ESTUDANTES
CADERNO ACADÊMICO

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

1998

140 ANOS DO NASCIMENTO DE ARTUR ORLANDO

DIRETÓRIO ACADÊMICO DEMÓCRITO DE SOUZA FILHO
NÚCLEO DE ESTUDOS ACADÊMICOS

Ao Dr. Josias Figueiredo,
Pela excelente oportunidade de aprendizado e crescimento profissional que deferirá a esse acadêmico nesta Egrégia Corte Regional do Trabalho, dedico esta pequena lembrança intelectual.

ESTUDANTES
CADERNO ACADÊMICO

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

Ano 2 - Número 4
Julho de 1998 a Dezembro de 1998

Com admiração e respeito, dedico de que uma nova amizade baseada na confiança se descortina.

Marcos André Santos
17/03/99

1998
140 ANOS DO NASCIMENTO DE ARTUR ORLANDO

Estudantes – Caderno Acadêmico V.2 – No. 4
Recife, Diretório Acadêmico Demócrito de Souza Filho e
Núcleo de Estudos Acadêmicos
1. Direito - Periódicos
340.05

CADERNO ACADÊMICO

ENTIDADES MANTENEDORAS

DIRETÓRIO ACADÊMICO DEMÓCRITO DE SOUZA FILHO

Diretoria

Gustavo Carvalho - Presidente
Hugo Sarubbi - 1° Vice Presidente
Luís Fernando Oliveira - 2° Vice Presidente
Fabiana Belli - Secretário Geral
Luiz F. Bandeira - 1° Secretário
André Meira - 2° Secretário
Gustavo Cunha - Secretário Administrativo
Thiago Antunes Aguiar - Secretário Acadêmico
Bianca Moreira - Secretário de Pesq. e Extensão
Ariosto Cunha - Tesoureiro
Fabiano Pessôa - Vice Tesoureiro

Representação Estudantil

Raul Cunha - Conselho Departamental
Diógenes Andrade - I Departamento
David Ribeiro Dantas - II Departamento
Aristóteles Câmara - III Departamento

NÚCLEO DE ESTUDOS ACADÊMICOS

Diretoria

Marcos André Couto Santos - Presidente
André Melo Gomes Pereira – Secretário-Geral
Kylce Anne de Araújo Pereira - Tesoureira

CONSELHO DIRETOR

Sílvia Regina Pontes Lopes
Francisco Antônio de Barros e Silva Neto
David Ribeiro Dantas

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

ESTUDANTES

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

CADERNO ACADÊMICO

Sumário

Trabalhos Científicos

ESTUDANTES

CADERNO ACADÊMICO

APRESENTAÇÃO

O Conselho Diretor da Revista Estudantes -Caderno Acadêmico, neste ano, depara-se com situações singulares. A primeira delas é o fato de os primeiros idealizadores deste periódico, os quais também sonharam o Escritório Modelo e atuaram no NEA, estarem, bacharéis, deixando a Velha Faculdade do Recife.

A segunda consiste na relevância do quarto número, uma vez que, uma das mais importantes Revistas Estudantis, a ***Agitação***, alcançou a mesma marca, ou seja, existiu durante os dois anos e quatro números de sonhos da ***Geração da Agitação***. Dela, na década de 30, fizeram parte Nilo Pereira, Otacílio Alecrim, Gil Metódio Maranhão, entre muitos outros.

A terceira encontra-se nos insignes alunos da Faculdade de Direito do Recife, os quais, apesar de desprovidos de qualquer incentivo ou fomento à pesquisa científica proveniente dos Órgãos centrais da Universidade, mantêm, com os dedicados professores que esta Casa ainda possui, vivo o espírito de 17 décadas de comprometimento com a vida nacional.

Aos nossos colegas que editaram a Agitação, deixando-nos inspiração e responsabilidade; aos primeiros idealizadores deste periódico, na pessoa do último Presidente do NEA, Bel. George Galindo, que, com dedicação inquebrantável, lutou pela causa da Faculdade; e aos alunos da Graduação, nossa sincera homenagem, consubstanciada neste número da Estudantes - Caderno Acadêmico.

Outrossim, reiteramos nossos agradecimentos ao sempre incentivador Conselho Editorial, à nossa histórica Biblioteca e ao Dr. Gustavo Galindo, pelo auxílio imprescindível na elaboração desta Revista.

André Melo Gomes Pereira
Secretário-Geral do Núcleo de Estudos Acadêmicos

ESTUDANTES

EDITAL No. 03/98

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 15 de setembro de 1998 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) de autoria de alunos da graduação.

