenos normalmente entrelaçados, no entanto diversos e não se pode conceituar um pelo outro. Traduzir a idéia de Kelsen seria dizer que aplicação é um ato criador de norma e ao mesmo tempo um ato puramente executório, o qual não cria norma; e isso é uma terrível contradição. Na verdade Kelsen não estava conceituando aplicação e sim apontando quando ela ocorre.

De fato, sempre que se cria uma nova norma em um ordenamento se está aplicando uma norma superior e anterior e só há a aplicação afora esses casos, quando da execução de um ato coercivo disposto por uma norma. Divisar quando acontece um fenômeno, porém, não é a mesma coisa de conceituá-lo.

---

11 CARNELUTTI, Francesco. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Lejus, 1999, p. 134.

12 HERKENHOFF, João Batista. Como Aplicar o Direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 9.

13 KELSEN, op. cit., p. 253.

Apesar de não ser tarefa simples, tampouco é impossível conceituar aplicação do direito. Recorrendo inicialmente à etimologia, observamos que da expressão latina *applicare* originou-se o verbo aplicar, com vários sentidos conexos. O "Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa"[14] divide as significações do verbo em dez grupos, quais sejam: 1) Adaptar; ajuntar; justapor 2) Empregar; 3) Adequar; apropriar; 4) Atribuir; 5) Administrar; receitar; 6) Concentrar; 7) Dedicar-se; 8) Impor; infligir; 9) Conceder; 10) Vir a propósito. Tércio, em sua conceituação, só deu valor ao sentido expresso pelo grupo 1. Para ele aplicar seria "juntar em uma certa direção"[15], no sentido de justapor normas, fatos e atos. Acreditamos, porém, serem tão ou até mais importantes os significados dos grupos 2 e 3.

Empregar (grupo 2), do latim *implicare,* tem aí um sentido direto de utilizar, fazer uso, dar emprego; indo mais além, poderíamos citar a idéia de pôr em uso qualquer coisa. Uma primeira intuição, então, nos diz que a aplicação é antes de tudo um emprego da norma, é norma em uso, efetivamente sendo empregada para seus devidos fins. Adequar e apropriar (grupo 3), respectivamente do latim *adaequare* e *appropiare*, trazem o sentido de tornar próprio, conveniente, apto, no sentido de aprimorar algo em relação a melhor consecução dos objetivos pretendidos para aquele ente. Nesse sentido aplicar uma norma seria também o ato de aprimorá-la, especificá-la, torná-la mais apropriada para atingir os seus objetivos.

Dentro dessa preliminar podemos notar a amplitude do conceito de aplicação normativa, extrapolando em muito a simples decisão dos juizes. Na verdade também os legisladores, os órgãos da administração e até os executores de sentenças ou atos administrativos, como o carcereiro e o policial, aplicam a norma, na medida em que a "empregam", "põem em funcionamento".

É de se notar que só a autoridade pode aplicar uma norma. O "súdito" do ordenamento só pode observá-la, pois apenas certas pessoas, em certas posições, estão aptas para aplicar a norma, como o político eleito, o juiz investido, a autoridade da administração...[16] Além do mais não são todas autoridades legitimadas a todo tipo de aplicação. Só o juiz pode

14 Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa, 12 ed. São Paulo: Enc. Britannica Publicações, 1990, p.164.

15 FERRAZ JÚNIOR, op. cit. P. 14.

16 Haverá casos em que aparentemente pessoas comuns aplicarão normas, como no caso da prisão de um criminoso efetuada por um cidadão qualquer. Nesses casos, porém, o cidadão está na qualidade de agente público, revestido de poderes de autoridade extravagantemente. Isso é pacifico entre os administrativistas.

prolatar sentença, só o deputado federal pode fazer Lei Complementar e assim por diante. É a antiga e exata idéia de "competência" em todo seu vigor.

Outra característica essencial da aplicação é a sua legitimação pelo procedimento. Cada tipo de aplicação tem de ser feita através de um procedimento previsto, mesmo que *en passant*, pelo ordenamento. Se tal procedimento não for seguido em suas linhas fundamentais, não haverá aplicação. Um juiz não pode sentenciar sem o processo prévio de cognição; o legislador não pode aprovar uma lei sem submetê-la à Comissão de Constituição e Justiça etc. A questão aqui, é a de a própria aplicação estar adstrita aos limites formais impostos por outras normas.

A aplicação não está podada somente por limites procedimentais, mas também pelo chamado direito material, normas jurídicas não-processuais. Em outras palavras, a autoridade competente deve respeitar normas prévias do ordenamento jurídico que versem sobre a matéria relacionada à aplicação a ser feita. Quanto a isso há uma exceção. Como nos ensinou Kelsen, os atos aplicadores do direito em geral também o criam, exceto as simples execuções de atos de coerção[17]. Esse eventual produto normativo da aplicação terá poder para revogar todas as normas prévias e inferiores ou do mesmo patamar hierárquico contrárias as suas disposições, não sendo essas normas óbices para o aperfeiçoamento do ato. É melhor, portanto, afirmar que a aplicação do direito deve respeitar as normas prévias do ordenamento exceto as que seu eventual produto normativo possa revogar.

Podemos, portanto, conceituar aplicação como o emprego de uma norma por uma autoridade competente, através de um procedimento legitimador e dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento, no sentindo de executar e aprimorar tal norma. Aplicabilidade, repetimos, é a possibilidade dessa aplicação. Qualquer óbice à aplicação regular de uma norma diminui a sua aplicabilidade.

3. A Doutrina Nacional: Uma Visão Reducionista

A doutrina nacional, grosso modo, não se tem prestado ao mesmo entendimento sobre os termos supramencionados. A visão de boa parte dos autores é no sentido de encará-los de maneira bem mais restritiva que a

17 Na verdade nem todos os atos de execução puros são de caráter coercivo. Quando um funcionário da fazenda faz o lançamento do crédito tributário, ou quando um funcionário de um tribunal publica um edital de intimação estão executando uma norma.

apresentada neste trabalho, alijando-os de sua complexidade e amplitude natural. O claro reducionismo já encampado no âmago da nossa doutrina é uma triste e persistente herança do positivismo jurídico. Os cientistas do direito acreditam prescindir por completo da contribuição das outras ciências para o conhecimento de seu objeto. Assim, afastam a ciência jurídica das contribuições e avanços da sociologia, da ciência política etc. Essa pureza da ciência jurídica é mantida com rigor por vezes superior ao kelseniano pela doutrina nacional na maioria das áreas de estudo do direito. O caso das idéias sobre eficácia, efetividade e aplicabilidade em nossa doutrina é um exemplo claro do exposto. Não só foram amputados os aspectos sociológicos dos termos, como também os jurídicos foram despidos de sua amplitude natural.

Vejamos primeiramente as considerações de José Afonso da Silva sobre o assunto, as mais difundidas e assimiladas pela doutrina. Seu conceito de eficácia, supracitado, diz respeito à capacidade de a norma produzir efeitos jurídicos ao regular as situações de que cogita. Concordamos com tal definição, pois uma norma capaz de fazê-lo é, em termos outros, uma norma com possibilidade de efetividade (aplicação e observância). O constitucionalista, porém, traz como um desdobramento natural desse conceito a idéia de que "nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica"[18].

Porque as condições de observância da norma não foram incluídas? Por acaso elas não se relacionam com a capacidade de uma norma regular condutas? Não há nenhuma explicação por parte do jurista, nem pelos defensores de sua tese, sendo a possibilidade de maior ou menor observância da sociedade perante uma norma simplesmente ignorada por tais autores. Já temos, portanto, uma imensa redução da verdadeira abrangência do termo eficácia, pois nesses termos ela é expressamente igualada à aplicabilidade. Esquece José Afonso "que, na maioria dos casos, as relações jurídicas são concretizadas consensualmente, longe dos tribunais, sem necessidade da coercitividade estatal."[19] Em outras palavras, as normas são observadas pela população e esse é seu maior efeito jurídico.

A posição acaba levando seus defensores a contradições. O próprio José Afonso ao tratar dos direitos sociais afirma a necessidade da atuação

18 DA SILVA, José Afonso. Op. cit. p.66.
19 ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

estatal para a satisfação concreta de tais direitos. Seriam "garantias políticas da eficácia"[20]. Sem perceber ele se refere, não à aplicação, mas à observância dos dispositivos constitucionais pelo Governo, nada mais que a efetiva prestação dos serviços de básicos de saúde, educação, lazer etc.

Também Ingo Sarlet, o qual se diz adepto da "concepção clássica" do tema, ao relacionar eficácia e reserva do possível no caso dos direitos prestacionais, trata da observância[21]. A reserva do possível, ligada à existência de recursos humanos e materiais para efetivação de tais direitos, não diz respeito à aplicabilidade e sim à possibilidade de observância. Um juiz pode muito bem condenar uma prefeitura pobre a construir 1.000 casas populares; a norma garantidora do direito à moradia foi efetivamente aplicada. A questão da existência ou não de recursos para o cumprimento da sentença passa por saber se a prefeitura tem condições de observar a norma individual criada pelo juiz.

Maria Helena Diniz, notando a grave incongruência do sistema, tenta resolver a questão pugnando pela existência de dois tipos de eficácia, a social e a jurídica. A despeito de ainda misturá-la um pouco com a idéia de efetividade, eficácia social seria a possibilidade de observância de uma norma lastreada na "realidade social e nos valores positivos"[22]. Ante tal posição, a primeira perplexidade que se me apresenta é: porque tamanha insistência em manter separados os campos de trabalho da ciência do direito e da sociologia? É realmente necessário dividir a eficácia em duas, uma para juristas estudarem e a outra para os sociólogos? A segunda é: será possível proceder a essa separação?

Nos furtaremos de responder aqui a primeira perplexidade, por ser ela muito complexa e não figurar dentre os objetivos deste trabalho. Já quanto à segunda, não só podemos, como devemos respondê-la. E a resposta é negativa. A divisão feita parte do pressuposto de ser a observância do direito fenômeno de caráter puramente sociológico e a aplicação de caráter puramente jurídico. Nada mais falso. Quando uma norma, por exemplo, não tem uma sanção claramente estabelecida, a possibilidade de ser ela observada é

20 DA SILVA, José Afonso, Poder Constituinte e Poder Popular. 1 ed. São Paulo: Malheiros Editores 2000, p.199.

21 SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

22 DINIZ, Maria Helena. A Norma Constitucional e seus Efeitos. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 62.

menor. E a causa (ausência de sanção) é indiscutivelmente pertencente ao campo das ciências jurídicas. O mesmo ocorre com as normas de redação defeituosa, contraditórias com o ordenamento e tantas outras hipóteses, que nos parece impossível afirmar ser a observância fenômeno impassível de ser estudado pela ciência jurídica. Ocorre o mesmo com a aplicação. Ao lado de óbices técnico-jurídicos à aplicação, existem vários de monta sociológica, como a mentalidade dos julgadores, a existência de normas informais em sentido contrário, a pressão de grupos sociais etc.

Cabe aqui o elogio a Tércio Sampaio, que vai bem ao afirmar que eficácia "deve ser termo relacionado com as *condições* de aplicação e obediência, portanto àquelas condições que tornam a norma aplicável e obedecível."[23] Não há cabimento algum em igualar eficácia à aplicabilidade, apenas parte dela, como fazem José Afonso e seus seguidores, muito menos em criar duas eficácias, uma relacionada com a aplicação e outra com a observância. É um fenômeno só, e tanto tem aspectos jurídicos quanto sociológicos.

Bem pior é o tratamento dado à aplicabilidade pela doutrina brasileira. Dos manuais aos livros especializados, todos têm um mesmo entendimento pré-kelseniano. Digo isso porque Kelsen, a despeito de discordarmos de sua definição, abarcava como aplicação vários atos excluídos pela doutrina nacional. Como já expusemos quando da conceituação de aplicação, não é só o Poder Judiciário que aplica as normas. O Poder Legislativo e Executivo também o fazem a todo instante. Toda lei nova aprovada pelo Legislativo é uma aplicação de uma norma pretérita e superior do ordenamento. Quando o Executivo cria, por exemplo, um programa nacional de habitação, visando facilitar a aquisição de casas pela população carente, além de observar o direito social à moradia, está aplicando essa norma, na medida em que existe toda um arcabouço legal desse programa: a norma jurídica é "empregada" para a criação e definição daquela atividade estatal. Mas nossos estudiosos não consideram nada disso. Para eles, aplicação só na esfera judicial, através da decisão do juiz, e, exceção à regra, nos processos administrativos, uma espécie de julgamento por órgãos da administração. Nem os atos de caráter meramente executórios são considerados atos de aplicação pela doutrina nacional.

Isso tudo decorre da velha concepção de que o Direito só é feito para os Tribunais. Só existe nas Cortes: fora delas é coisa sem utilidade. Como

23 FERRAZ JÚNIOR, op. cit. P. 14.

se os direitos fossem somente exigíveis através do judiciário! A exigibilidade é a possibilidade de se cobrar um direito, no sentido de cobrar sua aplicação. Não se confunde com justiciabilidade, que é a possibilidade de cobrança exclusivamente através do Judiciário, e, portanto, um subtipo da exigibilidade. Em outras palavras, os direitos são exigíveis através do Executivo e Legislativo, por terem eles também o poder de aplicar normas, além de tão somente observá-las.[24]

3.1 As Classificações Eficaciais: Uma Síntese Desastrosa

Se abrirmos um manual de Direito Constitucional, quase com certeza encontraremos um capítulo sobre eficácia das normas constitucionais ou mesmo das normas jurídicas em geral. Se formos até o referido capítulo descobriremos nada além de uma série extensa de classificações feitas por diversos autores. Sem dúvida são essas classificações o que há de pior no estudo do nosso tema.

Repetidas a torto e a direito em diversos livros, dissertações, artigos, peças jurídicas e trabalhos afins, elas conseguem atingir o grau máximo do reducionismo e da imprecisão doutrinária. Não trataremos de todas aqui. São muitas e se diferenciam em geral por detalhes, de modo que só analisaremos as mais famosas. E a mais famosa de todas, e base para as outras, é a que divide as normas em de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada.

A grosso modo, as de eficácia plena seriam as de aplicabilidade imediata, que não necessitam de legislação infraconstitucional nem são por ela restringíveis; as de eficácia contida seriam de aplicabilidade imediata, porém otimizáveis e restringíveis pelo legislação infraconstitucional e as de eficácia limitada as totalmente dependentes de legislação infraconstitucional[25]. Como já foi visto, nossos estudiosos reduzem a eficácia à noção de aplicabilidade e a de aplicabilidade à de aplicabilidade judicial. Essa classificação consegue, por fim, reduzir a idéia de aplicabilidade judicial à existência ou não de uma norma infraconstitucional. E sem dúvida ela é muito mais que isso.

---

24 LIMA JR., Jayme Bevenuto. Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

25 ARAÚJO e NUNES JR., Luiz Alberto David e Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 7.ed. São Paulo: Saraiva. 2003, p.83.

A aplicabilidade em juízo de uma norma depende de incontáveis fatores que vão desde a mentalidade dos aplicadores até a adaptação da referida norma ao sistema processual de um país. Ana Queiroz, em sua dissertação de Mestrado, ao tratar da tutela dos direitos transindividuais, elenca como grandes dificuldades a tal tutela o "hábito de decidir sobre interesses exclusivamente intersubjetivos e aos vícios da formação legalista"[26]. Em outras palavras, as normas tuteladoras dos direitos transindividuais perdem aplicabilidade devido a forma de pensar dos magistrados. Nesse mesmo sentido, Luciano Oliveira e Affonso Pereira, em seu livro *Conflitos Coletivos e Acesso à Justiça*, tratam de uma falta de aplicabilidade judicial dos direitos sociais pela própria falta de capacidade do judiciário de absorver certos conflitos coletivos, isso por estar preparado, mental e processualmente para resolver conflitos individualizados[27]. Podemos imaginar ainda uma série de outros óbices à aplicabilidade que não a existência ou não de uma norma infraconstitucional. Por exemplo a inadaptação da norma ao espírito e às disposições do resto do ordenamento ou mesmo à parte desse, como no caso do inciso XXIII do art.5 da CF- "a propriedade atenderá a sua função social". Ora, o mandamento constitucional é altamente podado pelo espírito de "garantidor da propriedade privada" do Código Civil pátrio, que inibe as tentativas de aplicação do referido inciso.

Esses outros fatores são tão, ou mais, relevantes que a existência de uma norma regulamentadora infraconstitucional. O caso do inciso da CF que garante respeito à integridade física e moral dos preso é exemplar. Já existe há algum tempo a regulamentação infraconstitucional, a famosa Lei de Execuções Penais. A norma porém não tem sido aplicada em lugar algum do país.

Outros autores criam suas próprias classificações acrescentando critérios a essa classificação base. Pinto Ferreira[28], seguido por Maria Helena Diniz[29], inclui as possibilidades de emenda da norma constitucional na classificação. Essa posição parte da confusão de eficácia de uma norma com a força hierárquica da mesma, um grande erro. Leis ordinárias podem

26 SIQUEIRA SANTOS, Ana Fátima de Queiroz. Ação Civil Pública. Recife: UFPE. 1999, p.76.
27 OLIVEIRA e PEREIRA, Luciano e Afonso César. Conflitos Coletivos e Acesso à Justiça. Recife: Fundação Joaquim Nabuco/Editora Massangana. 1988, p.22.
28 PINTO FERREIRA, Luís. Curso de Direito Constitucional. 5.ed. São Paulo: Saraiva. 1991, p.43.
29 DINIZ, Maria Helena. Op.cit. p.109.

ser, e geralmente são, mais eficazes que as cláusulas pétreas da CF. Tércio Sampaio[30], em um esforço sociologizante, inclui as "funções eficaciais" da norma em sua classificação. Acaba sem conseguir fugir ao lugar comum da classificação base e trata as chamadas funções eficaciais de maneira restritiva e por vezes deveras confusa.

Em verdade, todo esse esforço classificatório, típico dos cientistas do direito brasileiros, está comprometido por um grave erro de objeto. Todas essas classificações são uma versão tupiniquim de uma antiga divisão das normas feita pela doutrina americana. Introduzida no Brasil por Ruy Barbosa a teoria pregava a divisão das normas em self-executing (auto-executáveis) e not self-executing (não auto-executáveis), basicamente através do critério da auto-suficiência da norma, ou de sua dependência a existência de outra. Simplesmente aprimorou-se tal teoria um pouco mais e absurdamente mudou-se a expressão auto-executoriedade para eficácia, como se fossem sinônimos. Essas classificações eficaciais todas, portanto, não passam de considerações (ultrapassadas) sobre a auto-suficiência de uma norma e nem de longe são uma análise de sua eficácia.

4. Conclusão: Que a Ciência do Direito Vá às Ruas

Sérgio Buarque é exato em seu Raízes do Brasil quando trata do prestígio em nosso país de teorias repletas de "nomes estrangeiros e difíceis" e que procuram "simplificar todas as coisa para deixá-las mais facilmente ao alcance de raciocínios preguiçosos". O contrário exigiria "processos mentais minudentes e laboriosos" que naturalmente excluiriam "as palavras e as fórmulas de virtude quase sobrenatural e que tudo resolvem de um gesto, como as varas mágicas"[31]. Assim tem sido em relação ao tema desse nosso trabalho, indescritivelmente simplificado pelos estudiosos brasileiros, tratado através de preceitos e considerações indevidamente importados de doutrinas estrangeiras não correspondentes e de quase um século atrás, por fim resumido através de classificações mágicas, imperativas e concludentes.

Nunca pretendemos, portanto, ser definitivos no trato das questões por nós levantadas. Muito pelo contrário. Sempre estivemos conscientes

30 FERRAZ JÚNIOR, op. cit. P. 16.

31 HOLANDA, Sérgio Buarque. Raízes do Brasil. 26.ed. São Paulo: Companhia das Letras. 1995, p.165.

de que o maior mérito deste trabalho, se bem sucedido, seria abordar o tema sem denegar-lhe sua complexidade natural, sem podar, por comodismo intelectual, nenhuma de suas facetas. Quem quiser pesquisar a eficácia, a efetividade e a aplicabilidade como as compreendemos não poderá se dar ao luxo de, sem sair de seu gabinete, elaborar uma classificação ou fazer comentários à obra de um outro autor. Terá de ir atrás de um conhecimento menos irreal, menos dogmático, diferenciado desse conhecimento-apartheid dos cientistas do direito de nossos dias.

Pretendemos fazê-lo nós mesmos, através das mais variadas formas de pesquisa de campo como a amostragem, a pesquisa documental, os questionários e tantos outros métodos há muito empregados nas variadas ciências sociais. De tal forma que esse é apenas o início de uma jornada, quiçá gratificante, sobre os temas tratados neste artigo. Se teremos êxito em nossa empreitada é mistério, não se pode saber. Só não podemos deixar de ir em busca da utopia de um conhecimento, senão totalmente verdadeiro, ao menos mais justo.

5. Bibliografia

ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARAÚJO e NUNES JR., Luiz Alberto David e Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 7.ed. São Paulo: Saraiva. 2003

CANOTILLHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993

CARNELUTTI, Francesco. Teoria Geral do Direito. São Paulo: Lejus, 1999

DA SILVA, José Afonso, Poder Constituinte e Poder Popular. 1 ed. São Paulo: Malheiros Editores 2000

DA SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3 ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998

Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa, 12 ed. São Paulo: Enc. Britannica Publicações, 1990

DINIZ, Maria Helena. A Norma Constitucional e seus Efeitos. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2001

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Interpretação e Estudos da Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1990

HERKENHOFF, João Batista. Como Aplicar o Direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994

HOLANDA, Sérgio Buarque. Raízes do Brasil. 26.ed. São Paulo: Companhia das Letras. 1995

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 2. ed. Bras. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1987

LIMA JR., Jayme Bevenuto. Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MIRANDA ROSA, F. A. Sociologia do Direito. 5 ed. Rio de Janeiro: Ed. Zahar Editores, 1975

OLIVEIRA e PEREIRA, Luciano e Afonso César. Conflitos Coletivos e Acesso à Justiça. Recife: Fundação Joaquim Nabuco/Editora Massangana. 1988

OLIVEIRA, Luciano. Que (e para quê) Sociologia? In Ou Isto ou Aquilo (org.Eliane Junqueira e Luciano Oliveira). Rio de Janeiro: Letra capital, 2002

PINTO FERREIRA, Luís. Curso de Direito Constitucional. 5.ed. São Paulo: Saraiva. 1991

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

SIQUEIRA SANTOS, Ana Fátima de Queiroz. Ação Civil Públiça. Recife: UFPE. 1999.

DO DESVIO DE PODER

Carlos Barreto Campello Roichman
(Aluno do 10° período de graduação em Direito da UFPE)

Sumário: 1. Introdução; 2. Considerações gerais; 3. Conceito de desvio de poder; 4. Origem e evolução histórica; 5. O desvio de poder no direito brasileiro; 6. modalidades de desvio de poder; 7. A prova no desvio de poder; 8. Conclusão; 9. Bibliografia.

1. Introdução

O presente trabalho é um estudo sobre o tema do desvio de poder na administração pública, pelo qual se pretende contribuir para o melhor conhecimento da matéria. O desvio de poder, não obstante o grande número de trabalhos sobre o tema, é um dos maiores problemas da Administração Pública brasileira.

Neste sentido, compactuamos com a ainda atual lição de Caio Tácito, para quem:

> "a escassa invocação, entre nós, de tão importante modalidade de controle da Administração, inspirou-nos o propósito de estudar-lhe as características, na esperança de conquistar a atenção dos nossos juristas. Não pretendemos inovar a matéria, tão profundamente analisada na bibliografia francesa e italiana, mesmo porque a originalidade científica é sempre difícil, até para os mais doutos. Desejamos somente conceituar o desvio de poder e assinalar a sua compatibilidade com a lei e a tradição jurídica nacionais. Não se trata de importação exótica, oriunda de regime contencioso diverso de nosso sistema judiciarista. Depõem, aliás, nesse sentido, os julgados brilhantes, embora isolados, que já o acolheram como razão de decidir."[1]

1 Tácito, Caio. *Desvio de poder em matéria administrativa.* Rio de Janeiro: [s. n.], 1951.

Ressalta a importância de chamar a atenção para o tema do desvio de poder o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, que afirma que:

> "os casos de desvio de poder no País são incontáveis e parecem assentar-se na concepção ingênua, até mesmo primitiva, de que as autoridades, sobretudo as investidas em cargos políticos, são como que 'donos' dos poderes públicos enquanto titularizam ditos cargos. Assim, são corriqueiras e feitas de público, ameaças de utilização da própria competência para 'retaliar' adversários políticos ou opositores que, no uso regular de competências públicas em outras esferas (como as estaduais ou municipais) ou como cidadãos resistem às orientações políticas do Governo Federal as quais, muitas vezes, padecem de ilegitimidade gritante ou escandalizam pela tolice, sobretudo nos dias que correm."[2]

A respeito do tema, também Odete Medauar elaborou magistral parecer, em um caso concreto de desvio de poder oriundo de disputas políticas em nosso país, deixando a lição de que:

> "Longo caminho vem sendo percorrido pela Humanidade para extirpar o arbítrio e o subjetivismo no exercício do poder estatal. Do Estado absolutista passou-se ao Estado de Direito, em que não somente o Estado deve sujeitar-se às normas legais, mas também deve respeitar os direitos das pessoas físicas e jurídicas, cuja inobservância passa pelo crivo do Judiciário. Sujeição às normas, sem atenção a direitos fundamentais, significa a existência de um mero arcabouço jurídico formal, desprovido de substância, apenas para justificar o enquadramento na condição de Estado de Direito. (...) Um papel crucial desempenha o Poder Judiciário na luta contra as imunidades do poder (...). O Poder Judiciário, no Brasil e em outros países, é o socorro do povo, é a esperança de reconhecimento de direitos lesados ou negados pelo Executivo ou Legislativo. É um dos pilares do Estado de Direito!"[3].

2 Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 68.

3 Medauar, Odete. Parecer: Desvio de Poder. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, nº 228, abril/jun/2002, p. 340.

Não pretendemos, contudo, entrar pelo tema de controle jurisdicional dos atos administrativos, apenas abordando alguns conceitos e concentrando o presente trabalho na figura do desvio de poder, identificando indícios de sua incidência em atos da Administração Pública e demonstrando sua total compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, com o objetivo de chamar a atenção de nossos tribunais para a necessidade de um maior controle da atividade administrativa e extirpar tão nefasta prática de nossa sociedade.

2. Considerações Gerais

Antes de aprofundarmos o estudo na figura do desvio de poder, faz-se necessária uma breve e concisa exposição sobre o ato administrativo, sujeito à incidência do vício em questão, seus elementos e outros conceitos importantes para uma melhor compreensão do tema em questão.

O ato administrativo deve ser revestido de certa formalidade para sua formação válida. São cinco os seus elementos, definidos pela Lei nº 4.717/65, a seguir: *competência, forma, objeto, motivo* e *finalidade*. Destaca-se, para o estudo do desvio de poder, o elemento finalidade do ato administrativo.

A finalidade, pode-se dizer, é o objetivo do ato, seu efeito mediato. De acordo com o princípio da legalidade, cada ato deve ter sua finalidade específica, definida por lei. Assim, um ato deve ser praticado visando apenas a sua finalidade específica.

Não se pode praticar um ato visando um objetivo que deveria ser atingido por outra categoria de ato, conforme previsão legal. O exemplo amplamente consagrado na doutrina é o do administrador que remove funcionário com o objetivo de puni-lo. O ato praticado deveria ser, por exemplo, uma suspensão, já que a remoção não tem caráter punitivo.

Todo ato administrativo deve ser praticado com vistas a atingir um interesse público. A finalidade, portanto, deve sempre ser pública.

O vício que atinge a finalidade do ato, porque foi praticado ato de categoria diversa da prevista em lei ou porque foi praticado sem finalidade pública, é objeto da *Teoria do desvio de poder* ou desvio de finalidade.

Outros conceitos que merecem ser abordados são o de *vinculação* e de *discricionariedade*. Conforme afirmado anteriormente, a atuação do administrador encontra limites no princípio da legalidade. Apenas os atos previstos na lei podem ser praticados, e em plena conformidade com o dispositivo legal.

Entretanto, essa limitação não é uniforme, existindo certos graus de discricionariedade para o administrador em determinadas situações.

Quando a lei não prevê alternativas à Administração, estabelecendo exatamente como deve se portar diante de situação prevista, diz-se que o ato é vinculado. Neste caso, não restaria alternativa ao administrador, a não ser agir conforme disposto na norma.

Por outro lado, se o dispositivo legal deixar certa margem de liberdade à atuação do administrador para que avalie, conforme juízos de conveniência e oportunidade, a melhor medida a ser tomada, diz-se que o ato é discricionário.

A discricionariedade é a liberdade que se confere ao administrador – pessoa a quem se confia o cumprimento do interesse público – para que, em função do caso concreto, avalie a melhor alternativa a ser tomada, em benefício da coletividade.

Ao juízo de conveniência e oportunidade que faz a Administração, "valorando internamente as conseqüências ou vantagens do ato"[4], dentro da discricionariedade que lhe é dada pela lei, dá-se o nome de mérito administrativo. Daí o ensinamento de Seabra Fagundes, para quem "o merecimento é aspecto pertinente apenas aos atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária".[5]

Como ensina Hely Lopes Meirelles[6], o mérito administrativo não está sujeito a controle judicial, mas apenas os aspectos da legalidade e do ato podem ser analisados e se os limites da discricionariedade não foram ultrapassados.

Importante observar que nem mesmo nos atos chamados discricionários a Administração tem completa liberdade de atuação, pois estará sempre vinculada à previsão legal, que apenas lhe outorga alternativas. Ainda, a competência para a prática de um ato é sempre fixada pela lei, não cabendo aqui qualquer discricionariedade.

---

4 Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 137.

5 Fagundes, Miguel Seabra. Conceito de mérito administrativo. *Apud* Meireles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 137.

6 Para o saudoso Mestre, "Em tais atos (discricionários), desde que a lei confia à Administração a escolha e valoração dos motivos e do objeto, não cabe ao Judiciário rever os critérios adotados pelo administrador, porque não há padrões de legalidade para aferir essa atuação."
Meirelles, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 138.

3. Conceito de Desvio de Poder

A Lei 4.717/65, que regula a ação popular, em seu Art. 2º, parágrafo único, alínea "*e*", determina que o desvio de poder ou desvio de finalidade verifica-se *quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explicita ou implicitamente, na regra de competência.*

José Cretella Júnior, em excelente trabalho que lhe garantiu o ingresso na Faculdade de Direito da USP, afirmou que "o desvio de poder ou desvio de finalidade é o aspecto vicioso do ato que, ultrapassando-lhe a epiderme, chega ao próprio cerne da medida, devassando a intenção do administrador e eivando de nulidade a providência tomada"[7]. O ilustre mestre conceitua o desvio de poder como "o uso indevido que a autoridade administrativa faz do poder discricionário que lhe é conferido, para atingir finalidade diversa daquela que a lei explícita ou implicitamente preceituara"[8] e, citando Waline, complementa: "A lei só permite que o administrador se manifeste no interesse público. Desvia, pois, seus poderes do fim legal, a autoridade que os põe a serviço de interesses estritamente privados."[9]

Celso Antônio Bandeira de Mello diz que "ocorre desvio de poder quando um agente exerce uma competência que possuía (em abstrato) para alcançar finalidade diversa daquela em função da qual lhe foi atribuída a competência exercida."[10]

Caio Tácito, por sua vez, define o desvio de poder como:

> "um limite à ação discricionária, um freio ao transbordamento da competência legal além de suas fronteiras, de modo a impedir que a prática do ato administrativo, calcada no poder de agir do agente, possa dirigir-se à consecução de um fim de interesse privado, ou mesmo de outro fim público estranho à previsão legal."[11]

7 Cretella Júnior, José. *Anulação de ato administrativo por desvio de poder*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 3.
8 Idem, p. 35.
9 Idem, p. 64.
10 Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 363.
11 Tácito, Caio. Desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, nº 188, abr/jun/1992, p. 2.

De fato, conforme afirmado anteriormente, o desvio de poder atinge a finalidade do ato[12], tornando-o nulo, e configura-se tanto na hipótese do ato praticado ser de categoria diversa da prevista em lei, como no caso de não se pretender atingir o interesse público.

Na primeira hipótese, temos o exemplo clássico de um superior que remove um funcionário com a intenção de puni-lo. Sabe-se que a remoção não é ato categorizado como de punição. Há, então, desvio de poder, pois o ato deveria ser a demissão, por exemplo, precedida do devido processo legal. A segunda hipótese, em que não se busca o interesse público, teríamos quando o superior remove o funcionário por motivos pessoais, de inimizade, por exemplo.

4. Origem e Evolução Histórica

A teoria do desvio de poder tem sua origem na França, em meados do século XIX, quando o Conselho de Estado daquele país buscava instrumentos para controlar a discricionariedade administrativa, evitando abusos.

Inicialmente admitia-se, no Estado francês, o chamado recurso por excesso de poder (*recours pour excès de pouvoir*) apenas contra atos pra-

12 Cumpre observar também a lição de Marcello Caetano, que ensina que o elemento *fim* do ato administrativo "só tem autonomia na medida em que o acto seja produto dos poderes discricionários; logo, o desvio de poder é exclusivo dos actos em que hajam sido exercidos poderes discricionários".
(Caetano, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970, Tomo I, p. 462.)
Em sentido diverso, José Cretella Júnior afirma que "Todo ato administrativo tem por escopo o interesse geral. É a regra a que está sujeita toda autoridade administrativa. Disto resulta que o desvio de poder é uma causa de ilegalidade suscetível de afetar todos os atos administrativos, sem exceção alguma".
(Cretella Júnior, José. *Do desvio de poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 57.)
Não nos parece razoável excluir os atos vinculados da possibilidade de anulação por incidência do vício de desvio de poder, uma vez que, embora em raros casos, existe a possibilidade real de ocorrer, como no exemplo hipotético de Celso Antônio Bandeira de Mello, em que uma norma impunha à autoridade o dever de dispersar bandos de ciganos, considerando bando um grupo de 15 ou mais pessoas. Ora, poderia a autoridade se deparar com um grupo formado por um casal, seus 12 filhos e a mãe de chefe de família. Seria justo então dispersar o grupo? Não, pois o objetivo da norma não era desagregar um grupo familiar, mas sim agrupamentos que viessem a causar danos à ordem pública. Estaria, então, presente a figura do desvio de poder.
(Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 72.)

ticados com vícios relativos ao sujeito (incompetência do agente) ou à forma, o que a doutrina costuma chamar de *vícios externos* de ilegalidade dos atos administrativos. Em um segundo momento, passou-se a admitir o mesmo recurso também para *vícios internos*, relativos ao objeto, ao motivo e à finalidade.

O caso *Lesbats*[13] é apontado como marco na jurisprudência francesa, consagrando definitivamente a adoção da teoria do desvio de poder (*détournement de pouvoir*). Embora em casos anteriores já se utilizasse os mesmos fundamentos para anular atos viciados por desvio de poder, foi no caso *Lesbats* que o Conselho de Estado primeiro utilizou a expressão *détournement de pouvoir*.

A Itália foi um dos primeiros países a adotar também a experiência francesa e, com a Lei de 2 de Junho de 1889, consagrou em seu ordenamento jurídico a figura do *sviamento di potere*. A norma atribuía competência ao recém-criado Conselho de Estado italiano para julgar os recursos administrativos nos casos de incompetência, excesso de poder e violação de lei ("*incompetenza, eccesso di potere* e *violazione di legge*")[14].

Diversos outros países passaram a adotar a teoria do desvio de poder, seja na orientação doutrinária ou da jurisprudência ou mesmo consagrando-a no corpo de leis estatal. Pode-se citar, além do *détournement de pouvoir* na França e do *sviamento di potere* na Itália, outras figuras semelhantes como a *desviación de poder* na Espanha e o *abuse of discretion* nos Estados Unidos. A teoria do desvio de poder teve boa aceitação ainda em diversos outros países como Portugal, Bélgica e México.

5. O Desvio de Poder no Direito Brasileiro

Ao contrário do que ocorreu na França e na Itália, onde a teoria do desvio de poder foi adotada primeiramente pela jurisprudência e posteriormente alcançou respaldo na doutrina, no Brasil foi preciso a insistência doutrinária para que nossos tribunais acolhessem a teoria.

13 No célebre caso, o Prefeito da cidade de Fontainebleau, utilizando-se do poder que lhe era conferido para que regulasse o trânsito de veículos nos pátios da estação ferroviária, com o fim de manter a boa ordem, assegurava o monopólio a uma empresa particular. O Conselho de Estado anulou os atos, reconhecendo que o prefeito usara dos poderes que lhes eram conferidos com a finalidade diversa da que a lei objetivara.

14 Art. 24 da referida lei.

Na opinião de Rafael Munhoz de Mello, "tal situação pode ser explicada pelo receio de que o Poder Judiciário invadisse a esfera da Administração Pública, ao examinar a compatibilidade do ato administrativo com a finalidade legal".[15] Ocorre que, nos sistemas francês e italiano, o Conselho de Estado é um órgão de jurisdição administrativa, o que afastaria a invasão de um poder pelo outro. A opinião de Themístocles Brandão Cavalcanti era de que a teoria do desvio de poder seria inaceitável no Brasil, diante da falta de um órgão de tal natureza. O renomado jurista afirmava que somente a autoridade administrativa poderia corrigir os atos contaminados com vícios de *motivo*, de *justiça* e de *oportunidade*.[16]

O tema foi bastante debatido em meados do século passado e alguns autores tiveram fundamental importância na adoção da teoria do desvio de poder, dentre os quais destacamos Seabra Fagundes, que pode ser apontado como o seu "pai" no Direito brasileiro.

De fato, já em 1941 o saudoso mestre defendia que o desvio de finalidade seria motivo para anulação do ato administrativo, ensinando que:

> "A atividade administrativa sendo condicionada pela lei à obtenção de determinados resultados, não pode a Administração Pública deles se desviar, demandando resultados diversos dos visados pelo legislador. Os atos administrativos devem procurar atingir as conseqüências que a lei teve em vista quando autorizou a sua prática, sob pena de nulidade. Tratando, por exemplo, de desapropriação, a Carta Constitucional a permite para atender a necessidade ou utilidade pública. Decretada a expropriação de um imóvel no interesse direto de pessoa privada, o ato será invalidado por falta de finalidade legal. Terá havido aí desvio de finalidade, ou seja, o que os franceses chamam de *détournement de pouvoir*."[17]

15 Mello, Rafael Munhoz de. O Desvio de Poder. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, nº 228, abril/jun/2002, p. 47.

16 O nobre mestre ensinava que "somente nos países onde existe o contencioso administrativo ou uma jurisdição administrativa própria e autônoma, seria possível penetrar na apreciação do ato discricionário, ou, em outras palavras, para usar de uma terminologia muito de agrado dos autores alemães, abuso do poder discricionário". (Cavalcanti, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951, vol. VI. p. 160).

17 Fagundes, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941, p. 57.

Embora desde 1940 o Tribunal de Justiça de Pernambuco, em alguns acórdãos, já se pronunciasse no sentido de reconhecer o desvio de poder e anular atos administrativos[18], Seabra Fagundes também é apontado como responsável pela adoção da teoria do desvio de poder na jurisprudência pátria. No que pode ser considerado o *nosso caso Lesbats*[19], destaca-se o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte referente à apelação cível 1.422, julgada em 1948. O mestre foi relator e proferiu voto no sentido de que:

> "o ato administrativo (...), apesar de praticado no exercício de legítima competência (...) e de ter objetivo lícito (...), peca por desvio de finalidade, pois longe de visar, como seria de supor, o exclusivo interesse público a um bom serviço de comunicações, o que teve em mira foi cercear a atividade do impetrante favorecendo o seu concorrente".[20]

Em 1965, a Lei nº 4.717, citada anteriormente, veio a consagrar definitivamente o desvio de poder como hipótese de anulação do ato administrativo.

6. Modalidades de Desvio de Poder

Como observamos, há duas hipóteses de caracterização do desvio de poder: quando o ato praticado é de categoria diversa da prevista em lei, ou no caso de não se pretender atingir o interesse público. Na primeira, o interesse visado pode até ser público, mas a regra de competência determinou outra forma de alcançá-lo, diversa da praticada pelo agente.

18 Nesse sentido, acórdão de 18/05/1940 dizia: "Não é interesse público pretender um prefeito local, violando a Constituição, que assegura a liberdade de culto e proíbe a subvenção a qualquer seita religiosa por parte dos poderes públicos, prestigiar os católicos contra os protestantes". (R.T. 129/704). Também a Apelação Cível 34.526, julgada em 22/02/1946 (TJPE, em Revista de Direito Administrativo 9/182). Contudo, em nenhum julgado fez-se referência à expressão *desvio de poder* ou *desvio de finalidade*.

19 No caso brasileiro, a autoridade administrativa fixou os horários em que uma empresa de ônibus poderia operar o transporte de passageiros entre as cidades de Natal e São José de Mipibu de forma contrária ao interesse público e favorecendo a empresa concorrente.

20 TJRN, em *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, nº 14, out/dez/1948, p. 69.

Neste sentido, observa-se a lição de Seabra Fagundes, para quem "não importa que a diferente finalidade com que tenha agido seja lícita. Mesmo moralizada e justa, o ato será invalido, por divergir da orientação legal."[21]

Já a segunda hipótese, em que se pratica ato para atingir interesses particulares, é vício dos mais graves, pois está sendo descumprido princípio básico do Direito Administrativo, que é o da supremacia do interesse público sobre o particular.

Neste caso, faz-se necessário observar a intenção do agente, os *móveis* do ato administrativo. Em outras palavras, seguindo a orientação de Marcello Caetano, "no caso de o fim de interesse público ser preterido completamente em proveito privado, é essencial o dolo".[22]

7. A Prova no Desvio de Poder

Por decorrer da intenção viciada do agente, em geral no uso de poder discricionário, torna-se bastante difícil a prova do desvio de finalidade, dado o caráter subjetivo que levou à prática do ato. Como ensina Rafael Munhoz de Mello, "em tais casos, é preciso analisar o móvel do agente, tarefa árdua porque quanto mais grave for o desvio, mais dissimulado será o agente".[23]

Da mesma forma, José Cretella Júnior afirma que:

> "como sintomas denunciadores de uma moléstia insidiosa, que causa transtornos ao paciente,mas que resistem aos esforços do especialista para a elaboração do diagnóstico que revele a natureza do mal, a prova do desvio de poder desafia a argúcia de todo aquele que pretenda surpreendê-la, mascarando-se de maneira sutil e escapando, não raro, à apreensão objetiva".[24]

A prova torna-se mais difícil diante da presunção de legitimidade que gozam todos os atos administrativos. Portanto, cabe a quem alega provar o vício que macula o ato, o que, diante da posição natural de inferioridade do administrado em relação à Administração, exige ainda mais esforço.

21 Fagundes, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 90.
22 Caetano, Marcello. *Op. cit.* p. 466.
23 Mello, Rafael Munhoz de. *Op. cit.*, p. 59.
24 Cretella Júnior, José. *Op. cit.*, p. 100.

Assim, em função da extrema dificuldade de se obter provas de desvio de poder, deve-se observar alguns indícios, *sintomas*, que José Cretella Júnior define como "qualquer traço, interno ou externo, direto indireto ou circunstancial que revele a 'distorção' da vontade do agente público ao editar o ato, praticando-o não por motivo ou interesse público, mas por motivo privado".[25]

Os sintomas seriam, por exemplo, a *motivação excessiva, insuficiente, deficiente, inexistente ou contraditória*[26]; a *ilogicidade manifesta* do ato ou a sua contradição com outros anteriores ou posteriores. O tratamento diferenciado de casos idênticos também é indício dos mais contundentes da ocorrência de desvio de poder, uma vez que o agente mostra-se discriminando alguém, seja prejudicando ou favorecendo-o.

Salienta Rafael Munhoz de Mello que:

> "o papel do magistrado no controle do desvio de finalidade, e em especial no tocante à produção da prova do vício, não pode ser o de mero espectador (...). O processo judicial tem funções próprias – sociais, jurídicas e políticas –, que não são condizentes com a figura de um simples árbitro desinteressado. Quando mais em casos como o do desvio de finalidade, que representa uma odiosa arbitrariedade que afronta os princípios mais basilares de nosso ordenamento jurídico".[27]

O problema maior que se apresenta na prova do desvio de poder é a identificação do interesse público, que deve ser a finalidade do ato e de toda a atividade administrativa, conceito indeterminado que deve ser contextualizado para sua real compreensão, não podendo ser definido de forma objetiva.

8. Conclusão

Após todo o exposto, percebe-se que a teoria do desvio de poder presta grande contribuição no controle da atividade administrativa, devendo ser aplicada tanto pela própria Administração como também pelo Judiciário, na anulação dos atos em que se verifique o vício.

25 Idem, p. 106.

26 A respeito, José Cretella Júnior afirma: "Não convencido da autenticidade do ato, como que temendo a força da opinião pública, procura defender-se 'a priori', justificando em demasia a medida editada." (Idem, p. 110).

27 Mello, Rafael Munhoz de. *Op. cit.*, p. 62.

Mostrou-se que existe no Brasil embasamento jurisprudencial e legislativo à aplicação da teoria do desvio de poder e é de se lamentar que sejam raros os atos administrativos invalidados por força de tal vício, não obstante seja prática corrente na vida administrativa brasileira a inobservância da finalidade legal no exercício das competências administrativas.

9. Bibliografia

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970, Tomo I.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951, vol. VI.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Anulação de ato administrativo por desvio de poder*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. *Do desvio de poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

_____. _____. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

MEDAUAR, Odete. Parecer: desvio de poder. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, nº 228, abril/jun/2002, p. 338-346.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Rafael Munhoz de. O desvio de poder. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, nº 228, abril/jun/2002, p. 31-66.

TÁCITO, Caio. *Desvio de poder em matéria administrativa*. Rio de Janeiro: [s. n.], 1951.

_____. Desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, nº 188, abr/jun/1992, p. 1-13.

PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE COMO LIMITE À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Gabriela Tavares Miranda Maciel
(Aluna do 7º período da Graduação em Direito da UFPE, Pesquisadora do PIBIC/CNPq, ex-monitora de Introdução ao Estudo do Direito II)

Sumário: Introdução: discricionariedade x vinculação; 1. Graus de discricionariedade; 2. Razoabilidade: conceito e parâmetros; 3. Discricionariedade administrativa vinculada ao razoável; 4. Conclusões; 5. Bibliografia.

Introdução: discricionariedade x vinculação

Para que o Estado, por meio da Administração Pública, possa desempenhar suas atribuições, a lei lhe confere uma série de poderes e prerrogativas. Entretanto, a fim de evitar possíveis abusos e arbitrariedades, há limites impostos pela própria legislação. E é exatamente quanto ao alcance do regramento da atividade administrativa que se distingue o ato vinculado do discricionário.

Maria Sylvia Di Pietro, de forma bastante didática, afirma que a vinculação existe quando o regramento atingir os diversos aspectos de uma certa atividade, não deixando a lei opções ao administrador. Ato discricionário, por sua vez, ocorrerá quando o regramento não abrange todas as facetas da ação administrativa, deixando certa margem de liberdade ao administrador, diante do caso concreto[1].

Com muita propriedade, Celso Antônio Bandeira de Melo ressalta que "não há ato propriamente discricionário, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos"[2]. Esta afirmativa é de grande pertinência

1 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 196.
2 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 383.

quando se observa que nenhum ato será totalmente discricionário, posto que ao menos a finalidade e a competência vincularão o ato, porque só é permitida a prática de certo ato a quem a lei conferiu a competência.

Quanto à finalidade, é prudente mencionar que há de se fazer uma distinção entre a finalidade em sentido amplo (correspondente ao interesse público), que é passível de discricionariedade, posto que a lei a ela se refere fazendo uso de expressões vagas e imprecisas (denominadas de conceitos jurídicos indeterminados), e finalidade em sentido estrito (relativa ao resultado específico que decorre da lei para cada ato administrativo), sendo vinculada, pois a lei não pode ser contrariada ao prever um fim específico para determinado ato administrativo[3].

Justifica-se a existência da discricionariedade, por motivos de ordem jurídica e de ordem prática. Juridicamente, diz-se ser necessária a discricionariedade para que se torne possível a aplicação de normas superiores. Sob a ótica da praticidade, tem-se a impossibilidade do legislador de prever todas as situações que o administrador terá que enfrentar. Evita-se o automatismo, permitindo uma flexibilização para atender a necessidades coletivas, as quais não podem esperar pelo moroso processo legislativo.

Diante do exposto pode-se, finalmente, estabelecer que discricionariedade é "a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal"[4].

1. Graus de discricionariedade

Pode haver discricionariedade do ato administrativo quanto: ao momento; à forma; ao motivo; à finalidade; e ao objeto do ato. Note-se que a margem a ser deixada pela lei para a atuação do administrador poderá ser quanto a um, alguns ou a todos desses aspectos, sendo maior ou menor a liberdade conferida conforme a sua quantidade. Entretanto, é no motivo e no conteúdo do ato que com mais freqüência se observa a discricionariedade.

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 199.

4 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 385

O motivo será discricionário quando a lei não o definir, ou quando definir de maneira imprecisa, por meio de expressões vagas (os chamados conceitos jurídicos interminados). Por outro lado, diz-se que o conteúdo é discricionário quando houver vários objetos possíveis a atingir o fim estabelecido.

Outro ponto de demasiada importância é o exame do caso concreto, pois a existência de norma que outorgue liberdade à Administração é requisito indispensável, mas não suficiente, para concluir que há previsão de discricionariedade.

Em consonância com a doutrina de Celso Antônio, no âmbito da discricionariedade há uma zona de certeza positiva, uma zona circundante, e uma zona de certeza negativa[5], ou seja, há uma esfera em que não restará dúvidas quanto ao cabimento de determinada atitude por parte da Administração Pública, porque manifestamente adequada para o alcance do interesse público; há medidas claramente contrárias ao interesse a que é proposta; e há uma zona intermediária de incerteza, onde as dúvidas não poderão ser eliminadas objetivamente.

Destarte, haverá medidas que serão manifestamente contrárias ao interesse publico; e outras, manifestamente de acordo com o interesse social. Entre esses dois extremos há uma fase intermediária daquelas medidas nas quais não se possa perceber, de maneira manifesta, a adequação ou inadequação.

Nas situações extremadas, na verdade não há discricionariedade posto que não cabe ao administrador que não a conduta que seja conforme o interesse público tutelado na lei. Por outro lado, nas zonas intermediárias, poder-se-ia dizer que haveria a discrição, na medida em que seria difícil estabelecer a conduta manifestamente concorde com a finalidade legal. Entretanto, parte da doutrina, considera que mesmo nessas hipóteses não haveria a faculdade ao agente público de agir segundo seus livres critérios de conveniência e oportunidade, pois por meio de um trabalho de interpretação seria possível chegar a uma única solução adequada.

Essa teoria tão restritiva da discricionariedade administrativa não tem grande aceitabilidade na doutrina. Decorrência, inclusive, de sua própria inconsistência na idéia, já ultrapassada, de que seria possível chegar a uma única interpretação correta ou que possa levar a apenas uma solução

[5] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 388.

possível a ser tomada pelo administrador. Diz-se ultrapassada, porque, de forma quase unânime na doutrina, há o entendimento de que as expressões e os vocábulos são passíveis de diversas interpretações, mesmo quando pareçam clarividentes.[6]

A inclinação atual é aceitar o princípio da razoabilidade como limite à discricionariedade administrativa.

2. Razoabilidade: conceito e parâmetros

De início vale destacar que o princípio da razoabilidade não está previsto expressamente no texto constitucional. No entanto, esse fato não altera em nada sua importância e obrigatoriedade, até porque as Constituições anteriores não mencionavam os princípios que atualmente estão previstos no art. 37 da Carta Magna de 1988, muito embora já fossem reconhecidos pela doutrina e jurisprudência.[7]

Não obstante a omissão constitucional, a Lei Federal nº 9.794/99, que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito federal, alude expressamente a tal princípio em seu art. 2º.

