

# ESTUDANTES CADERNO ACADÊMICO

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



1997

170 ANOS DA CRIAÇÃO DOS CURSOS JURÍDICOS NO BRASIL

105  
2



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 1 - Número 2  
Julho / Dezembro de 1997

NÃO PODE SAIR  
DA BIBLIOTECA

1997

170 anos da criação dos cursos jurídicos no Brasil

ESTADO UNIDO DE AMERICA

# ESTADANTE

## CALVINO ALVARADO

ESTADO UNIDO DE AMERICA

Estudantes - Caderno Acadêmico V. 1 - N 2  
Recife, Diretório Acadêmico Demócrito de Souza Filho e  
Núcleo de Estudos Acadêmicos.

1. Direito - Periódicos  
340.05

ENTIDADES MANTENEDORAS

DIRETÓRIO ACADÊMICO DEMÓCRITO DE SOUZA FILHO

Diretoria

- Evandro Carvalho - Presidente  
 Manoel França - 1º Vice Presidente  
 Luciana Félix - 2º Vice Presidente  
 Raul Cunha - Secretário Geral  
 Hugo Sarubbi - 1º Secretário  
 Márcio Stefanni - 2º Secretário  
 Fabiana Belli - Secretária Administrativa  
 André Meira - Secretário Acadêmico  
 Gilson Cunha - Secretário de Pesq. e Extensão  
 Kilma Cavalcanti - Tesoureira  
 Guilherme de Mendonça - Vice Tesoureiro

Representação Estudantil

- Ricardo Souto - Conselho Departamental  
 Liliâne Asfora - I Departamento  
 Gustavo Cunha - II Departamento  
 Gabriela de Moura - III Departamento

Departamento de Pesquisas Históricas

- André Melo  
 Davi Dantas  
 Leônio José da Silva  
 Luís Fernando  
 Aristóteles Câmara

NÚCLEO DE ESTUDOS ACADÊMICOS

Diretoria

- George Rodrigo Bandeira Galindo - Presidente  
 Marcos André Couto Santos - Secretário  
 Fernando José Carneiro - Tesoureiro

Ac. 208760  
 8m.11  
 8926093

**CONSELHO DIRETOR**

Acad. Gilson Sales de Albuquerque Cunha  
Acad. Francisco Antônio de Barros e Silva Neto  
Acad. André Melo Gomes Pereira

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*

**Livraria**

*Americana*

“A sua melhor e mais inteligente opção”

“06 anos crescendo e torcendo  
junto com os futuros grandes juristas”

**IVAN**

Um amigo atendendo suas solicitações.

**Sala do DA - FDR**

## CONSELHO EDITORIAL

**Anamaria Campos Tôres**

Professora de Direito Processual Penal da FDR / UFPE

**Gentil de Carvalho Mendonça Filho**

Professor de Direito do Trabalho da FDR / UFPE

**João Maurício Leitão Adeodato**

Professor de Introdução ao Estudo do Direito da FDR / UFPE  
Professor de Filosofia do Direito da Pós-graduação da FDR / UFPE

**José de Moura Rocha**

Professor de Teoria Geral do Processo da Pós-graduação da FDR / UFPE

**José Gláucio Veiga**

Professor de Direito Econômico 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

**Nilzardo Carneiro Leão**

Professor de Direito Processual Penal da Pós-graduação da FDR / UFPE

**Raimundo Juliano Rêgo**

Professor de Teoria Geral do Estado da FDR / UFPE  
Professor da Pós-graduação em Ciências Políticas da UFPE

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

**Edital n. 03/97**

O Conselho Diretor da Estudantes - Caderno Acadêmico faz saber que se encontra aberto o prazo para recebimento de Trabalhos para publicação neste periódico.

Os Trabalhos deverão ser entregues até 05 de novembro de 1997 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/n - Faculdade de Direito do Recife - Sala do DADSF - Recife - PE*".

A ESTUDANTES - CADERNO ACADÊMICO destina-se à publicação de trabalhos científicos (jurídicos e áreas afins) e artístico-literários (poesia, conto e crônica) de autoria de alunos da graduação.

1. Os trabalhos científicos devem conter entre duas e quinze laudas de cinqüenta linhas de sessenta e cinco toques (fonte Century Gothic - tamanho 10).
2. Notas, referências e bibliografia devem vir ao pé da página. Notas e referências, sendo o caso, devem vir devidamente numeradas.
3. Os Trabalhos artístico-literários devem conter entre uma e dez laudas (seguindo o mesmo padrão do item 2.)
4. Os originais devem ser encaminhados ao Conselho Diretor digitados em duas vias (acompanhado do respectivo disquete).
5. Na primeira página deve constar informação sucinta sobre formação e vinculação institucional do autor.

*Gilson Sales de Albuquerque Cunha*

Editor Júnior

## SUMÁRIO

Apresentação (8)

Cartas (9)

Trabalhos Científicos

Os Resultados Morte e Lesão Corporal de Natureza Grave no Crime de Rixa. (12)

Francisco Antônio de Barros e Silva Neto

Direito Comunitário: A União Européia como Modelo Institucional para o Mercosul. (26)

Evandro Menezes de Carvalho

Notas Introdutórias ao Federalismo. (34)

Marcos André Couto Santos

Do Mandado de Segurança. (53)

Roberto Costa Rodrigues

Simone Fernandes de Luna

A Internacionalização do Direito Constitucional e os Princípios Fundamentais que Regem as Relações Exteriores do Brasil. (77)

George Rodrigo Bandeira Galindo

Falecimento de Sócio na Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. (93)

Ricardo Cavalcante Barroso

O Direito de Imagem do Preso Provisório. (109)

Francisco Antônio de Barros e Silva

Larissa de Góes Cavalcanti Rosa

Maria Cristina Souza Leão de Castro

Colaboração

A Monografia. (129)

Valdir S. Fernando

A Democracia como campo de luta. (141)

Nelson Juliano Cardoso Matos

## APRESENTAÇÃO

A ESTUDANTES - CADERNO ACADÊMICO apresenta à comunidade acadêmica o seu segundo número no ano de 1997.

Muito mais do que iniciar a sua publicação, a revista tem como objetivo a sua continuidade nesta Catedral Jurídica que se chama Faculdade de Direito do Recife. Casa da ciência, a qual, conforme lição do mestre Tobias Barreto em seu concurso, "é o estudo do que passa". Dizia isto Tobias, opondo-se a Platão que afirmava ser a Ciência: "o estudo do que não passa".

É exatamente este desafio deste periódico de divulgação científico-literário dos estudantes da FDR: existir nas pessoas que passam, mas não passar nas que ficam III

Ao DADSF, ao NEA, ao Prof. Sady Torres, à Prof<sup>a</sup>. Regina Rosa e Silva nossos cordiais agradecimentos.

Ao Bel. Nelson Matos, orador oficial da Turma 170 Anos de Direito, Tradição e Liberdade, que nos deixou este importante legado, aos ilustres membros do nosso colendo Conselho Editorial, à Biblioteca da nossa Faculdade e a todos que auxiliaram a realização desta obra, nossa gratidão.

Por fim, dedicamos esta obra ao saudoso Prof. Ricardo Costa Pinto e voltamos a agradecer aos estudantes desta Casa, os quais através da Revista não apenas demonstram os seus conhecimentos, mas os colocam em discussão no meio acadêmico. Confirmam, hoje, a última oração de Clóvis Bevilaqua na sua, na nossa Faculdade: "a tradição da casa é o culto do Direito pela investigação científica."

André Melo  
Membro do Conselho Diretor

## CARTAS

Difícilmente poderia ocorrer, na Faculdade de Direito do Recife, iniciativa mais oportuna. “Estudantes - Caderno Acadêmico” surge como numa afirmação de fidelidade à tradição cultural da nossa Escola. E claramente evidencia o grau de maturidade intelectual de nossos alunos, participantes entusiasmados do processo de restauração institucional da Faculdade, no qual todos nós - professores, alunos funcionários - estamos empenhados. É oportuna também esta iniciativa porque testemunha a preocupação dos estudantes com o destino da instituição a que todos servimos.

Ainda ressoam entre nós os ecos das comemorações dos cinquenta anos da UFPE e já se antecipa a alvorada dos 170 anos de fundação dos Cursos Jurídicos a onze de agosto. A presença da classe estudantil através de sua revista é uma comemoração pensante. Está de parabéns portanto pela iniciativa.

José Souto Maior Borges  
Diretor da Faculdade de Direito do Recife



Nos da pos-graduacao em Direito/Mestrado e Doutorado  
cumprimentamos edicao excelente revista. Parabens. Continuem

João Maurício Leitão Adeodato  
Professor Titular de Introdução ao Estudo do Direito  
da Faculdade de Direito do Recife  
Coordenador da Pós-Graduação em Direito da UFPE



De parabéns os alunos da Faculdade Direito do Recife e, de maneira mui especial os que pensaram, trabalharam e realizaram "ESTUDANTES - CADERNO ACADÊMICO". De parabéns todos os alunos, dissemos. Na verdade, direta ou indiretamente, "todos" são responsáveis pelo futura desta Faculdade de Direito.

No começo do nosso século a Faculdade abrigou em seu seio "A CULTURA ACADÊMICA" onde encontramos como nota de redação: "A 'Cultura Acadêmica' tem as suas colunas franqueadas a todas as manifestações do saber dos produtos intelectuais da Faculdade de Direito do Recife...". Cumpriu a sua nobre missão.

Ao fim do século surge esta revista - "ESTUDANTES - CADERNO ACADÊMICO". "Destina-se à publicação de trabalhos científicos (jurídicos e áreas comuns) e artístico-literários (poesia, conto e crônica) de alunos da graduação" conforme proclamação do edital 02/97 do seu Conselho Diretor. Este primeiro número (Janeiro/Julho de 1997) é, por si mesmo, garantia de que cumprirá a sua nobre missão; encerrará o século (coincidentemente, o milênio) na luta para que a nossa Faculdade de Direito tenha garantido o seu glorioso lugar ao sol.

Deus os proteja nesta missão.

Mais uma vez parabéns a vocês.

José de Moura Rocha  
Professor Catedrático de Direito Processual Civil  
da Faculdade de Direito do Recife



Ao Presidente do Núcleo de Estudos Acadêmicos  
Senhor Presidente,  
Parabenizo Vossa Senhoria pelo lançamento do periódico  
"ESTUDANTES - CADERNO ACADÊMICO".

Na oportunidade, peço desculpas pela impossibilidade de comparecer  
ao evento, face a compromisso assumido anteriormente.

Cordiais Saudações

Geraldo Apoliano  
Juiz do Tribunal Regional Federal da 5ª. Região

Impossibilitado participar do lançamento do Periodico de Divulgacao Cientifico espaco literario dos estadantes da Faculdade de Direito do Recife. Agradeço a gentileza do convite congratulo-me pela feliz iniciativa, ao mesmo tempo em que rogo sucesso ao evento.

Cordialmente

Francisco Falcão  
 Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª. região



Agradeço recebimento convite lançamento periodico. Parabenizo os jovens futuros advogados pela iniciativa que contribuiu para o aprofundamento da discussao academica

Miguel Arraes de Alencar  
 Governador do Estado de Pernambuco



# OS RESULTADOS MORTE E LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE NO CRIME DE RIXA

Francisco Antônio de Barros e Silva Neto (Aluno da Graduação em Direito da UFPE)

## sumário

Noções gerais. Breve análise dos elementos conceituais. Considerações sobre a rixa qualificada. Responsabilidade penal da vítima de lesão corporal de natureza grave. Enquadramento penal do homicida ou responsável pela lesão corporal de natureza grave. A rixa e a legítima defesa.

### I - Noções gerais

Rixa, popularmente considerando, é o tumulto, é a confusão. Semanticamente, há entendimentos de que deriva do sânscrito *riz* (cortar), que teria influenciado o latim *rincor*, *rictus* (o ranger dos dentes) e o grego *erizo* (discuto, rivalizo); contrariamente, alguns entendem que deriva do grego *regnume* (romper).<sup>1</sup>

Embora sua ascensão a tipo autônomo seja relativamente recente, há menções à rixa em textos antíquíssimos, como o Código de Hamurabi (que prescreve "se alguém golpear outro em uma rixa ou lhe provocar uma ferida, deverá jurar: não o feri com vontade, e deverá pagar o médico") e o Êxodo (XXI, 22/25: "se um homem de rixa ferir uma mulher grávida..."; XXI, 18/19: "se dois homens se atacam em rixa e um deles fere o outro...").<sup>2</sup> É conhecido, também, o texto da mitologia grega segundo o qual Etéocles e Polynices já rixavam no ventre materno (Sete contra Tebas).

Em Roma, existiam, quanto à rixa, duas correntes divergentes: a primeira, expressa em um texto do jurisconsulto Paulo, isentava de pena todos os contendores quando não fosse conhecido o autor da lesão, a fim de não se punir excessivamente os que não desferiram o golpe mortal; a segunda, expressa no fragmento 3º da lei *Item Mela*,

aplicava a solução antagônica, punindo-se a todos com uma pena extraordinária, pouco menor que a do homicídio ou das lesões.

A solução apresentada pela *Item Mela* corresponde ao que os teóricos denominam sistema da solidariedade absoluta, punindo-se a todos com uma pena extraordinária, próxima da pena do homicídio ou das lesões corporais. Esta solução também foi adotada durante a Idade Média, embora a frequência de homicídios ocorridos durante rixas tenha levado o papa Clemente XII a sancionar seus provocadores mais rigorosamente, aplicando em relação a estes a pena ordinária do homicídio ou das lesões.<sup>3</sup>

Sob a influência da doutrina, que rejeitava as excessivas penas infligidas aos rixosos, várias legislações adotaram o sistema da cumplicidade correspectiva, uma transação de responsabilidade e de prova, através da qual se estabelecia um "meio termo entre a autoria e a cumplicidade".<sup>4</sup> Neste sistema a pena era determinada para todos, sendo mais leve que a antiga. Como exemplo, temos o Código de Zanardelli (Código Italiano de 1889), que inspirou diversas legislações estrangeiras, inclusive o projeto Vieira de Araújo (1897).

Atualmente, a maioria das legislações segue o sistema da autonomia, prevendo a rixa como crime autônomo, fundamentado na situação de perigo estabelecida, e prescrevendo uma forma qualificada para os casos de morte ou lesão corporal. O Código Penal pátrio, inspirado no estatuto italiano (art. 588), adere a esta corrente, prescrevendo:

"Art. 137. Participar de rixa, salvo para separar os contendores:

Pena - detenção, de 15 dias a dois meses, ou multa.

Parágrafo Único. Se ocorre morte ou lesão corporal de natureza grave, aplica-se, pelo simples fato da participação na rixa, a pena de detenção, de seis meses a dois anos."

Com a ascensão da figura a tipo autônomo, atribui-se uma nova *ratio essendi*: a exposição a perigo de vários bens jurídicos (integridade corporal, vida), entendida como a probabilidade de um dano materialmente considerado. Contudo, nitidamente na rixa qualificada, permanece intrínseca à figura delituosa a impossibilidade ou a extrema dificuldade em se apurar as condutas individuais de cada rixoso, característica do tumulto, de modo que há a contraposição da punição com a indeterminação ou ausência de provas dos causadores diretos dos resultados lesivos.

A solução apontada pelo Código foi a punição pela simples participação na rixa, independentemente da conduta individual de cada sujeito, que deve ser observada apenas na dosimetria da pena.

A participação da rixa engloba dois elementos distintos, um elemento subjetivo e um elemento objetivo. Objetivamente, é necessária a contribuição causal, isto é, o agente deve contribuir materialmente para o início ou desenvolvimento da contenda, suas ações devem se direcionar às vias de fato ou à violência material contra os demais rixosos. Alguns autores acrescentam que a participação moral, através de instigação, induzimento etc., a despeito de ser uma participação acessória, deve ser punida diretamente pelo crime de rixa, sem a combinação com as normas referentes ao concurso de pessoas;<sup>5</sup> Heleno Fragoso, embora sem alterar a perspectiva prática, distingue a participação na rixa (conduta direta) e a participação no crime de rixa (participação acessória).<sup>6</sup>

Subjetivamente, é necessário o dolo específico ou elemento subjetivo do tipo, no caso, o *animus rixandi*, razão pela qual o Código expressamente exclui a responsabilidade do agente que participa da rixa para apartar os contendores.

## II - Breve análise dos elementos conceituais

A doutrina ainda não chegou a uma definição unânime do crime de rixa, divergindo quanto à essencialidade de vários elementos. Flávio Queiroz de Moraes estabelece três elementos principais: a subitaneidade, o número mínimo de pessoas e a situação de perigo, decorrente da confusão e dos meios empregados<sup>7</sup>. Valdir Sznick aponta dois elementos principais, desforço físico e tumulto, e, como elementos acessórios, a subitaneidade, a generalização e "para os que admitem rixa só para mais de duas pessoas, o número mínimo de pessoas"<sup>8</sup>.

Dos autores consultados, a maioria tende a admitir a rixa premeditada, sendo deveras citado Néelson Hungria: "suponha-se, por exemplo, que dois grupos rivais de *foot-ballers* se desafiem para um encontro corpo a corpo, que vem a realizar-se em local e hora marcados de antevéspera. Não se poderia deixar de reconhecer, no caso, o crime de rixa".<sup>9</sup> Basileu Garcia, referindo-se a um exemplo semelhante, acrescenta: "se a figura da rixa não servisse para reprimir esse embate de perigo geral, em que pode suceder não se descubram os autores das lesões sobrevindas, não teria a inovação utilidade alguma".<sup>10</sup> Flávio Queiroz de Moraes, seguindo a linha doutrinária de Carrara, diverge: "quando, tratando-se de inimigos, um encontro é previsto, este é sempre com intenções mais graves e que escapam a noção de rixa, ainda que nesta se cometam às vezes até

crimes de morte. Se outras pessoas intervêm em ocasião da contenda, e há tumulto e o conflito se generaliza, isto ocorrerá por resolução momentânea dos outros participantes, não sendo possível afirmar, nem sequer em tal caso, a existência de um acordo prévio, pois os demais intervenientes, cuja ação veio a caracterizar a rixa, tomaram conhecimento do fato no instante em que começou a se verificar".<sup>11</sup> Não nos parece correta a última posição, uma vez que a rixa pode se caracterizar mesmo sem a presença de terceiros estranhos ao acordo, basta, em tal caso, que durante a contenda integrantes do mesmo grupo se ataquem por engano, por inimizades prévias ou pelo simples fato de, dado o grande número de pessoas, não lhes ser possível se conhecerem uns aos outros.

O número mínimo de participantes, *vexatio quaestio* da rixa, para a maioria dos autores é de três pessoas, incluídos na contagem os inimputáveis que, por ventura, venham a tomar parte na contenda. Na defesa desta tese, os argumentos incidem diretamente na *ratio essendi* do crime. Magalhães Noronha, em relação à contenda de duas pessoas, afirma: "não há como considerá-la rixa, faltando-lhe, além do mais, aquela confusão, celeuma, algazarra etc., que põe em perigo a incolumidade da pessoa e a ordem pública".<sup>12</sup> Maggiore acrescenta que a lei teve necessidade de criar o delito autônomo para os casos de "incerteza da responsabilidade de cada pessoa", punindo as injúrias e lesões advindas da contenda de duas pessoas pelos respectivos crimes de injúria e lesões corporais.<sup>13</sup> Valdir Sznick assume posição diversa, em consonância com Carrara, Manzini, Pannalini, Puglia e Sabatini, argumentando no sentido de que, mesmo sendo imputado cada resultado a seu autor, na prática torna-se difícil se precisar qual dos autores iniciou a contenda, com ambos os autores alegando a legítima defesa e, na maioria das vezes, os Tribunais absolvendo a ambos, campeando a impunidade.<sup>14</sup> Ainda segundo o referido autor, quer se queira, quer não, a rixa "é uma transação entre a maior punição (lesão ou homicídio) e a impunidade total".<sup>15</sup> Acreditamos que a solução apontada por Valdir Sznick, mesmo corroborando para o fim da impunidade, significa uma involução histórica, reimplantando o sistema da cumplicidade correlativa, quando, em sua maioria, as legislações tendem a aboli-lo. Injustiça maior há em punir um inocente que em absolver um culpado, considerando-se as expectativas da sociedade.

A situação de perigo é aceita unanimemente pela doutrina, sendo o fundamento da incriminação. Decorre do risco, da probabilidade de ocorrência de um dano, visível em qualquer situação tumultuária. Conforme Júlio Mirabete, "há a presunção *juris et*

de jure da existência do perigo; decorre este da simples existência material da contenda".<sup>16</sup>

Também não há divergências doutrinárias quanto à imprescindibilidade do desforço físico (vias de fato, violência material), não sendo possível a caracterização da rixa apenas com o confronto verbal. Contudo, não é necessário o contato corporal dos agentes, podendo a rixa se desenvolver a distância, mediante arremesso de objetos, disparos de arma de fogo etc. Em relação ao tumulto, que se confunde com a generalização,<sup>17</sup> a doutrina o aceita sem restrições. Vale salientar que o tumulto liga-se umbilicalmente à indeterminação das condutas individuais, sendo produto do enfeixe destas condutas, o que agiganta sua importância na forma qualificada.

Há, ainda, autores, como Irureta Goyena e Carrara, que destacam como elemento essencial da definição de rixa o motivo que a inspirou, afirmando que só há rixa quando o motivo é de ordem privada.<sup>18</sup> Seguindo-se esta corrente, motivos de ordem pública caracterizariam os crimes de rebelião ou sedição. Flávio de Queiroz Moraes opina em sentido contrário, exemplificando: se dois forasteiros, para cortar caminho, passam por dentro de uma praça, destroçando a grama e as flores, e o povo da cidade decide interpelá-los, resultando desta interpelação uma discussão e em consequência uma violenta briga, não se poderia deixar de incriminar este fato como rixa, em detrimento de o motivo ser essencialmente de ordem pública.<sup>19</sup>

Por fim, há autores que acrescentam a "ação voluntariosa ou espontânea do participante" como requisito de tal delito, a exemplo de José Campos.<sup>20</sup> Tal requisito, a nosso ver, está implícito na legislação, uma vez que, pelo fato de o Código não prever a forma culposa, há implicitamente a necessidade do dolo. A ação culposa não se coaduna com a caracterização do tipo.

### III - Considerações sobre a rixa qualificada

A rixa qualificada corresponde teleologicamente à antiga rixa como ocasião do homicídio ou das lesões corporais. Conforme supra exposto, esta forma qualificada representa a solução encontrada pelo legislador pátrio para imputar os resultados lesão grave e morte àqueles que lhe deram causa, a fim de se superar o problema da indeterminação das condutas individuais. A princípio, cabe afirmar que face ao disposto no Código, não qualificam a rixa a lesão leve nem as tentativas de homicídio ou lesões corporais, nada impedindo, no entanto, que provado seu autor, este seja punido em concurso material com o crime de rixa.

Convém ressaltar que há Códigos, como o suíço, onde os resultados lesão grave morte são elementos constitutivos do tipo, de modo que apenas há punição quando da existência de tais resultados. O Código pátrio, todavia, apresenta estes resultados como condições de maior punibilidade, consumando-se o tipo de rixa tão somente com o simples fato de participar da pugna.

De acordo com o comum, a previsão da forma qualificada se fundamenta nos elementos subjetivo e objetivo. Analisando-se subjetivamente, constata-se que o agente, ao participar de uma rixa, está consciente que dela pode resultar tais resultados, ou, conforme Jimenez de Asúa, "a responsabilidade pelo resultado reside no fato de que a ação principal é uma conduta efetivamente imprudente em relação a ele (...) e de per si uma conduta culpável".<sup>21</sup> Objetivamente, cada agente contribui para o resultado, diminuindo a capacidade de resistência da vítima através de golpes ou, na melhor das hipóteses, participando do tumulto, que desvia sua atenção. Deve haver um nexos causal real entre as condutas dos contendores e o resultado, não há presunção quanto a este. Neste sentido, a razão pertence a Geraldino Rosa dos Santos: "a interferência de policial que, usando de violência arbitrária (art. 322), desfechando tiros desnecessários, fere gravemente ou mata um participante do conflito ou estranho em suas imediações, não tem o condão de qualificar a rixa. Este episódio está divorciado do fato ilícito a que ligam os agentes, é uma cisão do comportamento coletivo dos rixosos e, por isso mesmo, uma demasia ao agravamento de suas penas".<sup>22</sup>

Independente, para a aplicação da rixa qualificada, se a pessoa lesionada gravemente ou morta participava da rixa ou a ela era estranha, basta que tal resultado vincule-se causalmente a esta.

É mister salientar a posição de Euclides Custódio da Silveira: "o resultado funciona como simples condição agravadora, tal qual as demais *accidentalia delicti*, vale dizer: objetivamente".<sup>23</sup> Contudo, parece-nos imprópria a noção alemã de condição objetiva de punibilidade. Sendo a condição objetiva de punibilidade geratriz de um "plus" sancionatório, deve ser abrangida pela ação criminosa em seus aspectos objetivos e subjetivos. Um "plus" sancionatório para advir no sistema pátrio, deve vincular-se, ao menos, em casos da antiga culpa levíssima.

Embora Manzini<sup>24</sup> seja favorável à aplicação da rixa simples, deve-se punir pela rixa qualificada o agente que, tendo participado da contenda, abandonou-a antes da verificação de tal resultado, em virtude de também ter prestado sua colaboração causal. Com efeito, *a contrario sensu*, caso um ou alguns agentes participem da rixa após

a verificação de tais resultados não há o que se falar, em relação a estes, em rixa qualificada, pois em tal caso se inverteria a relação de causa e o efeito. Parece-nos, deste modo, infundada a posição do insigne José Campos: "todos os co-participantes que tiverem tomado parte na rixa, antes ou depois de tais ocorrências, respondem pelo crime de rixa de acordo com o parágrafo único do art. 137, pois que a rixa sempre se apresenta como um fato uno, indivisível".<sup>25</sup>

A doutrina nacional, quase unanimemente, restringe a maior punibilidade apenas aos resultados ocorridos durante a rixa, não a qualificando os verificados após o seu término, ainda que dela conseqüentes. Os autores normalmente afirmam que tais resultados se configurariam em delitos autônomos, pela falta de expressa previsão legal. Em sentido contrário, Heleno Fragoso afirma que o resultado não precisa necessariamente ocorrer durante a rixa, bastando que a ação dirigida ao mesmo tenha sido praticada neste lapso e seguramente possa se determinar a relação de causalidade entre esta e aquele.<sup>26</sup> Parece-nos correta a última opinião, ocorrendo, p. ex., na hipótese de um rixoso ou terceiro ser lesionado (a princípio uma lesão leve) e, pela ação patogênica, dias depois se encontre em perigo de vida (art. 129 §1º II); contudo, deve-se limitar o lapso de tempo entre o fim da contenda e a verificação do resultado a fim de se evitar a instabilidade da relação penal.

#### IV - Responsabilidade penal da vítima de lesão corporal de natureza grave

A primeira divergência doutrinária quanto ao resultado lesão corporal de natureza grave no delito de rixa corresponde à responsabilidade penal da vítima desta lesão, ocorrida durante a refrega. A maioria dos autores defende a indistinta aplicação da rixa qualificada.

Basileu Garcia, seguindo Altavilla, posiciona-se pela aplicação da rixa simples, pois do contrário resultaria considerar a vítima sujeito ativo e passivo a um só tempo.<sup>27</sup>

Os autores que defendem a aplicação da rixa qualificada, como o eminente Nélson Hungria, argumentam no sentido de punir o agente não pelo mal que sofreu, mas por ter tomado parte na rixa, cuja situação de perigo é deveras maior, conforme a própria lesão sofrida pelo agente indica.<sup>28</sup> Damásio de Jesus, entre outros, acrescentam que a lei não distingue o rixoso ferido gravemente e os demais rixosos ao fixar a pena, de modo que não cabe ao intérprete distinguir o que a lei não distingue.<sup>29</sup> O desembargador Custódio da

Silveira rejeita a tese de Basileu Garcia, considerando que todos os contendores são, a um só tempo, sujeito ativo e passivo.<sup>30</sup> É comum se mencionar a opinião de Hafter: "de mais a mais, incorrem na pena todos os participantes, mesmo aqueles que hajam sofrido ferimentos... Deixar impune o ofendido, por espírito de compaixão ou porque já teria sido suficientemente punido com a lesão sofrida, não depara fundamento bastante. Teria sido ele, talvez, o iniciador da rixa ou o pior dos co-rixantes".<sup>31</sup>

Parece-nos mais própria a solução de Basileu Garcia, não por um sentimento humanitário, que, se aplicado indistintamente, acarretaria injustas vantagens aos criminosos; mas por motivos de ordem lógica e jurídica.

Em princípio, convém ressaltar que a qualificadora da rixa independe do fato de o agente ter iniciado a rixa ou ser o pior dos co-rixosos, como propugnado por Hafter. Tais fatos devem ser analisados pelo juiz da questão quando da fixação da pena-base, como circunstâncias judiciais. Além disto, o "talvez" é irrelevante no Direito Penal, apenas fatos comprovados ou legalmente presumidos possuem força incriminatória.

O delito de rixa, por ser um crime de concurso necessário, imprescinde de um mínimo de três participantes, como supra exposto, sendo, de fato, todos os rixosos sujeitos ativos e passivos concomitantemente. Todavia, todos são sujeitos ativos e passivos reciprocamente, em conformidade com o exposto por Damásio de Jesus: "assim, se três pessoas se envolvem em uma luta desordenada, A é sujeito ativo em relação a B e C, que funcionam como sujeitos passivos; B é sujeito ativo em relação a A e C, sujeitos passivos, e assim por diante".<sup>32</sup> O fato de serem sujeitos ativos e passivos recíproca e concomitantemente não forma, face ao exposto, qualquer óbice aos argumentos do mestre Basileu.

Quanto à restrição imposta ao intérprete em não distinguir o que a lei não distingue (*ubi lex non distinguit, nec interpres distinguere potest*), levantamos uma hipótese: no desenvolver de uma rixa, um dos participantes mata o cão de outro rixoso, a fim de provocá-lo. Ora, o Código Penal vigente, em seu art. 137, parágrafo único, prescreve apenas "se ocorre morte", em nenhum momento especificando que se trata da morte de alguém, como expresso no art. 121. Uma interpretação gramatical da referida lei implicaria qualificar esta hipotética rixa, o que repugna a qualquer consciência jurídica. Não se pode interpretar corretamente uma norma limitando-se apenas à interpretação gramatical, é necessário analisá-la lógica e sistematicamente. Um dos princípios que integram o sistema jurídico-

penal é a impossibilidade de um mesmo agente ser sujeito ativo e passivo de um delito, de modo que, com base na interrelação deste e dos demais princípios com as normas positivadas, pode-se considerar implícita na própria lei aquela solução.

Mesmo que a *ratio essendi* da rixa seja a repressão à situação de perigo criada pelos rixosos, há, ainda mais proeminentemente na rixa qualificada, o fator tumulto: é extremamente difícil ou mesmo impossível, provar que, no contexto rixoso, A feriu gravemente ou matou B, motivo pelo qual se pune a todos pela contribuição causal que forneceram. Ao se analisar a participação da vítima, surge óbvio que esta também forneceu sua participação causal para a contenda, devendo responder pela rixa (simples); contudo, mesmo que seus atos tenham contribuído para o fatídico resultado, a lei não pune a autolesão, salvo quando efetivada com a intenção de prejudicar terceiros, como uma companhia seguradora ou o próprio Estado (fraude ao serviço militar), o que em nenhum momento se verifica.

V - Enquadramento penal do homicida ou responsável pela lesão corporal de natureza grave

Não menos discutido na doutrina é o enquadramento penal do responsável ou responsáveis diretos pelo resultado morte ou lesões corporais de natureza grave. A princípio, vale salientar, esta hipótese apenas é aplicável quando além de determinada a autoria de tais resultados, esta autoria é suficientemente provada, o que constitui evento raro na prática.

Com relação aos resultados morte ou lesões corporais graves, Basileu Garcia, acatando a posição de Altavilla, defende o enquadramento dos responsáveis diretos pelas lesões ou morte apenas nos crimes de lesões corporais ou homicídio, respectivamente. Fundamenta-se na existência de um delito progressivo, ou seja, "a atividade criminosa caminha por etapas, a última das quais, pela sua culminante gravidade, absorve, na punição cabível, as precedentes".<sup>33</sup> Em detrimento desta argumentação, Euclides Custódio da Silveira afirma que, na hipótese, não há que se falar de crime progressivo, por não ser a rixa elementar dos crimes de homicídio ou lesões corporais, não sendo sequer um caso de progressão criminosa, uma vez que o delito de perigo é de tal importância que não pode ser suplantado pela lesão ou morte.<sup>34</sup>

A maioria dos autores consultados defende o concurso material da rixa qualificada com o crime de homicídio ou lesões corporais, conforme o caso. Geraldino Rosa dos Santos argumenta: "há um

perfeito desdobramento volitivo do agente - integrar-se na ação conjunta de produção do perigo decorrente da rixa em si mesma e a causação independente do resultado que implicar em sua cumulativa sanção".<sup>35</sup> Alguns autores citam a Exposição de Motivos, item 48: "a participação na rixa é punida independentemente das conseqüências desta. (...) A pena cominada à rixa em si mesma é aplicável separadamente da pena aplicável ao resultado lesivo (homicídio ou lesão corporal), mas serão ambas aplicadas cumulativamente (como no caso do concurso material) em relação aos contendores que concorrerem para a produção do resultado".

Em sentido contrário, Vannini propugna: "cremos que o aumento de pena pela participação na rixa (*ne bis in idem*) se refere unicamente àquelas pessoas sobre as quais não pesa uma responsabilidade pelo delito de homicídio ou de lesões cometidos em ocasião da rixa, ou sobre os quais não pesa uma responsabilidade por todos os delitos de homicídio ou de lesões dependentes da rixa, não nos demais casos".<sup>36</sup>

A solução apresentada por Vannini se infere de maior veracidade, pois, em razão do "desdobramento volitivo", pode-se distinguir dois gêneros de atos: aqueles voltados para o resultado de dano e aqueles não dirigidos a este fim. Os primeiros, devido à unidade de desígnio, tornam-se apenas uma ação, sendo esta punida pelo crime de lesões ou morte; os segundos, por contribuírem para a situação de perigo, são punidos pela rixa simples. Uma vez que não há uma terceira categoria de atos (pelo princípio do terceiro excluído não se admite que algo "seja" e "não seja" ao mesmo tempo), a punição a título de rixa qualificada implicaria em subsumir a série de atos destinados ao resultado danoso em duas normas diversas, caracterizando o *bis in idem*.

Cabe, ainda, advertir que a Exposição de Motivos não é dotada de força cogente, não vincula os aplicadores da norma. Limita-se, desta forma, a um valioso recurso interpretativo que, mesmo assim, não pode se contrapor à lógica jurídica e aos princípios gerais do Direito Penal, sob pena de criar situações injustas quando objetiva o oposto.

É necessário, por fim, expor os argumentos de Flávio Moraes, para quem "é comum que se castigue um fato e concomitantemente se agrave, em virtude dele, a pena estabelecida para outra infração".<sup>37</sup> Nossa humilde opinião é no sentido de se criticar estas outras deturpações penais, como injustiças que são, e não utilizar tais fatos para multiplicar as situações corrigíveis.

## VI - A rixa e a legítima defesa

Os autores consultados, pacificamente, admitem a justificativa da legítima defesa no delito de rixa, para aquelas pessoas que não puderam fugir da contenda, sendo estranhos a ela. Não seria justo que, apenas por tentar garantir a própria integridade e/ou a integridade de terceiros, estas pessoas fossem punidas, pois não praticaram nenhum fato antijurídico, salvo se excederem os limites da legítima defesa (meios e modo necessários), quando, em verdade, estariam participando da rixa e se sujeitando à punição. Há, entretanto, divergências quanto à aceitabilidade do tipo permissivo em relação aos contendores.

É sensível a influência de Manzini sobre os tratadistas nacionais, no sentido de aceitarem a exclusão da ilicitude, sendo deveras mencionado o exemplo que fornece: "se dois indivíduos lutam a socos e, num dado momento, um deles empunha o cutelo, o outro tem certamente o direito de salvar-se com um meio adequado e suficiente"<sup>38</sup>. Ora, nesta hipótese, há uma agressão extraordinária, desproporcional ao risco assumido pelos contendores, caracterizando a injustiça e, em consequência, a possibilidade da justificativa.

Em sentido contrário, Valdir Sznick nega a legítima defesa dos participantes da rixa, pois cada rixoso, com sua participação, deu causa à ameaça, defendendo-se e atacando-se mutuamente.<sup>39</sup> Flávio Queiroz de Moraes segue a mesma corrente; contudo, apresenta como exceção a hipótese em que um transeunte ataca um seu inimigo, que participa de um rixa, sendo morto por este, deste modo, por não ter provocado tal agressão, caberia a legítima defesa ao rixoso.<sup>40</sup>

Observa-se, nos autores desta última corrente, o receio de desvirtuar as feições do delito, o receio de que cada rixoso argua em seu favor a justificativa e se esfaçele a função do tipo. Geraldino Rosa dos Santos<sup>41</sup> supera a celeuma: cabe o ônus da prova para o rixoso, supondo-se, caso não prove satisfatoriamente, que inexistiu a justificativa.

Os autores consultados, pacificamente, afirmam que a legítima defesa exclui tão somente a responsabilidade do agente pelo crime de dano (lesões ou homicídio), respondendo todos os contendores pela rixa qualificada, uma vez que "basta o fato material da morte ou da ofensa física".<sup>42</sup>

O direito, a nosso ver, não pode ser considerado apenas um plexo de normas, como fim em si mesmas. O direito vai além das próprias normas, representando, antes de tudo, uma seleção de fatos

da realidade e, através da valoração, seu disciplinamento. A valoração, através da imposição de um elemento do código binário lícito-ilícito, resulta nas normas jurídicas, legitimando a aplicação de sanções e sendo um fenômeno observável, sobretudo, no plano penal. A antijuridicidade, essência do próprio crime, nada mais é que o próprio antivalor do fato, tão forte que vincula os demais ramos do direito, impedindo que o mesmo fato seja considerado concomitantemente lícito por um ramo e ilícito pelos demais, o máximo que pode ocorrer, face à especialização de cada ramo, é a irrelevância: ser lícito ou ilícito em um ramo e irrelevante aos demais.

Com esta aparente digressão, pretendemos demonstrar que não há como a lei penal considerar apenas o fato material da morte ou das lesões, desvinculado do valor que ela própria atribuiu. Ao se admitir a legítima defesa, valora-se tal fato como lícito, vinculando-se, inclusive, o juízo cível, de modo que não nos parece legítimo aumentar-se a pena de um crime, que nada mais é que se aplicar um *plus* sancionatório, com base em tal fato. Não se pode, ainda, considerar ao mesmo tempo um fato como lícito e ilícito, pois a valoração tem sempre como base um código binário, que, por essência, não admite um *tertius*.