Em verdade, a razoabilidade apesar de pretender limitar o ato discricionário a fim de que seja obedecida a finalidade legal, constitui em si própria um conceito indeterminado, já que faltam critérios objetivos para determinar o razoável e o irrazoável.

Entre os doutrinadores há os que interligam a razoabilidade ao devido processo legal e ao princípio da igualdade; e outros ao da proporcionalidade dos meios aos fins. Contudo, o resultado pretendido é o mesmo: desejam a compatibilidade entre as medidas impostas e os fins objetivados e previstos nas normas jurídicas.

A discrição administrativa representa, justamente, a esfera de liberdade dada ao administrador para que escolha a alternativa mais oportuna e conveniente, ou seja, a mais razoável diante do caso concreto.

Por outro lado, em todo ato irrazoável, há um excesso de competência, porque o agente administrativo ultrapassou os limites de seus atributos, uma vez que extrapolou o necessário para bem cumprir o prescrito pela lei.

---

6 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 33 e s.

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 174.

Exemplo do reconhecimento do princípio da razoabilidade pelos nossos tribunais são as Súmulas do STF que proíbem a atividade administrativa sancionatória desarrazoada:

> "Súmula 70. É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo."

> "Súmula 323. É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos."

> "Súmula 547. Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais."

A irrazoabilidade que as citadas súmulas visam evitar é a desproporção entre o meio de coação e o fim proposto, de modo que sanções do poder de polícia não tornem inviável o exercício do direito fundamental da liberdade de profissão. Assim, a razoabilidade no uso das sanções deve ser preservado, devendo o Judiciário decretar a ilegalidade e inconstitucionalidade em caso de exacerbação na aplicação de punições.

3. Discricionariedade administrativa vinculada ao razoável

Enquanto que ao ato vinculado resta apenas o controle da legalidade, por estar todos os seus elementos definidos em lei, o ato discricionário pode ser analisado quanto à legalidade e quanto ao mérito.

De início é bom deixar claro que a legalidade refere-se à conformidade do ato ao previsto legalmente; e o mérito relaciona-se com a oportunidade e a conveniência em razão do interesse público a ser atingido. Esta diferenciação tem grande valor quanto ao controle a ser exercido pelo Poder Judiciário, pois, a rigor, o magistrado só poderá julgar quanto ao cumprimento da legalidade do ato administrativo.

Diante da necessidade de um maior controle dos atos da Administração Pública, a doutrina tem elaborado uma série de teorias dentre as quais cabe destacar algumas com maior relevância:

Teoria do desvio de poder ou do desvio de finalidade. Quando o administrador utiliza-se do poder discricionário para chegar a fim diverso do fixado em lei, o Judiciário estaria autorizado a declarar a nulidade do ato.

Teoria dos motivos determinantes. Os motivos indicados pela Administração somente serão válidos quando verdadeiros. Dessa forma, o Judiciário poderá examinar os pressupostos de fato e as provas a fim de verificar a real existência dos motivos mencionados pelo administrador.

Mesmo nas hipóteses de estrita discricionariedade, o administrador está restrito ainda à razoabilidade, posto que a valoração subjetiva do conveniente e oportuno deverá ser realizada dentro do razoável, isto é, em correspondência com aquilo que o senso comum, o "homem médio", entende por aceitável. Note-se que não cabe ao magistrado substituir sua vontade à do administrador, o que deve ser invalidado são os atos que atentem manifestamente contra o interesse público.

Há uma certa tendência doutrinária e jurisprudencial em ampliar o campo de apreciação do Judiciário sobre os atos administrativos. Entretanto, não se deseja violar a liberdade conferida por lei ao administrador, mas apenas impedir arbitrariedades, disfarçadas de atitudes discricionárias. Tal inclinação é destacada e louvada por Cândido Dinamarco em sua Execução Civil, que embora no âmbito do Direito Processual faz feliz comentário que merece transcrição:

"De muita atualidade por esse aspecto é o tema da incensurabilidade do mérito do ato administrativo em via jurisdicional, que em termos processuais se traduz em quesito sobre a possibilidade jurídica. segundo o posicionamento tradicional, chocar-se-ia insuportavelmente com o princípio de independência entre os 'Poderes' do Estado a intromissão de um deles nos critérios de oportunidade e conveniência dos negócios do outro (apenas as causas de nulidade do ato é que podem ser examinadas pelo Judiciário, diz a Súmula 473, STF). Nesse caso e por essa razão, inexistiria no ordenamento jurídico qualquer remédio jurisdicional para pôr cobro a situações criadas pelo ato administrativo, sendo então inadmissível o provimento pretendido, mesmo em tese (o que constitui fonte de injustiças).

Felizmente, os tribunais brasileiros vêm mitigando esse dogma, o que fazem, v.g., ao pronunciar-se sobres penalidades impostas em via administrativa a funcionários: quando passam ao exame da prova, substituindo pelo seu próprio poder de livre convencimento a apreciação antes feita pelo administrador, eles estão também substituindo a discricionariedade destes pela sua. Isso constitui auspiciosa abertura ao acesso à ordem jurídica justa.

Também o exame da lesão pela via da ação popular abre caminho para a censura judiciária do mérito de atos administrativos."[8]

8 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil.* 7 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 383-384.

É praticamente pacífico na doutrina que o princípio da razoabilidade traduz-se em uma das tentativas de por limites à discricionariedade administrativa. Pode ser verificado no art. 2°, parágrafo único, alínea d da Lei n° 4.717, de 29-6-65, que dispõe sobre a ação popular, a possibilidade de impetração desta modalidade de ação, quando inexistente o motivo do ato administrativo, ocorrendo tal inexistência quando a matéria de fato ou de direito em que se fundamenta o ato é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido, ou seja, quando desarrazoada.

O fato de a norma conferir certa margem de liberdade para que o administrador atue segundo critérios de conveniência e oportunidade não significa outorga de poder para agir de acordo com suas vontades particulares e desejos íntimos. A liberdade concedida ao agente público muitas vezes se reduz diante do caso concreto, de maneira que em algumas situações os fatos permitem apenas uma solução compatível com o interesse público e a finalidade legal. E se a decisão é manifestamente inadequada para atender à finalidade legal, a Administração terá violado os limites da discricionariedade. Daí defender-se que as condutas desarrazoadas serão jurisdicionalmente invalidáveis, e não apenas inconvenientes, podendo o Judiciário corrigir a ilegalidade.

Gordillo delimitou os principais casos em que se verifica quando uma decisão administrativa, não obstante não transgrida nenhuma norma concreta, é ilegítima porque "irrazoável":

> "não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam; ou não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se deseja alcançar"[9].

Pode-se acrescentar, ainda, ao elenco proposto por Gordillo, a medida arbitrária, isto é, adotada por capricho, segundo interesses particulares. Outro caso refere-se à atuação administrativa sem correlação com a finalidade pretendida pela norma reguladora. Por fim, há a situação de mais difícil observação da irrazoabilidade, qual seja: as hipóteses em que

[9] GORDILLO, Agustín A. *Princípios Gerais de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 183-184.

a Administração atua discricionariamente e de forma contrária ao senso comum e ao interesse público, fazendo uso dos conceitos jurídicos indeterminados.

Uma conduta desarrazoada não pode estar em conformidade com a finalidade da lei. Dessa forma, a conduta administrativa que não observar o princípio da razoabilidade estará desrespeitando, também, o princípio da finalidade, com respaldo constitucional no art. 37 da Carta Magna de 1988.[10]

A apreciação judicial baseada na violação do princípio da razoabilidade não invade o mérito do ato administrativo, porque a liberdade conferida ao administrador dá-se nos limites da lei, dentro das possibilidades previstas por ela. Portanto, uma atitude desarrazoada é ilegal, pois não pode ser considerada como abarcada pela legislação tendo em vista que desorbita dos limites nela admitidos.

4. Conclusões

O fundamento básico do Estado Democrático de Direito consiste no princípio da igualdade, que se aplica da mesma forma ao indivíduo e à Administração Pública. "A concepção de superioridade e verticalidade é reflexo da teoria autoritária. Como a Administração também se sujeita à Constituição e à lei (princípio da legalidade), aplica-se-lhe, por via de conseqüência, o princípio da isonomia"[11].

Assim, as prerrogativas, e em especial a discricionariedade, não são um atributo natural da Administração, devendo ser empregadas quando presentes certos requisitos, em vistas de um interesse público objetivo. O princípio da Razoabilidade corresponde a essa idéia, posto que em não

10 Nesse sentido é o doutrinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello ao afirmar que "**um ato administrativo afrontoso à razoabilidade não é apenas censurável perante a Ciência da Administração. É também inválido, pois não se poderia considerá-lo confortado pela finalidade legal**. Por ser inválido, é cabível sua fulminação pelo Poder Judiciário a requerimento dos interessados. Não haverá nisto invasão do 'mérito' do ato, isto é, do campo da discricionariedade administrativa, pois discrição é margem de liberdade para atender o sentido da lei e em seu sentido não se consideram abrigadas intelecções induvidosamente desarrazoadas, ao menos quando comportar outro entendimento" (grifos nossos). *In*: *Curso de Direito Administrativo*. 13 ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2001, p. 39.

11 MOREIRA, João Batista Gomes. *Princípio Constitucional da Eficiência da Administração Pública. Emenda Constitucional 19/98. Repercussão na teoria do Direito Administrativo*. Cartilha Jurídica. Brasília: [s. n.], n. 64, mar., 1999, p. 31.

havendo correlação adequada entre as medidas adotadas pelo Administrador e o fim a que deve ser proposto o ato, configurando-se a irrazoabilidade, o emprego de prerrogativa pela Administração é inconstitucional – na medida em que fere também o princípio da finalidade – e passível de apreciação e anulação pelo Judiciário.

5. Bibliografia

COSTA, Regina Helena. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa. *Justitia*. São Paulo: Ministério Público Estadual, a. 51, v. 145, jan./mar., 1989, p. 34-54.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Dicricionariedade Adminstrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

GORDILLO, Agustín A. *Princípios Gerais de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MOREIRA, João Batista Gomes. *Princípio Constitucional da Eficiência da Administração Pública. Emenda Constitucional 19/98. Repercussão na teoria do Direito Administrativo*. Cartilha Jurídica. Brasília: [s. n.], n. 64, mar., 1999.

SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discricionariedad Administrativa*. Madrid: Editorial Civitas, 1976.

SILVA, Almiro do Couto e. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 179, p. 51-67, jan./jun., 1990.

ADMISSIBILIDADE JURÍDICA DOS CONTRATOS VERBAIS DE CONCESSÃO COMERCIAL

Victor Epitácio Cravo Teixeira
(Aluno do 8º período da Faculdade de Direito do Recife – ex-pesquisador bolsista do CNPq).

Sumário: 1. Introdução. 2. Contrato Verbal como Objeto de Prova. 3. Atipicidade dos variados Contratos de Concessão Comercial. 3.1. Teoria Geral dos Contratos e a Lei dos Representantes Comerciais. 3.2. Inaplicabilidade da Lei das Concessões de Veículos. 4. Reconhecimento Jurisprudencial e Doutrinário. 5. Conclusão.

1. Introdução

Em ligeiros traços, inobstante bem definidos, serão ora dados os contornos jurídicos da relação contratual de concessão comercial, também impropriamente chamada distribuição comercial, firmada verbalmente, conforme é o modo mais largamente difundido de sua pactuação. Assim é porque a espécie contratual ora sob exame é marcada pela hipossuficiência do concessionário frente ao poderio econômico ostentado pelo produtor, caracterizando evidente contrato de adesão.

Mais que simples enfrentamento de forças desiguais, existe no contrato de concessão um verdadeiro controle societário externo, sob a égide do poder contratual, do produtor em face do concessionário. A sociedade controladora assume exclusivamente as funções de comando de outras empresas fornecedoras de componentes ou matérias-primas, fabricantes de produtos acabados ou concessionárias em diferentes mercados nacionais. É uma *holding* pura, despida de participação no capital das controladas.[1]

[1] SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial, as condutas.* Ed. Malheiros. São Paulo: 2003, p. 18.

Desse modo é que, segundo o interesse do produtor, as partes avençam, verbalmente, obrigações e deveres recíprocos, que, de um lado, impõem ao produtor o atendimento zeloso dos pedidos formulados, a serem comprados pelo concessionário, para posterior revenda, da qual esse aufere o respectivo lucro, tudo sob o signo da exclusividade dentro de área determinada. Além desses deveres, outros são imputados ao concessionário, tais quais a imposição de quotas de aquisição de produtos, indicação do preço de revenda, sujeição a estratégias e a fiscalização do produtor, e exigência de garantia contratual, apenas a título exemplificativo.

Todavia, o intuito do presente estudo, a despeito dos inúmeros interessantes temas correlatos, limita-se a aferir a admissibilidade jurídica, segundo o ordenamento pátrio, dos contratos verbais de concessão, regidos que são pela teoria geral dos contratos, uma vez que inexistente regulamentação específica, em lei, da matéria, como se passa a analisar.

2. Contrato Verbal como Objeto de Prova

Em vista do conteúdo de fato geralmente comportado no bojo dos contratos de concessão em xeque, constata-se que não existe nenhum tipo contratual legislado que se encaixe perfeitamente à realidade com que se então depara. Contudo, não é porque não haja previsão expressa da lei que se torna a avença analisada de impossível existência e sem conseqüências jurídicas.

O Direito Comercial, ou Empresarial – como bem queiram –, é um ramo que nasce do tronco pertencente ao Direito Privado, em cujo caule voga a antiga e verdadeira máxima de que aquilo que não é proibido é permitido. Trata-se do princípio da legalidade enxergado sob o ângulo do comprometimento negativo, segundo conceituam os teóricos. Tudo para chegar à conclusão de que o contrato, privilegiando o princípio da autonomia da iniciativa privada, pode pactuar tudo quando não seja ilícito, imoral ou impossível.

Tem-se, pois, que o contrato de que se fala é atípico, por não possuir sua estrutura legalmente definida, e dependem exclusivamente da vontade das partes para assentar os direitos e obrigações deles decorrentes, consoante bem define Arnoldo Wald, que conclui: "A tendência do direito se manifesta no sentido de permitir às partes a criação de número ilimitado de

contratos atípicos ou inominados que somente se regulam pelos princípios gerais referentes aos contratos e, supletivamente, por normas jurídicas referentes a algum contrato típico análogo."[2]

Como bem se vê, não há legislação específica a tecer um pano de fundo predeterminado ao contrato de concessão enfocado. Deve ele ser regido, pois, pelos princípios contratuais genéricos, a começar pelo seu meio de prova, o qual é concebido mediante todos os meios em direito admitidos, mormente os consignados no art. 122 do revogado Código Comercial Brasileiro, ainda vigente à época da celebração: 1) por escrituras públicas; 2) por escritos particulares; 3) pelas notas dos corretores e por certidões extraídas de seus protocolos; 4) por correspondência epistolar; 5) pelos livros dos comerciantes; 6) por testemunhas; ou os prescritos no art. 212 do atual Código Civil: 1) confissão; 2) documento; 3) testemunha; 4) presunção; 6) perícia.

O princípio é assentado na liberdade de forma, desligado o direito contratual moderno do formalismo antigo, a questão da prova liga-se estreitamente à questão da forma, e é sempre questão de fato, de acordo com as lições sempre pertinentes de Waldirio Bulgarelli.[3] Ademais, o tema é também coroado pelo Direito Processual, que dispõe, em seu art. 332:

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

Desse modo, observa-se que o contrato verbal de concessão com exclusividade pode ser provado mediante quaisquer meios. A forma não é elemento essencial dos contratos, não pelo menos, no sentido de obrigatoriedade de um documento escrito para a validade do pacto.

Com efeito, para a perfeição do contrato é necessária, tão-somente, a presença de seus requisitos essenciais: as partes celebrantes devem ser capazes; devem estar em uma relação com o objeto que as legitime para sobre ele dispor; e não pode ser o objeto da disposição um fim ilícito. Por outro lado, as manifestações de vontade precisam comunicar-se, enredando o consentimento.

---

2 WALD, Arnoldo. *Direito das Obrigações: Teoria Geral das Obrigações e Contratos Mercantis*. 15ª Edição, Ed. Malheiros. São Paulo: 2001, p. 218.

3 BULGARELLI, Waldirio: *Contratos Mercantis*. 12ª Edição, Ed. Atlas. São Paulo: 2000, p. 146.

A forma vem a ser a exteriorização do ato, o veículo de comunicação da vontade com o mundo exterior. Na feliz imagem de Washington de Barros Monteiro, tomada emprestada de Carnelutti, "a causa e a forma são os dois pólos do ato, através dos quais se estabelece o circuito da vontade".[4]

A forma escrita, nesse sentido, é apenas *uma* maneira de se evidenciar o acordo de vontades, não a única. Somente nos atos para os quais a lei expressamente prescreve uma determinada forma (a escrita, o instrumento público *etc.*) é que esta passa a ser cogente, sob pena de nulidade do ato.

Anote-se o que dispõem o art. 107, do novo Código Civil:

> Art. 107. A validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir (art. 82).

A doutrina do mestre Vicente Ráo é perfeita para ilustrar o que aqui se quer demonstrar:

> "A vontade, reiteradamente dissemos, só adquire relevância jurídica, só penetra a esfera do direito, quando assume uma forma exterior, isto é, quando se manifesta, ou declara.
> Comumente, a vontade se declara por meio de palavras, isto é, ora por meio de termos isolados como *sim* ou *não*, que exprimem um juízo interior (de assentimento, ou recusa), ora sob a forma lógica de proposições, simples ou compostas, positivas ou negativas, singulares ou múltiplas, principais ou acessórias, entre si lógica e juridicamente coordenadas quando várias, formando o conteúdo do ato que efeitos jurídicos produz seja por força direta da lei, seja por força da própria vontade em virtude de atribuição legal. Comum, mas não exclusivamente, pois a vontade pode exteriorizar-se através de sinais mímicos, ou atitudes e comportamentos voluntários exteriores, ativos ou omissivos, de modo tácito e, mesmo, através do silêncio cercado de determinadas circunstâncias, bem assim de modo implícito quando uma declaração de outra resulta.
> Todas essas são, pois, formas de manifestação ou declaração da vontade, ou meios sensíveis mediante os quais ela ultrapassa os limites de seu campo puramente interno, para se revelar ao mundo exterior, transmitindo-se, comunicando-se a outrem, ou fazendo-se conheci-

4 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 33ª ed, Saraiva. São Paulo, 1995, v. 1, p. 175.

da por terceiros em geral. E é assim que a forma, conferindo existência à vontade, existência também confere ao ato jurídico, pois o ato jurídico se constitui e compõe pela exteriorização da vontade dos agentes ou partes, observados os demais requisitos, isto é, os seus pressupostos e os outros elementos essenciais que a lei exige."[5]

Caio Mário da Silva Pereira também afirma a desimportância do aspecto formal, quando não há disposição de lei expressamente prescrevendo forma específica:

"O elemento formal no direito do contrato não tem importância senão em linha de exceção. Normalmente as convenções se concluem pelo simples acordo de vontades, independentemente de qualquer materialidade que estes revistam. Os contratantes exprimem-se oralmente e assim se vinculam em numerosos atos negociais"[6].

Assoma-se inteiramente irrelevante a circunstância de não haver instrumento escrito do negócio ajustado entre as partes. As cláusulas nele inseridas obrigam as partes tanto quanto se escritas estivessem. Essa é a conclusão que se erige da análise dos dispositivos legais pertinentes.

3. Atipicidade dos variados Contratos de Concessão Comercial

3.1. Teoria Geral dos Contratos e a Lei dos Representantes Comerciais

De volta ao exame da metodologia de interpretação do contrato, a Lei de Introdução do Código Civil dá as bases da hermenêutica recomendada:

Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Ocorre que, no caso em espécie, as normas gerais disciplinadoras dos contratos, predestinadas ao preenchimento de possíveis lacunas, devem incidir imediatamente sobre as avenças atípicas, para, em seguida, ter lugar o emprego analógico.

5 RÁO, Vicente. *Ato Jurídico*. 3ª ed, Revista dos Tribunais. São Paulo: 1994, pp. 147-148.
6 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Forense. Rio de Janeiro: 1992, pp. 23-24.

Sendo assim, afora os princípios gerais, somente à guisa de suplemento é que se admite o emprego de legislação análoga. Nesse caso, o tipo contratual que mais se aproxima do pacto inominado em foco é o de Representação Comercial, consignado na Lei n.º 4886/65. Cumpre alertar, novamente, que tal norma positiva não pode ser utilizada como parâmetro fiel à regulamentação dos contratos atípicos de concessão, posto tratar esse dispositivo legal de relação diversa, à qual impõe uma série de restrições somente a ela atinentes.

Dessa forma, mantida a devida reserva, percebe-se que, ainda assim, caso tomado como legislação análoga, a Lei dos Contratos de Representação Comercial permite a sua pactuação verbal, ao prever, em seu art. 27, forma outra de celebração que não a escrita:

> Art. 27. Do contrato de representação comercial, quando celebrado por escrito, além dos elementos comuns e outros, a juízo dos interessados, constarão, obrigatoriamente:
> (...)

Poder-se-ia aduzir que tal Lei impõe restrições quanto à prova do caráter de exclusividade, porém, numa análise apenas um pouco mais atenta, fica claro que o parágrafo único de seu art. 31 tão-somente afirma que tal condição não se presume, fato que não impede a sua prova, por outros meios legais:

> Art. 31. Prevendo o contrato de representação a exclusividade de zona ou zonas, fará jus o representante à comissão pelos negócios aí realizados, ainda que diretamente pelo representado ou por intermédio de terceiros.
> Parágrafo único. A exclusividade de zona ou representações não se presume, na ausência de ajuste expresso.

Por outras palavras, se o ajuste é tácito (*rectius*: não escrito), a prova da exclusividade é perfeitamente possível, tanto de direito quanto de fato. Nenhuma lei proíbe a prova desse caráter exclusivo, nem a realidade impõe restrições à sua comprovação ao mundo jurídico. A esse respeito, todavia, mister se mostra abrir curtos parênteses.

Não obstante viável a prova da exclusividade do contrato de concessão comercial, não é difícil perceber que ela é pragmaticamente inconcebi-

vel de ser realizada pelo concessionário. É humanamente impossível ao detentor da exclusividade fazer prova de que nenhum dentre os incontáveis comerciantes da região prevista pelo acordo se abstém de contratar com a produtora, em virtude da proclamada exclusividade. Tal é o que os juristas vulgarmente chamam de *prova maligna* ou *diabólica*, vez que irrealizável por quem a alega, mas exeqüível por quem a contesta.

Por outro lado, fácil é concluir que à produtora semelhante incumbência seria tarefa das mais simples. Bastar-lhe-ia apresentar um punhado de notas fiscais de compra e venda mercantil empreendidas com outros comerciantes, na mesma área de exclusividade, ao tempo em que o contrato deveria estar sendo cumprido. Sobre essa matéria trata o civilista José de Aguiar Dias:

> "Os autores mais intransigentes na manutenção da teoria da doutrina da culpa, são unânimes na admissão do recurso à inversão da prova, como fórmula de assegurar ao autor as probabilidades de bom êxito que de outra forma lhe fugiriam totalmente em muitos casos. Daí decorrem as presunções de culpa e de causalidade estabelecidas em favor da vítima: com esse caráter, só pela vítima podem ser invocados."[7]

E de igual trato da matéria é a jurisprudência, refletida nos acórdãos que seguem:

> EMENTA: DUPLICATA. AUSÊNCIA DE PROVA DA CONCRETIZAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO SUBJACENTE. ÔNUS DA RE. VEDAÇÃO A 'PROVA DIABÓLICA'. APELO PROVIDO. TJRS - APELAÇÃO CÍVEL Nº 70001510643, DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: MÁRIO JOSÉ GOMES PEREIRA, JULGADO EM 26/03/2002

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. CONTRATOS BANCÁRIOS. COMPROVAÇÃO DA RESISTÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EM EXIBIR OS DOCUMENTOS. DESNECESSIDADE. INEXISTÊNCIA DE PROVA POR PARTE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DA ENTERGA DOS CON-

[7] DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 10ª ed., Forense. Rio de Janeiro: 1995, v. 1, p. 91.

TRATOS. ÔNUS PROBANDI. INCABÍVEL EXIGIR QUE A PARTE DEMANDANTE PROVE NÃO POSSUIR OS CONTRATOS QUE POSTULA A EXIBIÇÃO, POIS TAL DETERMINAÇÃO CONSTITUIR-SE-IA EM PROVA IMPOSSÍVEL, NEGATIVA OU, COMO PREFEREM ALGUNS, "PROCA DIABÓLICA". SE A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DEMANDADA ALEGA TER ENTREGUE CÓPIA DOS CONTRATOS AOS DEMANDANTES, INCUMBE-LHE O ÔNUS DE COMPROVAR TAL ASSERTIVA, NOS TERMOS DO ART. 333, INCISO II, DO CPC. ASSISTE AOS CLIENTES O DIREITO EM OBTER CÓPIAS DOS CONTRATOS E OUTROS DOCUMENTOS QUE FIRMARAM COM AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, POIS QUE COMUNS A AMBOS OS CONTARTANTES. IMPROVERAM O APELO.
TJRS - APELAÇÃO CÍVEL Nº 70002980662, DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: MATILDE CHABAR MAIA, JULGADO EM 25/10/2001.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO BANCÁRIO. AÇÃO REVISIONAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE. CLÁUSULAS ABUSIVAS. ÔNUS PROBATÓRIO. AINDA QUE PROCEDIDA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, INCABÍVEL A DETERMINAÇÃO AO REU PARA QUE PRODUZA A PROVA DE FATO NEGATIVO OU PROVA DIABÓLICA. (...) DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. (12 FLS).
TJRS - APELAÇÃO CÍVEL Nº 70002557015, DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: MATILDE CHABAR MAIA, JULGADO EM 25/10/2001.

3.2. Inaplicabilidade da Lei das Concessões de Veículos

Fechados os parênteses, torna-se a tratar da aplicação analógica de outros contratos típicos. Pois bem, ao lado da Lei dos Contratos de Representação Comercial, existe uma outra, a Lei n.º 6.729/79, que "*dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre*", a qual as produtoras eventualmente forcejam para servir de régua ao contrato sob exame, com o fim específico de invocar a regra de seu art. 20, que impõe a forma escrita para essa classe de contratos.

Esforço algum se revela, contudo, a expurgar semelhante pretensão. Parecem ignorar as produtoras que grande parte da doutrina e a inteireza da jurisprudência tomam a Lei das Concessões de Veículos como inservível

paradigma para todos os demais contratos de concessão comercial com exclusividade. Em verdade, a concessão, em tal diploma legal, foi restrita, salvo poucas exceções, a revendas diretas ao consumidor de automóveis, afora o fato de esse tipo de contrato envolver obrigações extras ao concessionário, as quais não se observam no caso vertente, como prestar manutenção aos consumidores, fornecer peças sobressalentes, entre outras.

Todavia, o obstáculo ao uso dessa modalidade de contrato em analogia aos demais acordos de concessão comercial com exclusividade está na larga redução da autonomia da vontade impingida aos concessionários daquele primeiro acordo típico. A Teoria Geral do Direito ordena que não cabe o emprego de analogia baseado em paradigmas cujos comandos sejam sobremaneira especiais a um certo grupo de indivíduos, em lhes limitando demasiadamente a liberdade. Esse é o precedente do STJ, seguido por diversos outros tribunais:

> Ementa CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO RELATIVO A INFORMÁTICA - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ANALOGA DE DISPOSIÇÕES CONTIDAS NA LEI 6.729/79 A ESTABELECER UMA REGULAMENTAÇÃO ESPECIALÍSSIMA PARA AS RELAÇÕES PERTINENTES "A CONCESSÃO COMERCIAL ENTRE PRODUTORES E DISTRIBUIDORES DE VEÍCULOS AUTOMOTORES DE VIA TERRESTRE". TRATA-SE DE DIPLOMA QUE ESTATUI CONJUNTO NORMATIVO PARTICULARMENTE DISTINTO DO DIREITO COMUM, CRIANDO SIGNIFICATIVAS RESTRIÇÕES A AUTONOMIA DA VONTADE, QUE NÃO SE HÃO DE ESTENDER A SITUAÇÕES NELE NÃO PREVISTAS
> STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – 43329 TERCEIRA TURMA - 15/03/1994 - Relator(a) EDUARDO RIBEIRO

> DECISÃO: (...) 2 - CONTRATO DE CONCESSÃO MERCANTIL. SUBESPÉCIE DE CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO. HUMBERTO THEODORO JR. E ADRIANA M. THEODORO DE MELLO (IN, "APONTAMENTOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL NA DENUNCIA DOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO, FRANQUIA E CONCESSÃO COMERCIAL", RT 790/2001, ESCLARECEM QUE "DO PONTO DE VISTA ESTRITAMENTE JURÍDICO, A MELHOR VISÃO DA CONCESSÃO COMERCIAL E A QUE LHE ATRIBUI A NATUREZA DE UM CONTRATO COMPLEXO E ATÍPICO, DE FUNDO MONOPOLÍSTICO PARA CUJA FORMULAÇÃO JURÍDICA SE LANÇA MÃO DE VÁRIOS ELEMENTOS TOMADOS POR EMPRÉSTIMO A OUTROS

CONTRATOS TÍPICOS." INAPLICABILIDADE DA LEI N.. 6.729/79 POR ANALOGIA, UMA VEZ QUE ESTA DIZ RESPEITO EXCLUSIVAMENTE A VENDA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES. "CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO RELATIVO A INFORMÁTICA - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ANALOGICA DE DISPOSIÇÕES CONTIDAS NA LEI N. 6.729/79, A ESTABELECER UMA REGULAMENTAÇÃO ESPECIALÍSSIMA PARA AS RELAÇÕES PERTINENTES. "A CONCESSÃO COMERCIAL ENTRE PRODUTORES E DISTRIBUIDORES DE VEÍCULOS AUTOMOTORES DE VIA TERRESTRE". TRATA-SE DE DIPLOMA QUE ESTATUI CONJUNTO NORMATIVO PARTICULARMENTE DISTINTO DO DIREITO COMUM, CRIANDO SIGNIFICATIVAS RESTRIÇÕES A AUTONOMIA DA VONTADE, QUE NÃO SE HÃO DE ESTENDER A SITUAÇÕES NELE NÃO PREVISTAS." (AGRAG N°. 43.329-3-SP, 3A TURMA, REL. MIN. EDUARDO RIBEIRO).
TJPR - Processo – 110047800 - 4a. CÂMARA CÍVEL Relator: EUGÊNIO ACHILLE GRANDINETTI Data de Julgamento: Julg: 06/11/2002

DECISÃO: ACORDAM OS DESEMBARGADORES INTEGRANTES DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, EM NEGAR PROVIMENTO A APELAÇÃO E CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO ADESIVO E, NESSA PARTE, DAR-LHE PROVIMENTO. EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - RECURSO ADESIVO CONHECIDO PARCIALMENTE E, NESSA PARTE, PROVIDO - SUPOSTA NULIDADE DA SENTENÇA - INAPLICABILIDADE DA LEI N.. 6.729/79 - INDENIZAÇÕES INDEVIDAS - INCOMPATIBILIDADE DE PROCEDIMENTOS - APELO NÃO PROVIDO. 1. MESMO NO CASO DE IMPROCEDÊNCIA INTEGRAL DO PEDIDO, O RÉU TEM INTERESSE PARA INTERPOR RECURSO ADESIVO PARA PLEITEAR MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DOUTRINA. 2. A SENTENÇA NÃO PODE SER CONSIDERADA NULA, POR NÃO ESTAR FUNDAMENTADA EM DISPOSITIVOS LEGAIS MENCIONADOS PELO AUTOR O MAGISTRADO DEVE ATER-SE AOS FATOS, PARA ENTÃO DIZER O DIREITO QUE, EM SEU PRUDENTE ARBÍTRIO, ENTENDER ADEQUADO. 3. A LEI N.. 6.729/79 NÃO SE APLICA AOS CONTRATOS DE REVENDA E DISTRIBUIÇÃO DE BEBIDAS, PORQUE NÃO HÁ ANALOGIA COM A RELAÇÃO COMERCIAL REGULADA POR AQUELE DIPLOMA LEGAL. (...)
TJPR - Processo:-126403300 - CÂMARA CÍVEL Relator:-ANTÔNIO PRADO FILHO Data de Julgamento:-Julg: 24/09/2002

4. Reconhecimento Jurisprudencial e Doutrinário

No mais, em adendo a uma melhor compreensão da natureza jurídica do contrato celebrado entre os contendores, imperioso se afigura expor, como grande achado, excelente parecer de Rubens Requião, suscitado por empresa industrial do Rio de Janeiro, nos idos dos anos 1980, acerca do Contrato de Concessão Comercial Atípica e seus efeitos.

A consulta solicitada pela indústria W.B. Ltda. versa sobre sua rede de concessionários de vendas, com a qual mantinha, por mais de 20 anos, contrato verbal. A queixa da referida empresa carioca consistia na inadimplência contratual de um de seus concessionários – caso inverso do que se discute neste artigo – e conseqüente intenção de lhe denunciar a avença. Em torno dessa questão, Rubens Requião põe-se a dirimir toda a dúvida a respeito do tema:

> "O contrato de concessão comercial, com efeito, pode ser típico ou atípico, no Direito brasileiro. Ele se torna um contrato típico quando o seu objeto é regulado pelos preceitos da Lei n. 6.729, de 28 de novembro de 1979, que "dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre". Os demais contratos de concessão comercial, que acolhem objetos de outras espécies – como distribuição de máquinas, de eletrodomésticos, de produtos cosméticos etc. – não possuem efeitos legislativos próprios. Seguem a disciplina das normas gerais de direito, e, especificamente, das obrigações.
>
> Na espécie, a consulente apresenta caso típico de contrato de concessão comercial, embora sem instrumento escrito, mas cujas regras decorrem de evidentes relações jurídicas válidas e impositivas.
>
> (...)
>
> O contrato de concessão descrito pela consulente é, na verdade, um contrato atípico misto, por isso que é constituído de contrato de distribuição, de contrato de fornecimento, de compra e venda e de contrato de propaganda, todos amalgamados para atingir o fim comum de pôr nas mãos do consumidor, pelo concessionário, os artigos produzidos pela concedente, aqui consulente."[8]

[8] REQUIÃO, Rubens. *Aspectos Modernos de Direito Comercial*. Ed. Saraiva. São Paulo: 1986, v. 3, p. 251.

Em outro trecho, esclarece:

"Entre o concedente e o concessionário, o objetivo final é colocar seguramente o produto ou a mercadoria no mercado, através do elemento básico que é a compra e venda. O concessionário adquire o produto ou a mercadoria por contrato de compra e venda para revendê-lo, distribuindo-o no mercado, amoldando-o a diversas técnicas para aperfeiçoar a operação."

Mais adiante, dentre diversos juristas franceses, faz uso de citação de Champaud, cuja transcrição ora se impõe, visto cair como luva à realidade desta lide: "*Champaud propõe definir o contrato de concessão como uma concessão pela qual um comerciante, chamado concessionário, coloca sua empresa de distribuição ao serviço de um comerciante ou industrial chamado concedente para assegurar, exclusivamente sobre um território determinado durante um período limitado e sob a fiscalização do concedente, a distribuição dos produtos cujo monopólio de revenda lhe é concedido.*"[9]

Já em suas conclusões, Rubens Requião reitera a força obrigatória dos contratos, sejam escritos ou verbais, vez que afirma serem os acordos não escritos passíveis de ser provados de forma fragmentária, sobretudo por correspondência. Assim acontece, explica, porque todo o objeto e a negociação do contrato foram entabulados em correspondência e verbalmente, de modo descontraído e natural – como também se observa no presente caso concreto.[10]

Por último, quando inquirido da melhor solução para a consulta proposta, adverte o ilustre comercialista que "*a consulente cumpriu as obrigações do contrato; o concessionário foi quem não as cumpriu. Não há, portanto, falar em hipótese de indenização da segunda, nos termos noticiados pela consulta.*"[11] Em outras palavras, deve a indenização quem descumpre o contrato, que, na presente contenda, corresponde às Rés.

A corroborar tal assertiva, promove-se nova torrente de julgados, cujos posicionamentos são já pacificados:

9 Idem. Ib idem, p. 252.
10 Idem. Ib Idem, p. 252
11 Ib Idem. p. 255.

DECISÃO: (...) INFRAÇÃO CONTRATUAL RECONHECIDA POR PERMISSÃO DA NOVA DISTRIBUIDORA NA INVASÃO DE OUTRA SUBDISTRIBUIDORA EM TERRITÓRIO EXCLUSIVO - CONCORRÊNCIA DESLEAL - DANOS COMPROVADOS - DIREITO A REPARAÇÃO - RECURSOS COM IDÊNTICAS ARGUIÇÕES - RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. SE A INDÚSTRIA CONFERE POR CONTRATO VERBAL EXCLUSIVIDADE PARA VENDA DE SEUS PRODUTOS, EM DETERMINADA ZONA OU TERRITÓRIO, PARA UMA EMPRESA, E EM CONTRATO POSTERIOR COM NOVA DISTRIBUIDORA NÃO FOI RESPEITADA A EXCLUSIVIDADE CONCEDIDA, PERMITINDO-SE OUTRAS SUBDISTRIBUIDORAS, CONFIGURA-SE INFRAÇÃO CONTRATUAL ANTE A CONCORRÊNCIA DESLEAL, POR AUSÊNCIA DE DENÚNCIA PREVIA A ENSEJAR PREJUÍZOS A DETENTORA ORIGINÁRIA DAQUELA EXCLUSIVIDADE, GERANDO DIREITO A RESCISÃO E PERDAS E DANOS. DADA A NATUREZA DO CONTRATO REVELA-SE IMPRÓPRIO O PLEITO DE DANOS MORAIS. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.
TJPR - Processo:-099828100 - 5a. CÂMARA CÍVEL Relator:-PAULO HABITH - Julg: 26/02/2002

DECISÃO: (...) INDENIZAÇÃO - RUPTURA DE CONTRATO VERBAL DE DISTRIBUIÇÃO DE BEBIDAS - PROCEDÊNCIA PARCIAL - ACOLHIMENTO DOS LUCROS CESSANTES - RECURSO DA RÉ - ALEGADO DESCABIMENTO DA PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL - INÍCIO DE PROVA QUE, NO ENTANTO, AUTORIZAVA A SUA PRODUÇÃO - APONTADA INEXISTÊNCIA DO CONTRATO E DA PRETENDIDA RECUSA EM FORNECER OS PRODUTOS - ACERTO DAS CONCLUSÕES ADOTADAS - ARBITRAMENTO SOBRE O FATURAMENTO BRUTO - DETERMINAÇÃO CORRETA - RECURSO DA AUTORA - INCLUSÃO DE OUTROS ÍTENS PEDIDOS, RECUSADOS NA SENTENÇA - CABIMENTO - DANOS RESSARCÍVEIS E APURÁVEIS EM LÍQUIDAÇÃO - IMPROVIMENTO DO APELO DA RE E PROVIMENTO DO DA AUTORA, VENCIDO EM PARTE O RELATOR, QUE CONFIRMAVA INTEGRALMENTE A SENTENÇA.
TJPR - Processo:-038802500 - Órgão Julgador:-2a. CÂMARA CÍVEL Relator:-RUY FERNANDO DE OLIVEIRA - Data de Julgamento:-Julg: 06/03/1996

EMENTA: AÇÃO INDENIZATÓRIA - RUPTURA DE CONTRATO VERBAL DE DISTRIBUIÇÃO EXCLUSIVA DE PRODUTOS DA MARCA TOSTINES - REDUÇÃO NO FATURAMENTO, DISPENSA DE EM-

PREGADOS, CESSAÇÃO DAS ATIVIDADES - DANOS CAUSADOS COM A PERDA DO FUNDO DE COMÉRCIO E VERBAS TRABALHISTAS - LUCROS CESSANTES E DANO MORAL - COMPENSAÇÃO PARCIAL DE DÉBITOS PENDENTES COM O PAGAMENTO DE JUROS SUPERIORES A TAXA LEGALMENTE PERMITIDA - PEDIDO PROCEDENTE - APELO PROVIDO EM PARTE - AGRAVOS RETIDOS DESPROVIDOS. I - SE O CONJUNTO PROBATÓRIO ASSIM O PERMITE, PODE O JUIZ PROFERIR SENTENCA LÍQUIDA, AINDA QUE O PEDIDO SEJA GENÉRICO. II - ESTANDO SUFICIENTEMENTE COMPROVADOS OS FATOS INCONTROVERSOS, DEVE A INSTRUÇÃO SER ENCERRADA, COM A DISPENSA DE PROVAS MERAMENTE PROTELATÓRAIS. III - A RUPTURA, SEM JUSTA CAUSA, DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO EXCLUSIVA DO PRODUTO OBRIGA O FABRICANTE A RESSARCIR O DISTRIBUIDOR DOS PREJUÍZOS DELA RESULTANTES, COMO DANOS EMERGENTES, LUCROS CESSANTES E DANOS MORAIS.

TJPR - Processo: 092987700 - Órgão Julgador:-2a. CÂMARA CÍVEL Relator:-MUNIR KARAM - Data de Julgamento:-Julg: 21/03/2001

5. Conclusão

Ao fim, percebe-se, de logo, que não importa se apelidado de *concessão* ou *distribuição*, sendo relevante apenas ter em mente o objeto do contrato, o qual é regido pelas regras gerais de direito, provado por quaisquer meios juridicamente legítimos, é suscetível de indenização por inadimplemento, dado que gerador de direitos obrigacionais sinalagmáticos e irradiador de plena eficácia jurídica.

Afigura-se, sobremais, extremamente injurídico que a comodidade das produtoras em firmar acordos verbais, combinada a sua superioridade econômica, reverta em benefícios iníquos às concessionárias. Não cabe exigir rigores de solenidade a quem se impôs uma lassidão de forma. Tal já era o entendimento na Roma Antiga, cujos ensinamentos de eqüidade ainda moldam pensamento jurídico ocidental, nas palavras do brocardo segundo o qual *a ninguém é dado alegar em seu proveito a própria torpeza.*

6. Bibliografia

Livros:

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial, as condutas*. Ed. Malheiros. São Paulo: 2003.

WALD, Arnoldo. *Direito das Obrigações: Teoria Geral das Obrigações e Contratos Mercantis*. 15ª Edição, Ed. Malheiros. São Paulo: 2001.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. 12ª Edição, Ed. Atlas. São Paulo: 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 33ª ed, Saraiva. São Paulo, 1995.

RÁO, Vicente. *Ato Jurídico*. 3ª ed, Revista dos Tribunais. São Paulo: 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Forense. Rio de Janeiro: 1992.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 10ª ed., Forense. Rio de Janeiro: 1995.

REQUIÃO, Rubens. *Aspectos Modernos de Direito Comercial*. Ed. Saraiva. São Paulo: 1986.

Jurisprudência:

Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Disponível em: <http://www.tj.pr.gov.br>

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em : <http://www.tj.rs.gov.br>

A RECUPERAÇÃO DA EMPRESA NO DIREITO COMPARADO: BREVE ANÁLISE DAS MEDIDAS NOS SISTEMAS JURÍDICOS PÁTRIO, ARGENTINO, GERMÂNICO, AMERICANO, ESPANHOL E O MERCOSUL

Pedro Henrique Bezerra Galvão
(Aluno do 7º Período da Faculdade de Direito do Recife, UFPE,).

Sumário: 1. Acesso ao tema: das assimetrias normativas e dos meios de saná-las. 2. A evolução da concordata na História. 3. A concordata no Brasil. 4. A reformulação da concordata: a recuperação da empresa no Brasil. 5. A recuperação da empresa no Direito Comparado. 5.1. A Espanha. 5.2. Os Estados Unidos. 5.3. A Alemanha. 5.4. A Argentina. 6. Conclusões. 7. Bibliografia. 7. Bibliografia

1. Acesso ao tema: das assimetrias normativas e dos meios de saná-las

Este trabalho visa a estudar o instituto da recuperação da empresa sobretudo no Brasil e na Argentina, aquele por seu Projeto de Lei nº 4376 de 1993 reformulando a antiga concordata, esta por sua moderna Lei nº 24522/95, considerada avançado instrumento normativo e modelo para o Mercosul, no que pode ser de grande valia para o enriquecimento da cultura jurídico-empresarial.

Isto pois, um sistema concursal alinhado, ordenado e eficaz vincula-se diretamente às potencialidades econômicas e financeiras do Estado ou do Bloco Regional, e quanto mais transparência e previsibilidade houver nessas leis, menores serão os riscos envolvidos nas operações econômicas.

Daí se mostra imperativo o estudo da recuperação decorrente de um estado de insolvência, pois este fixa os limites da extensão dos créditos, compromete todos os setores da economia, confronta riscos, especulações empresariais e decisões da empresa, expressando os conflitos fundamen-

tais da política capitalista entre trabalho e capital, proprietários e administradores, devedores e credores, o Estado e o mercado.[1]

A recuperação, em contraste, é o procedimento designado para dar a um empreendimento certo tempo para recuperar-se de suas dificuldades temporárias de liquidez e, quando necessário, fornecer oportunidades de reestruturação das operações e relações com os credores.

Analisará celeremente também as leis da Alemanha, Estados Unidos e Espanha, de sorte que, comparando todos esses institutos com um dos mais modernos atos normativos dessa matéria, a lei argentina, seria possível enumerar inovações e características para eventualmente importá-las para o Brasil, contribuindo para harmonizar as assimetrias normativas entre os países do Mercosul.

2. A evolução da concordata na História

O embrião da atual concordata e da futura recuperação da empresa se encontra em Roma, estritamente relacionado com a falência e com a futura liquidação judicial, quando o devedor insolvente inicialmente era taxado de fraudador, daí o mesmo étimo.[2]

No entanto, o evoluído pensamento jurídico romano percebeu que há dois tipos de insolvente: o por infortúnio e o por dolo e má fé, introduzindo a *distractio bonorum* para amenizar a pecha de fraudador e as conseqüências negativas do estado de patrimônio deficitário contra a fama do devedor honesto e sua família, no que foi confirmado pela *Lex Julia* tempos mais tarde.

Começou então o imperador a conceder um favor legal ao devedor, a *induciae quinquennales*[3], dando a este cinco anos para pagar seus débitos.

Vem em seguida a permissão imperial para que as partes, devedor e credores, entendam-se mutualmente, sem envolver terceiros, entenda-se o juiz.

Desse embrião antigo faz surgir o delineamento atual nascido nas cidades italianas medievas no século XIII, época na qual o magistrado com-

1 Orderly & Effective Insolvency Procedures. Disponível na internet: http://www.imf.org/external/pubs/ft/orderly/index.htm#genobi (01-09-2003)

2 REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. V. 2. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992. P. 8-12.

3 ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de Falência e Concordata. 11ª ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1993. P. 367-368.

petente convocava assembléia regular dos credores para apresentar as dívidas, ou homologava acordo direto entre as partes interessadas.

3. A concordata no Brasil

O extemporâneo Código Comercial de 1850 fez introduzir a concordata suspensiva no art. 847, sendo concedida pela maioria dos credores ao devedor desventurado, e a moratória no art. 900.

O Decreto nº 3065 de 1882 reduziu a exigência da maioria dos credores para dois terços do valor dos créditos e trouxe a concordata por abandono (direito francês), permitindo o pagamento das dívidas com bens do devedor, no que foi mantido pelo Decreto nº 917 de 1890 e banido em 1902 juntamente com a moratória específica pela Lei nº 859. Aquele mesmo Decreto nº 917 trouxe as concordatas preventiva e extrajudicial.[4]

A concordata extrajudicial por homologação foi definitivamente retirada do ordenamento pelo Decreto nº 2024 de 1908, fixando a dualidade preventiva-suspensiva, repetida pelo Decreto nº 5746 de 1929 e regulada por inteiro pelo Decreto-Lei nº 7661 de 1945, a atual Lei de Falências.

Certo que há outros instrumentos normativos posteriores, inobstante mais dirigidos para casos específicos, fugindo à abrangência destas linhas.

Urge grafar que a Lei de Falências, com bases medievais, foi posta para um Brasil em princípios de Revolução Industrial, fenômeno comum aos Estados em desenvolvimento, cujo quadro sócio-econômico fora marcado por uma sociedade agrícola com poucas e diminutas unidades fabris de longe tão ou mais complexas como as atuais, bem como uma intensa atividade financeira, existência de empresas sem bandeira nacional, conglomerados, mercado de valores mobiliários, comunicação por satélite, informática, modernos meios de transporte, tudo comprovando que uma lei ultrapassada não pode fazer frente a evoluções jurídicas e econômicas, a saber: a função social da empresa e o surgimento do fenômeno de blocos econômicos regionais, e.g. o Mercosul.[5]

Outra interessante observação diz respeito à evolução legal propriamente dita. Há dispositivos normativos de 1850, 1882, 1890, 1902, 1908,

---

[4] REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. V. 2. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992. P. 10-12.

[5] ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. Direito Comercial - Falências e Concordatas. 2ª ed. Leme: Editora de Direito, 1999. P. 437.

1929 e finamente 1945, manifestando uma tendência reformista em um ambiente relativamente estático, opondo-se ilogicamente à estagnação legal desde 1945 até 2003, justamente quando se intensificam as alterações sociais, políticas, econômicas, dentre outras.

4. A reformulação da concordata: a recuperação da empresa no Brasil

A legislação falimentar brasileira, com o Projeto, não deve mais ficar restrita ao objetivo liquidatório-solutório visando a extinguir a empresa insolvente pura e simplesmente, sem verificar antes a viabilidade de se recuperá-la, nem apreciar os efeitos sobre o desemprego, os tributos, a satisfação de créditos, a produção de tecnologias, a geração de riquezas, a própria continuação das atividades, os interesses trabalhistas, dos consumidores, do Estado.

É com vistas a concentrar o debate em torno da função social da empresa[6], seja ela como expressão da atividade empresarial, como idéia criadora, como complexo de bens e as relações com os dependentes que o Projeto de Lei, também chamado *Subemenda aglutinativa global às emendas de plenário ao substitutivo adotado pela comissão especial ao projeto de lei nº 4.376, de 1993*, traz algumas inovações.

Assim define o Projeto no art. 37 ser a recuperação judicial a ação judicial destinada a sanear a situação de crise econômico-financeira do devedor, salvaguardando a manutenção da fonte produtora, do emprego de seus trabalhadores e os interesses dos credores, viabilizando, dessa forma, a realização da função social da empresa.

A primeira grande mudança seria quanto à legitimidade para pedir a recuperação judicial, cabendo a qualquer credor, a dois terços dos empregados, ao Ministério Público, ao Ministro do Estado, ao Governador ou outra autoridade a que esteja vinculada a empresa. Mas, restou ao devedor o pedido, após emendas no Congresso, quedando o art. 39 do Projeto de Lei.

Difere do Decreto-Lei de 1945 quanto aos pressupostos para o pedido, pois antes não se falava em viabilidade ou inviabilidade para sanar a empresa e continuar as atividades, literalmente escritos no art. 38 do Projeto, tais como: a importância social e econômica da empresa no contexto local,

6 REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. V. 1. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. P. 51.

regional ou nacional, a mão-de-obra e a tecnologia empregadas, o volume do ativo e do passivo, tempo de constituição e de funcionamento do negócio desenvolvido pelo devedor e o faturamento anual e nível de endividamento da empresa. Esse artigo revela importância, haja visto que ainda hoje sói ocorrer a decretação da falência contra empresas viáveis por mera formalidade técnica e formal, ou para inibir a Indústria fraudulenta das Concordatas.

Para conceder a recuperação judicial, o juiz recebe maior liberdade para decidir, como deixa entender o art. 50.