## referências bibliográficas

1. Cf. Flávio Queiroz de Moraes, *El delito de riña*, p. 30.
2. Cf. Valdir Sznick, *Do delito de rixa a dois*, p. 283.
3. Cf. Moraes, *op. cit.*, p. 14.
4. Euclides Custódio da Silveira, *Crimes contra a pessoa*, p. 206.
5. Neste sentido, Néelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, p. 22; Custódio da Silveira, *op. cit.*, p. 212; entre outros.
6. *Lições de Direito Penal*, p. 172.
7. Moraes, *op. cit.*, págs. 35 ss.
8. Sznick, *op. cit.*, págs. 281 ss.
9. Hungria, *op. cit.*, págs. 18 s.
10. Basileu Garcia, *Delito de Rixa*, p. 11.
11. Moraes, *op. cit.*, p. 36.
12. Magalhães Noronha, *Direito Penal*, p. 103.
13. Giuseppe Maggiore, *Derecho Penal*, p. 368.
14. Cf. Sznick, *op. cit.*, p. 284.
15. *idem, ibidem*.
16. Júlio Mirabete, *Manual de Direito Penal*, p. 133.
17. V. Sznick, *op. cit.*, p. 281.
18. Inureta Goyena *apud* Basileu Garcia, *op. cit.*, p. 3; Carrara *apud* Milton Santos, *Rixa*, p. 14.
19. Cf. Moraes, *op. cit.*, p. 26.
20. José Campos, *Rixa*, p. 492.

21. Jimenéz de Asúa, Tratado de Derecho Penal, p. 172.
22. Geraldino Rosa dos Santos, Do delitto de rixa.
23. Silveira, *op. cit.*, p. 217.
24. *apud* Sznick, *op. cit.*, p. 281.
25. José Campos, *op. cit.*, p. 494.
26. V. Fragoso, Lições, p. 174.
27. Cf. Garcia, *op. cit.*, p. 9.
28. V. Hungria, *op. cit.*, págs. 26 s.
29. V. Damásio de Jesus, Direito Penal, p. 173.
30. Cf. Custódio da Silveira, *op. cit.*, p. 218.
31. Haffer *apud* Hungria, *op. cit.*, p. 27.
32. Damásio, *op. cit.*, p. 168.
33. Garcia, *op. cit.*, págs. 8 s.
34. Cf. Custódio da Silveira, *op. cit.*, págs. 219 s.
35. Geraldino Santos, *op. cit.*
36. Vannini *apud* Moraes; *op. cit.*; p. 94. Defendem esta solução Custódio da Silveira, *op. cit.*, 217; Damásio de Jesus, *op. cit.*, p. 173; José Campos, *op. cit.*, 493.
37. Moraes, *op. cit.*, págs. 97 ss.
38. Manzini *apud* Custódio da Silveira, págs. 214 s. Também neste sentido Damásio de Jesus, *op. cit.*, p. 172; Hungria, *op. cit.*, p. 26.
39. Sznick, *op. cit.*, p. 281. Neste sentido também Mirabete, *op. cit.*, p. 134.
40. Moraes, *op. cit.*, págs. 131 s.
41. V. Geraldino Santos, *op. cit.*
42. Noronha, *op. cit.*, p. 108.

## bibliografia

- CAMPOS, José. "Rixa" In Revista dos Tribunais. volume 146; São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1943.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal, parte especial, volume 1; 8. ed. rev. e atualizada por Fernando Fragoso; Rio de Janeiro : Forense, 1986.
- GARCIA, Basileu. "O delitto de rixa" In Revista dos Tribunais. volume 162; São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1946.
- HUNGRIA, Nélon. e FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao Código Penal, volume VI - arts. 137 a 154 por Nélon Hungria; Rio de Janeiro : Forense, 1982.
- JESUS, Damásio E. de. Direito Penal, volume 3; 16. ed.; São Paulo : Saraiva, 1994.
- JIMENÉZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal, tomo VI - La culpabilidad y su exclusión; Buenos Aires : Editorial Losada S.A., 1962.
- MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal - parte especial, volumen IV, delitos en particular (continuación). Bogotá : Editorial Temis, 1955.
- MIRABETE, Júlio Cabbrini. Manual de Direito Penal, vol. 2 - parte especial, arts. 121 a 234 do CP; 8. ed. rev. e ampl.; São Paulo : Atlas, 1990-1994.
- MORAES, Flávio Queiroz de. El delitto de riña, traducción de Gustavo Vasco Muñoz y Jorge Guerrero; Bogotá : Editorial Temis, 1956.
- NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal, volume 2. São Paulo : Saraiva, 1994.

- SANTOS, Geraldino Rosa dos. "Do delito de rixa" In Revista do Ministério Público, vol. 13-14; Porto Alegre, 1979.
- SANTOS, Milton Evaristo dos. "Rixa" In Revista dos Tribunais, volume 184; São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1950.
- SILVEIRA, Euclides Custódio da. Direito Penal: crimes contra a pessoa; rev. ord. e atual. Everardo da Cunha Luna; 2. ed. rev. e atual.; São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1973.
- SZNIK, Valdir. "Do delito de rixa a dois" In Revista dos Tribunais, vol. 60 (424); São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1971.

# DIREITO COMUNITÁRIO: A UNIÃO EUROPÉIA COMO MODELO INSTITUCIONAL PARA O MERCOSUL

Evandro Menezes de Carvalho (Aluno da Graduação em Direito da UFPE. Bolsista PIBIC/CNPq - Orientador Prof. Dr. Nelson Saldanha)

## sumário

I - Introdução; II - Relações entre o Direito Comunitário e o Direito dos Estados-membros; III - Inserção do Direito Comunitário nos Estados-membros (conclusão); IV- Bibliografia.

## I - INTRODUÇÃO

Com os membros atuais o MERCOSUL ocupa um espaço de 12 milhões de quilômetros quadrados, ou seja, mais do que cinco vezes o espaço da União Européia, onde vive 45% da população (cerca de 200 milhões de pessoas) e é produzido cerca de metade do produto interno bruto (PIB) da América Latina.

Trata-se assim de um conjunto de países de grande relevo, aos quais a Comunidade Européia não deu, todavia, durante muito tempo, a atenção devida: não se perspectivando talvez as oportunidades que poderiam abrir-se no campo econômico, muito para além da sua expressão atual no nosso comércio ou ainda, por exemplo, nos nossos investimentos externos. Para tal falta de perspectiva contribuíram por certo as dificuldades sentidas pelas economias dos países do MERCOSUL em particular durante a década de 80, considerada, para o conjunto da América Latina, como a "década perdida" (que fez esquecer prosperidades anteriores...)

Cumulando-se com estas circunstâncias, uma maior cooperação esteve prejudicada ou mesmo afastada, durante vários anos, pela manutenção de regimes ditatoriais nos países do MERCOSUL. Trata-se, como é sabido, de dificuldades que entretanto foram ou estão sendo removidas, o que permite encarar de uma forma totalmente diferente os anos que se avizinham. E, para tal mudança de atitude, em relação às possibilidades oferecidas pelo

mercado do MERCOSUL, contribuiu de um modo importante a melhoria sensível da situação econômica nos seus países (e no conjunto da América Latina), permitindo que se possa reconhecer já hoje que, depois da "década perdida", a década de 90 está a confirmar a "esperança" suscitada no seu início.

É por seu turno claro que a melhoria da situação econômica está ligada às políticas de estabilização e liberalização aí seguidas, no plano interno e no plano externo, contribuindo naturalmente (ou sendo mesmo decisivas) para uma maior aproximação entre as economias dos dois lados do Atlântico. Trata-se, portanto, de uma melhoria de situação ligada à restauração de regimes democráticos, ajudando a afastar a idéia de que as ditaduras seriam um mal necessário para os países mais atrasados.

Será por outro lado de sublinhar, embora não devamos ser os principais juizes a tal propósito, que a aproximação em curso é importante não só para a Europa como para os países da América Latina, designadamente para os países do MERCOSUL, que já têm na Europa, entre outros elementos de aproximação, o principal mercado para a colocação de seus produtos e de origem do investimento estrangeiro que neles é feito. Só para dar duas ou três referências, pode-se lembrar que o MERCOSUL coloca na União Européia 30% das suas exportações, bem mais do que os 21% colocados na NAFTA (podendo antever-se que nesta sejam maiores as dificuldades no futuro, com a concorrência do México), ou ainda que é da Europa a maior parte das empresas estrangeiras que lá laboram e que se concentra já agora aí a maior parcela de investimento externo.

Neste quadro de referência será determinante o que se possa ser feito por cada país no sentido do estreitamento das relações com um espaço como o MERCOSUL.

## **II - RELAÇÕES ENTRE O DIREITO COMUNITÁRIO E O DIREITO DOS ESTADOS-MEMBROS.**

É através da experiência Européia que devemos nos reportar e buscar alternativas solucionadoras de questões controvertidas entre os países do MERCOSUL. Afinal, se a Europa, cheia de dissensões históricas e diferenças profundas e arraigadas, reforçadas por séculos de disputas, dissídios e guerras, soube superar as dificuldades, para chegar à União Européia, não é despropositado crer que os latino-americanos possamos vencer suas diferenças, comparativamente muito menores e menos intensas.

Neste trabalho iremos explorar, brevemente, as relações entre o direito comunitário e o direito dos Estados-membros com o escopo de obter apenas uma referência prática de experiência Européia no que diz respeito à tentativa de normatizar atos e estabelecer hierarquicamente leis no espaço, trazendo para a humanidade uma nova descoberta: o início de um direito comum.

A problemática relativa às relações entre direito comunitário e direitos nacionais é bastante complexa e delicada que foi, e é, objeto de amplos debates, de opiniões e posições muito contrastantes, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, com implicações notáveis sobre o plano jurídico-prático.

Necessário estabelecer que a relação entre direito comunitário e direito dos Estados-membros não pode ser comparada à existente entre direito internacional e direito interno de cada país, sendo profundamente diversos os pressupostos e os critérios de atuação. Com efeito, enquanto a relação entre o ordenamento internacional e o interno é substancialmente "uma relação de coordenação" ente dois sistemas jurídicos reciprocamente autônomos, cada um dos quais não subordinado ao outro, a relação entre o ordenamento comunitário e os ordenamentos dos Estados CEE configura-se, ao contrário, como uma "relação de integração jurídica", uma vez que o primeiro tende a integrar-se nas sistemáticas jurídicas nacionais, objetivando criar, com o passar dos anos, uma coesão cada vez maior.

Os elementos de integração dos dois ordenamentos são múltiplos; podemos enumerar os três fundamentais que são:

- *comunidade de sujeitos*: os destinatários das normas comunitárias são os próprios sujeitos do ordenamento interno;

- *comunidade de poderes*: os órgãos comunitários podem, mediante os atos normativos mais importantes, emitir uma disciplina obrigatória, muitas vezes diretamente operante sobre sujeitos de direito interno;

- *comunidade de garantia*: tanto os poderes de direito comunitário quanto os de direito interno, podem provocar diretamente os órgãos jurisdicionais comunitários para obter o respeito às normas comunitárias.

A Corte de Justiça européia, em sua vasta jurisprudência na matéria, afirmou que o tratado CEE instituiu um ordenamento jurídico próprio integrado ao ordenamento jurídico dos Estados-membros e que os juizes nacionais são obrigados a observá-lo.

Em tal contexto, surgem quatro princípios cardiais nas relações entre os dois ordenamentos:

- a) a autonomia do direito comunitário diante do ordenamento jurídico-estatal;
- b) a primazia do direito comunitário;
- c) a eficácia e a direta aplicabilidade nos ordenamentos jurídicos nacionais;
- d) a complementação dos dois sistemas.

Analisando cada um desses princípios, em linhas essenciais, percebemos que a "autonomia" constitui o fundamento do ordenamento jurídico comunitário, indispensável para preservar a especificidade do direito das Comunidades diante dos vários direitos nacionais. Em respeito a este princípio, a Corte de Justiça - na qualidade de juiz da legitimidade das decisões comunitárias - não é chamada a garantir a observância das normas do direito interno vigente em cada Estado-membro, nem aceitou verificar a legitimidade e a constitucionalidade dos atos jurídicos nacionais sobre os quais fundou-se o Tratado.

Naturalmente, a Corte inspira-se sempre nas exigências de aplicação uniforme do direito comunitário e nos objetivos que a Comunidade deve atingir, para os quais, em regra, dá preferência às "noções comunitárias" na disciplina de determinadas matérias.

Devemos, entretanto, observar que a separação entre direito comunitário e direitos nacionais é, num certo sentido, recíproca, porquanto a Corte não tem, por exemplo, o poder de anular um ato administrativo ou legislativo de um Estado. Ao mesmo tempo esta separação não é absoluta; com efeito, a Corte muitas vezes recorre ou deixa às normas de direito interno, em uma relação de complementação e de cooperação - que constitui o quarto princípio do qual fizemos menção anteriormente - a incumbência de analisar determinadas questões.

Isto significa que o ordenamento comunitário e o dos Estados-membros não se sobrepõem, de modo a formar quase uma estratificação dos sistemas normativos, mas interpenetram-se, interagindo mediante recíproca sustentação e concurso de trocas. Esta é quase uma relação de interdependência vez que o ordenamento jurídico das Comunidades, por si só, não estaria em condições de realizar os objetivos comuns, caso não houvesse a contribuição e a colaboração dos Estados-membros.

Esta ligação, somada ao caráter complementar dos dois sistemas jurídicos, torna-se ainda mais evidente se fizermos referência à "diretiva CEE", ato que, como notório, para conseguir efetiva

aplicação, deve ser recebido pelo direito nacional dos Estados-membros.

Enfim, a *autonomia do direito comunitário*, conforme o até aqui exposto, constitui a principal condição de sua primazia sobre o ordenamento jurídico estatal, ou seja, do terceiro princípio cardeal que governa a relação entre os dois sistemas.

A *primazia do direito comunitário* essencial, absoluta e incondicionada, como muitas vezes definiu a Corte de Justiça, é o fundamento, o requisito indispensável, para a existência do próprio ordenamento jurídico das Comunidades, e emerge da própria noção de "mercado comum", cuja realização não pode prescindir da exigência imperativa de unidade, uniformidade e eficácia. Isto vale tanto para o direito primário quanto para o derivado, tanto para o direito diretamente aplicável quanto para os atos e normas desprovidos de tal qualidade.

Qual seria o fundamento e a efetiva amplitude dessa primazia, dessa posição de supremacia do direito comunitário?

O fundamento reside, indubitavelmente, na mesma natureza específica original e originária da Comunidade, enquanto, no criá-la, os Estados-membros consentiram em transferir-lhe alguns direitos e obrigações correspondentes às disposições dos Tratados institutivos, aceitando, conseqüentemente, uma limitação efetiva e definitiva em seus direitos soberanos.

Substancialmente - instituindo uma Comunidade munida de efetivos poderes - os Estados criaram pelos tratados, um *corpus* de normas jurídicas aplicáveis aos cidadãos e a si próprios, perante o qual não podem opor atos normativos unilaterais, posteriores e incompatíveis.

Em conclusão, podemos afirmar que a primazia do direito comunitário - além da natureza específica da Comunidade - advém essencialmente dos Tratados que a instituíram, e não das constituições e das legislações nacionais. Tal conclusão encontra, como se dizia, significativa expressão na posição coerente e inequívoca assumida pela Corte de Justiça europeia em sua jurisprudência inicial e posterior, que há muito tempo começou a ter aplicação também na jurisprudência das Cortes constitucionais nacionais.

No que diz respeito ao alcance da primazia, ou seja, à extensão da supremacia, da qual falamos, é princípio consolidado que o direito comunitário prevalece, em seu conjunto, sobre o complexo do direito nacional. Isto significa que ele afirma-se diante destes em sua totalidade, qualquer que seja o nível hierárquico. Portanto não só aos regulamentos - atos obrigatórios em cada um de

seus elementos, estrita e imediatamente aplicáveis - mas a tudo o direito derivado deve reconhecer a mesma autoridade diante do direito estatal, independentemente do fato de se tratar de diretivas, de decisões ou de acordos que obrigam a Comunidade; todos estes atos prevalecem incontestavelmente sobre as normas nacionais.

A Corte, reiteradamente afirmou a primazia do direito comunitário sobre a lei nacional, ainda que posterior, excluindo, assim, a possibilidade de invocar-se a questão da irretroatividade das leis no tempo.

### III - INSERÇÃO DO DIREITO COMUNITÁRIO NOS ESTADOS-MEMBROS (CONCLUSÃO)

A questão da inserção do direito comunitário no sistema normativo dos Estados foi também longamente debatida pela doutrina e pela jurisprudência; no início, as condições para tal inserção foram consideradas exclusivamente sob a forma de regulamento. Na verdade, a questão do regulamento é a mais clara, porquanto, como ato *diretamente aplicável*, nos termos do art. 189 do Tratado CEE, impondo-se aos órgãos estatais e aos sujeitos de direito privado, sem necessidade de transformação ou de ordens de execução. Afirmou-se com efeito que a aplicação direta do regulamento significa que, sem uma intervenção do poder normativo nacional, este tem validade automática na Comunidade e é, enquanto tal, ato capaz de conferir direitos e de impor obrigações aos Estados-membros, aos seus órgãos e aos sujeitos de direito privado, sendo, portanto, equivalente à lei nacional. Assim, eventuais medidas de recepção contrariariam a sua natureza unilateral, a sua força obrigatória, o seu efeito direto; vale dizer, suas características.

O problema coloca-se em termos ainda não suficientemente definidos para os demais atos comunitários, e em particular para as "diretivas" e "decisões" CEE, no tocante à distinção fundamental entre disposições comuns diretamente eficazes e aquelas com eficácia indireta, no sentido de que, obrigando os Estados, estes não possam, por si próprios, ampliar ou restringir seus efeitos no ordenamento jurídico interno.

Como já vimos, o art. 189 do Tratado CEE - enquanto define que o regulamento é "diretamente aplicável em todos os Estados-membros" - não contém fórmula similar para as decisões e diretivas.

Não obstante, a Corte de Justiça refutou a exclusão destes atos do requisito da eficácia direta, afirmando reiteradamente que "seria incompatível com a eficácia vinculante reconhecida pelo art. 189 à

diretiva, negar, em princípio, que a obrigação por esta imposta possa ser exigida pelas pessoas interessadas".

Passando a examinar as conseqüências da eficácia direta, podemos limitar-nos a dizer que, obviamente, a integração do direito comunitário nos sistemas jurídicos dos Estados-membros implica o fato de que possam produzir plenamente seus efeitos.

Tais efeitos são cada vez mais amplos. Onde a noção de eficácia direta implica que qualquer pessoa tenha reconhecido o direito de vir a juízo solicitar a aplicação, em seus litígios, de Tratados, regulamentos, diretivas e decisões comunitárias. Esta eficácia comporta, outrossim, a obrigação para o juiz de aplicar tais atos, independentemente da legislação de seu país, aplicando tal direito e obrigação não apenas nas relações entre particulares, mas também nas relações entre os particulares e o Estado-membro a que pertencem.

Desta forma, devemos compreender que a criação de um "direito comunitário" apresenta-se como um desafio nesta entrada de milênio. E, examinados os caminhos percorridos pela União Européia, seja possível ao MERCOSUL alcançar a identidade comum entre os países que o compõe. Sendo a palavra que os une: interação. Em todos os aspectos que visem o desenvolvimento social ou comunitário. Afinal, o que diria a UE de um parceiro comercial representando um mercado - em termos populacionais - aproximadamente igual a 60% do seu, onde todos falam línguas comunitárias, têm fortes raízes culturais, e vivem, atualmente, em paz interna sob o amparo de instituições democráticas?

## **bibliografia**

- Almeida Magalhães, João Paulo de: **Integrações Econômicas e Desenvolvimento**. Boletim de Integração Latino-Americana. Brasília: MRE, 1994. nº 13.

- Almeida Medeiros, Marcelo de: **O Processo de Integração Latino-Americana: A Influência da União Européia na Posição Brasileira no Selo do Mercosul**. Política Hoje Revista Semestral do Mestrado em Ciência Política da Universidade Federal de Pernambuco. Recife: Universitária, V2, nº3. Janeiro/julho de 1995, Ano 2.

- Amaral Júnior, Alberto: **MERCOSUL: Questões Políticas e Institucionais**. Boletim de Integração Latino-Americana. Brasília: MRE, 1994. nº 13.

- Canotilho, J. J. Gomes; António Boggiano, Manuel Porto, José M. Araneo: **MERCOSUL E A UNIÃO EUROPÉIA**. G.C. - Gráfica de Coimbra, Ltda. Novembro 1994.

- Cerexhe, Etienne: **O Direito Europeu - as instituições**. vol.I - Ed. Notícias. 1979.

- Forte, Umberto: **UNIÃO EUROPÉIA - Comunidade Econômica Européia (Direito das Comunidades Européias e harmonização fiscal)**. Ed. Malheiros Editores Ltda. São Paulo - SP: 1994.

- Moita de Campos, João: **DIREITO COMUNITÁRIO**. Vol. I - O Direito Institucional. Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa. 6ª edição, 1989.

- Pereira Neto, Mario. **Direito, política, economia das Comunidades Européias**. São Paulo: Aduaneiras, 1994.

- Quermonne, Jean-Louis: **A Democratização do Processo de Decisão Comunitária a Partir do Tratado de Maastricht**. Política Hoje Revista Semestral do Mestrado em Ciência Política da Universidade Federal de Pernambuco. Recife: Universitária, V2, nº3. janeiro/julho de 1995, Ano2.

- Rabelo Versiani, Flávio; José Antonio Sant'ana, Dércio Garcia Munhoz, Neantro Saavedra Rivano, Isaias Coelho, Carlos Mussi: **BRASIL - ARGENTINA - URUGUAI: A INTEGRAÇÃO EM DEBATE**. Editora Marco Zero. São Paulo - SP: julho/1987.

# FEDERALISMO: NOTAS INTRODUTÓRIAS<sup>1</sup>

Marcos André Couto Santos. (Aluno de Graduação em Direito da UFPE. Bolsista PIBIC - Orientador Raymundo Juliano Rêgo Feitosa. Monitor de Direito Constitucional).

## sumário

I - Introdução. II - Conceitos iniciais: Estado, Competência, Soberania e Autonomia. III - Formas de Estado: unitário, descentralizado administrativamente, regional e federal. IV - Conceitos de Federalismo e Estado Federal. V - A essência do Modelo Federal de Estado. VI - Teorias sobre o Federalismo. VII - A evolução histórica do Federalismo - modelo norte-americano. VIII - Características do modelo federal na atualidade. IX - Críticas e Problemas do Federalismo Moderno. X - Conclusões. XI - Bibliografia Referencial.

## I- INTRODUÇÃO

O trabalho, que ora levamos a público, corresponde a um esforço de 6 meses de pesquisa e desenvolvimento crítico-científico sobre o **Modelo Federal de Estado**. Os estudos sobre este tema estão sendo realizados com o apoio fundamental do CNPq, FACEPE, FDR e UFPE através do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC). Contamos, para tanto, com a orientação do Professor Dr. Raymundo Juliano Rêgo Feitosa a quem devemos nossos sinceros agradecimentos.

---

<sup>1</sup> Sobre uma análise crítica do Federalismo no Brasil, cf. Marcos André Couto Santos. Uma análise crítico-teórica sobre o Federalismo Brasileiro. In *Anais do IV Congresso de Iniciação Científica da Universidade Federal de Pernambuco*, 1996, p. 564. Notas sobre o Federalismo em Geral e o Federalismo Brasileiro, cf. Marcos André Couto Santos. *Federalismo: Caracterização Geral, Evolução Histórica e peculiaridades do Sistema Brasileiro*. in mimeógrafo Verão, no Campus UFPE - 97 - *Federalismo, Descentralização e Reforma do Estado*.

O tema que será detalhado nesta monografia visa a expor a **FORMA FEDERATIVA DE ESTADO**: conceituando-a; analisando sua essência e dissecando suas principais teorias explicativas. Também, demonstram-se neste texto os diversos tipos de federalismo, sua evolução histórica, procurando tipificar as principais características do Estado Federal nos tempos modernos, bem como os principais problemas desta forma de estado na atualidade.

A importância de um estudo detalhado sobre o Modelo Federal de Estado é evidente, não se constituindo num mero deleite acadêmico de iniciados. Para embasar esta opinião, tomamos como nossas as palavras do Mestre Celso Ribeiro Bastos que afirma existir a sensação de "que há outros problemas mais prementes e mais agudos a serem resolvidos (do que a Questão Federativa); contudo, uma reflexão mais demorada logo nos revela que, embora esses defeitos se apresentem nas mais variadas formas e nos mais diversos campos da atuação estatal, em última instância, todos esses problemas acabam tendo a sua origem numa Federação mal constituída.

A resolução da questão federativa levaria necessariamente à solução de grandes problemas do Estado, tais como: melhor afetação dos vários recursos nacionais; maior controle por parte da população sobre a atividade estatal; maior eficiência da máquina arrecadatória dos poderes públicos; possibilidade de maior participação do povo nas decisões oficiais, entre outras".<sup>1</sup>

Ressaltamos, de oportuno, que não tencionamos esgotar tema tão vasto e profundo como é o estudo do Modelo Federal de Estado, objetivamos apenas traçar conceitos iniciais e lineamentos gerais, que nos permitam observar mais criticamente a estrutura e os princípios que norteiam o Federalismo, como forma de organização jurídico-política de certos Estados como o brasileiro.

Esta monografia encarna, deste modo, um sentido de discussão e reflexão sobre o Modelo Federal de Estado, tendo sido elaborada com base em dados bibliográficos, artigos de revista e livros coletados na Biblioteca da Faculdade de Direito do Recife e da Biblioteca Central da UFPE, bem como através de palestras e conversas com o Professor Dr. Raymundo Juliano.

---

<sup>1</sup> C. Ribeiro Bastos. Por uma Nova Federação.

## II - CONCEITOS INICIAIS: ESTADO, COMPETÊNCIA, SOBERANIA, AUTONOMIA

Urge introduzir e definir certos conceitos fundamentais, para uma clara compreensão das formas de Estado e em particular do Estado Federal e suas características. Para tanto, iremos elaborar um conceito de Estado, dar uma breve noção do que vem a ser competência, soberania e autonomia.

O **Estado**, numa visão ampla, corresponde a uma associação humana (povo), assentada numa base territorial própria (território), que vive sujeita ao comando de uma autoridade única (poder) e não se encontra subordinado a nenhum outro poder (soberania). Mesmo sendo esta definição suficiente para o entendimento do que vem a ser o Estado, acreditamos ser necessário reduzir o nosso campo de estudo e observar o Estado em correlação com o ordenamento e ordem jurídica no qual está inserido.

Assim, numa visão mais kelseniana e de Teoria Geral do Direito, o Estado é uma ordem jurídico-política organizada, relativamente centralizada, com vigência e atuação em um território e sob uma determinada coletividade humana, informada pela nota da soberania. Conclui-se, para efeitos deste trabalho, que o Estado possui os seguintes elementos: povo, território, poder, todos regidos e informados por um conjunto de regras jurídicas que vão determinar a atuação do poder político (organização política do Estado), estabelecendo coercitivamente as condutas humanas (vigência pessoal) dentro de um limitado espaço territorial e tempo (vigência espacial e temporal).<sup>1</sup> Iremos agora analisar o conceito de competência.

**Competência** é o complexo de poderes e deveres que são atribuídos pelo ordenamento jurídico a um determinado órgão ou ente político. Assim, as competências não são meros poderes distribuídos dentro de um Estado, são poderes vinculados e regidos por lei, que devem ser realizados pelo poder público, constituindo-se no que os administrativistas modernos chamam de PODERES-DEVERES vinculados. É a competência, por fim, uma quota-parte do Poder Estatal que vincula juridicamente uma autoridade, órgão ou ente público. A distribuição de competências é realizada principalmente nos Estados Federais e são atribuídas aos entes federativos diretamente

<sup>1</sup> Neste trabalho, ao utilizarmos a expressão Estado-Nação, referimo-nos ao Estado como um todo, e quando falamos em unidades-partes, entes federativos, entes políticos estaremos nos referindo às porções administrativas ou federativas do Estado-Nação.

pela Constituição. As competências são classificadas em três tipos básicos: legislativa, material e tributária.

A competência legislativa consiste naquele poder atribuído a um ente político para elaborar e criar normas jurídicas abstratas e vinculantes vigentes e válidas sobre uma certa população e numa determinada área territorial.

Já a competência material é aquele poder conferido às unidades partes do Estado para efetivarem políticas públicas, como o cuidado e implemento de políticas que fomentem a educação, saúde, planos para habitação, entre outros.

Por fim, a competência tributária é o poder destinado aos entes de Direito Público para criar impostos, lançá-los e arrecadar as receitas correspondentes, para fazer face às despesas com a Administração Pública e efetivar as políticas existentes nos planos de governo.

A competência é distribuída entre os entes federativos e/ou porções territoriais de um Estado através de três sistemas básicos:

a) enumeração exaustiva das atribuições/competências da União e dos Estados-Membros;

b) enumeração da competência da União e atribuição aos Estados das demais tarefas constitucionais através da chamada competência residual;

c) enumeração da competência dos Estados-membros, de tal sorte que os poderes não atribuídos aos Estados-membros sejam de competência da União (competência residual).

Analisa-se a seguir, o significado da Soberania Estatal e da autonomia, bem como a diferenciação entre ambas.

A **Soberania** como princípio estatal surge na época de formação do Estado Moderno (séc. XIV), quando os Imperadores tentavam enfraquecer o poder da Igreja e dos senhores feudais. Neste sentido, os reis buscaram efetivar a idéia de que eram seres supremos e representantes de Deus na Terra, tendo poderes absolutos sobre os territórios de seus Estados. Assim, a soberania surge como a nota da *summa potestas* dos imperadores em relação aos seus Estados, não se subordinando a nenhuma outra ordem jurídica, seja da Igreja ou dos senhores feudais. É um momento de afirmação do poder centralizado e divino dos monarcas que reinavam na Europa da Idade Moderna.

Atualmente, a soberania quer significar apenas **Imediatidade do Estado em relação à Ordem Internacional**, só o Estado-Nação como um todo a possui, isto é, a soberania só significa o poder que o Estado tem para se fazer respeitar pelos demais membros da coletividade internacional como ente independente e detentor de uma ordem

jurídica própria. Não é mais aquele poder absoluto (*summa potestas*) criado na Idade Moderna, encontra-se, hoje, relativizado pelo contexto internacional da Globalização, da Interdependência econômica e dos direitos humanos. Assim, o Estado não se pode considerar SOBERANO para massacrar seus nacionais ou desrespeitar de forma veemente disposições ou tratados internacionais, principalmente na área do comércio e do meio ambiente; as sanções internacionais podem variar desde bloqueios comerciais até intervenções armadas apoiadas pelas Nações Unidas.

**Autonomia**, em sentido amplo, é o poder que é conferido pelo Estado-Nação às suas unidades-partes (comarcas, distritos, Estados-membros), seja através da constituição ou leis infra-constitucionais. Esta autonomia é cedida com maior ou menor amplitude aos entes políticos para que estes possam efetivar políticas públicas e descentralizar a estrutura burocrática do Estado como um todo.

Esta autonomia das unidades-partes de um Estado pode ser graduada, isto é, pode ser, por exemplo, uma autonomia meramente administrativa ou então uma autonomia de auto-organização.

A autonomia meramente administrativa é aquele poder conferido aos Estados-membros, províncias, comarcas de um Estado com o fim apenas de executar ordens do Estado central. Alguns autores consideram que neste caso não haveria autonomia, apenas descentralização administrativa do Estado. Já a autonomia conferida como poder de auto-organização é atribuída diretamente às unidades partes de um Estado pela constituição e nos limites desta.

Esta autonomia para auto-organização atribui aos Estados-membros, comarcas ampla liberdade, tendo as unidades-partes poder para: escolher seus próprios governantes (autonomia de governo); editar suas próprias leis/constituições (autonomia legislativa); lançar tributos, auferindo receitas próprias (autonomia tributária); implantar políticas públicas independentes (autonomia política).

A diferença entre autonomia e soberania, tantas vezes confundidas pela doutrina, fica bem clara na lição do Prof. Manuel Gonçalves Ferreira Filho: "soberania é o caráter supremo de um poder: supremo, nisto que esse poder não admite qualquer outro, nem acima, nem em concorrência com ele. Já autonomia é o poder de autodeterminação, exercitável de modo independente, mas dentro de limites traçados por lei estatal superior". Sintetizamos, apenas afirmando ser a soberania o poder do Estado-Nação diante de suas unidades-partes e da Ordem Internacional, e a autonomia aquela

quota de poder que é atribuído pelo Estado-Nação às suas unidades-partes (Estados, municípios, comarcas, *landers*, províncias).<sup>1</sup>

### III - FORMAS DE ESTADO: UNITÁRIO, DESCENTRALIZADO ADMINISTRATIVAMENTE, REGIONAL, FEDERAL

Determinar as Formas de Estado significa analisar como o poder se distribui territorialmente numa determinada ordem jurídico-política, e conseqüentemente o modo pelo qual se organiza um determinado Estado.

É fato incontestável que em todo e qualquer Estado, o poder é relativamente centralizado, não existindo um Estado totalmente centralizado ou completamente descentralizado, pois no primeiro caso isso só seria possível em um Estado do tamanho de uma minúscula ilha e no segundo o Estado tenderia a se "pulverizar", devido ao altíssimo grau de descentralização. Assim, existem Estados nos quais os poderes e as tarefas constitucionais estão concentrados preponderantemente em apenas um pólo territorial (unitário, descentralizado administrativamente), e outros em que estes poderes e competências são mais distribuídos, divididos e descentralizados (regional e federal).

Observa-se, então, que as formas de Estado são determinadas pelo critério de distribuição territorial do poder dentro de uma determinada ordem jurídica. Procura-se, abaixo, definir as principais Formas de Estado quanto a esta distribuição territorial do poder. Quais sejam:

**Estado unitário:** é aquele Estado que não confere às suas unidades partes nenhum tipo de autonomia, existindo apenas uma ordem central concentradora de todos os poderes. No Estado Unitário, a descentralização até mesmo administrativa fica a mercê do Poder Central, que pode suprimi-la, ampliá-la ou restringi-la. Era o caso histórico do Uruguai.

**Estado administrativamente descentralizado:** é uma espécie atenuada do Estado Unitário, caracterizando-se por uma atribuição constitucional às unidades-partes de uma certa autonomia administrativa para execução de políticas públicas. Há, pois, nestes Estados, uma descentralização funcional ou geográfica, isto é, as comarcas, os Estados-membros irão executar suas funções e administrar certas atividades estatais por determinação constitucional. É o caso da França na atualidade.

<sup>1</sup> Manuel Gonçalves Ferreira Filho. Curso de Direito Constitucional. p. 41

**Estado Regional:** é um Estado dividido em entidades territoriais com autonomia legislativa, mas sem poder de auto-organização. Assim, os entes de Direito Público destes Estados podem editar suas próprias leis por determinação constitucional, mas estas leis só têm validade depois de aprovadas pelo Poder Central. Nos Estados Regionais, ainda não está presente o poder de auto-organização das unidades-partes, todavia já existe um grau acentuado de descentralização política. É o caso da Itália e da Espanha.

**Estado Federal:** é caracterizado por ser um Estado descentralizado, no qual o poder político é dividido entre as entidades territoriais, estas dotadas de autonomia constitucional para auto-organização. Neste tipo de Estado, existem várias ordens jurídicas: a ordem jurídica central, e as ordens jurídicas parciais que devem se subordinar somente aos ditames e regras da Constituição Federal. É esta forma de Estado que interessa para efeitos deste trabalho, cabendo-nos analisá-la pormenorizadamente. São exemplos de Estado Federal: EUA, Brasil e Alemanha.

#### **IV - CONCEITOS DE FEDERALISMO E ESTADO FEDERAL**

Inicialmente, o Professor Nelson Saldanha, numa análise aprimorada, lembra muito bem " que não existe um conceito unitário ou mesmo um modelo unitário de Federação. Existem Federações ! Cada uma com o seu modelo, sua estrutura, o seu molde, a maneira de se estruturar, com a solução de problemas concretos existentes".<sup>1</sup>

Tal pensamento é retomando pelo Professor Raymundo Juliano que conceitua o Estado Federal e o federalismo como " um modelo de descentralização estatal, construído a partir da teoria bem como pelo resultado empírico de observações sobre experiências reais". O dileto Professor e nosso orientador Raymundo Juliano, bem como o magistral Nelson Saldanha tencionam neste pensamento mostrar que o Federalismo não apresenta um definição completa e efetiva, sendo um princípio que gerará uma descentralização política diante de cada Estado e cada experiência histórica. Respeitamos a opinião destes mestres, mas acreditamos ser possível dar uma definição ao menos operacional para o federalismo e o Estado Federal, visando a tornar mais palpável o nosso objeto de estudo.

Já o Professor Pinto Ferreira, de modo enfático, define o Estado Federal como "uma organização formada sob a base de um repartição de competência entre o governo nacional e os governos

<sup>1</sup> Nelson Saldanha. Conceito de Federação. p. 130

estaduais, de sorte que a União tenha supremacia sobre os Estados Membros, e estes sejam entidades dotadas de autonomia constitucional perante a mesma União".<sup>1</sup> Este conceito é parcialmente correto, uma vez que deve haver uma horizontalidade no tratamento das unidades-partes entre si e destas com a União, não ocorrendo de regra subordinação dos Estados-Membros a União, como quer o grande jusfilósofo, esta só ocorreria de maneira excepcional e com determinação expressa na Carta Magna de cada Estado Federal.

Numa aproximação conceitual, pode-se entender a Federação como sendo um estado composto de partes autônomas, de vontades parciais, que devem se relacionar entre si e com a vontade central.

O relacionamento estabelecido entre as vontades parciais e a vontade central é o cerne da estrutura do Estado Federal, concretizando-se através da descentralização, esta entendida como a "retirada de competências de um centro para transferi-las para outro, passando elas a serem próprias de um outro centro. Se se fala em descentralização administrativa quer-se significar a existência de novos centros administrativos independentes de outros. Se a referência é descentralização política, os novos centros terão capacidade política".<sup>2</sup>

Entendemos o Federalismo e o Estado Federal como sendo uma FORMA DE ESTADO na qual existe além de uma divisão FUNCIONAL de poderes (legislativo, executivo e judiciário), também uma divisão TERRITORIAL de poderes,<sup>3</sup> com a distribuição de competências e atribuições entre figuras de DIREITO PÚBLICO (Estados, comarcas, distritos, municípios) em diferentes planos, tudo isto estabelecido em uma Constituição rígida.

Assim, o FEDERALISMO é uma Forma de Estado em que se procura dividir o poder e deveres de modo amplo entre certos entes públicos, objetivando a diminuição da concentração de poderes e atribuições em um único pólo territorial. Entretanto, para que se possa efetivamente compreender melhor o Modelo Federal de Estado, deve-se partir para uma análise mais aprofundada desta estrutura jurídico-política.

<sup>1</sup> Pinto Ferreira. p.

<sup>2</sup> TEMER, Michel. pp.40 de uma nova federação

<sup>3</sup>A expressão divisão territorial de poderes significa que o poder é dividido entre entes diferentes conforme a sua localização espacial.

## V - ESSÊNCIA DO MODELO FEDERAL DE ESTADO

Neste tópico, para um melhor entendimento do Federalismo, efetua-se um corte epistemológico deste objeto de estudo, isto é, mostraremos as várias facetas do Modelo Federal em sua essência etimológica, política, social, econômica, psicológica e jurídica e por fim sintetizaremos estas idéias objetivando atingir uma noção mais próxima do que venha a ser o federalismo e o Estado Federal.

Na **særa etimológica**, " o vocábulo federação deriva do latim 'foedus', 'foederis' que significa aliança, pacto, união".<sup>1</sup> Então, a palavra Federação tem sua etimologia assentada num Pacto estabelecido dentro de um Estado ou mesmo entre vários Estados que se reúnem, formando uma nova entidade, no caso o Estado Federal.