Concedida a recuperação, a figura do comissário, o fiscal da concordata, é substituída pela do administrador judicial auxiliado pelo Comitê de Recuperação Judicial, talvez trazendo uma indesejável burocracia e problemas com decisões colegiadas não unânimes não previstas nos arts. 44, I e 61 do Projeto. Quanto a Comitê, sua composição é de quatro membros: o administrador judicial-Presidente, um representante dos empregados com seus dois suplentes, um representante dos credores quirografários e um dos privilegiados; todos eles encarregados de fiscalizar e elaborar eventual plano de recuperação.

O art. 150 do Decreto-Lei de 1945 prevê situações suficientes para rescisão da concordata como: inadimplemento das prestações a que se obrigou o concordatário; pagamento antecipado feito a uns, com prejuízos de outros; pelo abandono do estabelecimento; negligência ou inação na continuação dos negócios; venda do passivo a preço vil; despesas imoderadas; ou crime falimentar. Desses, alguns continuam a produzir a liquidação, a antiga falência, art. 70 do Projeto, outros servem para fundamentar a privação da administração dos bens, tornando o devedor em um auxiliar do administrador judicial, uma inovação do art. 52, nos seguintes casos: a ocultação de bens, omissão de informações ou prestá-las falsamente, além da prática de ato doloso em prejuízo dos credores[7], simulação ou fraude, gastos pessoais excessivos, efetuar despesas do negócio injustificáveis, ter realizado operações prejudiciais ao funcionamento regular, retardar ou recusar-se ao cumprimento do plano de recuperação apresentado pelos credores.

Outra novidade é aceitar em seu bojo não só créditos quirografários, mas também privilegiados, trabalhistas (art. 41) ou fazendários (art. 40). Neste aspecto há crítica contundente quanto aos créditos trabalhistas acerca das dilações de prazo para pagamento de até um ano, prorrogável, visto

7 ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de Falência e Concordata. 17ª ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1999. P. 527.

terem natureza alimentar. De sorte que fica difícil conciliar a emergencialidade da prestação alimentar com um prazo tão dilatado.

Traz também um tratamento sumário especial para micro e pequenas empresas no Capítulo VI.

Entretanto, os maiores avanços se encontram no art. 42, ao listar modelos para a recuperação da empresa: a) concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou que se vencerem antecipadamente, por força do requerimento de recuperação judicial; b) cisão, incorporação, fusão ou cessão de quotas ou ações da sociedade; c) substituição total ou parcial dos administradores; d) aumento do capital social; e) arrendamento, de preferência às sociedades cooperativas formadas por empregados da própria empresa, atendendo às exigências de seguro dos bens e outras, que o juiz entender necessárias, sem que se caracterize a sucessão de dívidas ou transferência de direitos e obrigações; f) celebração de acordo coletivo de trabalho, inclusive para reduzir salários, aumentar ou reduzir a carga horária dos trabalhadores; g) dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro; h) constituição de sociedade de credores; i) venda parcial dos bens; j) equalização dos encargos financeiros relativos a débitos de quaisquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto nas legislações específicas que disciplinam a matéria; l) usufruto da empresa; m) administração compartilhada; n) emissão de debêntures, sujeita à condição de aceitação pela maioria em assembléia de credores.

Esta lista é exemplificativa, e não poderia ser de outra forma, pois permite que o gênio humano crie novas modalidades que permitam preservar a empresa em sua inteireza. Daí seguem outras medidas propostas pela doutrina[8]: a) concessão de linha de crédito especial; b) estatização da empresa; c) criação de órgãos públicos encarregados de reerguimento da empresa para posterior leilão; d) dilação de prazos; e) acordos extrajudiciais; f) locação de bens e direitos; g) consultoria permanente; h) adoção de processos de reengenharia; i) abertura de capital em bolsa; j) manutenção do fornecimento; l) concessão de benefícios fiscais; m) maior autonomia do juiz para agir discricionariamente; n) retirada do juiz do centro da recuperação, fazendo

8 ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. Direito Comercial - Falências e Concordatas. 2ª ed. Leme: Editora de Direito, 1999. P. 452.

desta um procedimento direto entre o devedor e os credores; o) adoção de administradores judiciais profissionais com treinamento específico como ocorre no Chile; p) sanções econômicas e não penais; q) equilíbrio maior entre credores privilegiados; r) redução dos formalismos processuais.

5. A recuperação da empresa no Direito Comparado

O Direito Comparado adota outras medidas não menos interessantes a título de reflexão.

5.1. A Espanha

O Direito Espanhol regula o processo preventivo de falência pela Lei de 26.07.1922, a *Ley de Suspensión de Pagos,* elaborada tendo em vista a solução de um único caso concreto.

O devedor, sob essa ótica legal, continua na administração de seus bens, fiscalizado por três interventores nomeados pelo juiz, sendo um credor e dois peritos especialistas. Art. 4º.

Existe a previsão de uma Assembléia de Credores com data marcada ainda no despacho inicial do juiz, podendo ela até modificar o acordo proposto pelo devedor.

Será homologado o acordo se for aceito, saindo de cena os interventores. Por efeitos, há os suspensivos, remisssórios ou mistos.

O *Ministerio Fiscal* será parte desde o início da suspensão de pagamentos até o cumprimento do convênio ou acordo.

Diante das deficiências de uma Lei de 1922 para regular a sociedade do século XXI, o Ministro da Justiça Angel Acebes apresentou o Projeto de Lei que resultou na Lei 22/2003[9], em *vacatio legis* até primeiro de setembro de 2004.

A nova lei começa a parte de recuperação no art. 98, no Título V, Capítulo I, compreendendo no total 231 artigos e 39 disposições.

Os princípios homenageados são: confiança, manutenção da empresa, simplicidade e agilidade.

[9] Espanha. Ley Concursal nº 22, de 9 de Julio de 2003. Boletín Oficial del Estado de 10 de Julio de 2003. Disponível na internet: http://www.leyconcursal.com/files/legislacion.htm (30-08-2003)

As novidades dela são: estabelece um procedimento único que poderá resultar na recuperação ou na liquidação.[10]

Ela cria três órgãos: a Administração Concursal, a Junta de Credores (art. 116) e o Juiz, este representando os novos *Juzgados de lo Mercantil*. A competência territorial é a do centro das atividades ou outro indicado pelos credores.

Importa registrar que a futura lei traz mais poderes ao juiz para decidir os problemas no caso concreto, sendo por conseguinte menos rígida. São traços marcantes: poder o juiz conceder medidas cautelares antes mesmo da declaração ou da entrada do funcionamento da administração concursal, determinar o grau de efeitos da declaração sobre o devedor, os credores e os contratos, e aprovar o plano de liquidação ou recuperação da empresa.

5.2. Os Estados Unidos

O Direito norte-americano, com a Lei da Bancarrota datada de 1978[11], divide o tema em vários capítulos, sendo os capítulos 7, 12 13 os mais empregados para fundamentar pedidos de liquidação e recuperação, não obstante ser o 11 (Da Reorganização) o que envolve mais valores, por ser usado por empresas de médio e grande porte.

Os Estados Unidos prevêem a reorganização voluntária ou compulsória.

Existe uma Corte da Bancarrota encarregada de nomear um síndico para o caso de o devedor não efetivar o plano devidamente, podendo ser um particular ou um oficial do Estado, o *US Trustee*. §323.

Cabe à Corte, movida pelas partes ou de ofício, convolar a Reorganização em Liquidação (Capítulo 7) se este procedimento atender aos interesses do Estado e dos credores. §1112 do Capítulo 11.

Uma outra curiosidade é o §525 proibitivo de qualquer discriminação contra o devedor pelo governo, apresentando uma longa lista de exemplos.

---

10 La Ley Concursal sustituirá la vieja regulación de quiebras y suspensiones por un procedimiento ágil y unificado. Disponível na internet: http://www.labolsa.com/noticias/20010907203943 (29-08-2003)

11 Estados Unidos da América. Code of Bankruptcy. Disponível na internet: http://uscode.house.gov/title_11.htm (28-08-2003)

5.3. *A Alemanha*

A Alemanha tem uma lei antiga, a *Vergleichordinung* ou Lei do Acordo, de 26 de fevereiro de 1935, sendo substituída pela Lei da Insolvência ou *Insolvenzordinung* (1994) em vigor desde primeiro de janeiro de 1999 por obra do Ministério da Justiça, o Bundesministerium der Justiz.[12]

Inicia-se pela a *Vergleichordinung*.

O § 1° diz que o acordo faz levantar o passivo, impede a abertura de processos de execução e atender a remissões parciais de dívidas.

Tem legitimidade ativa para propor o acordo somente o devedor, acordo este proposto antes do processo de falência, semelhante ao processo pátrio.

Quanto ao processo de abertura, o Tribunal de Acordo nomeia um administrador temporário alheio ao grupo de credores e pode determinar quaisquer medidas de garantia. Atribui-se-lhe ainda o poder de suspender as ações de execução até a decisão do Acordo, devendo a associação de classe ser ouvida necessariamente.

Será suspenso o processo do Acordo se o devedor se esconder, se fugir ou se praticar ato semelhante, salvo se setenta e cinco porcento dos credores quiser continuar. Se suspenso, há automaticamente a "falência relacionada ao processo de Acordo".

Uma observação a ser feita se refere à faculdade de continuar mesmo tendo o devedor fugido, diverso do que ocorre no Brasil e na Espanha.

A nova lei, a *Insolvenzordinung*[13], em seu §1° traz o objetivo do procedimento da Insolvência: permitir que o patrimônio do devedor seja distribuído entre os credores na liquidação, ou então, direcionando a empresa para a continuação da atividade, dando-se oportunidade ao devedor de quitar suas dívidas. Assim, estabelece-se um único procedimento que poderá conduzir para a liquidação ou para a recuperação.

O procedimento começa com o pedido do credor ou do devedor.

Dada a abertura do procedimento, nomeia-se um administrador interino a ser supervisionado pela Corte (arts. 22, 58 e 80). Esta pode ainda

12 Die Insolvenzordnung: Ablauf des Insolvenzverfahrens bei Unternehmensinsolvenzen. Disponível na internet: http://www.bmj.bund.de/ger/themen/wirtschaft_und_recht/10000481/?sid=11dd35ba788b046ecd0fee844e1ecf75 (03-08-2003)

13 Alemanha. Insolvenzordnung, de 5 de outubro de 1994. Disponível na internet: http://www.dejure.org/gesetze/InsO (25-08-2003)

permitir que o devedor administre seus negócios sob a supervisão de um advogado.

Dá-se um prazo de até três meses para haver uma Assembléia lastreada no relatório do administrador interino, com os credores e o devedor, para se decidir se haverá liquidação ou recuperação da empresa.

Se se decide pela recuperação, haverá de ser apresentado um plano correspondente muito assemelhado ao plano descrito no Capítulo XI da legislação americana. Este plano é apresentado pelo devedor ou pelo administrador e é votado pelos credores em grupos.

5.4. A Argentina

A Lei Argentina é a de nº 24.522, de 1995[14], considerada uma das mais modernas da atualidade.[15]

São antecedentes históricos: Código de Comercio. Leyes 15 e 2637, leyes 4156 e 11.719. A ley 19.551; sua reforma pela ley 22.917.[16]

Vê-se, inicialmente uma tendência de retirar do Direito Penal as ilicitudes praticadas no Direito Falimentar.

Como medidas, ela traz a redução dos poderes do juiz, dando ênfase aos credores, sendo excepcionalmente a falência decretada.

Apenas o devedor pode abrir o processo de recuperação.

Os credores têm papel bastante ativo na busca de soluções, formulando propostas e constituindo o Comitê de Credores. São eles os quirografários e os privilegiados. Arts. 44 e 45.

O juiz não pode indeferir as decisões do Comitê, salvo se encontrar fraude, tendo de outra forma, sempre de homologar. Art. 50.

O *cramdown*, ou a possibilidade de terceiro apresentar proposta aos credores, é outro avanço. Se a oferta é aceita pela maioria dos credores, os acionistas da sociedade estão obrigados a vender suas participações a esse terceiro, figurando ferramenta eficaz para recuperar a empresa.[17]

---

14 Argentina. Ley de concursos y quiebras nº 24.522. Sancionada em 20 de julho de 1995, promulgada parcialmente em 7 de agosto de 1995. Disponível na internet: http://infoleg.mecon.gov.ar/txtnorma/texactley24522.htm (08-08-2003)

15 ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. Direito Comercial - Falências e Concordatas. 2ª ed. Leme: Editora de Direito, 1999. P. 449.

16 Concursos y quiebras. Disponível na internet: http://www.derechoargentino.com.ar/concursos.htm (05-09-2003)

17 ¿Qué ley de quiebras para Argentina? Disponível na internet: http://www.rivera.com.ar/publications/QueLeyQuiebraArgentina.pdf (07-09-2003)

A lei também prevê a continuidade da empresa como escopo, art. 189, o que segundo alguns doutrinadores, avançou em muitos pontos relevantes espelhada no Direito norte-americano.

O art. 55 relata que o acordo traz ao Direito a novação das obrigações como principal efeito sem desvincular terceiros fiadores.

Os arts. 69-76 tratam do acordo extrajudicial de conteúdo amplo a ser homologado pelo órgão da magistratura.

O art. 79 prevê o que de ordinário ocorre com as legislações: decretar liquidação se são observadas: fraude, ocultação, mora, venda a preço vil, dentre outros.

Apesar de envolver os vários tipos de créditos, o art. 241 lista os tipos de créditos privilegiados.

O síndico também deve ter uma certa qualificação profissional efetivamente aferida. Art. 253.

Existe outrossim um procedimento sumário para pequenos devedores no Capítulo IV, à semelhança do Projeto de Lei do Brasil.

Porém, as recentes crises na Argentina puseram em questão a presente lei, surgindo uma ânsia reformista para adaptar o quadro jurídico às transformações sociais.

A Lei nº 25563 fez regredir um pouco o Direito Concursal Argentino, ao retirar o *cramdown*, suspendendo os pedidos de quebra por cento e oitenta dias e alterando o regime de garantias até o corrente ano, conseqüentemente, com essas reformas, os controladores das empresas recebem uma proteção muito mais acentuada que a própria empresa, fazendo o caminho inverso e negando a própria função social que a empresa exerce.

Já a Lei nº 25589 faz favorecer o uso dos acordos extrajudiciais, representando uma maneira mais célere e menos burocratizada para se chegar a um estado de recuperação.

Já existem propostas de mudança integral da legislação sob pressão do FMI, na condição da oferta de ajuda financeira ao Estado, introduzindo novos institutos como a preferência para o caso da oferta no *cramdown*.

Dentre as críticas feitas a um dos mais modernos instrumentos normativos, tem-se a ausência de um regime sancionatório mais efetivo, por exemplo; ou ainda de modelos de administração de crises nas empresas; limites às garantias reais, ter a nítida compreensão da separação entre as pessoas físicas e as jurídicas com a feitura de dois regimes jurídicos distintos, o que não acontece hoje; assegurar maiores faculdades ao Tribu-

nal para rechaçar acordos abusivos e impô-los aos dissidentes quando a negativa é injustificada; facilitar os acordos extrajudiciais; restabelecer o *cramdown* mais aperfeiçoado; celeridade no processo de recuperação; a falta de abertura de linhas de crédito para a empresa em dificuldade; falta de um advogado para acompanhar o síndico em suas atividades; não permitir que o juiz conceda a recuperação ainda que o devedor não consiga preencher todos os requisitos do art. 11, mas pelo menos a maioria; a não previsão de permissão de uso de técnicas alternativas de conflito como mediação e arbitragem.[18]

A Argentina poderia adotar também a Lei Modelo da UNCITRAL, como já fizera o México, além de criar tribunais especializados, ou ainda treinar seus magistrados, como acontece especificamente nas províncias de Mendonza e Córdoba.

6. Conclusões

A primeira das conclusões se refere à palavra modernidade em si, tantas vezes empregada pela doutrina e pelo trabalho.

Se se faz uma revisão histórica, é possível ver que: dilação dos prazos, despenalização das infrações falimentares, o entendimento direto entre credores e devedor ou mesmo entre estes e um juiz com elevadas atribuições, são medidas já adotadas pelo direito romano, contradizendo o vocábulo modernidade. Isso só não ocorre com as maneiras de se recuperar a empresa, posto evidentemente não conhecidas em Roma.

Uma segunda conclusão, talvez mais desafiadora, é a de assumir um posicionamento minoritário, aparando os excessos de homenagem feitos à Lei Argentina.

E isso é aparentemente contraditório, visto que desde a introdução do trabalho aquela lei fora utilizada como paradigma de modernidade, ladeada pelas alemã, americada e espanhola, todas elas fontes de inovações para um direito unificado para o Mercosul.

No entanto, a reflexão aliada à observação de pareceres técnicos exarados pelo Banco Mundial e pelo Fundo Monetário Internacional fazem estas linhas divergirem da opinião dos doutrinadores nacionais quanto

18 Reporte de Observancia de Stándares y Códigos (ROSC) - Argentina: Sistemas de insolvencia y de derechos de crédito. Disponível na internet: http://www.worldbank.org/ifa/icr_arg.pdf (16-08-2003)

à eficácia e à modernidade da citada lei. Isto porque, apesar de trazer inovações, algumas até autóctones, não vem-se mostrando capaz de amenizar o quadro geral de quatro anos e meio de crises, ora por exacerbação de tecnicismo remanescente da antiga *Ley de Suspensión de Pagos*, ora por falta de vontade política de implementar reformas para redesenhar o conjunto normativo com o fim de adaptá-lo às condições locais. Quiçá a Argentina não tenha um terreno econômico suficientemente estável para receber institutos dessa magnitude.

E isso faz conduzir esse presente esboço a uma outra conclusão: o estudo de institutos de Direito Comparado se mostra importante para que o universo de alternativas de soluções para problemas possa ser ampliado. Mas, deve haver uma severa meditação antes de sua implementação sistemática, evitando que haja incompatibilidade flagrante capaz de por em risco toda a legislação, como parece ter acontecido na Argentina.

7. Bibliografia

7.1. *Internet e legislação*

Alemanha. Insolvenzordnung, de 5 de outubro de 1994. Disponível na internet: http://www.dejure.org/gesetze/InsO (25-08-2003)

Argentina. Ley de concursos y quiebras nº 24.522. Sancionada em 20 de julho de 1995, promulgada parcialmente em 7 de agosto de 1995. Disponível na internet: http://infoleg.mecon.gov.ar/txtnorma/texactley24522.htm (08-08-2003)

Concursos y quiebras. Disponível na internet: http://www.derechoargentino.com.ar/concursos.htm (05-09-2003)

Die Insolvenzordnung: Ablauf des Insolvenzverfahrens bei Unternehmensinsolvenzen. Disponível na internet: http://www.bmj.bund.de/ger/themen/wirtschaft_und_recht/10000481/?sid=11dd35ba788b046ecd0fee844e1ecf75 (03-08-2003)

Espanha. Ley Concursal nº 22, de 9 de Julio de 2003. Boletín Oficial del Estado de 10 de Julio de 2003. Disponível na internet: http://www.leyconcursal.com/files/legislacion.htm (30-08-2003)

Espanha. Ley de Suspensión de Pagos, de 26 de Julio de 1922. Boletín Oficial del Estado de 14 de septiembre de 1.922. Disponível na internet: http://www.datadiar.com/actual/legislacion/mercantil/ML000043.htm (30-08-2003)

Estados Unidos da América. Code of Bankruptcy. Disponível na internet: http://uscode.house.gov/title_11.htm (28-08-2003)

La Ley Concursal sustituirá la vieja regulación de quiebras y suspensiones por un procedimiento ágil y unificado. Disponível na internet: http://www.labolsa.com/noticias/20010907203943 (29-08-2003)

Orderly & Effective Insolvency Procedures. Disponível na internet: http://www.imf.org/external/pubs/ft/orderly/index.htm#genobj (01-09-2003)

¿Qué ley de quiebras para Argentina? Disponível na internet: http://www.rivera.com.ar/publications/QueLeyQuiebraArgentina.pdf (07-09-2003)

Reporte de Observancia de Stándares y Códigos (ROSC) - Argentina: Sistemas de insolvencia y de derechos de crédito. Disponível na internet: http://www.worldbank.org/ifa/icr_arg.pdf (16-08-2003)

7.2. Livros

ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de Falência e Concordata. 11ª ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1993. P. 509.

ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de Falência e Concordata. 17ª ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1999. P. 527.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. Direito Comercial - Falências e Concordatas. 2ª ed. Leme: Editora de Direito, 1999. P. 486.

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. V. 1. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. P. 51

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar. V. 2. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992. P. 304.

À REVISTA ACADÊMICA DA FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE, UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Flávia Tavares Dantas
(Aluna do 9º período da graduação em Direito da UFPE)

Sumário: 1. Introdução; 2. O controle de constitucionalidade no ordenamento brasileiro; 3. A ação civil pública e o controle concentrado de constitucionalidade; 4. A ação civil pública e o controle difuso de constitucionalidade; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

1. Introdução

A ação civil pública, disciplinada pela Lei nº 7.347/85, destina-se à proteção dos interesses difusos da sociedade, através da responsabilização dos agentes causadores de danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico e por infrações da ordem econômica. Caracteriza-se, entre outros aspectos, pela eficácia "erga omnes" atribuída à sentença que a decide, salvo se a conclusão for pela improcedência do pedido em face da deficiência de provas.

Questão que tem suscitado controvérsias no âmbito da doutrina e da jurisprudência pátrias é a da viabilidade de tratar-se, numa ação civil pública, de pretensão que envolva prévia apreciação acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo. A matéria se mostra especialmente polêmica devido à extensão contra todos dos efeitos da sentença; o que, a princípio, equipararia a declaração de inconstitucionalidade no bojo de uma ação civil pública a espécie de controle concentrado da constitucionalidade não previsto pelo ordenamento jurídico..

Pretende-se, destarte, no presente estudo, fazer breve análise acerca da possibilidade do manejo da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade de normas, para o que abordaremos, inicialmente, em breve síntese, as espécies de controle de constitucionalidade admitidas no direito brasileiro.

2. O Controle de Constitucionalidade no Ordenamento Brasileiro

O sistema de controle de constitucionalidade adotado no ordenamento brasileiro compreende dois mecanismos principais: o *controle difuso*, ou por via de exceção, exercido por qualquer membro do Poder Judiciário, em qualquer grau de jurisdição, de forma incidental, com eficácia para o caso concreto e produzindo coisa julgada material tão somente entre as partes do processo; e o *controle concentrado*, ou por via de ação, que compete constitucionalmente ao Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe apreciar a compatibilidade, em abstrato, dos atos normativos federais e estaduais com a Constituição da República.

A decisão proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade tem, em regra, eficácia "erga omnes" e produz efeitos "ex tunc", o que implica a retirada da norma reconhecidamente inconstitucional do ordenamento jurídico. Os instrumentos processuais adequados para o controle da constitucionalidade em tese são as ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade.

No controle difuso, por seu turno, exercitável no curso de qualquer processo, a decisão somente ultrapassa o âmbito da relação jurídica litigiosa e as partes diretamente envolvidas na demanda quando, após decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, o Senado Federal, por meio de resolução, suspende a eficácia da norma vergastada, conferindo à declaração de inconstitucionalidade efeito "erga omnes" e vinculante.

3. A Ação Civil Pública e o Controle Concentrado de Constitucionalidade

É entendimento assente na doutrina e jurisprudência nacionais que a ação civil pública não se pode prestar à declaração em abstrato de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Isso porque, tendo em vista que a lei confere eficácia "erga omnes" à sentença, admitir o controle concentrado em hipóteses que tais significaria converter a ação civil pública numa ação direta de inconstitucionalidade, em flagrante usurpação à competência constitucionalmente atribuída, com exclusividade, ao Supremo Tribunal Federal.

Destarte, a ação civil pública não pode ter como pedido principal a apreciação de inconstitucionalidade de ato normativo, ainda porque sua finalidade é definida em lei e deve subsumir-se à responsabilização por lesões aos direitos e bens elencados na norma de regência.

Esta tem sido a orientação das decisões do Supremo Tribunal Federal, a quem compete, precipuamente, a guarda da Carta Magna, no que é seguido pela doutrina e jurisprudência da maioria dos tribunais do país. Neste sentido a manifestação do Ministro Celso de Mello, na Reclamação nº 1.733-SP (DJ 01.12.2000), em que afirmou ser "*inquestionável que a utilização da ação civil pública como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, além de traduzir situação caracterizadora de abuso de poder de demandar, também caracterizará hipótese de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal*".

De fato, utilizar-se a ação civil pública com a finalidade de declarar a inconstitucionalidade de lei significaria a criação de uma nova forma de controle não prevista pela Constituição, em clara afronta aos princípios básicos da Federação.[1] O mesmo raciocínio se aplica, ainda, a outros remédios constitucionais, encontrando-se a matéria, no que tange ao mandado de segurança, já sumulada.

4. A Ação Civil Pública e o Controle Difuso de Constitucionalidade

Situação diversa, entretanto, é a da discussão acerca da possibilidade, ou não, de apreciar-se incidentalmente a constitucionalidade de norma, no bojo de uma ação civil pública, no exercício do já mencionado controle difuso. Se a inviabilidade do uso da ação civil pública para realização do controle concentrado de normas se mostra praticamente inconteste, tanto no seio da doutrina quanto na jurisprudência, divergentes são os entendimentos quando se trata de controle concreto.

De um lado, sustenta-se que também nesta hipótese seria de vislumbrar-se um avanço ilegítimo sobre a competência da Corte Suprema, aplicável aqui o mesmo raciocínio desenvolvido acerca do controle abstrato, com fundamento na eficácia contra todos da sentença da ação civil pública. Em sentido oposto, argumenta-se que o controle difuso em sede de ação civil pública é amplamente possível, desde que a controvérsia constitucional figure, não como pedido principal, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, cuja solução é exigida como pressuposto à resolução do litígio principal, consubstanciado na tutela do interesse público.[2]

1 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 179.

2 ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da Ação Civil Pública: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Acompanhando o primeiro entendimento, em sentido manifestamente contrário a tal possibilidade, sustenta o eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, que

> *"para que não se chegue a um resultado que subverta todo o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, tem-se de admitir a completa inidoneidade da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais."*[3]

Assim se posicionava, inclusive, a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça até bem pouco tempo, conforme se depreende da manifestação do Ministro Francisco Falcão, proferida no Recurso Especial nº 293.682-DF, julgado em 06.08.2002, no sentido de que "*a ação civil pública não presta à obtenção de declaração de inconstitucionalidade de lei, eis que possui eficácia erga omnes*". Em seu voto colaciona inúmeros julgados no mesmo sentido: REsp 234.241/MG, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 28/02/2000; REsp 139.471/GO, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 11/10/1999; REsp 140.368/MG, Rel. Min. José Delgado, DJ 30/08/1999.

Observe-se, porém, que, conforme salientado por Hugo Nigro Mazzilli[4], a Ação Direta de Inconstitucionalidade, especialmente quando proposta pelo Ministério Público, é também uma ação civil pública, não obstante inconfundível com a ação civil pública disciplinada pela Lei nº 7.347/85. Inúmeras diferenças podem ser vislumbradas entre tais instrumentos processuais, a exemplo da diversidade de legitimados ativos e de competência para os respectivos processo e julgamento, bem como, e principalmente, quanto ao objeto, haja vista ser a Ação Direta de Inconstitucionalidade destinada à verificação da (in)constitucionalidade em tese de certo ato normativo, ao passo que a ação civil pública da Lei nº 7.347/85 está voltada tão somente para a defesa de interesses transindividuais.

Outrossim, tal "*como ocorre nas ações populares e mandados de segurança, nada impede que a inconstitucionalidade de um ato normativo*

3 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: IBDL, 1998, p. 381.

4 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Inquérito Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 133/135.

seja objetada em ações individuais ou coletivas (não em ações diretas de inconstitucionalidade apenas), como causa de pedir (não o próprio pedido) dessas ações individuais ou dessas ações civis públicas ou coletivas".[5]

Destarte, tem-se entendido, e parece que tal posicionamento prevalecerá, que não há qualquer óbice à apreciação da constitucionalidade de ato normativo como questão incidente no processo da ação civil pública. Em situações como estas não haveria que se cogitar em usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, de vez que, conforme salientado por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery,

> "*o objeto da ACP é a defesa de um dos direitos tutelados pela CF, pelo CDC e pela LACP. A ACP pode ter como fundamento a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. (...) Assim, o pedido na ACP é a proteção do bem da vida tutelado pela CF, CDC ou LACP, que pode ter como causa de pedir a inconstitucionalidade de lei, enquanto o pedido na ADin será a própria declaração da inconstitucionalidade da lei*".[6]

Apenas indiretamente, portanto, a ação civil pública pode ser utilizada como instrumento de controle de constitucionalidade, uma vez que o seu objeto principal deve sempre, necessariamente, ser a satisfação e proteção de um interesse público. A inconstitucionalidade é invocável tão somente como causa de pedir, constituindo questão prejudicial ao julgamento do mérito, a ser decidida *"incidenter tantum, como premissa necessária à conclusão da parte dispositiva da sentença"*.[7]

Como questão prejudicial da causa, a decisão incidental acerca da inconstitucionalidade proferida na ação civil pública não é alcançada pela coisa julgada material produzida pela sentença, que recai apenas sobre o pedido, mas não sobre a fundamentação do *decisum*, conforme disposição expressa do art. 469, do CPC. Não haverá qualquer impedimento, outrossim, a que a questão seja reapreciada em outras demandas E, mais, ainda estará sujeita à revisão do Supremo Tribunal Federal, quanto à matéria constitucional, em sede de recurso extraordinário.

---

5 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. Cit.* p. 134.

6 NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 1403.

7 FARIA, Paulo José Leite. *Ação Civil Pública e o Controle de Constitucionalidade*. Disponível na Internet em http://www.legiscenter.com.br/legisvoice/materias/materias_colab.cfm? ident_voice=48. Acesso em 14 de julho de 2003.

A eficácia "erga omnes" da coisa julgada material na ação civil pública, que é de âmbito nacional, regional ou local, segundo a extensão e a indivisibilidade do dano ou ameaça de dano, não alcançará a questão prejudicial da inconstitucionalidade, razão pela qual não se poderá argüir a invasão da órbita do controle concentrado de constitucionalidade.[8]

Invocada a inconstitucionalidade de determinada norma legal como fundamento jurídico (*causa petendi*) do pedido, tem a finalidade de provocar a instauração de questão prejudicial, que, decidida incidentemente pelo magistrado, viabiliza o acolhimento da postulação principal. A sentença proferida nestes termos não tem o condão de vincular, no que tange à apreciação de inconstitucionalidade, todas as pessoas e instituições, nem de impedir a renovação discussão da questão constitucional em outras demandas, envolvendo partes e pedidos distintos. Mesmo porque, à vista de norma legal expressa, não faz coisa julgada, em sentido material, "a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo" (CPC, art. 469, inc. III).

Outrossim, a decisão proferida em sede de ação civil pública, ainda que se fundamente na declaração incidental de inconstitucionalidade de ato normativo, não acarretará, diversamente do que ocorre em sede de controle concentrado, a exclusão definitiva, do sistema de direito positivo, da regra questionada.

Exclui-se a possibilidade do exercício da ação civil pública apenas quando nela o autor deduzir pretensão efetivamente destinada a viabilizar o controle abstrato de constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo. Inadmissíveis, da mesma forma, certas ações civis públicas propostas, totalmente dissociadas de qualquer litígio em concreto, em que se constata o único objetivo, embora não explícito, de insurgir-se contra um texto normativo, com a real intenção de obstar, na prática, a sua aplicação futura no âmbito da jurisdição abrangida pela decisão.[9] Assim, vedada está a atribuição de efeitos "erga omnes" para a declaração de inconstitucionalidade em ação civil pública, ainda quando aparentemente conste como pedido incidental.[10]

8 FARIA, Paulo José Leite. *Op. Cit.*.

9 ALVIM, Arruda. *A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao Código de Proteção e defesa do consumidor*. Revista de Processo. São Paulo, n. 81, p. 130, jan./mar. 1996.

10 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 596.

É esta a orientação que se vem consolidando mais recentemente, com apoio, inclusive, na jurisprudência do Pretório Excelso. Conforme salientado pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento da referida Reclamação nº 1.733-SP, "*o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal*".

Acolhendo a mesma tese, assim se pronunciou o Ministro Néri da Silveira, na Reclamação nº 600-0/SP:

> "*(...) 7. Na ação civil pública, ora em julgamento, dá-se controle de constitucionalidade da Lei nº 8024/1990, por via difusa. Mesmo admitindo que a decisão em exame afasta a incidência de Lei que seria aplicável à hipótese concreta, por ferir direito adquirido e ato jurídico perfeito, certo está que o acórdão respectivo não fica imune ao controle do Supremo Tribunal Federal, desde logo, à vista do art. 102, III, letra b, da Lei Maior, eis que a decisão definitiva de Corte local terá reconhecido a inconstitucionalidade de lei federal, ao dirimir determinado conflito de interesses.* ***Manifesta-se, dessa maneira, a convivência dos dois sistemas de controle de constitucionalidade****: a mesma lei federal ou estadual poderá ter declarada sua invalidade, quer, em abstrato, na via concentrada, originariamente, pelo STF (CF, art. 102, I, a), quer na via difusa, incidenter tantum, ao ensejo do desate de controvérsia, na defesa de direitos subjetivos de partes interessadas, afastando-se sua incidência no caso concreto de julgamento. 8. Nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum, de lei ou ato normativo federal ou local. 9.* ***A eficácia erga omnes da decisão, na ação civil pública, ut art. 16, da Lei nº 7347/1997, não subtrai o julgado do controle das instâncias superiores, inclusive do STF.***" (Grifos acrescidos)

À luz do posicionamento firmado no Pretório Excelso, favorável ao manejo da ação civil pública no controle incidental de normas, tem se ob-

servado uma mudança de orientação nas decisões do Superior Tribunal de Justiça. Cite-se, a título de ilustração, a decisão tomada, por unanimidade, na Segunda Turma, pelos Ministros Franciulli Neto, Laurita Vaz e Paulo Medina, em conformidade com o voto da Relatora Ministra Eliana Calmon, nos autos do REsp 403.355/DF, julgado em 20/08/02.

A ilustre Ministra relatora, não obstante ressalte ter-se "*solidificado o entendimento no sentido de não ser cabível a declaração incidental de inconstitucionalidade em ação civil pública porque os efeitos equivaleriam, em verdade, aos da ação direta de inconstitucionalidade, ocorrendo, portanto, usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal*", apresenta seu voto afirmando que "*a Suprema Corte tem reconhecido a possibilidade da declaração incidental de inconstitucionalidade na ação civil pública de quaisquer leis ou atos do Poder Público*", para concluir que "*não pode mais prevalecer a tese contrária, no sentido de que a declaração incidental de inconstitucionalidade na ação civil pública teria os efeitos da ação declaratória de inconstitucionalidade*".[11]

5. Conclusão

De acordo com o exposto, conclui-se que o impedimento a que se veicule discussão acerca da inconstitucionalidade de norma em ação civil pública emerge quando se pretende, com isso, torná-la um sucedâneo do controle concentrado de constitucionalidade, da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Sendo a ação civil pública um importante instrumento para a proteção e defesa dos interesses da coletividade, e estando seus objetivos previamente definidos na lei, não pode o instituto ser desvirtuado com o intuito de escapar-se aos rigorosos parâmetros da declaração de inconstitucionalidade, definidos na Constituição e na legislação ordinária.

O mesmo não se pode afirmar, como visto, quando se trata da apreciação incidental de inconstitucionalidade, de vez que, neste caso, pode a controvérsia constitucional ser suscitada como mero incidente, fundamento do pedido principal, cuja solução se impõe como prejudicial da decisão final da lide. Possível, na espécie, a análise da constitucionalidade de nor-

11 No mesmo sentido: REsp 300.058-DF, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 11.11.2002; REsp 419.781-DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 19.12.2002; REsp 402.044-DF, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 05.08.2002.

ma em sede de ação civil pública, porquanto a eficácia "erga omnes", característica e qualidade da sentença desta ação, não se estenderá à questão incidental.

Assim tem se manifestado o Supremo Tribunal Federal, distinguindo expressamente as situações, diversas em suas características e efeitos. Perfilhando a orientação do Pretório Excelso, tem-se observado também, mudança no posicionamento até então consolidado no Superior Tribunal de Justiça.

6. Bibliografia

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da Ação Civil Pública: Doutrina e Jurisprudência.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ALVIM, Arruda. *A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao Código de Proteção e defesa do consumidor.* Revista de Processo. São Paulo, n. 81, p. 127-134, jan./mar. 1996.

FARIA, Paulo José Leite. *Ação Civil Pública e o Controle de Constitucionalidade.* Disponível na Internet em http://www.legiscenter.com.br/legisvoice/materias/materias_colab.cfm?ident_voice=48. Acesso em 14 de julho de 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Inquérito Civil.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança.* 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade.* São Paulo: IBDL, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

CULTO E CURANDEIRISMO: A LIBERDADE CONSTITUCIONAL COMO EXCLUSÃO DE ILICITUDE NA TUTELA DA SAÚDE PÚBLICA

Bruno Felipe da Silva Martin de Arribas
(Acadêmico da Faculdade de Direito do Recife – UFPE).

Sumário: 1. Intróito; 2. Comentários acerca das liberdades constitucionais; 3. A liberdade de culto na ordem constitucional brasileira; 4. Curandeirismo: notas atriais; 5. Proposta de tipologia infracional; 6. Incidência da norma de liberdade e da regra criminal; 7. Categoria de condutas justificante da exclusão de injuridicidade 8. Conclusão; 9. Referências bibliográficas.

1. Intróito

Ao Direito Penal Liberal, qual conquista dum Estado Democrático de Direito, repudiam veementemente as condutas atentatórias da dignidade humana cujas máximas de garantia estão positivadas no texto da *Lex Mater*, e sancionadas ao longo dos diplomas legais.

Nesse viés de pensamento, repousa inconteste a existência da liberdade que se confere aos cidadãos para a profissão de sua fé particular, visto mesmo que a reserva individual de pensamento e crença – já alçada de proteção no exórdio textual do artigo 5º inciso VI, da Carta Magna – sobreleva-se à manifestação de seus cânones nos cultos e rituais religiosos enquanto expressão daquele asseguramento ordenativo.

Doutro turno, quão encontradiças são as condutas humanas em suas vicissitudes e particularidades, é oportuno consignar neste preâmbulo a possibilidade de que o exercício da referida liberdade descambe à infâmia ou ofensa a bem coletivo juridicamente tutelado, qual seja a *saúde pública*.

Com efeito, o comportamento do que sobrepassa os ditames duma seita ou prática fideísta e atreve-se, bruta e afoitamente, a prescrever "medicamentos" ou simular transes ou qualquer outra manifestação confessional em vista duma leviana terapêutica curativa, foge aos desígnios puramente

contemplativos mercê da garantia constitucional e descamba à subsunção do tipo de curandeirismo, cuja repressão toma nota indicativa da incidência do gravame penal.

Dentro desta afronta legal, avistamos o exercício do curandeirismo qual conduta grosseira que, com embaso na rude empiria, tenta debelar as agruras físicas dos crédulos, ora sopesada no tanto em que investida da manta religiosa.

Importa aqui, grandemente, estabelecer parâmetros para facilitação da hermenêutica que tachará uma dada conduta como inserida tão-somente no inolvidável princípio da livre manifestação religiosa e do exercício de culto, mormente no que tem ela de indefesa faculdade fundamental e excluída de qualquer conceituação jurídico-negativa, ou que desvendará a violação do preceito normativo protetor da incolumidade pública atinente mais especificamente no que diz com a saúde de todos no tablado da coletividade.

2. Comentários acerca das liberdades constitucionais

Desde as fundações sócio-democráticas (ou do que assim já se pode considerar) do Estado, restava patente que em certas esferas do atuar humano não poderia ser dado ao Leviatã ingerir. A defesa que se conferia ao cidadão assumia postura dialética e incontroversa no que residia possuírem determinados "direitos" uma singular negatividade na qual, ao tempo em que se interpunham como impassíveis de intromissão estatal, remansaria estarem ao alvedrio do sujeito titular a sua livre administração e justificação positiva.

No magistério de J. J. Gomes Canotilho, tais liberdades, entre as quais descansa a de culto e religião, "costumam ser caracterizadas como posições fundamentais subjetivas de natureza defensiva. Neste sentido, as liberdades identificam-se com direitos a ações negativas; seriam *Abwehrrechte* (direitos de defesa)". Doutro turno, mister se consigne estar marcada esta classe de liberdades pela "*alternativa de comportamentos*, ou seja, a possibilidade de escolha de um comportamento. Assim, (...), o direito à vida é um direito (de natureza defensiva perante o Estado), mas não é uma liberdade (o titular não pode escolher entre "viver ou morrer"). A *componente negativa* das liberdades constitui também uma dimensão fundamental (ex.: ter ou não ter religião, ...)".[1]

1 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 1181-1182.

Como garantia derivada da trinca principiológica regente da vida burguesa (liberdade, fraternidade e igualdade), distinguia-se já no artigo 10 da Declaração de Direitos de 1789 que "ninguém deve ser inquietado por suas opiniões mesmo religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei".

Pelo que então se disse, jaz apascentada a categoria jurídico-constitucional em que se insere o exercício dos cultos religiosos, em suas inexpugnáveis e exteriores revelações: trata-se indubitavelmente duma concessão, ou mais propriamente duma permissibilidade para manifestação espontânea e impoluta das crenças e preceitos litúrgicos, como reserva duma expectativa fundamental e razoável dentro da sociedade civilizada.[2]

3. A liberdade de culto na ordem constitucional brasileira

Inobstante prever a religião católica apostólica romana como a Religião do Império, no que veio sob os influxos e auspícios da fé portuguesa[3], já sob a égide da Constituição Monárquica de 1824 se podia vislumbrar o resguarde ao sentimento religioso próprio porquanto prescrevendo que, *in verbis*: "Ninguém pode ser perseguido, por motivo de religião, uma vez que respeite a do Estado, e não ofenda a moral pública" (artigo 179 § 5º).

O abrigo constitucional em dispêndio à livre manifestação religiosa, outrossim, também se pôde perceber em disposições expressas ou obtidas *a contrario sensu* em todas as seguintes cartas políticas[4], em cujos preâmbulos repousava inclusive, com poucas exceções, uma exaltação à Potestade Extraterrena.

Nesta esteira, como se esperava, houve por bem o Primeiro Legislador assentar na Constituição da República vigente a desapertada e pluralista possibilidade de livre adoração (artigo 5º inciso VI, mais especificamente). O constituinte pátrio, por certo, não se engraçou em ar de originalidade; preservou-se na tradição interna, imbuída de laicicismo, e das diversas nações civilizadas.

2 POUND, Roscoe. *Liberdades e Garantias Constitucionais*. 2 ed. São Paulo: IBRASA, 1976, p. 5.

3 BARROS, Platão. "A Liberdade de Culto e as Constituições do Brasil desde os primórdios da Independência". *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*, a. VII, n. 13, jul./dez. 1974, p. 254-255.

4 Em agasalho a essa *ratio*, vide: artigo 72 § 3º da Constituição de 1891, artigo 113 inciso IV da CF/1934, etc. Cf. ainda: BARROS, P. *Op. cit.* pp. 254-259.

Com efeito, o sistema sócio-cultural brasileiro pode-se incluir numa divisão complexa de tolerância cujos meandros e reflexos jurídicos serenam em forte tradição de aceitabilidade e facilidade de convivência, como regra geral, dos diversos altares de fé aqui presentes. Não é comum notar-se, ou talvez se possa dizer que é extremamente raro perceber-se contendas acirradas ou mais exaltadas cujo moto seja precipuamente religioso.

Neste palmilhar de conformação da cultura de direito no Brasil, necessário se nos mostra proceder a uma precisão terminológica porquanto não se confundem liberdade de crença e liberdade de culto eis que de apartação manifesta.[5] Entendemos, com lastro no texto da *Lex Major*, que crença se reporta aos feitios individuais e de convicção subjetiva, atinentes aos aspectos metafísicos ou mais contemplativos e resguardados do ânimo religioso. Por outro lado, ao falarmos de culto, pertine nosso discurso ao conjunto das expressões litúrgicas e doutrinário-coletivas da religião tomadas não a partir de seus membros isolados, mas de todos que compõem uma seita ou uma filosofia afirmadamente teísta, pelo que, sempre ao consignarmos os léxicos *culto* ou *crença*, devemos rememorá-los como distintos.

4. Curandeirismo: notas atriais

Gozam certos valores do caráter da generalidade em face de que seu primeiro titular não se materializa ou personaliza num ente certo e determinado. A incolumidade pública, tomada em título da coletividade, permanece como sendo objeto de abrangente proteção do que basta a potencialidade lesiva para que se incriminem fatos que a vulnerem.

O suporte legal que vasculha e intimida a violação dessa categoria de valor jurídico toma assento no Título VIII do diploma penal brasileiro e tem como braço sancionador específico, que nos interessa perscrutar, o Capítulo III carreando ao rol criminal em tela as condutas atentatórias à *saúde pública*, entendida esta como o bem coletivo dizente com a normalidade funcional dos indivíduos e asilado pela reunião de medidas jurídicas profiláticas.

O *punctum saliens* de nosso estudo reside precipuamente na tênue linha fronteiriça que circunda a conduta religiosa curativa para vê-la, no mais, em que grau se a pode ter por transposta nos estritos arredores da

5 FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 102.

liberdade de culto e, outrossim, sob que circunstâncias vem a tanger de pronto a saúde pública, descambando deste modo à configuração ilícito-penal do *curandeirismo*.

Para este mister, note-se, não podemos deixar de examinar os quesitos conformadores do indigitado comportamento transgressor cuja proscrição textual reza:

> "Exercer o curandeirismo: I – prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância; II – usando gestos, palavras ou qualquer outro meio; III – fazendo diagnósticos: Pena – detenção, de seis meses a dois anos" (artigo 284 do Código Penal).

De proêmio, ressaltemos que o curandeirismo é, consoante qualificação doutrinária, crime de perigo abstrato ou presumido *iures et de iure*[6], do que resta chegar a potencialidade de dano para seu perfazimento.

A letra da lei permite captar, com embaso na lição dos mestres, que o tipo requer constância, habitualidade, reiteração no comportamento. *Exercer* é verbo que expressa, por si, desempenho, prática, ou repetição a mais que uma ou poucas vezes, porquanto um único ato isolado não é bastante para que se impute o reproche penal. Não há que se impressionar, deste modo, o incauto pelo fato de apenas o inciso I fazer constar tal termo.[7]

Subjetivamente, pode a delinqüência ser cometida por qualquer um do vulgo, não sendo inconcussa a *ratio*, por nós agasalhada, que vislumbra a possibilidade de também o médico ter sua conduta enquadrada na previsão legal.[8] Em todo caso, no pólo passivo da relação ofensivo-penal, havemos a coletividade, como titular da saúde pública assolada, e ainda, secundariamente, cada uma das vítimas diagnosticadas ou tratadas pelo curandeiro, mesmo que não se as determine.

---

6 Neste sentido, FRANCO, Alberto Silva *et allii. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, vol. 1, tomo 2. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 3307,.

7 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, vol. 3: Parte Especial. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 187. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, vol. 2: Parte Especial (Edição Universitária). Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 281. NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, vol. 4. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1992, pp. 72-73.

8 Crendo ser impossível o médico incorrer em curandeirismo por deter conhecimentos científicos na arte de curar, vide FRAGOSO, H. C. *Op. cit.* p. 281. No outro pólo de entendimento, havemos: MIRABETE, J. F. *Op. cit.* p. 184.

No que pertine aos dados objetivos do tipo, como já ventilado, *exercer* quer dizer desempenho, prática do curandeirismo. As formas da transgressão encontram-se enumeradas nos incisos subseqüentes. *Ministrar* significa prestar, inocular; *prescrever*, recomendar, indicar; *aplicar,* apor, administrar. Nesses casos, não se requer seja a substância ministrada, aplicada ou prescrita nociva: mesmo inócua representa perigo à coletividade visto que embaraça em regra as encomendações da terapêutica regular. Em conseguinte, elenca-se o caso de valer-se o agente de *gestos* (como passes, danças, encenações), *palavras* (quais preces, esconjuros, benzeduras etc.) ou outra manifestação de mesmo jaez que implique no intento curativo. Ao fim, prevê-se a conduta do que se arvora a habilidade para promover *diagnósticos,* i.e. procura determinar a moléstia não pelas vias clínicas ou ambulatoriais, mas por suposições e crendices odiosas e arriscadas.

O elemento subjetivo do tipo é o dolo genérico, qual a vontade livre de exercer o curandeirismo, praticando qualquer das figuras listadas no artigo 284, não se incriminando a modalidade culposa. Despiciendo haja fim lucrativo, que, em existindo, é apenas causa de maior punibilidade, consubstanciada na cominação de multa, a teor do parágrafo único do suzo aludido dispositivo.

Consuma-se a infração com o efetivo exercício, com a conduta reiterada do que atende por curandeiro, pelo que incabente e inadmissível a tentativa.[9] Nesta linha, não havendo o desiderato de promover a melhora física do paciente crédulo, podemos enxergar a conduta do artigo 27 da Lei de Contravenções Penais ("*Explorar a credulidade pública, mediante sortilégios, predição do futuro, explicação do sonho ou práticas congêneres*").

5. Proposta de tipologia infracional

O caráter epistemológico do estudo jurídico depende da precisão dos termos, conceitos e categorias que ao redor do objeto sob análise se desenvolvem. Daí enxergarmos a importância da disposição das eventuais modalidades de curandeirismo, sob critérios delimitados que evidenciem o rigor da análise.

9 DELMANTO, Celso *et allii. Código Penal Comentado.* 4 ed. São Paulo: Renovar, 1998, p. 483.

Tomando como nota dominante a relação do crime em tela com o tratamento regular guarnecido pela serenidade científica, podemos dividir o curandeirismo encarado ora como *terapêutica complementar* ora como o que se engendra e perpetua *isolado*.

Resta claro que as crendices e mandingas de seitas no afã da melhora ou da cura de enfermidades são de mais intensa periculosidade no tanto em que efetuadas de forma desconexa e destacada de qualquer acompanhamento médico, não importando que não causem efetivamente lesão à integridade física ou à vida de indivíduos certos, ou mesmo que ocasionalmente logre no escopo curativo.[10]

Outrossim, encaramos aqui ainda mais forte a dita abstração do risco à saúde pública quando se proclama desnecessária a intervenção oficial do sistema de saúde e se a posterga aos azares do agente cooptador do desconsolo dos crentes incultos e impressionáveis.

Comum que a medida se avulse *por recomendação* do sujeito delinqüente, como no caso do pai de santo que prescreve aos seus seguidores o abandono dos medicamentos receitados em vista da eficácia de suas garrafadas e despachos. Noutra ótica, pode-se tomar ainda o caso em que, decorrendo da *vontade da vítima*, restringe-se tão somente às aposições e práticas espíritas e de benzimento.

Em angulação diferente, por lastro na cadeia de complementariedade ao tratamento regrado e escorreito, pode ocorrer de os atos típicos se darem em seus efeitos *obstaculizando* ou *retardando* o reparo dos males da saúde, quando não mesmo os *agravando*[11]. Efetivamente, a procura aos místicos costuma ocorrer após desiludido o paciente pela aparente imprestabilidade ou pela demora dos preceitos convencionais. Em ocasiões assim, a aposição de nova terapêutica não recomendada pelas técnicas e procedimentos conhecidos é de realçada periculosidade.

Por contrapartida, afigura-se possível que, aliada ao caráter suplementar da aplicação das pomadas e dos passes, vejamos uma tal *inocuidade*

10 MIRABETE, J. F. *Op. cit.* p. 188. NORONHA, E. M. *op. cit.* p. 68. Ainda: TACRIM-SP – AC – Rel. Valentim Silva – JUTACRIM 32/161 *apud* FRANCO, A. S. *et allii. Op. cit.* p. 3308.

11 Percucientemente, afirma-se que "Em geral, os curandeiros gozam da fé de pessoas atrasadas, que os procuram para tratamento de doenças, ocasionando o retardamento da terapêutica apropriada, daí decorrendo o agravamento da moléstia que o curandeiro se propõe a curar." JESUS, Damásio de. *Direito Penal,* vol. 3: Parte Especial. 19 ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 375.

a permitir se creia que os rituais do curandeiro *in casu* não influem de qualquer maneira nos acenos clínicos especializados.

Nesta última hipótese, devemos ressaltar, prefacialmente, os contornos da dupla inofensividade aptos a descondicionar a imputação da reprimenda. Falamos aqui de impossibilidade de lesionamento ora da substância, ato ou gesto, incapazes de majorar a dor ou provocar moléstias (o que, ademais, não basta *de per si* para se excluir iliceidade), ora da própria conduta curandeirística globalmente considerada, que, concomitante e clinicamente ineficaz, não interrompe nem estorva os efeitos do tratamento.

6. Incidência da norma de liberdade e da regra criminal

É cediço que apreciações inadvertidas podem levar a cuidar suficiente o enquadramento penal para, conseqüencialmente, se impute a censura. Numa perspectiva desapurada, todo indivíduo aplicador de passes, enredado nos ânimos exorcistas de cura, os ministros e apóstolos entendidos na terapêutica das ervas e raízes seriam dignos de apenamento para os fins genéricos e pessoais de intimidação e castigo, porquanto plenamente conformado o tipo incriminador.

Da mesma forma que se pode infirmar a falta de rigor e o descuidado na empiria confessional, prescrevendo-lhes admoestação, não é de menor reprovabilidade se acoimar como delituosa, de maneira generalista, qualquer conduta de prospecto religioso e fito de restabelecimento da saúde.

O princípio da liberdade de culto desautoriza a que se tomem por contraventoras do complexo normativo certas situações em que, preambularmente, não age o sujeito apartado dos mandamentos e permissões da Carta Maior. Ao passo em que atua o estatuto penal como sancionador das máximas constitucionais, não havemos de olvidar os respaldos que a letra da *Lex Mater* apõe ao sistema a si subordinado, moderando a capa impositiva que uma visão jurídica estreita pode ensejar.

Embora restem configurados amplamente na jurisprudência e na doutrina pátrias como curandeirísticos e apenáveis os passes e benzeduras típicas das seitas e filosofias religiosas que pugnam pela exortação espiritual elevada (*v.g.* RT 287/434), é certo que a simples intervenção pretensamente médica não se amolda fatalmente à silhueta do perigo que busca solapar o artigo 284.

A trilha hermenêutico-sistemática inculcada na meditação do jurista mais avisado não permite que venha este a redomar o tipo penal para aplicá-

lo, disjuntivamente, em detrimento das regras concessivas componentes da ordem normativa brasileira.

Com efeito, afeiçoa-nos límpido que a *ratio essendi* da incriminação em tela se localiza mais conformemente no estado *efetivo* de perigo comum engendrado pelo sujeito que se julga capacitado a provocar, por meio de suas superstições ou mesmo por seu infame intuito fraudatório e aproveitador, a ingenuidade dos desesperançados enfermos para neles ingerir seus falsos prognósticos, emplastros e encenações.[12]

Em sendo assim, faz-se preciso que nos revolvamos da comezinha concepção que enxerga caracterizado o delito no simples fato de agir o indivíduo em vista do debelamento dos males corpóreos, em muitas das vezes clinicamente desenganados, além da capa presuntiva absoluta que se concebe a partir da implementação da conduta.

As garantias e liberdades sumuladas no topo do ordenamento jurídico brasileiro são, mais que faculdades, esferas de proteção do cidadão perante o Estado. Como retro já dito, ao ente politicamente organizado não é dado se imiscuir na conduta do que se atém aos círculos de ação e defesa individuais, sem se irromper contra os valores e bens coletivamente assegurados.

Desta forma, decidiu-se também que "o ato de benzer, comum a muitas religiões e crenças, é prática difundida em todo o país, e se quem o pratica não faz disso profissão remunerada, não se configura o delito de curandeirismo." (JUTACRIM 15/227).[13]

Embora parta de premissa equivocada quando vista isoladamente (i.e. não punição por ausência do aspecto remuneratório e profissional), não se pode deixar de ter por emblemática a proposta de alargamento da severidade penal para enxergar que não basta a visualização do escopo terapêutico para que se tome por completa a hipótese do artigo 284 do CPB. Doutra maneira, a se ver diferentemente, muito do que hoje se procede em cidades pequenas e distantes, ou mesmo nos núcleos de umbanda, candomblé, espiritismo etc. dos centros urbanos, subsumir-se-ia na figura indigitada (em que se recomendam, algumas das vezes, exclusivamente vitaminas, chás ou então se prostram os confidentes ajoelhados em prece ao seu Deus de adoração, sem mais qualquer potencial lesivo) e justificaria o apenamento, esquecendo-se, desta feita, de elementos outros que integram igualmente a conduta que se tisna criminosa.

12 Falando-se sobre líder religioso, normalmente se entende que "Quando se propõe a curar, o praticante comete o crime". MIRABETE, J. F. *Op. cit.* p. 185.
13 *Apud* FRANCO, A. S. *et allii. Op. cit.* pp. 3311-3312.

Desta maneira, havemos dispostas *facie ad faciem* uma regra de nível material e hierárquico maior de que consta consentimento para a expressão litúrgica, incluindo protetivamente o ambiente de culto, e uma regra penal estabelecendo condição naturalística para o sancionamento do curandeirismo, o que, frise-se, não constitui um conflito de normas, mas a dupla incidência de regramento sobre uma área do agir humano que exigirá do estudioso instrumentos balizadores na pesquisa da interseção entre as esferas da liberdade e da aplicação da pena, ora em prospecto.

7. Categoria de condutas justificante da exclusão de injuridicidade

Ao tomarmos por consideração os rituais religiosos que inusitadamente se poderiam dizer vulneradores da saúde pública, é de bom senso registrarmos a permissividade derivada de norma constitucional cujo ajuste não reage em ótica diferente da ofensa à ordem pública e aos bons costumes.

Acontece que se mostra incabível a sustentação precipitada da absolutez da *presumptio* em que se toma o perigo causado pela prática subsumida em alguns dos comandos insculpidos no artigo 284 do CP. Cabe se atentar para sua configuração quando não consideramos como suficiente o tão-só cometimento de qualquer das figuras arroladas no artigo para que se funde devida a punição, qual sói doutrinar majoritariamente. Noutras palavras, descremos bastante o perfeito amolde ao lineamento típico-penal em vista da aplicação da pena.

Com isso, não pode ferir a presunção legal de perigo a cristalina realidade de que situações há em que, a despeito de consubstanciada a previsão legal (prescrição, aplicação, gestuais...), não exsurgirá a mais mínima capacidade perniciosa do fato de se receitar sopas ou encenar passes e bênçãos aos fiéis, mesmo que incultos e grosseiros.[14]

A ilação aqui é atingida quando se inquire a justeza ou não, por medida constitucional e não puramente moral, da acusação que recai sob apóstolos de doutrinas que discursam a cura pela fé, externada às vezes em preces ou bebidas carentes de qualquer risco à incolumidade física de outrem.

Não se quer, destarte, invalidar a tipificação de condutas místicas que extrapolam as atividades religiosas e enveredam nos obscurantismos

14 Noutra perspectiva, é de se citar o acórdão proferido pela 6ª Turma do STJ, no Habeas Corpus 1498 / RJ, em relato do Min. Luiz Vicente Cernicchiaro e publicado no DJ de 16/08/1993 à p. 15994, deliberando tratar-se de crime de *perigo concreto*. (Disponível na Internet: **www.stj.gov.br**, [06/08/2003]).

ignóbeis dos tratamentos não convencionais. Quer-se mostrar, doutro turno, a demarcação de certos atos que sobrepassam a austeridade do elenco jurídico-penal para se verem avalizados pela liberdade da Lei Maior, que não são, de modo algum, irrelevantes para o direito. Estando, por certo, caracterizada como figura típica uma dada conduta, não há que se falar em ajuridicidade, mas noutra sorte de acontecimento hábil a imunizar o sujeito contra a condenação.

Neste rastro, temos por induvidoso não remanescer ilicitude na situação do simples acompanhamento espiritual do que aplica passes, professa rezas e benzeduras despidas de caráter simulatório ou ardiloso, ou ministra pomadas e ungüentos de muito consagrados na medicina ordinária e desprovidos de qualquer efeito agressivo, conquanto não se afoite o ministro-curandeiro a diagnosticar ou prescrever sua terapêutica como unitária.

Em outros termos, inobstante configurada a hipótese factível de alguns dos incisos do artigo 284 (precisa e taxativamente: I e II), com os requisitos mesmo da habitualidade e do intento curativo nas corporaturas, entendemos apartada a incidência do dispositivo penal em sua prescrição final por excluída que lhe foi a antijuridicidade, a teor do artigo 5° inciso VI da Constituição Federal, nos casos em que inexiste potencialidade de lesionamento a bem jurídico coletivo, ou individual que seja, dentro limites do permissivo normativo que se aprecia

Daí, igual ao aparte axiológico que tem o condão de excluir o desvalor que qualificaria o fato *sub examine* como contrário à ordem jurídica[15] e acarreta impunição do que age, por exemplo, sob os bons agouros da legítima defesa (artigo 25 do CPB), afasta-se a incidência da sanção logo que integralizada uma perfeita inocuidade, uma plena inofensividade a despeito da afetação doutrinariamente ventilada, que mais se incorpora no espectro das liberdades fundamentais em detrimento da aparusia do tipo legal.

Há, neste dizer, uma inabilidade fática e jurídica no experimento para avaria da incolumidade pública, porquanto tal estreita possibilidade contém, ou, mais precisamente, é contida pela regra de garantia não admitindo assim a reprimenda.

Disso, temos por nós não haver increpação inoculável ao que ministra ou aplica substâncias dotadas apenas de significação na arte própria, ou profere rezas e ensaios inoperantes ou mesmo benfazejos, sendo em toda hipótese tomado complementarmente ao procedimento médico-

15 BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime.* Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 105.

ambulatorial, sem qualquer laivo de prejuízo físico ou ao tratamento científico entoado.

Não há que se deslembrar, decerto, o proveito psicossomático, já tão noticiado hodiernamente, advindo da profissão de crenças engrandecedoras do estado anímico, inobstante não vermos, como alguns, valia e dignidade jurídica em certas manifestações parapsicológicas ademais nunca provadas. Não nos cabe, porém, exaustar tal matéria.[16]

A determinação de moléstia, por outro lado, mediante abjetos parâmetros vulgares ou ilaqueadores da boa-fé e do sentimento religioso não padecem da mesma dignidade. Não há se coadunar o sistema com os pseudopromotores de diagnósticos conquanto o quase infalível escoamento ao desacerto tende a maior caracterização de sua repulsividade, devendo ser combatido sem permeios.

Assim, não vigora a mesma inferência de irreprovabilidade para o que procura determinação de patologias sem supedâneo semiológico (anamnese, inquirições físicas e complementares etc.) porque de tal fato se tomam os preparativos para a terapêutica que se dará, via de conseqüência, *ab initio* desnaturada, perpetuando seguramente uma nocividade que arrazoa a presunção do perigo vergastado.

Bem por isso, de se ultimar possível a exclusão da ilicitude nas condutas dos incisos I e II do artigo 284 no tanto em que lastreadas sob o regime constitucional da liberdade de culto, quando não decididas isoladamente nem tragam risco à saúde (por aquela esboçada dupla inocuidade) dos crédulos indeterminadamente considerados[17].

Entendemos ainda necessária a ausência do aspecto remuneratório visto que, além de se mostrar incompatível a instrução confessional dedicada com a paga em dinheiro, não havemos defensável a fixação de honorários pela cura popularesca, máxime ser a motivação pecuniária causa de imposição dum *plus* simbolizado pela pena de multa (par. único do art. 284, CPB).

16 Para outra percepção sobre esse tema específico, vide: BORGES, Valter da Rosa. *Parapsicologia e suas relações com o Direito. Instituto Pernambucano de Pesquisas Psicobiofísicas*. Disponível na internet: http://www.parapsicologia.org.br/artigo05.htm [10.08.2003].

17 Numa visão menos ampla, ensina o mestre Damásio de Jesus que, *verbis:* "as palavras e gestos, quando atos de fé, não caracterizam o delito" (*op. cit.* p. 376).

8. Conclusão

Pressuposto de civilidade e convivência numa sociedade democrática é que possam seus membros ter assegurado um conjunto de faculdades, de elevada ordem de importância, sem as quais não haveriam como exercer os atributos de sua personalidade e desenvolver-se moralmente. Albergados nesta guarida estão os compostos religioso-litúrgicos inerentes ao ser social.

O que tristemente se nota é que, apesar da tradição de coexistência e multiplicidade religiosa, remansa a maioria intelectualizada num preconceito velado e mesmo em reservas profundas acerca do proselitismo menos abastado das crenças com acentuado enfoque nas coisas do espírito e no sobrenatural. Daí, *v.g.*, a constante animosidade em face de seitas denominadas de baixo espiritismo, como umbanda, candomblé, e confissões exaltadas de mesmo jaez que apregoam em seus cerimoniais a cura de achaques pela fé no Transcendente.

Em todo caso, neste despretensioso estudo, objetivou-se traçar parâmetros introdutórios especificamente sobre a liberdade de culto, conquanto se preste a justificar o afastamento da imposição penal sobre certa categoria de comportamentos que, *a priori* e ainda mais por sua perfeita conformação ao tipo de curandeirismo, infringiriam a tutela da saúde pública. Trouxe-se a lume, por oportuno, que a integralização da figura é elemento indicativo da antijuridicidade, não pressuposto satisfatório à implicação valorativo-negativa[18] e tampouco à censura criminal.

Não há excogitar ser devida a repressão estatal quando, da simples e inultrajante devoção religiosa, esgrimem-se facetas de repugnância social quais as do ministro de seita que encaminha diagnóstico ou que, com seus chás e benzeduras execráveis, instrui seus seguidores ao abandono da medicina secular. Da mesma forma, merecedor de punição o que encena argutamente danças e rituais para tratamento de doenças incuráveis, mesmo que sem desígnio pecuniário, instigando deste modo a compleição física do paciente debilitado.

A admoestação em casos que tais deve ser a regra, porquanto a configuração do tipo é induvidosamente indício da iliceidade. Como vimos, a proteção da incolumidade pública, no que pertine à saúde da coletividade, torna presumível o fator risco embutido no exercício do curandeirismo,

18 BRANDÃO, C. *Op. cit.* p. 54.

justamente pelo perigo de agravamento da enfermidade, frustração da terapêutica oficial ou mesmo de lesão altaneira que pode trazer em seu âmago.

Porém, mais injusto que uma eventual impunidade seria o fato de se impor privação da liberdade aos sujeitos que, lastreados em seus dogmas e preceitos litúrgicos, externa uma sua faculdade garantida no bojo da letra constitucional, promanando em seus cultos um tratamento alternativo complementar e inócuo.

Em arremate, cabe dizer que a regra delimitativa por nós traçada, com embaso numa proposta tipológica, serve de baliza à apreciação do magistrado. Não importa complacência ou impunidade. Bem ao revés, põe em relevo o asseguramento dum alvedrio magno excludente de injuridicidade que, quando não eivado de cunho abusivo ou imoral, presta-se a transplantar o indivíduo à completude religiosa de que carece, e de que carecemos todos.

Cuidamos não de irrelevância, mas de permissivo em vista da ausência de violação a bem jurídico, restando inolvidada a reza constitucional da liberdade.

9. Referências bibliográficas

BARROS, Platão. "A Liberdade de Culto e as Constituições do Brasil desde os primórdios da Independência". *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*, a. VII, n. 13, jul./dez., 1974, p. 251-262.

BORGES, Valter da Rosa. *A Parapsicologia e suas relações com o Direito*. Instituto Pernambucano de Pesquisas Psicobiofísicas. Disponível na internet: http://www.parapsicologia.org.br/artigo05.htm [10.08.2003].

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro: Forensz, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DELMANTO, Celso *et allii*. *Código Penal Comentado*. 4 ed. São Paulo: Renovar, 1998.

FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, vol. 2: Parte Especial (Edição Universitária). Rio de Janeiro: Forense, 1989.

FRANCO, Alberto Silva *et allii. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial,* vol. 1, tomo 2. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal*, vol. 3: Parte Especial. 19 ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1994.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, vol. 3: Parte Especial. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, vol. 4. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

POUND, Roscoe. *Liberdades e Garantias Constitucionais*. 2 ed. São Paulo: IBRASA, 1976.

EM BUSCA DA MÁXIMA EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Bruno Rodrigues Arruda e Silva
(Acadêmico do 9º período da Graduação em Direito da UFPE; ex-monitor de Direito Processual Geral)

Sumário: 1. Introdução; 2. Evolução histórica do direito de propriedade; 2.1. Surgimento e noções introdutórias; 2.2. Concepção liberal; 2.3. Reações ao absolutismo da propriedade privada: a função social da propriedade; 3. O Direito Brasileiro; 3.1. O direito de propriedade nas Constituições brasileiras; 3.2. A função social e o direito de propriedade na Constituição de 1988; 4. Conclusões em busca da eficácia social da Constituição; 5. Bibliografia

1. Introdução

Com o presente trabalho pretende-se abordar o instituto da função social da propriedade para compreender sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, faz-se necessário uma breve observação da evolução do conceito de propriedade a fim de evidenciar a tendência hodierna de sua publicização, restringindo-se cada vez mais o absolutismo antes imperante nessa matéria.

Decerto, o advento de um Estado Democrático de Direito, fundado em valores como a dignidade da pessoa humana e na promoção do bem-estar coletivo, não pode tolerar situações de plenipotência no exercício de poderes pelo proprietário. O uso anti-social da propriedade é mais do que uma afronta ao direito: configura gravame à moral de uma sociedade, à consciência social de uma Nação subdesenvolvida na qual milhões de pessoas encontram-se excluídas do acesso a qualquer acepção que se tenha da noção de "cidadania".

No Brasil, os avanços trazidos pela Constituição de 1988 no tratamento da propriedade adquirem sobeja relevância quando contrastados com

a realidade de um País com índices alarmantes de concentração de terras. Segundo o Censo Agropecuário do IBGE realizado em 1985, cerca de 1,4% dos proprietários detém 50% das terras cultiváveis, a maior parte das quais mantidas improdutivas.

Assim, em face do anseio cada vez maior da sociedade por uma correta distribuição de justiça social, pela concretização dos direitos fundamentais, faz-se mister a elaboração de trabalhos que busquem abordar questões relacionadas à cidadania com o escopo de resgatar o fundamento último de qualquer ordenamento democrático: a dignidade da pessoa humana.

2. Evolução histórica do direito de propriedade

2.1. Surgimento e noções introdutórias

Como se sabe, a apropriação dos bens na natureza advém dos tempos mais remotos da humanidade, havendo ocorrido, inicialmente, sob a forma comunal, fenômeno implementado principalmente com a descoberta da agricultura e da conseqüente sedentarização do homem. A noção de domínio, todavia, só foi talhada com contornos jurídicos em Roma. É preciso observar, contudo, que os doze séculos decorrentes entre sua fundação e a queda de Constantinopla desautorizam uma concepção estanque quanto à propriedade romana.

Não obstante, pode-se assentar o marcante individualismo desse período, levando José Cretella Jr. a aduzir que "não interessa ao romano dos primitivos tempos o que possa acontecer com a coisa, nem os danos que sua destruição possa ocasionar ao vizinho ou à coletividade. A propriedade tem um sentido personalíssimo, individualista."[1], inferindo então que ela se apresentava aos romanos "como uma dominação, verdadeiro *dominum*, poder direito, absoluto, imediato e total da pessoa sobre a coisa."[2].

Contudo, tal absolutismo sofreu relativo abalo com o *Corpus Juris Civilis*, vez que unificou o conceito de propriedade, extinguindo os diversos tipos até então existentes, apesar de haver preservado seu caráter exclusivista. Não se pode olvidar, entretanto, que o *Digesto* haja imposto limitações de grande simbolismo ao qualificar a propriedade como a fa-

1 CRETELLA Jr., José. *Curso de Direito Romano*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 170.
2 *Idem*, p. 169

culdade de se fazer o que se quiser sobre a coisa, exceto o que fosse vedado pelo ordenamento. A lei inova ao disciplinar o exercício da propriedade, e não simplesmente sua garantia.[3]

O ponto a se ressaltar consiste na assertiva segundo a qual o absolutismo do direito de propriedade não vigorou ao longo de todo o período da Roma Antiga, sofrendo paulatinas limitações durante os séculos. Tal constatação vem a corroborar o entendimento segundo o qual a propriedade é um dos conceitos mais fluidos do Direito, sofrendo influxos sócio-econômicos decisivos na moldagem de sua definição, revelando-se teratológica qualquer afirmativa em contrário.

2.2. *Concepção liberal*

A evolução histórica conduz a humanidade através do feudalismo rumo à ascensão burguesa e de sua ideologia de classe: o liberalismo. Tal corrente de pensamento, à qual se filiam os filósofos iluministas, surgiu como contraponto ao Estado Absolutista, exaltando idéias centradas na valorização do indivíduo em detrimento do poderio estatal. Surgem daí as concepções dos direitos naturais como aqueles inerentes à humanidade, anteriores à própria concepção do Estado. Atestam, assim, que a razão de ser de qualquer ente estatal residiria na proteção desses direitos. O Estado Mínimo liberal nasce desse ideário, concretizado no clássico bordão do *laisser faire, laisser passer*.

A concepção liberal sobre o direito de propriedade representou o apogeu do extremado individualismo. Um dos pensadores dessa época a dedicar mais atenção ao problema foi John Locke, o qual procurou demonstrar que a propriedade é um direito natural, pois nasce e se aperfeiçoa no estado da natureza. Buscou o seu fundamento no trabalho do homem, empregado para apropriar-se de uma coisa ou para transformá-la, valorizando-a economicamente. O egoísmo de sua teoria é tamanho que chega a alçar a propriedade privada como o "direito natural por excelência", a ponto de resumir nele todos os demais direitos naturais, como a liberdade humana, qualificando-a como fim último do Estado.[4]

---

3 Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 285

4 Norberto Bobbio, escrevendo sobre a teoria política de John Locke, traz anotações relevantes sobre a concepção liberal-individualista do direito de propriedade: *"É certo que um dos maiores esforços feitos por Locke, em sua teoria do governo, é o de demonstrar*

Tal justificativa filosófica estava de acordo com os interesses da burguesia ascendente, servindo como embasamento ideológico da Revolução Francesa de 1789. O caráter absoluto e exclusivo reservado à propriedade quedou plasmado com vigor no Código Civil Francês de 1804, o Código Napoleônico, o qual erigiu a propriedade privada à condição de núcleo de todo o ordenamento jurídico, na famosa definição de seu art. 544 como sendo *"o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta"*.

2.3. Reações ao absolutismo da propriedade privada: a função social da propriedade

O capitalismo liberal consolidado no início do século XIX, todavia, firmou-se como um sistema de legitimação da dominação burguesa. A liberdade irrestrita do mercado, aliada à existência de um Estado Mínimo combalido, com função exclusivamente de poder de polícia, desempenhando um papel negativo de resguardo do indivíduo, mas sem possibilidade real de implementar políticas públicas de intervenção na economia para tutelar a dignidade dos mais necessitados, conduziu a sociedade a um abismo social. O debute do século XIX assistiu ao crescimento de uma nova classe: o proletariado.

No seio dessa camada social, esmagada pela força dos industriais, surge campo fértil para o desenrolamento de concepções contestadoras ao liberalismo, inspiradas na busca de novos modelos econômicos cujos primados repousassem na implosão da maior fonte de desigualdades sociais: a propriedade privada. Marx e Engels, fundadores do socialismo científico, defendiam a socialização dos meios de produção, pregando a extinção da propriedade privada, por identificarem nesta a origem das injustiças sociais.

O caráter absoluto da propriedade passa a sofrer ataques por todos os lados. Até mesmo a Igreja Católica soma sua voz em favor de uma concepção humanista do instituto focalizado, como evidenciam as diversas encíclicas papais da época, mormente a *Rerum Novarum*, de 1891, pela

que a propriedade é um direito natural no sentido específico de que ele nasce e se aperfeiçoa no estado da natureza, ou seja, antes que o Estado seja instituído e de forma independente. Aceito este princípio, não nos espantaremos de ler a todo o momento que um dos fins para os quais os homens se reúnem em uma organização política é a conservação da propriedade". Para Locke, *"o magistrado não deve fazer nada a não ser com o objetivo de assegurar a paz civil e a propriedade dos seus súditos."* (BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*. 2ª ed. Brasília: UnB, 1998, p. 187)

qual retoma-se as idéias de São Tomás de Aquino, defendendo-se que o uso da propriedade é condicionado pelo bem-estar da coletividade. Coloca-se como um meio termo, denunciando as mazelas do capitalismo, mas rejeitando a solução socialista.[5]

As críticas filosóficas não tardam a aparecer, inicialmente com o Positivismo de Auguste Comte, segundo o qual cada cidadão seria um funcionário público, com deveres e pretensões perante a sociedade, em face do que a propriedade, possuiria "uma indispensável função social destinada a firmar e administrar os capitais com os quais cada geração prepara os trabalhos da seguinte."[6]

Dentre os juristas, Orlando Gomes aponta Gierke como a primeira voz autorizada a proclamar a imposição de deveres sociais à propriedade privada, o qual, discursando sobre "A missão social do direito privado", em 1889 na Alemanha, afirmara que aquela não deveria servir apenas ao interesse egoístico do proprietário, mas ser ordenada no interesse de todos.[7]

A popularização do termo *função social da propriedade*, no entanto, é creditada de forma uníssona entre os estudiosos do tema, ao constitucionalista francês Léon Duguit, o qual traçou as principais linhas de sua doutrina ao longo de uma série de conferências proferidas em Buenos Aires, em 1911, compiladas posteriormente na famigerada obra *Les Transformations Générales du Droit Privé Français dépuis le Code Napoleón*. As idéias do mestre de Bordeaux representam verdadeiro marco de transformações no Direito Civil, alçando-o ao posto de grande predecessor da humanização da propriedade capitalista.

A grande inovação de Duguit está em haver abandonado a concepção da propriedade privada como um direito subjetivo absoluto do indivíduo para realçá-la como uma função social. O professor francês lança mão do magistério de Auguste Comte, segundo o qual não existem direitos subjetivos, mas apenas deveres de cada pessoa para com a sociedade.

Em sua análise reluz um aspecto eminentemente sociológico, pois o próprio autor reconhece que suas conclusões não derivam de normas jurí-

5 Cf. TANAJURA, Grace Virgínia. *Função social da propriedade rural*. São Paulo: LTr, 2000, p. 22

6 *Apud* MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 93

7 Cf. GOMES, Orlando. *Novos temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 271

dicas, mas sim da ação da lei de interdependência social.[8] Nessa vertente de pensamento, Serpa Lopes aduz que para Duguit, "nas sociedades modernas, nas quais chegou a imperar a consciência clara e profunda da interdependência social, assim como a liberdade é o dever para o indivíduo de empregar suas atividades física, intelectual e moral no desenvolvimento desta interdependência, assim a propriedade é para todo possuidor de uma riqueza o dever, a obrigação de ordem objetiva, de empregar a riqueza que possui em manter e aumentar a interdependência social."[9]

O pensamento do autor radica na premissa de vislumbrar a propriedade como uma instituição jurídica criada para responder a uma necessidade econômica, a qual, hodiernamente, assume feições de necessidade social, não mais individual. Como decorrência deste ponto central, Duguit desvincula a propriedade da noção de direito subjetivo para qualificá-la como simples situação jurídica objetiva, situação de fato protegida pelo Direito. Para o constitucionalista francês, só existe a *propriedade função*, verdadeira antítese do direito subjetivo de propriedade. Assim, diversamente do que se costuma afirmar em nossos dias, para Duguit, a propriedade não *tem*, mas *é* uma função social.

A obra de Duguit, não obstante as críticas contra ela deferidas, em razão de identificar categoricamente a propriedade com a sua função social, afigura-se contribuição inestimável ao remodelamento jurídico daquela. Muito embora os ordenamentos ocidentais compatibilizem os conceitos de direito subjetivo e função social, como acontece na nossa Carta Magna, a doutrina lançada pelo professor francês marca uma nova era no tratamento do direito de propriedade. Não por acaso, alguns anos após a publicação de sua obra, a função social da propriedade foi erigida ao *status* de preceito constitucional em diversos Estados. O vanguardismo coube à Constituição Mexicana de 1917, tida como a primeira Carta social-democrata. Contudo, a grande repercussão do tema adveio da Lei Fundamental de Weimar, de 1919.[10]

A nova formulação aludida resulta da evolução histórica do papel do Estado, sobretudo após a 1ª Guerra Mundial, que marcou a ruptura do modelo

8 Cf. MORAES, José Diniz de.*Op. Ct.*, p. 96

9 LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. v. 6, 2ª ed.. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982, p. 243

10 *"Art. 153. A propriedade obriga e o seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função no interesse social."*

sócio-econômico desenvolvido no século XIX. O Estado Liberal cede lugar ao Estado Social, inaugurando-se um novo período para os direitos humanos, os quais passam a ser incorporados às diversas Cartas Políticas, na forma de direitos fundamentais, em um movimento de positivação de antigas aspirações sociais. O desafio desse novo modelo estatal reside em distribuir justiça social, de forma que as garantias consagradas nos textos constitucionais não representam meras limitações ao poder do governo, tal qual acontecia na ordem anterior, mas genuína prescrição aos Poderes Públicos, em relação aos quais existe um dever inolvidável de proceder à efetivação dos direitos associados à cidadania.[11]

A propriedade privada sofre profundas transformações, passando a figurar em praticamente todas as Cartas Fundamentais ocidentais, como assenta Jorge Miranda, ressaltando que "nas Constituições de tendências sociais, ainda quando não se dissocia dos direitos fundamentais, liga-se à ordem econômica, ficando condicionado por outros interesses e valores e posto ao serviço de uma função social."[12]

3. O Direito brasileiro

3.1. O direito de propriedade nas Constituições brasileiras

O direito de propriedade sempre esteve presente nas Constituições brasileiras. As duas primeiras, entretanto, na esteira do ideal liberal então vigente, não estabeleceram quaisquer limitações ao seu exercício, como se colhe do art. 179, XXII da Carta Imperial de 1824,[13] e do art. 72, § 17, da *Lex Mater* de 1891.[14]

O período de vigência da primeira Carta republicana, deve-se frisar, traz como marco a promulgação do primeiro Código Civil brasileiro, em 1916. Apesar de ventos progressistas já soprarem da Europa a essa época, o legislador não se permitiu influenciar por tal, preferindo homenagear a concepção napoleônica na elaboração da célebre fórmula do art.

11 Cf. LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp. 70-72

12 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1988, p. 430

13 Art. 179, XXII: "É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude."

14 Art. 72, §17: *"O direito de propriedade mantém-se em todo a sua plenitude."*

524: *"A Lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua."*[15]

A primeira referência à doutrina da função social da propriedade só despontou com a Constituição de 1934, influenciada pela Constituição de Weimar.[16]

O curto período de vigência da Carta epigrafada, derrubada pela ditadura do Estado Novo, não foi suficiente para materializar os princípios sociais trazidos à colação, fato que se refletiu nas disposições da Constituição Polaca (1937)[17], de autoria de Francisco Campos, pela qual foram retiradas as amarras da função social.

O aspecto funcional só veio, efetivamente, a ser previsto em nosso ordenamento com a Carta Política de 1946, "produto de uma postura intervencionista e assistencialista adotada pelo Estado brasileiro, no primeiro pós-guerra, sobretudo após os anos 30."[18] Celso Antônio Bandeira de Mello classifica tal diploma com um marco jurídico, pois não apenas prevê a desapropriação por interesse social, mas aponta "para o rumo social da propriedade, ao ser prefigurado legislação que lhe assegure justa distribuição, buscando mais que a tradicional igualdade perante a lei, igualdade perante a oportunidade de acesso à propriedade."[19]

A Carta de 1967 praticamente reproduz as palavras da anterior, inovando, porém, ao inserir a função social da propriedade como princípio da Ordem Econômica e Social.[20]

---

15 Como demonstração do pulsante conservantismo de então, a ponto de excluir qualquer restrição ao exercício de tal direito, compare-se a redação final do art. 524, acima colacionada, com o projeto original do mencionado dispositivo: *"Art. 524. A lei assegura ao proprietário, dentro dos limites por ela traçados, o direito de utilizar-se dos seus bens, como emendar, e de reivindica-lo, quando corpóreos, do poder de quem injustamente os detenha." (grifamos)*

16 Art. 113, alínea 17: "É garantido o direito de propriedade, que não pode ser exercido contra o interesse social ou coletivo na forma que a lei determinar."

17 Art. 122, alínea 14: *"É garantido o direito de propriedade, cujo conteúdo e seus limites serão definidos nas leis que regularem o exercício."* Considerando-se que a lei disciplinadora do domínio era o Código Civil, resta notória a retrogradação constitucional.

18 TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. *O papel do Poder Judiciário na efetivação da função social da propriedade*. In: STROZAKE, Juvelino. (Org.). **Questões agrárias: julgados comentados e pareceres.** São Paulo: Método, 2002, p. 118

19 *Apud* BARBOSA, Diana Coelho. *A função social da propriedade*. São Paulo: Max Limonad, 1995, p. 117.

20 Redação após a Emenda Constitucional n.º 1 de 1969: *"Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) III- função social da propriedade."*

Finalmente, a Constituição de 1988 inovou sensivelmente o tratamento dado à matéria ao incluir a função social da propriedade entre os direitos e garantias individuais e coletivos, conferindo-lhe, assim, o *status* de cláusula pétrea (art. 60, § 4°, IV).

3.2. *A função social e o direito de propriedade na Constituição de 1988*

Com efeito, a Carta vigente, fonte de inúmeros progressos na garantia dos direitos inerentes à cidadania, além de estipular a função social da propriedade como princípio da Ordem Econômica[21], ainda assegura em seu art. 5°:

> "Art. 5.° Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> (...)
> XXII- é garantido o direito de propriedade;
> XXIII- a propriedade atenderá a sua função social."

Outrossim, a Carta Cidadã estabelece instrumentos para certificar a eficácia do instituto, tais como o parcelamento ou edificação compulsórios, o IPTU progressivo e a desapropriação (arts. 182, § 4°, e 184), além de assegurar os requisitos para o atendimento à função social da propriedade, quer seja urbana (art. 182, § 2°), quer seja rural (art. 186).

Para José Afonso da Silva, inclusive, bastava a disposição do inciso XXIII do art. 5°, para que "toda forma de propriedade fosse intrinsecamente permeada daquele princípio constitucional."[22]

Não se pode deixar de fazer menção especial ao art. 186[23], o qual, disciplinando a função social da propriedade rural, fornece elementos

21 "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) II- propriedade privada; III- função social da propriedade."

22 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 275

23 "Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I- aproveitamento racional e adequado; II- utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III- observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV- exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores."

concretos para possibilitar a concretização de um conceito muitas vezes relegado à ineficácia com supedâneo em sua suposta abstração teórica. Deveras, o dispositivo realçado esmiúça os requisitos simultâneos para o cumprimento daquela, irradiando seus efeitos não apenas sobre o domínio, mas também sobre a posse, de forma a matizar seus contornos, modificando igualmente sua estrutura. Assim, a *Lex Fundamentalis* deixa claro que a função social não equivale apenas à noção de produtividade econômica, mas envolve, além do fator econômico (inc. I), o fator ambiental (inc. II) e os sociais (inc. III e IV), devendo a propriedade satisfazer simultaneamente aos pressupostos em evidência, sob pena de perder a proteção constitucional e as garantias legais pertinentes a sua tutela.

Por outro lado, não se deve confundir função social da propriedade com as restrições ao seu exercício, vez que estas representam aspectos exteriores ao domínio, constituindo meras limitações negativas, ao passo que o elemento social é dotado de caráter promocional, como esclarece o jurista peninsular Pietro Pelingieri, citado por Tepedino e Schreiber, *verbum ad verbum*:

> *"A função social, constituída como o conjunto dos limites, representaria uma noção somente de tipo negativo a comprimir os poderes proprietários, os quais sem os limites, ficariam íntegros e livres. Este resultado está próximo à perspectiva tradicional. Em um sistema inspirado na solidariedade e no pleno desenvolvimento da pessoa, (...) o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento."*[24]

Sérgio Sérvulo da Cunha, alerta para o risco na aplicação do termo "restrições" quanto ao conteúdo da propriedade, em razão de se transmitir uma idéia de propriedade como uma essência, "um *eidos* supra-histórico, do qual a evolução social, aos poucos, viesse arrancando pedaços", para depois inferir o risco de "essa distração lógica acabar, indevidamente, sobrepondo um determinado conceito civil de propriedade ao conceito constitucional de propriedade."[25]

24 *Apud* TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson., *Op. Cit.*, p. 122

25 CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *A nova proteção possessória*. In: STROZAKE, Juvelino. (Org.). **A questão agrária e a justiça.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 263

4. Conclusões em busca da eficácia social da Constituição

Em face do exposto, resta evidenciada, mais do que nunca, a relevância destacada pela ordem jurídica à questão da propriedade privada, principalmente em razão da constatação de que o acesso a ela é condição essencial para o pleno desenvolvimento da pessoa humana, seja no que tange à obtenção de moradia, seja como condição de subsistência no campo. A negação a muitos brasileiros do direito à propriedade significa a convivência com um cenário vexatório onde existe uma concentração absurda de terras nas mãos de poucos, tanto no campo, como nas cidades, onde muitos proprietários usam suas áreas como objeto de especulação imobiliária.

Nesse orbe de idéias, a Carta Cidadã de 1988 modificou a tal ponto o instituto focalizado que se faz mister reconhecer a existência de um novo regime de propriedade, como ensina o insigne Fábio Konder Comparato, observando que "o conceito constitucional de propriedade é mais amplo que o tradicional de Direito Civil."[26] José Afonso da Silva, por sua vez, conclui que **a Constituição estabelece o regime jurídico da propriedade, cabendo ao Direito Civil regular tão-somente suas relações civis**, isto é, as faculdades de usar, gozar e dispor dos bens, a plenitude da propriedade, etc. Ainda assim, ressalve-se, "com as delimitações e condicionamentos que das normas constitucionais defluem para a estrutura do direito de propriedade em geral."[27]

A nosso ver, queda clarividente a inserção da função social da propriedade no bojo do próprio direito de propriedade, como uma característica que lhe modela o conteúdo, condicionando e legitimando seu exercício. Não se trata de limitação externa, mas de elemento interno a inserir uma série de obrigações no complexo feixe de poderes e deveres configuradores da situação proprietária.

A ilação ora esposada não poderia ser retratada mais fielmente do que como o fez José Afonso da Silva, emprestando sua autoridade para indicar **a função social como o fundamento do regime jurídico da propriedade**, anotando que, a partir da Carta Magna vigente, *"constitui um princípio ordenador da propriedade privada e* ***fundamento de atribuição desse direito, de seu reconhecimento e da sua garantia mesma****, incidindo sobre seu próprio conteúdo."*[28] (grifamos)

26 COMPARATO, Fábio Konder. *Estado, empresa e função Social*. In: **Revista dos Tribunais**. v. 732, São Paulo: RT, 1996, p. 43
27 SILVA, José Afonso. *Op. Cit.*, p. 265
28 SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 274

As assertivas aduzidas não implicam de forma alguma violação ao exercício do direito subjetivo de propriedade pelo titular do domínio, tal qual se estivesse interferindo no livre exercício de seu direito fundamental. Apenas importa em reconhecer que o Direito não mais tolera sua utilização antisocial, salientando-se que as noções de direito subjetivo e função social não se opõem, como pretendia Duguit. Na verdade, "o direito de propriedade une o conceito de direito subjetivo e função social, que deixam de ser antagônicos para compor, juntos, o conteúdo contemporâneo deste direito."[29]

Compartilhando do mesmo escólio de raciocínio, Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber assinalam que a "propriedade afasta-se, deste modo, de sua tradicional feição de direito subjetivo absoluto, ou, ainda, limitado apenas negativamente, para converter-se em situação jurídica complexa, que enfeixa poderes, deveres, ônus e obrigações, e cujo conteúdo passa a depender de interesses extra-proprietários, a serem regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade"[30], para concluírem depois que a função social constitui o título justificativo dos poderes do proprietário.[31]

Assim, é de se concluir que, inserida no conteúdo do direito de propriedade, a função social representa um verdadeiro título de legitimação do seu exercício. Não fosse assim, a Lei Maior não a consagraria imediatamente após a propriedade privada (art. 5º, incisos XXII e XXIII), de forma que a melhor interpretação dos dispositivos constitucionais referidos impõe uma única ilação possível, consistente em afirmar que: **é garantido o direito de propriedade, *desde que* atenda a sua função social**. O não cumprimento dos valores sociais pelo proprietário leva à perda das garantias jurídicas referentes à proteção do domínio, tal como infere Fábio Konder Comparato, *in verbis*:

> ***"quem não cumpre a função social da propriedade perde as garantias judiciais e extrajudiciais de proteção da posse, inerentes à propriedade,*** *como o desforço privado imediato e as ações possessórias. A aplicação do Código Civil e do Código de Processo Civil, nunca é demais repetir, há de ser feita à luz dos mandamentos*

29 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função ambiental da propriedade rural*. São Paulo: LTr, 1999, p. 82

30 TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. *Op. Cit.*, p. 123

31 Cf. *idem, ibidem*

constitucionais, e não de modo cego e mecânico, sem atenção às circunstâncias de cada caso, que pode envolver o descumprimento de deveres fundamentais."[32]

Corroborando o mesmo entendimento, Luiz Edson Fachin assevera que "o descumprimento da função social da propriedade não permite dar-lhe garantias outras que a Constituição não lhe defere"[33], registrando que o deferimento da proteção possessória a partir da Carta Magna vigente "passou pela observação do cumprimento da função social da propriedade."[34]

Eros Roberto Grau é ainda mais enfático:

"A proteção possessória assegurada pelo Código Civil tem como pressuposto o cumprimento da função social da propriedade rural; em outros termos: somente as propriedades rurais que cumprem sua função social terão asseguradas a proteção possessória."[35]

Os magistérios colacionados revelam posicionamento inovador na concretização de um princípio constitucional deixado à míngua pelos aplicadores da lei. A conclusão apresentada traz decisiva orientação para os julgamentos de litígios coletivos pela posse da terra, envolvendo a atuação dos movimentos sociais. Os juízes, infelizmente, sem vislumbrar a imensurável responsabilidade social posta em suas mãos quando do julgamento de uma ação possessória em tais casos, não percebem os valores consagrados na Constituição e deferem liminares sem perquirir se a terra ocupada cumpre ou não sua função social, insistindo em considerar apenas e tão-somente as normas civilistas.

A concretização do princípio da função social da propriedade, nos termos propostos, encontra supedâneo na consideração de todo o arcabouço normativo e principiológico da Constituição Federal, a qual

32 COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade.* In: STROZAKE, Juvelino. (Org.). **A questão agrária e a justiça.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 145-146

33 FACHIN, Luiz Edson. *A justiça dos conflitos no Brasil.* In: STROZAKE, Juvelino. (Org.). **A questão agrária e a justiça.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 285

34 *Idem*, p. 290

35 GRAU, Eros Roberto. *Parecer. In:* STROZAKE, Juvelino (Org.). **A questão agrária e a justiça.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 201

expressamente consagra a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1°, II e III) como fundamentos da República, além de estatuir a construção de uma sociedade livre, justa e solidária ao lado da erradicação da pobreza e da marginalidade, com a redução das desigualdades sociais (art. 3°, I e III), como seus objetivos fundamentais. Tais elementos não são apenas normas programáticas, mas fatores norteadores da construção, da interpretação e da aplicação do Direito, exigindo a adoção de uma hermenêutica que prime pela máxima efetividade das normas constitucionais. A restrição do instituto em tela ao limitado papel de condição de verificação de imóveis passíveis de desapropriação para reforma agrária, como acontece hoje, não se coaduna com o espírito arraigado no texto constitucional.

5. Bibliografia

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995

BARBOSA, Diana Coelho. *A função social da propriedade*. São Paulo: Max Limonad, 1995

BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*. 2ª ed. Brasília: UnB, 1998

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função ambiental da propriedade rural*. São Paulo: LTr, 1999

COMPARATO, Fábio Konder. *A função social dos bens de produção*. In: **Anais do XII Congresso Nacional de Procuradores de Estado.** Salvador, 1986

_____. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*. In: STROZAKE, Juvelino. (Org.). **A questão agrária e a justiça.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

_____. *Estado, empresa e função social*. In: **Revista dos Tribunais**. v. 732, São Paulo: RT, 1996

CRETELLA Jr., José. *Curso de Direito Romano*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *A nova proteção possessória*. In: STROZAKE, Juvelino. (Org.). **A questão agrária e a justiça.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

FACHIN, Luiz Edson. *A justiça dos conflitos no Brasil*. In: STROZAKE, Juvelino. (Org.). **A questão agrária e a justiça.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

GOMES, Orlando. *Novos temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983

GRAU, Eros Roberto. *Parecer*. In: STROZAKE, Juvelino (Org.). **A questão agrária e a justiça.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

LEAL, Rogério Gesta. Perspe*ctivas hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000

LEONETTI, Carlos Araújo. *Função social da propriedade*. **Revista dos Tribunais**. Vol. 88, n.º 770, São Paulo: 1999

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. v. 6, 2ª ed.. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1988

MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997

TANAJURA, Grace Virgínia. *Função social da propriedade rural*. São Paulo: LTr, 2000

TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. *O papel do Poder Judiciário na efetivação da função social da propriedade*. In: STROZAKE, Juvelino. (Org.). **Questões agrárias: julgados comentados e pareceres.** São Paulo: Método, 2002

DA IMPOSSIBILIDADE DA PRISÃO CIVIL ANTE O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA

Rodrigo Albuquerque de Victor
(Aluno do 8º período da graduação do curso de Direito da UFPE; ex-monitor da disciplina de Direito Internacional Público I).

Sumário: 1. Intróito; 2. Do conflito entre as normas de direito internacional e as normas de direito interno; 3. Dos Tratados de Direitos Humanos; 3.1. Da Incorporação de Tratados de Direitos Humanos na Ordem Jurídica Brasileira; 4. Da ampliação descomedida do instituto do depósito; 4.1. Do depositário necessário de tributos; 5. Da pena privativa de liberdade; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

"As prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las; a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta."
(MAXIMILIANO. Carlos. Alienação Fiduciária e Prisão Civil, em Justiça e Democracia, 2/ 230, Julho a Dezembro de 1996)

1. Intróito

Apesar de ser a prisão civil no Brasil pena proscrita desde longa data, o Constituinte de 1988 optou por consignar duas modalidades excepcionais de prisão cível: a do depositário infiel e a do devedor de prestação alimentícia.

Inobstante a previsão das situações extraordinárias supramencionadas, instaurou-se, no meio jurídico brasileiro, uma celeuma acerca da manutenção do uso da pena privativa de liberdade contra o depositário-devedor diante da ratificação e ulterior incorporação, em 1992, da Convenção Americana de Direitos Humanos, comumente conhecida como o Pacto de San José da Costa Rica.

Ocorre que, primando pela liberdade como direito fundamental do indivíduo, esta convenção previu a extinção da possibilidade de prisão do depositário infiel, o que deu início a fortes debates no meio jurídico brasileiro.

No que tange ao instituto do contrato de depósito no Brasil, será demonstrado adiante que este tem sido utilizado de forma descomedida, a ponto de sofrer inúmeras deturpações que terminaram por descaracterizá-lo.

Ademais, demonstrar-se-á a iniqüidade da pena privativa de liberdade, na forma em que é concebida no Brasil, bem como os danos que esta pode vir a causar quando imputada a delitos de menor potencial ofensivo, a exemplo do depositário infiel.

Pretende-se, outrossim, salientar a importância dos direitos humanos, bem como a responsabilidade externa brasileira perante a sociedade internacional, especialmente em tão delicado momento, quando se tem notícia de um sem-número de acusações por desrespeito aos direitos humanos em *terras brasilis*.

2. Do Conflito Entre as Normas de Direito Internacional e as Normas de Direito Interno

Como a própria denominação aduz, norma de direito internacional é aquela cuja fonte é de origem estrangeira. A título exemplificativo, citam-se os acordos internacionais (normas convencionais), as leis internacionais (advindas dos órgãos internacionais especializados, como, v.g., OIT) e as normas costumeiras.

As normas de direito interno são, ao seu turno, aquelas instituídas em âmbito nacional, pelo poder legiferante pátrio.

Desde priscas eras, vem a doutrina se debatendo acerca do eventual conflito entre dispositivos jurídicos internacionais e domésticos.

Há quem simplesmente ignora a relevância de tal discussão, sob fundamento de que não haveria dicotomia entre os dois ordenamentos jurídicos (interno e estrangeiro), sendo ambos um só Direito. Filia-se a este pensamento Alfred Ross[1].

Outros doutrinadores, notadamente os germânicos, tais como Kelsen e Binding, pugnam pela primazia do Direito Internacional. Este grupo se embasa na teoria segundo a qual o Direito das Gentes teria por fundamento o próprio Direito Natural.

1 *Apud* MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, vol. 1, 13ª ed: Ed. Renovar.

Acontece que o *Jus Gentium*, à semelhança do direito natural, tem por escopo instituir normas que promovam a coexistência pacífica e harmônica entre os Estados, assegurando, por conseguinte, os direitos e garantias dos indivíduos.

Num outro pólo, há aqueles que defendem a supremacia do Direito Interno. Para tal, consubstanciam-se nas idéias de autodeterminação dos povos e da soberania estatal.

Hodiernamente, podem-se dividir os países em dois grandes grupos, quanto à maneira adotada para dirimir os conflitos entre normas de direito internacional e de direito nacional.

No primeiro grupo figuram países como França, Holanda, Itália e Espanha, nos quais o Direito Internacional goza de uma maior valoração. É o caso, por exemplo, dos Países-Baixos, onde os pactos internacionais ingressam no direito interno automaticamente, prevalecendo sobre qualquer regramento jurídico interno.

Há Estados, contudo, que reservam às normas oriundas de convenções internacionais uma situação de subordinação em relação ao Direito Nacional. Observa-se que o Brasil tende a seguir tal compreensão, mormente após manifestação do Pretório Excelso[2] no sentido de que os dispositivos constantes nos Tratados Internacionais assinados pelo Brasil deveriam ser incorporados no ordenamento pátrio sob hierarquia equivalente às leis federais.

A maior crítica que pode ser tecida em relação ao posicionamento acolhido pelo STF é no tocante à equiparação dos acordos internacionais de direitos humanos àqueles de matérias gerais, uma vez que os primeiros, como a seguir restará explicitado, foram dotados de *status* especial quanto ao seu ingresso na ordem legal interna.

3. Dos Tratados de Direitos Humanos

É inexorável a importância que os direitos humanitários vêm ganhando no cenário internacional hodierno, especialmente ao cabo da Segunda Grande Guerra.

Com efeito, desejando não permanecer à margem da comunidade internacional, o Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, consagrou tal tendência, institucionalizando inúmeros direitos humanitários, dentre os quais vale ressaltar o art. 5º, §§ 1º e 2º:

---

2 STF. RE 253071 / GO. Primeira Turma. Relator: Min. MOREIRA ALVES. Acórdão publicado no DJ em 29-06-2001.

"Art. 5º. (...)
Parágrafo 1º. As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais **têm aplicação imediata**.
Parágrafo 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição **não excluem outros** decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados**, ou dos tratados internacionais** em que a República Federativa do Brasil seja parte."
(Grifou-se)

O diploma em tela é deveras claro ao estabelecer dupla fonte de direitos e garantias fundamentais. Têm-se aquelas expressamente elencadas no texto constitucional e aqueloutras advindas de tratados internacionais. Infere-se, destarte, que os direitos e garantias individuais, ulteriormente acolhidos em sede de acordos internacionais, devem ser positivados na qualidade de extensão das normas já arroladas no artigo 5º da Constituição Federal.