No **aspecto político**, o Estado Federal caracteriza-se por uma divisão de poderes, competências e deveres entre entes de Direito Público determinados no plano constitucional. Aqui, a nota diferenciadora é a existência de uma DIVISÃO TERRITORIAL DE PODERES.

No **âmbito social**, existe uma conexão muito próxima entre o Modelo Federal de Estado e a idéia de Governo Democrático. Bem salientou Baracho ao ensinar que " o federalismo é considerado como forma de distribuição de poder", havendo " muitos adeptos do Federalismo que demonstraram a tendência em aproximar Federalismo e democracia, sendo que o consideram como a mais progressiva forma de Estado".<sup>2</sup> Também, Celso Ribeiro Bastos cita a proximidade do Estado Federal com a Democracia: "a Federação tornou-se, por excelência, a forma de organização do Estado Democrático. Hoje, nos Estados Unidos, há uma firme convicção de que a descentralização do poder é instrumento fundamental para o exercício da democracia. Quer dizer, quanto mais perto estiver a sede do poder decisório daqueles que a ela estão sujeitos, maior probabilidade existe do poder ser democrático".<sup>3</sup>

Realmente, a idéia federativa de descentralização e não-concentração político-administrativa<sup>4</sup> está bastante ligada ao ideal da **DEMOCRACIA PARTICIPATIVA**, pois estando o poder fragmentado é

<sup>1</sup> M. Savóia Grasso. O sistema federativo. in Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. ano: 1; nº 3; abr/jun: 1993. pp. 62.

<sup>2</sup> J. de Oliveira Baracho, *Teoria Geral do Federalismo*, Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 53-5.

<sup>3</sup> Celso Ribeiro Bastos. O federalismo nas Constituições Brasileiras. p. 47

<sup>4</sup> Há autores que explicitam a contraposição conceitual de desconcentração e descentralização, cf. E. Katz. Aspectos Constitucionais e Políticos do Federalismo Americano. in *Revista de Direito Público*, nº 65, p. 97-101.

mais difícil cometer arbitrariedades, abusos, violências e até mesmo estabelecer ditaduras, assim como poder descentralizado é poder mais próximo do povo.<sup>1</sup>

Dentro de uma **análise econômica**, o Modelo Federal de Estado ao estabelecer uma descentralização administrativa e política, serve-se de um excelente instrumento de eficiência governamental, uma vez que a Administração Local ao dar soluções aos problemas locais e regionais, diminui os custos das obras, serviços e realiza um maior controle sobre os gastos do dinheiro públicos. Além de tudo, o Poder Local toma decisões mais acertadas do que o Poder Central, que geralmente retarda decisões, e muitas vezes estabelece diretrizes equivocadas quanto trata de interesses locais e pontuais.

Já, no **plano psicológico**, a Forma Federalista de Estado está na síntese das diversidades com as similitudes regionais; da eficiência do governo central com a necessária liberdade das unidades federadas; da participação popular mais próxima aos governantes locais com as decisões distantes do governo central.

Percebe-se, então, nesta análise, que num Estado Federal existem duas ordens bem definidas, uma representada pelo poder central que tende para UNIDADE e outra representada pelos poderes regionais (Estados-membros, comarcas) que tendem à DIVERSIDADE. Deve haver, assim, uma unidade dialética entre estas estruturas aparentemente antagônicas, que opere na direção da coesão nacional, mas que respeite as diferenças e peculiaridades de cada unidade parte da Federação. É nesta dialética e nos "tempos" do jogo político que se define ser um Estado mais concentrador ou mais descentralizador, tendendo ou não a um modelo federal na prática política.<sup>2</sup>

Já no **plano jurídico**, o federalismo apresenta-se idealmente como um **PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL**, informador de toda a ordem jurídico-política de um Estado. " Princípio é por definição mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico."

<sup>1</sup> Neste sentido, Alexis Tocqueville, há mais de 100 anos, já salientava que o sistema federativo é "...das mais poderosas combinações a favor da prosperidade e liberdade humana."

<sup>2</sup> Garcia Pelayo. Direito Constitucional Comparado. p. 218

Assim, "violiar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais". Como se observa, o PRINCÍPIO FEDERAL DE ESTADO é fundante e irá influenciar todo o ordenamento jurídico, também é inderrogável na maioria dos Estados Federais e pela sua essencialidade é protegido constitucionalmente de forma especial, como ocorre no caso brasileiro.<sup>1</sup>

Em síntese apertada, poderíamos reunir todos os âmbitos de análise do Modelo Federal, concluindo ser o Federalismo um princípio constitucional fundamental informador de toda a ordem político-jurídica de um Estado, gerador de um processo de descentralização político-jurídico-social, tendente a uma forma DEMOCRÁTICA de governo, contextualizado em um ambiente de tensão política permanente.<sup>2</sup>

## VI - TEORIAS SOBRE O FEDERALISMO

Diversas teorias procuram explicar os fundamentos do Estado Federal. Para efeito deste trabalho, interessa-nos apenas três delas: a teoria da co-soberania; teoria de Jellinek e a teoria do Estado Federal como forma avançada de descentralização. A construção de uma teoria sobre o Modelo Federal de Estado que explique-o a contento em seus elementos básicos e em sua essência é, como diria Baracho "bem significativa, para que se possam superar as idéias inexatas a seu respeito (Modelo Federal), bem como chegar a compreender a sua natureza jurídica". Realmente, toda a teoria é importante para se entender melhor um objeto tão abstrato e ao mesmo tempo tão empírico como o Modelo Federal de Estado e suas nuances básicas.

A **Teoria da Co-soberania** foi desenhada pelos fundadores do Federalismo Moderno nos EUA - Hamilton, Tocqueville e Madison, e afirma que o SOBERANIA ESTATAL E AS COMPETÊNCIAS são repartidas entre o Estado Central - União - e os Estados-membros no sentido de que cada um será soberano em seus campos determinados de atuação, um não se sobrepondo ou controlando o outro. A Soberania

<sup>1</sup> Barroso, p. 285

<sup>2</sup> O Estado Federal decorre de um jogo de forças políticas que permite a coexistência de um Poder Único central e da manutenção de peculiaridades locais (Palhares, 63)

assim seria dividida e haveria poderes iguais e de mesmo nível para o ESTADO CENTRAL e os ESTADOS PARTICULARES que compõe a Federação.

Esta teoria surge para defender a implementação do Federalismo nas 13 ex-colônias britânicas da América do Norte, e tem como base, conforme visto, a existência de VÁRIAS SOBERANIAS dentro de um mesmo Estado Federal, isto porque as 13 colônias não aceitavam limitar seu Poder Soberano em benefício de um Poder Central determinado.

A outra teoria é a de **Jellinek**. Ele afirmava que o Estado Federal era um Estado soberano, formado por uma variedade de Estados, em que o poder nasce da unidade destes Estados-membros. Os Estados-membros participam da formação do Estado Federal e cedem por meio do pacto federativo através da Constituição seus poderes para a União. Assim, o Estado Federal surge a partir da vontade de suas unidades partes e conserva o poder e legitimidade graças a essa vontade de se unir, estando os Estados-membros representados junto a Ordem Central por meio de um órgão colegiado (*Senado, Bundesrat*). Esta teoria tem o mérito de tornar uma a SOBERANIA nas mãos do Estado como um todo (Estado Central).

Uma teoria mais moderna e com a qual coadunamos em parte é a **TEORIA DAS TRÊS ENTIDADES ESTATAIS** defendida por Haene e Gierke. Nesta teoria, o Estado federal deve ser a síntese orgânica da Federação (União) com os Estados-membros (unidades partes). Assim, soberano seria a Estado Federal como um todo e não a União ou as Unidades Partes. Os membros da Federação teriam suas competências limitadas sob o aspecto material e não haveria subordinação entre as unidades partes e a União, todos se relacionariam de forma horizontal. Deste modo, somente o Estado Federal como um todo é que poderia subordinar a União e os Estados-membros.<sup>1</sup>

Falta agora a **Teoria do Estado Federal enquanto forma avançada de descentralização**. Citamos, do Professor Baracho, os fundamentos desta teoria que determina ser o " Estado Federal um Estado que se caracteriza por sua descentralização de forma especial e grau mais elevado, compondo-se de unidades membros dominada por ele, mas que possuem autonomia constitucional e participam da formação da vontade federal, distinguindo-se de outras coletividades públicas menores". Esta Teoria da Descentralização como nota característica do Estado Federal é bem apropriada e é defendida por muitos pensadores na atualidade, dentre eles Baracho. A Teoria da

<sup>1</sup> Garcya Pelayo. Direito Constitucional Comparado. 207 e 208

descentralização tem o mérito de atender e resolver dois problemas básicos, quais sejam: determina o fundamento do Modelo Federal de Estado na descentralização do poder político; e distingue com clareza a soberania da autonomia, estabelecendo os Estados-membros como partícipes do Pacto Federal na sua origem/formação e na criação da vontade nacional - Senado/Bundesrat.

Atualmente, o Modelo Federal de Estado encontra-se em crise fazendo surgir novas idéias que visam a explicar e transformar as bases teóricas sólidas que informam o federalismo.

Neste sentido, vem a doutrina e tenta acentuar a sujeição das ordens jurídicas parciais (Estados-membros, comarcas) em benefício da União. Esse **Novo Federalismo**, acentuador do PODER CENTRAL, descaracteriza o Estado Federal, que adquire mais uma feição de um Estado unitário descentralizado constitucionalmente, aonde as ordens jurídicas parciais não teriam efetivamente autonomia plena. Voltaremos a este assunto em tópico específico deste trabalho.

## VI - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO FEDERALISMO - MODELO NORTE-AMERICANO<sup>1</sup>

O Federalismo pode ser visto como PRINCÍPIO que tem na descentralização do poder o seu PROCESSO concretizador. Então, analisar historicamente a evolução do modelo federal de Estado é buscar vivenciar os processos de concentração em confronto com os processos de descentralização e de não-concentração do poder político. Em síntese, estudar a evolução do Federalismo é perceber as mudanças nos Estados com base na **CONCENTRAÇÃO E DESCENTRALIZAÇÃO DO PODER POLÍTICO**.

Neste tópico, mostra-se a evolução do Modelo Federal de Estado em suas diferentes fases e formas com base no Modelo Norte-Americano. Lembramos que a análise dos tipos de Federalismo através do Modelo dos EUA, deve-se primeiro à simplicidade didática que imprimimos a esta exposição e, segundo, devido ao Modelo Federal Norte-Americano ser o primeiro a aparecer na História Moderna.<sup>2</sup>

O federalismo moderno, como construção originariamente norte-americana, constituiu-se inicialmente visando a REUNIR as forças comuns das antigas colônias britânicas para que pudessem enfrentar de modo o menos traumático possível as dificuldades de

<sup>1</sup> E. Katz, *Aspectos Constitucionais e Políticos do Federalismo Americano*, cit., p. 108.

<sup>2</sup> Para efeitos deste trabalho, não se busca relatar a História da Federação Norte-Americana, apenas nos determos ao modelo norte-americano por permitir uma mais fácil visualização as diferentes fases de evolução do Estado federal de modo amplo.

administração, e proteção territorial. O FEDERALISMO NORTE-AMERICANO SURTIU, ENTÃO, COM BASE NO VELHO ADÁGIO POPULAR: A união faz a força.

Formou-se, então, no começo da História norte-americana, um Estado Central (União) que teria atribuições específicas como PROTEÇÃO DO TERRITÓRIO CONTRA INVASÕES, EMISSÃO DE MOEDAS E REPRESENTAÇÃO DIPLOMÁTICA em outros Estados. Por enquanto que os Estados-Membros (ex-colônias) ficavam com todas as outras atribuições de GOVERNO. Era o chamado **FEDERALISMO CLÁSSICO** ou **FEDERALISMO CENTRÍFUGO**, no qual havia o predomínio do poder das ordens jurídicas parciais (antigas colônias norte-americanas) em detrimento da ordem jurídica total (governo central - União).<sup>1</sup>

Posteriormente, começa a haver uma separação no âmbito constitucional, criando-se atribuições específicas tanto para UNIÃO quanto para os ESTADOS-MEMBROS. É a época do **FEDERALISMO DUAL**. Não havia, neste período, áreas de atuação comum entre os entes federativos, tal fato gerou vários inconvenientes quando, por exemplo, certa matéria não estava na área de competência nem da União, nem dos Estados-membros, não sabíamos ao certo quem teria o poder e a legitimidade para agir. Acaba ocorrendo, por conseguinte, que a União avoca para si estas competências, mas esta expansão do poder central até a 1 Grande Guerra não diminui o poder e a prevalência do poder dos Estados-membros e dos Governos Locais.<sup>2</sup>

Percebe-se historicamente, que a partir de 1930, há um fortalecimento enorme e real do PODER CENTRAL em detrimento das ORDENS JURÍDICAS PARCIAIS (Estados-membros). Efetiva-se um certo enfraquecimento do Federalismo, principalmente devido à crise econômica do capitalismo - quebra da bolsa de valores de Nova York e as duas grandes guerras, determinando-se um momento de forte intervencionismo estatal na economia. Tal fato gera o chamado **FEDERALISMO CENTRÍPETO**, isto é, a maior parte das competências e poderes ficam com a União, passando os Estados-membros a depender muito dos repasses de receitas/verbas do governo central.

Durante as décadas de 40 e 50, através dos programas de ajuda federal aos Estados-membros conhecidos como *grant aids*, e do desenvolvimento de um sistema intergovernamental com efeitos

<sup>1</sup> Como lembra Baracho: "o papel mais importante do governo federal era o de servir aos Estados, principalmente nas áreas de assuntos externos e da defesa do comércio e do desenvolvimento nacional." (Novos Rumos do Federalismo - pp. 13). Ver teoria da soberania supra.

<sup>2</sup> A décima quarta e décima emenda à Constituição Norte-Americana ampliou um pouco a influência da União Federal.

centralizadores, a União auferir poderes ainda mais amplos e desproporcionais aos dos governos locais, ocorrendo em consequência deste processo centralizador uma constante intervenção federal em assuntos eminentemente estaduais e locais.

Nas décadas seguintes (1960/70), há um crescimento ainda maior da centralização do poder e das competências, e mesmo o chamado **FEDERALISMO DE NIXON** gerou ainda mais centralização do poder junto a União/Poder Central.<sup>1</sup> Ocorrem reflexos deste centralismo exacerbado no aumento da atividade reguladora do governo federal, espelhado também nas ditaduras ocorridas na América Latina.

Esta tendência centralizadora tende a descaracterizar o próprio Modelo Federal de Estado que passa a ser visualizado como mero sistema de um Estado unitário descentralizado constitucionalmente. É a partir do **Governo Reagan** que se tenta reestabelecer de maneira efetiva o equilíbrio entre a União Federal e os Estados-membros, definindo-se melhor as funções de cada ente federativo e distribuindo papéis constitucionais, visando a evitar a concentração de poderes que caracterizou o Modelo Federal nos EUA e no mundo de um modo geral dos anos 30 a década de 80.

Esta tendência, conforme se analisará proximamente neste trabalho, busca equilibrar o relacionamento do PODER CENTRAL com os PODERES LOCAIS, tendendo a criar uma cooperação para solução de problemas sociais comuns como saúde, educação, saneamento, habitação. É o chamado **FEDERALISMO COOPERATIVO**, no qual os entes federativos colaboram entre si para obter melhores resultados na implementação de políticas públicas. Este modelo aparece inicialmente na Alemanha, com a chamada Social-Democracia Alemã.<sup>2</sup>

## VII - CARACTERÍSTICAS DO MODELO FEDERAL NA ATUALIDADE:<sup>3</sup>

Depois de observado os conceitos de Federalismo, as teorias que visam a explicar o Modelo Federal de Estado, bem como os diversos estágios por que passou o MODELO FEDERAL ao longo da história da humanidade, tomando como base o modelo norte-

<sup>1</sup> J. Oliveira Baracho. Novos Rumos do Federalismo. In *Revista de Direito Público*, nº 65, p. 5-26.

<sup>2</sup> Federalismo Cooperativo ou Novo Federalismo são uma tendência moderna dos Principais Modelos Federais de Estado no mundo.

<sup>3</sup> L. Alberto David Araújo - Características comuns ao federalismo in *Por uma Nova Federação*, Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 39-52.

americano, citaremos resumidamente os principais caracteres que estariam presentes num ESTADO FEDERAL IDEAL<sup>1</sup>. Quais sejam:

**1-) Divisão de poderes/competências entre os entes federativos no plano constitucional;**

Para a formação de um federação, necessário se faz a definição e divisão de poderes e competências entre os entes políticos do Estado Federal (União, Estados-membros, Municípios, Províncias, Departamentos). Esta divisão de competências deve ser rígida e de modificação dificultosa, visando à manutenção das garantias do cidadão, bem como buscando estabelecer coerentemente os papéis de cada ente federativo.

**2-) Constituição Rígida e Escrita, na qual o Federalismo é princípio fundamental;**

Todo Estado Federal deve possuir uma Constituição Rígida, isto é, de difícil modificação por exigência de quorum mais elevado em relação às matérias infra-constitucionais. Nesta constituição rígida que deve ser também escrita, o FEDERALISMO deve aparecer como PRINCÍPIO FUNDANTE de toda a ordem jurídico-política, não podendo ser revogado da Carta Magna por nenhum procedimento legítimo. Seria, então, o MODELO FEDERAL DE ESTADO uma cláusula pétreia e fundamental.

**3-) Representação das Ordens Jurídicas Parciais frente à Ordem Jurídica Total;**

No modelo federalista, tende-se a dividir o poder para obter melhores resultados em termos econômicos, sociais e políticos. Mas é exato lembrar que a divisão do poder não deve implicar em isolamento entre as diversas esferas de Governo. As ordens jurídicas parciais, como os Estados-membros, devem participar da formação da vontade nacional, contribuindo com a Ordem Jurídica Total ( Estados-membros + União) através de órgãos específicos como é o exemplo do BUNDESRAT alemão.

**4-) Divisão das competências tributárias que permita o desenvolvimento de políticas públicas e a realização dos objetivos de cada ente federativo;**

De nada adianta um divisão de poderes/competências bem estruturada entre entes federativos no plano constitucional, sem haver a correspondente instituição de receitas próprias, a fim de que cada nível de governo possa implementar suas políticas públicas e sociais. Assim, junto ao *Federalismo Político* deve haver na Constituição a

<sup>1</sup> A expressão ideal deve ser tomada no sentido platônico de ser este Estado Federal Ideal uma mera utopia. Isto não exclui é claro que existam modelos que se aproximem do plano ideal como o Alemão.

contextualização de um *Federalismo Fiscal/Tributário* que descentralize receitas, dotando os membros do Pacto Federativo de tributos próprios, possibilitando aos entes federativos realizar com eficiência seus planos de governos. Conclui-se ser a autonomia fiscal uma das peças mestras do Modelo Federal de Estado.

**5-) AUTONOMIA dos entes federativos: capacidade de auto-legislação; auto-governo e auto-administração;**

Para se caracterizar um Estado Federal e não simplesmente um Estado descentralizado administrativamente, deve-se atribuir aos Estados-membros, além da autonomia tributária que esclarecemos no item anterior, também uma autonomia legislativa (poder de elaborar as suas próprias leis, respeitada as normas constitucionais); autonomia política (poder de eleger os governantes locais - governadores, prefeitos, presidentes de províncias, por exemplo) e autonomia administrativa (poder de coordenar com certa discricionariedade os objetivos e metas da Administração Pública local e regional).<sup>1</sup>

**6-) Existência de uma Corte Suprema que resolva conflitos entre os entes federativos;**

Uma Corte Suprema é extremamente necessária num Estado Federal, tendo como função primordial dar soluções aos conflitos que venham a existir entre os entes federativos, prolatando sentenças que apaziguem disputas e mantenham a estrutura federativa do Estado sem cisões e perturbações maiores. É o caso do Suprema Corte nos EUA.

**7-) Direito de Intervenção da Ordem Jurídica Geral sobre as Ordens Jurídicas Parciais, visando a manter a paz e a ordem na Estrutura Federal de Estado.**

O Direito de intervenção é poder exclusivo da Ordem Jurídica Central e visa a reestabelecer a paz e a ordem interna, evitando separatismos ou convulsões entre os entes de Direito Público. Constitui-se num **poder juridicamente vinculado e excepcional**, só devendo ser aplicado em situações extremas que gerem risco da quebra da Estrutura Federativa do Estado. A União é a mediadora e guardiã maior do pacto federativo, cabendo a ela utilizar-se do Direito de Intervenção, agindo sempre em conformidade com as decisões da Suprema Corte.

**8-) Soberania do Estado Federal e representação Internacional**

O Estado Federal possui unidade no plano internacional, isto é, somente quem pode assinar tratados internacionais que vinculem o Estado Federal nas suas partes ou no seu todo é a Ordem Jurídica

<sup>1</sup> J. Afonso da Silva. Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros. 1996

Central. Os Estados-Membros, de regra, não possuem poder para transigir ou estabelecer tratados na órbita internacional, exceção a tal fato são os *landers* alemães que possuem até mesmo autonomia em matéria internacional em relação a União Federal.

### VIII - CRÍTICAS E PROBLEMAS DO FEDERALISMO MODERNO

As principais críticas acerca do Modelo Federal de Estado são assinaladas por Dalmo Dallari quando afirma que "os que são contra a organização federativa entendem que o Estado Federal é inadequado para a época atual, em que, para atender a solicitações muito intensas, é necessário um governo forte. Um aspecto que nos últimos tempos vem sendo muito acentuado é o da planificação. O Estado, que atua muito, deve agir racionalmente, dentro de uma planificação global, para aproveitamento mais adequado e eficiente dos recursos sociais, econômicos e financeiros disponíveis. O Estado Federal dificulta, e às vezes impede mesmo, a planificação, pois é constitucionalmente impossível obrigar uma unidade federada a enquadrar-se num plano elaborado pela União. Paralelamente a isso, o Estado Federal, segundo se alega, provoca a dispersão dos recursos, uma vez que obriga à manutenção de múltiplos aparelhos burocráticos, sempre dispendiosos e desejando executar seus próprios planos. Argumenta-se ainda que a organização federativa tende a favorecer a ocorrência de conflitos jurídicos e políticos, pela coexistência de inúmeras autonomias, cujos limites nem sempre podem ser claramente fixados".<sup>1</sup>

Como se atesta, procura-se um novo modelo de Estado para responder a estas e outras questões que geram a famigerada CRISE DO ESTADO CONTEMPORÂNEO. O Modelo Federal sofre assim mudanças e muitas vezes, como visto, a União fortifica suas competências/poderes seja através da Jurisprudência (Modelo Norte-Americano) ou através das Leis (Modelo Brasileiro) para tentar responder de forma mais direta aos diversos problemas do Estado.

Acreditamos, entretanto, que os problemas poderiam ser resolvidos de modo mais racional através de soluções locais para os problemas locais do Estado, premiando e incentivando as práticas federalistas e democráticas de Estado e Governo. Assim, acompanhamos Ellis Kartz que afirma ser a criação e estruturação de governos estaduais e locais fortes o caminho mais eficiente para

<sup>1</sup> D. de Abreu Dallari. Elementos de Teoria Geral do Estado, Editora Saraiva, São Paulo, 1994, p. 220.

democracia e aperfeiçoamento do Modelo Federal de Estado, evitando-se decisões centralizadoras e muitas vezes divorciadas da vontade nacional.

## IX - CONCLUSÃO

Concluímos este trabalho introdutório, esperando ter explanado de forma esquemática o Federalismo e o Modelo Federativo de Estado em suas notas essenciais, incitando os espíritos mais aguçados do Direito - estudantes, estudiosos, professores e comunidade - a repensar e criticar o Estado Federal e seus caracteres básicos neste final de milênio.

Agradecemos a oportunidade de publicação deste trabalho à Revista Acadêmica, no seu Conselho Editorial, tencionando ter contribuído para a discussão de tema tão interessante e instigante (A Estrutura Federal de Estado) para a Ciência Política, Ciência do Direito e Teoria Geral do Estado, bem como colaborado na medida do possível para o soerguimento da glorificada e tradicional Faculdade de Direito nas comemorações do seus 170 anos.

## **Bibliografia Referencial**

- BARACHO, José de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo**. Editora: Forense. Rio de Janeiro. 1986
- BARACHO, José de Oliveira. **Novos Rumos do Federalismo**. in Revista de Direito Público; nº 65.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Por uma Nova Federação**. Editora Revista dos Tribunais. 1995.
- FEITOSA, Raymundo Juliano Rêgo. **Federalismo e organização dos Estados**. in O Jornal do Bureau Jurídico. setembro. 1996.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição. Editora: Saraiva. 1992.
- PELAYO, Manuel García. **Derecho Constitucional Comparado**. Editora: Alianza. 1991.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Editora Malheiros. 1996

## DO MANDADO DE SEGURANÇA

Roberto Costa Rodrigues (Aluno da  
Graduação em Direito da UFPE)

Simone Fernandes de Luna (Aluna da  
Graduação em Direito da UFPE)

**I - INTRODUÇÃO:** *Histórico, influência do HC no Mandado de Segurança e sua introdução no Ordenamento Jurídico Brasileiro*

Nos fins do século XVIII, o direito constitucional passou a resguardar a liberdade dos particulares contra o arbítrio e a preponderância dos próprios agentes do poder de Estado. Concisa e apropriada é a afirmativa do Mestre Celso Agrícola Barbi quando assevera: que "foi longo e penoso o caminho percorrido até hoje pelos indivíduos na luta contra os excessos do Poder Público".<sup>1</sup> Esta recorribilidade do indivíduo a um órgão do Estado, a fim de coibir o abuso e a ilegalidade de outros representantes do próprio governo, só se tornou possível mediante a adoção da técnica da separação das funções estatais, preconizada preeminente por Montesquieu.

A tripartição de poderes foi a fórmula encontrada para conter o poder pelo próprio poder. As declarações de direitos, por sua vez, traçaram o âmbito de proteção jurídica a ser deferida a todo cidadão, contra as intromissões do Estado. Contudo, faltava ainda assegurar a efetiva obediência a aqueles direitos solene e formalmente reconhecidos. Nesse plano situam-se, principalmente, o *habeas corpus* e o *mandado de segurança*.

Foi o *habeas corpus*, na verdade, a primeira tentativa pela qual se procurou limitar os poderes absolutos do soberano, ocorrida em 1215, no reinado de João Sem Terra, sem que, entretanto, na época ostentasse a plenitude que posteriormente viria a adquirir. Tanto foi assim, que nos séculos subseqüentes não se vigorou com a força que se poderia esperar, tanto foi de mister confirmar o instituto na própria Inglaterra, no curso dos séculos XVII e XVIII.

No nosso direito conforme visto acima, o *habeas corpus* também antecedeu ao mandado de segurança. Embora não previsto na Constituição de 1824, a legislação ordinária implantou o instituto

<sup>1</sup> *aut. cit.*, apud Hugo de Brito Machado in "Impetração de Mandado de Segurança pelo Estado", RT 706, agosto de 1994, p. 42

em nosso sistema ainda durante o império. Em 1891, o *habeas corpus* foi erigido à condição de garantia constitucional, pela Lei Maior deste ano. Mas, os demais direitos permaneciam não tutelados por formas especiais de acesso a Justiça.

Quanto à tutela de outros direitos, não havia qualquer preocupação no texto de 1891, a não ser com a locomoção. No entanto, a doutrina e a jurisprudência foram responsáveis por um movimento que, analisado a partir de uma perspectiva histórica, passou a denominar-se doutrina do *habeas corpus* que teve como marco inicial, uma petição de Rui Barbosa pleiteando ordem de soltura em favor de presos políticos.

Do período que vai de 1892 a 1926 houve um gradativo alargamento da utilização do *habeas corpus* até o ponto em que ele deixa de proteger diretamente a liberdade física para colher na sua malha tutelar a proteção de qualquer direito, para cujo exercício se fizesse imprescindível a liberdade de locomoção. Com esse fundamento concedeu-se *habeas corpus*, por exemplo, para asseguração da posse em cargo público de funcionário nomeado.

Neste sentido é a percepção do Professor Sérgio Sahione Fadel de que a "doutrina do *habeas corpus* e a jurisprudência, amparando certos direitos a rigor não enquadráveis dentro do verdadeiro espírito daquele instituto, veio demonstrar a necessidade de criação de um similar que protegesse e desse solução rápida aos direitos individuais dos cidadãos, na esfera civil".<sup>1</sup>

Foi na Constituição de 1934, que se introduziu em nosso ordenamento jurídico remédio específico: o mandado de segurança; ou como chamam os ingleses *writ*. Sendo o nosso mandado de segurança inspirado no "juízo de amparo" do Direito Mexicano e no *writ* do direito anglo-americano vigorava desde de 1841, para a defesa de direito individual, líquido e certo, contra atos de autoridade.

A proteção dada pelo mandado de segurança não é extensível a todo e qualquer direito. Requer-se que ele seja "Certo e Incontestável", nos termos da Constituição Federal de 1934, que adotara a proposta de João Mangabeira, tendo sofrido modificação na Constituição Federal de 1946, para "líquido e certo". A primeira tendência foi a de considerar como líquido e certo todo direito que fosse evidente, insuscetível de impugnação e cuja procedência não pudesse deixar de se reconhecer. Exigia-se pois, que o direito fosse translúcido, não só porque evidentes os suportes fáticos em que

<sup>1</sup> idem, p.43.

repousava, como também porque indiscutível o conteúdo do dispositivo invocado.

Entretanto, a liquidez e certeza do direito invocado tem um conceito Impróprio, mal-expresso. De qualquer sorte por ampararem-se situações e fatos comprovados de plano é que não há instrução probatória no mandado de segurança. Havendo apenas dilação para informações do impetrado sobre as alegações e provas oferecidas pelo impetrante, com subsequente manifestação do Ministério Público sobre a pretensão do postulante. Fixada a lide nestes termos, advirá a sentença considerando unicamente o direito e os fatos comprovados com a inicial e as informações.

**II- MANDADO DE SEGURANÇA :** *Conceito, natureza jurídica, cabimento, prazos, partes, intervenção de terceiros, objeto e espécies de mandado de segurança.*

É o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça (C.F., art. 5º, LXIX e LXX; Lei 1533/51, art. 1º). Nota-se que chegamos ao conceito de mandado de segurança, por exclusão.

O mandado de segurança, como a lei regulamentar o considera, é ação civil de rito sumário especial, destinada a afastar ofensa a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, através de ordem corretiva ou impeditiva da ilegalidade, de ordem esta, a ser cumprida especificamente pela autoridade, coatora. Sendo diferente das outras ações pela natureza de seu objeto e pela sumariedade de seu procedimento, que é próprio e só subsidiariamente aceita as regras do Código de Processo Civil.

Independe a origem ou a natureza do ato impugnado se : administrativo, judicial, civil, penal, policial, militar, eleitoral, etc. O mandado de segurança será sempre processado e julgado como ação civil, no juízo competente. Desta maneira já decidiu o STF, dizendo que "Mandado de segurança é ação civil, ainda quando impetrado contra ato de juiz criminal, praticado em processo penal".

Caberá mandado de segurança contra ato de qualquer autoridade coatora, porém, a lei excepciona contra os atos que comporte recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; contra decisão ou despacho judicial

para o qual haja recurso processual eficaz, ou possa ser corrigido prontamente por via de correição; contra ato disciplinar, a menos que praticado por autoridade incompetente ou que não tenha obedecido às formalidades do ato. Analisemos com vagar as hipóteses elencadas:

2.2.4- do ato que caiba recurso administrativo - o efeito normal do recurso administrativo é o devolutivo, pois para possuir efeito suspensivo depende o ato administrativo de norma expressa. Logo, todo ato administrativo que não se indique o seu efeito, permite-se a impetração de mandado de segurança. Será inadmissível a concomitância entre recurso administrativo com efeito suspensivo que independa de caução e mandado de segurança, Pois, estando os efeitos do ato administrativo suspensos, nenhum prejuízo estará sofrendo a parte, que justifique a impetração do mandado de segurança. No entanto, esta vedação não visa ao esgotamento da instância administrativa e sim que nesta instância possua o ato exeqüibilidade ou operatividade, que possa ser atacado com mandado de segurança. Onde, teríamos exiqüidade a partir do momento que cessam as oportunidades para os recursos suspensivos; e a operatividade, assim que o ato possa ser executado.

2.3.2- do ato judicial - outra matéria excluída do mandado de segurança é a decisão ou despacho judicial contra o qual caiba recurso específico apto a impedir a ilegalidade, ou admita reclamação correicional eficaz. Se porém, o recurso ou a correição não possuírem efeito suspensivo do ato judicial impugnado, é cabível a impetração para resguardo do direito lesado ou ameaçado de lesão pelo próprio judiciário.

2.3.3- do ato de dirigentes de estabelecimento particular - Há uma certa vacilação na jurisprudência quanto da possibilidade da impetração do mandado de segurança contra ato violadores de direito advindo de dirigentes de estabelecimento de ensino, bancos entre outros que desempenham funções delegadas pelo Estado. Nestes casos é de grande importância distinguir quando o ato é praticado com autoridade decorrente de delegação dos atos realizados no interesse interno e particular do estabelecimento. Os primeiros podem ser atacados por mandado de segurança, enquanto que para os segundos atos é inadmissível o mandado de segurança.

2.3.4- do ato disciplinar - atualmente, o que vemos é uma tendência de nossa jurisprudência em admitir o mandado de segurança contra ato disciplinar. Visto que, a nossa Constituição Federal estabelece que o mandado de segurança visa a proteger todo direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, qualquer que seja a autoridade

**coatora.** Logo, tira-se qualquer limitação quanto a autoridade a ser atacada por mandado de segurança.

Com relação ao prazo, este será de 120 (cento e vinte) dias para impetração do *mandamus*, a contar da data em que o interessado tiver conhecimento oficial do ato a ser impugnado. Sendo este prazo decadencial do direito de impetração, e, sendo assim, não se suspende nem se interrompe desde que iniciado. Como exposto acima, o transcorrer do prazo terá início quando o ato tornar-se exeqüível e operante. O pedido de reconsideração, na via administrativa, não interrompe o prazo para a impetração do mandado de segurança. (STF, Súmula 430).

Nos ato sucessivos, o prazo renova-se a cada ato e no caso de omissão ou inércia da Administração não correrá.

Quanto ao problema da impetração do mandado de segurança em juízo incompetente, o STF, já decidiu que não há caducidade do prazo desde de que protocolado dentro do prazo de cento e vinte dias. (Art. 113, § 2º do CPC). As partes que compõem o mandado de segurança são impetrante (titular do direito), o impetrado (autoridade coatora) e o Ministério Público (parte autônoma).

Além destes poderemos ter outros interessados que poderão entrar no feito, desde que tenham legitimidade, como litisconsortes ou assistentes, tais como: a) o impetrante - para ter legitimidade ativa, terá que ser o titular do direito individual ou coletivo líquido e certo. O mandado de segurança mesmo estando incluso nos direitos e garantias fundamentais, não exclui a possibilidade de sua utilização por pessoas jurídicas, órgãos públicos despersonalizados, e por universalidades patrimoniais; b) o impetrado - é a autoridade coatora, e não a pessoa jurídica ou o órgão a que a pessoa pertence.

Quanto à posição da autoridade coatora, devemos distinguir o momento em que estas ingressarão no processo, pois a União, os Estado e o Distrito Federal, só entram num processo de mandado de segurança como litisconsortes ou assistentes, por seus procuradores, enquanto que o município já integra a lide com o ingresso do prefeito no processo; c) o Ministério Público - é oficiante necessário no mandado de segurança, não como representante da autoridade coatora, como possa parecer e sim como mero fiscal da correta aplicação da lei.

A falta de intimação do Ministério Público acarreta a nulidade do processo, a partir do momento em que deveria officiar no feito; d) o terceiro prejudicado - este pode recorrer extraordinariamente, segundo o art. 499 do CPC. O terceiro prejudicado é aquele que,

embora não sendo parte da lide, sofre prejuízo com a decisão da instância ordinária.

O Litisconsórcio e a Assistência são admitidos no mandado de segurança. Diante dessa possibilidade, caberá ao juiz verificar preliminarmente, se ocorrem as hipóteses do Código de Processo Civil, art. 46 a 55. Poderemos ter também litisconsórcio e a assistência no mandado de segurança coletivo. Segundo o que enuncia o art. 19 da Lei nº 1.533/51, aplicam-se ao processo de mandado de segurança os artigos do Código de Processo Civil que regulam o litisconsórcio. Entenda-se por litisconsórcio o resultado da cumulação subjetiva de processos, por atuarem vários autores contra um só réu litisconsórcio ativo) ou um ator contra vários réus (litisconsórcio passivo), ou vários autores contra diversos réus (litisconsórcio misto). Quanto à obrigatoriedade da ocorrência, poderemos ter: a) o litisconsórcio necessário - quando a causa pertence ao conjunto de partes e não a um isoladamente. Logo, a ação não pode seguir sem a presença de todos no feito, sob pena de nulidade do julgamento; b) litisconsórcio facultativo - nos termos do art. 46 do CPC, hipótese em que o réu pode litigar conjuntamente com outra pessoa, por ocasião de afinidades de questões, conexão de pedido ou de causa de pedir, comunhão de direitos ou de obrigações ou quando os direitos ou obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito. Vale salientar que a Lei nº 8.952/94 acrescentou o parágrafo único ao art. 46, de modo a permitir que o juiz limite o nº de litisconsortes facultativos, em nome do bom andamento da natureza da causa, ficando ao critério subjetivo do julgador avaliar o grau de prejuízo da extensão do litisconsórcio para a rápida solução do litígio.

Quanto à atividade dos litisconsortes, o art. 48 do CPC disciplina que salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos; de modo que os atos e omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros.

O objeto do mandado de segurança será sempre a correção do ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo ao direito. Não se permite mandado de segurança contra atos normativos (lei em tese). Necessário seria a conversão da norma abstrata ao concreto. Somente as leis e decretos de efeitos concretos tornam-se passíveis de mandado de segurança. Logo, o objeto do mandado de segurança é o ato administrativo específico, mas por exceção presta-se a atacar as leis e decretos de efeitos concretos, as deliberações legislativas e as decisões judiciais para as quais não haja recurso.

Há, ainda, o Mandado de Segurança Coletivo que, segundo a Constituição Federal, pode ser impetrado por :

- a) Partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) Organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros e associados.

Não se cuida, pois, de uma nova garantia constitucional. Estamos diante do velho mandado de segurança, com ampliação quanto a legitimação para a sua propositura. Diversamente se tem procurado entender, parecendo a alguns tratar-se de uma espécie de mandado de segurança também modificado no particular dos pressupostos de sua admissibilidade. O que não é correto.

O inciso LXX prescreve que "o mandado de segurança coletivo poderá ser impetrado por..." À toda evidência, ele se preocupa em apontar os sujeitos autorizados a impetrar a segurança coletiva, sem definir o que seja o mandado de segurança coletivo, nem lhe indicar os pressupostos em termos diversos dos que foram prescritos, no inciso LXIX, para o mandado de segurança individual. Limita-se a dizer que os sujeitos referidos nas alíneas a e b podem impetrar segurança em favor de outrem (como substitutos processuais), sem dispensar para esse mandado de segurança as exigência já postas precedentemente: direito líquido e certo; ato de autoridade ilegal ou abusivo; lesão ou ameaça de lesão decorrente deste ato para aquele direito.

Entendemos, diversamente, que os direitos que podem ser objeto do mandado de segurança coletivo são os mesmos direitos que comportam defesa pelo mandado de segurança individual. Trata-se apenas de uma solução inteligente e prática de permitir a aglutinação num só *writ*. O ganho será a economia processual, celeridade, coerência de decisões etc., inúmeras vantagens somadas, com poucos riscos de prejuízo individual, e assim mesmo remediáveis.

### III - PROCEDIMENTO MANDAMENTAL: *Competência, impetração, liminares(suspensão e restrições a sua concessão), sentença mandamental (ônus sucumbencial e execução)*

O momento crucial para a admissibilidade do mandado de segurança é a escolha correta da autoridade dita coatora e seu perfil funcional e hierárquico

Inobstante ser o Mandado de Segurança um ação de natureza especial, não pode-se retirar do juiz o "dever-poder" de examinar, antes de debruçar-se no mérito, seus pressupostos processuais e condições da ação. Logo, em sendo a competência um desses

pressupostos neurálgicos de admissibilidade da ação, se submetermos o writ à autoridade incompetente, poderá ser indeferida de plano, por mais adequado que seja seu cabimento e liquidez de direito.

Neste norte, lembra o Professor Adhemar Ferreira Maciel, que "nas ações não especiais, se assim podemos dizer para diferenciar, a competência do órgão judicante é fixada de acordo com a matéria em lide, com o valor da causa, com o território, com as pessoas do litigante. Já no Mandado de Segurança, o critério é sobretudo em função da *ratione numeris*, isto é, tendo em conta a função ou cargo da autoridade coatora(...). Desse modo, o território onde se acha sediada a autoridade coatora e a própria matéria são critérios definidores da competência".<sup>1</sup>

São critérios de fixação de competência:

a) qualificação da autoridade, com vista ao seu poder de centralização do ato tido como ilegal ou abusivo: sob esse parâmetro, por exemplo, não poderíamos impetrar MS contra ato de autoridade federal não indicadas em normas especiais, na Justiça Comum, posto que o nível hierárquico seria inferior e inoperante seria a atuação da decisão frente à Justiça Federal, com recurso para 2ª instância (TRFs). No sentido oposto, também competente seria a impetração de MS contra atos de autoridades estaduais e/ou municipais frente ao juízo da respectiva comarca, circunscrição ou distrito, em consonância com a Lei de Organização Judiciária de cada Estado. Ressalvando-se, a tempo, a determinação constitucional que atribuiu competência ao Tribunal de Justiça dos Estados o julgamento dos Prefeitos (art. 29, VIII).

b) a base territorial em que atua o juízo: porquanto não poderá apreciar a matéria o juiz federal do Acre, por exemplo, quando a lide transcorrer no Rio Grande do Sul.

Conforme os ensinamentos do saudoso Professor Hely Lopes Meirelles, acerca da desnecessidade do critério em razão da natureza do ato impugnado, preceitua que "para a fixação do juízo competente em Mandado de Segurança não interessa a natureza do ato impugnado, o que importa é a sede da autoridade coatora e sua categoria funcional, reconhecida nas normas da Organização Judiciária pertinentes.

Neste sentido, se a impetração foi dirigida a juízo incompetente ou no decorrer de processo surgir fato ou situação jurídica que altere a

<sup>1</sup> aut. cit., apud Francisco A. de Oliveira, in "Mandado de Segurança e Controle Jurisdicional - Mandado de Segurança Coletivo e Enfoques Trabalhistas, RT, SP, p.100

competência julgadora, o Magistrado ou Tribunal deverá remeter o processo ao juízo competente".<sup>1</sup>

Todavia, o mesmo publicista, ao longo de sua narrativa, alerta para a necessidade de atentarmos para que se houver Varas Privativas Estaduais ou Justiças Especializadas (Trabalhista, Eleitoral ou Militar), o **mandamus** que versar sobre tais contendas será sempre da competência dessas Varas, "visto que a competência dos juízes cíveis é unicamente para solucionar questões de Direito Privado, entre particulares e não de Direito Público entre administradores e a Administração".<sup>2</sup>

Corrente jurisprudencial mais rigorosa considera motivo de decretação de carência de ação o erro na indicação da autoridade coatora. Comungam desse entendimento o juiz do TRF da 1ª Região, Ademar Ferreira Maciel. Acordando também encontramos o articulista Adolf Wach, conforme vários julgados.<sup>3</sup>

Entretanto, posicionamento mais liberal, apresentado pelo tão citado Hely Lopes Meirelles, entende que a errônea indicação da autoridade coatora não deve conduzir à carência da ação; devendo o impetrante ser notificado para corrigir a indicação, até mesmo em homenagem ao princípio da economia processual; ou, ainda, o juiz notificando a autoridade coatora correta (art. 113, § 2º, do CPC).

Além do argumento da economia processual, também destacam os adeptos dessa corrente que, no mais das vezes quão complexa é a estrutura dos órgãos administrativos que nem sempre se configura possível ao impetrante identificar com precisão o agente coator. Há, inclusive, adesão mais recente desta postura, conforme as jurisprudência colacionadas, RT 576/69, TJSP.

Outro aspecto oportuno de se destacar acerca do item - competência - diz respeito à possibilidade de intervenção no Mandado de Segurança.

Quanto à intervenção da União Federal, Estado ou suas Autarquias no feito, ocorrerá o deslocamento da competência, respectivamente para a Justiça Federal ou da Vara Privativa Estadual desde que para tanto evidencie-se o interesse direito e jurídico deles na decisão do mérito.

À semelhança do que se verifica com qualquer ação, o Mandado de Segurança inicia-se com a petição inicial que deve

<sup>1</sup> aut. cit., in "Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data", 14ª ed., Ed. Malheiros, SP, p. 52/53.

<sup>2</sup> idem, p. 54

<sup>3</sup> AMS 110.291-RJ, Rel. Min. Pedro Acioli, DJU 28.08.86, p.15081; AMS 99.059-PB, Rel. Min. Carlos Thibau, DJU 09.10.86.

atender às exigências do art. 282 do CPC, porquanto somente através dele se inicia a ação.

A linguagem da peça exordial deve ser clara, sem "malabarismos intelectivos", mas não deve perder a terminologia jurídica. Deve ser instruída com todos os documentos que a instruírem, posto que se exige a prova pré-constituída e não comportará, pelo seu rito célere, a instrução probatória.

Todavia, em havendo necessidade de documentos que não estejam à disposição do impetrante, por encontrar-se em poder do impetrado, ou por este tê-los omitido; caberá ao julgador requisitá-los para compor a instrução do processo, o que definitivamente não pode ser confundido com DILAÇÃO PROBATÓRIA.

De posse da inicial, o juiz examinará da existência ou não dos pressupostos processuais e condições da ação, bem como da presença dos requisitos especiais para impetração do MS. Constatada a falta de qualquer deles, indeferirá a inicial e determinará o arquivamento dos autos; salvo se as falhas apresentadas forem supríveis, fato este que ensejará a notificação ao impetrante para emendar a inicial, a teor do que dispões o art. 284 do CPC.

Registre-se, ainda, que do indeferimento da petição inicial, poderá a parte interpor Apelação Cível, com base no art. 8º da Lei nº 1.533/51, no tempo hábil, sob pena de arquivamento dos autos. Restando, ainda, ao impetrante a possibilidade de renovação do pedido noutra *via*, já que não fora apreciado o mérito (art. 18 da Lei nº 1.533/51).

Em sentido oposto, deferindo-se a inicial, o juiz ordenará a notificação pessoal do impetrado, através da autoridade apontada como coatora (agente do ato ilegal/abusivo). Tal notificação, tem efeito de citação, posto que as informações têm valor de defesa; podendo, entretanto, serem elaboradas e assinadas pessoalmente pela autoridade coatora, apesar de recomendar-se uma assistência jurídica (art. 7º, II). Juntamente com sua " versão dos fatos", poderá a autoridade coatora carrear aos autos novas provas sobre os mesmos.

Polêmica questão está em saber se a ausência de informações implicaria ou não nos efeitos da revelia. Os autores se dividem: Humberto Theodoro Júnior e Adhemar Ferreira entendem que sim, posto que a natureza dessas informações é de defesa. Diferentemente concebe Celso Agrícola Barbi quando assevera que a regra da revelia não pode ser aplicada a procedimentos regidos por leis especiais, em sintonia com a própria Lei 1.533/51, no seu art. 10. Nesse sentido posiciona-se a Jurisprudência dominante.

Todavia, encontramos, ainda, uma posição Intermediária sustentada por nosso Festejado Hely Lopes Meirelles ao afirmar: " A omissão das informações pode importar em confissão ficta dos fatos argüidos na inicial, se a isto autorizaria a prova oferecida pelo impetrante".<sup>1</sup>

O pressuposto básico da liminar é que mesmo após a sua concessão, permanece "in natura" o direito invocado pelo impetrante. Ou seja a providência liminar não pode ter o cunho satisfativo nem exaustivo que eqüivalha a uma antecipação da tutela jurisdicional. Dessa forma, não se pode persistir com a semelhança que se atribui à Liminar de "exceção ao princípio do devido processo legal". Ao contrário, é uma etapa naturalmente integrante dele, haja vista que na ausência de outras medidas tão eficazes e imediatas para evitar/reparar o dano irreparável a direito líquido e certo, ele é imprescindível.

Em decorrência à inserção do provimento de liminar no corolário do DUE PROCESS OF LAW, é inconstitucional norma que a proíba, transitória ou definitivamente.

Atualmente, a própria Lei nº 1.533/51, no seu art. 7º, II, não mais alude à gravidade ou irreparabilidade da lesão ou à sua iminência. Na verdade, o que importa para ensejar a concessão da liminar é a indispensabilidade de se sustar, através desse remédio transitório e precário, um dano que realmente estava na iminência de se efetuar ou que já se concretizara; precisando, portanto, ser sustado.

Dessa forma, a liminar não pode ter cunho reparatório ou satisfativo, de maneira a atender imediatamente o pleito do impetrante. Inversamente da antecipação da tutela jurisdicional, ela (liminar) é, tão-só, um **remédio heróico**, na falta de recurso ordinário que tenha o condão de prontamente sustar os efeitos do ato ilegal.

Assim, da dicção da Lei nº 1.533/51, art. 7º, II, o juiz evidenciando a relevância do fundamento (*fumus boni iuris*), a liquidez de direito e a necessidade de medida emergencial diante do perigo da demora de um recurso ordinário (*periculum in mora*), desde que requerido seja pelo impetrante (pressuposto subjetivo), deve conceder a liminar.

Com efeito, esta medida não uma liberalidade do julgador, nem está ao seu bel talante. Ao revés, é um dever-poder do julgador, posto não poder ser indeferida quando presentes seus pressupostos (objetivos e subjetivos); nem concedida nas faltas daqueles.

<sup>1</sup> aut.cit., ob.cit., p.24

Substancialmente, a concessão de liminar não implica em prejuízo da matéria, não atendendo a direitos nem atribuindo encargos. Trata-se, tão-somente de medida acauteladora, justificada pela iminência de dano irreparável.

Na letra da lei, a liminar tem prazo máximo de 120 dias. Entretanto, não se pode levar a cabo tão rigidamente este lapso temporal, pois pela própria natureza acauteladora e precária da medida, ela poderá ser tantas vezes concedida e cassada conforme a presença ou ausência de seus pressupostos. Do contrário, segundo as palavras do Mestre Sérgio Ferraz: "...limitá-la de outra forma no tempo é flagrante e aberrante inconstitucionalidade. Na verdade, a liminar existe para a salvaguarda do direito que é discutido, e, assim, há de considerar-se íntegra enquanto presentes seus pressupostos".<sup>1</sup>

Desta feita, apenas o transcurso do prazo da liminar não acarreta automaticamente sua extinção, sendo necessário que o juiz que a concedeu a casse expressamente, pois, do contrário, conforme situações excepcionais, por exemplo, e havendo possibilidade de recursos, até o trânsito em julgado e até mesmo após o prazo para rescisória (2 anos); se houver perigo de dano de difícil reparação autorizar-se-á a sua concessão, ou melhor, a sua persistência.

Portanto, apesar de controvérsias sobre se a liminar deve ou não subsistir, mesmo depois da sentença denegatória da segurança; a Jurisprudência do STF inclinara-se para sua cassação, nesta hipótese.

Porém, autores mais cautelosos, tratam do tema com certo casuísmo, ao entender que se deve observar o seguinte: se o juiz não a cassou expressamente e subsistirem perigos à iminência de dano irreparável, tendo em vista a efetividade da medida e toda a possibilidade de recursos da decisão denegatória.

Assim, recomenda-se que ela subsista para aguardar a recorribilidade recursal. Desse modo, conclui-se que julgamento de mérito e concessão de liminar são pronunciamentos autônomos, visto que o proferimento daquele não leva, automaticamente, à revogação desta.

Incontestável é a natureza temporária e não satisfativa da liminar em Mandado de Segurança. Logo, admite-se sua suspensão, bem como a dos efeitos da sentença para "evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas" (art. 13, Lei 1.533/51).

Trata-se de uma providência drástica e excepcional, que somente justifica sua suspensão se ferir bens maiores do que o próprio

<sup>1</sup> Rodrigues, Marcelo Abelha, in "Mandado de Segurança - Liminar e recorribilidade", RP n° 78, p.257

direito líquido e certo do impetrante. Do despacho suspensivo, exige-se motivação e fundamentação jurídica, por parte do Presidente do Tribunal.

A possibilidade de recursos contra decisão do relator, concessiva ou não da segurança em MS originário do Tribunal, nas hipóteses acima elencadas, faz-se mediante requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada ou do Procurador Geral da República, cabe o pedido de suspensão (que tem natureza cautelar), dirigido a Presidente do STF (em recurso extraordinário) e ao Presidente do STJ (recurso especial).

Nesse sentido, vale destacar as palavras do Exmo. Min. do STJ Athos Gusmão de Carneiro ao lembrar que: "a concessão ou a denegação de liminar envolve **decisão** (e não mero despacho) é a decisão de natureza cautelar que pelas suas conseqüências, cumpre seja sempre cuidadosamente ponderada pelo magistrado, o qual examinará o pedido cautelar não apenas sob os fundamentos apresentados pelo impetrante, como também pelas conseqüências relativamente à entidade de direito público (que está no pólo passivo da relação processual) e aos eventuais interessados que intervierem no processo".<sup>1</sup>

Em contrapartida, também deve ser assegurado o direito de pedir a suspensão da segurança às pessoas e às entidades privadas que, em litisconsórcio passivo, devam suportar os efeitos da concessão.

Já no caso de concessão indevida de liminar, v.g., por ausência dos pressupostos objetivos e/ou subjetivos; cabível será a admissão do Agravo de Instrumento ou Agravo Regimental dirigido ao órgão competente, no âmbito do tribunal para o julgamento do próprio **mandamus**.

Inversamente, se indeferida a liminar, em ação de competência originária do Tribunal, terá cabimento agravar-se da decisão.

Em suma, em "sendo as liminares, tipo de decisão interlocutória, e, portanto, recorríveis pelo recurso de agravo, bem como pela via do Agravo Regimental, consoante dispositivo do respectivo órgão julgador; evidencia-se que em ambas as hipóteses nada mais se estaria fazendo do que consagrando o princípio da recorribilidade das decisões judiciais que visam ou almejam alcançar a melhor e justa decisão"

<sup>1</sup> aut.ci., in "Mandado de Segurança Individual e Coletivo - Aspectos Polêmicos", Ed. Malheiros, SP, 1192, p.114

Há específicas vedações a liminares, através de disciplinamentos em leis ordinárias, por exemplo :

a) **Lei nº 2270/56** - supressiva de liminares em ações visando a liberação de bens e mercadorias de origem estrangeira com o objetivo de coibir a prática abusiva de importação de veículos, posto que, ao cassarem-se as liminares, no sistema recursal os bens já estariam espalhados pelo país em poder de 3<sup>os</sup> e não mais seriam encontrados;

b) **Lei nº 4348/64** - proibitiva de medidas liminares em MS com o objetivo de "reclassificar ou equiparar servidores públicos ou concessão de aumentos ou extensão de vantagens, haja vista criarem-se situações dificilmente reversíveis, por infundamento dos impetrantes;

c) **Lei nº 7969/89** - veda liminares em ações cautelares atípicas, nos casos em que incabíveis casos similares, na via mandamental, pois, evitar-se-ia que a parte através de liminar, contornasse uma vedação legal; e

d) **Lei nº 8076/90** - que proibia até 15.02.92 a concessão de liminares em MS e processos cautelares, relativas às medidas econômicas do Plano Collor.

Substancialmente as sentenças em Mandado de Segurança podem ser de duas ordens: a) terminativas e b) definitivas. Quanto ao primeiro tipo, este dá-se, quando o julgador, mesmo tardiamente, verifica que falta um dos pressupostos processuais e/ou condições da ação, posto que tal deveria ter sido apurado na fase inicial. Entretanto, se tal ocorrer, caberá ao juiz extinguir o processo sem julgamento do mérito; possibilitando ao impetrante renovar o pedido noutra ação.

Quanto à hipótese de sentenças de mérito, esta se dará quando vencida a fase de aprovação dos pressupostos processuais, condições da ação, pressupostos específicos do mandado de segurança, o julgador decidirá pela procedência ou não do pedido. Dispõe o art. 10 da Lei nº 1.533/51 que findo o prazo a que se refere o art. 7º e ouvido o Ministério Público, dentro de 05 dias, os autos serão conclusos ao juiz que independentemente de solicitação da parte deverá proferir, em 05 dias, seu *decisum*; tenham sido ou não apresentadas as informações da autoridade coatora. Portanto, não será permitida contraprova do impetrante frente às alegações do impetrado, sob pena de que se assim se permitisse, violar-se-ia o requisitos da prova pré-constituída.

Os efeitos da sentença podem ser **repressivos**, quando a violação a direito líquido e certo já se efetivara e **preventivos**, quando o MS tem por escopo evitar a prática do ato ilegal da autoridade.

Ao proferir uma sentença de mérito, quer concedendo ou denegando a segurança, o juiz condenará a parte vencida (sucumbente) a arcar com o ônus de sua derrota (ônus sucumbencial), que compreenderá as custas processuais e os honorários advocatícios do patrono do vencedor.

Inobstante esta ser a regra geral, não é pacífico o cabimento de honorários advocatícios em MS; quer porque se tende a fazer analogia desse remédio jurídico com o instituto do Habeas Corpus; quer por se achar muito difícil arbitrá-los a uma autoridade pública vencida, principalmente quando impetra-se o writ contra ato judicial.

A questão precisa ser analisada por partes. Senão vejamos: Primeiramente, verifica-se que a Lei de Mandado de Segurança não contém nenhum dispositivo que restrinja tal arbitramento; logo, sendo o MS uma ação civil e não tendo qualquer contradição com disposição de seu disciplinamento específico, deve este instituto ser regido, ordinariamente, pelo teor do que dispõe o CPC.

Em segundo lugar, não seria justo onerar o vencedor numa contenda, que já obteve a prolação de ser ele o dono do melhor direito, ainda ter que arcar com o pagamento dos honorários de seu patrono, cujo trabalho ele não deu causa.

Além do mais no caso do vencido ser a autoridade pública coatora do ato ilegal, sua condenação no ônus sucumbencial, só viria a corroborar sua responsabilidade objetiva, preceituada no art. 37, § 6º da CF/88.

E, finalmente, não há com se pretender estender ao MS a isenção da verba honorária, por ocasião da sucumbência, posto que nos casos do Habeas Corpus, da Ação Popular e da Ação Civil Pública, tal benesse dá-se exclusivamente pela natureza das matérias tratadas nas referidas ações quais sejam, respectivamente, matéria criminal e interesse coletivo (direitos coletivos e/ou difusos); ao passo que o direito invocado no Mandado de Segurança é de natureza pessoal (individual ou coletiva) que somente ao impetrante interessa e por ele deve arcar com a possibilidade de se ver vencido na lide.

A controvérsia sobre o cabimento ou não da fixação da verba honorária tomou vulto com a Súmula nº 512 do STJ que entendia "... que, em decorrência da especial natureza desta ação, de índole tão nobre que não se confunde, constitucionalmente com o Habeas Corpus e pela causa da "...dificuldade da condenação, particularmente quando se cuidar de mandado requerido contra ato judicial..." (RSTJ 52/360).

Porém, como bem assinalou o Mestre Carlos Ari Sundfeld : "Não há como confundir o Habeas Corpus com o Mandado de Segurança,

embora ambas as ações tenham assento constitucional específico (CF, art. 5º, LXVIII e LXIX). Não é porque não se trata, como é comum se verificar, de um **remédio heróico** que a disciplina infraconstitucional deve apartar a ação de segurança das demais ações civis" <sup>1</sup>

Morfologicamente, a execução da sentença refere-se ao seu aspecto mandamental. Ela processa-se desde que seus beneficiários comprovem que preencheram os pressupostos da sentença para a implementação das vantagens nela dispostas, evidenciando-se numa ordem do juiz à pessoa jurídica, cuja autoridade praticou o ato ilegal ou abusivo. Assim, a execução da sentença consubstancia-se num comando direto, específico e **in natura**, sem possibilidade de ser substituída por reparação pecuniária.

Em essência, o comando liminar ou sentencial é para que a autoridade coatora cesse a ilegalidade do ato. Porém se a ordem mandamental não for cumprida, impossível será ter-se a execução forçada, pois, assim estar-se-ia violando a esfera administrativa. O que ocorrerá desse descumprimento de ordem judicial são repercussões nos campos: penal (crime de desobediência ou resistência à ordem judicial, crime de prevaricação ou de responsabilidade) e constitucional (intervenção, nos termos do arts. 34, VI e 35, IV da CF/88), sem, todavia, prejudicar as sanções de ação própria.

#### IV - MOMENTO RECURSAL: Recursos admissíveis e questões processuais

Em consonância com o princípio da recorribilidade das decisões judiciais, também em sede mandamental na possibilidade de recorrer-se dessas decisões.

Inicialmente, dispõe a Lei nº 1.533/51, no seu art. 5º que a petição inicial poderá ser desde logo indeferida quando não for o caso de mandado de segurança ou quando ausentes um dos pressupostos processuais e/ou condições da ação, bem como na falta de qualquer dos requisitos objetivos e/ou subjetivos especiais do **writ**. Em tal ocorrendo, tal decisão indeferitória poderá ser revista através de Apelação Cível (art. 513 do CPC, que faz remissão aos art. 267 e 269 do CPC), a teor do que dispõe o art. 12 da Lei nº 1.533/51.

Em geral, poderíamos dizer que podem recorrer da decisão: o vencido, o Ministério Público e 3ºs interessados direta e juridicamente na decisão, como intervenientes litisconsorciais ou assistenciais.

<sup>1</sup> aut. cit., "Apontamentos sobre Honorários Advocaticios em Mandado de Segurança", Revista dos RF 1ª Região, BSB, out/dez/94, p.26

Quanto ao elenco de recursos, poderemos enumerar os mais importantes:

- a) **Apelação Cível** - Em duas situações : 1) da decisão que decretar a carência de ação, por indeferimento da inicial; 2) da decisão que apreciando o mérito conceder ou denegar a segurança. Em geral, neste caso a sentença conduz à formação da coisa julgada, salvo se a segurança foi denegada por insuficiência de provas;
- b) **Recurso de Ofício** - da sentença que conceder a segurança, em observância ao princípio do duplo grau obrigatório (art. 12, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51);
- c) **Agravo Regimental** - do despacho do Presidente do Tribunal que suspendeu a execução da sentença ou cassou a liminar (art. 13 da Lei nº 1533/51; Lei 4348/64, art. 4º, Ri do STF, art. 297). Nesse sentido também se apresenta a Súmula 506 do STF;
- d) **Recursos Constitucionais** - São de três espécies: 1) Recurso Ordinário, qualquer que seja o valor da impetração, desde que o acórdão incida nos permissivos constitucionais (CF, arts. 102, II, a e 104, II, b) e seja denegada a segurança; 2) Recurso Especial (art. 105, III), quando for cabível das causas decididas em única ou última instância pelo Tribunal do Estado, do Distrito Federal e dos Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal ou negar-lhe vigência ou, ainda, quando julgar válida lei ou ato do governo local, contestado em face de lei federal; 3) Recurso Extraordinário (art. 102, III) - cabível nas causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo desta CF, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou julgar válida lei ou ato de governo local contestado pela CF/88;
- e) **Embargos de Declaração** - apesar de não ter a verdadeira natureza de recurso, posto ser um incidente processual com o fim de esclarecer ou elucidar questões omitidas ou dúvidas restadas; se o entendermos como recurso, em sentido lato, não encontraremos óbice ao seu cabimento em sede mandamental;
- f) **Embargos Infringentes** - trata-se de admissibilidade controvertida, posto existir Súmula 597 do STF que preceituou seu incabimento, **In verbis**: "Não cabem Embargos Infringentes de acórdão que em Mandado de Segurança, decidiu, por maioria de votos a apelação". Porém, tal posicionamento tem base no fato de que o efeito suspensivo do referido recurso não se coaduna com o rito célere do *mandamus*, apesar de não haver dispositivo proibitivo na sua regulamentação. Entretanto, oposto é o posicionamento de alguns doutrinadores, dentre eles Sérgio Ferraz, Hely Lopes Meirelles, na medida em que admitem os Embargos Infringentes no Mandado de

Segurança, porquanto tal admissão não se confronta com a especificidade do instituto:

g) **Agravo de Instrumento** - das decisões interlocutórias em Mandado de Segurança, nos precisos termos do art. 522 do CPC, sob pena de abrir-se porta larga para medidas procrastinatórias e, atualmente, com efeito suspensivo (Lei nº 9139/95). Quanto aos prazos recursais, estes se regerão pelas normas do CPC, observando-se sua duplicidade para a Fazenda Pública, para o Ministério Público e para os litisconsortes com procuradores diferentes. Tal lapso temporal se inicia com a notificação da autoridade coatora para o cumprimento da ordem (STF, Súmula 392). Entretanto, não exercido o direito de recorrer até o trânsito em julgado e observando-se a preclusão para tais atos, a sentença da segurança que apreciou o mérito faz coisa julgada e só é passível de ser desfeita por meio da Ação Rescisória.

Diante da celeridade processual e da natureza heróica do Mandado de Segurança, ele goza de determinadas prerrogativas, em relação aos demais institutos processuais, quais sejam alguns:

a) **tramitação nas férias forenses** - O MS deve ser processado e julgado, mesmo nas férias forenses coletivas, tanto quanto à concessão de liminar quanto no proferimento da decisão meritória, em nome da celeridade que o instituto requer e necessita para sustar a ilegalidade;

b) **Arguição de incidentes** - é inadmissível, visto prescindir de prova pre-constituída para a liquidez e certeza do direito invocado, por exemplo: perícia para apurar falsidade documental, questões acerca da existência da relação jurídico-processual;

c) **Alteração do pedido ou dos fundamentos** - também não é admitido no MS, pois o que se aprecia no "writ" não são os fatos, mas a ilegalidade do ato praticado pela autoridade coatora; pois, se estivessem em jogo os fatos, em si, a autoridade coatora poderia repeli-los e beneficiar-se na sua defesa já que ao impetrante é vedado contra argumentar às informações prestadas pela autoridade;

d) **Atendimento do pedido antes da sentença** - não é admissível, primeiramente, porque a liminar não pode ser confundida com ação cautelar, tampouco ter caráter satisfativo e exaustivo que configurasse a antecipação da tutela jurisdicional; em segundo lugar porque somente com o julgamento do mérito se faz um juízo de valor dos fatos e da própria ilegalidade do ato;

e) **Valor da Causa** - À semelhança das demais causas civis, o Mandado de Segurança exige o arbitramento do valor da causa, cujo montante deve corresponder ao do ato impugnado, quando for susceptível de quantificação.

**V - MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL:** Alterações com a Lei nº 9.139/95 - "O Novo Agravo"

Já é cediço que dentre as funções do Estado está aquela de dizer o melhor direito (*juris dictio*) através do seu aparelhamento judicial que, somente por provocação compõe a lide e se sobrepondo às partes decide imparcialmente as contendas que lhe são propostas.

Há, porém situações em que o pólo passivo da relação processual é o próprio Estado-Juiz, através de suas decisões, que apesar de buscarem atingir e servir à Justiça, são passíveis de ilegalidade, equívocos e danos. Neste caso, o Estado-Juiz não pode defender interesse público, mas terá que, isentando-se de interesses analisando friamente o caso e distribuir Justiça.

Este é o ponto nodal deste item, quicá de todo o trabalho: Será cabível ou não o recurso contra ato judicial, na seara mandamental?

Antes da Lei nº 1.533/51, a discussão girava em torno do cabimento do Mandado de Segurança contra ato jurisdicional típico ou se apenas seria cabível contra atos administrativos praticados pelos órgãos jurisdicionais. Após a referida lei, restringiu-se o writ aos despachos e decisões judiciais de que não coubessem recurso ou pudessem ser modificadas por meio de correição.

A partir do CPC/73, praticamente as decisões proferidas nos processos passaram a ser recorríveis, salvo aquelas de mero expediente, posto que qualquer prejuízo causariam às partes.

Surgiu, então as construções doutrinária e jurisdicional, no sentido de que mesmo existindo recurso cabível; se este não for apto a evitar o dano irreparável para a parte, por não possuir efeito suspensivo, admitir-se-ia o Mandado de Segurança, como único remédio eficaz a combater a ilegalidade e afastar o dano irreparável.

O STF em sua Súmula 267, hoje bastante abrandada pela Corte Suprema, preceituava: "Não cabe Mandado de Segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição".

Em seguida, a mesma Corte sumulou entendimento de nº 268 que inadmitte a impetração de Mandado de Segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado.

Atualmente, pacificamente não se pode admitir o MS pura e simplesmente, pois se há um recurso ordinário eficaz para rever a decisão, não há porque se lançar mão de um remédio tão especial e específico.

Porém, ainda persistem questões acerca do cabimento ou não, sendo inclusive objeto de posicionamentos judiciais, como o proferido pelo Exmo. Juiz Eustáquio Nunes da Silveira, MM. Juiz do TRF da 1ª Região: "O entendimento da 1ª região é o de que apesar da regra do não cabimento do Mandado de Segurança quando haja recurso previsto em leis processuais ou possa o ato judicial ser modificado por via de correção; admite-se o mandamus quando o recurso interposto, por não possuir efeito suspensivo, é incapaz de evitar dano grave de difícil reparação. Há, no entanto, certa discrepância quanto ao alcance objetivo decisão proferida: deve-se suspender, tão-somente o ato impugnado? Dá-se efeito suspensivo ao recurso, que não o tinha? Ou a concessão da ordem pode significar a própria cassação do ato requerido?"<sup>1</sup>.

A referida Corte ainda é cambaleante, apresentando decisões díspares, conforme as peculiaridades de cada caso.

Sobre a matéria o Eminentíssimo Min. Carlos Mário da Silva Velloso já entendeu, em julgado do qual participou, que "em tema de Mandado de Segurança contra ato judicial de que não caiba recurso com efeito suspensivo, o que deve ser assentado é o seguinte: desde que ocorrentes os pressupostos constitucionais do MS (art. 5º, LIX, da CF/88) e desde que tenha sido interposto, a tempo, o recurso próprio (porque o mandamus não pode ser o sucedâneo de recursos processuais não recorridos, que, de regra são apanhados pela preclusão), se do ato judicial resultar a possibilidade de dano irreparável, ou, ainda, no caso de evidente ilegalidade do ato, admite-se o Mandado de Segurança, para que sejam tolhidas, de pronto, as conseqüências lesivas da decisão impugnada. É que o **periculum in mora** da prestação jurisdicional faz nascer a causa de pedir de outro direito: o de ação na via mandamental, distinto da ação em curso"<sup>2</sup>.

Em suma, hoje prevalece o entendimento de que cabe Mandado de Segurança contra ato judicial tanto para atacar diretamente o ato considerado ilegal ou abusivo como, excepcionalmente, para dar efeito suspensivo a recursos, que não o tenham.

Todavia, em se tratando de ato de ilegalidade flagrante e de ato teratológico (absurdo), cabível será o Mandado de Segurança, independentemente da interposição do recurso, pois, ataca-se, diretamente o ato impugnado, pedindo-se seu desfazimento. Nos casos em que não houver flagrante ilegalidade, nem se tratar de ato

<sup>1</sup> aut. cit., in "Do Mandado de Segurança contra ato judicial", RT 705, julho/94, p.21.

<sup>2</sup> MS 129.690-PR, apud Francisco Antônio de Oliveira, ob. cit., p.185.

teratológico, não se pode prescindir do recurso cabível, sob pena de substituir-se o recurso ordinário pelo remédio especial, banalizando-se, com isso, o mandamus.

A partir da Lei nº 9.139/95 passou-se a ter de forma mais restrita a aplicação dos mandados de segurança, uma vez que a referida lei alterou os dispositivos do CPC, acerca do Agravo de Instrumento, disciplinando no seu art. 524 que o Agravo será dirigido diretamente ao Tribunal 'ad quem', através de petição, com todos os requisitos legalmente enumerados, que é objeto de imediata distribuição e vai instruída com documentos que habilitarão o relator do caso a proferir desde logo, despacho atribuindo efeito suspensivo ao recurso (CPC, art. 527, caput e inciso II).

Com este novo dispositivo não mais se pode admitir MS, cuja finalidade seja somente a de dar efeito suspensivo a recurso tempestivamente interposto, carente deste efeito.

Portanto, como sabiamente apontou o MM. Juiz do TRF-5ª Região, Juiz Hugo Machado: "Agora, temos dispositivo legal admitindo seja dado ao agravo de instrumento efeito suspensivo. O caminho, portanto, para obtenção desse efeito suspensivo, é o próprio recurso. É no âmbito deste que deve ser pleiteado, com todos os argumentos que antes eram expendidos na impetração do writ" <sup>1</sup>.

Entretanto, deve continuar cabível o MS contra atos judiciais de ilegalidade flagrante ou de ato teratológico para diretamente invalidá-los, podendo até não ter havido interposição do recurso cabível, posto que a referida lei não alterou neste particular.

Já quanto ao caso em que o impetrante pedê uma decisão substitutiva, a interpretação do art. 527, II, do CPC, dada pela redação da Lei nº 9139/95 deve ser literal, no sentido de que a finalidade da alteração do regime jurídico do agravo de instrumento foi precisamente tornar desnecessário o uso do MS, visto que naquela norma já vem a autorização para o Relator atender, provisoriamente, a pretensão do agravante, podendo não só dar efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento, mas, também, conceder o provimento que a decisão atacada negara.

## VI - DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA A COISA JULGADA

Inicialmente, é de bom alvitre lembrar que o art. 489 do CPC dispõe que a Ação Rescisória não tem o condão de suspender a execução da sentença rescindenda.

<sup>1</sup> aut. cit., in "O Mandado de Segurança e a Reforma do Agravo". Micosoft - Internet explorer, p.5.

Assim, em sendo a referida ação o último meio pelo qual se combate uma ilegalidade ou uma sentença viciada, inobstante já tenha ela transitado em julgado, como pode-se, ainda mais, admitir o Mandado de Segurança para desconstituir a própria coisa julgada? Não seria um substitutivo da supra citada ação?

Com efeito, posicionou-se contrário à admissão do Mandado de Segurança, neste caso, a Súmula 268 do STF, quando preceitua que não cabe mandado de segurança contra a decisão judicial com trânsito em julgado. Nesta mesma linha está a Súmula nº 33 do TST, desta feita, vem a jurisprudência resistindo aos pedidos de sobrestamento das execuções da sentença, por via mandamental, quando pendente de Ação Rescisória.

Na verdade, tal vedação ao uso do MS quando efetivada a coisa julgada, deve-se à utilização indiscriminada e sem critérios daquele remédio constitucional, retirando-se dele seu caráter emergencial e especial; quase que o equivalendo a uma ação ordinária.

Entretanto, inobstante não ser o writ o meio próprio para o reexame do que restou decidido intrinsecamente, não se pode recusar o uso do **mandamus**, em face dos preceitos do art. 489 do CPC; quando o erro se aflora claramente como procedimento ilegal ou abusivo da autoridade coatora, conduzindo a iminência ou efetividade de dano irreparável do direito líquido e certo do impetrante.

Portanto, pior do que violar a coisa julgada ou de sustar a execução de uma sentença é implementar-se a ilegalidade através de uma execução indevida; negando-se o uso do remédio mandamental. É uma questão valorativa, à vista da falta de previsão legal.

À propósito do tema, interessante destacar a decisão do Tribunal de Justiça de SP, citada por Rogério Lauria Tucci, **in verbis**: "É evidente que a sentença, ainda que com os efeitos da **res judicata**, nem por isso será impermeável ao MS, em casos excepcionais, quando já não se invoque como ferido o direito que se haveria de apreciar no mérito do litígio, mas outro, que não se considerou, extravasando os limites da atuação jurisdicional"<sup>1</sup>.

Portanto, é perfeitamente cabível o MS contra atos judiciais por ser remédio mais eficaz que uma Ação Rescisória, posto que terá o condão de sustar a execução de uma sentença ilegal ou viciada, e até mesmo determinar que outra decisão seja proferida, a fim de

<sup>1</sup> aut. cit., apud Eustáquio Nunes Siveira, RT 705, julho de 1994, p.22/23.

corrigir a ilegalidade flagrante ou o ato teratológico, hipótese esta que dispensará até a interposição da rescisória.

## VII - CONCLUSÃO

Após as breves considerações sobre tema tão grandioso e já tantas vezes objeto de considerações, só resta-nos fixar precisamente que estamos diante de um remédio processual, com categoria constitucional que visa a resguardar todo direito líquido e certo (comprovado de plano, através de documentos já apresentados na inicial) contra qualquer dano ou ameaça de lesão que cada indivíduo (ou grupo homogêneo) sofra por parte de qualquer autoridade.

Trata-se de um instrumento de natureza civil, qualquer que seja a lide que envolva. A prontidão esperada para sua resposta é tamanha que seu período máximo de impetração é de 120 dias a contar da ciência, por parte do impetrante do ato lesivo a direito seu, devendo-se ater à necessidade de correta indicação da autoridade coatora (responsável pelo ato lesivo a direito de outrem).

Por ser remédio urgente, lançará mão da medida liminar, que jamais visa a antecipar a tutela ou exaurir o próprio feito, mas tão-somente a evitar o dano irreparável ou de difícil reparação. Uma vez concedida, se a sentença de mérito decidir pela segurança, cassa-se a liminar e confirma-se a decisão. Inversamente, se denegada a segurança, recomenda-se não se cassar imediatamente a liminar até que prazos recursais terminem.

Abordamos ainda temas procedimentais atuais como a nova Lei do Agravo que, se bem utilizada, sustará o largo e inadequado uso do mandado de segurança, posto que permite ao julgador a faculdade de atribuir efeito suspensivo ao agravo de instrumento, tanto para desafogar nossos tribunais com mandados de segurança, cujo direito não goza de liquidez e certeza, quanto para respeitar a especialidade do remédio heróico.