Com o fim de melhor interpretar o dispositivo *sub examine,* cumpre interpretá-lo finalisticamente.

O Constituinte de 1988 estava ciente que, a partir do momento em que o Brasil escolheu pelo fortalecimento dos direitos humanos em seu território, não poderia ficar adstrito aos direitos originalmente previstos, mas, ao revés, deveria manter-se em contínuo processo de recepção a novos institutos, com vistas a garantir os direitos primordiais de seu povo e daqueles que vivem sob seus domínios. Daí ter a Carta Magna previsto tratamento diferenciado para os tratados que versam sobre direitos humanos.

3.1. Da Incorporação de Tratados de Direitos Humanos na Ordem Jurídica Brasileira

Mirtô Fraga[3] afirma caber ao sistema jurídico interno de cada Estado encontrar a solução para o conflito normativo entre acordo internacional e direito interno, restando à Lei Suprema a determinação de quando e mediante quais situações, devem preponderar as normas advindas de compromissos internacionais.

Em que pese a ausência de disposição expressa na *Lex Mater*, no que concerne ao *status* normativo com o qual deve ser recepcionada a norma de direito convencional internacional, já houve pronunciamento do Pretório Excelso

3 FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno.* Ed. Forense.

no sentido de que tais normas deveriam ser inseridas no plano jurídico interno com patamar de lei federal. Para tal entendimento fez uso do disposto no art. 102, III, *b*, que equipara, ainda que não textualmente, o tratado à lei federal.

Ocorre que, *rogata venia*, a Corte Suprema Brasileira não esposou o melhor julgamento ao prever tratamento análogo aos tratados gerais e os tratados de direitos humanitários, porquanto haver previsão constitucional, conforme já antecipado, de tratamento especial no caso destes últimos.

Nesse sentido, oportuna é a análise de Flávia Piovesan[4] acerca dos fundamentos do aparente privilégio hierárquico consagrado no art. 5º, §2º da Constituição Federal Brasileira:

> "Revestem-se os tratados de direitos humanos de caráter especial, distinguindo-se dos demais acordos internacionais, uma vez que enquanto estes visam tão-só ao equilíbrio e a reciprocidade de situações interestatais, aqueles transcendem os meros compromissos mútuos para salvaguardar os direitos naturais do ser humano."

Ratificando tal entendimento, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por ocasião do pronunciamento da Opinião Consultiva nº 2, em setembro de 1982, emitiu o seguinte entendimento:

> "Ao aprovar estes tratados de direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal dentro da qual eles, em prol do bem comum, assumem várias obrigações, não em relação a outros Estados, mas em relação aos indivíduos que estão sob a sua jurisdição."

Vale ainda reproduzir o trecho abaixo, oriundo do magistério de Luiz Flávio Gomes[5]:

> "Quando a norma internacional constitui mera repetição ou explicitação de um texto constitucional, possui status da mesma natureza; de outro lado, se a norma internacional reflete direito outro não previsto na Constituição, possui força de lei ordinária".

---

[4] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 3ª ed. Ed. Max Limonad.

[5] GOMES, Luiz Flávio. *A questão da obrigatoriedade dos Tratados e Convenções no Brasil*. Revista dos Tribunais, vol.83, n.710, p.30, dez. 1994.

O professor Jorge Miranda[6] leciona que as normas encartadas nos §§1º e 2º do art. 5º da Carta Política Brasileira, constituem-se em normas *fattispecie* ou normas abertas. Para tal, confronta a redação do mencionado diploma com o art. 16 da Constituição Lusitana, o qual estabelece estar a constituição ibérica sempre pronta a ser preenchida por direitos fundamentais que paulatinamente venham a ingressar no mundo jurídico.

Acolhendo posicionamento similar, Célio Silva Costa[7] coteja o mecanismo constitucional pátrio com a cláusula constitucional norte-americana, a saber, a *implied rights*. Tal cláusula é decorrência da Emenda Nona da Carta Maior estadunidense, segundo a qual os governados estão sujeitos à observância de atos dos governantes, com base em poderes implícitos na Carta Constitucional. De análoga maneira, encontram-se os governantes obrigados a respeitar os direitos dos seus súditos constantes no texto constitucional, ainda que de forma implícita.

Desta feita, cumpre observar que o rol de direitos e garantias fundamentais constantes do artigo 5º da Carta Maior brasileira não é taxativo, *a contrario sensu*, é *exemplificationis causa*, possibilitando a sua ampliação por tratados internacionais ulteriores.

Com efeito, Valério Mazzuoli[8] defende não ser sustentável outro posicionamento, senão o de que os direitos e garantias consagrados em tratados de direitos humanos devem necessariamente ingressar o ordenamento jurídico brasileiro na qualidade de normas constitucionais.

Assim sendo, inelutável é que o Pacto de San José, tratando-se de convenção de direitos humanos, deve ter suas cláusulas recepcionadas em grau constitucional, mormente no tocante à vedação da prisão civil. O Brasil, ao assinar a referida convenção, ratificou a feição notadamente humanitária de sua Constituição.

Não seria, portanto, concebível um retrocesso, como pretendem alguns, no sentido de manter instituto flagrantemente anti-humanitário como a prisão civil.

Ressalte-se que os demais países latino-americanos - signatários do Pacto de San José, ao ratificarem os instrumentos convencionados, reservaram-lhe patamar equivalente a princípios constitucionais.

---

6 MIRANDA.Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2ª ed., p.153, Ed. Coimbra, 1988.

7 COSTA. Célio Silva. *A interpretação constitucional e os direitos e garantias fundamentais da Constituição de 1988*. Ed. Líber Júris. Rio de Janeiro, 1992.

8 MAZZUOLI. Valério. *A prisão civil por dívida e o pacto de San José da Costa Rica*. Ed. Forense.

A Carta Constitucional Peruana, em seu artigo 105, prevê expressamente que os preceitos consagrados nos Tratados de direitos humanos têm hierarquia semelhante às normas constitucionais.

A Constituição portenha, de análoga forma, reza em seu artigo 75, XXII que, conquanto possuam os Tratados status de norma infraconstitucional, revestem-se os Tratados de proteção aos direitos humanos de hierarquia constitucional.

Ex positis, indubitável é que, com a ratificação da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José) pelo Brasil, não há que se olvidar a derrogação do dispositivo autorizativo da prisão do depositário infiel constante do inciso LXVII do artigo 5º da Carta Política de 1988.

4. Da Ampliação Descomedida do Instituto do Depósito

Com vistas a melhor ilustrar a figura do depositário infiel, pede-se vênia para transcrever os ensinamentos do insigne Professor Caio Mário Pereira da Silva[9] acerca do contrato de depósito:

> "Depósito é o contrato pelo qual uma pessoa (depositário) recebe um objeto para guardar, até que o depositante o reclame."

São características do instrumento de depósito à luz do Código Civil Brasileiro:

a) a *traditio* da coisa pelo depositante ao depositário;
b) a natureza móvel do bem depositado;
c) o fim de conservar a coisa sob custódia;
d) a temporariedade e gratuidade da avença;
e) a devolução do bem pelo depositário quando reclamado pelo depositante.

Disto posto, o principal objetivo do depósito é a *custodia rei,* a guarda de um bem. O guardião da coisa é denominado de depositário e possui como encargo não só a conservação da *res* mas, principalmente, o dever de entregá-la ao depositante quando por ele chamado.

Daí, forçoso é concluir que será reputado como infiel o depositário que não adimplir, exceto nos casos textualmente consignados em lei, com sua obrigação de devolver o bem sob sua guarda, quando requisitado pelo depositante.

9 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol III., 10ª ed. Ed. Forense.

É cediço que a tradição constitucionalista brasileira não consagra a prisão por dívidas, exceto em casos extraordinários, quais sejam do depositário-devedor e do devedor de alimentos.

Ocorre que, com vistas a enrijecer os meios coercitivos existentes contra o devedor, alguns empresários, especialmente do setor financeiro, iniciaram tentativa no sentido de elastecer as hipóteses de depositário infiel e, por via de conseqüência, reforçar as garantias contratuais.

Nesse diapasão, exsurgiu, no interregno do governo militar, legislação - notadamente a Lei 4.728/65 (a Lei de Mercado de Capitais) e o Decreto-Lei 911/69 - que equiparou o devedor fiduciário ao depositário infiel, com o único objetivo de poder imputar-lhe a pena privativa de liberdade.

Tal descaracterização do contrato de depósito já fora observada pelo brilhante mestre Orlando Gomes, o qual afirmou:

> "o devedor-fiduciante não é, a rigor, depositário pois não recebe a coisa para guardar, nem o credor-fiduciário a entrega para este fim." (Resp 149.518/GO. Relator Min. Ruy Rosado)
> *(Grifos apostos)*

Com propriedade, o ilustre Ministro Adhemar Maciel, do Superior Tribunal de Justiça, bem retratou o quadro já identificado por Orlando Gomes. É o que se lê na ementa abaixo trancrita:

> "CONSTITUCIONAL. PRISÃO CIVIL. 'HABEAS CORPUS'. ALIENAÇÃO FIDUCIARIA EM GARANTIA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 66 DA LEI N. 4.728/65, ALTERADO PELO DECRETO-LEI N. 911/69, EM FACE DO ART. 5., LXVII, DA CONSTITUIÇÃO EM VIGOR. CRITICA A JURISPRUDENCIA FIRMADA AO TEMPO DA ORDEM CONSTITUCIONAL CADUCA (ART. 153, PARAG. 17). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.
> (...)
> II - O INSTITUTO DA ALIENAÇÃO FIDUCIARIA EM GARANTIA SE TRADUZ EM UMA VERDADEIRA 'ABERRATIO LEGIS'; O CREDOR FIDUCIARIO NÃO E PROPRIETARIO; O DEVEDOR FIDUCIANTE NÃO E DEPOSITARIO; O DESAPARECIMENTO INVOLUNTARIO DO BEM FIDUCIADO NÃO SEGUE A MILENAR REGRA DA 'RES PERIT DOMINO SUO'. TALVEZ PUDESSE CONFIGURAR EM 'PENHOR SINE TRADITIONE REI', NUNCA EM 'DEPÓSITO'. O LEGISLADOR

ORDINÁRIO TEM SEMPRE COMPROMISSO COM A ORDEM JURIDICA ESTABELECIDA. NA VERDADE, O QUE A LEI (DECRETO-LEI N. 911/69, AO ALTERAR O ART. 66 DA LMC) FEZ FOI REFORÇAR A GARANTIA CONTRATUAL MEDIANTE PRISÃO CIVIL, O QUE CONTRARIA TODA NOSSA TRADIÇÃO JURIDICA, QUE TEM RAÍZES PROFUNDAS NO SISTEMA JURIDICO OCIDENTAL. A 'PRISÃO CIVIL POR DIVIDA DO DEPOSITARIO INFIEL' DO ART. 5º, INCISO LXVII, DA CONSTITUIÇÃO, SÓ PODE SER AQUELA TRADICIONAL (CC, ART. 1.265).
III - RECURSO ORDINARIO CONHECIDO E PROVIDO.
(RHC 4288/RJ 6ª turma. DJU 19.06.95)
(Grifou-se)

Em que pese a discussão acerca da possibilidade da prisão civil no Brasil, é evidente que tal remédio constitui-se como exceção a direito fundamental e, como tal, à luz da boa hermenêutica jurídica, deve ser interpretado de forma restritiva não comportando leituras extensivas como as retrocitadas.

4.1. Do depositário necessário de tributos

A legislação posta vem, dia-a-dia, alargando as hipóteses de depositário necessário de tributos, colocando o mesmo, à revelia de suas forças e vontade, em situações propiciadoras de sua prisão.

Nesse ínterim, cabe realçar a figura do depositário legal de tributos desenhada pela Lei 8.866/94, a qual dispõe, *in verbis*:

"Art. 1º. É depositário da Fazenda Pública, observado o disposto nos arts. 1282, I e 1283 do Código Civil, a pessoa a que a legislação tributária ou previdenciária imponha a obrigação de reter ou receber de terceiro, e recolher aos cofres públicos, impostos, taxas e contribuições, inclusive à Seguridade Social.

(...)

§2º. É depositário infiel aquele que não entrega à Fazenda Pública o valor referido neste artigo, no termo e forma fixados na legislação tributária ou previdenciária".

Ora, é explícita a tentativa do Poder Público em promover mais uma burla ao instituto do depósito, sempre com o propósito único e descomedido de garantir a sua arrecadação.

Convém salientar que não se pretende aqui pregar a leniência estatal na repressão à evasão fiscal, nem tampouco a negligência na apuração de suas receitas. Pretende-se, sim, asseverar que os atos da Administração, enquanto ente arrecadador, não podem subjugar os direitos subjetivos de seus administrados.

Com efeito, a retenção de tributos pelo empregador para ulterior repasse ao órgão arrecadador em nada se assemelha ao contrato de depósito previsto no *Codex Civilis*.

Ao delegar a responsabilidade pelo recolhimento de tributos a pessoa diversa do contribuinte de fato, a Administração Fiscal está visando à simplificação de seu ofício, imputando um ônus ao terceiro cujos bônus cabem tão-somente à Fazenda Pública. Tais vantagens para o Fisco decorrem principalmente da minoração do número de estabelecimentos sujeitos à fiscalização.

Destarte, ainda que se admita a possibilidade da prisão civil no Brasil, o que se suscita unicamente por amor ao debate, não se pode ter como aceitável que o responsável tributário, vítima de uma dilação arbitrária do conceito de depositário patrocinada pelo Fisco, venha a ser constrangido com o cárcere.

5. Da Pena Privativa de Liberdade

Desde épocas de antanho que os operadores do direito se esmeram na busca de dotar as normas jurídicas de coercibilidade tal que desestimule a sua transgressão e, por conseguinte, atinja o fim maior da Lei, a saber, a paz social.

Com efeito, não poucas foram as tentativas no sentido de firmar meios perspicazes de assegurar a efetividade da ordem jurídica. Daí o despontar da pena privativa de liberdade, se não como uma sanção perfeita, mas como uma pena mais adequada que as que a antecederam.

Acerca do tema presenteou-nos Michel Foucault com um brilhante trabalho, editado sob o título "Vigiar e Punir". Em seus estudos, Foucault parte da máxima de que "a prisão é um mal necessário". A despeito de todos os malefícios inerentes à pena restritiva de liberdade, o renomado autor defendia a sua prestabilidade em face de delitos de maior reprovabilidade.

Acontece que, não obstante a sua essencialidade, muitos são os efeitos danosos causados pelo regime prisional. Citam-se, por exemplo, alguns já identificados nas pesquisas de Foucault:

> "**A detenção provoca a reincidência**, depois de sair da prisão, se têm mais chance que antes de voltar para ela, os condenados são, em proporção considerável, antigos detentos. (...) **A prisão**, conseqüentemente, **em vez de devolver à liberdade indivíduos corrigidos, espalha na população delinqüentes perigosos.**
> (...) O sentimento de injustiça que um prisioneiro experimenta é uma das causas que mais podem tornar indomável seu caráter.
> *(...) A prisão torna possível, ou melhor, favorece a organização de um meio de delinqüentes, solidários entre si, hierarquizados, prontos para todas as cumplicidades futuras. (...) Faucher falava dos "quartéis do crime". (...) Enfim a prisão fabrica indiretamente delinqüentes, ao fazer cair na miséria a família do detento."*[10]

Impende ressaltar o quão se assemelha à atualidade o quadro descrito por Michel Foucault em pleno século XIX. Os anos decorreram sem contudo afastarem-se os nocivos efeitos da prisão, como bem ilustrou João Farias Júnior[11]:

> "**A recuperação é inalcançável através da pena privativa de prisão**.(...) podendo-se afirmar, pois, que **a prisão é não só inócua porque não recupera, como é iníqua ou nociva porque degenera**. Dentre os fatores mais nocivos estão a ociosidade; o regime totalitarista com injustiças e maus tratos para uns e favores e privilégios para outros; uns presos tornam-se dominadores, outros dominados, com disputas de lideranças; o comércio clandestino de tóxicos e bebidas alcoólicas; a fabricação de armas pelos presos; o grave problema sexual e suas conseqüências nefastas; (...)."

Diante da iniqüidade, já apontada por Farias Júnior, que a aplicação incorreta da pena prisional pode ocasionar, cumpre ao magistrado, em face

10 FOUCAULT. Michel. *Vigiar e Punir*, pp. 221-222. Ed. Vozes.
11 FARIAS JR. João. *In*: Revista do Conselho Penitenciário do DF, nº 42, pp. 107-130, Jan-Jul/1981. Ed. Governo do DF.

do caso ensejador, pautar-se pelos preceitos preconizados pelo Verhaeltnissmassigkeitprinzip (Princípio da Proporcionalidade), atentando pela adequação da pena à infração cometida.

Nesse diapasão é imperioso trazer os ensinamentos de Cesare Beccaria, que há 200 anos atrás já pregava que a eficácia de uma pena não dependeria de seu *quantum,* mas sim de sua efetividade. Daí ser missão essencial aquela desempenhada pela autoridade policial, ora preventiva, ora repressiva, conjugada com o exame acurado e diligente pelo magistrado dos elementos trazidos aos autos, com o fito de conceder a prestação jurisdicional de forma célere, eficaz e com retidão.

É sabido que a prisão civil, por seu turno, tem natureza puramente coercitiva, visando tão-somente a desencorajar o inadimplemento das obrigações assumidas pelo depositário ou pelo devedor de alimentos. Ocorre que a simples exposição de um indivíduo ao cárcere – ainda que por período não superior a um ano, consoante impõe o Código Civil – mostra-se deveras suficiente para contaminá-lo com sentimentos e experiências as mais repulsivas. Convém mencionar, à guisa de exemplo, os freqüentes casos de abusos sexuais, sofridos mormente pelos detentos noviços.

Tendo em vista o ingresso, ainda que tardiamente, no contexto dos países tidos como comprometidos com os direitos humanitários, participou o Brasil ativamente das negociações da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José), aderindo posteriormente a ela como signatário. Impende salientar que uma das bandeiras defendidas na mencionada Convenção foi exatamente a abolição da prisão motivada por dívidas. Vê-se, portanto, o flagrante contra-senso na manutenção da prisão civil após ter havido um pacto internacional com os demais Estados americanos no sentido de elidir tal pena.

No plano fático, casos esdrúxulos, decorrentes da previsão legal da prisão do depositário infiel, podem ser observados. Menciona-se, *verbi gratia*, a comum situação do empregado-gerente de uma empresa, o qual, ao ser interpelado por um oficial de justiça munido de mandado de penhora, termina, no maior das vezes, em razão do cargo que exerce, nomeado como depositário dos bens constrangidos da empresa-devedora.

Acontece que o então gerente não é senão um mandatário, um empregado sob ordens e dependência de seu empregador. Exatamente por esta razão é que o empregado-depositário pouco ou nada pode fazer acaso resolva seu empregador dispor ou até alienar o bem sob constrição, em prejuízo de seu credor. Nesse caso, apesar de não ter contribuído para a dissi-

pação da coisa sob sua custódia, poderá vir o gerente-depositário a ser chamado a devolver a coisa sob sua guarda e, não a devolvendo, sujeitar-se-á a pena prisional.

Pode-se citar, outrossim, a figura do empresário, mormente o microempresário que, diante de toda sorte de adversidades próprias da atividade mercantil no Brasil, depara-se com situação de insolvência e, não lhe restando alternativa, opta por manter sua subsistência em prejuízo do recolhimento de suas obrigações tributárias. Consoante a legislação antemencionada, estaria, *in casu,* suscetível de ser condenado à detenção.

Insta asseverar que não se pretende aqui fazer apologia à ilicitude, tampouco defender aqueles que, de má-fé ou inescusavelmente, não cumprem com suas obrigações de depositário. Deseja-se unicamente expor o quão penosa é a pena privativa de liberdade e, conseqüentemente, a razão que motivou os países signatários do Pacto de San José a reservá-la exclusivamente a delitos de natureza penal – afora a discutível prisão do devedor de pensão alimentícia.

Destarte, é inelutável que a dívida ou qualquer outra obrigação de cunho eminentemente cível, *de per si*, não justificam a aplicação de pena restritiva de liberdade.

6. Conclusão

Mercê de todo o exposto, têm-se por sedimentadas as seguintes conclusões:

a) O art. 5º da Constituição Federal arrola, de maneira exemplificativa, os direitos e garantias fundamentais aos indivíduos, estando aberto à recepção de novos direitos, advindos de Tratados Internacionais;
b) Diante da previsão expressa do art. 5º, §2º da Lei Maior, gozam os Tratados de Direitos Humanos de tratamento diferenciado, visto que suas normas ingressam no ordenamento pátrio com *status* constitucional;
c) Ao ratificar o Pacto de San José, quedou impossibilitada a manutenção da prisão civil no Brasil;
d) No momento em que um Estado infringe disposição pactuada internacionalmente, está fomentando a insegurança das relações jurídicas internacionais e, ao mesmo tempo, sujeitando-se à responsabilização internacional;

e) Tem-se observado uma ampliação abusiva do instituto do depósito, com o escopo de usar a possibilidade de prisão como meio hábil a inibir a inadimplência de obrigações civis e tributárias; e, por fim,

f) A pena privativa de liberdade é um mal necessário, mas deve, contudo, ser aplicada de maneira comedida, aos delitos de natureza penal, notadamente àqueles de alta periculosidade e reprovabilidade social.

Ex positis, inelutável é que a dívida ou qualquer outra obrigação de cunho eminentemente cível, de per si, não justifica a aplicação de pena restritiva de liberdade e que a prisão civil encontra-se expurgada do regramento jurídico nacional desde a ratificação do Pacto de San José da Costa Rica.

7. Bibliografia

BECCARIA, Cesare. "Dos delitos e das penas". Ed. Martin Claret.

COSTA, Célio Silva. "A interpretação constitucional e os direitos e garantias fundamentais da Constituição de 1988". Ed. Líber Júris. Rio de Janeiro, 1992.

FARIAS JÚNIOR, João. *In*: Revista do Conselho Penitenciário do DF, nº 42, pp. 107-130, Jan-Jul/1981. Ed. Governo do DF.

FOUCAULT, Michel. "Vigiar e Punir", pp. 221-222. Ed. Vozes.

FRAGA, Mirtô. "O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno". Ed. Forense.

GOMES, Luiz Flávio. "A questão da obrigatoriedade dos Tratados e Convenções no Brasil". *In*: Revista dos Tribunais, vol.83, n.710, p.30, dez. 1994.

MAZZUOLI, Valério. "A prisão civil por dívida e o pacto de San José da Costa Rica". Ed. Forense.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. "Curso de Direito Internacional Público", vol. I, 13ª ed. Ed. Renovar.

MIRANDA, Jorge. "Manual de Direito Constitucional", Tomo IV, 2ª ed., p.153, Ed. Coimbra, 1988.

MORAES, Alexandre de. "Direito Constitucional", 11ª ed. Ed. Atlas

PEREIRA, Caio Mário da Silva. "Instituições de direito civil", vol III., 10ª ed. Ed. Forense.

PIOVESAN, Flávia. "Direitos humanos e o direito constitucional internacional", 3ª ed. Ed. Max Limonad.

A LEI N° 10.628, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2002, E A EXTENSÃO DA PRERROGATIVA DE FORO EM RAZÃO DA FUNÇÃO À AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Carolina Souza Malta
(Aluna do 9° período do Curso de Graduação em Direito da UFPE; Ex-Monitora das disciplinas Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil II)

Sumário: 1. Introdução; 2. O Momento Antecedente à Promulgação da Lei nº 10.628/2002; 2.1. Inaplicabilidade da Prerrogativa de Foro às Ações de Improbidade Administrativa; 2.2. A Regra da Atualidade do Exercício da Função Pública; 3. A Lei nº 10.628/2002 e as Inovações Inseridas no Art. 84 do Código de Processo Penal Brasileiro; 3.1. Perpetuação do Foro Especial por Prerrogativa de Função; 3.2. Natureza Jurídica do Ato de Improbidade Administrativa; 4. Considerações Finais; 5. Bibliografia.

1. Introdução

Este trabalho tem o desiderato de analisar as modificações empreendidas pela Lei n° 10.628, de 24 de dezembro de 2002, ao tema da competência pela prerrogativa de função, sobretudo no que toca à sua extensão às ações de improbidade administrativa.

Pervagar a matéria das competências dos tribunais impõe seja feito, em princípio, um acurado exame do Texto Constitucional. Decerto, apenas os preceitos insculpidos na Constituição Federal de 1988 podem autorizar, de forma implícita ou explícita, a realização de alterações pelo legislador ordinário ao elenco, que ostenta, de atribuições das Cortes. Imperioso, nesse passo, estabelecê-la como ponto de partida.

A Lei n° 10.628/02, ao imprimir mudanças à redação do art. 84 do Decreto-lei n° 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Pe-

nal –, trouxe, nos parágrafos, duas polêmicas inovações: 1) perpetuação da competência especial por prerrogativa de função para além da cessação do exercício da função pública, no que concerne aos atos administrativos praticados pelo agente; e 2) extensão da prerrogativa à ação de improbidade, prevista na Lei n° 8.429, de 2 de junho de 1992.

Insta, dessa sorte, adentrar a natureza jurídica do ato de improbidade, tomando por base a independência, sempre ressaltada, entre as responsabilidades civil, penal e administrativa. Possível será, a partir de então, determinar se há meios de, pela via interpretativa, alcançar a imprescindível conformidade entre a Lei n° 10.628/2002 e o Texto Constitucional.

Trar-se-á à colação o entendimento perfilhado pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, destacando-se que o diploma legal em comento é objeto, hoje, de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIn 2.797-2/DF e 2.860-0/DF.

Cuida-se de um tema bastante polêmico, de incontestável atualidade, convindo ressaltar que o presente estudo, malgrado a abordagem crítica e as posições sustentadas, preserva um elevado respeito às opiniões dissonantes.

2. O Momento Antecedente à Promulgação da Lei n° 10.628/2002

2.1. Inaplicabilidade da Prerrogativa de Foro às Ações de Improbidade Administrativa

Até o momento da edição da Lei n° 10.628/2002, entendiam-se inaplicáveis as regras especiais de competência previstas na Constituição da República às ações de improbidade administrativa. A prerrogativa de foro circunscrevia-se às hipóteses expressamente citadas na Constituição, quais sejam, a prática de crimes comuns e de responsabilidade, bem como a impetração dos "remédios constitucionais".

A Carta Magna, ao mencionar os atos de improbidade administrativa, limita-se a enumerar as sanções aplicáveis na hipótese de sua ocorrência, valendo citar: a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário.

A interpretação dos preceitos constitucionais cumpre ser realizada, na hipótese vertente, de forma sistemática. A Lei n° 10.628/2002 alterou, como dito, o art. 84 do Código de Processo Penal brasileiro, reformando a abrangência da competência especial por prerrogativa de função do Supre-

mo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal.

Observado o disposto no art. 102, I, em combinação com o art. 105, I, todos da Constituição, ver-se-á que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça detêm competência originária para processar e julgar as autoridades listadas no que pertine à prática de crimes comuns e de responsabilidade, assim como em caso de interposição do *habeas corpus*, do mandado de segurança, do *habeas data* e do mandado de injunção.

Em tais termos é também discriminada a competência dos Tribunais Regionais Federais. A competência dos Tribunais Estaduais, de outra sorte, será definida nas Constituições dos Estados, conforme expressa dicção do art. 125, § 1°, da Constituição Federal.

Percebe-se que o processo e o julgamento da ação de improbidade não se inseriam, ao menos expressamente, entre as competências dos Tribunais, obedecendo, até a edição da Lei n° 10.628/2002, ao procedimento comum ordinário aplicável às demais ações civis, com atenção, obviamente, às especificações delineadas na Lei n° 8.429/92[1], destacando-se a importância conferida à participação do Ministério Público[2]. Prevalecia, assim, a inaplicabilidade da prerrogativa de foro à ação de improbidade.

O entendimento prevalente na doutrina entoa, inclusive, que o instrumento jurídico-processual manejável em caso de prática de atos a ela submetidos é a Ação Civil Pública, prevista na Lei n° 7.347/85, por se tratar do caminho procedimental adequado à proteção do patrimônio público e dos princípios constitucionais da Administração Pública[3].

Vislumbrava-se a correlação entre o ato de improbidade administrativa e o ilícito civil, residindo a distinção, precisamente, no que concerne às sanções aplicáveis, sendo mais amplas no primeiro caso em razão do caráter "político-administrativo".

A competência para julgamento da ação de improbidade vinha sendo fixada pelos critérios gerais previstos para as ações civis, não considerando, ante a inexistência de previsão expressa no Texto Constitucional, o foro especial estipulado em face do exercício da função pública.

1 Cf. PAIVA, Bruno Teixeira de. *A Inconstitucionalidade da Lei de Improbidade Administrativa*. Bureau Jurídico – Direito Administrativo e Constitucional. Recife, 2000.

2 Cf. FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 94/95.

3 Cf. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 264.

2.2. A Regra da Atualidade do Exercício da Função Pública

A competência especial, por se tratar de prerrogativa inerente à função pública, e não privilégio deferido ao seu ocupante, dependia, para a incidência, do ajuizamento da ação no curso do efetivo desempenho das atribuições. Apenas durante a permanência do agente no cargo era aplicada a regra diferenciada, respondendo ele perante o tribunal que a Constituição apontasse competente, na espécie.

Afastado o agente do cargo, cessava, incontinenti, a prerrogativa de foro, impondo-se a remessa dos autos ao Juízo comum, sem afetar, contudo, a validade dos atos processuais até então praticados.

Vigorava a regra da atualidade do exercício da função pública, contrapondo-se à da contemporaneidade entre o ato delituoso praticado e o desempenho das atribuições funcionais, preteritamente estampada no verbete de Súmula de n° 394 do Supremo Tribunal Federal, hoje cancelado.

Nos termos da referida Súmula n° 394, *in verbis*: *"Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação sejam iniciados após a cessação daquele exercício"*.

Consoante a posição pretoriana nela entoada, exigia-se, tão-somente, que o ato praticado fosse contemporâneo à permanência do agente no cargo público, avultando despicienda a investigação do nexo causal entre a ação – comissiva ou omissiva – e o efetivo exercício das atribuições.

Onze anos após a promulgação da Constituição da República de 1988, o Pretório Excelso decidiu pelo cancelamento da Súmula 394, por considerar, na oportunidade, que *"a tese consubstanciada nessa Súmula não se refletiu na Constituição de 1988, ao menos às expressas, pois, no art. 102, I, 'b', estabeleceu competência originária do Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar "os membros do Congresso Nacional", nos crimes comuns. Continua a norma constitucional não contemplando o ex-Presidente, o ex-Vice-Presidente, o ex-Procurador-Geral da República, nem os ex-Ministros de Estado (art. 102, I, 'b' e 'c'). Em outras palavras, a Constituição não é explícita em atribuir tal prerrogativa de foro às autoridades e mandatários que, por qualquer razão, deixaram o exercício do cargo ou do mandato. Dir-se-á que a tese da Súmula 394 permanece válida, pois, com ela, ao menos de forma indireta, também se protege o exercício do cargo ou do mandato, se durante ele o delito foi praticado e o acusado não*

mais o exerce. Não se pode negar a relevância dessa argumentação, que, por tantos anos, foi aceita pelo tribunal. Mas também não se pode, por outro lado, deixar de admitir que a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo. (...) Ademais, as prerrogativas de foro, pelo privilégio que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretados ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos"[4].

Destacou-se no *decisum*, ainda, a preservação da validade dos atos praticados e decisões lavradas com base na Súmula nº 394.

Ultimada a fase de aplicação da regra da contemporaneidade, adveio, conforme já mencionado, a supracitada regra da atualidade, persistindo a prerrogativa apenas durante o efetivo desempenho da função pública que a justificava.

3. A Lei nº 10.628/2002 e as Inovações Inseridas no Art. 84 do Código de Processo Penal Brasileiro

A Lei nº 10.628 foi promulgada em 24 de dezembro de 2002, remanescendo exatos 08 (oito) dias para o término de um mandato presidencial de 08 (oito) anos de duração, computada a reeleição.

Certamente são políticas as motivações que lhe fizeram existir, hoje, no ordenamento, sendo de notar, todavia, que as convicções que lhe justificam a edição são irrelevantes para a presente análise, devendo o diploma ser examinado como qualquer outra norma de idêntica hierarquia.

À luz do art. 1º da Lei nº 10.628/2002, *in verbis*:

> *"**Art. 1º** O art. 84 do Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:*
> "Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

[4] STF – INQ 687 QO/SP – Tribunal Pleno – Rel. Min. Sydney Sanches – j 25/08/99 – DJ 09/11/2001 – p. 00044.

"§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

"§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º."

É possível notar, *ab initio*, que a norma fez renascer, de certa forma, a regra da contemporaneidade prevista na cancelada Súmula nº 394 do Supremo Tribunal Federal. O verbete, conforme já consubstanciado, reproduzia o entendimento firmado por aquela Corte durante décadas, tendo sido cancelado, especificamente, por a prorrogação de foro não estar literalmente consubstanciada na Carta de 1988.

O § 2º do art. 84, acima trasladado, teve o condão de estender a competência *ratione muneris* à ação de improbidade administrativa, enunciando, outrossim, a necessidade de observância da prorrogação de foro insculpida no § 1º do mesmo dispositivo.

O diploma legal carreou ao ordenamento jurídico pátrio, portanto, duas inovações substanciais.

Releva assentar que a constitucionalidade da lei sob foco foi objeto de questionamento nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade de nº 2.797-2/DF e 2.860-0/DF, ajuizadas, respectivamente, pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP e pela Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB. As impugnações às modificações têm por fundamento a impossibilidade de investir-se, o legislador ordinário, em intérprete do Texto Constitucional, fornecendo à matéria exegese diversa da pronunciada pelo próprio Supremo Tribunal Federal quando do cancelamento da retrocitada Súmula nº 394. Não poderia o legislador ordinário, ainda, perpassar as balizas das competências dos tribunais insertas na Constituição Federal de 1988 e acrescentar nova competência a um elenco exaustivo como se Poder Constituinte fosse.

Cabe informar que o pleito de medida cautelar articulado na ADIn nº 2.797-2/DF restou indeferido pelo eminente relator, Ministro Sepúlveda Pertence, encontrando-se as ações, no momento da elaboração deste estudo, pendentes de julgamento de mérito.

Torna-se necessário tecer, inicialmente, algumas considerações acerca da prorrogação da competência *ratione personae*, para, em seguida, examinar a natureza jurídica do ato de improbidade e a constitucionalidade da inovação.

3.1. Perpetuação do Foro Especial por Prerrogativa de Função

Avançar na abordagem crítica acerca do indigitado § 1º do art. 84 do Código de Processo Penal brasileiro requestar seja examinada, primacialmente, a sua constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal, guardião da Carta Magna, no uso de seu mister de intérprete máximo das normas constitucionais, assentou, com o cancelamento da Súmula nº 394, a posição de que, ainda que cometido o crime durante o exercício funcional, não prevalece a competência especial por prerrogativa de função se o inquérito ou a ação penal foram iniciados após a cessação daquele exercício.

A Constituição não diz expressamente até quando será observado o foro *ratione muneris*. O Pretório Excelso, porém, revisitando a matéria, por lhe caber, reitere-se, interpretar a Constituição Federal, entendeu que a tese substanciada na Súmula nº 394 não foi recepcionada pela Carta de 1988.

É certo que a Súmula continha uma regra mais ampla que a incutida no § 1º do art. 84 do Código de Processo Penal. No momento do julgamento da Questão de Ordem no Inquérito nº 687/SP, que redundou no cancelamento do verbete, contudo, os termos estampados no preceito trazido pela Lei nº 10.628/2002 foram objeto de apreciação, sem acolhimento por parte do Tribunal Maior[5].

Inegável, pois, que o legislador infraconstitucional utilizou-se de via transversa para restabelecer, na ordem jurídica, uma interpretação da Constituição Federal já afastada, especificamente, pelo órgão incumbido de externá-la.

Assentada a premissa de que a Constituição Federal não desejou prorrogar a competência especial, não se o poderia desdizer através de lei ordinária. Sob tal aspecto, o dispositivo é inconstitucional, por contrariar frontalmente a exegese da norma adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

[5] Conferir o inteiro teor do voto lavrado pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence: STF – INQ 687 QO/SP – Tribunal Pleno – Rel. Min. Sydney Sanches – j 25/08/99 – DJ 09/11/2001 – p. 00044.

No que tange ao conteúdo da alteração, consideramos, contudo, que a possibilidade de prorrogação da prerrogativa, quando demonstrado o nexo causal entre a prática do crime e o exercício da função pública, apresenta-se, de fato, como a ideal interpretação do Texto Constitucional.

Se é certo que a prerrogativa difere do privilégio, constituindo um tratamento diferenciado dispensado não à pessoa, mas ao cargo que ocupa, corretíssimo asseverar que, cessada a função, desaparece o foro especial. Seguindo o mesmo raciocínio, prevista a referida competência em virtude da importância das atribuições desempenhadas, não é menos exato que, perpetrado o crime *propter officium* – no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo -, deva ser observada a competência "reservada" àquela função, tudo em respeito aos princípios da igualdade e, principalmente, ao do juiz natural.

Nada impede, todavia, que o egrégio Supremo Tribunal Federal, no curso da fiscalização abstrata da constitucionalidade da Lei nº 10.628/2002, reveja o seu posicionamento e declare a conformidade da norma com a Constituição Federal.

3.2. Natureza Jurídica do Ato de Improbidade Administrativa

A investigação da natureza jurídica de qualquer instituto jurídico pressupõe a invasão de sua essência. No tocante ao ato de improbidade, essa busca tem o escopo de, sobretudo, identificar o ramo do Direito a que ele pertence. Trata-se de um tema eminentemente controverso, mas isso não nos impede de formular uma opinião, após descortinadas suas peculiaridades.

Fixou-se o conteúdo do § 2º do art. 84 do Código de Processo Penal sob o argumento de não se estar operando qualquer inovação no campo das competências previstas nas normas constitucionais, mas sim o de, tão-somente, clarificar o conteúdo dos preceitos. Estaria implícito na Constituição que a ação de improbidade deve ser intentada perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro.

A associação entre o ato de improbidade e as infrações penais deriva de alegada impossibilidade de considerá-lo como ilícito civil, em virtude de, neste último caso, a responsabilidade adstringir-se ao ressarcimento do dano causado.

As sanções aplicáveis na ocorrência de um ato de improbidade são, à evidência, mais amplas do que as provindas da responsabilidade civil. A própria Constituição Federal estabeleceu genericamente essas sanções, dispondo, no art. 37, § 4º, que *"os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível"*.

É possível perceber que a Constituição Federal reservou ao legislador ordinário a incumbência de discriminar os atos de improbidade e estabelecer os mecanismos por que se dará a responsabilização, tendo salientado, *in fine*, que a aplicação das penalidades far-se-á sem prejuízo da ação penal cabível.

É bem verdade que o ato de improbidade administrativa não se encaixa com perfeição na definição de ato ilícito civil, tal como disciplinado no art. 186 e seguintes da Lei nº 10.406/2002 - Código Civil. Impende asseverar, porém, que o caráter "civil" do ato pode ser verificado por dois caminhos diversos.

Em primeiro lugar, partindo-se do pressuposto de que o Direito, enquanto ordenamento, é uno, sendo dividido em ramos ou disciplinas por uma necessidade de sistematização, tem-se por estabelecido o marco inicial em sua secção em dois grandes troncos: Direito Civil e Direito Penal. Poder-se-ia dizer, em outros termos, Direito Penal e Direitos Não-Penais. Sob esse aspecto, a descaracterização de um instituto como pertencente ao Direito Penal é bastante para torná-lo civil.

Ainda em face da necessidade de sistematização, entrevê-se que o ramo Direito Civil apresenta subdivisões, abrangendo, entre outros, o Direito Civil propriamente dito, o Direito Administrativo e o Direito Tributário. Neste caso, o ato é intitulado 'civil' a partir do momento em que se insere no Direito Civil propriamente dito.

Assinaladas essas proposições, é imperioso ressaltar que a Lei nº 10.628/2002, quando estende a prerrogativa de foro à ação de improbidade sem inovar o Texto Constitucional, parte certamente do pressuposto de que a Carta Magna o faz de forma implícita. Defende, nesse sentido, a existência de uma associação entre o ato de improbidade e os crimes de responsabilidade praticados contra a probidade na administração[6].

[6] Cf. ALVARENGA, Aristides Junqueira. *Reflexões sobre Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro*. In: BUENO, Cássio S., PORTO FILHO, Pedro Paulo R. (coord). Improbidade Administrativa – Questões Polêmicas e Atuais. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 86/87.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou nesta direção, valendo citar a opinião do Ministro Maurício Corrêa, entoada no julgamento da Reclamação nº 2.138, segundo a qual *"não há como afastar-se da conclusão de que as conseqüências legais decorrentes da condenação pela prática de atos de improbidade, especialmente no ponto em que determinada a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, a proibição de contratar com entes estatais, receber oficialmente incentivos e benefícios fiscais ou creditícios, sugerem o acentuado conteúdo penal da espécie, paralelamente à natureza civil de ação reparatória de danos supostamente causados ao erário. Em conseqüência disso, tenho como correta a afirmação de que 'sob a roupagem de 'ação civil de improbidade', o legislador acabou por elencar, na Lei nº 8.429, uma série de delitos que, teoricamente, seriam crimes de responsabilidade e não crimes comuns', como enfatizado por Gilmar Mendes, citando Ives Granda da Silva em decisão similar a ora examinada, proferida na Reclamação 2186"*

Este foi o argumento utilizado para defender, mais adiante, que *"as normas atinentes ao crime de responsabilidade, aí sim, atraem a aplicação analógica com vistas a oferecer razoabilidade, homogeneidade e harmonia ao sistema de apuração de delitos político-administrativos praticados pelos agentes administrativos. Se assim admito, o foro especial por prerrogativa de função, previsto constitucionalmente para os crimes de responsabilidade, deve ser aplicado aos casos de improbidade administrativa, movidas contra as respectivas autoridades (CF, artigos 102, I, 'c'; 105, I, 'a'; 108, I, 'a', 96, III; 125; § 1º c/c 25, caput)"*[7].

Discordamos, entretanto, deste posicionamento. Uma leitura mais detida da Constituição Federal evidencia a distinção entre os crimes de responsabilidade e os atos de improbidade administrativa. Cuida-se, este último, de um instituto que recebeu da Carta Magna um tratamento próprio e diferenciado, não se podendo considerar, à luz da ordem jurídica vigente, que os atos de improbidade são espécies do gênero 'crimes de responsabilidade'[8]. Se a Constituição Federal 1988, ao prever os atos de improbidade ao lado dos crimes comuns e crimes de responsabilidade, não logrou inseri-los entre aqueles para os quais se aplica a competência originária dos tribunais, deve-se entender que não quis fazê-lo. Há, por assim dizer, um silêncio eloqüente.

7 Conferir inteiro teor do voto proferido pelo eminente Ministro Maurício Corrêa: STF – RCL 2138/DF – Rel. Min. Nelson Jobin – DJ 20/11/2002.

8 Conferir, em sentido oposto: MARTINS, Ives Granda da Silva. *Aspectos Procedimentais de Instituto Jurídico do "Impeachment" e Conformação da Figura da Improbidade Administrativa.* Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 81, n. 685, 1992, pp. 286/287.

Destaque-se, outrossim, que os crimes de responsabilidade possuem um color político que o afastam do exercício da própria atividade jurisdicional. Prova dessa afirmação reside na competência do Senado Federal e da Câmara Municipal para julgamento dos crimes de responsabilidade cometidos, respectivamente, pelo Presidente da República e pelos Prefeitos Municipais, conforme disposto no art. 52, I, da Constituição Federal, e no art. 4º do Decreto-lei 201/67.

Saliente-se, ainda, que os atos de improbidade, especialmente em razão da ressalva contida na parte final do art. 37, § 4º, acima colacionado, não possuem, pela vontade do Constituinte, natureza penal. São, dessa sorte, atos civis, ou atos não-penais. Inclusive, a Lei nº 8.429/92 enuncia, em seu art. 12, que a aplicação das suas cominações far-se-á *"independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica"*. A ação do agente público pode se caracterizar, a um só tempo, como ato de improbidade e crime comum, valendo citar, *verbi gratia*, a correspondência entre o art. 9º, I, da Lei nº 8.429/92 e o art. 317 do Código Penal, concernente ao crime de corrupção passiva.

O ato de improbidade apresenta, portanto, natureza jurídica de ato civil-administrativo, possuindo especificidades já delineadas no próprio Texto Constitucional. A equiparação desejada com os crimes de responsabilidade, embora conduza a um resultado aceitável, qual seja, a aplicação da prerrogativa de foro, não guarda conformidade com as normas constitucionais que quiseram distingui-los.

Nessa direção, Maria Sylvia Zanella di Pietro averba: *"A natureza das medidas previstas no dispositivo constitucional está a indicar que a improbidade administrativa, embora possa ter conseqüências na esfera criminal, com a concomitante instauração de processo criminal (se for o caso) e na esfera administrativa (com a perda da função pública e a instauração de processo administrativo concomitante) caracteriza um ilícito de natureza civil e política, porque pode implicar a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento dos danos causados ao erário"*[9]

Consideramos, obviamente, que deve existir um mecanismo de frenagem ao uso indiscriminado da ação de improbidade. Talvez até seja mais coerente defender que, em caso de decretação da perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, a ação de improbidade deva ser

[9] PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 678.

ajuizada com observância à competência *ratione personae*, tendo em vista a gravidade das cominações[10].

Hely Lopes Meirelles entende que *"as prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e de decisão, ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados"*[11]. Opera-se, é inegável, certa subversão à lógica do Sistema em admitir que um Juiz de primeiro grau processe e julgue, com base na Lei nº 8.429/92, autoridades que respondem criminalmente perante os Tribunais Superiores.

Afinal, é inquestionável, conforme ressaltam Arnoldo Wald e Gilmar Mendes, que *"a sentença condenatória proferida nessa peculiar 'ação civil' é dotada de efeitos que, em alguns aspectos, superam aqueles atribuídos à sentença penal condenatória. É certo, pois, que a condenação proferida na ação civil de que trata o art. 37, § 4º, da Constituição, poderá conter, também, efeitos mais gravosos para o equilíbrio jurídico-institucional do que eventual sentença condenatória de caráter penal"*[12].

Realmente não se pode admitir, numa interpretação lógica da ordem jurídica, que autoridades com prerrogativa de foro penal possam ser julgadas por juízes de primeira instância em ações de improbidade que discutam justamente atos com repercussões penais, e cujos desfechos podem redundar na perda do cargo público e na suspensão dos direitos políticos[13].

Concordamos, pelo exposto, que a prerrogativa de foro deva ser estendida às ações de improbidade administrativa, uma vez resguardada a atuação do Ministério Público[14]. Urge assentar, por outro lado, que os

10 Cf. MELLO, Cláudio Ari. *Improbidade Administrativa – Considerações sobre a Lei nº 8.429/92*. Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, n. 11, abr/jun. 1995, p. 58.

11 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 72/73.

12 WALD, Arnoldo, MENDES, Gilmar. *Competência para Julgar a Improbidade Administrativa*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 138, pp. 211/217, abr/jun. 1998, p. 214.

13 Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 196.

14 Cf. TOJAL, Sebastião Botto de Barros, CAETANO, Fábio Crocce. *Competência e Prerrogativa de Foro em Ação Civil de Improbidade Administrativa*. In: BUENO, Cássio S., PORTO FILHO, Pedro Paulo R. (coord.). Improbidade Administrativa – Questões Polêmicas e Atuais. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 359.

atos de improbidade não são simplesmente espécie dos crimes de responsabilidade, não estando a extensão implícita, portanto, na Constituição Federal.

Não poderia o legislador ordinário, assim, ampliar o elenco cerrado de competências dos tribunais. Segundo pensamos, a extensão, embora apropriada, só seria admissível através de emenda constitucional, cabendo a observação de que, em relação aos tribunais estaduais, permaneceria a depender da atuação do Poder Constituinte Decorrente, em virtude do disposto no § 1º do art. 125 da Constituição Federal.

Pelo exposto, é inconstitucional o § 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, sendo bastante provável, porém, que o Supremo Tribunal Federal declare a constitucionalidade da Lei nº 10.628/2002, fixando a orientação, à vista dos precedentes citados, no sentido de que a Constituição da República abrange, nos crimes de responsabilidade, os atos de improbidade administrativa, sujeitando-os, por decorrência, à competência *ratione muneris*.

4. Considerações Finais

Observa-se, pelas argumentações supra alocadas, que a Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, promoveu sensíveis alterações na matéria concernente à competência especial por prerrogativa de função. Este tema, eminentemente polêmico, ainda será objeto de diversos debates no seio da doutrina e da jurisprudência.

Impende destacar que, por as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.797-2/DF e 2.860-0/DF encontrarem-se pendentes de julgamento de mérito, tendo sido indeferida a medida cautelar requestada na primeira, as Procuradorias-Gerais de Justiça vêm orientando os respectivos Ministérios Públicos estaduais a suscitar *incidenter tantum* a inconstitucionalidade dos preceitos. Idêntico expediente vem sendo realizado pelo Ministério Público Federal, a exemplo da Argüição Incidental de Inconstitucionalidade no INQ nº 699/PE, apresentada ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

As considerações aqui alinhavadas independem do que restará proferido nos julgamentos de mérito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Embora seja possível traçar uma perspectiva acerca do conteúdo do *decisum*, insta assentar que a composição do Supremo Tribunal Federal vem sofrendo alterações, o que pode acarretar verdadeira transformação na direção de seus posicionamentos.

Deve-se notar que a presente abordagem trouxe críticas aos aspectos técnicos da Lei nº 10.628/2002. O conteúdo material da norma vergastada recebeu, em verdade, as chamadas "críticas positivas". O caminho utilizado pelo legislador para a consecução de seus objetivos é que, decerto, não se apresentou o mais apropriado.

Não se pode admitir, à evidência, que uma lei ordinária promova modificações no Texto Constitucional, o seu pressuposto de validade. Estar-se-ia legitimando, dessa forma, um verdadeiro menoscabo ao sistema piramidal de escalões hierárquicos, forma através da qual se apresenta o ordenamento jurídico.

5. Bibliografia

ALVARENGA, Aristides Junqueira. *Reflexões sobre Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro*. In: BUENO, Cássio S., PORTO FILHO, Pedro Paulo R. (coord). Improbidade Administrativa – Questões Polêmicas e Atuais. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 1995.

MARTINS, Ives Granda da Silva. *Aspectos Procedimentais de Instituto Jurídico do "Impeachment" e Conformação da Figura da Improbidade Administrativa*. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 81, n. 685, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Cláudio Ari. *Improbidade Administrativa – Considerações sobre a Lei nº 8.429/92*. Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, n. 11, abr/jun. 1995.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PAIVA, Bruno Teixeira de. *A Inconstitucionalidade da Lei de Improbidade Administrativa*. Bureau Jurídico – Direito Administrativo e Constitucional, Recife, 2000.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros, CAETANO, Fábio Crocce. *Competência e Prerrogativa de Foro em Ação Civil de Improbidade Administrativa.* In: BUENO, Cássio S., PORTO FILHO, Pedro Paulo R. (coord.). Improbidade Administrativa – Questões Polêmicas e Atuais. São Paulo: Malheiros, 2001.

WALD, Arnoldo, MENDES, Gilmar. *Competência para Julgar a Improbidade Administrativa.* Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 138, pp. 211/217, abr/jun. 1998.

ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS: UMA INTERPRETAÇÃO POSSÍVEL

Caroline Andressa Coelho Nunes
(Aluna do 9º Período da Faculdade de Direito do Recife-UFPE)

Sumário: 1. Introdução; 2. Do conceito e da natureza jurídica da norma que proíbe a utilização das provas ilícitas; 3. Breve exposição da teoria principiológica; 4. Eficácia da norma proibitiva das provas ilícitas no processo; 5. Síntese das correntes existentes; 6. O princípio da proporcionalidade; 7. O crime: o Estado, a sociedade, o acusado. O jogo dos princípios; 7.1. O abrandamento da proibição: as provas ilícitas "favor rei"; 7.2. O abrandamento da proibição: as provas ilícitas contra o acusado (em favor da sociedade); 8. Conclusão; 9. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente trabalho tem por objeto a análise do inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal ("*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*"). Da interpretação da norma jurídica contida no referido inciso, grande parte da doutrina conclui, inequivocamente, que toda e qualquer prova ilícita, seja qual for sua natureza ou finalidade, deve ser de pronto expurgada do processo. Sem dúvida, tal princípio foi acolhido na Carta Magna de 1988 para resguardar o cidadão dos atos arbitrários do Estado, acompanhando a evolução dos direitos humanos.

O contexto político-histórico vivido pelo País quando da elaboração da Constituição vigente justifica a inserção do princípio da vedação das provas ilícitas. De fato, num país recém-saído de uma ditadura, no qual os direitos humanos não eram mais que meras garantias simbólicas, e as violências eram praticadas livre e impunemente contra o cidadão pelos agentes estatais, ao sabor do desvario de suas vontades, a exemplo da tortura, que, como poetizou Dante na *Divina Comédia* – referindo-se ao *Inferno* – "*solo nel pensier me rinnuova la paura*", urgia instituir uma fórmula prote-

tora do cidadão contra o Estado, com o intuito de evitar tais práticas abusivas. Nessa esteira, o legislador constituinte consagrou o princípio proibitivo das provas ilícitas no processo, esculpido no art. 5°, inciso LVI, da Constituição.

A proposta deste estudo é, na medida do possível, perquirir sobre a eficácia da norma proibitiva das provas ilícitas no processo penal, suscitando a discussão acerca desse dispositivo constitucional, para constatar-se se *pode ou não afirmar-se de modo categórico que as provas ilícitas são inadmissíveis no processo penal.*

2. Do conteúdo e da natureza jurídica da norma que proíbe a utilização das provas ilícitas

A vedação das provas obtidas ilicitamente no processo é preceito expressamente garantido no art. 5°, inciso LVI, da Constituição Federal. Na verdade, trata-se de uma liberdade pública que garante ao cidadão-acusado não vir a ser julgado e condenado com base em provas obtidas com violação às normas jurídicas materiais ou processuais. O professor José de Moura Rocha, entendendo ser inconstitucional a prova obtida por meios ilícitos, define-a como "*aquela que alcançada com a utilização de meios lesivos aos direitos fundamentais do cidadão, direitos estes garantidos pela Constituição mesma*".[1]

Ante o momento histórico-político vivido pelo Brasil, no qual as mais variadas formas de violências eram praticadas contra o cidadão, indefeso frente ao poderio do Estado, reclamava-se por direitos garantidores do particular contra incursões indevidas dos entes públicos. Existia toda uma ânsia de estabelecer uma ruptura com o passado ditatorial através de normas efetivamente assecuratórias de direitos.

1 ROCHA, José de Moura. *Prova ilícita e constituição*. Revista da ESMAPE. Recife: v. 2, n. 4, abr/jun, 1997, p. 239. A Professora Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: Centro de Estudos, n. 16, jun, 1980, p. 97), adotando a terminologia do Professor Pietro Nuvolone, diz: proibida (ou vedada) a prova que viola norma legal ou constitucional; ilegal pode ser a prova por violar norma de direito material ou processual. No primeiro caso, infringir norma de direito material, trata-se de prova ilícita; no segundo, prova ilegítima. Deixa-se de lado, contudo, neste trabalho, a discussão tipológica sobre provas ilícitas, ilegais, proibidas, ilegalmente obtidas ou produzidas. Toma-se o termo *prova ilícita* em sentido amplo, significando a infração de qualquer espécie de norma jurídica.

Dessa forma, entende-se ser a proibição das provas ilícitas *direito humano fundamental*, conceituado como "*a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo*".[2]

A proibição das provas ilícitas, assim, somente com o advento da Carta Constitucional de 1988, tornou-se uma garantia contra as arbitrariedades do Estado. É fruto de uma opção valorativa do legislador constituinte, pois, anteriormente à vigente constituição, não existia similar garantia. Vem, portanto, de uma visão mais humanística do homem, a qual o pressupõe como *um sujeito de direitos*.[3]

Dentre as características dos direitos fundamentais, convém ressaltar a *complementariedade*, ou seja, sua interpretação há de ser feita em conjunto com todo o corpo normativo no qual estão inseridos, já que a defesa extremada de um direito pode levar à violação de outro. A interpretação, outrossim, realizar-se-á sistematicamente, pois, aplicando-se uma norma constitucional, está-se, na verdade, a aplicar toda a Constituição.[4]

Conclui-se, destarte, que os direitos fundamentais não são garantidos de forma absoluta ou incondicional na Constituição Federal. Sua eficácia está limitada pela eficácia de outros direitos fundamentais igualmente tutelados pela Constituição.[5] Assim, como se verá adiante, convivem os direitos fundamentais conflitantemente uns com os outros sem, no entanto, anularem-se ou excluírem-se reciprocamente, mas tão-somente prevalecendo uns sobre os outros a depender dos casos em questão.

No rastro do contemporâneo pensamento jurídico, pode-se afirmar que as normas jurídicas se subdividem em duas categorias distintas: regras e princípios.[6] Direito fundamental, a proibição da prova ilícita é valor

---

2 MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 19.

3 Cf. CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Provas ilícitas*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 7.

4 Cf. FREITAS, Juarez. *A Interpretação sistemática do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 61. O autor afirma: "*verdadeiramente a interpretação sistemática, quando compreendida em profundidade, é a que se realiza em consonância com a rede hierarquizada, máxime na Constituição, tecida por princípios, normas e valores considerados dinamicamente e em conjunto. Assim, ao se aplicar uma norma, está-se aplicando o sistema inteiro*".

5 Cf. MORAES, Alexandre de. *Op. cit.* p. 46-47.

6 Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 81 e ss.

positivado na Constituição por intermédio de um princípio constitucional. Sendo assim, será sua eficácia regida em conformidade com a teoria principiológica. A matéria em análise, advertia o professor Moura Rocha, não mais pode ser posta simploriamente a partir das construções teóricas tradicionais, mas em face da constitucionalização do "problema prova".

3. Breve exposição da moderna teoria principiológica

A constituição é composta por princípios e regras, espécies da categoria norma jurídica. De fato, contemporaneamente, entende-se que os princípios e as regras são espécies do gênero norma jurídica, não subsistindo mais aquela velha polêmica sobre a normatividade ou não dos princípios.

Os princípios jurídicos são normas jurídicas, e não meros preceitos destituídos de qualquer eficácia. Os princípios constitucionais, portanto, possuem normatividade. Diferenciam-se os princípios das regras quanto a vários aspectos: grau de abstração e de determinabilidade, fundamentalidade, proximidade da idéia de direito, natureza normogenética.[7]

Em excelente monografia sobre a estrutura da norma-princípio, Willis Santiago Guerra Filho alude à diferença da estrutura lógico-deôntica do princípio relativamente à norma-regra. [8]

A regra jurídica tem sua hipótese de incidência (previsão abstrata da ocorrência de um fato) ligada ao conseqüente jurídico por meio de um functor deôntico. Estabelece-se a causalidade jurídica entre antecedente e conseqüente através do disjuntor deôntico. Então, pode-se resumir a estrutura da regra jurídica pela fórmula kelseniana "*dado A deve ser B*".

Na estrutura do princípio jurídico, por sua vez, não há a relação imputacional antecedente/conseqüente da regra, mas a prescrição de um valor, o qual adquiriu positividade ao ser introduzido no ordenamento jurídico.

Os princípios são normas de aplicação geral e indeterminada, ao contrário das regras, editadas para regulamentar situações concretas. O relacionamento das regras com o ordenamento jurídico é no âmbito da validade, eis que regras colidentes são excludentes, pois incabível duas regras atribuindo conseqüências antagônicas a uma mesma situação fática. Os

7 Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 165-170.

8 Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Sobre o princípio da proporcionalidade*. Anuário do Mestrado em Direito. Recife: n. 6, 1993, p. 255-259.

princípios, ao revés, não são excludentes entre si, pois não estão sujeitos à teoria do tudo ou nada (dimensão da validade), porque suas relações se dão na dimensão do peso. Dessa forma, no conflito entre princípios, não haverá uma relação excludente, como nas regras, mas uma relação de ponderação, de harmonização, dando-se preponderância àquele princípio com maior importância e peso, no caso concreto.

4. Eficácia da norma proibitiva das provas ilícitas no processo

Os direitos fundamentais não constituem uma garantia absoluta do cidadão. A propósito, vale registrar as elucidações do constitucionalista Alexandre de Moraes: "*Os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um* ***verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas****, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito*". [9] (grifos constantes do original.)

A grande questão que se põe, então, é delimitar os efeitos da norma agasalhadora dos direitos fundamentais. Por primeiro, deve-se ter em mente por que tipo de normas eles foram introduzidos na Constituição.

Em regra, tais garantias são veiculadas por princípios, porém nada obsta a que uma regra o positive. Na Constituição brasileira, percebe-se que o constituinte optou por uma estrutura dual.[10] Muito embora se trate de direito fundamental estabelecido por regra jurídica, como ensina Robert Alexy, a norma de direito fundamental terá um caráter dual, vez que em sua composição há vinculação da regra a uma cláusula restritiva referente ao princípio, o que a sujeitará à ponderação.[11] Indiferente é analisar se a proibição das provas ilícitas, quanto à estrutura da norma pela qual é expressada, é regra ou princípio, haja vista, no primeiro caso, considerando-se o valor ou bem jurídico assegurado, ser reconduzida a um princípio. Pode-se afirmar, portanto, possuírem as normas de direito fundamental caráter principiológico.[12]

9 Cf. MORAES, Alexandre de. *Op. cit.* p. 46.
10 Cf. BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 155-158.
11 Cf. ALEXY, Robert. *Op. cit.* p. 135-138.
12 Cf. BARROS, Suzana de Toledo. *Op cit.* p. 155-158.

Para ter-se a exata noção dos efeitos da norma contida no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, indispensável o confronto com o disposto no inciso XII do artigo em referência, o qual, na forma da lei e mediante autorização judicial, autoriza a interceptação telefônica para fins de investigação ou instrução criminal.[13] A lei exigida pela norma constitucional, todavia, só foi editada em julho de 1996, Lei n.º 9.296, quando efetivamente as provas obtidas por interceptação telefônica foram admitidas, por serem antes consideradas ilícitas. Ter-se-ia, então, a primeira exceção à proibição das provas ilícitas no processo. Uma restrição, todavia, prevista pela própria Constituição.

O teor do inciso LVI do art. 5º da Lei Maior, *prima facie*, poderia transparecer para alguns que se proibiu irrestrita e categoricamente o uso das provas ilícitas no processo. Incorreria, no entanto, em falta grave quem assim a interpretasse. Ora, o fato de não haver ressalva expressa à aplicabilidade da norma proibitiva das provas ilícitas, salvo a hipótese do inciso XII do art. 5º, não implica ser ela insuscetível de qualquer restrição. Os direitos fundamentais, mesmo que não explicitamente limitados ou sujeitos à reserva de lei restritiva, são suscetíveis de restrição. São os chamados limites imanentes (ou implícitos), decorrentes do próprio caráter principiológico desses direitos.[14]

Ademais, consoante dito, ao interpretar-se uma norma constitucional, interpreta-se a Constituição. Com efeito, de outra forma, haveria um desvirtuamento da vontade constitucional, ao se interpretá-la parcial e, por provável, erroneamente. Daí, Juarez Freitas afirmar que *"desassiste razão àqueles que tentam fazer concentrar, por exemplo, direitos fundamentais apenas num dado ponto normativo do sistema, uma vez que se encontram no sistema como um todo"*.[15]

13 Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A constituição e as provas ilicitamente obtidas*. Revista de Processo. São Paulo: a. 21, n. 84, out/dez, 1996, p. 150-151. O citado processualista tece várias críticas sobre a Lei n.º 9.296/96 que autoriza a quebra do sigilo telefônico, surpreendendo-se, ao afirmar com certa dose de ironia, com o estranho amor do legislador constituinte pelo paradoxo, na medida em que só autorizou a interceptação telefônica.

14 Cf. BARROS, Suzana de Toledo. *Op cit.* p. 166-170. Importante frisar as palavras de Willis Santiago Guerra Filho (*Direitos fundamentais: teoria e realidade normativa*. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v. 713, a. 84, mar, 1995, p. 49) ao afirmar: "*Não há princípio do qual se possa pretender seja acatado de forma absoluta, em toda e qualquer hipótese, pois uma tal obediência unilateral e irrestrita a uma determinada pauta valorativa – digamos, individual – termina por infringir uma outra – por exemplo, a pública*".

15 FREITAS, Juarez. *Op. cit.* p. 61.

5. Síntese das correntes existentes

Relativamente à admissibilidade das provas ilícitas no processo, doutrina e jurisprudência divergem. Numa classificação extremada, de um lado, há quem as admita; de outro, quem as repudie.

A tese da admissibilidade das provas ilícitas é dominante em vários países, seja de regime autoritário (como por exemplo, os que formavam o antigo bloco socialista), seja de regime liberal (como, Inglaterra, Canadá, Austrália, Dinamarca, Suíça), pois se sustenta que o interesse da justiça na busca da verdade (interesse da coletividade) deve prevalecer sobre a origem da prova, mesmo sendo ilícita.[16] Nesse caso, fala-se da aplicação da máxima "*male captum, bene retentum*", ou seja, admitem-se as provas ilicitamente obtidas, mas punem-se os responsáveis pela produção delas.

De outro lado, em orientação diametralmente oposta, há a tese pela rejeição das provas ilícitas, pois não se poderia, a despeito de direitos consagrados no ordenamento jurídico, incentivar comportamentos antijurídicos. Dessa forma, segundo essa doutrina fundada na visão unitária do ordenamento, "*o Estado de Direito deve perseguir o crime de uma forma moral inatacável, não podendo a punição do criminoso ser obtida à custa de ofensas a direitos da liberdade ou da intimidade*".[17] As provas obtidas com infringência a direitos fundamentais, assim, por esse motivo, seriam inconstitucionais.

Sabe-se, no entanto, que as posições radicais sempre levam a situações de flagrante injustiça, sobretudo ao tratar-se de matéria tão delicada e complexa. A primeira solução daria margem a situações como aquelas comuns aos períodos ditatoriais, isto é, sujeitaria o cidadão às mais atrozes barbaridades a serem perpetradas pelo Estado, tornando-o indefeso. Iria de encontro aos séculos de evolução dos direitos humanos. A segunda, por seu turno, ensejaria transformar direitos fundamentais como os direitos à privacidade e à intimidade em verdadeiras garantias de impunidade.

O certo é que nenhuma das correntes se coadunam com a teoria mais moderna dos direitos fundamentais e dos princípios jurídicos, conforme acima exposto. Percebe-se que cada uma delas contém fatores positivos e

16 Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.* p. 145-146. Vide, a propósito, AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 45-46.

17 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.* p. 100.

negativos, motivo pelo qual vem firmando-se um terceiro posicionamento, abrandando os rigores dessas duas concepções doutrinárias, marcando-se pela sua flexibilidade.

Por essa corrente, a regra geral é a da inadmissibilidade das provas ilícitas, no entanto, em razão de determinadas situações específicas, concede-se ao magistrado o poder de sopesar os interesses em jogo, facultando-se-lhe admitir a prova ilícita em detrimento de outros direitos em lide. Nesse caso, tal faculdade há de reger-se pelo Princípio da Proporcionalidade.[18]

6. Do Princípio da Proporcionalidade

Comumente, apesar de novo na teoria constitucional, registra-se o princípio da proporcionalidade como princípio de tradicional aplicação no Direito Administrativo, dada a necessidade de estabelecerem-se limites à atuação estatal frente ao cidadão.

A partir do momento em que se chegou a uma concepção de Estado de Direito, concatenada com o princípio da constitucionalidade, o centro de gravidade da ordem jurídica concentrou-se no respeito dos direitos fundamentais.[19] Daí, exsurge a importância do princípio da proporcionalidade, tornando-se princípio essencial da Constituição.

O cânone da proporcionalidade não foi expressamente acolhido na constituição brasileira, mas isso, de forma alguma, constitui óbice à sua existência ou aplicabilidade. Com efeito, os princípios constitucionais gozam de uma "*objetividade e presencialidade que os dispensa de estarem consagrados expressamente em qualquer preceito particular*",[20] podendo integrar expressa ou implicitamente uma Constituição. Ademais, face à íntima relação entre a proporcionalidade e os direitos fundamentais, é lícito asseverar ser o citado princípio da própria essência do Estado de Direito.[21]

---

18 Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.* p. 145-146. Vide também: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.* p. 101; MONIZ DE ARAGÃO, E. D. *Prova ilegalmente obtida*. Revista da Associação dos Magistrados do Paraná. Curitiba: v. 8, n. 31, jan/mar, 1983, p. 27-28.

19 Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 362. Vide, por oportuno, Suzana de Toledo Barros (*Op. cit.* p. 35), para quem: "*o germe do princípio da proporcionalidade, pois, foi a idéia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração*".

20 CANOTILHO, J.J. Gomes *apud* BARROS, Suzana de Toledo. *Op cit.* p. 90.

21 Cf. BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.* p. 364.

É de ressaltar-se, consoante leciona o constitucionalista Paulo Bonavides, que uma das aplicações mais proveitosas do princípio da proporcionalidade é a que " *o faz de instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí a solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado*",[22] com a finalidade de eliminar tais colisões. Daí, constatar-se ser sua essência a preservação dos direitos fundamentais.[23]

Por isso, no que toca à sua estrutura lógica, ao contrários dos outros princípios em geral, o princípio da proporcionalidade possui uma hipótese de fato que, em verdade, seria uma hipótese "*fático-normativa*", na qual se subsumem os princípios ou as regras. Em suma, estaria o citado princípio, enquanto princípio de interpretação, numa dimensão procedimental de aplicação ou (auto-)produção do direito.[24]

A doutrina costuma decompor o Princípio da Proporcionalidade em três subprincípios: a adequação ou idoneidade; necessidade ou exigibilidade; proporcionalidade em sentido estrito. Por meio da *adequação* deverá ser analisado se a medida restritiva de alguma forma contribui para a obtenção do resultado, se existe uma relação de causalidade entre a medida e o fim. Pelo segundo, *necessidade*; analisar-se-ão dois aspectos: se a medida é, de fato, indispensável para a realização ou conservação de um direito e, sendo, se é o meio menos gravoso, que impõe menos restrições às pessoas. Ponderar-se-á, pela valoração do caso concreto, o meio utilizado e o fim a atingir. Por fim, o terceiro, *proporcionalidade em sentido estrito*, de "*suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim*",[25] apurando-se se a restrição sofrida por um direito encontra uma correlação benéfica por efeito da medida. A valoração entre a proporcionalidade do benefício e prejuízo é que será o norte da proporcionalidade em sentido estrito.

7. O crime: o Estado, a sociedade, o acusado. O jogo dos princípios

Até então, tem-se dissertado sobre o caráter de relatividade dos direitos fundamentais, sobre sua natureza principiológica e os desdobramen-

22 Idem, p. 386-387.
23 Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Sobre o princípio da proporcionalidade*. p. 260.
24 Vide: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Op. cit.* p. 268-269; BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.* p. 386-387.
25 BARROS, Suzana de Toledo. *Op. cit.* p. 83.

tos desses caracteres. Trazendo-se essas reflexões para o âmbito da norma-princípio vedante da utilização das provas ilícitas no processo, a importantes conclusões se chegará.

Cometido o delito, tomando o Estado o conhecimento da infração penal, iniciar-se-á a persecução penal, cabendo-lhe proceder a inúmeras diligências para elucidação do fato delituoso. Nasce o direito de punir do Estado, fruto de seu poder soberano, mas não ilimitado. O princípio da verdade real, pelo qual se concede ao magistrado o poder-dever de buscar (não se atendo, assim, apenas às provas do processo) a reconstrução do fato criminoso ocorrido, de modo a aproximar-se o quanto possível da verdade dos fatos, contrapõe-se à tutela da liberdade individual do acusado, ao respeito à sua dignidade.

Dessa forma, ao Estado, em nome da descoberta da verdade, impõe-se o dever de atuar dentro da legalidade. É, portanto, com base nesses conflitos principiológicos que se dará o processo-crime contra o delinqüente.[26] No entanto, como se verá a seguir, motivos de peso há a exigir mitigação ao repúdio apriorístico à prova ilícita e ao respeito absoluto às liberdades do individuais do acusado.

7.1. O abrandamento da proibição: as provas ilícitas "favor rei"

A vedação às provas ilícitas não é norma categórica, aplicável irrestritamente a todas as situações (vide itens 3 e 4), daí reconhecer-se a interpretação mais branda do disposto no art. 5º, inciso LVI, da Lei Maior. Doutrinariamente, em se tratando de provas ilicitamente obtidas para comprovação da inocência do acusado, admitem-se-as.[27] Em outras palavras,

26 Essa é apenas uma dimensão dos conflitos principiológicos existentes na punição do crime. Em excelente monografia, trazendo à lume abalizadas vertentes doutrinárias, Anamaria Torres de Vasconcelos trata da questão em tela, concluindo pela "*não-aceitação de métodos que, embora conducentes à verdade, enveredem pelo desconhecimento dos direitos e da dignidade do homem*" (VASCONCELOS, Anamaria Campos Torres de. *Prova no processo penal (justiça como fundamento axiológico)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 62).

27 Nesse sentido, vide: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.* p. 147; MORAES, Alexandre de. *Op. cit.* p. 261-262; AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Op. cit.* p. 77-85. Este último autor se refere às Mesas de Processo Penal, promovidas pela Faculdade de Direito da USP, coordenadas por Ada Pellegrini Grinover, na qual se sumulou essa matéria. Com efeito, dispõe a **Súmula 50** das referidas Mesas: "*Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa*".

usa-se o princípio da proporcionalidade relativamente à prova ilícita *pro reo*. Na jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal confirmou essa tese.[28]

É evidente o acolhimento, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, do princípio da proporcionalidade. A restrição ao princípio da proibição da prova ilícita (garantia individual do cidadão) encontra uma correlação benéfica residente na absolvição do acusado, que comprovou, embora ilicitamente, sua inocência. Verifica-se a relativização do dito direito fundamental, por meio da ponderação dos princípios no caso concreto, procedida por intermédio da proporcionalidade, em especial, da proporcionalidade em sentido estrito.

7.2. *O abrandamento da proibição: as provas ilícitas contra o acusado (em favor da sociedade)*

A outra dimensão do conflito principiológico quando do cometimento do crime dá-se entre acusado e a sociedade. Em determinados crimes, a colisão toma maiores proporções: os direitos em jogo são mais numerosos, exige-se, sem dúvida, uma resposta mais atuante do Estado, pois não só ele como a sociedade foram mais profundamente atingidos pelo crime.

Advirta-se, desde já, a prova ilícita contra o acusado, como aqui se advoga, não deve ser estendida a todos os crimes. Esse pensar equivaleria a um posicionamento retrógrado, contrário ao atual estágio da evolução dos direitos humanos, o qual, a história bem o mostra, é fruto das inúmeras e sanguinárias revoluções havidas no decorrer dos séculos, face o irresignável espírito de liberdade do homem. Como também retrógrado é imaginar que, em determinadas situações, o quebramento de certas garantias seria uma involução dos direitos humanos. Defende-se, portanto, a sua utilização enquanto instrumento gerador de justiça.

A admissibilidade da prova ilícita deve ser aceita para aqueles crimes cujos agentes, circunscritos, em regra, a uma restrita elite social e econômica, formam organizações criminosas muito bem treinadas dotadas de modernos equipamentos, de informações sigilosas, o que não pode ser combatido pelos meios tradicionais. Comumente, os crimes assim praticados são os contra o Erário Público e os crimes de tráfico de entorpecentes.

Urge adotar um critério discriminativo em razão da natureza da ação criminosa para autorizar-se a quebra de alguns dos direitos individuais dos

28 Vide o julgamento do *Habeas Corpus* n.º 74.678-1/SP.

agentes.[29] É uma exigência do Princípio da Igualdade (material): tratar diversamente os desiguais. Não é razoável entender-se que o traficante, o político, o juiz ou o executivo, lesionadores dos cofres públicos, devam ter os mesmos direitos, na persecução penal, que teria o simples ladrão de galinhas, pois os crimes por aqueles praticados contam com todo um sistema estruturado para tal fim, envolvendo: informações secretas, uma equipe para tanto, chantagens, corrupção, ameaças de morte, etc. Parodiando a máxima de Jellinek de que "*não se abatem pardais disparando canhões*", tampouco se destroem exércitos com espingardas de ar comprimido. Proporcionalidade é preciso.

A proporcionalidade é o critério para a admissibilidade da prova ilícita contra o acusado. Então, há de verificar-se se é mais benéfico para a sociedade admitir a prova ilícita com a violação de alguns direitos do acusado (proporcionalidade em sentido estrito) ou não lhe aplicar a pena em respeito à norma proibitiva das provas ilícitas. Não é admissibilidade de toda e qualquer prova nem a contenção de eficácia de todos os direitos, a exemplo da tortura. Jamais, deve-se admitir a tortura, pois – além de violar a integridade física e moral do cidadão, e de ser uma das mais degradantes formas de desrespeito à dignidade do homem – as declarações mediante tortura colhidas são viciadas, por resultarem de coação física (ou moral) irresistível, não constituindo prova e, por conseqüência, não se inserindo na discussão prova ilícita.[30]

Ao lado da necessidade instrumental da produção de provas em decorrência da natureza do crime, é de relevar-se os bens jurídicos da sociedade atingidos por certos crimes. No caso de crimes contra o erário, os quais geram um desfalque milionário para os cofres públicos, indaga-se: quais os bens atingidos? Considerando a finalidade da República do Brasil, o fato criminoso repercutirá no direito assistencial estatal, na erradicação da pobreza, na promoção do bem estar, nas liberdades do demais cidadãos, na segurança jurídica, no próprio descrédito do sistema repressivo penal. Ocasiona, em último caso, uma crise no sistema jurídico, pois, se a finalidade da pena é

29 Maria Cecília Pontes Carnaúba alude (*Op. cit.* p. 86-87): "*os crimes que lesam o erário público, observe-se, são, na sua maioria, cometidos com o abuso do próprio direito à privacidade. Nos casos de superfaturamento de obras e serviços públicos, por exemplo, os acordos criminosos acontecem em ambientes sigilosos*". Veja-se, ainda, a ordem de *habeas corpus* (HC n.º 69.912-0/RS) concedida pelo STF a traficantes presos, em decorrência de prova obtida mediante escuta não autorizada.

30 Cf. CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Op. cit.* p. 81-82.

intimidar e reprimir, não reprimindo o agente, não intimida os demais integrantes da sociedade. A norma, embora válida e vigente, não é eficaz.

É por demais aviltante para o direito e estarrecedor para a sociedade, preferir-se deixar de punir um indivíduo que traficou mais de 300kg de cocaína, em decorrência de uma prova advinda de escuta telefônica ilícita, em respeito a seu direito de privacidade a puni-lo, quebrando-se, em face dos valores em questão, o direito à privacidade do autor do delito.

Não obstante, o direito brasileiro, em desarrimo às novas tendências constitucionais, seguidas, entre outros, pela Alemanha, Itália e Estados Unidos,[31] tem resistido à possibilidade de, na colisão de princípios decorrente do crime, dar menor preponderância aos direitos do agente. É, contudo, uma tendência ortodoxa e dissonante da interpretação constitucional contemporânea, segundo a qual os direitos fundamentais são relativos, emergindo da relatividade o princípio da proporcionalidade.

8. Conclusão

A norma contida no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, sem dúvida, constitui norma de direito fundamental, inserida no ordenamento brasileiro, acompanhando a evolução dos direitos humanos. Uma louvável opção valorativa do legislador constituinte.

A despeito da dicção com que foi expressa a norma proibitiva das provas ilícitas no processo, não se pode concluir pela inadmissibilidade absoluta de tais provas. Primeiramente, há de observar-se que toda interpretação, sobretudo constitucional, deve ser sistêmica. Assim, verifica-se ter o próprio legislador constituinte excepcionado a norma da inadmissibilidade no art. 5º, inciso XII, da Constituição, ao permitir, na forma da lei, as interceptações telefônicas.

Em segundo lugar, a natureza principiológica dos direitos fundamentais, entre eles incluída a vedação das provas ilícitas, implica a relatividade desses direitos, pois a garantia abstrata de cada um, se levada aos extremos, irá ocasionar a exclusão de outros no ordenamento igualmente assegurados. Então, o princípio da proporcionalidade será a técnica de harmonização, ponderação dos princípios veiculantes de direitos fundamentais em colisão.

31 Cf.: AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Op. cit.* p. 47 e ss; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.* p. 145-146; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.* p. 103-105; MONIZ DE ARAGÃO, E. D. *Op. cit.* p. 28-29.

Sua utilização como fator de restrição da eficácia da norma que proíbe as provas ilícitas, no Direito brasileiro, já é defendida por doutrinadores e acolhida pela jurisprudência, quando para inocentar o acusado. Fala-se da legítima defesa dos direitos fundamentais.

No entanto, hesita-se em adotá-lo ao obterem-se provas mediante meios ilícitos contra o acusado, por mais grave seja a infração cometida, por maiores sejam os direitos outros ofendidos pela conduta criminosa. Esse posicionamento, entretanto, além de ser ortodoxo e inviabilizar, não raro, a persecução penal e condenação do criminoso, reflete o apego a um individualismo demasiadamente anti-social, despreza os valores coletivos e acarreta a descrença no Direito.

9. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Provas ilícitas*. São Paulo: Saraiva, 2000.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: Centro de Estudos, n. 16, jun, 1980, p. 97-108.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Sobre o princípio da proporcionalidade*. Anuário do Mestrado em Direito. Recife: n. 6, 1993, p. 255-269.

_____. *Direitos fundamentais: teoria e realidade normativa*. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v. 713, a. 84, mar, 1995, p. 45-52.

MONIZ DE ARAGÃO, E. D. *Prova ilegalmente obtida*. Revista da Associação dos Magistrados do Paraná. Curitiba: v. 8, n. 31, jan/mar, 1983, p. 21-29.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A constituição e as provas ilicitamente obtidas*. Revista de Processo. São Paulo: a. 21, n. 84, out/dez, 1996, p. 145-155.

ROCHA, José de Moura. *Prova ilícita e constituição*. Revista da ESMAPE. Recife: v. 2, n. 4, abr/jun, 1997, p. 229-258.

VASCONCELOS, Anamaria Campos Torres de. *Prova no processo penal (justiça como fundamento axiológico)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ADULTÉRIO À LUZ DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Jayana Freitas Poggi de Carvalho
(Aluna do 9º período da graduação em Direito da UFPE; ex-monitora de Direito Penal I).

Sumário: 1. Introdução; 2. Breves considerações sobre o princípio da intervenção mínima; 3. Punição do adultério: 3.1. Evolução histórica; 3.2. Direito comparado; 3.3. Objetividade Jurídica; 3.4. (In)conveniência na atual sociedade; 4. Por que descriminalizar o adultério; 5. Conclusão; 6. Bibliografia

1. Introdução

A despeito do caráter imoral do adultério e de sua consagração como ilícito civil, por desrespeitar o dever recíproco dos cônjuges de fidelidade, não é pacífica sua capitulação como crime (art. 240, CP). A evolução social e a flexibilização dos padrões, outrora, rígidos de moralidade têm esvaziado este tipo de relevância e colocado em xeque sua criminalização.

Tendo em vista a própria natureza do Direito Penal e os princípios limitadores de sua intervenção, indaga-se o porquê de se manter o adultério como crime, em uma sociedade na qual o casamento perdeu o caráter de vínculo jurídico indissolúvel e a união estável é juridicamente tutelada. Além disso, como justificar que um fato que não ofende bem jurídico, hodiernamente, imprescindível à coexistência pacífica dos homens e que pode ser eficazmente protegido de forma menos gravosa sofra intervenção penal?

O presente trabalho pretende abordar, exatamente, a inconveniência de se manter, no atual estágio da sociedade brasileira, a tipificação do adultério, precipuamente sob o enfoque do princípio da intervenção mínima do Direito Penal. Para tanto, faremos algumas considerações acerca de tal princípio; abordaremos o tratamento dado, ao longo da história e no direito comparado, ao adultério; analisaremos o bem jurídico que se pretende tutelar com sua tipificação, a conveniência atual desta e a proposta de uma descriminalização formal.

2. Breves considerações sobre o princípio da intervenção mínima

Antes de abordar alguns aspectos da punição do adultério e tratar de sua descriminalização, é pertinente fazer algumas considerações acerca da natureza do Direito Penal e os limites de sua intervenção na esfera de liberdade do indivíduo, pois nesse ínterim é que ganha relevância a crítica à tipificação de determinadas condutas, bem como o debate em torno da necessidade de descriminalizá-las.

Ao contrário de outros tempos, predomina hodiernamente uma orientação político-criminal restritiva. O uso excessivo da sanção criminal passa a ser alvo de constantes críticas, pois, além de não garantir uma maior proteção de bens, atinge a credibilidade do Direito Penal e vai contra sua própria natureza. Afinal, trata-se do instrumento de coerção e intervenção mais forte do Estado, cuja essência não se coaduna com uma aplicação indiscriminada.

O Direito Penal deve ser encarado como um sistema descontínuo e sujeito a permanente revisão.[1] Em outras palavras, deve englobar apenas as condutas antijurídicas em relação as quais são insatisfatórias a prevenção e reparação ordinária. Nem todas as ações que lesionam bens jurídicos devem ser proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos devem ser por ele tutelados. A proteção penal tem que ser seletiva, sancionando apenas as ações ou omissões mais graves dirigidas contra bens valiosos.

Somente as agressões socialmente intoleráveis merecem a atenção do Direito Penal. Portanto, o processo seletivo de condutas antijurídicas merecedoras de coerção penal, da mesma forma que a crítica do rol vigente, deve ter sempre em mente duas questões: se a conduta tem por fundamento a proteção de um bem jurídico e se os outros meios de controle social são, realmente, ineficazes para protegê-lo.

Como bem sustenta Cezar Roberto Bitencourt, pelo princípio da intervenção mínima "a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável"[2].

1 Cf.ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro:parte geral*. p.101.
2 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*.p.41.

Apenas quando os demais ramos do Direito não se mostrarem capazes de proteger adequadamente bem jurídico relevante para a sobrevivência social é que surgirá a necessidade da intervenção penal. Esta assume uma feição subsidiária, motivo pelo qual o princípio da intervenção mínima também é conhecido como princípio da subsidiariedade ou *ultima ratio*.

O Direito Penal só deve, portanto, atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Outrossim, pelo postulado da fragmentariedade, corolário do princípio da intervenção mínima, o Direito Penal deve continuar sendo um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente[3].

3. Punição do adultério

3.1. Evolução histórica

A punição do adultério remonta a tempos imemoriais. Da pena de morte por apedrejamento, prevista na lei mosaica, até a descriminalização, consagrada pelos códigos mais avançados da atualidade, houve uma longa evolução no tratamento dado àqueles que profanavam o leito nupcial[4].

Morte pelo fogo ou por submersão, degredo, relegação, confisco patrimonial, infâmia, obrigação de portar trajes especiais, clausura e chicotadas foram apenas algumas das penas cominadas aos adúlteros ao longo da história.

Em nosso Direito, por exemplo, tivemos como punição, na época das Ordenações Afonsinas (1446), o confisco (para os nobres) e a morte (para os peões). Já na vigência das Ordenações Filipinas (1603), a pena de morte, não mais restrita a uma classe social, passou a depender da acusação pelo marido traído. Caso esta não ocorresse, a pena capital era substituída pelo degredo para a África por dez anos, para a adúltera e seu amante. Em se tratando de adultério masculino o degredo reduzia-se a três anos, cumulando-se a tal pena a quarentena dos bens. Com o Código de 1830, a pena alterou-se para prisão e trabalho, de 1 a 3 anos (art.250), sendo o

[3] Cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro.* p.84.
[4] Cf.COSTA JR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal.* pp.778-779. FRAGOSO, Heleno Cláudio.*Lições de Direito Penal. Parte especial.* V.II. pp 104-107.

adúltero punido somente no caso de concubina teúda e manteúda. Conservados esses mesmos princípios pelo Código de 1890, em seu art. 279, apenas com o vigente Código veio nova alteração.

No art. 240 do nosso atual diploma, há a previsão de pena oscilante entre quinze dias a seis meses de detenção, tanto para a adúltera (ou adúltero), como para o co-réu. Entretanto há alguns limites para o ajuizamento da ação penal (§§ 2° e 3°), bem como a possibilidade de o juiz aplicar o perdão judicial (§4°), a saber:

Art. 240.Cometer adultério:

Pena- detenção, de quinze dias a seis meses.

§1°. Incorre na mesma pena o co-réu.

§2°. A ação penal somente pode ser intentada pelo cônjuge ofendido, e dentro de um mês após o conhecimento do fato.

§3°. A ação penal não pode ser intentada:

I- pelo cônjuge desquitado;

II- pelo cônjuge que consentiu no adultério ou o perdoou, expressa ou tacitamente.

§4°. O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I-se havia cessado a vida em comum dos cônjuges;

II-se o querelante havia praticado qualquer dos atos previstos no art.317 do Código Civil.

A despeito dos avanços dados pelo Código de 1940 em relação ao diploma anterior, o tratamento do tema hoje é, sem sombra de dúvida, anacrônico e destoa do estágio de evolução da sociedade a que pretende disciplinar. Ademais, vale destacar que, mesmo à época da elaboração do nosso diploma criminal, questionamentos já havia acerca da tipificação do adultério.

3.2. Direito comparado

O tratamento legislativo dado ao adultério varia bastante de país para país, precipuamente pelas questões culturais e morais que circundam o tema. É possível, contudo, agrupar as legislações em quatro tendências[5]:

1. As legislações que punem apenas o adultério da mulher e de seu cúmplice, inclusive com pena de morte, deixando livre de punição o adúltero, como a de alguns países mulçumanos;

5 Cf.KOSORESKI, Ester.*O "crime"de adultério*. pp. 54-55.

2. Outras que punem a mulher mesmo que mantenha tão-somente uma eventual relação sexual extraconjugal e o adultério masculino apenas em caso de concubina "teúda" e "manteúda", bem como as que impõem penas mais brandas ao adúltero;
3. Legislações liberais que equiparam o adultério de ambos os cônjuges, como o nosso Código Penal de 1940;
4. Por fim, os Códigos mais evoluídos que já acabaram com a tipificação de tal conduta. Essa é a tendência dos países que adotam o divórcio, deixando à esfera do Direito de família e para ajuste entre os cônjuges a regulamentação da sua conduta sexual. Como exemplo, pode-se citar: Inglaterra, Irlanda, EUA, Suécia, Finlândia, Japão, Alemanha, Cuba, Uruguai, Colômbia, Portugal e Costa Rica[6].

Sem dúvida, esta última é a tendência predominante na legislação hodierna e a mais acertada em relação ao atual estágio de desenvolvimento da sociedade brasileira. Merece destaque o fato de estar em tramitação, no Congresso Nacional, projeto em que se prevê a supressão do dispositivo incriminador do adultério para torná-lo sujeito apenas às sanções civis.

3.3. *Objetividade jurídica*

Os autores antigos consideravam o adultério crime contra a moralidade pública e os bons costumes, à semelhança do que ocorria em Roma e fora consagrado no Código Napoleônico. Outros visualizam uma proteção ao direito de fidelidade mútua entre os cônjuges.

Ambos posicionamentos, contudo, são afastados por Heleno Cláudio Fragoso, para o qual é indubitável que "o bem jurídico que a lei penal protege com a incriminação do adultério é a organização da família no aspecto da ordem jurídica matrimonial"[7].

No mesmo diapasão, Nelson Hungria acentua que "o motivo da punibilidade do adultério é tão-somente a garantia do exclusivismo da mútua posse sexual dos cônjuges, como condição mesmo da ordem conservação da família. O adultério, no Código, é crime 'contra o casamento', base da família legítima, e figura em sub-título dos crimes contra a família"[8].

6 CARPENTEADO, Jaques de Camargo. *A família e a justiça penal.* p.48.
7 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ob.cit.* p.108.
8 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal.v.III.* pp.370-371.

E realmente este é o entendimento consagrado pelo nosso legislador. Muito elucidativa a respeito, a Exposição de Motivos (n° 77) afirma: "*o projeto mantém a incriminação do adultério, que passa, porém, a figurar entre os crimes contra a família, na subclasse dos crimes contra o casamento. Não há razão convincente para que se deixe tal fato à margem da lei penal. É incontestável que o adultério ofende um indeclinável interesse da ordem social, qual seja, o que diz com a organização ético-jurídica da vida familiar. O exclusivismo da recíproca posse sexual dos cônjuges é condição de disciplina, harmonia e continuidade do núcleo familiar. Se deixasse impune o adultério, o projeto teria mesmo contrariado o preceito constitucional que coloca a família 'sob a proteção especial do Estado*"[9].

Assim, justificou-se a tipificação do adultério como forma de proteção estatal à organização ético-jurídica da vida familiar. O legislador de 1940, apesar dos debates em torno da exclusão desta capitulação, optou por mantê-la, tendo em vista o dever constitucional de o Estado proteger a instituição familiar. Os valores, então, reinantes amparavam a prevalência de tal posicionamento, pois davam à organização jurídica do casamento o *status* de bem jurídico digno da tutela penal.

Todavia, não podemos olvidar que o meio social em que foi feita tal escolha legislativa corresponde muito pouco à atual realidade. Passados sessenta anos, é interessante abordar sua conveniência na atual sociedade.

3.4. (In)conveniência na atual sociedade

A sociedade brasileira não pugna mais pela incriminação do adultério como outrora. Pelo contrário, considera-a ultrapassada. Os valores agora reinantes, a flexibilização da moral dominante e a própria evolução social indicam o anacronismo do artigo 240 do Código Penal.

Ínfimo é o número de vítimas que buscam uma punição judicial para a infidelidade conjugal. E tal fato não se justifica apenas pelo vexame social decorrente de sua publicidade, mas pela posição social majoritária de reconhecer o caráter imoral da conduta, mas rejeitar sua antijuridicidade.

9 Cf. Nesse sentido, também a jurisprudência. TACRSP: "*O delito de adultério, nos quadrantes do Direito Penal, representa ofensa à organização da família, no aspecto da ordem jurídica matrimonial.* Assim sendo, não se há de ter qualquer ato libidinoso como suficiente ao juízo da tipicidade do fato. Mister que mais expressiva e definida se acentue a infringência à fidelidade conjugal". (JTACRIM 92/79) *(grifamos)*

Outrossim, merece destaque a constatação de que as poucas ações penais visando à punição de adúlteros revelam-se, na prática, como instrumento de chantagem ou artifício jurídico para garantir futuras vitórias em contendas civis. Não é o interesse social de punir os criminosos que move tais ações, mas o interesse privado de pressionar o cônjuge faltoso ou a simples vingança.

De fato, é curiosa a permanência de tal criminalização em um ordenamento que admite o divórcio e constitucionalmente reconhece que o casamento não é a única forma de constituição de família. Se à época da elaboração do diploma penal vigente existiam dúvidas acerca da conveniência da incriminação do adultério, bem maiores são os questionamentos atuais em torno da tutela penal do exclusivismo da recíproca posse sexual dos cônjuges.

Ao considerar o dispositivo do Código Penal como consoante ao princípio constitucional de que a família fica sob a proteção dos Poderes Públicos e destacar o interesse eminentemente social que se encontra em jogo, Magalhães Noronha trata da questão: "não é pacífica a capitulação do adultério como crime. Numerosos autores (Pessina, Lucchini, Ferri, Puglia e, entre nós, Lemos Brito) opõem-se à sua definição delituosa. Diversos são os argumentos usados, aos quais sobressaem o da raridade do processo e do vexame da publicidade"[10].

Mesma observação é feita por Heleno Cláudio Fragoso, mas adotando posição diversa. Consoante este, é evidentemente anacrônica a incriminação do adultério, sendo inútil e inoportuna sua punição[11], constatação esta que ganha mais força à luz dos contornos atuais de nossa sociedade.

Nesse sentido, Celso Delmanto, em seu *Código Penal Comentado*, defende que o "adultério não mais deveria ser tipificado como crime, continuando apenas na órbita civil, como causa de separação judicial"[12]. Júlio F. Mirabete, por sua vez, aponta que, além de o adultério não configurar mais ilícito penal na maioria dos países civilizados, "a evolução moral e social fez com que o art. 240 passasse a conflitar com os valores e interesses vigentes"[13].

10 NORONHA, Magalhães. *Direito penal.v.III.* p.309.
11 Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ob.cit.* p.108.
12 DELMANTO, Celso. *Código penal comentado.* p.431.
13 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código penal interpretado.* p.50.

Dessarte, a inadequação da criminalização do adultério na sociedade hodierna não predomina apenas no senso comum, mas na própria doutrina especializada.

4. Por que descriminalizar o adultério

Autores antigos quando se insurgiam contra a tipificação do adultério alegavam questões como a raridade do processo e seu caráter vexatório para o cônjuge enganado. Todavia, do ponto de vista técnico, tais questões por si só não seriam suficientes para descriminalizar uma conduta. Por mais raro que seja um processo, se está em jogo um bem jurídico digno da proteção do Direito Penal, não há que se afastar tal tutela. Da mesma forma, se aceitarmos o fato de circunstâncias constrangedoras serem suficientes para alijar uma tipificação chegaríamos ao absurdo de colocar em xeque a incriminação dos crimes sexuais, cuja apuração causa inegável constrangimento para a vítima.

Não se deve, portanto, descriminalizar o adultério pelo simples fato de sua ação penal ser rara ou seu conteúdo, vexatório para a vítima. O que está em jogo quando se contesta sua tipificação é a própria natureza do Direito Penal, o caráter fragmentário deste ramo do Direito.

Assim, a argumentação contida na exposição de motivos de que, se deixasse impune o adultério, estar-se-ia contrariando o preceito constitucional que coloca a família sob a proteção especial do Estado é equivocada. O fato de o Direito Penal não criminalizar condutas que afrontem determinado bem jurídico não implica que este não seja digno da tutela do Direito ou que esteja alijado da proteção especial do Estado. Apenas não se trata de um bem que mereça a tutela do Direito Penal.

Afinal, consoante abordado anteriormente, este constitui uma forma extrema de intervenção do Estado nas relações sociais. Como bem destaca o professor Cláudio Brandão, na introdução do seu *Teoria Jurídica do Crime*, "a idéia de Direito Penal é ligada à de violência: tanto é violenta, em geral, a ação criminosa, quanto é violenta a reação do Estado para estas ações, ou seja a pena. Porque a pena é sanção mais violenta que o Estado pode impor, ela deve ser a menos aplicada. Só haverá pena, dessarte, quando houver violação de bens jurídicos que o Estado considere dignos de uma proteção mais enérgica"[14].

14 BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. p.1.

Dessarte, a organização ético-jurídica da vida familiar é um bem merecedor de tutela, mas não a ponto de erigir à categoria de crime a quebra da fidelidade conjugal. Outras formas de proteção jurídica apresentam-se eficazes e suficientes, não se justificando a intervenção penal.

Não se pode olvidar o caráter limitado do Direito Penal. Nem todos os bens jurídicos se colocam como tal sob sua tutela específica. "Protegem-se, em suma, penalmente, certos bens jurídicos e, ainda assim, contra determinadas formas de agressão, não todos os bens jurídicos contra todos os possíveis modo de agressão"[15]. Ademais, a definição de bem jurídico varia de sociedade em sociedade, pois reflete os valores nela vigentes. "Em cada situação histórica e social aqueles pressupostos imprescindíveis para assegurar a existência de um grupo humano são considerados bem jurídicos"[16].

A análise do bem jurídico protegido, portanto, é relevante por permitir uma constante crítica do direito positivo, no sentido de perquirir se determinada incriminação ainda é necessária e justifica-se perante as alterações sociais. Afinal, é perfeitamente possível que um bem, outrora protegido pelo manto do Direito Penal, perca, ao longo do tempo e com as mudanças sociais, tal dignidade, tornando-se suficientemente tutelado pelas garantias oferecidas por áreas extrapenais.

Atento a esta questão, Toledo já destacava a necessidade de o legislador penal, frente à atual sociedade em profunda e rápida transformação, reformar o direito penal legislado, "revalorizando e recolocando no centro da construção do novo sistema a proteção de bem jurídico, por força e dentro de limites que reflitam as reais necessidades do mundo em que vivemos"[17]. Sem dúvida, uma das formas de adequar a legislação penal à sociedade hodierna é descriminalizando certos fatos ainda considerados criminosos, mas sem repercussão na consciência social de nosso tempo, como o adultério.

Nesse diapasão e frente ao caráter limitado do Direito Penal, o mesmo autor defende expressamente tal descriminalização: "numa sociedade em que o casamento perdeu o caráter de vínculo jurídico indissolúvel, com a instituição do divórcio, não há razão para manter-se a tipificação do crime de adultério (art.240,CP), embora se reconheça ser este fato moralmente condenável"[18]. A tutela penal da organização familiar, por meio da puni-

15 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*.p.17.
16 BRANDÃO, Cláudio. *Ob.cit.*.p.8.
17 TOLEDO, Francisco de Assis. *Ob.cit*.pp.19-20.
18 TOLEDO, Francisco de Assis. *Idem*.p.14.

ção do adultério, perdeu, assim, sua justificativa, devendo deixar ao Direito de Família e ao ajuste dos cônjuges a regulamentação da matéria.

5. Conclusão

Não se pretende, com estas considerações, negar a perturbação que a infidelidade sexual dos cônjuges traz à vida familiar, tampouco se posicionar frente às questões morais relacionadas ao tema. Objetivou-se apenas destacar a inadequação da crimininalização do adultério ao estágio de evolução da sociedade brasileira, bem como à idéia de um Direito Penal mínimo.

Consoante demonstrado, é inconteste, à luz do princípio da intervenção mínima, a necessidade de uma descriminalização formal do adultério. Trata-se de uma conduta moralmente repugnante, que ofende a paz matrimonial e conduz, em regra, à desagregação do organismo familiar, com graves repercussões para a pessoa do cônjuge inocente e da prole. Contudo, tal assertiva não justifica que o Direito Penal seja sancionatório do descumprimento do dever de fidelidade recíproca dos cônjuges.

O interesse eminentemente social de preservar a organização ético-jurídica da família e a ordem jurídica do casamento não é suficiente para fundamentar a intervenção penal. Tal tutela não deve ser estendida, indiscriminadamente, a toda e qualquer conduta ilícita. Protegem-se penalmente certos bens jurídicos e, ainda assim, contra determinadas formas de agressão, sendo inaceitável que subsista em nosso ordenamento a anacrônica incriminação do adultério. Apenas condutas que efetivamente obstruam o satisfatório conviver social devem ser erigidas à categoria de crime e mantidas com tal *status*.

6. Bibliografia

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral.* 5ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

COSTA JR., Paulo José da. *Comentário ao código penal.* 5ª.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DELMANTO, Celso. *Código penal comentado.* 4ª.ed. Rio de Janeiro: Renovar,1998.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte especial. V.II.* 4ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

KOSOVSKI, Ester. *O "crime" de adultério*. Rio de Janeiro: Mauad, 1997.

LACERDA, Romão Cortes de. *Comentários ao código penal. V.III. arts. 197 a 249.* 5ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal. V.III.* São Paulo: Saraiva, 1994.