## bibliografia

1. OLIVEIRA, Francisco A., in "Mandado de Segurança e Controle Jurisdicional - Mandado de Segurança Coletivo e Questões Trabalhista e Jurisprudências", RT, 1991, SP.
2. MEIRELLES, Hely Lopes, in "Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data", RT, 14ª ed., 1991, SP.
3. GASPARINI, Diógenes, in "Direito Administrativo", Saraiva, 1989, SP.
4. BASTOS, Celso Ribeiro, in "Curso de Direito Constitucional, Saraiva, 15ª ed., 1994, SP.
5. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, in "Curso de Direito Constitucional", Saraiva, 6ª, 1976, SP.
6. DA SILVA, José Afonso, in "Curso de Direito Constitucional", Malheiros, 4ª ed., 1990, SP.
7. PASSOS, José Joaquim Calmon de, in "Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data", Forense, 1989, RJ.
8. GRECO FILHO, Vicente, in "Direito Processual Civil Brasileiro - Atos Processuais e Recursos e Processos nos Tribunais, 4ª ed., Saraiva, 1989, SP.
9. FERRAZ, Sérgio, in "Mandado de Segurança (Individual e Coletivo - Aspectos Polêmicos)", Ed. Malheiros, 1992, SP.
10. DOS SANTOS, Ernane Fidélis e outros, in "Atualidades Jurídicas", Editora Del Rey, 1992, Belo Horizonte, MG.
11. RODRIGUES, Marcelo Abelha, in "Mandado de Segurança - Liminar e Recorribilidade", Revista de Processo nº 78, Jurisprudência Comentada.
12. SUNDFELD, Carlos Ari, in "Apontamentos sobre os Honorários Advocatícios em Mandado de Segurança", revista TRF-1ª, BSB, out/dez/94.
13. SILVEIRA, Eustáquio Nunes, in "Do Mandado de Segurança contra ato Judicial", RT 705, julho/94.
14. MACHADO, Hugo de Brito Machado, in "O Mandado de Segurança e a Reforma do Agravo", Microsoft - Internet Explorer.
15. ALVIM, J. E., Carreira, in "Assistência Litisconsorcial no Mandado de Segurança contra ato judicial", Revista do TJE, vol. 127, agosto 1994

# A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL E OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS QUE REGEM AS RELAÇÕES EXTERIORES DO BRASIL<sup>1</sup>

George Rodrigo Bandeira Galindo.  
(Aluno da Graduação em Direito da UFPE. Bolsista do Projeto PIBIC/CNPq - orientador: Prof. Ivo Dantas. Monitor de Direito Internacional Público).

## sumário:

I- Introdução; II- O Direito Constitucional Internacional e a Internacionalização do Direito Constitucional; III- Os Princípios Constitucionais que regem as relações exteriores do Brasil; IV- Os dispositivos do art. 4º.; V- Conclusão; VI- Bibliografia Referencial.

"(...) international law is no different from domestic law (...) if the social purpose of international law and domestic law is broadly similar, there are differences arising from the fact that domestic law operates in a vertical legal order and international law in a horizontal legal order. Consent and sovereignty are constraining factors against which the prescribing, invoking and applying of international law norms must operate".

(HIGGINS, Rosalyn. Problems and Process: International Law and How we use it. New York: Oxford University, 1995, p. 1.)

<sup>1</sup> Trabalho baseado na pesquisa intitulada inconstitucionalidade dos tratados, dentro do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) da Universidade Federal de Pernambuco, com bolsa concedida pela mesma instituição. Também é o texto - com algumas alterações - que compôs o caderno do Curso: A Organização Jurídico-Política do Estado Federal Brasileiro - Uma visão constitucional, realizado em agosto do ano corrente. Cabe aqui expressar meus agradecimentos ao Professor Raymundo Juliano Rêgo Feitosa - coordenador - e aos colegas, acadêmicos Marcos André Couto Santos e Domingos Augusto Paiva de Almeida, expositores no mesmo curso.

## I - Introdução

É possível analisar o relacionamento entre o direito internacional e o direito constitucional sob diversos prismas. O mais conhecido deles - e também o mais estudado - é, sem dúvidas, o prisma do direito dos tratados: aprovação, ratificação, emendas, reservas, denúncia, conclusão, constitucionalidade intrínseca e extrínseca, acordos do executivo etc. As relações entre aqueles dois ramos do direito também podem ser estudadas sob um prisma que muito se relaciona com o primeiro, mas que com ele não se confunde: a divisão de competências na conduta das relações exteriores entre Poder Executivo e Poder Judiciário<sup>1</sup> e - em alguns Estados - entre União e estados-membros.

O objeto deste trabalho, apesar de poder tocar alguns dos temas acima, não se centra neles, mas nos princípios fundamentais que regem as relações do Brasil com outros Estados - o art. 4º.

Tal escolha se deve ao fato de nunca nenhuma de nossas Constituições haver elaborado tantos princípios - ao mesmo tempo inovadores e importantes, antiquados e supérfluos - de uma forma sistemática. O tema é muito pouco tratado no Brasil, existindo poucos e raros trabalhos.<sup>2</sup> A grande parte da doutrina verdadeiramente subestima o assunto.<sup>3</sup>

## II - O Direito Constitucional Internacional e a Internacionalização do Direito Constitucional

Disciplina do Direito Internacional Público que tem interessado bastante a doutrina<sup>4</sup>, o Direito Constitucional Internacional - o que

<sup>1</sup> Embora tal discussão não seja de muito relevo em nosso País, visto ser a conduta das relações exteriores bastante concentrada nas mãos do Presidente da República e o Congresso Nacional não se interessar pelo tema - por não trazer vantagens eleitorais, pois a população brasileira não se interessa pelos assuntos internacionais -, tem sido ele bastante discutido e debatido, por exemplo, nos EUA. O Congresso daquele país busca restringir cada vez mais o poder de conduta das relações exteriores por parte do Poder Executivo. Isto, longe de ser um processo pacífico, tem provocado a ira de vários Presidentes da República que, para manter "a única grande potência do mundo", necessitam de celeridade na conduta das relações exteriores, coisa que o Poder legislativo, em nenhum lugar do mundo, oferece. A este respeito cf. GLENNON, Michael J. *Constitutional Diplomacy*. Princeton: Princeton University, 1991, pp. 3-70.

<sup>2</sup> Parece que o único livro escrito no nosso país especificamente sobre os princípios que regem as relações exteriores no Brasil, mas que vale por muitos, devido à excelente qualidade, é o de Pedro Dallari. Para isto, cf. *Constituição e Relações Exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 1-201.

<sup>3</sup> Com algumas exceções, as Obras de Comentários à Constituição apenas arrolam os princípios e tecem parcos comentários.

<sup>4</sup> A observação que fizemos ao fato de a doutrina subestimar o tema dos princípios regedores das relações exteriores do Brasil, também se aplica ao Direito Constitucional Internacional, pois não poderia deixar de ser, simplesmente porque este é gênero e aquele, espécie. Entretanto, deve-se ressaltar que o estudo desta disciplina está crescendo no Brasil. A partir do trabalho seminal de Celso de Albuquerque Mello, *Direito Constitucional*

corresponde aproximadamente ao que a doutrina norte-americana chama de Direito das Relações Exteriores ("foreign affairs law") - surgiu, de uma maneira sistemática, apenas recentemente, quando o tema das relações internacionais passou a ser constitucionalizado de uma forma mais intensa. A primeira Constituição que se referiu à conduta das relações exteriores foi a norte-americana, de 1787, onde toca na questão da aprovação pelo Congresso dos tratados internacionais e suas respectivas incorporações ao ordenamento interno, sem transformação ("all treaties made (...) shall be the supreme law of the land"). Todavia, as relações internacionais só começaram a ser estudadas sob o ângulo do Direito Constitucional neste século.

Parece que o primeiro autor a se referir ao termo Direito Constitucional Internacional, mesmo que de forma equívoca, foi M. A. Caloyanni, em um curso proferido na Academia de Direito Internacional de Haia.<sup>1</sup> Todavia, o termo se popularizou com o jurista Boris Mirkine-Guetzévitch, que dedicou ao tema vários estudos, sendo o "Droit Constitutional International" o mais conhecido deles.

O Direito Constitucional Internacional pode ser definido como o complexo de normas constitucionais que direta ou indiretamente - implícita ou explicitamente - se refere às relações internacionais e ao ramo do direito que neste campo atua, o Direito Internacional.

O Estudo do Direito Constitucional Internacional serve a dois propósitos básicos: um na esfera do Direito Interno e outro na esfera do direito internacional. Na esfera interna, busca controlar a conduta das relações exteriores de cada Estado, que é de competência, precipuamente, do Chefe de Estado. A História mostrou quantos males podem advir da falta de tal controle.<sup>2</sup> Na esfera do Direito Internacional, seu objetivo maior é, sem dúvida alguma, fazer valer o

---

Internacional: uma introdução (Constituição de 1988 revista em 1994). Rio de Janeiro, 1994 - que na verdade é um corolário de trabalhos anteriores sobre o tema, como Constituição e Relações Internacionais. A Nova Constituição e o Direito Internacional. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, pp. 19-37 -, outros estudos surgiram, tal como o de Gerson de Britto Mello Bosen, Constitucionalização do Direito Internacional: Internacionalização do Direito Constitucional - Direito Constitucional Internacional Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996 e, especificamente no campo dos direitos humanos, PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 1996. Em uma perspectiva mais histórica há o sucinto, mas belo REZEK, José Francisco. As Relações Internacionais na Constituição da Primeira República. Arquivos do Ministério da Justiça. No. 126, 1973, pp. 107-112.

<sup>1</sup> "(...) ao estudar a Corte Permanente de Justiça Internacional e ao mencionar o Pacto de Paris (1928) de renúncia a guerra afirma que ao 'proibir o recurso à guerra, ele domina o direito de declaração de guerra inscrito nas diversas Constituições' e pode ser considerado 'um embrião de um direito constitucional internacional'. (...) na verdade o que ele pretende é se referir a um D. Internacional Constitucional, isto é, a norma de ordem pública do DIP que se imporia as normas constitucionais dos estados". MELLO, Celso de Albuquerque. Direito Constitucional... op. cit., p. 1.

<sup>2</sup> O maior exemplo disto parece ser o dos tratados secretos que, às vezes, comprometiam nações inteiras, sem consulta prévia de órgãos representativos. Devido a isto é que a interferência do Poder Legislativo, apesar de emperrar as relações exteriores dos Estados, é extremamente importante, porque dá certa legitimidade ao processo

Direito Internacional, que necessita se utilizar do Direito Interno para se efetivar.

O Direito Constitucional Internacional não se confunde com o Direito Internacional Constitucional. Este é o ramo do Direito Internacional Público que busca a estabilidade da organização jurídica da comunidade internacional através de técnicas do Direito Constitucional.<sup>1</sup> O Direito Internacional Constitucional se configura, por exemplo, na instituição de órgãos supra-nacionais, como a União Européia, ou mesmo Organizações Internacionais de cooperação como a ONU, cuja carta é chamada algumas vezes de "Constituição do Mundo". Assim, o Direito Internacional da Cooperação e o Direito Internacional da Integração buscam, ambos, uma constitucionalização do Direito Internacional.<sup>2</sup>

Também não se confunde o Direito Constitucional Internacional com o tema das Relações entre Direito Interno e Direito Internacional.<sup>3</sup> O primeiro só se refere às normas constitucionais, enquanto o segundo é bem mais abrangente

A internacionalização Direito Constitucional perpassou quatro Principais etapas<sup>4</sup> que valem aqui ser descritas:

1ª. Fase (1787 até a I Guerra Mundial): este período é marcado pela primeira referência às normas de direito internacional (Constituição dos EUA) e o repúdio às guerras de conquista (Constituição Francesa de 1791). Entretanto, há ainda um internacionalismo moderado nas Constituições, pois além de se referirem pouco ao tema das relações internacionais, quando o fazem, é de maneira precária (a Constituição dos EUA não oferece caráter supra-legal aos tratados e a Constituição Francesa de 1793 não proíbe, como sua antecessora, a guerra de conquista).

<sup>1</sup> Cf. MELO FRANCO, Afonso Arinos de *apud* LAFER, Celso. *Ordem, Poder e Consenso: Caminhos da Constitucionalização do Direito Internacional. As Tendências do Direito Público (Estudos em homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco)*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 92.

<sup>2</sup> Bastante interessante é o pensamento de Gerson de Brito Mello Bosen a respeito da internacionalização do Direito Constitucional. Partindo de um monismo jurídico, afirma que não há primado da ordem interna sobre a internacional ou da internacional sobre a interna. O que existe, na verdade, é integração entre as duas ordens jurídicas - o que vai levar tanto a uma internacionalização do Direito Constitucional, como a uma constitucionalização do Direito Internacional, cuja consequência última será a unidade do Direito Público. Deve-se ressaltar, no entanto, que o autor se utiliza de terminologia diversa da que comporta este trabalho. Considera ele constitucionalização do Direito Internacional a presença do Direito Internacional nas Constituições dos vários Estados; enquanto internacionalização do direito constitucional, a validade do Direito Constitucional dos Estados no Direito Internacional. Cf. *op. cit.*, pp. 139-227.

<sup>3</sup> Cf. MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. *Droit International et Droit Constitutionnel. Recueil des Cours de l'Académie de la Haye*. Tome 58. 1931, pp. 311-312. Sobre as relações entre Direito Interno e Direito Internacional, cf. GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Novos desenvolvimentos no tema das relações entre Direito Interno e Direito Internacional. Revista Estudantes - Caderno Acadêmico*. No. 1, 1997, pp. 16-25.

<sup>4</sup> Esta classificação está contida em CASSESE, Antonio. *Modern Constitutions and International Law. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. Tome 192, 1985, p. 351.

2ª. Fase (1919 até a II Guerra Mundial): Mais temas de relações internacionais foram constitucionalizados e, às vezes, com profundidade. Este foi o caso da Constituição de Weimar, de 1919, onde pela primeira vez foi proclamada a observância do Direito Internacional Costumeiro - e se isto não ocorresse, poderia até ser decretado o "impeachment" do Presidente da República, se tivesse ele dado causa a esta inobservância. Afirmava, também, o princípio do Pacifismo.

A Constituição Espanhola considerava o costume e os tratados "law of the land", admitindo, pela primeira vez na história, a prevalência destes frente à legislação ordinária.<sup>1</sup> Renunciava à guerra como instrumento de política nacional. Constitucionalizou obrigações internacionais assumidas, tal como o registro de tratados na então Liga das Nações. A Constituição da Estônia também considerava o Direito Internacional Geral como "law of the land".<sup>2</sup>

Não obstante, alguns empecilhos subsistiam. Nas discussões sobre a Constituição de Weimar, desejava-se que os tratados e o costume possuissem caráter infra-constitucional, mas supra-legal. Isto não foi aceito. Ademais, o costume era normalmente considerado - apesar de a Constituição isto não prever - como estando abaixo das leis federais. Na Espanha, o Direito Internacional Costumeiro não possuía a mesma superioridade dos tratados. A maior involução, no entanto, ocorreu com a Constituição da então URSS, que negava todo o Direito Internacional anterior, afirmando ser este uma construção eminentemente dos países capitalistas.

3ª. Fase (1946 até os fins da década de 50): Tanto os países da Europa como da América Latina afirmavam a necessidade de novas Constituições, visto a II Guerra Mundial trazer enormes mudanças no âmbito das relações internacionais e do Direito Internacional. Mas não houve muitas modificações, com exceção das Constituições da França, Alemanha, Itália e Japão. Todas avançaram ao incrementar a execução do Direito Internacional no âmbito interno, prevendo a França e o Japão, inclusive, o primado dos tratados sobre a legislação ordinária. Também na França e na República Federal da Alemanha, de forma inédita, tocou-se na questão da limitação de soberania - com certeza já prevendo uma União de Estados. Nos três países derrotados, a proibição da guerra foi tratada com mais detalhes. É interessante notar a afirmação de que depois de cada Guerra Mundial

<sup>1</sup> Note-se que passaram mais de 65 anos e nenhuma das Constituições brasileiras previu tal superioridade, o que é completamente injustificado numa sociedade internacional em que as economias de bloco prevalecem e a atividade internacional cresce a todo momento

<sup>2</sup> Cf. BOSON, Gerson de Brito Mello, *op. cit.*, pp. 168-169.

neste século, houve a tendência de as Constituições estabelecerem a assertiva de que o Direito Internacional faz parte do Direito Interno.<sup>1</sup>

4ª. Fase (Fins da década de 50 até os nossos dias): Tal período foi o auge do movimento de descolonização. Um grande número de Estados surgiu no cenário internacional, tendo quase todos elaborado Constituições escritas. Normalmente, estas Constituições não se referem ao Direito Internacional Geral<sup>2</sup> e mostram certo desprezo pelo Direito Internacional Clássico, maximizando a importância dos princípios surgidos no seio de Organizações Internacionais como a ONU. A maioria das Constituições também não se refere ao posicionamento hierárquico dos tratados no direito interno. Quanto aos outros Estados, sobretudo da Europa, a tendência é para a cada vez maior internacionalização do Direito Constitucional.

Por último vale ressaltar que o Direito Constitucional Internacional não é ramo autônomo do Direito Constitucional.<sup>3</sup> É meramente, uma disciplina deste último, assim como é o Direito Constitucional Ambiental, Penal ou Financeiro. A divisão é meramente didática, servindo para delimitar a área de estudo.

### III- Os Princípios Constitucionais que regem as relações exteriores do Brasil

O vocábulo princípio, no contexto em que o estamos utilizando, configura-se como "mandamento nuclear de um sistema".<sup>4</sup> Isto quer dizer que nenhum outro dispositivo constitucional pode ir de encontro - quer direta ou indiretamente - ao que dispõe o art. 4º. A partir de uma divisão de Canotilho, é que se classifica os princípios como sendo jurídico-constitucionais e político-constitucionais. Os primeiros "são princípios informadores da ordem jurídica nacional. Decorrem de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais (...)".<sup>5</sup> Os político-constitucionais "constituem-se daquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, e são, segundo Crisafulli, normas-princípio, isto é, 'normas fundamentais de que derivam logicamente (e em que,

<sup>1</sup> Cf. DEENER, David R. *apud* WILSON, Robert R. *International Law in New national Constitutions*. *American Journal of International Law*. Vol. 58, 1964, p. 432.

<sup>2</sup> Apenas a título de exemplo, de 25 constituições que entraram em vigor no período de 1957 a 1964, apenas uma, a da Coreia do Sul, continha em seu texto, claramente, a incorporação. Neste sentido cf. *Idem*, p. 433.

<sup>3</sup> Este é o pensamento de Celso de Albuquerque Mello. Cf. *Direito Constitucional... op. cit.* pp. 31-32.

<sup>4</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de *apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 84.

<sup>5</sup> *Idem*, p. 86.

portanto, já se manifestam implicitamente) as normas particulares regulando imediatamente relações específicas da vida social".<sup>1</sup> Desta forma, os princípios do artigo 4º. encontram-se neste último grupo. Mais, "os Princípios Fundamentais inscritos no Título I (arts. 1º. a 4º., parágrafo único) fixam os limites-parâmetros dentro dos quais, não só a Constituição, mas todo o ordenamento jurídico terá de moldar-se aos seus conteúdos (...)".<sup>2</sup> Destarte é que se pode afirmar que tanto os princípios constitucionais fundamentais, como o preâmbulo, são limites materiais implícitos ao Poder de Reforma, o que quer dizer que todos os dispositivos constitucionais devem a eles se conformar. Isto, no entanto, apenas é válido quando estes princípios e o preâmbulo estiverem em vigor, pois nada impede que sejam eles objeto de reforma constitucional.<sup>3</sup>

Uma questão que foge ao escopo deste trabalho, mas que merece ser levantada e discutida pelos estudiosos da Teoria da Constituição é a compatibilidade entre os princípios constitucionais. Isto porque são muitos os doutrinadores que afirmam haver conflito entre os princípios que regem as relações externas do Brasil, principalmente no que tange ao dispositivo que versa sobre a integração latino-americana. Assim, o princípio da independência nacional não poderia ser equacionado, de modo que ficasse ileso diante do fenômeno da integração regional. Voltaremos posteriormente à questão.

Pode-se considerar que os princípios que balizam as relações exteriores contribuem para fixar marcos normativos, limitar a política externa e estimular o direcionamento desta para algumas questões.<sup>4</sup> Parece que o objetivo principal, no estabelecimento deste artigo, foi mesmo fixar marcos normativos. Não creio que pudesse ter sido a intenção da Assembléia Nacional Constituinte impor limites à política externa por duas razões: isto criaria um grande conflito entre Poder Legislativo e Executivo - e conseqüentemente o Itamaraty, que sempre gostou de conduzir a política externa com independência, o que de certo modo trouxe resultados;<sup>5</sup> o próprio país sairia prejudicado,

<sup>1</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>2</sup> DANTAS, Ivo. *Constituição Federal: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 106.

<sup>3</sup> Para tal posicionamento, cf. *idem*, pp. 93-108.

<sup>4</sup> Cf. BROTONS, Antonio Remiro *apud* DALLARI, Pedro. *Constituição e Relações... op. cit.*, p. 16-17.

<sup>5</sup> É incrível notar a coerência da política externa brasileira - ao menos nas ocasiões em que foi ela transparente - no que tange aos seus princípios regedores. Já em 1942, o então Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, Sebastião do Rêgo Barros, elencava as linhas estruturais do Direito das Nações - o que significa que o Brasil as reconhecia - como: "1º. O respeito à soberania ou à independência; 2º. A igualdade das soberanias; 3º. A livre determinação dos povos; 4º. A não-intervenção; 5º. O respeito aos tratados; 6º. O arbitramento para dirimir conflitos". TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional* (Período 1941-1960). Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1984, p. 35. Para a mesma posição com respeito

quando temas de interesse surgissem - como de fato surgiram e ainda surgem, como a questão da preservação do meio-ambiente. A fixação de marcos normativos ajuda a legitimar a conduta da política externa. "A constitucionalização de princípios de relações exteriores viabiliza o controle político da ação externa do Estado pelo Poder Legislativo e o Controle Jurídico pelo Poder Judiciário".<sup>1</sup> Quanto ao estímulo para direcionamento de questões, a Constituição apenas indiretamente alcançou este objetivo. Um exemplo disto foi a aprovação pelo Poder Legislativo da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Se se pode afirmar - mesmo que com uma argumentação artificial - que o Princípio da prevalência dos Direitos Humanos ajudou na tramitação de alguns tratados, não se pode dizer o mesmo da integração latino-americana. Como veremos posteriormente, tal dispositivo é bastante criticado e, da forma em que se encontra, ao invés de acelerar o processo de integração, pode até mesmo fazê-lo regredir.

#### IV- Os dispositivos do art. 4º.

##### **"A República Federativa rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios"**

O texto contém uma imprecisão imperdoável: O Brasil não possui relações internacionais, e sim relações exteriores. O Anteprojeto da Comissão Provisória de estudos Constitucionais, a Comissão Afonso Arinos fazia melhor ao afirmar: "O Brasil rege-se nas relações internacionais pelos seguintes princípios". Percebe-se que a omissão do pronome possessivo "sua" torna o dispositivo correto. Desde o anteprojeto da Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher que se persiste no erro, ao mencionar relações internacionais e não relações exteriores. Seu texto era o seguinte: "a inviolabilidade desta Constituição rege as relações internacionais do Brasil (...)" Mesmo com as transformações do texto, o erro persistiu, até chegar no texto definitivo da nossa carta.

a coerência da política externa brasileira, cf. DINIZ, Artur José Almeida. *As Relações Internacionais da República Federativa do Brasil na Constituição de 1988*. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Vol. 33. No. 33, 1991, p. 39. Note-se que cinco destes princípios constam, em outros termos, do texto constitucional, o que mostra que apenas houve evolução. A única exceção que se faz a isto se refere aos tratados, cuja tradição brasileira é de respeito, mas não poderia ser constitucionalizado, pois afetaria por demais o "ego gigantesco dos nacionalistas", que apenas desejam, com argumentos inócuos, manter, o "status quo" vigente: de dominação dos países e submissão dos pobres.

<sup>1</sup> Cf. BROTONS, Antonio Remiro apud DALIARI, Pedro. *Constituição e Relações...* op. cit., p. 16.

A Constituição avançou neste sentido. Nunca nenhum de nossos textos havia dado tanta importância ao tema das relações internacionais e sistematicamente. É incipiente o fenômeno da internacionalização do Direito Constitucional nesta Constituição de 1988, mas é ela, sem dúvidas, a nossa carta mais importante dentro deste contexto.

Vale lembrar que este artigo 4º. é impressionantemente similar ao art. 7º. da Constituição Portuguesa.

### **"Independência nacional"**

Muitos têm criticado tal princípio, alegando ser ele desnecessário, visto que o princípio da soberania já é mencionado no art. 1º. 1, e soberania é nada mais que a independência no seu sentido externo. A verdade é que este pode ser considerado um dispositivo antiquado e que "teria ficado bem na Constituição do Império de 1824".<sup>2</sup> Não se coloca em dúvida hoje a independência do Brasil. No entanto, parece que teve ele outra conotação, a de independência econômica. Os princípios da reserva de mercado e da distinção entre empresas nacionais e estrangeiras refletem bem esta tendência. Não tem mais sentido hoje tal dispositivo porque a globalização econômica e o advento das economias de bloco é fenômeno irreversível.

### **"Prevalência dos Direitos Humanos"**

Dispositivo sem similar nas Constituições anteriores, é um dos mais importantes. Hoje até já se fala em um ramo autônomo do Direito Internacional: O Direito Internacional dos Direitos Humanos.<sup>3</sup> Os Direitos Humanos permeiam toda a Constituição, porém os dispositivos que se referem a ele, sob o ângulo da proteção Internacional são três: o primeiro é o próprio inciso II do art. 4º.; o segundo se encontra no art. 5º., parágrafo 2º., que trata da auto-aplicabilidade dos tratados de direitos humanos no Brasil<sup>4</sup>; o terceiro está no art. 7º. do Ato das Disposições Transitórias, afirmando que o Brasil propugnará pela formação de um Tribunal Internacional dos Direitos Humanos - o que

<sup>1</sup> Neste sentido, cf. MELLO, Celso de Albuquerque. *Direito Constitucional... op. cit.*, p.124.

<sup>2</sup> Cf. CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 171.

<sup>3</sup> A respeito desta autonomia, cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. 1. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, pp. 17-30.

<sup>4</sup> A questão da auto-aplicabilidade dos tratados de direitos humanos é bastante controversa na doutrina. Veja-se, a este respeito, especialmente, PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito... op. cit.*, 73-127.

segundo a doutrina especializada, ainda não é conveniente na sociedade internacional dos nossos dias.

A interpretação mais correta para este dispositivo é que ele implica tanto a celebração (e respectiva aprovação) como a implementação de tais dispositivos no Brasil, de forma que sejam eles incorporados da maneira que possa mais beneficiar o indivíduo.<sup>1</sup>

Alguns autores têm demonstrado preocupação no fato de a Constituição se referir à prevalência dos Direitos Humanos, o que daria margem à intervenção em outros Estados, através do direito de ingerência humanitária, pois os Direitos Humanos prevaleceriam sobre outros, como o princípio da não-intervenção.<sup>2</sup>

### "Autodeterminação dos Povos"

O Princípio da autodeterminação surgiu do movimento de descolonização iniciado nos fins da década de 50 até a década de 70. Tem ele se demonstrado tão forte que a doutrina o aponta como sendo "jus cogens", o que quer dizer, segundo a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, uma norma inderrogável. Além disto, a Comissão de Direito Internacional da ONU - dentro dos trabalhos sobre a responsabilidade internacional dos Estados - tem considerado a violação a este princípio um caso de crime internacional. Tal princípio promoveu uma verdadeira revolução no Direito Internacional, pois pela primeira vez colocou-se em xeque os valores ocidentais e, conseqüentemente, o Direito Internacional Clássico. Apesar de constantemente se definir o direito de autodeterminação dos povos como sendo o direito dos povos de determinar sobre seu próprio destino, sua configuração é bastante controversa, difícil, complexa e interligada com outras normas de Direito Internacional.<sup>3</sup> A verdade é que ele tem uma conotação bastante política. É aplicado em determinados casos, às vezes sem serem preenchidos todos os seus pressupostos; outras vezes, onde se configura uma situação típica, é denegado.

A Constituição, ao mesmo tempo em que inovou com este dispositivo, foi, de uma certa forma, antiquada. Inovou porque está de acordo com as tendências modernas do Direito Internacional. Foi antiquada porque reforçou o princípio da soberania. Esta

<sup>1</sup> Para esta interpretação, cf. DALLARI, Pedro. *Constituição e Relações...*, *op. cit.*, p. 162.

<sup>2</sup> Cf. MELLO, Celso de Albuquerque. *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 124-125.

<sup>3</sup> Cf. HIGGINS, Rosalyn. *Problems and Process: International Law and How we use it*. New York: Oxford University, 1995, p. 111.

contradição, no entanto, se coaduna à ordem internacional pós-Guerra Fria: indefinição de valores e conceitos jurídicos.

### **“Não-Intervenção”**

O Princípio da não-intervenção sofreu um grande impulso com o chamado Direito Internacional Americano, que já no século passado se referia ao assunto. Os Estados latino-americanos, ao mesmo tempo por viverem sob o signo da dependência e serem países de imigração, sempre foram suscetíveis de intervenção por parte de Estados europeus - e principalmente os EUA -, para cobrança de dívidas e “proteção” de seus nacionais.

A questão que se coloca - e parece ter sido esta intenção do constituinte com relação a tal princípio - não é só a da intervenção armada, mas a de outros tipos de intervenção mais sutis que estão sendo preferidas pelas potências, tal como a intervenção econômica e a oculta.

O princípio, ao ser constitucionalizado, reforçou os laços que o Brasil sempre teve com a América Latina.

### **“Igualdade entre os Estados”**

A igualdade que se quis focar neste dispositivo foi a econômica entre os Estados. O Direito Internacional é um direito eminentemente de desiguais - ao menos do ponto de vista fático -, e este fenômeno também se mostra nas relações econômicas interestatais. Até hoje, nenhuma tentativa de mudança estrutural nas relações econômicas internacionais teve resultados frutíferos. Acompanhou-se a descrença no Direito Internacional do Desenvolvimento. A recente OMC não parece promover uma eqüitativa distribuição de riquezas, e os países subdesenvolvidos não conseguem se articular, em um bloco coeso, diante da indefinição do cenário internacional.

O Brasil, dentro do contexto dos países subdesenvolvidos, tem não apenas obrigação, mas verdadeira necessidade de promover a igualdade entre os Estados. A Constituição neste ponto, parece ter realmente inovado.

### **“Defesa da Paz”**

Tal princípio muito se associa com o da solução pacífica dos conflitos. O dispositivo não proíbe, no entanto, a guerra, como fazia o

art. 7º. da Carta anterior.<sup>1</sup> Seu objetivo principal foi tratar do desarmamento nuclear em âmbito global, que já na década de oitenta era considerado pelo Brasil como um dos princípios mais importantes a serem seguidos. Em um sentido bastante amplo, poderíamos dizer que o princípio da defesa da paz é o próprio objetivo do Direito Internacional, além de ser a condição primeira para a coexistência dos Estados e seu inter-relacionamento. Tal princípio poderia até certo ponto ser considerado dispensável,<sup>2</sup> não obstante ter valor político significativo.

### "Solução Pacífica dos Conflitos"

Este é um princípio que permeia quase todas as Constituições. Institui que todos os conflitos devem ser resolvidos pelas vias judiciais ou diplomáticas. Na verdade, o Brasil, sempre recorreu à arbitragem para solucionar seus impasses. A título de exemplo, o Brasil nunca foi parte perante a Corte Internacional de Justiça.

O Constituinte, talvez por tradição, preferiu utilizar a expressão conflitos, que tem uma abrangência bastante restrita. Melhor seria que ele consagrasse a solução pacífica das controvérsias, como é conhecido como capítulo do Direito Internacional Público

Autores questionam tal dispositivo frente ao embargo econômico que porventura o país adote, mesmo que dele não seja patrocinador. A princípio, parece que o embargo econômico agride o princípio da solução pacífica. Apesar disto isto, deve-se analisar cada caso em concreto.

### "Repúdio ao terrorismo e ao racismo"

Outra grande inovação que se coaduna com as grandes discussões do Direito Internacional Contemporâneo é a inclusão do repúdio ao terrorismo. Sua definição geral é bastante imprecisa, podendo-se, no entanto, encontrar alguns instrumentos internacionais convencionais que o clarificam nas áreas do seqüestro de embaixadores, da tomada de reféns e do apoderamento ilícito de aeronaves.<sup>3</sup> Foi constitucionalizou um princípio por demais importante.

<sup>1</sup> Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, p. 21.

<sup>2</sup> Cf. BOSON, Gerson de Brito Mello, *op. cit.*, p. 250.

<sup>3</sup> Cf. MELLO, Celso de Albuquerque. Direito Constitucional..., *op. cit.*, p. 144.

O terrorismo ainda existe e parece que, infelizmente, por muito mais tempo existirá.<sup>1</sup>

Quanto ao racismo, vê-se que é encontrado no rol dos Direitos Humanos, o que poderia levar alguns a achar o termo repetitivo.<sup>2</sup> Porém, dá-se a impressão de que o Constituinte quis enfatizá-lo, colocando-o em dispositivo diverso. O mesmo art. 4º. agiu de idêntica maneira para com o princípio da autodeterminação dos povos que, apesar de ser estudado no âmbito dos direitos humanos, mereceu inciso próprio devido à sua grande importância.

Na Assembléia Nacional Constituinte, alguns parlamentares tentaram introduzir no art. 4º. um dispositivo que proibiria o Brasil de manter relações diplomáticas ou firmar acordos com países que adotam oficialmente a discriminação racial.<sup>3</sup> Tal dispositivo não foi consagrado.

### "Cooperação entre os Povos para o Progresso da Humanidade"

O vocábulo cooperação, em Direito Internacional, não se confunde com integração. "A diferença fundamental está no fato de que na cooperação inexistente vínculo de coordenação entre os participantes, o que demonstra uma desigualdade econômica e política entre as nações de forma institucionalizada. Não chegando a cooperação a cogitar sobre a redução ou a eliminação de barreiras aduaneiras, podemos classificar o Plano Marshall ou a Aliança para o Progresso com meros programas cooperativos".<sup>4</sup>

A cooperação entre os povos sempre existiu, porém, durante boa parte da história, foi centralizada. Apenas recentemente (praticamente só neste século) é que a cooperação se tornou eminentemente descentralizada, através das Organizações Internacionais<sup>5</sup> - que são hoje, sem quaisquer dúvidas, as maiores promotoras da cooperação internacional. Foi a inserção do Brasil nestas instituições que a Constituição quis, verdadeiramente, deixar claro. O Anteprojeto da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, no seio da Assembléia Nacional

<sup>1</sup> A respeito do terrorismo, consulte-se RAMOS, Érika Pires. Discussão sobre a Natureza do Crime de Terrorismo. Revista Estudantes - Caderno Acadêmico. No. 1, pp. 26-37.

<sup>2</sup> Neste sentido cf. MELLO, Celso de Albuquerque, Direito Constitucional..., op. cit., p. 146.

<sup>3</sup> Cf. ALMEIDA, Paulo Roberto de. As Relações Internacionais na Ordem Constitucional. Revista de Informação Legislativa. No. 101, 1989, p. 57.

<sup>4</sup> BARZA, Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro. O Processo de Integração latino-americana: uma abordagem segundo o Direito Internacional Americano. Dissertação de Mestrado. Recife: Circulação Interna-UFPE, 1993, p. 43.

<sup>5</sup> Neste sentido, cf. SORENSEN, Max. Cooperación institucionalizada en los campos económico, social y cultural. Manual de Derecho Internacional Publico. México: Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 570.

Constituinte, a isto se referia especificamente. Porém o texto assim não consagrou. Parece que esta foi uma falta injustificada.

### "Concessão de Asilo Político"

Era tradição em nossas cartas trazer o direito de asilo no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais. Apenas no Plenário do 2º. Turno das Votações da Assembléia Nacional Constituinte é que foi consagrando como princípio, demonstrando a verdadeira indecisão do constituinte em inseri-lo no texto constitucional.

O princípio da Concessão de Asilo Político não parece merecedor de estar incorporado ao art. 4º. porque sua importância já não é tanta quanto, há por exemplo trinta anos atrás. Apesar de a América Latina ainda não possuir instituições democráticas solidificadas, parece difícil que viva ela, novamente, um período de autoritarismo, onde o asilo político é instrumento fundamental e imprescindível.

Foi mais uma concessão ao Direito Internacional Americano, não surtindo efeito, no entanto.

### "Integração Econômica, Política, Social e Cultural dos Povos da América Latina"

É uma regra eminentemente programática porque a integração não depende só do Brasil, mas também de outros Estados. Por isto, muito se discutiu na Assembléia Nacional Constituinte sobre a inserção deste dispositivo no ato das Disposições Transitórias, o que não foi levado adiante. Parece que mesmo diante deste equívoco, foi politicamente melhor a inserção deste dispositivo no art. 4º. Contudo, é verdade que não existem mecanismos visando a efetivar esta norma programática.<sup>1</sup>

É bastante criticado o dispositivo por conter verdadeiras quimeras, como é o caso da integração cultural. Foi pura retórica a inserção do vocábulo cultural, pois mesmo a Europa comunitária, o mais perfeito exemplo de integração, não almeja tal tipo de integração.<sup>2</sup>

A constitucionalização do tema da integração é de extrema importância, pois "somente na medida em que os direitos internos,

<sup>1</sup> Cf. DALLARI, Pedro. *Constituição e Relações...*, *op. cit.*, p. 183.

<sup>2</sup> Cf. MELLO, Celso de Albuquerque. *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 155.

com destaque para as normas de natureza constitucional possibilitarem a integração é que esta poderá ocorrer efetivamente".<sup>1</sup>

O dispositivo, além de falho e não ter meios de se efetivar, não está em sintonia com as Constituições de outros Estados, dentro do Projeto MERCOSUL. A Constituição paraguaia e a argentina são avançadas neste sentido, valendo ressaltar que esta última finalmente consagrou a superioridade dos tratados frente a legislação ordinária.

Conflita o princípio com outros dispositivos da mesma Carta sendo os principais, os que se referem à soberania ou independência nacional. Daí a proposta de alguns autores no sentido de eliminar os princípios da independência nacional e da soberania (art. 1º).<sup>2</sup>

Encontramo-nos em uma encruzilhada, onde o processo de integração exige mais. Não é possível unir princípios tão diversos como o da independência nacional e integração regional. Não existe processo de integração sem perda de soberania, o exemplo europeu bem demonstrou isto. Mas se não quisermos nos integrar, que pelo menos deixemos de discursos que primam pela eloquência mas que não possuem qualquer conteúdo.

O processo de revisão constitucional mostrou que o país não está preparado para a integração. Todas as propostas de revisão constitucional sobre a superioridade dos tratados frente a legislação ordinária e o aumento do alcance do art. 4º., parágrafo único, foram rejeitadas pelo relator<sup>3</sup> com argumentos nacionalistas e artificiais, que preferem sobrepor teorias jurídicas ao indivíduo. Quando o relator não rejeitou as propostas, o próprio Plenário do Congresso o fez, não aprovando dispositivo que consagraria a vigência imediata aos atos de organizações internacionais.<sup>4</sup> Isto apenas demonstrou a imaturidade do Congresso frente aos assuntos internacionais que no Brasil, como já dissemos antes, não trazem votos.

<sup>1</sup> CASELLA, Paulo Borba. Mercosul: exigências e perspectivas: integração e consolidação do espaço econômico (1995 - 2001 - 2006). São Paulo: Ltr, 1996, p. 53.

<sup>2</sup> "Algumas propostas concretas: alterar a redação dos dispositivos relativos à soberania e independência nacional, coordenando a expressão destes ao princípio geral colocado pelo parágrafo único do art. 4º. (...)" *Idem*, p. 69. Em sentido contrário está Celso de Albuquerque Mello, afirmando que estes dispositivos não trazem qualquer empecilho, se entendermos a palavra soberania em seu sentido moderno. Cf. *Direito Internacional da Integração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 318. Da mesma forma, Gerson de Brito Mello Boson, afirma que o princípio da soberania, na nossa tradição constitucional, sempre foi entendido de modo que não excluísse o *Direito Internacional*. Cf. *op. cit.*, p. 234.

<sup>3</sup> Cf. JOBIM, Nelson *apud* DALLARI, Pedro. *Constituição e Relações... op. cit.*, pp. 192-195.

<sup>4</sup> Cf. *Idem*, pp. 195-199.

#### IV- Conclusão

Verifica-se que o movimento de internacionalização do Direito Constitucional é irreversível. Cada vez mais a política interna possui reflexos na internacional e vice e versa.

Quanto à Constituição do Brasil, nota-se que ela sofre, apesar de grandes avanços em relação à anterior, uma verdadeira "introversão nacionalista".<sup>1</sup> Espera-se que nossos Congressistas dêem mais atenção às relações internacionais e discutam a questão nesta Reforma Constitucional que estamos presenciando.

#### **bibliografia referencial**

BOSON, Gerson de Brito Mello. Constitucionalização do Direito Internacional: Internacionalização do Direito Constitucional - Direito Constitucional Internacional Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

DALLARI, Pedro. Constituição e Relações Exteriores. São Paulo: Saraiva, 1994.

MELLO, Celso de Albuquerque. Direito Constitucional Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

<sup>1</sup> Para este termo, cf. CASSESE, Antonio. *Modern Constitutions.... op. cit.* p. 343.

# FALECIMENTO DE SÓCIO NA SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

Ricardo Cavalcante Barroso (Aluno da  
Graduação em Direito da UFPE -  
6º Período.)

## sumário

Prolegômenos acerca da problemática da morte do sócio; 1. Considerações Apriorísticas; 2. Doutrina; 2.1. Aspectos Históricos; 2.2. A Função Social da Sociedade e o Princípio da Preservação da Sociedade; 2.3. A Natureza das Sociedades Por Quotas e a Morte do Sócio; 2.4 O Laconismo do Decreto 3.708/19; 3. Efeitos Consecutivos da Morte do Sócio; 4. Morte Ocasional Falta de Pluralidade de Sócios; 5. Conclusão; 6. Notas Bibliográficas; 7. Bibliografia.

"A Complexidade do cenário econômico e político faz aumentar a sensação de impotência do indivíduo. O desemprego estrutural de muitos milhões agrava o sentimento de insegurança. Para a grande maioria da população é muito mais difícil suportar, psicologicamente, o desemprego. Ter um emprego qualquer que seja, parece a muitos ser tudo que desejam na vida."

Eric Fromm.

## PROLEGÔMENOS ACERCA DA PROBLEMÁTICA DA MORTE DO SÓCIO

O tema proposto, apesar de não ser amplamente discutido na doutrina, é de extrema eminência prática uma vez que a morte é algo definitivo e certo, e que, sem sombra de dúvidas vem a acarretar

conseqüências incisivas às sociedades comerciais, em especial no que se cinge à Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada.

A celeuma de discussões que afloram deste assunto é espantosa, haja vista a completa indigência da Lei das Sociedades Limitadas, ou melhor do Decreto-lei 3.708/19, que é impropriamente chamado de Lei. Interessante é, portanto, o confronto da lei brasileira com algumas legislações alienígenas a fim de aquilatar-se qual o grau de deficiência e divergência da nossa lei em relação às legislações que a influenciaram.

Não se pode negar acima de tudo a importância econômica que as sociedades por quotas representam à Sociedade em geral, haja vista a sua capacidade de produzir e circular riquezas, além da produção de novos empregos. Por isso, ver-se-á a razão pela qual o Princípio da Preservação da Empresa ou Sociedade deve sobrepor-se aos interesses individuais e, sobretudo, a fatos personalíssimos que venham a atingir um dos sócios, apenas.

Outro ponto imprescindível de ser abordado é aquele que se refere à natureza da Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada, uma vez que sua natureza jurídica vem a influenciar diretamente no tratamento dado aos casos de falecimento de um dos seus sócios, como veremos oportunamente. Afora isso, é proposto examinar como comporta-se a sociedade limitada no caso de a mesma ser composta por apenas dois sócios, e, eventualmente, vir a falecer um deles. Esta é uma situação empolgante que provoca calorosos embates doutrinários e legais. Dentro dessa perspectiva de morte de um dos associados-quotistas, oportuno será mostrar a problemática do menor de idade como herdeiro do sócio pré-morto. Tudo analisado de forma a atrelar os mais diversos posicionamentos jurisprudenciais e dos mais respeitados juristas.

Em suma, tentaremos comprovar que a morte do sócio não deve, por si só, aniquilar a sociedade por quotas de responsabilidade limitada, uma vez que é este o pensamento da doutrina e jurisprudência mais atualizadas, além da existência de uma série de minudências e argumentos que demonstram a necessidade e a essencialidade de sua continuidade mesmo com a morte de um dos seus quotistas.

## **1. CONSIDERAÇÕES APRIORÍSTICAS:**

A fim de tratar com maior embasamento e clareza o tema em epígrafe, é oportuno traçar alguns comentários acerca de como

algumas importantes legislações estrangeiras tratam esse assunto, e como tal tratamento veio a influenciar a nossa legislação comercial.

De logo, poder-se-ia dizer que não há uma conformidade entre as legislações sobre as conseqüências advindas da morte de um dos sócios. A Lei francesa afasta-se da solução admitida para as sociedades de pessoas, onde os acontecimentos que atingem a um sócio afetam, fatalmente, à sociedade. Então, na morte de um dos sócios dissolve-se a sociedade, admitindo-se apenas, a sua continuidade, se o contrato estipular o contrário.

Já na Lei belga, a sociedade continua, embora morra um dos componentes, mas seus herdeiros não se tomam de pleno direito membros da sociedade. Em princípio, a transmissão da parte do sócio pré-morto só é possível com o consentimento de mais da metade dos sócios, representando pelo menos três quartos do capital social.

A legislação alemã adota uma sistemática especial, pois, de acordo com ela, as partes sociais são necessariamente transmitidas aos herdeiros do pré-morto. A sociedade, no entanto, pode impedir que a quota fique indivisa.

Neste ponto, para adentrar-se na legislação brasileira, é necessário fazer um breve esboço sobre o instituto da Dissolução das Sociedades Comerciais. O nosso Código Comercial, de início, apreciou a Dissolução da Sociedade sob a égide da doutrina Individualista, predominante no século XIX. Nesta época, esse instituto teve o intuito de proporcionar a liberdade do sócio perante os compromissos sociais. Porém, adotando-se esta postura hoje, abrir-se-ia margem à utilização do instituto da Dissolução em hipóteses que, atualmente, o direito só admitiria em casos de despedida ou exclusão do sócio.

Segundo uma classificação clássica do instituto da Dissolução Social, há a Dissolução de Pleno Direito, que independe da intervenção jurisdicional, e a Dissolução Judicial, que impescinde da mesma participação. J. X. Carvalho Mendonça coloca, ainda, a Dissolução por Convenção dos Sócios, que era inclusa entre uma das hipóteses da dissolução pleno iure, porém, J.X. pensa que esta colocação não seria suficientemente exata, tratando-a, sim, como uma dissolução especial.

Segundo o catalogado pelo art. 335 do Código Comercial, há cinco hipóteses do primeiro tipo de dissolução, e é justamente entre elas que encontra-se a dissolução por morte de um dos sócios. Apesar dessa enumeração parecer taxativa, não o é, pois, há, ainda, outras hipóteses desse tipo de dissolução, qual seja a causada pela

incorporação dos bens sociais como quota na Sociedade Anônima, por exemplo.

Afora isto, interessante é transcrever trecho do ilustre Pontes de Miranda: "- ... na dissolução de pleno direito (sentença declaratória), os efeitos são *ex tunc* (para o passado), ao passo que, na dissolução contenciosa (sentença constitutiva), eles são *ex nunc* (para o futuro), consoante a melhor doutrina."

Rubens Requião, após superada a doutrina Individualista, expôs grandiosa conclusão em sua tese de concurso para a Cátedra de Direito Comercial: "Consideramos obsoleto o instituto da Dissolução da Sociedade Comercial na extensão adotada pelo Código. O Princípio Preservativo da Sociedade ou da Empresa impõe a necessidade de novas fórmulas, que o Direito Comercial encontrou na exclusão do sócio"(1). Daí o mesmo jurista ser um dos propugnadores de outra classificação do instituto da Dissolução Social, qual seja dividi-la em: Dissolução Total, que fulmina a sociedade totalmente, e Dissolução Parcial, que dá maior ênfase ao princípio da preservação da empresa, admitindo a sua continuidade mesmo que algum evento venha a lhe abalar.

## 2. A DOCTRINA:

### 2.1. Aspectos Históricos:

Originariamente, devido ao arraigado individualismo presente no clássico Direito Romano, as sociedades reputavam-se dissolvidas com o falecimento de um dos sócios, desde que não houvesse convenção em contrário. Este preceito já havia sido incorporado às Institutas de Justiniano, que também pregava a dissolução nesses casos uma vez que alicerçavam-se no seguinte princípio: "*quia qui societatem contrahit, certam personam sibi elegit*", ou seja, aquele que forma a sociedade se liga a pessoa de sua eleição, e uma vez que essa não mais exista não haveria mais a *affectio societatis*, embasada em uma relação *intuitu personae*.

Esse princípio valia tanto para a sociedade com poucos sócios como para aquelas com um número elevado, pois, o que interessava realmente era a convenção em contrário, estabelecendo que a sociedade, mesmo com a morte de um dos sócios deve continuar com os sócios remanescentes. Tal base de princípios veio a ser adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro pelo fato dos mesmos serem acolhidos pelo Código de Napoleão, fonte inspiradora do nosso Código Comercial nesse particular. Essa posição foi tão acolhida entre

os juristas brasileiros que resistiu à evolução, não cedendo nem diante da Teoria da Personalidade, segundo a qual a sociedade se transforma em um novo ser estranho à individualidade daqueles que a formam, dominando um patrimônio próprio, nome, domicílio e órgãos de deliberação e execução.

Então, vê-se com o surgimento e consagração da Teoria da Personalidade uma desvinculação da pessoa do sócio em relação à sociedade como algo independente. Não há mais a própria pessoa agindo em seu próprio nome, apesar do surgimento da figura do empresário como personagem importante, que embora não tenha a pertinência ou a propriedade subjetiva dos bens, tem, não obstante, o poder de decisão sobre esses bens, o poder de comandar, e, em certa medida, uma soberania empresarial.

## 2.2 Função Econômica e a Preservação da Sociedade ou Empresa:

Efetivada essa distinção entre sócio e sociedade, o consagrado jurista Rubens Requião vislumbra uma incoerência, no mínimo inexplicável, que ocorre no Direito Comercial brasileiro. Esta incongruência é gerada pelo fato de o nosso ordenamento reconhecer a personalidade jurídica da sociedade comercial, e, ao mesmo tempo, manter-se ainda características de comunhão, como ocorria na comunhão *zur gesammte hand*, denominada de mão unida, que é de origem alemã, com sua estrutura de modo a fazer-se dissolvê-la inexoravelmente quando da morte de qualquer dos sócios, na eventualidade de não se ter convencionado o contrário, anteriormente, para a sua continuidade. É uma incongruência, pois, mesmo com tanto labor dos juristas para o desabrochar da personalização da sociedade comercial, não há como ela possa aspirar a uma sobrevivência se não lhes foram dadas as mínimas condições para tal, pois, como pretender a sua continuidade adulta e independente, deixando sua sorte na íntima dependência de vicissitudes personalíssimas dos sócios. Além disso, pela tamanha gravidade extraída do tema, Vivante, em sua obra *TRATATTO* expressou sua opinião no sentido de que deveria haver uma reforma legislativa que coroasse uma maior estabilidade às empresas, a fim de que não fosse considerada a morte do sócio motivo para a sua dissolução total, até porque, é assim que se tem comportado as legislações hodiernas, inclusive o Projeto do Código Civil Pátrio, em seu artigo 1.065.

Outra nota seria o fato do reconhecimento da função econômica da sociedade comercial, em especial as Sociedades por

Quotas de Responsabilidade Limitada, pois, a partir do instante em que ela passa a aglutinar interesses dos mais diversos e já se desenvolve sob uma economia própria, gerando empregos, representando um meio de circulação de riquezas, ela passa a ser algo bem maior, que ultrapassa a esfera interior da sociedade e começa a significar uma estrutura de importância transcendental, não podendo, por causa de um acaso, de um evento funesto, que apenas atinge um sócio de forma imprevisível, aniquilar uma sociedade comercial que agora passa a representar algo bem mais consistente e grandioso.

Além disso, Ascarelli, procurando superar esse antagonismo, sustentou com grande propriedade a natureza do contrato plurilateral das sociedades onde tudo seria abalizado em função de um escopo comum. Os sócios, neste contrato plurilateral, não se colocam uns a frente aos outros, como nos Contratos de Intercâmbio, eles não se apresentam numa estrutura de troca de prestações, mas sim, colocam-se um ao lado do outro, e a prestação de cada sócio só tem sentido quando referida ao objetivo comum. Daí concluir-se que o fato atinente a um só sócio não vem a afetar o contrato como um todo, mas apenas uma das múltiplas relações que correspondem a esse feixe contratual. Em função dessa exposição de motivos poder-se-ia admitir que o problema da exclusão do sócio, ou mesmo da morte de um deles, possa ser equacionado sob esse escopo comum.

### **2.3. Natureza das Sociedades por Quotas e a Morte do Sócio:**

Para que possa ser superada essa problemática em torno do falecimento do sócio, é necessário notarmos a existência de outra batalha doutrinária, que gira em torno da classificação da Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada como uma sociedade de pessoa, ou como uma sociedade de capital, ou até mesmo, segundo alguns, classificá-la como Sociedade Mista. Embora Vivante já tenha afirmado que é destituído de valor a classificação das sociedades, tendo em vista a relevância ou não da pessoa do sócio, ainda é ferrenha a discussão sobre esse tema. A doutrina brasileira e a jurisprudência dos egrégios tribunais têm propendido a considerar a sociedade por quotas como uma sociedade "*cum intuito personae*", neste sentido testemunha Fran Martins: "Na doutrina brasileira é, sem dúvida, a maior tendência, para dar às sociedades por cotas o caráter de Sociedade de Pessoas"(2). Apesar de, hodiernamente, o Supremo Tribunal Federal inclinar-se em considerá-la um meio-termo entre as sociedades de Pessoas e de Capital.

Esta discussão é importante, pois, caso comprovado seja que a sociedade por quotas é uma sociedade de pessoas, isto significaria que a ligação entre os sócios é muito mais forte, é uma relação pessoal, *cum intuito personae*, então, neste caso, morrendo um sócio ficará fortemente perturbada a *affectio societatis*, podendo levá-la à dissolução total. Por outro lado, ao se considerar a mesma sociedade comercial como sociedade de capital, o que vale é o capital com o qual o sócio contribuiu a fim de integrar a mesma, não interessa quais as qualidades personalíssimas dos sócios, pois, aqui o que há é uma relação *intuito pecuniae*

Se por um lado, Amador Paes de Almeida advoga que a sociedade limitada tem natureza mista, como um meio-termo entre as sociedades de capital e as de pessoas, por outro lado Eunápio Borges<sup>(3)</sup> afirma que tudo dependerá do contrato social, podendo este acentuar o personalismo ou o capitalismo na sociedade por quotas. Nesta esteira segue o pensamento de Nelson Hungria que o expressou ao julgar um recurso extraordinário em 1958, dando delineamento à doutrina do tipo misto no STF.

#### **2.4. O laconismo do Dec. 3.708/19:**

Neste passo, mister é comentar o decreto 3.708/19, A Lei das Sociedades por Quotas de Responsabilidades Limitadas, uma vez que é ela imensamente lacunosa acerca do trato às conseqüências da morte do sócio da supracitada sociedade. Ela comenta apenas sobre o direito de recesso dos sócios em casos de divergências sobre alterações contratuais, e em seu art. 18 coloca um preceito no mínimo polêmico citando a possibilidade da sociedade por quotas ser regulada pela lei 6.404/76, das Sociedades Anônimas. Este dispositivo ocasionou o surgir de uma série de posições, pois, uma primeira corrente defende ser a lei das Sociedades Anônimas uma fonte supletiva das omissões contratuais; uma segunda posição pretende que a lei do anonimato não se limite às falhas do contrato social e atue como forma supletiva nas omissões da lei das Sociedades Limitadas. Para o ilustre Egberto Teixeira a missão auxiliar da Lei das Sociedades Anônimas não se resume em sanar insuficiências do contrato social, mas, também, deve supri-la, na parte aplicável, respeitada a individualidade da Sociedade Limitada, pois, pode haver dispositivos da lei 6.404/76 que seriam inaplicáveis às Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada, devendo o intérprete agir com cautela.



Neste sentido, deve-se priorizar a observação do contrato social, pois, o dec.3708 não contém as disposições essenciais sobre a dissolução das sociedades por quotas, com maior indigência nos casos de falecimento de um dos sócios. Então, Fran Martins(4) ensina que não contendo disposições expressas no decreto 3.708 sobre dissolução das sociedades por quotas, serão aplicadas, quando o contrato não dispuser expressamente, as normas gerais do Código Comercial relativas à dissolução das sociedades que não revestirem forma anônima, pois, o Código, ao se referir às Anônimas as chama de companhia, e não é assim que a seção VII do cap. II do Código Comercial se refere para tratar da dissolução. Pois, as Sociedades Anônimas possuem normas especiais, por exemplo, a morte de um dos sócios, que em regra, é motivo de dissolução em uma sociedade não anônima, não o é, nesta (anônima) em que a consideração de capital é mais importante que a pessoa dos sócios.

### 3. EFEITOS CONSECUTIVOS DA MORTE DO SÓCIO:

Passada a fase de elucubrações e embates doutrinários acerca do tema, volta-se às vistas o art.335, 4: "As sociedades reputam-se dissolvidas: 4. Pela morte de um dos sócios, salvo convenção em contrário a respeito dos que sobrevivem." Haja vista o citado artigo, vê-se a importância da cláusula de perpetuação da sociedade mesmo com morte do sócio, pois, apesar de ser uma cláusula de uso freqüente, é uma garantia dos sócios, especialmente nas sociedades industriais que exigem custosa instalação.

No caso de morte, verifica-se e apura-se a parte que cabe ao sócio falecido para ser entregue aos seus herdeiros, porém, se o contrato silenciar sobre a forma de apuração da parte do falecido, será, segundo Eunápio Borges, necessário levantar-se o balanço do estabelecimento, ao tempo da morte, a fim de calcular-se exatamente aquela parte, e o mesmo autor acrescenta à sociedade. No entanto, a contrario senso do que pensa o supracitado jurista, Valdemar Ferreira sustenta que: "Não têm os sucessores do sócio direito à parte dos fundos de reserva, senão quando exista disposição contratual expressa a respeito. Aqueles fundos pertencem à sociedade, não aos sócios.(5)" E Eunápio retruca: " Com tal argumento, os sucessores nada receberiam; porque não apenas os fundos de reservas, mas tudo o mais pertence à sociedade e não aos sócios...(6)". Então, na omissão do contrato sobre a forma da apuração de haveres, implicará em uma liquidação parcial para

apurar a parte que lhe cabe. E esta parte seria injustamente desfalcada se não abrangesse também os fundos de reserva. O direito desses herdeiros, no dizer de J.X. Carvalho Mendonça, limita-se ao de reclamar da sociedade a parte a que tinha direito o seu antecessor, e dita um acórdão da 1ª Vara da Corte da Apelação, em 1907 que chama Dissolução Parcial a essa verificação para o só efeito de apurar-se a quota do sócio pré-morto, com o fim de remover os inconvenientes e delongas da liquidação ordinária. A sociedade, no caso, não se dissolve, e por isso é que se contrata a sua continuação com os sócios sobreviventes, e se não há dissolução, muito menos há liquidação. O que ocorre é um ato equivalente à dissolução e liquidação da sociedade no que diz respeito aos herdeiros do pré-morto, semelhante à retirada do sócio(7).

Apesar da importância da cláusula expressa no Contrato Social prevendo a continuidade no caso de falecimento de sócio, asseveram com grande imponência Fran Martins e Cunha Peixoto que não é necessário essa manifestação expressa, admitindo-se na jurisprudência e aceito na doutrina a existência da cláusula tácita, que se extrai dos demais dispositivos do contrato. E colocam como paradigma a hipótese de falecimento de um dos sócios sendo no Contrato Social expresso que sejam pagos "precipualemente os herdeiros do sócio pré-morto", tal fato implica a continuação da sociedade, a dissolução do contrato, relegaria esse pagamento para o fim da liquidação. Daí, os herdeiros seriam credores de um crédito preestabelecido de apuração e modo de pagamento previstos no contrato, como por exemplo: "cujo saldo será pago ao herdeiro em 24 prestações iguais e sucessivas, acrescidas de juros de 12% ao ano."

É curioso notar o posicionamento de Teixeira de Freitas, citado por Rubens Requião, que de maneira adversa, sustenta que a dissolução devido à morte do sócio poderia ser evitada e a sociedade prosseguiria "se no contrato assim se estipulou", ou, por igual, "se os sócios sobreviventes assim estipularem em contrato posterior ao falecimento". Então, para o insigne jurista até após a morte poder-se-ia impedir a dissolução social.

J.X.Carvalho de Mendonça coloca outra indagação que é bastante oportuna acerca da possibilidade de os sócios estipularem no Regramento Social que, no caso de morte de qualquer deles, a sociedade prosseguiria com seus herdeiros. Neste passo, entendem uns que se pode convencionar a continuação da sociedade comercial com os herdeiros do pré-morto, visto que o art. 308 amplia a disposição do art.335 n.4. Os herdeiros não se tornariam sócios por sucessão; mas em virtude de uma estipulação por ordem. Outros

entendem que no caso do art. 308, que trata da continuação da sociedade com os herdeiros do sócio morto, é mister um novo contrato, isto é, a continuação depende da vontade dos herdeiros e dos sócios sobreviventes. Pois, aos herdeiros do falecido será facultado permanecer ou não na sociedade pelo motivo de ninguém poder consentir por eles. Ademais há ainda que se atentar para a capacidade jurídica dos herdeiros, pois, como assevera Fran Martins: "... menores de idade não emancipados entre os herdeiros não poderão fazer parte da sociedade, pois o direito brasileiro diverge a natureza das quotas da das ações da Sociedades Anônimas.(8)"

Apesar desse posicionamento anacrônico visto nas Lei brasileira, há doutrina bem mais esclarecida, como nota-se em festejado Artigo do jurista Luiz Mélega sobre a sucessão *causa mortis* nas sociedades limitadas e anônimas. Nas anônimas, segundo Mélega, com pessoas físicas, a situação se resolve mediante a transferência das ações do falecido aos seus herdeiros. Já nas Limitadas, pode-se dispor que os herdeiros do falecido o substituam na sociedade, o que será uma situação não cômoda quando esses herdeiros sejam menores, já que deverão ser representados por pessoas nem sempre familiarizadas com os negócios sociais e que, por isso, podem comprometer o progresso da sociedade. Porém, se o contrato estabelecer que aos herdeiros será restituída a participação societária acrescida de lucros apurados, mesmo assim, poderá, também, ser comprometido o andamento normal da sociedade à vista do desfalque sofrido no capital social(9).

Por esses e outros entendimentos doutrinários é que o egrégio Supremo Tribunal Federal consagrou em julgamento do recurso extraordinário n. 82.433, no voto condutor do Min. Xavier de Albuquerque, a doutrina que permite o menor de idade participar da Sociedade por Quotas, integralizando o capital, e, sem encargos na administração.

Cabe trazer à tona os comentários de Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto sobre o art. 7º do dec.3708, que trata da cobrança, pela sociedade ao sócio remisso ou de seus herdeiros acerca do valor da quota subscrita: "Ora se os demais sócios podem cobrar dos herdeiros a parte que o morto havia se comprometido com a sociedade, evidentemente é porque eles o sucedem, isto é, tornam-se membros da sociedade. Não seria jurídico que a sociedade pudesse exigir do herdeiro do sócio pré-morto as prestações que faltaram para completar o pagamento da quota e, em seguida, considerasse dissolvida a sociedade, ou declarasse o herdeiro apenas com o direito de receber o capital e os lucros do antecessor. Seria ilógico. Verifica-

se, pois, do exame do art.7º que o morto não altera a situação da sociedade limitada. Todavia, a lei trata de maneira diversa os herdeiros do sócio remisso daqueles do integralizado. Neste, o herdeiro continua de pleno direito...(10)."

Egberto Teixeira propõe interessante solução ao caso de morte de sócio havendo ou não previsão contratual sobre a continuação ou não da sociedade. Segundo Teixeira, a solução dependerá sempre da predominância personalista ou capitalista dada a sociedade, o que se aferirá no exame do contrato social, em cada caso particular. Para ele é insuficiente a simples invocação do Código Comercial ou mesmo da lei 6.404/76, como fontes supletivas.

#### 4. MORTE OCASIONA FALTA DA PLURALIDADE DE SÓCIOS:

O nosso decreto 3.708 foi omissivo acerca da fixação dos limites máximos e mínimos do número de sócios nas sociedades limitadas. Em relação ao número máximo, o decreto falhou amplamente, pois, além de ser omissivo, fugiu ao espírito desse tipo societário que é o de construir uma sociedade média com capital e quantidade de integrantes diversos das sociedades anônimas. Quanto ao número mínimo, agem os Princípios Gerais do Direito que vêm suprir o silêncio da lei. Assim, a lei não exigiu um número mínimo como nas sociedades anônimas, limitando-se a determinar que o título constitutivo obedeça às prescrições dos artigos 300 e 302 do Código Comercial, devendo as Sociedades por Quotas constituírem-se com dois ou mais sócios, divergente do que ocorre com as anônimas em que a lei permite que, por um certo tempo, elas funcionem com um único sócio. Nossa lei afastou-se neste aparte aos seus modelos legislativos, uma vez que a lei alemã absteve-se de fixar um número mínimo de capital para sua constituição.

Nada consta, entretanto, no nosso Direito, quanto ao número máximo de sócios, ficando a critério dos que se reúnem para constituir uma Sociedade por Quotas, esta é a mesma postura do legislador português e alemão. Porém, na Inglaterra quando a lei inglesa não regular as *privates companies* limitou-se um número máximo de 50 sócios. O Chile adotou a mesma quantidade, já a França adota número máximo ilimitado e um número mínimo de dois, semelhante ao Brasil. Na Argentina o máximo é de 20, assim como no Uruguai e na Colômbia.

Após este breve esboço acerca de algumas legislações alienígenas, passemos agora a analisar sob os aspectos doutrinários, legais e jurisprudenciais a hipótese de Sociedade por Quotas formada

por duas pessoas, em que uma delas falece. Esta hipótese é complexa, pois, a legislação comercial brasileira vislumbra que a Sociedade por Quotas pode constituir com dois ou mais sócios, porém, a jurisprudência e a doutrina têm travado calorosas discussões.

Cunha Peixoto sustenta que se deve evitar a todo custo a dissolução da sociedade, permitindo sua continuidade por um determinado período, independentemente da existência da coletividade. Por outro lado, completa o autor, "é pacífico entre os comercialistas, mesmo os que não admitem as sociedades unipessoais, que durante esse período não se confunde o patrimônio da sociedade com o dos seus cotistas, já que durante a liquidação, a sociedade mantém a sua personalidade jurídica(11)".

Ville Duarte da Costa, professor da Universidade Federal de Minas Gerais, infere que a continuidade da sociedade com apenas um sócio não tem sido admitida com freqüência pela doutrina e jurisprudência. Mas há sistemas legislativos, como o argentino, que admitem.

A saída ou morte de um dos dois únicos sócios não dissolve a sociedade, consoante o Princípio da Preservação da Empresa, inobstante a doutrina de Pontes de Miranda, segundo a qual nem mesmo é possível a estipulação contratual sobre a continuação da sociedade de dois sócios, porque um sócio só não constituiria uma sociedade.

Waldírio Bulgarelli em Artigo, cita uma das proposições da quarta sessão plenária do II Simpósio sobre Reforma da Legislação das Sociedades por Quotas, no Rio Grande do Sul em 1977, onde dizia-se: "A lei deve permitir, assim como a lei das sociedades anônimas, que a sociedade limitada, na falta da pluralidade de sócios, possa voltar à normalidade caso seja reduzida a somente um quotista desde que seja reconstituída a mencionada pluralidade no prazo máximo de um ano. Aprovada por unanimidade(12)". Esta foi uma das proposições que fez ressurgir o sentimento atualizador dos juristas sulistas, e que integrou, com as outras proposições desse simpósio, um projeto de lei ao Congresso Nacional. E esta proposição foi corroborada por vários julgados como por exemplo, na 4o. Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Paraná, Ap.nº. 681/87, relator juiz Franco de Carvalho que deu provimento ao recurso, *in verbis* : " Sociedade Comercial constituída por apenas dois sócios. Morte de um deles. Possibilidade de dissolução parcial da sociedade. A moderna doutrina e jurisprudência mais atualizada tem admitido em casos tais a dissolução parcial da sociedade com apuração exata dos haveres do

sócio falecido, sem prejuízo da continuidade da empresa pelo sócio sobrevivente. Recurso Provido.(13)"

Também a jurisprudência do STF, e agora do STJ, é assente no sentido de que havendo apenas dois sócios e contrato prevendo que a morte dissolve a sociedade, permite-se ao sobrevivente a continuidade do negócio ou como empresa individual, ou estabelecendo-se prazo útil para que a integre novo sócio.

Uma postura bastante ousada que foi advogada pelo eminente Eunápio Borges afirma o seguinte: "...entre nós - referindo-se à Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada - poderá existir ocasionalmente não apenas com um sócio, mas sem qualquer sócio. Podendo a sociedade adquirir suas próprias quotas, nos termos do art.8º da Lei 3.708, quotas que podem conservar uma carteira para ulterior cessão ou revenda(14)".

Vê-se, por fim, que o direito não é estático, pelo contrário, o direito é dinâmico, cabendo aos juristas e à jurisprudência guiar e fazer prevalecer o bom direito, sendo, para tanto, primordial a análise caso a caso, propugnando-se a Preservação da Sociedade, como instrumento social de geração de empregos, aferição e circulação de riquezas.

## 5. CONCLUSÃO:

Como desfecho, é notória a grande discordância entre as legislações, e embora a brasileira tenha uma origem retrógrada em relação às mais modernas Leis comerciais estrangeiras, ela começa a se mostrar atinente com a melhor doutrina e jurisprudência.

Com alicerce na exposição adrede, é imperioso advertir que a sociedade por quotas de responsabilidade limitada vem se descaracterizando como modelo jurídico original, tendo retorcida a sua estrutura societária para atender às variadas situações, inclusive de outros ramos do direito como o sucessório, em particular. Esse processo de deterioração sofrido pelas sociedades por quotas deve-se basilarmente à lacunosa e indigente redação do Decreto-lei 3.708/19, que não acompanhou os modelos legais de que se serviu, quais sejam o alemão e o português. Recorrendo-se ao modelo de sociedade por quotas para resolver problemas diversos, chega-se até mesmo a absurdos no âmbito jurídico ensejadores de uma revisão crítica. Dentre essas situações emerge o que ocorreu ao se admitir a sociedade unipessoal, para permitir que o sócio continue com a sociedade até encontrar novo sócio( 2º TACivSP, 3º Gr. de Câms. Civs., Ap.Civ. 9.974/74, Rel. Novaes de Andrade). Então, vê-se que a

sociedade por quotas veio desde a origem do decreto-lei sofrendo ajustes e interpretações das mais diversas, que evidenciam a sua imperfeição e incompletude.

Atentando-se à hipótese de dissolução da sociedade limitada por morte de um dos sócios, deve-se ter em vista a natureza em si do evento morte, pois, como é sabido, ela, morte, sempre vem a ocorrer de forma funesta e certa, todos sabem que ela, mais cedo ou mais tarde, quedará por acontecer. Haja vista essa certeza e imprevisão, é de se conjecturar na mente daqueles que pretendem se associar, a sua previsão e de seus efeitos, pois, acaso a sociedade dure indeterminada ou determinadamente a morte atingirá certamente um ou alguns dos sócios, fato que legalmente, pelo Código Comercial, ensejaria o fim da sociedade. Seria odioso, porém, reduzir à inatividade, uma sociedade em pleno fastígio, cumprindo seus objetivos, produzindo riquezas e contribuindo para o desenvolvimento da economia interna. Neste pesar, com essas proporções a sociedade limitada já significaria algo bem mais amplo e supraindividual, pois, gera empregos e circula valores. Não pode portanto, nesta fase, de maneira alguma, ser inquinada de extinção só e exclusivamente por um evento personalíssimo, eventual, funesto e já, de certa forma, esperado pelo conjunto dos sócios. Portanto, como conclusão às elucubrações adrede expostas, o melhor instituto para solucionar a situação seria a Dissolução Parcial, posto que partindo-se do pressuposto de que a morte é um evento presumido, não restaria razão para a sua total dissolução.

É de se constatar que o tema em tela gera ainda muita perplexidade e calorosas discussões na doutrina, porém, é imperioso que tais embates venham a discorrer sobre pontos que ensejem choques legais e doutrinários, e não sobre o evento morte, uma vez que este é certo, irreversível e inalterável. Daí prescindir de qualquer previsão contratual acerca dessa possibilidade, nem expressa nem tácita como demonstram alguns juristas. Havendo o falecimento, seguimos a postura de João Eunápio Borges, ou seja, apura-se a parte que cabe ao sócio pré-morto para ser entregue aos seus herdeiros, esta apuração pode ser no molde do contrato social, ou, no seu silêncio, levanta-se o balanço do estabelecimento, ao tempo da morte, a fim de calcular-se aquela parte, sendo computados todos os valores pertencentes à sociedade, inclusive à parte dos fundos de reserva.

Em suma, trazendo à baila o pensamento incontestável de Eric Fromm, ao expor que a complexidade do cenário econômico e político aumenta a sensação de impotência do indivíduo, mormente

no que se refere ao desemprego, vê-se que este é extremamente assentado com o Princípio da Preservação da Empresa, demonstrando-se que o interesse coletivo está intimamente ligado ao referido princípio, na medida em que mantém a sociedade comercial, inobstante a morte de um dos sócios, gerando empregos, pagando impostos e promovendo o desenvolvimento das comunidades em que se integram. Ademais, e primordialmente, nos momentos de instabilidade econômica geradores desse equilíbrio social é que surge o papel da Ciência Jurídica incumbida de sobrepor aos interesses individuais os coletivos priorizando-se, portanto, as vantagens que a empresa gera no seio social, ponderando se é mais vantajoso a sua extinção pela morte de apenas um dos sócios ou sua continuidade, mesmo não havendo previsão contratual neste sentido.

## 6- notas bibliográficas:

- (1) REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. v. 2 , 21ª edição, Saraiva, São Paulo - 1993
- (2) MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial. 8ª edição. Rio de Janeiro. Forense.1994
- (3) BORGES, João Eunápio. Ob. Cit.
- (4) MARTINS, Fran. As Sociedades por Quotas no Direito Estrangeiro e Brasileiro.1.ed. Rio de Janeiro. Forense.1960.v.II.
- (5) BORGES, João Eunápio. Curso de Direito Comercial Terrestre.5ª ed.. Forense. R.J. 1975.
- (6) FERREIRA, Waldemar. in BORGES, João Eunápio. Ibidem.
- (7) MENDONÇA, J. X. Carvalho de. Tratado de Direito Comercial Brasileiro. 5ª ed. v.III, livro II, parte III. Livraria Freitas Bastos - Rio de Janeiro. 1954. p. 210
- (8) MARTINS, Fran. As Sociedades por Quotas no Direito Estrangeiro e Brasileiro: 1ªed. Rio de Janeiro. Forense.1960.V.II.
- (9) MÉLEGA, Luiz. Ob. Cit. p.131.
- (10) PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha ,A sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada. 2 ed. v.2. Forense. RJ/RJ. 1958.
- (11) PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. Sociedade por Ações. Saraiva. São Paulo. 1973. v. 04. p.249.
- (12) BULGARELLI, Waldírio. II Simpósio sobre a Reforma da Legislação da Sociedades por Quotas de Responsabilidade limitada, do Rio Grande do Sul. Revista do Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. n. 25, a. XVI. Nova Série. 1977. p.116-117.
- (13) BULGARELLI, Waldírio. Direito Empresarial Moderno. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1992. p.316.
- (14) BORGES, Eunápio. Ob. Cit

## 7. bibliografia:

1-ABRÃO, Nelson. A Transformação das Sociedades Anônimas em Sociedades de Responsabilidade Limitada. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. No. 25, a. XVI. Nova Série, 1977. p. 13-21

- 2-BORGES, João Eunápio. **Curso de Direito Comercial Terrestre**. 5ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.
- 3-BULGARELLI, Waldírio. Alguns Estranhos Casos de Sociedades por Cotas de Responsabilidade Limitada no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. No. 25, a. XVI. Nova Série, 1977. p.23-29
- 4-BULGARELLI, Waldírio. **Direito Empresarial Moderno**. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 1992. p.293-371.
- 5-BULGARELLI, Waldírio. II Simpósio Sobre A reforma da Legislação das Sociedades por Cotas de Responsabilidade Limitada, do Rio Grande do Sul. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. No. 25. a. XVI. Nova Série, 1977.
- 6-COMPARATO, Fábio Konder. Exclusão de Sócio nas Sociedades por Cotas de Responsabilidade Limitada. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. No. 25, a. XVI. Nova Série, 1977. p.39-48.
- 7-MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial**. 5o.ed. posta em dia por Achilles Beviláqua e Roberto Carvalho Mendonça. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, v. III, livro II e parte III. 1954.
- 8-MIRANDA, Darcy Arruda Júnior. **Dicionário Jurisprudencial da Sociedade de Responsabilidade Limitada: Decreto 3.708 de 10.1.19**. São Paulo: Saraiva, 1988. p.78-83.
- 9-MARTINS, Fran. **Sociedade por Quotas no Direito Estrangeiro e Brasileiro**. 1o.edição. Rio de Janeiro: Forense. 1960. v. II.
- 10-MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 8ª edição. Rio de Janeiro. Forense. 1994
- 11-MÉLEGA, Luiz. As Sociedades Anônimas e as Sociedades por Cotas de Responsabilidade Limitada: Confronto de Eventuais Vantagens e Desvantagens. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. No. 25. a. XVI. Nova Série, 1977.
12. PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. **A Sociedade Por Quotas de Responsabilidade Limitada**. 2a. ed.. v.II. ed. Forense. Rio de Janeiro. 1958. p.26-31
- 13- PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. **Sociedades por Ações**. Saraiva. São Paulo. 1973. v. 04.
- 14- REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 21o.edição. São Paulo: Saraiva, 1993. Vol. II.
- 15-ZVEITER, Waldemar. Aspectos Polêmicos das Sociedades por Cotas de Responsabilidade Limitada. **Informação Jurídica da Biblioteca Min. Oscar Saraiva**. Vol.5, no.2, p.79-137, jul./dez. 1993. p.91-100.