PENTEADO, Jacques de Camargo. *A família e a justiça penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 2ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

O ART. 2º DA LEI Nº 10.259/2001 *X* O ART. 61 DA LEI Nº 9.099/95: ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

José da Costa Soares
(Aluno do 8º período da graduação em Direito da UFPE)

Sumário: 1. Introdução; 2. A Lei nº 9.099/95; 3. A instituição dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal; 4. O Princípio Constitucional da Isonomia; 5. Ampliação ou não do conceito de infração de menor potencial ofensivo; 6. Discussões doutrinárias e jurisprudenciais; 7. Conclusão; 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O tema Juizados Especiais vem adquirindo notório relevo no ordenamento pátrio. Não é sobejo frisar que a sociedade como um todo, sobremaneira as classes economicamente desestimadas, persiste em padecer de mecanismos legais que ofereçam, simultaneamente, justiça, segurança e agilidade no desate de litígios juridicamente relevantes.

Mesmo nos países ditos de primeiro mundo, a busca por novas formas de composição das lides sempre foi uma constante, o que, por exemplo, resultou na consolidação de institutos como a mediação e a arbitragem. Fernando da Costa Tourinho Filho[1], certa vez, já chegou a afirmar que nossas inovações são modestas quando comparadas às oriundas de países como Portugal, França, Espanha, Itália, Alemanha, Inglaterra e Estados Unidos. Para efeito de ilustração, válido citar algumas, quais sejam: a *remissione de la querela,* a *médiation pénale,* o *classement sans suite,* o *Vorläufiges absehen von Klage e Absprache,* o *plea bargaining* e, por fim,

[1] FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Comentário à Lei dos Juizados Especiais Criminais.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

o *guilty plea*. No Brasil, das alternativas ensaiadas, a que, sem dúvida, obteve os melhores resultados, foi a criação dos chamados "Juizados de Pequenas Causas", com a Lei nº 7.244 de 1984.

Tal fato impulsionou o Constituinte de 1988 a dar a esses Juizados, agora com a denominação de Juizados Especiais Cíveis e Criminais, o *status* de norma constitucional. Assim, o art. 98, I, da Constituição Federal previu que a União e os Estados estariam aptos a criarem Juizados Especiais, providos por juízes togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo.

A previsão constitucional reclamava, no entanto, regulamentação ordinária, o que findou por originar a avançada Lei nº 9.099/95, instituindo os Juizados no âmbito da Justiça Estadual. Inobstante as dificuldades na sua implantação, não pairam suspeitas quanto ao resultado prático oferecido. Não por outra razão, o art. 2º da referida lei consagra como princípios norteadores do procedimento sumaríssimo os da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, bem como o da busca incessante da conciliação e da transação.

Como se percebe, a iniciativa foi produto do próprio divórcio havido entre a Justiça e o povo. No momento de sua implantação, o Juizado Especial Estadual representou a única porta de aproximação efetiva entre o Judiciário e os jurisdicionados. A esse respeito, aliás, o desembargador e ex-presidente da Associação dos Magistrados do Brasil, Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho inferiu, com saber, que aproximadamente 60% dos processos que chegam à Justiça Brasileira podem ser absorvidos pelos Juizados Especiais.[2]

Ora, se sabido é que a Justiça Comum tem arrimo em duas grandes pilastras, quais sejam, a Justiça Estadual e a Justiça Federal, indisfarçável, pois, o desejo do constituinte derivado de levar para o campo de ação da Justiça Comum Federal, através da Emenda Constitucional nº 22, a experiência bem sucedida dos Juizados Especiais Estaduais.

Com esse permissivo, o legislador ordinário, mais uma vez, *sponte propria*, não hesitou em editar a Lei nº 10.259/01, redundando na criação dos Juizados, agora, no âmbito da Justiça Federal.

2 GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Criminais Federais, seus reflexos nos Juizados Estaduais e outros estudos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Chegamos, dessarte, ao ponto culminante dessa pesquisa. Sem a intenção de esgotar a matéria, se buscou enfatizar um ponto controverso entre os dois textos legais.

Enfoca, como sugere o tema, a celeuma criada a respeito da ampliação ou não, de 1 (um) para 2 (dois) anos, do conceito de infração de menor potencial ofensivo. Correntes doutrinárias e jurisprudenciais se dividem quanto a uma possível derrogação do art. 61 da Lei nº 9.099/95 pelo art. 2º da Lei nº 10.259/01, já que, segundo o brocardo jurídico, *lex posterior derogat anteriorem*.

Imperioso assinalar que a abordagem desenvolve-se sob o manto do Princípio Constitucional da Isonomia. Afinal de contas, nos termos do aforismo grego, popularizado por Rui Barbosa, "igualdade é tratar desigualmente os desiguais".

2. A Lei nº 9.099/95

Para os efeitos desta Lei, nos termos exatos do seu art. 61, consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.

Escassas não são as inovações, trazidas no seu bojo, para o campo criminal. Introduziu, só para citar: a possibilidade da denúncia oral; a dispensa da prisão em flagrante e da fiança; a inexistência do inquérito policial, bastando, para tal, a lavratura de um mero termo circunstancial de ocorrência; a desnecessidade do exame de corpo de delito; a coexistência de juízes leigos ao lado dos togados; a representação nos crimes de lesão corporal leve e culposa, além de outras três merecedoras de maior reparo.

São elas:

(a) – O instituto da Suspensão Condicional do Processo: alberga aproximadamente 76,05% dos tipos penais abrangidos no nosso Código Penal. É admitido em toda infração cuja pena cominada no seu grau mínimo não supere 1(um) ano e desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena. O juiz, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, após proposição do Ministério Público, por dois a quatro anos, sub-

metendo o acusado a período de prova, sob certas condições. "E o que temos visto são rebeliões e mais rebeliões, em face da superpopulação, os condenados jogados nos cárceres como verdadeiros farrapos humanos, muitas vezes estupidamente violentados, castrados até à esperança. Por isso, na impossibilidade de se fazer coisa melhor, a suspensão condicional do processo constitui um grande avanço para a humanização do nosso sistema repressivo".[3]

(b) – A composição dos danos civis: consiste na busca prioritária da composição dos danos civis, em uma audiência preliminar. Impende notar que este instituto realça a valorização da vítima, outrora figura sem relevância na instrução do processo penal. Tem, a mesma, possibilidade de ser indenizada, provocando a extinção da punibilidade anteriormente à denúncia, nas ações penais públicas condicionadas à representação, e à queixa, nas ações privadas. O acordo, oriundo da composição dos danos civis, tem força de título executivo judicial e representa uma renúncia tácita ao direito de queixa ou representação. "O duplo efeito penal e civil da composição dos danos civis tem provocado um repensar na tradicional política criminal do Estado, mostrando outro caminho para solução de litígios, com vantagens para todos. A interdisciplinariedade é a ordem do dia e é nesse somatório que se encontrarão soluções às angustiantes pendências jurídicas da humanidade".[4]

(c) – A Transação Penal: resume-se na proposta, feita pelo Órgão Ministerial, de aplicação imediata da pena restritiva de direitos ou da multa, a fim de se evitar a aplicação da pena privativa de liberdade. Ocorre quando o caso não foi encerrado pelo acordo civil extintivo da punibilidade, oferecendo, como se abstrai, economia processual, redução do custo delito, além de se evitar um processo demoroso. Há de se observar que a proposta, necessariamente, precisa ser submetida ao juiz para homologação, vez que cabe ao poder jurisdicional a fiscalização do direito de defesa e o exame da conveniência do acordo para a sociedade. Não oferece, ainda, periculosidade à comunidade, visto que, como é cediço, nas infrações de menor potencial ofensivo, a possibilidade de imposi-

3 FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Op. cit.*, p. 163.

4 LIMA, Flávio Augusto Fontes de. *Composição dos danos civis nas infrações penais de menor potencial ofensivo. Civilização do Direito Penal?* Revista da ESMAPE. Recife: vol. 3, n. 8, p. 147, jul./dez. 1998.

ção da pena privativa de liberdade é diminuta. Outrossim, a sentença não gera condenação, reincidência, lançamento do nome do autor no rol dos culpados, efeitos civis e maus antecedentes.

Subsistem, contudo, opiniões no fito de que a Lei nº 9.099/95 promoveu um incipiente processo de privatização do direito público, já que fez penetrar nos contornos do direito penal, institutos tipicamente da seara cível. Outros vão mais além, ao tal ponto de sinalizarem quanto a uma possível "invasão" da esfera pública pela esfera privada.

Um estudo aprofundado e racional evidencia, no entanto, que chamar de invasão, por si só, configura uma maneira demasiadamente pejorativa de se identificar inovações tão propositivas e virtuosas no plano objetivo. Os efeitos pragmáticos prestados engrandecem o direito naquilo que seja sua função precípua, qual seja, a promoção da pacificação social.

3. A Instituição dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal

A história da Justiça Federal tem se pautado pela busca do aprimoramento na prestação jurisdicional, tornando-a melhor e mais célere. Isto se verifica, desde os primórdios, a partir do nascimento da República, passando pela década de 60, período em que se processou o reordenamento da jurisdição de primeiro grau, tudo sob o pálio da Lei nº 5.010 de maio de 1966, até o advento da Constituição de 1988.

É cediço, contudo, que a Justiça Federal tem peculiaridades na sua estrutura as quais dificultam, com ênfase, o seu funcionamento. A maior delas, indubitavelmente, é o número excessivo de processos. Basta apenas um dado estatístico para se comprovar o entulho jurídico que desafia o aplicador da lei: dois milhões e seiscentos mil processos assoberbando a primeira instância, onde atuam 831 juízes e um milhão e cem mil feitos para 33 ministros do Superior Tribunal de Justiça e 139 desembargadores federais dos cinco Tribunais Regionais Federais.

Pois bem, a partir de 14 de janeiro de 2002, entrou em vigor a Lei nº 10.259/01, no afã de minimizar e costurar os percalços enfrentados pelos que militam na órbita da Justiça Federal.

De pronto, foi criada, por parte dos operadores do direito, uma perspectiva otimista em torno da mudança. Preambularmente, porque o principal devedor – a Fazenda Pública – não terá mais o privilégio dos prazos em quádruplo ou em dobro, e, quando vencida, não terá mais a remessa obrigatória, maneira de provocar o reexame da matéria pela instância superior.

Por outro giro, evitar-se-á a instrumentalização dos precatórios, vez que, conforme prevê a Lei, o pagamento será realizado por ordem do juiz, através de requisição, no prazo de 60 dias. Quanto ao direito de recorrer, a parte que não concordar com a decisão vai até às instâncias recursais integradas por juízes de 1° grau, desafogando as instâncias superiores.

No campo criminal, dos crimes previstos no Código Penal, da competência da Justiça Federal, seriam, de forma exemplificativa, da competência dos Juizados Especiais: *certidão ou atestado ideologicamente falso* (art. 301), *falsidade material de atestado ou certidão* (art. 301, § 1°), *falsidade de atestado médico* (art. 302), *falsa identidade* (art. 303), *peculato culposo* (art. 312, § 2°), *emprego irregular de verbas ou rendas públicas* (art. 315), *corrupção passiva*, tipo privilegiado (art. 317, § 2°), *prevaricação* (art. 319), *resistência* (art. 329), *desobediência* (art. 330), *desacato* (art. 331) e *exercício arbitrário ou abuso de poder* (art. 350).

Sem embargo, a maior novidade contemplada nessa lei, tendo em vista a perspectiva criminal, diz respeito ao novo conceito de infração de menor potencial ofensivo, o qual abrange crimes punidos com pena de prisão até dois anos ou multa (art. 2°, parágrafo único).

4. O Princípio Constitucional da Isonomia

> *"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade".*[5]

O excerto magno é nítido quando consagra como um dos seus princípios basilares a Isonomia. Isonomia, conforme a própria etimologia sugere (*Iso*, prefixo grego que se usa para indicar igualdade), expressa o estado daqueles que são governados pelas mesmas leis, uniforme para todos.

Imbuído da concepção de que os homens nascem efetivamente iguais, Montesquieu atribui à lei o ofício de manter a igualdade entre os homens incólume: "Os homens nascem verdadeiramente iguais, mas não podem permanecer como tal. A sociedade faz com que eles percam a igualdade e não voltem a ser iguais senão em face das leis".[6]

5 Artigo 5°, *caput*, da Constituição Federal.

6 BOMFIM, B. Calheiros. *Pensamentos Selecionados*. 2. ed. Rio de Janeiro: Destaque, 1993, p. 139.

Acrescentando, Fábio Konder Comparato ensina que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal.[7]

Em se tratando de um princípio constitucional, cumpre-nos trazer à baila o pensamento da doutrina constitucional moderna, na lição do jovem constitucionalista Alexandre de Morais: "Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos".[8]

Neste sentido, é o juízo do emérito administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, direção interpretativa, aliás, adotada pelo Supremo Tribunal Federal: "Os tratamentos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado".[9]

Para o presente, interessa-nos um olhar atento, ante os efeitos da isonomia, face à questão do tratamento penal isonômico em paridade de situações e em situações juridicamente diversas.

5. Ampliação ou não do conceito de infração de menor potencial ofensivo

Reza o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01:

> "Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os feitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos".

[7] COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Público: estudos e pareceres*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 59.

[8] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 65.

[9] MORAES, Alexandre de. *Op. cit., apud*, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Princípio da Isonomia: desequiparações proibidas e permitidas*. Revista Trimestral de Direito Público, nº 8, p. 79.

Da leitura do art. 61 da Lei nº 9.099/95, acende-se, de pronto, uma dissensão jurídica a despeito de ser o dispositivo em evidência aplicável apenas aos Juizados Especiais Criminais Federais ou, também, aos Juizados Especiais Criminais Estaduais.

Em toda discussão de cunho interpretativo, há de se sobrelevar, *ab initio*, os pontos controversos de maior relevância e repercussão. O exercício hermenêutico, independente de qual seja a modalidade interpretativa adotada, demanda uma abordagem ontologicamente livre, dissociada de premissas vinculadas, as quais acabam por ofertar, no mundo do pragmatismo, certas condutas condicionantes de atitudes.

Urge-nos, pois, ponderarmos para o fato de que, no nosso ordenamento jurídico, nunca existiram, concomitantemente, dois conceitos de infração de menor potencial ofensivo.

Isso se deve, sobretudo, ao pouco ou quase nenhum conhecimento jurídico do nosso legislador. A falta de uma visão sistemática acarreta, por vezes, verdadeiros disparates jurídicos, como, a título elucidativo, se deu na transformação da contravenção penal de porte de armas em crime (Lei nº 9.437/97), a fim de coibir a posse e o uso de armas, para, quatro anos depois, promover-se a conversão deste mesmo crime em infração de menor potencial ofensivo.

Observe-se, outrossim, que a fonte legislativa dos Juizados é a mesma, ou seja, tanto uma, quanto outra, são leis ordinárias federais. Resta saber se a Constituição da República faz distinção de Juizados no seu texto e, assim sendo, o porquê da novel Lei não considerar, expressamente, os delitos de competência exclusiva da Justiça Federal.

De outra sorte, ficou explicitamente consignado no art. 20 da Lei nº 10.259/2001:

> *"Onde não houver Vara Federal, a causa poderá ser proposta no Juizado Especial Federal mais próximo do foro definido no art. 4º da Lei nº 9.099/95, de 26 de setembro de 1995,* ***vedada a aplicação desta Lei no juízo estadual****"* (grifei).

Ora, ao mesmo tempo em que este dispositivo veda a aplicação da Lei no juízo estadual, o art. 1º, da mesma, autoriza a utilização subsidiária da Lei nº 9.099/95 - vedando-a, tão somente, quando com ela pudesse haver algum tipo de conflito -, não se podendo aferir, ao certo, se a recíproca é verdadeira.

No Direito Penal moderno, vigem duas correntes políticas opostas: a do Movimento Lei e Ordem e a do Direito Penal Mínimo. Enquanto a primeira se caracteriza pelo aumento da criminalização, carcerização e penalizações (Lei de Crimes Hediondos, por exemplo), a segunda tem como marca profunda a política de descriminalização e despenalização (Lei nº 9.099/95, Lei nº 9.714/98, Penas Alternativas, e, agora, Lei nº 10.259/01).

Cabe-nos, integrantes da comunidade jurídica, interpretar a lei diante do caso concreto, devendo sempre nos manter em uma posição eqüidistante aos dois extremos ideológicos existentes; ocorre que, como norte orientador, revela-se impreterível NUNCA nos afastar dos princípios basilares, que informam o Direito Penal e o Direito Processual Penal, consagrados em nossa Constituição Federal.

6. Discussões doutrinárias e jurisprudenciais

Nossos Tribunais já sinalizam com as primeiras posições da jurisprudência. O fato é que não há entendimento uniforme a respeito, o que demandará, sem tergiversação, o pronunciamento das mais altas cortes de justiça do país.

Sumariamente, a doutrina mais autorizada divide-se ao longo de três correntes de entendimento.

A primeira delas é no intento de que, após a entrada em vigor da Lei nº 10.259/01, passamos a contar no Brasil com dois conceitos de infração de menor potencial ofensivo, um federal e outro estadual, não havendo a derrogação do art. 61 da Lei nº 9.099/95.

Parte da premissa de que este diploma foi criado no afã de desafogar a Justiça Federal, exclusivamente, até então acoimada pelo número excessivo de processos (*vide* item 3). Alega que o art. 1º autorizou a aplicação subsidiária da Lei nº 9.099/95 (proibindo-a, tão somente, quando com ela houvesse algum tipo de conflito), donde faz presumir que a recíproca não é verdadeira, ou seja, a aplicação permitida é da Lei nº 9.099/95 à Lei nº 10.259/01 e, não, vice-versa.

Neste propósito, traz à tona o art. 20 da Lei nº 10.259/01, o qual veda a aplicação desta Lei no juízo estadual.

No que concerne à intenção do Poder Constituinte, compreende que cada pessoa da federação teria que criar o seu próprio Juizado e, ainda, que esse Juizado seria dotado de uma lei adequada, ao firmar o artigo 98, *caput*, da CF, que tanto a União, como o Distrito Federal e os Estados criariam os seus próprios Juizados Especiais.

O juiz de Direito no Mato Grosso, Paulo Martini[10], defende que a interpretação de uma norma deve ser autêntica posterior e gramatical. Segundo ele, uma vez obtida a resposta procurada, não há que se eleger outras formas subsidiárias de interpretação, tais como doutrinária, judicial, lógica, etc. A par disso, frisa que os princípios da igualdade e da proporcionalidade fazem parte dos chamados princípios gerais do direito, os quais apenas devem ser invocados, nos termos do art. 4º, da Lei de Introdução do Código Civil, quando a lei for omissa.

In casu, assevera que a norma não é omissa, pelo contrário, é manifesta em vedar a sua aplicação no juízo estadual, donde conclui que essa ressalva é o bastante para provar a não ocorrência da aludida derrogação, vez que a lei posterior revoga a lei anterior, tão somente, quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (art. 2º, § 1º, da LICC), não sendo nenhuma dessas a hipótese.

Os filiados a esse posicionamento certificam, ainda, que responder perante o Juizado não é, necessariamente, mais benéfico ao infrator, ou seja, que o sistema consensuado não é mais favorável ao acusado. Objeta-se, a saber, que malgrado nos Juizados não haja a possibilidade da prisão em flagrante, no juízo comum existe o instituto da fiança. Por outro giro, enquanto nos Juizados faculta-se a ocorrência da Transação Penal (*vide* item 2), no juízo comum tem-se a possibilidade da aplicação das chamadas penas alternativas, dentre outros casos.

Por fim, sustentam que advogar a aludida derrogação criaria um outro percalço, qual seja, os crimes com procedimento especial, bem como aqueles cominados com a pena de multa, doravante seriam processados perante os Juizados Especiais, uma vez que o art. 61 da Lei nº 9.099/95 excetua os casos em que a lei preveja procedimento especial e o art. 2º da Lei 10.259/01 contempla crimes com pena máxima não superior a dois anos, **ou multa** (grifei). As contravenções penais ou "crime-anão", por sua vez, previstas no art. 61, deixariam de ser da competência dos Juizados, passando a ser competência do juízo comum.

Em sentido diametralmente oposto, encabeçada por nomes como Damásio E. de Jesus, Luis Flávio Gomes, Fernando da Costa Tourinho Filho, Alberto Silva Franco, dentre outros, insurge-se a segunda corrente

10 MARTINI, Paulo. *A não aplicação da Lei nº 10.259/01 no âmbito estadual*. Disponível na internet: http: //www.jusnavigandi.com.br.

doutrinária, no fito de que, com o advento da Lei nº 10.259/01, o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo foi ampliado, devendo o art. 2º, parágrafo único, da referida Lei, ser estendido à esfera estadual, face os princípios constitucionais da proporcionalidade e da isonomia.

Vejamos o que diz o Professor Luis Flávio Gomes: "Ao jurista do terceiro milênio cabe transcender o ensino jurídico do milênio passado, todo ele fundado no legalismo formalista ou positivismo legalista (que nasceu no final do século XVIII e começo do século XIX). Temos dois olhos exatamente para mirar a lei com um deles e a Constituição com o outro. No caso de conflito, aplica-se a Lei Maior (evidentemente). Os que ainda estão presos aos esquemas lógicos do positivismo legalista não conseguem (nem conseguirão) nunca entender como a Lei nº 10.259/01 derrogou o art. 61 da Lei 9.0099/95. Trabalham com os clássicos paradigmas de interpretação (a lei não tem lacuna, o legislador ordinário disse que o novo diploma legal só vale para os Juizados Federais, etc.)".[11]

Nota-se, pois, que os associados desse juízo têm como marca sagaz o prisma constitucional, afinal de contas, consoante os mesmos, as leis editadas pelo legislador ordinário (muitas vezes desconexas e incompreensíveis) têm que guardar coerência com a Constituição. Inferem a inaceitabilidade de se conceber situações de duplo (e completamente díspar) tratamento jurídico, sob pena de ferir-se de morte o princípio constitucional da isonomia (*vide* item 4). Chegar-se-ia, nesse passo, à absurda hipótese na qual caso uma autoridade federal fosse desacatada (CP art. 331), o crime seria de menor potencial ofensivo (iria para o Juizado com todas as suas benesses: Transação Penal, rito sumaríssimo, composição dos danos cíveis, termo circunstancial de ocorrência, etc, *vide* item 2), ao passo que se uma autoridade estadual é desacatada, o crime não é de menor potencial ofensivo e, por conseguinte, não vai para os Juizados, submetendo-se ao juízo comum de rito ordinário.

Argumentam, ainda, que a Carta Magna, absolutamente, não faz distinções no seu texto, bem como a novel Lei não consignou, expressamente, os crimes de competência exclusiva da Justiça Federal (crimes previdenciários, por exemplo). Ademais, nos termos do artigo 2º, § 1º, da LICC, o art. 61 da Lei nº 9.099/95 encontra-se derrogado, uma vez que a

11 GOMES, Luis Flávio. *Juizados Especiais e conceito de menor potencial ofensivo: primeiras posições da jurisprudência*. Disponível na infernet: http: // www.jusnavigandi.com.br.

Lei nº 10.259/01 foi promulgada e publicada posteriormente, ostentando em seu texto, dispositivo incompatível e regulador da matéria de forma diferente.

No que tange aos crimes de procedimento especial, o entendimento predominante é no sentido de que o procedimento, por si só, não pode constituir obstáculo para que um delito seja ou não da competência do Juizado, restando, pois, derrogada a ressalva contida no artigo 61 da Lei nº 9.099/95.

A Jurisprudência parece inclinar-se a esses argumentos. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mantendo seu pioneirismo e sua posição de vanguarda, já se posicionou acerca do tema, *verbis*:

> PENAL. PROCESSUAL PENAL. PORTE E DISPARO DE ARMA DE FOGO. COMPETÊNCIA. ISONOMIA. DERROGAÇÃO DO ARTIGO 61 DA LEI 9.099/95. RETROATIVIDADE DA LEI 10.259/01.
> **- Com o advento da Lei 10.259/01, restou ampliado o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, por exigência da isonomia constitucional** (grifei); (...)
> - Recurso provido, em parte, por unanimidade.
> (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 5ª Câmara, Recurso em Sentido Estrito 70003736428, Rel. Amílton Bueno de Carvalho).

Outros Tribunais do país, na esteira do que deliberou o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Aviso nº 15/2002 – Comissão Estadual dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do TJ-RJ, de 25/03/02, DOERJ – parte III – seção I – pp. 01 e 02 – 26-03-02), estão admitindo, amplamente, a incidência da Lei nº 10.259/01 no âmbito estadual.

Nesse sentido: Tribunais de Justiça do Mato Grosso do Sul, de Minas Gerais e do Pará.

O *Parquet*, por intermédio do Procurador Geral da República, Geraldo Brindeiro, arquivou representação formulada pelo Procurador Geral de Justiça do Rio de Janeiro, proclamando a incidência da Lei nº 10.259/01 ao campo de ação dos Juizados Especiais Estaduais (Processo PGR nº 100.000.000.801/2002-90, de 18/02/02 – Parecer).

Por derradeiro, numa posição intermediária, temos uma terceira corrente de, no entanto, pouco eco na doutrina.

Em suma, esta teoria afirma que em se tratando de co-existência de leis especiais, não parece lógico falar-se em revogação ou derrogação do

disposto no art. 61, da Lei nº 9.099/95, até em razão de que, constitucionalmente, a Emenda nº 22 não autorizou a lei que viesse a instituir os Juizados Especiais na Justiça Federal a redefinir, para a Justiça Estadual, o conceito de infrações penais de menor potencial ofensivo.

Funda-se no mandamento de que o Princípio da Isonomia deve ser aplicado em casos de situações iguais, paritárias ou equivalentes e, não, em situações distintas.

Em outras palavras, vai depender-se do bem jurídico tutelado. No caso do crime de desacato (CP, art. 331), o bem jurídico tutelado é único, quer seja praticado contra autoridade federal ou estadual, ensejando, assim, o tratamento isonômico e a conseqüente dilação de 1 (um) para 2 (dois) anos do conceito de infração de menor potencial ofensivo. Se, por ventura, se der a hipótese do artigo 245 do Código Penal (Entrega de filho menor a pessoa inidônea), onde inexiste possibilidade de julgamento perante a Justiça Federal, não há, segundo este entendimento, razoabilidade para se sustentar a aplicação do Princípio da Isonomia, devendo ser mantidos os termos originais do art. 61, da Lei nº 9.099/95. "O juiz não pode atuar como legislador positivo, ampliando os efeitos da norma para outras hipóteses não contempladas".[12]

7. Conclusão

Do quanto tudo aqui foi exposto, enxergamos, com mais limpidez, a imprescindibilidade dos Juizados Especiais ao mundo moderno. O processo de agilização da máquina judiciária está na ordem do dia, e é através da sensibilidade social, a qual todo operador do direito deve tratar como um imperativo, que se atingem as mudanças perseguidas e os resultados práticos para todos, sem, no entanto, provocar a dissociação e o afastamento do Poder Judiciário de conceitos inerentes à justiça social e à eficácia da prestação jurispositiva.

O sistema consensuado no Direito Penal veio para ficar. No nosso ordenamento, em virtude da lentidão e das formalidades burocratizantes, evita-se a jurisdição penal por nem sempre oferecer resposta em face dos conflitos. Não há como se omitir as benesses do sistema consensuado em um país que, segundo o último censo penitenciário, comporta uma população carcerária de mais de 130 mil presos e mais de 250 mil mandados de

12 FONTANA, Milton. *A Lei 10.259/01 e a competência dos Juizados Especiais criminais estaduais*. Disponível na internet: http: //www.jusnavigandi.com.br.

prisão a serem cumpridos. Sustentar, como fazem alguns, que, dependendo do delito, o juízo comum é mais benéfico ao infrator, vez que, pelo elevado acúmulo de processos que tramitam nos milhares de fóruns do país, pode ser ele beneficiado pela ocorrência da prescrição do *jus puniendi*, soa-me como uma excrescência. Representa nada mais do que, senão, um remar na contra-mão da história.

Em vias de conclusão, este trabalho filia-se, em parte, à segunda corrente de entendimento doutrinário acima exposta. Em parte, porquanto discorda quanto à derrogação da ressalva do art. 61, pertinente aos procedimentos especiais e, por conseguinte, às contravenções penais e à multa de que trata o art. 2º da Lei 10.259/01. O próprio art. 1º da Lei nº 10.259/01 admite, de forma expressa, que se aplique, aos Juizados Federais, a Lei nº 9.099/95, naquilo que não houver incompatibilidade. Ademais, não precisa ir muito longe para se compreender que o rito especial, por sua própria natureza complexa e peculiar, não comporta a tramitação do feito junto ao Juizado Especial. Assim entendeu o *Enunciado 46*, extraído do X Encontro do Fórum Permanente de Coordenadores de Juizados Especiais do Brasil, em Rondônia, de 21 a 24/11/2001:

> *"A Lei nº 10.259/2001 ampliou a competência dos Juizados Especiais Criminais do Estados e Distrito Federal para o julgamento de crimes com pena máxima cominada até dois anos,* ***excetuados aqueles sujeitos a procedimento especial"*** (grifei).

No mais, segue *in totum* a orientação mencionada. Sobremaneira, porque a Carta Magna não faz distinções em seu texto, o que nos força a concluir que o artigo 20 da Lei nº 10.259/01 é de flagrante inconstitucionalidade. Ora, se é permitida a inserção da Lei nº 9.099/95, com todas os benefícios do sistema consensuado, no plano federal, por qual razão a recíproca não é verdadeira?

Trilhar caminhos com dois pesos e duas medidas, parece-me, no mínimo, uma quimera em um Estado, dito, Democrático de Direito. Instituir dois conceitos de infração de menor potencial ofensivo, sem considerar-se, expressamente, um critério objetivo, significa, ao arrepio da Constituição, um desregramento jurídico. O novo conceito de infração de menor ofensivo deve ser, pois, de 2 (dois) anos, para qualquer esfera, *mutatis mutantes*, cometer um crime contra a União, ou contra quem quer que seja, não dá ensejo a uma reprimenda mais amena.

A Constituição Federal, com ênfase no seu princípio da isonomia, é o que há de fundamental, é o que serve de base, de alicerce. O legislador ordinário não está autorizado a afrontá-la.

Aristóteles, de uma forma singela, foi quem melhor definiu: "o injusto é o desigual e o justo é o igual".[13]

8. Referências bibliográficas

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2002.

JESUS, Damásio de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Criminais Federais, seus reflexos nos Juizados Estaduais e outros estudos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIMA, Flávio Augusto Fontes de. *Composição dos danos civis nas infrações penais de menor potencial ofensivo. Civilização do Direito Penal?* Revista da ESMAPE. Recife: vol. 3, n. 8, p. 121/149, jul./dez. 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Público: estudos e pareceres*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MARTINI, Paulo. *A não aplicação da Lei nº 10.259/01 no âmbito estadual*. Disponível na internet: http: //www.jusnavigandi.com.br.

GOMES, Luis Flávio. *Juizados Especiais e conceito de menor potencial ofensivo: primeiras posições da jurisprudência*. Disponível na internet: http: //www.jusnavigandi.com.br.

FONTANA, Milton. *A Lei 10.259/01 e a competência dos Juizados Especiais criminais estaduais*. Disponível na internet: http: // www.jusnavigandi.com.br.

BOMFIM, B. Calheiros. *Pensamentos Selecionados*. 2. ed. Rio de Janeiro: Destaque, 1993.

[13] OUREM, Hélio. *Da igualdade*. Revista da Esmape. Recife: vol. 2, n. 5, p. 269/314, jul/set., *apud*, ARISTÓTELES. *Etique à Nicomaque*. 2. ed. Paris: L. Philosophique Vrin, 1967, p. 213.

NETO, Fernando da Costa Tourinho. *Juizados Especiais Federais.* Disponível na internet: http: //www.jusnavigandi.com.br.

OUREM, Hélio. *Da igualdade*. Revista da Esmape. Recife: vol. 2, n. 5, p. 269/314, jul/set., *apud,* ARISTÓTELES. *Etique à Nicomaque.* 2. ed. Paris: L. Philosophique Vrin, 1967, p. 213.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Os novos Juizados Especiais Federais Criminais: considerações gerais sobre a Lei nº 10.259/01.* Disponível na internet: http: //www.jusnavigandi.com.br.

BORGES, José Souto Maior. *Significação do princípio da isonomia na Constituição de 1988.* Revista da Esmape. Recife: vol. 2, n. 3, p. 311/324, 1997.

A PREFERÊNCIA DO CRÉDITO TRABALHISTA E AS FRAUDES DECORRENTES DESSA PREFERÊNCIA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Diana Figueiredo Pinheiro
(Aluna do 7° período da Graduação em Direito da UFPE)

Sumário: 1. Introdução; 2. Das cédulas de crédito e da penhora de bens vinculados às mesmas; 3. Como ocorrem as fraudes; 4. Posicionamento jurisprudencial sobre a matéria; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

1. Introdução

O presente trabalho visa a discutir a preferência absoluta do crédito trabalhista em face de créditos de outra natureza, como os fiscais, pignoratícios, entre outros.

É inegável a natureza alimentar do crédito trabalhista, e daí porque certo o posicionamento dos legisladores brasileiros, que, nos artigos 184 e 186 do Código Tributário Nacional, 449 da Consolidação das Leis do Trabalho e 10 e 30 da Lei 6830 de 22 de Setembro de 1980 (que "dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências).

No entanto, a prática judiciária tem demonstrado, principalmente nas Varas do Trabalho existentes em comarcas do interior, que a preferência dos créditos decorrentes da legislação trabalhista tem facilitado a ocorrência de fraude contra outras espécies de credores.

Os autores que escrevem sobre Direito do Trabalho e execução trabalhista, em sua maioria, não tratam da situação dos credores não-privilegiados, que são prejudicados pela ocorrência das reclamações simuladas.

Instituições financeiras integrantes da Administração Pública indireta, tais como Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, Banco do Nordeste do Brasil, entre outras, concedem crédito a empresas e a pequenos empreendedores, e são vítimas das "reclamatórias fantasmas" ajuizadas

por empregados orientados pelos emitentes das cédulas, para que as supra citadas instituições, entre outras, fiquem destituídas de garantia real e, conseqüentemente, impossibilitadas de reaverem o dinheiro investido.

2. Das cédulas de crédito e da penhora de bens vinculados às mesmas

Cédula de crédito é uma promessa de pagamento, emitida pelo devedor, em razão de um financiamento dado pelo credor.

Acompanha a promessa de dívida uma relação de bens oferecidos em garantia da dívida, na forma de penhor, hipoteca ou alienação fiduciária, constituída no próprio título ou em anexo.

Para valer contra terceiros, deve o título ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis.

O emitente continua na posse dos bens onerados e fica obrigado a aplicar o financiamento nos fins, na forma e no prazo ajustados, importando vencimento antecipado o descumprimento de qualquer de suas obrigações.

As verbas do financiamento podem ser liberadas de imediato ou em parcelas, sujeitas ou não a certas condições. O pagamento da dívida pode ser de uma vez só ou em prestações, conforme acordado entre as partes, incluindo-se, geralmente, uma comissão de fiscalização.

A *Cédula de Crédito Industrial* regula-se pelo Decreto-Lei 413, de 9.1.69. Pode ser garantida por penhor cedular, alienação fiduciária ou hipoteca cedular. O texto legal dá uma relação dos bens que podem ser oferecidos em garantia, como máquinas, matérias-primas, veículos, títulos de crédito, etc.

A *Cédula de Crédito Comercial* aplica-se á área de comércio ou de serviços. Regula-se pela Lei 6.840, de 3.11.80. Segue também a mesma forma e os mesmos requisitos da cédula de crédito industrial.

As *Cédulas de Crédito Rural* regulam-se pelo Decreto-lei 167, de 14.2.67. Dividem-se em Cédula Rural Pignoratícia, Cédula Rural Hipotecária e Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária. Podem ser oferecidos em garantia os bens referidos no texto legal, como terras, veículos, carroças, canoas, máquinas, etc.

Os bens oferecidos em garantia nas cédulas são impenhoráveis, segundo os artigos 57 do DL 413/69 e 69 do DL 167/67.

Discute-se a constitucionalidade de tais dispositivos, porque o art. 55 da CF/69 assim estabelecia:

"O presidente da República, em casos de urgência ou interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:
I – segurança nacional;
II – finanças públicas, inclusive normas tributárias;
III – criação de cargos públicos e fixação de vencimentos".

Evidentemente, a hipótese contemplada nos artigos 57 e 69 dos decretos-lei supra citados não se enquadram nos incisos I e III do artigo 55 da carta de 69.

Quanto ao inciso II, de igual forma, não está abrangida a legislação em comento.

Na lição de Rubens Gomes de Sousa ,[1] por finanças deve-se compreender por finanças públicas à atividade do Estado para obter, gerir e aplicar o numerário necessário para a realização de seus fins.

A criação de título de crédito com instituição de garantias, inclusive reais ao credor, visando a facilitar as relações contratuais privadas evidentemente não se enquadra na atividade financeira do Estado.

Assim, não podendo a matéria ser tratada nos Decretos-Lei 167/67 e 413/69 ser enquadrada em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 55 da Carta Magna anterior, não poderia ser regulada por meio de decreto-lei, pelo que manifesta a inconstitucionalidade material dos dispositivos acima mencionados (artigos 57, do DL 413/69 e 69 do DL 167/67), desobrigando o julgador de aplicá-la.

A orientação jurisprudencial nº 226, editada pela E. SBDI-I, do Colendo TST, assim expressa:

"Crédito trabalhista. Cédula de crédito rural ou industrial. Garantida por penhor ou hipoteca. Penhora. Diferentemente da cédula de crédito industrial garantida por alienação fiduciária, na cédula rural pignoratícia ou hipotecária, o bem permanece sob o domínio do devedor (executado), não constituindo óbice à penhora na esfera trabalhista. (Decreto-Lei nº 167/1967, art. 69; CLT arts. 10 e 30 e Lei nº 6830/1980)".

[1] SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de Legislação Tributária.* São Paulo São Paulo, resenha Tributária, 1982. p.57.

Logo, lícito é concluir que a constrição judicial de bens gravados por hipoteca ou penhor cedular, com vistas à satisfação de créditos trabalhistas, inadimplidos pelo devedor ou pelo terceiro prestante da garantia real, afigura-se plenamente admissível em nosso ordenamento jurídico.

Com efeito, não é lícito inferir, no silêncio da lei, que a impenhorabilidade aludida nos artigos 69 do DL 167/67 e 57 do DL 413/69 apresente caráter absoluto, posto que, na enumeração dos bens absolutamente impenhoráveis, consignada no art. 649 do CPC, não se vislumbra a existência de nenhuma menção a bens gravados com a referida garantia real.

Assim, nada obstante os aludidos dispositivos confiram aos bens vinculados ao cumprimento das obrigações consignadas na cédula de crédito o caráter de impenhorabilidade por outras dívidas do devedor ou do terceiro prestante da garantia real, tal privilégio não prevalece diante do credor trabalhista.

Esse entendimento, aliás, encontra suporte nos preceitos contidos nos artigos 184 e 186 do Código Tributário Nacional, artigos 10 e 30 da Lei 6830/80 e art. 449 da Consolidação das Leis do Trabalho, que deixam claro que os credores por dívidas tributárias ou asseguradas por hipotecas cedulares não podem opor ao crédito trabalhista as preferências e garantias de que são titulares.

3. Como ocorrem as fraudes

Uma empresa requisita financiamento junto a uma instituição financeira, e emite em favor desta uma cédula de crédito, seja ela rural, industrial ou comercial, e oferece um imóvel de sua propriedade, ou de propriedade de sócios, em garantia hipotecária. Em seguida, pede a um empregado seu que ajuíze uma ação trabalhista e indique, em execução, o bem hipotecado à penhora, desfazendo, assim, a garantia que o credor hipotecário possuía.

Em muitos casos, a fraude é tão evidente que o emitente da cédula não contesta a reclamatória trabalhista proposta pelo empregado orientado para tal, e o processo corre inteiramente à revelia.

Ditos empregados orientados também indicam à execução bens gravados com penhor ou alienação fiduciária.

É difícil provar que houve fraude em determinados casos, mas a preferência absoluta do crédito trabalhista em face de outros créditos, por

si só, já é uma grande incentivadora dos conluios existentes entre empregados e empregadores, no intuito de prejudicar as instituições financeiras concedentes de crédito.

4. Posicionamento jurisprudencial sobre a matéria

Hodiernamente, a matéria encontra-se pacificada no C. TST, no sentido de que as Turmas daquele Tribunal têm seguido a Orientação Jurisprudencial nº 226, supra citada:

"PENHORA. CÉDULA DE CRÉDITO RURAL. *O bem vinculado à cédula de crédito rural é penhorável no processo de execução trabalhista, ante a preferência do crédito. O mesmo entendimento está consagrado na OJ nº 226 da SDI/TST, pelo qual, diferentemente do que ocorre com a cédula de crédito industrial garantida por alienação fiduciária, na cédula de crédito rural pignoratícia ou hipotecária, o bem permanece sob o domínio do devedor (executado), não se constituindo óbice à penhora na esfera trabalhista (DL nº 167/1967, art. 69; arts. 10 e 30 e Lei nº 6830/1980). Recurso de Revista não conhecido por aplicação da Súmula nº 333 do TST.*" (TST – 559455/1999 – 3ª Turma – Rel. Ministro Carlos Alberto Reis de Paula – julgado em 28.05.2003 – publicado em 20.06.2003 no D.O.U.).

No entanto, o posicionamento do TST já foi diferente, opinando pela impenhorabilidade dos bens vinculados às cédulas de crédito, conforme se verifica nas ementas colacionadas abaixo:

"Os bens vinculados à cédula de credito industrial são impenhoráveis (art cinqüenta e sete do Del quatrocentos e treze, de sessenta e nove). Revista conhecida e provida para julgar insubsistente a penhora." (TST – RR 3506/1981 – 3ª Turma – Rel. Ministro Expedito Amorim – julgado em 07.06.1982 – publicado em 06.08.1982 no D.O.U.).

5. Conclusão

A preferência do crédito trabalhista, por si só, é uma grande facilitadora da ocorrência de fraudes na Justiça do Trabalho, com o intuito de desconstituir a garantia real concedida aos credores em favor de quem foram emitidas cédulas de crédito.

O assunto é de extrema importância não só para os bancos que concedem crédito, mas para toda a sociedade, pois devido aos inúmeros prejuízos já sofridos, vem se tornando cada vez mais difícil a obtenção de financiamento, e isso afeta pequenas, médias e grandes empresas que sofrem com a instabilidade da moeda brasileira e dependem da concessão de crédito para equilíbrio de suas contas e manutenção de suas atividades.

6. Bibliografia

BARROS, Alice Monteiro de, CARMO, Júlio Bernardo do. *Processo de Execução Trabalhista Aplicado.* São Paulo: LTr, 2000, p. 229.

CAHALI, Yussef Said, *Fraude Contra Credores.* 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro.* Vol. 4. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FILHO, Manoel Antonio Teixeira Filho. *Execução no Processo do Trabalho.* 5. ed. São Paulo: LTr, 1995.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil.* Vol. 2. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho.* 27. ed. São Paulo: LTr, 2001.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *A Execução na Justiça do Trabalho.* 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de Crédito Bancário.* 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de Legislação Tributária.* São Paulo São Paulo, resenha Tributária, 1982.

DIREITO DO TRABALHADOR À SAÚDE: INVESTIGAÇÃO CONCEITUAL E IDÉIAS PARA A SUPERAÇÃO DOS IMPASSES E PARADIGMAS ATUAIS

Luís Bernardo Delgado Bieber
(Aluno do 9º Período da Graduação em Direito da UFPE; monitor de Direito Civil III)

Sumário: 1. Introdução; 2. Evolução Histórica da Questão da Saúde; 3. Conceitos Preliminares; 4. Conseqüências para a Administração Pública; 5. Aspecto Constitucional do Problema; 6. Direito do Trabalhador ou Direito à Saúde?; 7. Conclusões; 8. Bibliografia.

1. Introdução

O desenvolvimento das ciências, até a primeira metade do Século XX, atentava sempre para uma delimitação dos objetos de cada ciência, numa preocupação de tornar seus conteúdos estanques, incomunicáveis.

Assim, a saúde demorou a ser entendida como um elemento que devesse constar do Ordenamento Jurídico. A saúde é um Direito Social[1] que encontrou lugar inegável na legislação pátria apenas desde a Constituição Federal de 1988[2].

O conceito de saúde não é evidente no texto constitucional. Entretanto, pode-se-o extrair a analisando toda a sistemática constitucional. As-

[1] Art 6º, *caput* da Constituição Federal.

[2] Apesar de que, em algumas das Constituições anteriores, houvesse indicações de preocupações sanitárias, estabelecendo-se competências para a adoção de medidas legislativas e administrativas quanto à mortalidade, à morbidade, à higiene social e ás doenças infecciosas. Isso não significa, contudo, a compreensão da saúde como um direito. Cf. OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito à Saúde: Garantia e Proteção Pelo Poder Judiciário* in *Revista de Direito Sanitário, vol. 2, nº 3, novembro de 2001*. São Paulo: LTr, 2001, pp. 40-42, e SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à Saúde: Efetivação Em Uma Perspectiva Sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 43-48.

sim, a saúde envolve a prestação de serviços públicos como o saneamento básico, a coleta de lixo e o fornecimento de água. É condicionada ainda pelos fatores ambientais. Na verdade, a garantia do direito à saúde pressupõe o efetivo exercício da cidadania. Trata-se de característica dos modernos Estados democráticos de Direito. É um direito social, que se deve estender a todos os cidadãos[3].

A compreensão do conteúdo do direito à saúde deve ser feita a partir da "identificação do conjunto de normas jurídicas que denotam não somente a preocupação com a ausência de doenças, mas também com a busca do completo bem-estar físico, mental e social do indivíduo em sua comunidade"[4].

A saúde do trabalhador, por sua vez, apareceu nas preocupações bem antes[5]. Não se tratava, porém, de um direito geral à saúde que se pudesse encarar sob o prisma de uma relação de trabalho. Antes significava um direito do trabalhador (dentre outros tantos), simplesmente.

Isso significa que a evolução legislativa, ao estabelecer o direito do trabalhador à saúde, não prestigiava o entendimento da saúde como direito de todos os indivíduos. A saúde do trabalhador era muito mais um elemento (ou um pressuposto lógico) para melhor aproveitamento do trabalhador ao longo do processo produtivo. Não seria algo deferido ao indivíduo em respeito a sua condição íntima de indivíduo, mas como que uma garantia de que uma engrenagem do sistema produtivo não fosse falhar.

Note-se que o direito do trabalhador à saúde está intimamente ligado ao meio ambiente do trabalho que, na sistemática constitucional atual, constitui, assim como o direito à saúde, um dos direitos fundamentais[6].

---

3 Cf. ROCHA, Júlio César de Sá da. *Direito da Saúde: Direito Sanitário na Perspectiva dos Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo: LTr, 1999, pp. 43-45.

4 SILVA, Otávio Pinto e. *Direito Sanitário do Trabalho no Brasil* in *Revista de Direito Sanitário, vol. 2, nº 2, julho de 2001*. São Paulo: LTr, 2001, p. 32.

5 Cf. ROCHA, Júlio César de Sá da. *Direito Ambiental do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p.145: "[as] preocupações em torno dos ambientes de trabalho surgiram historicamente embutidas nas exigências da classe trabalhadora, em virtude das péssimas condições de trabalho".

6 Cf. MELO, Sandro Nahmias. *Meio Ambiente do Trabalho: Direito Fundamental*. São Paulo: LTr, 2001, p.70: "O meio ambiente do trabalho está inserido no meio ambiente geral (art. 200, inc. VIII, da Constituição Federal), de modo que não há como se falar em qualidade de vida se não houver qualidade de trabalho, nem se pode atingir o meio ambiente equilibrado e sustentável, ignorando-se o aspecto do meio ambiente de trabalho".

A questão que se põe neste trabalho é saber se o direito do trabalhador à saúde é precipuamente um direito do trabalhador (e como tal estaria inextricavelmente ligado ao Direito do Trabalho) ou um (aspecto do) direito à saúde (sendo objeto inafastável do Direito Sanitário).

Porém, deve-se advertir, de início, para que as conceituações que se pretendam formular na matéria não podem levar em conta, exclusivamente, a formação histórica do instituto. Não se pode identificá-lo, então, com o Direito do Trabalho, porque nele tenha surgido primeiramente.

É evidente que circunscrever o direito do trabalhador à saúde ao campo do Direito do Trabalho ou ao campo do Direito Sanitário é uma questão menor diante das conseqüências que se podem obter dessas definições. O direito do trabalhador à saúde deve ser estudado no Direito do Trabalho e no Direito Sanitário.

Não se trata de uma discussão meramente acadêmica, visando a encontrar o *topos* do direito do trabalhador à saúde, num dos ramos da imensa árvore da ciência jurídica. Assim, o problema não seria resolvido por um processo de especialização normativa, dando origem a um novo ramo, qual fosse, o Direito Ambiental do Trabalho[7].

2. Evolução Histórica da Questão da Saúde

Se, por um lado, o direito do trabalhador à saúde surge em decorrência da otimização da produção segundo o modelo taylorista[8], não se pode perder de vista a formação histórica do Direito à Saúde.

Por muito tempo foi generalizado o entendimento de que saúde seria a ausência de doenças. Pode-se perceber que este conceito se afirma pela negação de outro (as doenças). Do ponto de vista conceitual (jurídico e filosófico), devem-se evitar as definições que se façam por negativas, uma vez que elas esvaziam o conceito que se procura, fazendo-o absolutamente

[7] Há autores, como Júlio César de Sá da Rocha, que defendem o surgimento de uma nova disciplina jurídica autônoma: o direito Ambiental do Trabalho. Cf. ROCHA, Júlio César de Sá da. *Direito Ambiental do Trabalho: Reflexo da Contemporaneidade* in *Revista de Direito Sanitário, vol. 3, nº 1, março de 2002*. São Paulo: LTr, 2001, pp. 119 e ss, e, ainda, *Direito Ambiental do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, pp. 274-288.

[8] Cf. ROSSIT, Liliana Allodi. *O Meio Ambiente de Trabalho no Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: LTr, 2001, p. 132: "Segundo esta escola, idealizada principalmente por *Frederick Winslow Taylor* (1856-1915), a organização do trabalho, que qualificou de científica - *scientific management* -, devia ser hierarquizada, formal e autoritária, para aumentar ao máximo a capacidade de produção, por meio de controle rígido do ritmo de trabalho e do modo como este podia ser realizado".

dependente de outro. Contudo, não foram apenas estas as razões por que o conceito enfrentou mudanças. Na verdade, esse conceito de saúde simplesmente não alcançava vários fenômenos da vida humana que têm inegável conseqüência sobre a saúde dos cidadãos[9].

Assim, ocorreu em 1986 a 8ª Conferência Nacional de Saúde, em que se consagrou, no Brasil, o entendimento já estampado no preâmbulo da Carta de Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS), de 1946, segundo o qual a saúde seria o "completo bem-estar físico, mental e social"[10], concepção mais ampla do que a mera ausência de doenças. "Reconhecia-se, então, a essencialidade do equilíbrio interno e do homem com o ambiente para a conceituação de saúde", como relata Sueli Gandolfi Dallari[11].

A partir dessa Conferência, que é hoje um marco histórico da saúde, os sanitaristas de todo o país engajaram-se numa luta para promover mudanças no Ordenamento Jurídico pátrio.

No esteio desses acontecimentos, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira das Constituições do país a prever em seu texto o Direito à Saúde[12].

Em seguida, o Congresso nacional promulgou em 1990 e 1991, as Leis nºs 8.080 e 8.142, também conhecidas por Lei Orgânica da Saúde. A compreensão da saúde no Ordenamento Jurídico brasileiro é completamente alterada a partir da Constituição Federal e das Leis nºs 8.080 e 8.142. Sobretudo porque estas normas cristalizam na legislação pátria a idéia da saúde, como a preconizavam a Carta de Constituição da OMS e o movimento de reforma sanitária brasileiro.