# O DIREITO DE IMAGEM DO PRESO PROVISÓRIO

Francisco Antônio de Barros e Silva Neto (Aluno da Graduação em Direito da UFPE)

Larissa de Góes Cavalcanti Rosa (Aluna da Graduação em Direito da UFPE)

Maria Cristina Souza Leão de Castro (Aluna da Graduação em Direito da UFPE)

## Capítulo I - Introdução.

Os processualistas penais ergueram, ao longo dos anos, todo um conhecimento sistemático sobre a prisão sem pena, o qual, embora ainda hoje eivado de lacunas, possui forte base genérica e conceitual, à qual necessariamente se reportam os esforços de estudantes de graduação, cientes de suas limitações. Situação idêntica se observa no Direito Constitucional.

Em breve crônica publicada na Revista Veja de número 1.485, edição de 05 de março do ano em curso, critica-se a atuação da polícia carioca. A atitude vergastada, exibição do suspeito de um crime à imprensa, passaria despercebida a olhares poucos atentos (hábito policial, diriam alguns), não fossem as mãos da autoridade pública, fâmula da legalidade, em torno do pescoço do suspeito, obrigando-o a se sujeitar à execração das câmeras.

Frente à reportagem, indaga-se: o suspeito de um crime, preso preventivamente, não teria direito à própria imagem, como se lhe assegura na Carta Magna?

Embora a resposta seja óbvia, o Direito Processual Penal não se dedicou a este direito fundamental com a maturidade que se lhe exige. Há larga doutrina sobre o direito à própria imagem, contudo de abordagem essencialmente civilista, com algumas passagens pelo constitucionalismo recente.

Tem-se, portanto, uma trilha íngreme, marcada pela ausência de bibliografia específica, pela ausência de construções legais nítidas e, sobretudo, pelo desrespeito das autoridades à *Lex Mater*.

Concomitantemente, o tema se recrudescer de encantos, frente à possibilidade de se construir, *rectius*, de se criar algo.

Com este espírito, dentro das limitações do academicismo, segue-se o nosso estudo.

## Capítulo II - Antecedentes históricos

### 2.1 As primeiras considerações.

*Ab initio*, admitir não custa que, até aproximados cem anos, muito poucos ousaram sequer mencionar a potencial existência de um direito à imagem, ou à honra, ou à privacidade em esfera própria ou, melhor dizendo, como direitos autônomos, independentes e mais próximos, em sua natureza e essência, dos direitos do indivíduo a personalidade.

Ora, muitos diriam, mas o direito à personalidade é 'coisa' de há muito reconhecida, remontando aos recônditos tempos do Direito Romano e o Direito Moderno, como um todo, esteve tão arraigado às influências romanas, que se poderia dizer: assim como acertou, onde este povo acertou, errou e se omitiu, onde eles erraram e se omitiram. Os romanos admitiram o ser humano como detentor de uma personalidade individualizada tão somente enquanto sujeito de direitos e obrigações, imaginando uma obrigação por atos ilícitos, onde se desenrolava uma nítida invasão ao direito de personalidade de cada um, visto o homem sob uma ótica até então inimaginável: o momento do reconhecimento do seu eu como objeto de direito, a que se deu o nome de cisão da personalidade<sup>1</sup>

### 2.2 Os direitos de personalidade: formação e extensão através dos tempos.

Toda e qualquer pessoa, hodiernamente, vê-se, no cotidiano embate social, obrigada a suportar pressões as mais diversas, advindas da publicidade inerente à contemporaneidade. Críticas surgem; fotografias são tiradas; as pessoas falam; a imprensa publica e; seja pela profissão que exerce; por uma obra literária fabricada; pela obrigatoriedade de depor em juízo ou mesmo pela mera possibilidade,

<sup>1</sup> Joseph Kohler, em seu artigo *A própria imagem do Direito*, p.25

ainda que insuspeita, de haver participado de um ilícito, sujeitar-se-á o indivíduo aos olhares perscrutadores da opinião pública. Melindres e suscetibilidade não podem constituir ameaça à consecução de uma juridicidade sadia, diriam alguns, mas como seria possível demarcar a fronteira entre o *right of privacy* dos juristas ingleses e o interesse da coletividade como um todo ?

A primeira alusão ao direito de imagem em relação direta com a intimidade pessoal foi feita pelo alemão Joseph Kohler. A teoria do direito à própria imagem como uma exteriorização do direito à intimidade, só subsistindo enquanto expressão deste, constitui a teoria mais aceita e difundida, tanto na França, como na Itália, além de aparecer como premissa básica entre os fundamentos da doutrina do *right of privacy*, surgida na Inglaterra, em antológicas decisões de Tribunais Medievos.

A patente hesitação dos alemães acerca do tema se atribui a uma pretensa identidade entre o direito que se tem à própria imagem e o direito do autor sobre a sua obra, como se esta refletisse a personalidade daqueles, como se fosse dado aos homens o poder de criarem uns aos outros. O direito, portanto, à imagem só pode se respaldar na personalidade e a reprodução de uma imagem, qualquer que seja ela, deve respeitar os limites da razoabilidade, não ultrapassando o âmbito legítimo da intimidade pessoal, em plena conformidade com aquilo que é lícito, sem a necessidade de acatar caprichos ou mesmo levá-los em consideração.

Isto posto, depreende-se que os alemães finalmente aliam-se ao restante da Europa para afirmar que o objetivo do direito de imagem é fundamentalmente a própria figura física da pessoa, sua aparência exterior e não exclusivamente o seu retrato já destacado e materializado em outro suporte físico, discernindo assim o direito à própria imagem de um mero direito de ator. Esta, vale salientar, era uma tese já defendida no início do século, reconhecendo, desde então, a existência de um direito autônomo à própria imagem<sup>1</sup>.

### **2.3 Direito a própria imagem: a constituição de uma autonomia em meio a restrições e ilações com outros direitos personalíssimos.**

Em uma das discussões mais polêmicas em torno do assunto, formou-se o entendimento de que mesmo as personalidades públicas têm a divulgação de sua imagem devidamente limitada às facetas de sua personalidade que liguem-se diretamente com sua atividade

<sup>1</sup> Joseph Kohler, *ibidem*, p.28

publicamente reconhecida como de interesse da coletividade, isto é, a publicação de sua imagem é admitida dentro de objetivos lícitos. Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Sena, na França de 1884, quando proibiu um pintor de exibir o retrato de Alexandre Dumas, enquanto mercador de bazar. Do mesmo modo, caso alguém entre na residência de outrem, sem qualquer permissão e lá tire fotografia sua, sem que o mesmo se aperceba, não constitui a tiragem da foto, como afirmaram tribunais do século passado, fase de exaurimento do ilícito de invasão de domicílio, mas sim delito autônomo, imediata e não mediatamente decorrente do primeiro, violação da personalidade, enquanto direito de imagem.<sup>1</sup>

Não se constituem, no entanto, em violação do direito à própria imagem das pessoas:

O retrato de alguém ao meio da multidão, ou tirado ao acaso como parte de uma paisagem reproduzida, devendo o interesse pictórico prevalecer em detrimento do interesse particular. A contrário senso, não seria permitido retratar um grupo de senhoras ao banho, a pretexto de se tratar de um cenário praiano, em sendo possível reconhecê-las;

O interesse artístico de quem estuda o homem como indivíduo, independentemente de ser esta pessoa famosa ou simples figura do povo, vez que constitui apenas material para construção de sua obra. Configura abuso da liberdade artística, entretanto, a mostra ou representação de pessoas fora da sua esfera de atuação, sem uma prévia autorização destas;

A caricatura, como forma de representação de situações humorísticas, envolvendo pessoas públicas, salvo quando implica desonra, desgaste de sua imagem, ou acinte à sua intimidade.

Tem-se, por muitas vezes, tentado encaixar entre as exceções à perturbação ao direito de imagem, a utilização da fotografia a serviço da perseguição criminal, o que não caberia em absoluto, posto não restarem dúvidas quanto à discutibilidade da licitude do ato de submeter ao escárnio da sociedade, mediante fotografias estampadas nos mais variados veículos da mídia, a figura física de um indivíduo, sobre o qual paira a suspeita de um crime. Questiona-se até mesmo a imprescindibilidade de um sujeito ver-se desprovido do livre exercício dos seus direitos individuais e personalíssimos, uma vez constrangido seu direito de locomoção em virtude de uma suposta necessidade, na tutela policial, do bom andamento do processo criminal. Tal sorte de violência, constrangimento ou abuso, caso assim se configure,

<sup>1</sup> Joseph Kohler, *idem*, p.30

encontra-se submetida ao ordenamento jurídico-constitucional e sua regulamentação legal (seja federal ou regionalizada), jurisprudencial ou meramente doutrinária.

Durante muito tempo, esse direito em revista permaneceu sem regulação legal, embora amplamente reconhecido pelos tribunais europeus conforme o demonstram decisões iterativas como o largamente difundido caso do Capitão Dreyfuss:

"A imagem do Capitão Dreyfuss foi grandemente prejudicada com o absurdo, ilegal e injusto processo, que lhe atingiu a reputação e ocasionou a perda das patentes e a prisão na Ilha do Diabo, mas a revisão do processo anômalo não só o reintegrou no cargo, como a Fazenda Pública o indenizou materialmente pelos danos sofridos pelo aviltamento da imagem".<sup>1</sup>

Ainda sem prevenção em estatuto legal, foi proposto, a título de potencial regulação do direito em discussão, o dispositivo que segue: "a reprodução pública da imagem humana é proibida, se ela resulta de modo anti-social, aflitivo ou degradante"<sup>2</sup>. Sujeita-se aqui a ilicitude da publicação a ser resultado penoso, no sentido mais amplo possível, suplantando claramente o plano da honra, caracterizando o esforço de todos em consagrar o direito de imagem como da personalidade e determiná-lo em sua autonomia latente.

No Brasil, é bem verdade, as coisas não se deram bem assim, para não dizer que se processaram no caminho inverso, ou seja, espaçadas e escassas foram as decisões de nossos tribunais no tocante à matéria, de modo que não se uniformizou uma jurisprudência, especialmente no âmbito processual penal, embora nossa legislação seja das mais avançadas do mundo a esse respeito, consoante o atestam o artigo 5º, X da CF/88; a Lei de Execuções Penais, em seus artigos sobre o direito dos presos e a Lei Estadual n.º 11.425, de 08 de janeiro de 1997, bastante efusiva em seus propósitos de proteção à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas.

### **Capítulo III - Garantias constitucionais relativas ao direito de imagem**

#### **3.1 Noções Gerais**

Tratemos no presente capítulo da imagem da pessoa humana, suas implicações e relações com as demais garantias constitucionais relativas às prisões processuais.

<sup>1</sup> J. Cretella Júnior, in Comentários à Constituição de 88, vol. 1, p.258

<sup>2</sup> Joseph Kohler. em artigo citado, p.36

A Declaração dos Direitos do Homem já se preocupava em proteger a vida privada como direito inviolável do indivíduo. Remonta, pois, àquela época o entendimento de que para a individualização da pessoa humana concorrem fatores de ordem material e imaterial, estes últimos configurando-se como traço distintivo entre os homens e os demais animais. Assim sendo, nos mais diversos sistemas jurídicos, o respeito à integridade moral do indivíduo assume contornos de direito fundamental. Sob o manto de nossa Carta Magna, a moral da pessoa humana é erigida mesmo à categoria de bem indenizável, diante de danos de natureza material ou imaterial decorrentes de sua violação (art. 5º, V e X).

A matéria torna-se particularmente interessante à luz do supracitado inciso X, do art. 5º, CF, que declara invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Em tempos de modernidade, os avanços tecnológicos no setor de registro de imagem, sons e dados constituem ameaça constante à privacidade alheia.

Desde logo, parece-nos imprescindível identificar o alcance da inviolabilidade moral do indivíduo tratada pelo texto constitucional. Entendemos ser tal direito instrumento para a preservação da respeitabilidade da pessoa humana perante o público, assim como o respeito e a tranquilidade de sua vida privada.

É com propriedade que a Lei Maior proclama a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas como aspectos distintos do direito de personalidade.

### **3.2 Intimidade, vida privada, honra e imagem**

Apesar de distintos, tais institutos se interpenetram tornando árdua a tarefa de traçar a zona limítrofe entre eles. Sob o prisma constitucional, deve-se inicialmente esclarecer que os conceitos de intimidade e privacidade não se confundem, embora sejam freqüentemente empregados como sinônimos. Tal equívoco é fruto do uso inapropriado, nos países latinos, da expressão *right of privacy*, utilizado pelos povos de língua inglesa para designar o direito à intimidade.

Entendemos como preservação da intimidade, a faculdade dada ao indivíduo de manter a ignorância alheia em relação ao que se refere a sua pessoa. Neste sentido, é bastante oportuna a preleção de René Oriel Dotti, quando caracteriza a intimidade como "a esfera

secreta da vida do indivíduo no qual este tem o poder legal de evitar os demais"<sup>1</sup>.

Como formas nas quais se revela o direito à intimidade, destacam-se a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência e o segredo profissional.

A expressão vida privada, por sua vez, é utilizada para designar as atividades particulares, negócios e vida familiar do indivíduo.

É sabido que a noção de honra varia em função do lugar, tempo e costumes relativos aos mais diversos grupos sociais. Todavia, mesmo nas sociedades mais primitivas verifica-se a presença de um sentimento de honra; sentimento este que pode ser entendido sob duas acepções fundamentais: a subjetiva, ou interna, representada pela consciência individual da própria dignidade ou decoro, em outros termos, seria expressão de nosso amor próprio; objetiva, ou externa, corresponde às qualidades morais responsáveis pela respeitabilidade de cada pessoa perante a sociedade, em outras palavras, é a reputação do indivíduo. Ambas as noções de honra se tornam particularmente interessantes no Direito Penal, que, ao tutelar o bem jurídico em apreço, tipifica a calúnia, difamação e injúria.

Assim, é direito fundamental do homem preservar sua dignidade perante terceiros, diante de divulgações ilegítimas, e até mesmo legítimas, a seu respeito, visto que está submetida ao crivo de cada um a permissão, ou não, para que a matéria relativa a decoro próprio caia em domínio público.

O vocábulo "imagem", por si só, encerra uma dicotomia: ora consiste no aspecto físico da pessoa; ora traduz o respeito do qual somos merecedores ou não perante terceiros.

Dentro do aspecto físico, o direito de imagem compreende, além da materialidade da figura humana, a voz e as expressões dinâmicas da personalidade, reprovando-se toda e qualquer forma de reprodução da imagem pessoal inautorizada.

A imagem constitui bem jurídico autônomo, de modo que seu titular pode dela dispor como melhor lhe convier. Contudo, ressalte-se, que o direito de dispor da própria imagem esbarra nos limites do interesse público legítimo.

Por sua vez, ao vislumbrarmos a imagem, no sentido de respeitabilidade devotada ao indivíduo pelos seus semelhantes, verificamos que ela se confunde com a noção de honra, caracterizando-se como manifestação desta.

<sup>1</sup> Dotti *apud* José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional, p. 189.

A garantia constitucional da inviolabilidade da imagem assegura a todos o direito à reparação pelo dano material ou moral decorrente da violação.

À luz do Direito Processual, a tutela da imagem consiste em uma pretensão negatória de conteúdo negativo ou positivo, além, é claro, de representar uma pretensão reparatória.

## Capítulo IV - Da prisão cautelar

### 4.1 A dicotomia prisão-pena e prisão sem pena

Prisão é a privação da liberdade de locomoção, entendida não apenas em seu aspecto de ir e vir, como, igualmente, no aspecto de permanecer.

Sendo a liberdade atributo da própria personalidade, sua restrição lícita não pode ser justificada apenas pela utilidade, entendida como relação de adequação entre um objeto e um determinado fim colimado. A prisão apenas se legitima frente a situações de necessidade, ou seja, quando à liberdade contrapõe-se outro bem jurídico de alta relevância, de modo a se sacrificar aquela em prol deste.

Ao lado do aspecto material (necessidade), a prisão lícita exige um aspecto formal, a legalidade. Em sistema que aspira a Estado de Direito, restrições às liberdades fundamentais apenas são permitidas se expressamente previstas em lei, no sentido estrito da expressão.

Dessarte, no sistema pátrio distinguem-se duas espécies de prisão lícita: a prisão pena e a prisão sem pena.

A prisão-pena é a consequência concreta da sanção penal, é resultado da adequação de uma conduta ao tipo penal. É um dos males anunciados na norma incriminadora e impostos ao autor de uma infração penal. Para alguns, é decorrente de sentença penal condenatória trânsita em julgado<sup>1</sup>, para outros, origina-se também da sentença recorrível<sup>2</sup>.

Sendo a prisão-pena uma resultante da sanção penal, esboça os caracteres desta. Primeiro, é uma retribuição, uma retaliação do Estado frente ao comportamento delitivo. Segundo, possui finalidade preventiva genérica e específica. O fim intimidativo da prisão dirige-se tanto à sociedade, a cada destinatário das leis penais, ciente do resultado dos que as descumprem, quanto ao transgressor, retirado do

<sup>1</sup> Mirabete, Processo Penal, p. 355.

<sup>2</sup> Tomaghi, Compêndio de Processo Penal, p. 1063.

meio social para impedi-lo de cometer novos delitos e para tentar corrigi-lo (ainda que a realidade não albergue a função reeducatória da pena).

A prisão sem pena, processual, provisória ou cautelar, objetiva preservar a eficácia da futura decisão judicial, perante a probabilidade de sua burla. Possui, como registra Tornaghi, um caráter de "meio, destinado a cessar logo que atinge o fim, enquanto a outra é um fim"<sup>1</sup>.

#### 4.2 Legitimidade da prisão processual

Partindo-se da premissa de que toda prisão é um constrangimento, alguns autores negam a possibilidade de aplicá-la aos que não carregam uma condenação trãnsita em julgado.

Sobre a celeuma, resume-a Tornaghi em dois aspectos: a legitimidade e a conveniência da prisão provisória. Sobre a legitimidade, afirma que a prisão provisória mantém intacto o caráter aflitivo da prisão-pena, mas não se reveste de escopo repressivo. Baseia-se no dever de cada indivíduo de contribuir para o bem comum, sujeitando-se a certas limitações. Sobre a conveniência, defende que a prisão provisória rege-se por dois princípios: "a prisão provisória é um mal e só deve existir quando, sem ela, houver mal maior" e que "a prisão provisória, embora má, é necessária"<sup>2</sup>.

Conjugando-se os dois aspectos de legitimidade e conveniência, obtém-se não apenas o caráter cautelar da prisão provisória (que lhe valeu a terminologia "prisão cautelar"), mas, sobretudo, seus pressupostos, necessariamente presentes não apenas nas hipóteses de prisão preventiva, como em qualquer prisão provisória.

Necessário o *fumus boni juris*, a fumaça do bom direito, a grande probabilidade (não mera possibilidade) de as circunstâncias configurarem-se um delito e de o indivíduo lhe ser o autor ou partícipe. Presente, ainda, o *periculum in mora*, em outros termos, o risco de ineficácia da medida se tomada a destempo.

Entretanto, seria simplesmente simbólico o ordenamento jurídico que se limitasse a exigir tais requisitos para a prisão provisória, sem lhe atribuir contornos precisos e detalhar o procedimento a ser seguido.

<sup>1</sup> idem. pp. 1040 s.

<sup>2</sup> idem. pp. 1074 ss.

### 4.3 Contorno constitucional da prisão provisória

A Constituição Federal de 1988, "constituição cidadã" e, como grande parte dos cidadãos, alienada à realidade, esboçou, de modo genérico, os liames da prisão provisória, ao proclamar "que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei". Dessarte, embora fixe em termos gerais a competência para ordenar a prisão cautelar, coube ao legislador precisar os limites do flagrante delito, bem como os casos em que pode a autoridade judiciária determinar a prisão provisória.

Compete, igualmente, ao magistrado, em identificando ilegalidade no ato prisional, promover *incontinenti*, seu relaxamento, inclusive repassando ao Ministério Público elementos para a responsabilidade dos executores da medida eivada. Saliente-se que, omitindo-se o magistrado no poder-dever de relaxar a prisão, responderá criminalmente, nos termos da Lei n.º 4.898/65, art. 4º, alínea "b".

Da inferência dos textos constitucionais gizados, depreende-se a ilegitimidade da "detenção" ou "prisão para averiguações", determinada pela autoridade policial.

Para Mirabete, contudo, tal ilação "não impede que uma pessoa seja detida por momentos, sem recolhimento ao cárcere, em casos especiais de suspeitas sérias, diante do chamado poder de polícia"<sup>1</sup>. Também Tourinho, embora afirme que a Constituição reconhece a detenção como forma de restrição de liberdade, "devendo ser comunicada imediatamente à autoridade"<sup>2</sup>, permite que a autoridade policial submeta a pessoa que conduz indivíduo preso em flagrante à "ligeira privação de liberdade com o fim de exercer sobre ela vigilância maior"<sup>3</sup>. Na hipótese, embora a *praxis* administrativa adote a "detenção", somos por sua ilegalidade, *ex vi* do texto constitucional, vez que, ontologicamente, representa restrição à liberdade de ir e vir, prisão não abrangida pelo permissivo constitucional.

Necessárias, ainda, algumas considerações sobre a custódia. Para os romanos, tal vocábulo referia-se ao ato de guardar. Conforme Tornaghi, "no sentido do direito, *custodire* significava não apenas guardar, mas *guardar com diligência*, quer se tratasse de coisa, quer

<sup>1</sup> op. cit., p. 356.

<sup>2</sup> op. cit., p. 387

<sup>3</sup> idem p. 402

de pessoa, e era mais propriamente vigilância que segregação" (grifos no original)<sup>1</sup>.

Entregue para custódia, o preso tem o direito de ser mantido em separado dos que cumprem sanção penal, o que, como aduz o Código de Processo Penal, nem sempre é possível.

Uma vez cumprido o mandado de prisão, o Estado passa a ser responsável pela segurança do preso, devendo preservar-lhe a integridade física e moral, respondendo por quaisquer danos.

## **Capítulo V - Direito de Imagem: regulamentação legal e Implicação de sua Inobservância**

### **5.1 Considerações preliminares**

Sob uma visão perfunctória, o disciplinamento constitucional dos direitos e garantias fundamentais não estabeleceu nexos entre a prisão provisória, a qual esboça nos incisos LX a LXVI, e o direito à imagem, sito entre os demais direitos gerais da personalidade.

Ainda à ausência de maior aprofundamento da questão, aparece *prima facie* o direito à imagem relacionado com o sigilo do inquérito, ou tão somente com a prisão em flagrante, face às suas peculiaridades. Contudo, justamente por ser um direito de personalidade, acompanha o indivíduo em todo o seu desenvolvimento, ainda quando maculado por condutas delituosas e quando restringida sua liberdade de locomoção. Nesta hipótese, surge o elo dos institutos, representado pela custódia estatal.

Não se afirma que, inexistindo a custódia, não interesse ao Estado o direito à imagem do indivíduo, uma vez que em possíveis violações praticadas por quaisquer de seus agentes, inclusive sobre o pretexto de inquérito policial, responde a pessoa jurídica interna pelos danos causados.

### **5.2 A reação jurídica de custódia e a atuação dos órgãos policiais**

Como supra mencionado, a custódia é a guarda do preso pela autoridade estatal. Como situação fática, esboça-se como os crimes permanentes, protraída no tempo, por dias, semanas e, infelizmente, meses. Como relação jurídica reduz a autonomia do preso, submetido à disciplina carcerária, ao passo em que atribui à autoridade estatal

sua guarda, caracterizada, sob o prisma teórico e livresco, pela diligência na conservação de sua integridade física e moral.

O Estado é visivelmente ineficiente quanto à ordem carcerária, escudando-se em eterna insuficiência de recursos, que, retornando-se à análise jurídica, não poderia ser oposta aos cidadãos a fim de justificar a degeneração dos serviços prestados.

Para maior disformidade do sistema, observa-se a *praxis* policial de, a fim de demonstrar o "serviço cumprido", exibir o preso à imprensa, antecipando uma culpa ainda em estado latente, policial, a ser aclarada pelo Judiciário. Tem-se, então, o famoso adágio: "a polícia prende, a justiça solta", mas, quando advier a decisão absolutória, muitas vezes fundada na inércia estatal, prescrição, uma mácula irreparável já atingiu o então suspeito.

Resta nítido, entre os direitos do preso provisório, o direito à imagem, *ad instar* dos de não ser preso sem o devido processo legal, à inviolabilidade de domicílio ou a comunicar-se com seu advogado e os demais, há muito alvo da doutrina.

### **5.3 Livre expressão x Direito à Imagem: um confronto na letra da Constituição brasileira**

Ínsitos no art. 5º, incisos IX e X, da vigente Constituição Federal, o primeiro garantidor da liberdade de expressão e o segundo consignatório do respeito à intimidade da vida privada, da honra e da imagem individuais, não se pode dizer, numa versão mais superficial da *quaestio juris*, que tais garantias se coadunam pacificamente, sem ingressar no mesmo erro dos que se filiam à tese do caráter absoluto dos aludidos direitos. Com efeito, ao largo de posições extremadas, o direito de imagem não poderia olvidar a importância de, antes de louvar-se, cortejar-se com outros interesses de igual relevância, a fim de determinar-se onde um deve ceder lugar para que o outro tenha prevalência e aqui, como se abstrai do exposto, não há espaços para se reportar ao absoluto, nem mesmo ao pleno.

Interesses isoladamente considerados legítimos têm relativizados os direitos em que se respaldam na proporção exata do conflito de suas pretensões em Juízo: onde, regra geral, o interesse da coletividade sobrepõe-se ao do particular.

Fato notório, desde a Declaração Universal, é a imprescindibilidade de se resguardar a imagem e a intimidade das pessoas sem jamais negligenciar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual, já em 1789, trazia, em seu bojo, devidamente consubstanciada, a liberdade de expressão do homem.

Constitui resolução, por demais justa, deste conflito, contrabalançando o interesse legítimo do público em se manter informado, com a necessidade de que as notícias transcritas guardem fiel correspondência, física e moralmente falando, com a realidade das cenas divulgadas. Tudo com o propósito de que a imprensa abandone as reportagens, de ordem nitidamente sensacionalistas, acerca de certas e determinadas ocorrências policiais, taxando de culpado alguém que é apenas suspeito do cometimento de um crime, sobretudo quando o "criminoso" de domínio público tem reconhecida pela Justiça sua inocência.

Os não poucos defensores da irrestrita liberdade de expressão costumam justificar tamanho alarde com o argumento da salvaguarda da ordem, e desinteressados que estão na veracidade do conteúdo e alcance das informações que passam adiante, não atentam para o fato lógico de que, assim como qualquer espécie de ação neste sentido, traz em si forte probabilidade de colisão com os interesses e liberdades alheias. Não restam dúvidas quanto ao exercício desta prerrogativa do pensamento livre ter por empecilho maior uma liberdade de agir qualificada e calcada nos limites da sensatez. Não é válido, também, o argumento, segundo o qual, houve uma autorização tácita, posto que se traduz em flagrante contrasenso não estar ali presente o elemento principal do consentimento: a vontade.

A área limítrofe entre o direito de informar e o abuso deste, perante os direitos à própria imagem e à honra, está no mais perfeito equilíbrio entre "o interesse do jornalista e o daquele que validamente ostenta direito seu de imagem, não comprometido por procedimento comprovadamente reprovável"<sup>1</sup>. Não merece, portanto, o preso em potencial, a antecipação indevida da solução de ver retirada sua liberdade, em função de uma decisão apressada do Judiciário, pressionado pela mídia, quando, iterativas vezes, nenhuma necessidade restou provada de que a prisão dever-se-ia ser decretada. Demonstrada, pois, a ausência de quaisquer evidências de que o suspeito viesse a se constituir grave ameaça à paz pública, a não ser pela repercussão do crime desencadeado por sua exposição na imprensa falada, escrita e televisionada, como se a gravidade do crime cometido (?) ou o fato de ser a vítima pessoa famosa, ou, ainda, de relevante posição social, viesse a justificar tratar-se o suspeito como dotado de alto nível de periculosidade.

"O mundo moderno consagra o direito que tem a sociedade à informação, inclusive, como um dos pilares sobre os quais se sustenta o mundo democrático"<sup>1</sup>. E é exatamente com fundamento em sua natureza essencialmente democrática e no caráter vago das disposições da Lei de Imprensa, referentes às tão necessárias restrições à possibilidade de divulgação de certas informações, que os meios de comunicação se apoiam, com o escopo de garantir a impunidade de seus abusos. Esta orientação não encontra guarida na Lei de Execuções Penais, a qual prevê, em seu art. 40, XIII, a proteção do preso contra quaisquer formas de sensacionalismo, estendida, esta garantia, ao preso provisório, conforme atesta o art. 42, do mesmo estatuto legal<sup>2</sup>.

Desrespeitar a imagem de uma pessoa, retratando-a sem que o saiba, pode, em circunstâncias especiais, deixar de ser um ilícito civil, para tornar-se, de pronto, uma afronta ao ordenamento criminal, desde que ofendidos sejam bens jurídicos vencedores de uma tutela diferenciada, por sua maior relevância para a sociedade<sup>3</sup>.

### **5.5 A "mens legis" e "mens constitutionis" enquanto fundamento da responsabilidade estatal**

É sabido que a imagem incide diretamente sobre a personalidade do indivíduo. Assim sendo, o constrangimento decorrente da aplicação de uma medida cautelar indevida pode causar danos morais de dimensões alarmantes, levando, em alguns casos, ao extremismo do suicídio<sup>4</sup>.

Desta forma, todas as espécies de prisão provisória, causadoras de danos à imagem do imputado, que através de uma decisão definitiva se mostrem desnecessárias, têm seus danos passíveis de reparação, frente à teoria da responsabilidade objetiva do risco administrativo, acatada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Verifica-se a responsabilidade estatal, pelos atos processuais de quaisquer de seus agentes, sempre que comprovado o nexo de causalidade entre a prática processual indevida e o dano moral sofrido.

<sup>1</sup> Assim, Rodrigo Garcia da Fonseca, Direito à própria imagem, in "Revista de Direito Civil", p. 101.

<sup>2</sup> Em 1899, surgiu um anti-cartoon bill sancionado na Califórnia: lá foi proibido divulgar em jornal ou periódico o retrato de um californiano sem o seu consentimento, exceto se a pessoa estivesse investida de um cargo público no Estado, ou, se se tratasse de criminoso sentenciado (!).

<sup>3</sup> Neste sentido, José de Aguiar Dias, op. cit., p. 11.

<sup>4</sup> Vide David Alves Moreira, op. cit., p. 115.

A responsabilidade estatal é objetiva e, portanto, independentemente de culpa enseja reparação. Esta, por sua vez, emerge como um direito constitucionalmente reconhecido, fruto da provisoriedade indevida do ato processual gerador do dano.

Encontra fundamento legal nos seguintes dispositivos constitucionais: art. 37, §6º; art. 5º, LIV, LV, LVI e LVII. Entre estes, é o artigo 37, §6º, o alicerce no qual repousam todos os demais. Dispõe ele sobre a responsabilidade do Estado por danos causados a seus agentes, assegurado, ao Poder Público, o recurso contra o agente faltoso, nos casos de dolo ou culpa.

A teoria do risco administrativo, embasamento de toda a construção legal sobre a responsabilidade estatal, pode ser vislumbrada, na prática, nas situações em que o magistrado, na qualidade de agente público, causa danos ao imputado, diante de uma medida cautelar mais tarde constatada indevida, em virtude de sentença absolutória sobre a matéria.

Independentemente de culpa ou dolo do Poder Público, provado o nexo de causalidade entre a sua conduta e os danos morais sofridos pelo acusado, é indiscutível a responsabilidade objetiva do Estado e seu dever de reparação. A carência de legislação ordinária, sobre o tema, não impede o reconhecimento do direito.

Assim, todas as espécies de prisão provisória comprovadamente desnecessárias por decisão que faça coisa julgada sobre o feito, são passíveis de reparação estatal pelos danos por ela provocados.

Por fim, parece-nos de suma importância lembrar que os dispositivos constitucionais relativos à imagem, acentuadamente art. 5º, em seu inciso X, não configuram norma programática, pois ainda que pouco expressivos, são autoaplicáveis na medida em que protegem a imagem em todas as acepções da palavra, em sentido comum (materialidade da figura humana); e subjetivo, representado pela garantia fundamental de usar, gozar e dispor da própria imagem. Ademais, observe-se que um dispositivo constitucional, ainda que simbólico (o que não ocorre à espécie), aponta uma eleição axiológica, que importará, sobretudo, na intelecção das normas infralegais.

O legislador infraconstitucional não é competente para restringir o alcance de garantias constitucionais invioláveis. Assim, toda legislação ordinária sobre a matéria deve reverter um caráter extensivo e jamais restritivo. Desta forma, o legislador ordinário, ao regulamentar o direito de imagem, poderá ir além daquilo que o texto constitucional entende por imagem, mas nunca será livre para excluir

da esfera de proteção da imagem da pessoa o que é assegurado pela Constituição, pois esbarraria em seus limites e fatalmente seria eivado de inconstitucionalidade.

Atento a este fato, o Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de Pernambuco promulgou, em 09 de janeiro de 1997, a Lei n.º 11.425, cuja clareza (com exceção ao pequeno erro do artigo primeiro) e relevância para este estudo são suficientes para que fale por si só:

"Art. 1º Qualquer pessoa do povo, acusada de inflação (sic) penal, autuada em flagrante delito ou presa, provisoriamente, por ordem judicial, em qualquer circunscrição policial do Estado de Pernambuco, terá respeitada a preservação de sua vida privada, de sua intimidade e de sua imagem, não podendo ser constrangida a participar, ativa ou passivamente, de ato que implique na divulgação de informação, aos órgãos de comunicação social, do fato pelo qual está sendo acusada, vedada, especialmente, sua exposição compulsória a fotografia ou filmagem.

Art. 2º A autoridade policial providenciará, sob pena de responsabilidade, que seja garantida e preservada a vida privada, a intimidade e a imagem dos acusados, vítimas e testemunhas, durante a apuração da infração penal.

Art. 3º A autoridade policial não deverá opor qualquer restrição aos órgãos de comunicação social, salvo nas hipóteses legais de sigilo, nos casos especificados nestes lei e naqueles indispensáveis ao andamento das investigações policiais.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário."

## **5.6 - Garantias de manutenção da ordem jurídica**

Sendo a apresentação da imagem do preso um dever da autoridade estatal, tem-se possível a classificação das garantias jurídicas atinentes a partir de uma perspectiva administrativa, útil, sobretudo, por conhecer a hipossuficiência de várias formas de controle positivamente instituídas e a primazia da atividade judicial.

Segundo Marcelo Caetano, garantias judiciais "são todos os meios criados pela ordem jurídica com a finalidade de prevenir ou remediar as violações do direito objetivo vigente ou as ofensas dos direitos subjetivos ou interesses legítimos dos particulares"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Marcelo Caetano, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, p. 476.

Ainda consoante o mestre luso, podem-se distinguir garantias políticas, administrativas e judiciárias.

Garantias políticas decorrem do funcionamento dos órgãos supremos do Estado, sem a utilização de meios administrativos ou judiciários. Resultam da fiscalização exercida pelo Legislativo sobre o Executivo.

Ao Legislativo é estabelecida competência para fiscalizar a Administração em geral, independentemente da matéria tratada, sendo-lhe facultada a instalação de Comissão de Inquérito, com poderes instrutórios semelhantes aos da autoridade judicial. Observa-se, contudo, a nítida inadequação desta garantia à preservação da imagem dos presos, vez que apenas casos de grande relevância política provocam a atuação do Legislativo, omitindo-se este de maior participação na defesa individualizada de direitos.

Com relação às garantias administrativas, são oriundas do "poder de superintendência dos superiores sobre os atos dos subalternos" ou de "supervisão tutelar, exercida por entidades autônomas da Administração"<sup>1</sup>. Em termos de legitimidade, qualquer do povo pode peticionar à autoridade competente medidas para correção da ilegalidade, nos termos da Constituição Federal (art. 5º, XXXIV, "a").

Dentro da hierarquia policial e penitenciária, é possível à autoridade de patamar mais alto rever os atos da inferior, suspendendo-os e os cassando, além de proceder à apuração de culpas, através de inquérito ou sindicância. Na estrutura estadual, ter-se-ia, como responsável pela correção policial, o Secretário de Segurança Pública; na esfera federal, correspondente ao Superintendente Regional da Polícia Federal. Entretanto, frente ao forte espírito corporativista, o controle interno tem-se mostrado ineficiente para a correção de abusos e, sobretudo, para a responsabilização dos culpados, sendo outra garantia de cunho meramente teórico.

Com relação a órgãos autônomos, alheios à hierarquia policial, cita-se como exemplo o Conselho Penitenciário, ao qual, além de atividades deliberativas (quanto a livramentos condicionais, indultos e comutações de pena), cabe atividade fiscalizadora da realidade dos estabelecimentos penais.

Em termos de garantias judiciais, ao lado do livre acesso à Justiça (competência para apreciar qualquer violação ou ameaça a direito), destacam-se os institutos do mandado de segurança e do *habeas corpus*.

<sup>1</sup> *idem* n 481

Vinculado essencialmente ao processo penal, o *habeas corpus* surgiu com o Código de Processo Criminal de 1832, embora o Deputado José de Alencar já o vislumbraresse implícito na Constituição Imperial.

Na Constituição de 1891, o art. 72, §22, encontrava-se assim redigido: "dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder". Histórica a divergência entre Ruy Barbosa e Pedro Lessa sobre a inteligência do dispositivo: o primeiro ampliava o instituto à defesa de qualquer direito individual, o segundo, prevalecente, defendia sua aplicação tão só às violações da liberdade de locomoção.

Com o reconhecimento do mandado de segurança, como garantia constitucional, pela Constituição de 1934, tem-se aplicável às hipóteses de ofensa a direitos líquidos e certos não amparados pelo *habeas corpus*, nas quais se inclui a preservação da imagem do preso provisoriamente. Ademais, saliente-se a possibilidade de mandado de segurança preventivo, a se embasar, *verbi gratia*, na ampla repercussão do caso e na prática policial de exibição dos presos.

Não se prestando o *mandamus* para fins patrimoniais, resta, quanto aos efeitos econômicos da ilegalidade, a via de ação ordinária indenizatória por perdas e danos, sendo, em liquidação por arbitragem, o *quantum debeatur*.

## Capítulo VI - Conclusão

Em sede de conclusão, tem-se inicialmente o caráter autônomo do direito de imagem, albergado na Constituição Federal, bem como sua implicação com a prisão processual, reconhecidas positivamente. Sob o prisma do Estado, impõe-se-lhe, como dever inarredável, a proteção do custodiado, material e imaterialmente, dada a impossibilidade de este, fragilizado pela prisão defender-se a contento. É sobremaneira difícil, não custa ressaltar, delimitar as fronteiras determinantes do exercício do direito à própria imagem do indivíduo, objeto de uma prisão provisória. Querer, por isso, inadmitir a existência real do direito, significaria comprometer os ditames de nossa ciência jurídica, em si, árdua e demasiado controvertida, para comportar uma fuga: permitir que se permaneça no olvido desse aspecto da personalidade humana, tão em evidência nesse momento em que a tecnologia, a cada dia mais rapidamente multiplica as possibilidades de utilização da imagem do ser humano, enquanto objeto de direitos. Nossos textos legislativos tentaram acompanhar tal evolução, mas,

numa gama surpreendente de casos, a técnica jurídica não satisfaz absolutamente, nem consegue adequar uma miríade de infinitas situações a formas e padrões de comportamento ideais, embora, este seja imanente à própria essência do direito, presente, portanto, nas legislações do mundo inteiro, independentemente das condições sócio-econômico-culturais vivenciadas por cada Estado.