Além disso, a existência de uma Lei Orgânica da Saúde evidencia a intenção do legislador ordinário pátrio de criar um micro-sistema jurídico da saúde no Ordenamento brasileiro.

3. Conceitos Preliminares

Atualmente, então, a saúde é concebida como um estado de bem-estar físico, mental e social pleno, ou seja, a uma situação de equilíbrio[13].

9 Cf. ROCHA, Júlio César de Sá da. *Direito Ambiental do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 128: "Com efeito, a saúde é resultado da interação desses diversos elementos do ambiente, provocando ou não o bem-estar no trabalho".

10 DIAS, Hélio Pereira. *Direitos e Obrigações Em Saúde*. Brasília: ANVISA, 2002, p. 17.

11 DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde*. São Paulo: Editora Hucitec, 1995, p. 19.

12 Arts. 196 a 200 da Constituição Federal.

13 Cf. DIAS, Hélio Pereira. *Op. cit.*, p. 25.

O conceito sofre críticas por parte daqueles que procuram entendê-lo como uma imobilização conceitual[14]. Não se pode afastar a dinâmica da (boa) condição de saúde, ao tratar desta como um "estado". Em verdade, o termo pressupõe o dinamismo das mudanças, ou seja, deve-se encará-la a partir de uma ótica relativista.

Embora não traga o conceito de saúde expresso em seus dispositivos, a Lei Orgânica da Saúde está, evidentemente, a levá-lo em consideração ao estabelecer que "dizem respeito também à saúde as ações que (...) se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social"[15].

"O Direito Sanitário pode ser entendido como o conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade do Poder Público destinada a ordenar a proteção, a promoção e a recuperação da saúde e a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e asseguradores deste direito."[16] Assim, quanto ao Direito Sanitário, "o bem juridicamente protegido é a incolumidade da pessoa em toda a sua amplitude"[17].

Dentro desta conceituação geral, a Lei Orgânica da Saúde traz, porém a exata conceituação da saúde do trabalhador, como sendo o "conjunto de atividades que se destina (...) à promoção e proteção da saúde dos trabalhadores, assim como visa à recuperação e reabilitação da saúde dos trabalhadores, submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho (...)"[18].

Assim, as normas do direito do trabalhador à saúde devem abordar os fatores que condicionam a ruptura do estado de equilíbrio da saúde ou que permitem o seu restabelecimento[19]. Tais normas devem para a prote-

14 SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à Saúde: Abordagem Sistêmica, Risco e Democracia* in *Revista de Direito Sanitário, vol. 2, nº 1, março de 2001*. São Paulo: LTr, 2001, p. 30: "[A saúde, como perfeito bem-estar físico, mental e social,] É um conceito irreal, que não se adapta à realidade fática, afinal o perfeito bem-estar é um objetivo a ser alcançado, que se alarga ou diminui de acordo com a evolução da sociedade e da tecnologia, ou, em outras palavras, da autopoiese, da autocriação dos sistemas sociais".

15 Art. 3º, parágrafo único da Lei nº 8.080/90.

16 ROCHA, Júlio César de Sá da. *Direito da Saúde: Direito Sanitário na Perspectiva dos Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo: LTr, 1999, p. 49.

17 DIAS, Hélio Pereira. *Flagrantes do Ordenamento Jurídico-Santário*. Brasília: ANVISA, 2000, p. 149.

18 Art. 6º, § 3º da Lei nº 8.080/90.

19 Cf. DIAS, Hélio Pereira. *Direitos e Obrigações Em Saúde*. Brasília: ANVISA, 2002, p. 25.

ção dos trabalhadores, pois, permitir "a antecipação, o reconhecimento, a avaliação e o controle de fatores e riscos ambientais originados nos postos de trabalho e que podem causar enfermidades, prejuízos para a saúde ou o bem-estar dos trabalhadores"[20].

Ora, o Direito do Trabalho tem por objeto as relações de trabalho[21]. Aos fiscais do trabalho cumpre, pois, fiscalizar as condições (não apenas ambientais) em que o trabalho é exercido[22].

Já o Direito Sanitário tem por escopo a proteção e a promoção da saúde dos indivíduos e, conseqüentemente, dos trabalhadores.

Neste ponto, cumpre ressaltar, a lição do Professor Otávio Pinto e Silva, para quem "é importante lembrar a disposição contida no art. 154 da Consolidação das Leis Trabalhistas, no sentido de que a observância, em todos os locais de trabalho, das regras previstas na legislação trabalhista não desobriga as empresas do cumprimento de outras disposições que estejam incluídas em códigos de obras ou regulamentos sanitários dos Estados e Municípios em que se situem os respectivos estabelecimentos"[23].

4. Conseqüências para a Administração Pública

Nos dizeres do Professor Sebastião Geraldo de Oliveira, "o avanço do reconhecimento dos direitos à saúde do trabalhador necessita de respaldo da Administração Pública para atingir os fins colimados pela Constituição de 1988, sob pena de se concluir que os direitos consagrados com efusividade não passam de adornos de retórica a enfeitar os textos legislativos, porém sem aplicação efetiva, como fogos de artifício que brilham por alguns instantes, mas se apagam em seguida, deixando o registro abstrato de uma figura ilusória"[24].

---

20 SALIBA, Tuffi Messias; CORRÊA, Márcia Angelim Chaves; AMARAL, Lênio Sérvio. *Higiene do Trabalho e Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA)*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 11.

21 Cf. SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas; e TEIXEIRA Filho, João de Lima. *Instituições de Direito do Trabalho vol. 1*. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 110.

22 ROCHA, Júlio César de Sá da. *Op. cit.*, p. 58: "a finalidade da inspeção do trabalho deve ser aquela destinada à fiscalização das relações de trabalho".

23 SILVA, Otávio Pinto e. *Op. cit.*, p. 33.

24 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 415.

A grande importância neste tema para a Administração Pública está, pois, em estabelecer a quem compete a fiscalização das condições sanitárias de trabalho: se ao Ministério do Trabalho e Emprego, através de suas Delegacias Regionais do Trabalho (DRTs), ou se ao Ministério da Saúde, através dos órgãos de vigilância sanitária ou ainda outros órgãos especializados em saúde do trabalhador, também no âmbito do Ministério da Saúde.

À Administração Pública e à sociedade geralmente causa repulsa a idéia de fiscalização feita por diferentes órgãos que observassem o mesmo fato (as condições sanitárias do ambiente de trabalho). Não apenas porque poderia representar uma ingerência excessiva do Poder público na iniciativa privada, mas, sobretudo, para evitar os inconvenientes de pareceres divergentes sobre a mesma matéria.

A fiscalização única (sobre um único e determinado aspecto da atividade econômica) não apenas seria mais econômica, como propiciaria maior segurança jurídica.

Neste ponto, cumpre notar que o entendimento do direito do trabalhador à saúde como um direito precipuamente do trabalhador permitiu que, anteriormente à atual Carta Magna, quando a saúde não encontrava efetiva guarida nas normas constitucionais, o processo de construção de um melhor ambiente de trabalho se desse coletivamente pela negociação entre trabalhadores e empregadores firmada em convenção coletiva.

Destarte, ao Ministério do Trabalho e Emprego tem competido estabelecer, nas chamadas Normas Regulamentadoras (NRs), padrões sanitários para o desenvolvimento das atividades laborais. Essa normatização deixa evidente que os sindicatos patronais ou de trabalhadores devem abordá-las nas suas negociações coletivas. Além disso, cumpre lembrar que aos fiscais das DRTs não competiria apenas observar as condições do maio ambiente de trabalho, mas a relação de trabalho como um todo, o que inclui todos os outros direitos trabalhistas.

As NRs, contudo, não têm excluído, na prática, a competência normativa do Ministério e das Secretarias de Saúde em matéria de saúde do trabalhador.

Mais. A inclusão da saúde do trabalhador no campo de atuação dos órgãos de vigilância sanitária, posto que revolucionária, representa uma significativa mudança de paradigma, de que tais órgãos nem sempre se apercebem.

É generalizada na Administração pública a carência de recursos humanos para prover a todas as atribuições impostas ao Estado. Assim, se os órgãos de fiscalização sanitária não incorporam tal mudança de perspectiva, corre o risco de verem-se consumidos nas atividades de fiscalização de produtos e serviços sujeitos à vigilância sanitária e esquecer as novas atribuições de zelar pelas (boas) condições ambientais de trabalho.

Enquanto não se puder estabelecer claramente a natureza precípua do direito do trabalhador à saúde, a fiscalização das condições ambientais de trabalho pode continuar sendo da competência comum das DRTs e dos órgãos de vigilância sanitária.

Esta situação, ainda que juridicamente defensável, além dos inconvenientes já apontados mais acima, permite que as Administrações Públicas de diferentes esferas possam eximir-se de adotar medidas administrativas adequadas (como a realização de concurso público, a aquisição de aparelhamentos etc.) para tornar a fiscalização das condições sanitárias de trabalho (a quem quer que ela, afinal, viesse a competir) definitivamente efetiva.

Sem resolver a questão nodal, Lenir Santos, em estudo desenvolvido para o Conselho Nacional de Saúde, conclui que devem "excluir-se do poder de polícia administrativa dos agentes federais inspetores do trabalho as ações referentes às questões que envolvam o cumprimento de normas de saúde e higiene, uma vez que se encontram inseridas no campo de atuação do poder de polícia sanitário dos Estados e Municípios"[25].

Entretanto, se a questão da natureza precípua do direito do trabalhador à saúde não é, de início, resolvida, qualquer solução apontada será muito mais sugerida e intuída do que bem e logicamente fundamentada.

5. Aspecto Constitucional do Problema

Das normas constitucionais, por disposição expressa do art. 200, II e VII[26], parece não restar dúvida quanto a competir a fiscalização das condições sanitárias do ambiente de trabalho aos órgãos do Sistema Único de Saúde - SUS.

25 SANTOS, Lenir. *Saúde do Trabalhador – Conflito de Competência: União, Estados e Municípios, Interface Ministério do Trabalho e Emprego, Ministério da Saúde e Ministério da Previdência e Assistência Social*. Brasília: Ministério da Saúde, 2000, p. 45.

26 "Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:
I - (*omissis*)
II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
III a VI - (*omissis*)
VII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho."

Todavia, como a "redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança", foi incluída entre os direitos do trabalhador no art. 7º, XXII, seria forçoso concluir que da própria Constituição Federal não constariam elementos suficientes para estabelecer se o direito do trabalhador à saúde é precipuamente um direito à saúde ou um direito do trabalhador.

Acontece que há ainda outro aspecto constitucional a ser abordado (que, aliás, vem sendo referido ao longo de todo este trabalho): a competência para tratar da a matéria.

Ora, se se tratasse de um direito do trabalhador, a matéria competiria privativamente à União[27] .Por outro lado, compreendê-lo como um direito precipuamente à saúde conduziria à conclusão de estar a matéria sob "competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios"[28] , sob o ponto de vista da proteção, da promoção e da recuperação. Já sob o ponto de vista da competência legislativa, o direito à saúde seria atribuição concorrente de União, Estados e Distrito Federal[29] . Além disso, a matéria poderia ser atribuída também aos Municípios, sob a perspectiva de um interesse local[30] ou a pretexto de complementar a legislação estadual ou federal[31] .

Finalmente, se entendido como um direto eminentemente à saúde, o direito do trabalhador à saúde terá como conseqüência a inconstitucionalidade de uma série de normas, sobretudo administrativas, que procuram regulamentar a "convivência" dos trabalhadores com um ambiente insalubre[32] .

---

27 Art. 22, I da Constituição Federal.
28 Art. 23, II da Constituição Federal.
29 Art. 24, XII da Constituição Federal.
30 Art. 30, I da Constituição Federal.
31 Art. 30, II da Constituição Federal.
32 Cf. ROCHA, Júlio César de Sá da. *Direito Ambiental e Meio Ambiente do Trabalho: Dano, Prevenção e Proteção Jurídica*. São Paulo: LTr, 1997, pp. 42-43: "Possuímos o entendimento de que aspectos da legislação constitucional, como o estabelecimento de determinados Limites de Tolerância (LTs) da Portaria nº 3.214/78 [do Ministério do Trabalho e Emprego], não possuem guarida constitucional, na medida em que se verifica que se procura conviver e expor os trabalhadores a agentes comprovadamente adversos (...), configurando uma condição indigna de vida a que estão submetidos esses obreiros, o que atenta inteiramente contra o que determina a Constituição Federal nos princípios fundamentais (arts. 1º, III, e 3º, IV)".

6. Direito do Trabalhador ou Direito à Saúde?

Já se demonstraram plenamente os motivos e os inconvenientes de enxergar o direito do trabalhador à saúde no campo do Direito do Trabalho ou no âmbito do Direito Sanitário. Também se disse que a Constituição federal não apresenta elementos suficientes para concluir pela adoção exclusiva de um ou outro.

Contudo, se a Carta Magna não é definitiva sobre o assunto, ao menos indica claramente os caminhos a percorrer para resolver a questão. Sendo a legislação sobre saúde do trabalhador de competência privativa da União ou de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, não se poderá, em qualquer das hipóteses, questionar a competência da União.

Pois o Congresso Nacional, regulamentando os arts. 198 a 200 da Constituição Federal, que previam a criação e a organização de um Sistema Único de Saúde, aprovou a já referida Lei nº 8.080/90. Nela, o legislador ordinário exerce claramente a opção por uma das hipóteses, apenas vislumbradas pelo legislador constituinte, quanto à natureza precípua do direito do trabalhador à saúde.

Com efeito, dispõe no art. 6º, § 3º, III e VI, que a saúde do trabalhador abrange a "participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde - SUS, da normatização, fiscalização e controle das condições (...) que apresentam riscos à saúde do trabalhador" e a "participação na normatização, fiscalização e controle dos serviços de saúde do trabalhador nas instituições e empresas públicas e privadas".

Além disso, espancando quaisquer dúvidas que ainda pudessem persistir, estabelece em seu art 15, VI, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as atribuições de "elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade para promoção da saúde do trabalhador".

7. Conclusões

Diante do exposto, cabe concluir, finalmente, que o direito do trabalhador à saúde é antes de tudo um direito à saúde, devendo ser estudado sobretudo a partir dos princípios próprios do Direito Sanitário. Conseqüentemente, como direito à saúde deverá valorizar, mais do que a individualidade do trabalhador numa relação trabalhista, o indivíduo, elemento único da coletividade.

Isso significa que devem ser adotadas as medidas de proteção e promoção da saúde do trabalhador que forem necessárias, descabendo perquirir uma prevalência da saúde sobre a manutenção do posto de trabalho ou desta sobre aquela.

É importante ressaltar que, apenas com a defesa intransigente da saúde de cada indivíduo trabalhador, será possível garantir a saúde de uma coletividade de trabalhadores[33].

Por fim, não se conclui pela prevalência do aspecto sanitário sobre o trabalhista quanto ao direito do trabalhador à saúde, apenas para afastar definitivamente a competência fiscalizadora do Ministério do Trabalho e Emprego e das Delegacias Regionais do Trabalho. É preciso não perder de vista que o seu âmbito de fiscalização é muito maior que o meio ambiente de trabalho, devendo englobar todos os aspectos da relação laboral.

Da mesma forma, aos órgãos de fiscalização sanitária (à exceção dos órgãos especializados em saúde do trabalhador) compete uma fiscalização mais ampla do que o meio ambiente de trabalho, englobando a qualidade dos produtos e serviços fornecidos.

Nesse sentido, as conclusões a que se chegou servem para estabelecer de forma clara e definitiva a responsabilidade política e administrativa do Ministério e das Secretarias de Saúde de fazerem efetivo o direito do trabalhador à saúde, garantindo uma fiscalização constante e uma vigilância eficaz.

8. Bibliografia

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde*. São Paulo: Editora Hucitec, 1995.

DIAS, Hélio Pereira. *Direitos e Obrigações Em Saúde*. Brasília: ANVISA, 2002.

_____. *Flagrantes do Ordenamento Jurídico-Santário*. Brasília: ANVISA, 2000.

[33] OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Op. cit.*, p. 413, defende a efetividade da fiscalização do meio ambiente do trabalho, pelos Inspetores do Trabalho, passando, contudo, ao largo da discussão abordada neste texto: "O progresso das relações de trabalho nos desafios do porvir não será alcançado sem a interferência efetiva da Inspeção do Trabalho, para que a norma jurídica possa reconquistar sua autoridade e inspirar reverência junto à sociedade, já que a exigência pedagógica do cumprimento coativo da regra legal acaba por incentivar a sua observância espontânea"

MELO, Sandro Nahmias. *Meio Ambiente do Trabalho: Direito Fundamental*. São Paulo: LTr, 2001.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito à Saúde: Garantia e Proteção Pelo Poder Judiciário* in *Revista de Direito Sanitário, vol. 2, nº 3, novembro de 2001*. São Paulo: LTr, 2001, pp. 36-58.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2002.

ROCHA, Júlio César de Sá da. *Direito Ambiental do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

_____. *Direito Ambiental do Trabalho: Reflexo da Contemporaneidade* in *Revista de Direito Sanitário, vol. 3, nº 1, março de 2002*. São Paulo: LTr, 2001, pp. 118-133.

_____. *Direito Ambiental e Meio Ambiente do Trabalho: Dano, Prevenção e Proteção Jurídica*. São Paulo: LTr, 1997.

_____. *Direito da Saúde: Direito Sanitário na Perspectiva dos Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo: LTr, 1999.

ROSSIT, Liliana Allodi. *O Meio Ambiente de Trabalho no Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: LTr, 2001.

SALIBA, Tuffi Messias; CORRÊA, Márcia Angelim Chaves; AMARAL, Lênio Sérvio. *Higiene do Trabalho e Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA)*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002.

SANTOS, Lenir. *Saúde do Trabalhador – Conflito de Competência: União, Estados e Municípios, Interface Ministério do Trabalho e Emprego, Ministério da Saúde e Ministério da Previdência e Assistência Social*. Brasília: Ministério da Saúde, 2000.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à Saúde: Abordagem Sistêmica, Risco e Democracia* in *Revista de Direito Sanitário, vol. 2, nº 1, março de 2001*. São Paulo: LTr, 2001, pp. 27-38.

_____. *Direito à Saúde: Efetivação Em Uma Perspectiva Sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Otávio Pinto e. *Direito Sanitário do Trabalho no Brasil* in *Revista de Direito Sanitário, vol. 2, nº 2, julho de 2001*. São Paulo: LTr, 2001, pp. 31-36.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas; e TEIXEIRA Filho, João de Lima. *Instituições de Direito do Trabalho vol. 1*. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999.

DA IMPRONUNCIABILIDADE *EX-OFFICIO* DA PRESCRIÇÃO TRIBUTÁRIA

Felipe de Vasconcelos Pedrosa

Sumário: 1. Introdução; 2. A prescrição na Teoria Geral do Direito; 2.1. Noções Preliminares; 2.2. Conceito de exceção; 2.3. A prescrição na ciência jurídica; 3. A confusão quanto à "prescrição" e à "decadência" no Código Civil de 1916; 4. A prescrição no Direito Tributário; 4.1. Unicidade do sistema jurídico; 4.2. Normas de interpretação da legislação tributária no Código Tributário Nacional; 5. As disposições do Código Tributário Nacional sobre prescrição; 5.1. Posições doutrinárias; 5.2. A divergência jurisprudencial; 6. Conclusões; 7. Bibliografia.

1. Introdução

O presente estudo se presta a afastar dúvidas que pairam sobre a questão da possibilidade ou impossibilidade da pronúncia judicial *ex officio* da prescrição, em sede de cobrança tributária.

Como se tem verificado na prática, tal polêmica ocasiona uma avalanche de recursos, responsável por um abarrotamento ainda maior de processos nas instâncias revisoras.

Instaurou-se, inclusive, relativamente à controvérsia posta, incidente de uniformização de jurisprudência no Tribunal de Justiça de Pernambuco[1]. Contudo, não foi solucionado em tempo de verificarmos coincidência ou divergência com nossa conclusão.

A solução proposta, aliás, virá ao término de uma exposição estruturada em duas partes: a categorização jurídica do instituto da prescri-

[1] A primeira sessão de apreciação dessa uniformização de jurisprudência nos processos de execuções fiscais ocorreu em cinco (05) de junho de 2003, no Pleno do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

ção e, completando-a, a exegese dos dispositivos do Código Tributário Nacional que tratam do tema escolhido.

2. A Prescrição na Teoria Geral do Direito

2.1. Noções preliminares

Quando se concretiza a hipótese prevista na norma de direito, dá-se o fato jurídico. Dele, podem advir diversos efeitos: direitos e deveres; pretensões e obrigações; ações e exceções[2]. Uma sumária explanação acerca de alguns desses conceitos é indispensável, antes de se fixar a natureza jurídica da prescrição.

Como os direitos e deveres, também são correlatas a pretensão e a obrigação (aqui empregada num sentido específico, diverso daquele que encontramos no direito obrigacional).

A pretensão, ensina PONTES DE MIRANDA, "é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa"[3]. É um *plus* ao direito, a *facultas exigendi* que a ele se acresce. Há direitos desprovidos de pretensão, como a dívida de jogo não-proibido; e outros cuja pretensão está encoberta, como a dívida prescrita.

GAGLIANO e PAMPLONA FILHO definem pretensão como "o poder de exigir de outrem coercitivamente o cumprimento de um dever jurídico"[4]. À definição, contudo, opomos uma pequena ressalva: a coercibilidade não é ínsita à pretensão, mas pertence ao campo das ações (de natureza material) e da tutela jurídica, opinião de PONTES DE MIRANDA, à qual nos perfilhamos.

De ordinário, a pretensão contém a ação (de natureza material), que é a atividade para sua satisfação. "A ação não é só exigência: se digo ao vendedor que desejo que me pague o que me deve, **exijo-o**; porém, ainda não ajo contra ele: se lhe tomo a coisa que me deve, **ajo** condenatoriamente, **condeno** e **executo**"[5] (grifos do autor). Porém, desde que o Estado tomou

2 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*, tomo 1. Campinas: Bookseller, 1998, p. 22.

3 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada (nota 2), p. 68.

4 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, parte geral, vol. 1. São Paulo : Saraiva, 2002, p. 478.

5 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada (nota 2), p. 64.

para si o monopólio da justiça, a ação (de natureza material) teve de ser posta ao exame do juiz, o órgão competente para declarar, condenar ou executar, sendo raríssimos os casos de auto-tutela permitidos em nosso ordenamento.

É preciso que se esclareça o caráter inteiramente diverso da ação de direito material e da ação de direito processual. Através desta, o autor deduz pretensão à tutela jurídica, contra o Estado; naquela, quem figura no pólo passivo é o obrigado. A ação processual é assegurada independentemente de um provimento jurisdicional favorável, ou justo, ou seja, é um direito de natureza abstrata. É, ainda, direito autônomo, porquanto desvinculado do direito material[6].

Para que haja provimento do pedido feito pelo autor, entretanto, ele deve possuir a ação de natureza material. Se somente detiver o direito, mas desprovido da pretensão e da ação (como no exemplo da dívida da mulher ao marido), o Estado não lhe concederá tutela específica[7].

A confusão estabelecida em torno desses conceitos teve sua razão de ser apontada por GAGLIANO e PAMPLONA FILHO:

> "Ocorre que, na época da elaboração do Código Civil de 1916, e mesmo antes, considerava-se, ainda com fulcro na superada teoria imanentista do Direito Romano, que a ação judicial nada mais era do que o próprio direito subjetivo, lesado, em movimento. Essa era a interpretação que se dava ao art. 75 do Código de 1916: "A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura"."[8]

2.2. *Conceito de exceção*

Já foi colocado acima que a prescrição é encobridora de eficácia. Tal se dá porque ela se enquadra na categoria de exceção. Assim os romanos a conceberam, assim exigem a tradição jurídica brasileira e a ciência do direito. Forçoso, destarte, clarificar o que vem a ser uma *exceptio*.

PONTES DE MIRANDA, com sua costumeira precisão, conceitua: "A exceção não ataca o ato jurídico, nem o direito em si mesmo. Exata-

---

6 CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 16ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2000, p. 253 e 254.
7 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada (nota 2), p. 109.
8 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Obra citada (nota 4), p. 477.

mente, o fim da exceção é fazer-se atender, ainda mesmo a despeito da existência, validade, ou irrescindibilidade, ou irresolubilidade, ou irresibilidade do ato jurídico". Acrescenta que é "inconfundível com os direitos formativos extintivos, como o direito à compensação, e com as pretensões à decretação de nulidade ou de anulação. Não destroem, não extinguem, encobrem a eficácia. Com aqueles e com essas têm em comum que precisam ser exercidas, no que as três classes se distinguem dos **fatos obstativos** e **extintivos**, **resolutivos** ou **resilitivos**, que independem de exercício. Esses são os fatos; alegam-se e provam-se. Quem os alega não exerce direito; defende-se, objeta"[9] (grifos do autor).

Há exceções que se opõem à eficácia do direito, como a *exceptio non adimpleti contractus*; outras que se opõem à eficácia da pretensão, *e. g.*, a prescrição; e outras mais que se contrapõem à eficácia da ação de direito material, a exemplo da alegação de coisa julgada.

O exercício da *exceptio* de maneira alguma se confunde com o ato de prova dos fatos modificativos e extintivos. Estes, independentemente do elemento volitivo da parte, uma vez verificados nos autos, serão passíveis de apreciação pelo juiz. Já a apreciação daquela, como também a da ação, exigem iniciativa da parte[10], nunca poderão ser declaradas *ex officio* pela autoridade judicial.

Já se disse que a alegação de coisa julgada possui natureza de exceção. Perguntar-se-ia, então: se a *exceptio* só pode ser alegada por aqueles que dela se beneficiam (arts. 193 e 194, CC), porque a coisa julgada pode ser reconhecida pelo juiz, independentemente do exercício da parte? Mesmo aqui não se foge à regra. A aparente anomalia desaparece ante a constatação de que a sentença é prestação jurisdicional do Estado, numa relação de direito processual, e, portanto, pode ser alegada tanto pelas partes, como pelo próprio Estado[11].

2.3. A prescrição na ciência jurídica

Do fato jurídico "tempo", podem se irradiar inúmeros efeitos, dentre os quais, a exceção de prescrição.

9 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, tomo 6. Campinas : Bookseller, 2000, p. 29 e 30.

10 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada (nota 9), p. 37.

11 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada (nota 9), p. 38.

Como qualquer exceção, ela não destrói direito, mas encobre a pretensão do credor. Ao inverso das objeções, portanto, poderá ser reconhecida pelo juiz unicamente se alegada.

Somente de forma equivocada se concebe a prescrição como criadora ou destruidora de direitos (prescrição aquisitiva e prescrição extintiva). Em que pese a opinião contrária de PEREIRA[12], o Código Civil pátrio, bem como seu antecessor, não autorizam tal interpretação[13]. PEREIRA, urge salientar, segue os passos de inúmeros autores franceses e italianos, *v. g.*, RUGGIERO. A opinião do eminente doutrinador italiano é fundada em texto legal de seu país (art. 2.934, CC), que estatui: "cada direito se extingue por prescrição, quando o titular não o exercita durante o tempo determinado da lei"[14].

Mas, "quando se diz que 'prescreveu o direito' emprega-se elipse reprovável, porque em verdade se quis dizer que o 'direito teve prescrita a pretensão (ou a ação), que dele se irradiava (...) Quando se diz 'dívida prescrita' elipticamente se exprime 'dívida com pretensão (ou ação) prescrita'"[15].

O nosso Código Civil dispõe que a prescrição tem o condão de fulminar a pretensão. Seu predecessor, distintamente, previa a morte da ação (de natureza material). A despeito de ambos, concordamos com PONTES DE MIRANDA, para quem seu efeito é tão só o de encobrir a eficácia da pretensão e, por via de conseqüência, da ação de natureza material – nunca o de extingui-las.

A prescrição "não corta na pretensão; não na exclui: apenas há a exceção de direito material, que encobre a eficácia e, pois, faz a decisão ser contrária ao exercício da pretensão, e, pois, da ação, por parte do autor"[16]. Embora, com a prescrição, o encobrimento da pretensão tenha o mesmo efeito **prático** que a sua extinção, no que concerne a outras exceções, como a de contrato inadimplido, tal não acontece: cumprido o contrato, cessam os efeitos da exceção[17].

12 PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. I, 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 432 e ss.

13 "Violado o direito, nasce para o titular a **pretensão**, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206" (art. 189, CC). "As **ações** pessoais prescrevem..." (art. 177, *caput*, CC de 1916).

14 RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*, vol. I. Campinas: Bookseller, 1999, p. 412.

15 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada (nota 9), p. 138 e 139.

16 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada (nota 9), p. 99. Na passagem, a ação a que o autor se refere é a de natureza material.

17 Com essa perfeição terminológica, PONTES DE MIRANDA resguarda íntegros os limites do instituto muitas vezes confundido "quer na doutrina, quer na jurisprudência, sentindo os escritores sérios embaraços para traçarem, em linhas nítidas, os seus caracteres diferenciais. Isso ocorre, principalmente, na escola ítalo-francesa que faz da prescrição uma caução extintiva de direitos, identificando-a com a decadência que também extingue direitos" (LEAL, Luíz Antônio da Câmara. *Da prescrição e da decadência*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 100).

Efeito semelhante ao da prescrição, vale lembrar, possuem as exceções de direito processual: não atacam o mérito, mas atingem a relação processual.

Há ainda a idéia, talvez a mais arraigada, segundo a qual a prescrição tem por efeito mutilar o direito público de ação. Ora, tal é absurdo, não se coaduna com a moderna processualística: o direito à tutela jurídica independe de haver ou não direito subjetivo, pretensão, ou a ação de natureza material subjacente. Aliás, se a prescrição for alegada pelo prescribente e sua exceção for acolhida, a sentença será de mérito (art. 269, IV, CPC), e não extintiva do processo por carência de ação.

Sem razão, mais uma vez, os imanentistas, na medida em que tomam a prescrição como causa extintiva da ação processual e, indiretamente, do próprio direito material violado[18].

Finalmente, cabem algumas palavras referentes ao fundamento da prescrição. Para alguns, ele está na necessidade de se punir o credor negligente[19]. Outros, dentre os quais POTHIER, entendem que a prescrição se alicerça na presunção de que já houve pagamento, ou perdão da dívida[20] - medida de proteção ao devedor, portanto.

Mais uma vez, cedemos aos argumentos de PONTES DE MIRANDA:

> "Serve à segurança e à paz públicas (...) O fundamento da prescrição é **proteger o que não é devedor** e pode não mais ter prova da inexistência da dívida; e não proteger o que era devedor e confiou na inexistência da dívida, tal como juridicamente ela aparecia; nem o que transparecia das Ordenações Filipinas (Livro IV, Título 79, ,pr., *verbis* "por a negligência, que a parte teve, de não demandar em tanto tempo sua coisa, ou dívida, havemos por bem, que seja prescrita a ação, que tinha para demandar")" (grifos do autor)[21].

18 Dentre eles, temos: Bevilacqua, Espínola, Carpenter, Câmara Leal e Carvalho Santos (cf. GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 557).

19 Câmara LEAL, em sua obra já referida (nota 17), p. 13, aponta SAVIGNY como defensor dessa opinião.

20 POTHIER. *Tratado das Obrigações*. Campinas: Servanda, 2001, p. 608.

21 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada (nota 9), p. 135.

3. A confusão quanto à "prescrição" e à "decadência" no Código Civil de 1916

A doutrina e a legislação são uníssonas quando se referem à decadência: ela acarreta a extinção do direito, se este não for exercido até o advento de termo prefixado. Do conceito, extrai-se que nada além do fator "tempo" a aproxima da prescrição.

Portanto, não foi sem sonoros protestos, que, durante a tramitação do Projeto do Código Civil de 1916, aglutinou-se, sob o mesmo *nomen juris*, "prescrição", os institutos da prescrição e da decadência.

Dentre outros inconvenientes, essa reunião arbitrária proibiria o juiz de conhecer de ofício a decadência. Ora, a decadência é preclusão (extinção) de direito; cabe ao juiz prununciá-la não obstante a sua alegação.

O impasse se solveu com a introdução da regra consubstanciada no art. 166 (CC de 1916): "o juiz não pode conhecer da prescrição dos direitos patrimoniais, se não foi invocada pelas partes"[22]. Com efeito, "não há prescripção senão de direitos patrimoniaes. Os direitos que são emanações directas da personalidade e os de família puros não prescrevem", comentou BEVILACQUA[23].

Vê-se que, em últimas conseqüências, permaneceu a impossibilidade de declaração *ex officio* da prescrição, pois, naquela hipótese permitida por lei, a dos direitos não-patrimoniais (*e.g.*: direitos absolutos, direitos potestativos, direitos puros de família, poderes-deveres), em verdade havia decadência, mesmo que equivocadamente nomeada.

4. A prescrição no Direito Tributário

4.1. Unicidade do sistema jurídico

Estabelecido o conceito de prescrição como a exceção hábil a encobrir a pretensão do credor, cumpre analisar os dispositivos do CTN que tratam do instituto.

22 Para maiores detalhes, ver comentários de ESPÍNOLA, citados por LEAL, Luíz Antônio da Câmara. *Da prescrição e da decadência*, 4ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1982, p. 81 e 82.

23 BEVILACQUA, Clóvis, *apud* KATAOKA, Eduardo Katemi. Considerações sobre o problema da prescrição em http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/mais_artigos/consideracoes_prescricao.html [20.06.2003].

Preliminarmente, saliente-se que, conforme preceituam ilustres tributaristas[24], a prescrição não se transmuda, não sofre modificação alguma em sua natureza jurídica, quando é observada sob a ótica do Direito Tributário.

Em excelente trabalho, BECKER, escoimado na autoridade de juristas do quilate de BERLIRI e BOBBIO, esclarece:

> "Não existe um legislador tributário distinto e contraponível a um legislador civil ou comercial. Os vários ramos do direito não constituem compartimentos estanques, mas são partes de um **único** sistema jurídico, de modo que qualquer regra jurídica exprimirá sempre uma **única regra** (conceito ou categoria ou instituto jurídico) válida para a **totalidade** daquele **único** sistema jurídico" (grifos do autor)[25].

Especificamente, BERLIRI recomenda que se abandone em definitivo o costume de se conceber um legislador tributário dotado de linguagem particular, que atribuiria significado diverso a expressões de significado jurídico preciso[26]. Neste sentido, também se manifestou AMARO: "**não se legisla, nem se teoriza, nem se ensina** matéria tributária sem que se tenham presentes **conceitos estruturados noutros ramos da ciência jurídica**"[27] (grifos do autor).

De fato, o Direito Tributário não constitui sistema isolado dos demais. Ao exegeta é defeso ignorar conceitos já consolidados pela Ciência do Direito, como o instituto prescricional, sob pena de atentar contra a unidade do sistema jurídico.

---

24 A exemplo de COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 6ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2001, p. 572. O autor assim se posiciona ao comentar o art. 109 do CTN: "o legislador fiscal não deforma o conteúdo e o alcance dos institutos, conceitos e formas de Direito Privado, podendo apenas atribuir-lhes **efeitos fiscais**" (grifos do autor). No entanto, não coadunamos com o autor em comento ao tempo em que este descreve o fenômeno da prescrição tributária como sendo a geradora de oclusão **do direito** pela não propositura a tempo da ação judicial de cobrança (p. 720).

25 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário,* 3ª ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 123.

26 BERLIRI, Luigi Vittorio, *apud* BECKER, Alfredo Augusto. Obra citada (nota 25), p. 123 e 124.

27 AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro,* 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 9.

4.2. *Normas de interpretação da legislação tributária no Código Tributário Nacional*

As normas contidas no diploma tributário a respeito da interpretação da legislação tributária estão plenamente conformes com o que se disse *supra*.

Particularmente, o art. 110 do CTN proíbe o legislador infraconstitucional de modificar a definição, o conteúdo, e o alcance dos institutos utilizados pela Constituição Federal de 1988 para estabelecer e limitar competências tributárias.

A seu turno, a Constituição Federal, em seu art.146, inciso III, alínea b, fixa a competência da lei complementar para estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, inclusive sobre prescrição e decadência.

Dessa forma, não cabe ao legislador infraconstitucional, dispondo sobre as referidas matérias, alterar-lhes o conceito, o alcance e os efeitos que deles decorrem, não havendo fundamento em se considerar que, em Direito Tributário, prescrição e decadência teriam os mesmos efeitos, igualando o que a Lei Maior dispôs em separado.

Destarte, cabe à lei complementar estipular o prazo e as hipóteses de interrupção e suspensão da prescrição, como bem assinala MORAES[28], mas nunca alterar a essência do instituto.

5. As disposições do Código Tributário Nacional sobre prescrição

A lei tributária prevê, em favor do contribuinte, a exceção da prescrição da pretensão do Fisco de cobrar o crédito tributário, na hipótese de decurso do prazo de cinco anos após a sua constituição, qualificado esse decurso de tempo pela omissão do Fisco no seu exercício da pretensão de cobrança[29]. O art. 174, *caput*, CTN, diz, expressamente: "A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data de sua constituição definitiva".

---

28 MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Direito Tributário*, 2º vol., 3ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2002, p. 471. O referido autor, no entanto, possui posição diversa da defendida no presente trabalho, aproximando-se dos imanentistas: "podemos dizer que o objeto da imediato da prescrição é ação e o objeto mediato é o direito (...) prescrita a ação o direito deixa de existir." (p. 469).

29 SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e Prescrição no Direito Tributário*, 2ª ed. São Paulo : Max Limonad, 2001, p. 217. O autor, no entanto, defende tese oposta à nossa ao afirmar que com a prescrição tem-se "a extinção do direito de ação ou do crédito" (grifo nosso), p. 217.

Melhor seria se nessa proposição normativa o legislador optasse pela expressão "pretensão" em lugar de "ação".

Não basta, entretanto, apenas o transcurso do prazo aludido e a inércia do credor, para que se tenha por caracterizada a prescrição. É necessário que, em não ocorrendo qualquer das hipóteses interruptoras do prazo prescricional (art.174, Parágrafo Único, do CTN), a parte por ela beneficiada a alegue. Por isso, "ainda que o juiz a conheça, não a pode proclamar"[30].

O CTN dispõe, ainda, em seu art.156: "Extinguem o crédito tributário: (...) V- a prescrição e a decadência; (...)". O dispositivo, pela sua absoluta desconformidade com o sistema e, especificamente, com o art. 174, *caput*, CTN, exige um maior esforço por parte do hermeneuta, para que se afastem alguns inconvenientes interpretativos. Em primeiro, no que tange à prescrição, o legislador repetiu o erro dos que pensam ser a morte do direito material uma decorrência lógica do fenecimento da ação de direito processual (imanentistas). Essa é a única explicação que torna plausível a coexistência de duas normas tão dispares (art. 174, *caput* e art. 156, V, CTN). Em segundo, quanto à decadência, ela não pode extinguir o crédito tributário, posto que a sua verificação impede mesmo a sua constituição.

Está claro, portanto, que o sistema deve sempre sobrepor-se às vicissitudes do texto.

5.1. Posições doutrinárias

À divergência do que temos exposto, entretanto, alguns renomados tributaristas afirmam que, em Direito Tributário, a prescrição atinge não só pretensão, mas também o próprio direito do Fisco ao crédito tributário. É esta a lição de MACHADO, em trecho adiante transcrito:

> "O CTN (...) diz expressamente que a prescrição extingue o crédito tributário (art. 156, V). Assim, nos termos do Código, a prescrição não atinge apenas a ação para a cobrança do crédito tributário, **mas o próprio crédito, vale dizer, a relação material tributária.**"[31] (grifos nossos).

30 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada (nota 9), p. 130.

31 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 194. Nesse mesmo sentido: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Obra citada (nota 29), p. 242: "(...) a ocorrência da prescrição extingue o crédito tributário" e CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, 13ª ed. São Paulo : Saraiva, 2000, p. 466: "Com o perecimento do direito à ação de cobrança, perde o credor os meios jurídicos para compelir o sujeito passivo à satisfação do débito. Acontecimento desse jaez esvazia de juridicidade o vínculo obrigacional, que extrapola para o universo das relações morais, éticas etc."

Conclusões desse jaez ganham espaço quando se cogita o Direito Tributário como um ramo de direito estanque, incomunicável com os demais. Resulta daí uma concepção ambígua, e porque não dizer confusa (visto que leva a algumas contradições), do instituto da prescrição.

Note-se, ademais, que MACHADO adota perspectiva diametralmente oposta quando analisa o instituto da prescrição aplicado ao direito do contribuinte de reaver o que pagou indevidamente:

> "Realmente, é pacífica a doutrina no sentido de que **a prescrição não atinge o direito material, mas somente a ação que o protege**. E, sendo assim, o dever jurídico de devolver o que foi pago indevidamente, uma vez consumada a prescrição (da ação repetitória), subsiste, embora sem a proteção do direito processual, porque pereceu o direito de ação, mas protegido pelo direito moral, **tanto que quem paga dívida prescrita** (prescrição da pretensão do Fisco) **não tem o direito à repetição do que pagou.**"[32] (grifos e observações entre parênteses nossos).

Seguindo o raciocínio do autor, nessa passagem, deduz-se que a prescrição, em Direito Tributário, não atinge a obrigação material tributária em si, subsistindo a mesma após decorrido o prazo prescricional, "tanto que quem paga dívida prescrita não tem o direito à repetição do que pagou".

Enfatize-se que MACHADO é um dos defensores de que a prescrição atinge a própria relação material tributária – evidente contradição, portanto.

É mister que se explicite, a título de contraponto, a posição – concordante com a nossa – de AMARO, para quem a dívida prescrita, quando paga voluntariamente pelo devedor, não enseja pedido de restituição, com base no que dispõe a legislação civil[33].

Nesse diapasão, há que se entender a prescrição como "mera faculdade da parte a quem sua alegação aproveita" que pode ser exercida ou não, e que se concretiza, não "diretamente por força de lei, mas sim mediante o exercício de uma faculdade legalmente conferida à parte"[34].

---

32 MACHADO, Hugo de Brito. Obra citada (nota 32), p.180.

33 AMARO, Luciano. Obra citada (nota 27), p. 386. No mesmo sentido: HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*, 9ª ed. São Paulo : Atlas, 2002, p. 446, nota de rodapé n.º 31: "O pagamento de dívida prescrita não enseja repetição, porque prescrição não é causa de extinção de direito".

34 AMARO, Luciano. Obra citada (nota 27), p. 386.

É a prescrição, dessa forma, renunciável e argüida apenas pelo interessado[35], não podendo ser decretada de ofício pelo juiz[36].

5.2. A divergência jurisprudencial

A exemplo do que ocorre na seara doutrinária, a jurisprudência também não se posiciona uniformemente quanto à possibilidade ou impossibilidade jurídica de pronúncia *ex officio* da prescrição tributária.

Em favor da pronunciabilidade, julga a maioria das Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, as quais se orientam, em geral, da seguinte forma:

> "EMENTA – Direito Tributário – Executivo Fiscal – Processo paralisado por mais de cinco (05) anos por inércia da Fazenda Pública – Angularidade Processual não efetivada – Decretação "ex officio" da Prescrição Tributária – Supremacia dos arts.156 e, inciso v e art.174 do CTN como normas complementares à Constituição Federal de 1988, em face de seu (delas) recepcionamento como tal, à luz do art.146, inciso III, letra b – Extinção do Crédito Fiscal, bem como da Obrigação Tributária – Reexame Necessário provido à unanimidade, prejudicado o voluntário" (**Ap. Cível n.º 67.785-4, Apte: Estado de Pernambuco, Apdo: Com. Pierre Ltda. Quarta Câmara Cível – TJ-PE**)[37].

Decisões como esta olvidam as determinações expressas de dispositivos do ordenamento jurídico pátrio, quais sejam, os artigos 219, § 5º do CPC e 194 do CC (correspondente ao art.166 no CC de 1916) os quais prescrevem que ao juiz é defeso conhecer de ofício a prescrição.

Ferem igualmente os artigos 128 do CPC e 193 do CC, estabelecendo este último que a prescrição deve ser alegada pela parte a quem aproveita, proibindo o primeiro ao juiz "conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte"[38].

---

35 HARADA, Kiyoshi. Obra citada (nota 34), p. 446.

36 AMARO, Luciano. Obra citada (nota 27), p. 385.

37 Nesse mesmo sentido: Ap. Cíveis n.º 53.256-9 (Primeira Câmara Cível), n.º 92.924-0 e n.º 57.450-3 (Segunda Câmara), Emb. Infring. n.º 45.857-1/01 (Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis) e n.º 54.032-3/01 (Segundo Grupo de Câmaras Cíveis), todos os julgados do TJ-PE.

38 Essa jurisprudência se equívoca por considerarar que a prescrição tributária extingue o crédito tributário ou a própria relação jurídica material. Alega-se, ademais, que os referidos dispositivos não se aplicam ao direito tributário, visto que, diante da suposta incompatibilidade entre o CTN e aqueles, o CTN deve prevalecer, uma vez que foi recepcionado pela Lei Maior como Lei Complementar, sendo o CPC legislação ordinária.

Eis o centro das problemática proposta: transcorrido o lapso temporal, conjugado à inércia da parte credora (vedado prejuízo desta pela demora imputável ao serviço judiciário *ex vi* do art. 219, § 2º do CPC), o juiz não pode extinguir o feito executivo com base na prescrição tributária, sob pena de descumprir os dispositivos mencionados e ferir gravemente o próprio instituto da prescrição.

Há decisões, contudo, inclusive do próprio Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, no sentido de que não é possível a pronúncia de ofício pelo juiz da prescrição tributária. Vale citar o seguinte trecho:

> "(...) Não bastasse a clareza meridiana com que o CTN distingue as situações de decadência e prescrição, e de obrigação tributária e crédito, também é inadmissível a decretação, de ofício, da prescrição tão só pelo fato da ausência da citação. (...)" **(Ap. Cível n.º 94.189-9, Apte: Estado de Pernambuco, Apdo: Nordeste Tecidos Ltda, DJ: 08/05/2003. Segunda Câmara Cível – TJ-PE)**[39].

6. Conclusões

Do todo o exposto no presente estudo, infere-se a necessidade de se observar, em sede também de Direito Tributário, o conceito do instituto da prescrição firmado pela *Jurisprudentia*, bem como os dispositivos da legislação pátria atinentes ao assunto, privilegiando-se, assim, uma visão sistemática do ordenamento jurídico.

É cediço que a prescrição nada extingue. Tão somente encobre a eficácia da pretensão. Constitui-se em exceção e, portanto, cabe à parte por ela beneficiada alegar. Este conceito não se desfigura na hipótese da prescrição se verificar na seara tributária, como defendem alguns doutrinadores e parte da jurisprudência, ao se posicionarem pela possibilidade jurídica de sua pronúncia de ofício pelo juiz.

[39] Neste sentido, temos também as seguintes decisões do TJ-PE, que mostram a divergência ensejadora do incidente de uniformização já mencionado na primeira nota: Ap. Cíveis n.º 17.395-5, DJ:19/10/1995 e n.º 31.639-4 (Quarta Câmara Cível). Na esteira do mesmo entendimento aqui defendido, a jurisprudência dominante no STJ: Edcl no AgRg no Resp n.º 240.975-PE, 1ª Turma, DJU de 18.02.2002; RESP n.º 206218, 2ª Turma, DJU de 04.09.2000; RESP n.º 149.767/MG, 1ª Turma, DJU de 08.03.2000; RESP n.º 235.286/SP, 2ª Turma, DJU de 12.08.2002; RESP n.º 327.268/PE julgado em 12.03.2003; RESP n.º 331.493/PE, 2ª Turma, DJU de 18.02.2002.

As opiniões discordantes não apenas maculam o conceito de prescrição e os dispositivos de lei federal já citados, como também agridem o princípio da inércia do juízo, corolário do princípio da imparcialidade.

Finalmente, merece a lembrança de que a prescrição não tem por fundamento a proteção do devedor. Se há a certeza da existência jurídica do débito tributário, a sociedade não merece ser privada dos recursos que financiam os serviços públicos de que se serve.

7. Bibliografia

Livros:

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro,* 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário,* 3ª ed. São Paulo: Lejus, 1998.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, parte geral, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*, 9ªed. São Paulo: Atlas, 2002.

LEAL, Luíz Antônio da Câmara. *Da prescrição e da decadência*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, 21ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2001.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Direito Tributário,* 2º vol., 3ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2002.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. I, 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*, tomo 1. Campinas: Bookseller, 1998.

_____. *Tratado de Direito Privado*, tomo 6. Campinas : Bookseller, 2000.

POTHIER. *Tratado das Obrigações*. Campinas: Servanda, 2001.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*, vol. I. Campinas: Bookseller, 1999.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e Prescrição no Direito Tributário*, 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

Artigo:

KATAOKA, Eduardo Katemi. Considerações sobre o problema da prescrição em http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/mais_artigos/consideracoes_prescricao.html [20.06.2003].

UFPE/CCJ - BIBLIOTECA
ORIGEM: Doação
R$: 21,00

Inv. 12015

NÃO PODE SAIR
DA BIBLIOTECA

conciliação entre a liberdade religiosa e a tutela da saúde pública. Em seguida, encontro um notável trabalho sobre a efetividade do princípio constitucional da função social da propriedade de autoria de Bruno Rodrigues Arruda e Silva. No âmbito do Direito Internacional e mais especificamente sobre os direitos da pessoa humana, Rodrigo Albuquerque examina os efeitos do Pacto de San José da Costa Rica sobre a figura da prisão civil, tese essa que examina, inclusive a persistência da condição de depositários infiéis de adquirentes de bens alienados fiduciariamente, com base no Decreto-Lei nº 911/69, no exclusivo interesse das instituições financeiras. No âmbito do Direito Tributário, aspectos da prescrição tributária e de seu reconhecimento são abordados por Felipe de Vasconcelos. A área trabalhista está representada por dois bons artigos, um de Diana Pinheiro, dissecando o tema das fraudes decorrentes da preferência do crédito trabalhista, e outro de Luis Bernardo Delgado sobre o Direito do Trabalhador à saúde. No âmbito do Direito penal e processual penal, há três trabalhos sobre relevantes e atuais temas, todos com cuidadosas abordagens. O de Carolina Souza Malta, que enfrenta a conflituosa questão da extensão da prerrogativa de foro em razão da função à ação de improbidade administrativa, o de Carolina Coelho Nunes, sobre a admissibilidade de provas ilícitas, e o de José Soares, sobre o conflito entre o art.2º. da Lei nº 10.259/01 e o art.61, da Lei nº 9.099/95.

Fecham, os editores, a Revista com duas contribuições notáveis de ex-alunos da casa. O texto de Venceslau Tavares da Costa, jornalista de grande destaque no Estado, sobre os "150 anos da Faculdade de Direito do Recife", e a "Carta Aberta a Tobias Barreto" de autoria de um dos mais brilhantes magistrados da Justiça Pernambucana, cuja atuação conheci de perto e que serve como um paradigma de independência, honradez e inteligência para os que pretendem seguir na vida como Juízes.

Destaco ainda a capa, com artística foto do Histórico Relógio, por Leonardo de Medeiros Fernandes, acompanhada de elucidativo texto, que demonstra que os nossos estudantes têm também uma aguçada sensibilidade que vai muito além do meramente jurídico. A Escola persiste na tradição de produzir grandes artistas partindo de Castro Alves, Alceu Valença e Alexandre da Maia.

A REVISTA é para mim um motivo de grande e sincera alegria. Após vinte e sete anos de magistério, vejo que o sonho daqueles que fizeram a Faculdade de Direito do Recife continua vivo. A chama idealista que sempre a motivou continua acesa. Estão de parabéns os editores, os autores e nós, leitores.

Doutor Francisco de Queiroz B Cavalcanti
Professor Titular de Direito Administrativo
da Faculdade de Direito do Recife

EDIÇÕES
BAGAÇO