Positivamente, quanto à problemática, no Brasil, a Lei de Execuções Penais ensejou a defesa dos presos contra os sensacionalismos da imprensa. A Lei de Imprensa praticamente silenciou sobre a questão, com disposições inexpressivas quanto às limitações ao exercício da liberdade de expressão e por fim, a Lei Estadual n.º 11.425, com enunciados mais precisos, preservou o preso, evitando-lhe o constrangimento de participar, com a própria imagem, da divulgação dos fatos ligados ao crime.

Em termos de validade, tais textos legais encontram-se aptos a serem opostos às autoridades estaduais, prescindindo de regulamentação e não se enquadrando nas chamadas normas programáticas, o que lhes garante um mínimo auto-aplicável. Contudo, exhibe-se nítida sua função simbólica de demonstrar coalizão com interesses sociais.

Restam, decerto, dificuldades no plano da eficácia das normas, vez que a cidadania ainda não aflorou na comunidade com ímpetus suficientes para a correção de abusos. Isso se torna ainda mais verdadeiro e chocante se nos referimos à parcela da população assídua nas Delegacias de Polícia. Esboços de movimentos populares organizados reproduzem-se sob a terminologia genérica de "ONG's", mas não se apresentam capazes de alterar a *praxis* policial de feições medievais.

O desejo policial de exhibir à sociedade o dever cumprido - concretizado na pessoa do preso - e assim aplacar, em parte, o descrédito da população, nos poderes constituídos, em geral, não parece com a simples promulgação de textos legais, desconhecidos dos principais interessados.

## **bibliografia**

ACOSTA, Walter P. O Processo Penal. 18º ed. Rio de Janeiro: Editora do Autor Ltda, 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro et. MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. Vol.2 .São Paulo: Saraiva, 1988/89.

- BITTAR, Carlos Alberto. Contornos Atuais do Direito do Autor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- CAETANO, Marcelo. Princípios Fundamentais de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição de 1988. Vol.1, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- CHAVES, Antônio. Direito à Própria Imagem, in "Revista de Informação Legislativa". Senado Federal, Distrito Federal: vol.9, n.º 34, abr./jun. de 1972.
- DIAS, José de Aguiar. Direito à Imagem e à Intimidade in "ADV-Advocacia Dinâmica: Seleções jurídicas". Rio de Janeiro: março de 1994.
- FERREIRA, Wolgram Junqueira. Comentários à Constituição de 1988. vol.1. 1ª ed.. São Paulo: Julex Livros Ltda, 1989.
- FONSECA, Rodrigo Garcia da. Direito à Própria Imagem in "Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial". vol.15, n.º 55. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. de 1991.
- HORTA, Raul Machado. Estudos de Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- KOHLER, Joseph. A Própria Imagem no Direito. Trad. de Walter Moraes in "Justitia", vol.34, n.º 79. São Paulo, publicada pela Procuradoria Geral da Justiça: out./nov. 1972.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. Processo Penal. 6ª ed., São Paulo: ed. Atlas, 1996.
- MORAES, Walter. Como se há de entender o Direito Constitucional à própria imagem in Repertório IOB de Jurisprudência n.º 5. São Paulo: 1ª quinzena de março de 1989.
- MOREIRA, David Alves. Prisão Provisória. 1ª ed., Brasília, DF. Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1992.
- TORNAGHI, Hélio. Compêndio de Processo Penal, tomo 1. Rio de Janeiro: José Konfino - editor, 1967.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 18ª ed., vol.3, São Paulo: Saraiva, 1997.
- TUCCI, Rogério Lauria et TUCCI, José Rogério Cruz e. Constituição de 1998 e Processo. São Paulo: Saraiva, 1989.
- WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. Trad. de A. M. Botelho Hespanha. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967

# COLABORAÇÃO

## A MONOGRAFIA

Valdir Soares Fernando (Aluno de  
Graduação em Direito da FDR)

Em pleno desenrolar da Disciplina Introdução ao Direito II, sob a regência do Professor Dário Rocha, surgiu a oportunidade no primeiro semestre de 1997, para a turma do 2º Período/manhã, fazer um trabalho valendo dois pontos que se somariam à nota da segunda prova. Como sabemos que o nível das provas do ilustre professor Dário exige do examinado, além do domínio dos conceitos com uma boa fundamentação teórica, lógica dissertativa e uma linguagem correta, a consecução desses dois pontos seria de uma ajuda deveras oportuna.

E começou a movimentação. Os colegas, altamente motivados, consultavam vários livros e textos de autores renomados, inclusive nomes oriundos da nossa casa, a Faculdade de Direito do Recife; pesquisavam o assunto em órgãos tais como o GAJOP e o Centro D. Hélder Câmara e faziam pesquisas de campo, tudo com o objetivo de apresentar o melhor. Como subsídios para a pretensa monografia, o professor Alexandre da Maia nos deu uma excelente aula sobre os princípios formais e de estruturação da ABNT, cujos aspectos são obrigatórios a um trabalho desse porte. Por sua vez, a monitora da disciplina, Roberta Fragoso, falou-nos sobre a Alopoeise e a Autopoiese e demais generalidades do Direito Alternativo, assunto cujo desenvolvimento seria o grande tema da nossa dissertação.

Mas havia um grande problema. Mesmo após ter lido alguns livros sobre a questão e todos os textos indicados pelos professores, não encontrava um ponto de partida para iniciar o meu trabalho. Aos poucos, dentro de uma visão crítica dos fatos que ora se nos rodeiam, fui selecionando alguns recortes de jornal. Um versava sobre invasão dos sem terra e de desapropriação; outro, da violência, extorsão e tortura de policiais militares, e também do lobby da PM no Congresso Nacional. Alguns falavam de linchamento de policiais; um outro, do linchamento de marginais. Havia um comentário sobre a lei do silêncio imposta por malfeitores no sertão de Pernambuco, e as rígidas leis impostas pelos bandidos que dominam as favelas do Rio de Janeiro. Separei alguma coisa sobre o turismo sexual e abuso infantil. Com ironia recortei um texto em que o Ministro da Administração, Bresser Pereira, insistia na alternativa de um extrateto sobre o limite de R\$10,8 mil para facilitar a aprovação da reforma administrativa. Mas

o recorte mais interessante foi o que falava dos pernambucanos envolvidos na famosa CPI dos precatórios.

Então surgiu uma idéia. Apanhei a Constituição Federal, os mencionados recortes do Diário de Pernambuco, alguns trabalhos de cordel contendo críticas sobre temas polêmicos da nossa realidade e fui fazendo relações.

O prazo para a entrega já estava findando e, se havia fuga da forma padronizada pois, na realidade, em nada se parecia com uma monografia, havia um trabalho a ser apresentado. Ei-lo, na íntegra:

Como introdução utilizei os seguintes decassilabos em martelo agalopado:

*Ó professor titular da disciplina  
Eu pensei em fazer monografia,  
Cada texto ou livro que eu lia,  
Parecia um caminho pra ruína;  
Apelei até pra força divina,  
Muita dúvida surgiu bem ao meu lado  
E ao invés de um belo tratado  
Rascunhei estas linhas no papel,  
Pouco a pouco formaram um cordel  
Com sextilhas e martelo agalopado!*

*E falar em Direito Alternativo,  
De Justiça, Juiz, Direito e Lei  
Pluralismo Jurídico eu tentei  
Abstrair para um modo descritivo,  
Nada fiz no modelo narrativo  
Mas eu sei que o ponto mais central  
Da Ciência tradicional  
Do Direito, recai no mito monista,  
E em sua memória unicista,  
Esquece até o sub-grupo social.*

### **DIREITO ALTERNATIVO: CONSIDERAÇÕES EMPÍRICAS**

***“Eradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.”***

***“Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.***

***Incisos III e IV do art. 3º da Constituição Federal***

"E a terra teve dono,  
E dividiu-se o homem,  
Um desceu para a fome,  
Outro subiu para o trono;  
Um ficou no abandono,  
Outro inicia a escalada:  
Propriedade privada  
Forma as classes sociais,  
Se uma tem bens demais,  
Outra é menosprezada."

"Quem tinha a terra regia,  
Quem nada tinha era palha,  
Ter ou não ter atrapalha  
Os rumos da Aristocracia;  
Na Idade Média nascia  
A Sociedade Feudal,  
Se menos bem, menos mal  
É servil o camponês,  
Vem a sombra do burguês,  
Toma força o capital."

***"Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. "Inciso III do Art. 5º da Constituição Federal***

#### **A Praça da Justiça (excerto)**

"A Grande Nação deseja,  
Com certeza, encobrir  
O desfecho da tragédia  
Para não se descobrir  
Como se deram as torturas,  
Como agiram mãos impuras,  
Como eram as loucuras  
De 64 a partir."

"Ah! Muitos reais eles dão!  
Dão cem mill  
Pois vão dar mais!  
Têm que dar os responsáveis;  
Foram feras indomáveis  
Que com ações implacáveis,  
Brandiram golpes mortais..."

"A proposta do Planalto  
Com concórdia militar  
É só um surdo embuste  
Visando bocas calar!  
Na senda capitalista  
Quando o dinheiro é poder,  
Se o Estado necessita,  
Ou mata ou deixa morrer!  
Nesses mais de 30 anos  
Manteremos o assombrar  
E o perturbar também."

"Não deixaremos tranqüilos  
Quem mentes pesadas têm!  
E todos os responsáveis  
Terão contas a ajustar;  
Se não pagá-las na terra,  
A Deus terão que falar,  
E suas ações malditas,  
Na certa, irão pagar."

"Mesmo assim,  
Muito obrigado,  
Ó mulheres do sem-fim;  
Ó mães da Praça da Justiça  
Vinde agora, vinde a mim!  
Vede a nuvem da esperança,  
Está ganhando mais beleza,  
Vai mudando a sua cor;  
Só porque, ó mães da Justiça,  
Vosso choro e lamento,  
Transformou vosso tormento  
Vosso grande sofrimento,  
Num marco só de amor!..."

**"A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais."**

**"A prática do racismo constitui crime inafiançável, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei."  
Incisos XLI e XLII, do art. 5º da Constituição Federal.**

#### Um canto à consciência negra (excerto)

"Que correndo um negro é culpado;  
Que parado, um negro é suspeito,  
Como é que esse grave preconceito,

Foi escrito, foi dito e divulgado;  
 Daí já se vê como é educado,  
 O milico, a polícia, o povo enfim,  
 E esquecem que a força do cardim,  
 Não se pode medir pelo seu pêlo,  
 E que é necessário amor e zelo  
 Para que nasçam flores num jardim!..."

"No que li, a mensagem com clareza,  
 Se firmava em grande insensatez  
 De homens que nascem uma só vez,  
 Vêm do pó e ao pó vão com certeza!  
 Se é simples a lei da natureza  
 Não tão simples são as leis do Estado,  
 Que esboçando racismo declarado,  
 Fecha os olhos ao sujo e vil conceito:  
 Que um negro parado é suspeito;  
 E correndo, um negro é culpado!..."

"Realmente não há o traduzir,  
 Nessa frase tão desumana e fria,  
 Que arrefece toda a minha alegria,  
 E a tristeza em mim só faz surgir;  
 Mas como é que se pode impedir,  
 Essa forma racista e tão cruel,  
 Onde o negro ressentido o seu papel  
 Como força, trabalho e produção,  
 Pois em luta contra a segregação,  
 Canto agora estes versos de cordel!"

### **Negritude (excerto)**

"Negro  
 Quando não suja na entrada,  
 Suja na saída!"

"Quantas vezes  
 Já ouvimos essa frase  
 Tão aterradora,  
 Como se fosse  
 Destruir de alguém,  
 Sua própria vida.  
 Será que é preciso não ser negro  
 Para se chegar ao céu?  
 Será necessário ser branco  
 Para desempenhar  
 Aqui um bom papel?"

"Acredito, meu irmão,  
Que estas breves palavras  
Servirão como alerta  
A homens sem coração,  
Que ora bem se esquecem  
Da morte, que é justiceira;  
Da terra do cemitério...  
Se ali se juntam os ossos,  
Misturá-los sem cuidados,  
Será difícil saber  
Se o homem, em vida, era branco;  
Ou negro, um dia, foi ser!..."

***"A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais."  
Inciso XLI do art. 5º da Constituição Federal.***

#### **O matuto Zé Rosendo (excerto)**

"Amigo, olhe o seu braço,  
Veja os pelos que ele tem;  
Imagine cada pelo  
Sendo um corte também...  
Um corte pra cada pelo,  
Cem pelos, cortes eram cem..."

"Pois toda palha de cana  
É como faca afiada,  
Você sente a dor do corte  
E da mutuca, a picada;  
Quando escorre o suor,  
A dor fica, então, salgada."

"Já enchi carro de usina  
Para o dono enricar;  
Já vi morador ser morto  
Por uma cana chupar;  
Com a vida aprendi  
A ver, ouvir e calar."

"Quantos amigos eu tive  
Trabalhando em servidão,  
Mesmo em tempos depois  
De acabada a escravidão;  
Era-se escravo no eito  
E também no barracão."

**Art. 6º "São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a Assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."**

**Apelo de professores ao Secretário de Educação do Estado de Pernambuco (excerto)**

"A nossa elite tão boa  
Com bons olhos não vai ver  
Que possa aprender a ler,  
Qualquer que seja a pessoa,  
Que deixa de ser à-toa  
E vai, como um cidadão,  
Pisando forte no chão  
Cobrar o que tem direito,  
Mas, se fica satisfeito,  
Não satisfaz ao patrão."

**Um apelo de meninos e rua (excerto)**

Veja o vício na cidade,  
Veja os meninos nas ruas,  
Veja as moças quase nuas,  
A dura realidade;  
Se moram sem ter bondade,  
Onde não existe escola,  
Vivem passando a sacola  
Ou então vendendo os corpos,  
Um e outro quase mortos  
De tanto cheirarem cola...."

"Sei agir como um menino,  
Sei agir como um infrator,  
Sei como levar terror  
Mesmo sendo pequenino;  
Minha vida eu determino  
Pois ajo como quiser,  
Mato se me convier,  
Morro se estiver doente;  
Não vim aqui pra semente,  
Vivo, assim, como Deus quer..."

"Na rua a minha vida

É roubar o dia inteiro,  
A cola de sapateiro  
É amiga conhecida;  
Se é difícil a lida,  
Chega a hora de brincar,  
Se Deus do céu ajudar,  
Brinco como bom menino  
Sem me importar com o destino  
Que possa me alcançar."

"Com um trinta e oito, assalto,  
De curto ou longo cano,  
Se vivo no abandono  
E durmo sobre o asfalto...  
Instinto fala mais alto,  
Não maldigo a minha sina,  
Se alguém me assassina  
Deve saber o que faz;  
Se somos gente demais,  
Esse alguém nos elimina..."

"É silêncio, é madrugada,  
De surpresa pegam a gente  
Arrancam dente por dente  
Ninguém pode fazer nada;  
Isso faz gente calada,  
Faz também gente gritando,  
Que já entra disparando  
Cada qual com espingarda,  
Sujando, de sangue, a farda,  
E a morte espalhando..."

#### **LEI Nº 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992**

*Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.*

#### **DECRETO Nº 983, DE 12 DE NOVEMBRO DE 1993**

*Dispõe sobre a colaboração dos órgãos e entidades da administração pública federal com o Ministério Público Federal na repressão a todas as formas de improbidade administrativa.*

**Uma peleja num dia de Natal (excerto)**

"Ferro-velho, hoje é dia  
De muita paz e união,  
De fazermos oração  
Pra aumentar a harmonia;  
Venha pra nossa alegria,  
Seja outro elo a formar,  
Sente-se para cear  
Conosco como um igual,  
Comemore o Natal  
Vamos sorrir e cantar!"

"Ó Pinga-fogo, você  
'Tá me deixando sem jeito,  
Mas seu convite eu aceito,  
Devo ora agradecer;  
Devo também lhe dizer  
Que 'u não consigo sorrir,  
É impossível sentir  
No peito, satisfação,  
Até no Natal, irmão,  
Meu choro se faz ouvir!"

"Não seja tão pessimista,  
Somos tetra-campeões,  
No futebol das nações  
Nós temos a melhor vista;  
O Brasil, assim, conquista  
Na bola, o seu lugar,  
Passando a figurar  
Como líder mundial,  
Comemore o Natal  
Vamos sorrir e cantar!"

"Embaixo dessa vitória  
Houve um crime federal,  
Poís sonegação fiscal  
Ficou na sombra da glória;  
Os heróis dessa história,  
À lei foram infringir,  
Com Itamar a encobrir  
Muamba da seleção,  
Até no Natal, irmão,  
Meu choro se faz ouvir!"

"Político brasileiro  
 Só pensa em enriquecer,  
 Seu pé-de-meia fazer,  
 Pois seu bolso vem primeiro;  
 Depois de chelo o celeiro,  
 Começa-se a discutir  
 Mais conchavos entre si,  
 Propina e corrupção,  
 Até no Natal, irmão,  
 Meu choro se faz ouvir."

### DIREITO ALTERNATIVO: GENERALIDADES

*O direito alternativo é norma desviante em face à legalidade estatal, do mesmo modo que esta última lhe é desviante. Não coincide (ou não coincide de todo) o direito alternativo com a legalidade do Estado, pois, de outro modo, não lhe seria alternativo (não seria outro conteúdo: a palavra "alternativo" vem do latim "alter", isto é, "outro"). Ou seja, o direito alternativo só é tal pelo desvio, pela não-identificação, pela dessemelhança, em relação ao conteúdo da legislação estatal (conteúdo este que também lhe é desviante e, portanto, lhe é também alternativo)." (Souto, 1996: 4-5).*

*"...o direito pode ser produzido social, estatal ou mentalmente. Em termos de uma teoria científico-empírica rigorosa do direito não há porque limitá-lo apenas ao social-grupal e ao estatal. Tudo indica que um pluralismo jurídico mais adequadamente teórico será mais abrangente que essa limitação usual." (Souto, 1996: 14).*

*"Daí a nossa preocupação em refletir a partir da seguinte tipologia, ao redor dos usos do direito:*

1º) Plano do Instituído sonogado. Face à sobreposição da razão instrumental neo-liberal à racionalidade-formal, quando princípios de grande potencial presentes no constitucionalismo de base mais rudimentar são negados. Um importante campo para os "alternativos" dentro da própria legalidade, cobrando efetividade às normas consideradas conquistadas;

2º) Plano do Instituído reído. Lugar da hermenêutica alternativa, não restrita à magistratura, mas a todos os operadores jurídicos envolvidos com o processo hermenêutico. Com o esgotamento relativo do paradigma liberal legal abre-se um campo cada vez mais nos atos de interpretação e aplicação de normas...

3º) Plano do Instituinte negado. Lugar do pluralismo jurídico, das pugnas envolvendo os dois níveis supramencionados, leitmotiv do câmbio social.... Neste nível, para evitar imacionalismos, é importante que os pesquisadores do direito alternativo, lideranças nos movimentos, busquem sopesar a relação dessa juridicidade emergente com o direito instituído, no que ele tem de genericamente garantidor das "regras do jogo democrático" e em particular, das conquistas as mais globais da classe trabalhadora. (Aruda Jr., 1993: 184-185)

Ao devolver a "monografia", o professor Dário Rocha ao tempo em que deu a nota 2 (dois), a máxima para o trabalho, respondeu à minha introdução com um outro martelo agalopado, a seguir transcrito:

*"Ó jovem aprendiz da disciplina  
Que pensou em fazer monografia,  
E nos textos ou livros que enfim lia  
Só encontrava caminhos pra ruína,  
Com efeito ajudou-lhe a mão divina  
Que se pôs certamente do seu lado  
E se não lhe inspirou belo tratado*

*Ensinou-lhe a cumprir outro papel:  
Construiu pouco a pouco este cordel  
Que merece ser muito elogiado."*

## BIBLIOGRAFIA:

**ARRUDA JR.,** Edmundo Lima. *Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa*. São Paulo, Acadêmica, 1993.

**SOUTO,** Cláudio. *Direito Alternativo: Em busca de sua teoria sociológica*. In *Revista da ESMAPE*. Recife, v.1, n.1. 1996.

**CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**, promulgada em 5 de outubro de 1988.

# A DEMOCRACIA COMO CAMPO DE LUTA<sup>1</sup>

Nelson Juliano Cardoso Matos<sup>2</sup>  
(Bacharel em Direito pela UFPE.  
Ex- Bolsista PIBIC/CNPq)

É enorme minha satisfação e alegria para nesta noite, em nome dos meus colegas bacharelados, fazer esta Oração de louvor a Faculdade de Direito do Recife e aos seus 170 anos de história. História marcada por direito, tradição e liberdade.

Início fazendo minhas as palavras de Eduardo Galeano:

*"Nós dizemos não. Dizemos não à neutralidade da palavra humana. Dizemos não aos que nos convidam a lavar as mãos perante as quotidianas crucificações que ocorrem ao nosso redor. À aborrecida fascinação de uma arte fria, indiferente, contempladora do espelho, preferimos uma arte quente, que celebra a aventura humana no mundo e nela participa, uma arte apaixonada e briguenta. **Seria bela a beleza, se não fosse justa? Seria justa a justiça, se não fosse bela?** Nós dizemos não ao divórcio entre a beleza e a justiça, porque dizemos sim ao seu abraço poderoso e fecundo. Acontece que nós dizemos não, e dizendo não estamos dizendo sim."*

Esta é a nossa mensagem, gravada em aço, guardada na Casa do Direito e subscrita por todos nós, mas que sobretudo ficará para sempre guardada em nossa lembrança e em nossos corações.

Perdoem iniciar esta oração pelo que comumente se encerra. Cabe, porém, a mim fazer ecoar este canto e o farei até o fim das minhas forças.

Este canto que é antes uma reivindicação. Estou aqui para exigir um direito. Direito negado a minha geração. Substituído pelo dever de suportar sobre os ombros a dura e fria realidade do aço, do concreto, do fim da história, do fim da justiça, do fim da beleza...

Reivindico o direito de sonhar. Pois o futuro é feito de sonhos, e que uma vez realizados fomentam mais sonhos. E assim a vida progride. E assim a história toma seu curso. Queremos o futuro, e o futuro pertence àqueles que acreditam na beleza dos seus sonhos.

Assim, sonhamos o sonho inatingível; do contrário não seria virtude alguma.

Reclamo o exercício do direito de sonhar. Reclamo viver em um mundo onde a miséria e as desigualdades sociais não sejam tão gritantes, onde as discriminações existam para fazer os desiguais iguais e não em

<sup>1</sup> Discurso proferido, em 30 de julho de 1997, na Colação de Grau da Turma 170 ANOS DE DIREITO, TRADIÇÃO E LIBERDADE (concludentes do Curso de Direito da Faculdade de Direito do Recife - UFPE).

<sup>2</sup> Orador da Turma.

aumentar o fosso que os separa; onde a liberdade seja efetivada e deixe de ser mera retórica; não reclamo a liberdade do dinheiro, mas a liberdade das pessoas. Reclamo, principalmente, que o homem olhe esta realidade de frente e não a esconda sob justificativas das mais variadas, acadêmicas, políticas, sociológicas, o que sejam...

Sonhamos com Justiça, Paz, Solidariedade.

Meus colegas, minhas senhoras, meus senhores.

Bem sabemos que o Direito de sonhar, nos impõe o dever da luta. Desta luta que Ihering dizia ser a própria vida do Direito.

*"Todos os direitos da humanidade foram conquistados na luta, todas as regras importantes do direito devem ter sido, na sua origem, arrancados àqueles que a elas se opunham, e todo o direito, direito de um povo ou direito de um particular, faz presumir que se esteja decidido a mantê-lo com firmeza."*

Bem conhecemos o nosso encargo.

A luta e o sonho andam juntos, um justifica o outro. O sonho sem a luta torna-se devaneio, alucinação. A luta sem o sonho é violência gratuita, é força sem teleologia.

Há mais de 100 anos, Tobias Barreto já proclamava: "o direito não é um filho do céu - é simplesmente um fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade".

É assim a história do direito, a luta constante de conquista. É o sonho que através da luta tornou-se realidade.

A igualdade entre os homens, o fim da escravidão, o fim da servidão, a igualdade das mulheres, o sufrágio universal, o direito ao trabalho, o direito à greve... não foram presentes do céu, foram sonhos realizados com luta. É assim o motor da história. E a História avança por mais liberdade, por mais igualdade.

A luta que se dá em dois momentos: o da conquista e o do seu exercício.

Em ambos, a forma mais saudável é a luta democrática. E, assim como a igualdade e a liberdade, é a que mais se identifica com a natureza do homem.

A luta democrática pressupõe um Estado Democrático, e a luta dentro da legalidade exige a garantia de direitos básicos e indispensáveis para o exercício da cidadania. Porém, o Estado Democrático, assim como o Estado de Direito são, por si só, frutos da luta.

Não é possível falar em Estado Democrático de Direito sem garantir liberdade e igualdade aos cidadãos; que devem ser asseguradas não apenas formalmente - o que transformaria a democracia em mera retórica. A igualdade deve ser material e a liberdade também. Apesar de sabermos que a democracia ideal nunca poderá ser atingida, deve-se agir como se fosse, para que possamos avançar e evoluir, e desenvolver nosso regime político. Pois, diante da impossibilidade do ideal, que se busque o seu realizável mais próximo.

Democracia está em tratarmos o corpo político, não como um todo unitário, mas principalmente, como um conjunto de cidadãos - reconhecidos na sua individualidade.

O povo como ente abstrato, como ficção jurídica, já serviu muito para justificar regimes autoritários e totalitários sob o falso nome de democracia; e que ainda se servem deste subterfúgio.

Não há que se falar em democracia, sem que a liberdade e a igualdade sejam seus pressupostos. Apesar de existirem ainda aqueles que afirmam ser estes valores excludentes; o alto grau de liberdade suprime a igualdade e vice-versa.

Mas o que em excesso não nos faz mal? Liberdade e igualdade devem ser aplicadas na medida certa, sem exageros. Aí sim, não se excluem, mas se completam. E veremos que na verdade, não pode haver liberdade sem igualdade, nem democracia sem ambos. Para o exercício da Democracia necessitamos de cidadãos livres, e para que sejam realmente livres é preciso que sejam iguais entre si.

A partir desta última afirmativa já podemos deduzir que são direitos de natureza diversas. A liberdade é um conceito absoluto: fulano é livre - indica um estado. A igualdade é um conceito comparativo: fulano é igual a sicrano - indica uma relação. Quem é livre simplesmente o é; todavia quem é igual é sempre em relação a outro.

A liberdade a que quero referir-me é a chamada liberdade positiva ou liberdade empregada no sentido político. Esta consiste como afirma Hans Kelsen: em sermos governados por normas que emanam de nós mesmos. O que podemos desenvolver para: a liberdade de ter acesso aos meios decisórios.

Esta liberdade deve ser estendida a todos, e deve ser materialmente igual.

A igualdade que já ensinava Aristóteles, e Ruy Barbosa não esqueceu na sua Oração à Mocidade. Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Pois tratar igualmente a todos *"seria desigualdade flagrante, e não igualdade real"*.

Desta forma, ao sonharmos, devemos sonhar prudentemente, e conhecermos nossa realidade. O sonho é o desejo incontrolável de vivermos em um mundo melhor. Portanto, não pode ser uma fuga da realidade, mas pelo contrário, o resultado da indignação por não aceitá-la.

A injustiça, a violência, o desrespeito a dignidade humana tornam-se tão comuns que passam a ser habituais - a banalização do mal -, e assim tornam-se toleráveis, aceitáveis, tão comuns a ponto de não nos indignarmos com elas.

É preciso indignação; não permitir que nossa omissão seja nossa convivência. Omissão diante das flagrantes injustiças desta vida mundana. Por vezes, a opressão cotidiana dos pequenos acontecimentos ao nosso redor são mais fortes que a opressão explícita de um governo despótico. Pois nasce e vive na própria sociedade.

Josué de Castro já nos alertava: *"... ou salvamos o mundo dando pão a quem tem fome ou pereceremos todos sob o peso esmagador do ouro"*

acumulado à custa da miséria e da fome de dois terços de nossos semelhantes.", e ele continua: "A fome não é um fenômeno natural e sim um produto artificial de conjunturas defeituosas; um produto de criação humana e, portanto, capaz de ser eliminada pela vontade criadora do homem."

A fome do homem não é só de pão; existe na mesma intensidade - e talvez esta inclua aquela - a fome de Justiça. A quantos de nossa população é negado o acesso a Justiça? Não falo do direito de peticionar, e de tantos outros direitos que nunca ganharam efetividade. Refiro-me ao acesso a Justiça, dar meios a qualquer cidadão, seja qual for sua condição social, econômica ou cultural, de exigir seu direito e ser tratado igualmente.

O que quero dizer é que ao falarmos de Justiça entendemos equilíbrio e harmonia. As partes, portanto, devem pleitear seu direito em igualdade de condições; pois sem igualdade, não há que se falar em Justiça. Lembremos que a Justiça é, por vezes, tratar diferentemente - assim o faz para tornar os desiguais iguais.

O acesso à Justiça, não termina com o direito de peticionar. Implica em reais condições de pleitear seu direito, em pé de igualdade com a outra parte, e ter a certeza de receber tratamento igualitário no transcorrer do processo e na decisão judicial.

O acesso à Justiça implica em torná-la ágil; não custa lembrar a lição dos romanos - *Justiça tardia não é Justiça*. A legislação nos últimos anos vem estabelecendo procedimentos simplificados para solução de pequenas lides e aplicação de penas alternativas para os delitos de pequeno potencial ofensivo. Estes são meios adequados para amenizar o entrave da morosidade dos processos - tornando não só a Justiça mais ágil, como permitindo que considerável segmento social, antes excluído da prestação jurisdicional, possa ter pelo Estado a satisfação dos seus pleitos.

Muito ainda falta, o Acesso à Justiça é apenas um item das condições necessárias ao exercício da cidadania. E no regime democrático a cidadania implica em participação, em indivíduos cientes dos seus direitos e meios adequados e reais para exigi-los.

A democracia não é só um sonho, é o campo de luta. Assim como o direito é a arma de que dispomos.

Aproximamo-nos do terceiro milênio - e com saldo de grandes avanços sociais e tecnológicos. A criação dos cursos de Direito no Brasil chega a marca dos 170 anos. Novos tempos. Crises antigas que não se restringem à administração do ensino do direito, mas à sua própria função social. Aproxima-se o momento da ruptura do sistema vigente.

Como é da tradição da nossa Faculdade, devemos assumir a vanguarda desta transformação.

São 170 anos de sonhos, de luta e de conquista. São 170 anos em que a Faculdade de Direito teve participação marcante na História. Mas, são 170 anos em que por vezes a omissão se fez presente, quando poderia ser mais atuante na defesa dos excluídos.

Porém, para os que continuam nesta luta cotidiana, deixamos este desafio: Avancem no tempo, tomem a vanguarda da transformação; sigam o exemplo de sonhos e de luta que marca a história da nossa Faculdade.

Minhas senhoras, meus senhores.

Mais uma vez peço vossa permissão para quebrar o protocolo. Desejo, neste instante, falar apenas em meu nome, e dirigir-me direta e especialmente aos meus colegas.

Tentarei resgatar uma dívida que há muito contrái.

Meus colegas, meus amigos

Mais do que um agradecimento, quero louvar a amizade. Esta amizade verdadeira que os gregos chamavam *philia*. Que é a amizade virtuosa, que não teríamos como traduzir para nossa língua, a não ser de forma imprecisa chamando de AMOR.

Pois, Aristóteles dizia: *"a perfeita amizade é a que subsiste entre aqueles que são bons e cuja similaridade consiste na bondade; pois estes desejam o bem do outro de maneira semelhante: na medida em que são bons (e são bons em si mesmos) (...) São poucas as probabilidades de Amizade dessa espécie, porque homens desta espécie são raros"*

Então amigos, vós destes mostras de virtude e de amizade. Pois senão, sou a prova viva de vossas virtudes superiores.

Vós bem lembrais...

Como vós, sou um sonhador, não abro mão deste meu direito. Mas, por vezes o sou imprudentemente. Já sonhei ver nossa Faculdade rejuvenescida da noite para o dia... sei bem que vós entendels o que digo... e quando sofri a mais dura reação... foram vós, quando era fácil e conveniente a omissão e mesmo a mentira, que optastes pela verdade, pela solidariedade e pela luta do direito de sonhar - sem nada pedir, incondicionalmente - suportando toda a sorte de sacrifícios e renúncias, tomaram a defesa da mudança; o sonho tornou-se luta, e unimo-nos com laços de bondade.

Devo a vós, amigos, essa dívida de gratidão que jamais poderei resgatar - a de ter convivido com espíritos superiores...

Desde aquele instante deixei em penhor o meu coração. É esta força que me mantém na luta. E como um menino sempre acreditarei nos meus sonhos.

Minhas senhoras, meus senhores

Não poderia deixar de agradecer, em nome de todos os bacharelados, aos nossos verdadeiros mestres, àqueles que superando a remuneração e as condições de trabalho que lhes são oferecidas, tem verdadeiro amor ao magistério e a nossa Faculdade. Estes que nos ensinam não apenas a Ciência Jurídica, mas são verdadeiros pastores que preparam as ovelhas para viver em liberdade. A estes mestres rendemos nossos agradecimentos.

Três professores foram eleitos como Patrono, Paraninfo e Orador da Aula de Encerramento, é o nosso reconhecimento das suas contribuições para a nossa formação.

Professor Lourival Villanova, nosso Patrono, nestes 170 anos da Casa do Direito, ninguém melhor do que o senhor para representar nossa Faculdade. Não só por toda uma vida dedicada a ela, mas por toda sua devoção ao

estudo científico e ao magistério. Agradecemos por continuar a tradição de excelência intelectual, que fez o nome da nossa Faculdade correr o mundo.

Professor Manoel Ehrardt, Paraninfo da Turma, reconhecido por todos que o conhecem - já a primeira vista - por sua doçura e amor ao homem. Manteve um convívio alegre e aberto, sempre acompanhando e preocupado com os problemas que a turma enfrentava e com o difícil momento em que a faculdade vivia. Queremos agradecer, não só a relação cordial e afetuosa que mantivemos, mas sua preocupação com o próximo, seu senso de justiça e sua aptidão natural para o bem.

Professora Regina Rosa e Silva, Mestra Amiga, professora modelo; sobretudo por sua retidão moral, sua firmeza de caráter e exemplo ético a ser seguido pelos seus alunos. Nas suas aulas, seja de Direito Internacional Público, seja de Direito Ambiental, está sua marca de humanista. Fique certa, professora, suas palavras não serão em vão - almejamos o sono dos justos, e sabemos que não nos é dado adormecer"

Agradecemos àqueles servidores que nos acompanharam durante nossa jornada, atenciosos e prestativos, gentis, cuja inestimável dedicação nos faram preciosas.

Não podia faltar nosso especial agradecimento aos nossos pais, Incentivadores, que compartilham conosco deste sonho pessoal de nos ver formados na Ciência Jurídica. Todo nosso carinho, afeto e amor a vós, a quem principalmente dedicamos esta celebração.

- Meus amigos, senhoras, senhores,

Chegamos ao momento derradeiro. Nesta noite, iniciamos o primeiro dia do resto de nossas vidas. A partir de hoje, deixamos os bancos escolares para seguirmos a mais bela das profissões: nos tornaremos fazedores de Justiça.

Encerramos nossa convivência diária e quotidiana, iniciamos nova fase das nossas vidas. Seguiremos caminhos diferentes, é certo, - alguns se vincularão a advocacia, outros à magistratura e ao Ministério Público, e ainda aqueles que buscarão horizontes além da dogmática seguindo a trilha da política e do magistério.

Este emaranhado de caminhos sempre se cruzarão durante toda as nossas jornadas. E estes laços que atamos nestes cinco anos, nos manterão unidos neste mundo frio e individualista.

Feliz coincidência comemorarmos esta nossa nova vida com o aniversário dos 170 anos da Casa de Tobias Barreto. Este momento que é um misto de celebração, despedida e saudação de boas vindas.

A despedida das nossas bancas de faculdade, daquelas conversas nos corredores, dos trotes aos calouros que nem sempre deram certo, ... a despedida destes bons momentos das nossas vidas.

A saudação ao futuro, misto de apreensão e de alegria, diante das incertezas do porvir.

A celebração do Direito, da nossa Catedral, de toda a tradição libertária que a envolve, e dos sonhadores que nela e para ela viveram.

Neste momento me despeço, meus amigos, vós fizestes encher meu coração e hoje sinto esta paixão apache pelo Recife e pelo Direito.

Tantos encontros, desencontros... tantos amigos que anteciparam esta nova jornada... tantos que não puderam continuar, tantos que foram obrigados a esperar... todos unidos nesta reunião como num sonho.

Cada qual tomará seu rumo, acontecerá que muitos de nós nunca mais se verão. Nem por isso sucumbirá nossa Amizade. E para os que duvidam, provaremos, tal como fez Ruy Barbosa, que o ditado popular - "Longe da vista, longe do coração" - não tem fundamento. O coração é o órgão dos sonhos, de nada precisa dos olhos, com o coração se vê longe, até o infinito.

É o coração que nos manterá unidos, onde quer que estejamos, pois sempre nos encontraremos nos nossos sonhos.

Muito obrigado.

UFPE/CCJ - BIBLIOTECA	
ORIGEM:	<i>Arquivo</i>
RS:	<i>19/11</i>

**DADSF**  
**Diretório Acadêmico Demócrito de Souza Filho**

O DADSF - GESTAO INTERAGIR AGRADECE A TODOS  
AQUELES QUE LUTAM PELO ENGRANDECIMENTO  
DA NOSSA QUERIDA FACULDADE DE DIREITO DO  
RECIFE:

Prof. José Souto Maior Borges  
Reitor Prof. Mozart Neves Ramos  
Vice-Reitor Prof. Geraldo José Marques Pereira  
Prof<sup>ª</sup> Cristina Figueiredo  
Dr. Aluisio Xavier  
Prof<sup>ª</sup> Tereza Borges  
Prof<sup>ª</sup> Marília Fragoso  
Sec. Ariano Suassuna  
Dr. Roberto Magalhães  
Dr. Roberto Freire  
Prof. Gláucio Veiga  
Prof. Nelson Saldanha  
Dr. Nelson Juliano Matos

aos acadêmicos do Departamento de Pesquisas Históricas  
aos funcionários da FDR: Bartolomeu, Eduardo, Sinézia,  
Eliane, Aldemir, Cláudio, Sida, Antonio Carlos, Salomé,  
Morgana, Pedro Barreto, Luzinete, Angela, Rita e demais co-  
participes desta Instituição  
e em especial a Clodagh Goggin - o nosso eterno obrigado.

340.05

E82

Jmo. / 2019

NÃO PODE SAIR  
DA BIBLIOTECA