1. Os trabalhos científicos devem conter entre duas e quinze laudas, fonte Times New Roman – 13 (WORD 97 ou inferior), margem padrão (Superior: 2,5 cm; Inferior, 2,5 cm; Esquerda, 3 cm; Direita, 3 cm; Mediatriz, o cm; Cabeçalho, 1,25 cm; Rodapé, 1,25 cm; Tamanho do Papel, A4; Retrato);
2. Notas devem vir ao pé de página (Times New Roman – 11) e devidamente numeradas. As citações devem seguir o seguinte modelo: Para livros: Autor (sobrenome em letras maiúsculas), Título da Obra, Volume (se for o caso), Edição (caso não seja a primeira), Cidade em que a obra foi editada, Editora, ano e página. Ex.: THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. II: Processo de Execução e Processo Cautelar. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 263. Para Coletânea de Estudos: Autor do Artigo (sobrenome em letras maiúsculas), Título do Artigo, *in*, Coordenador - ou organizador ou diretor etc. – da obra (sobrenome em letras maiúsculas), Título da obra (sublinhado), Volume (se for o caso), Edição (caso não seja a primeira), Cidade em que a obra foi editada, Editora, ano e página. Ex.: ROSAS, Roberto. Controles das empresas públicas e sociedades de economia mista *in* WALD, Arnoldo (coord.). O Direito na Década de 80: estudos jurídicos em homenagem a Hely Lopes Meirelles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 184. Para textos retirados da Rede Mundial de Computadores - INTERNET: Autor (sobrenome em letras maiúsculas), Título do texto, *Homepage*, Data do *download*. Ex: REMIRO BROTONS, Antonio. Cumplimento de Obligaciones y Solucion de controversias en la Comunidad Europea. Http://www.cefir.org.uy/docs/dt04/15remir2.htm. 20 de abril de 1998. Para Artigos de revistas: Autor do artigo (sobrenome em letras maiúsculas), Título do Artigo, Título da Revista (sublinhado), Cidade em que a revista foi editada, Volume (se houver), Número, Ano e página. Ex.: VEIGA,

Gláucio. Teoria do Ensino e Avaliação Docente. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito. Recife. No. 7, 1995, p. 121.

3. Os trabalhos artístico literários devem conter entre uma e dez laudas (seguindo o mesmo padrão dos itens 1, 2 e 3);
4. Os originais devem ser encaminhados ao Conselho Diretor, digitados em duas vias (acompanhados do respectivo disquete);
5. Na primeira página deve constar informação sucinta sobre a formação e vinculação meramente acadêmicas do autor;
6. O não cumprimento destas exigências poderá acarretar exclusão liminar do trabalho.
7. Os trabalhos entregues fora do prazo acima referido, serão submetidos ao conselho editorial apenas para o próximo número da Estudantes-Caderno Acadêmico.

David Ribeiro Dantas
Membro do Conselho Diretor

ESTUDANTES

CARTAS

O NEA é uma instituição que tem por função incentivar, entre outrs coisas, o pensamento científico do alunado da FDR. Mas o NEA é mais que uma instituição, assim como eu e o prezado leitor somos mais que carne e osso.

O NEA é a insititucionalização de um sonho nascido numa noite longa e difícil da nossa FDR. Uma vontade de ir além do que se imagina. A revista que ora está tão concreta nas mãos do leitor é só mais uma prova de que sonhar vale a pena quando se sabe lutar pelo que se sonha.

Mauro Leonardo Cunha
Bacharel em Direito pela FDR
Ex-Presidente do NEA
Mestrando em Direito pela Universidade de Montreal (Canadá)

Estimados George Galindo e André Mello - presidentes do NEA e do Conselho Diretor da Estudantes,

Recebi a terceira edição da Estudantes e fiquei muito feliz ao constatar sua qualidade da editoração e de impressão e, principalmente, o alto nível científico dos trabalhos. A Estudantes vem demonstrando o potencial do aluno da nossa Faculdade, que só precisa de um espaço, de uma oportunidade, para revelar o seu brilho. Também tive a notícia de que o quarto número já está pronto, só esperando os últimos ajustes para ser impresso, maior ainda foi minha satisfação.

Devo fazer também um alerta e uma congratulação. É importante conhecer a história da nossa Faculdade, o seu papel no desenvolvimento do pensamento jurídico brasileiro e o prestígio que goza em todo o país; esta tradição, no entanto, impõe o pesado fardo de honrar o nome da Faculdade de Direito do Recife, que deve ser feito, não com falsas propagandas camuflando a realidade patente, mas pesquisando e produzindo ciência à

altura desta tradição de excelência intelectual; por isso, louvo o trabalho de mais uma edição da Estudantes, que é dos poucos periódicos de caráter científico produzido por graduandos, o que comprova que os senhores estão fazendo a sua parte.

Nelson Matos
Ex-Presidente do Conselho Diretor da Estudantes-Caderno Acadêmico
Mestrando em Direito pela Universidade de Brasília

BREVES DIGRESSÕES LÓGICAS SOBRE AS NOÇÕES DE VALIDADE E EXISTÊNCIA NA TEORIA DO FATO JURÍDICO

Silvia Regina Pontes Lopes (Aluna do 4° período da Graduação em Direito da UFPE; Monitora de Introdução ao Estudo do Direito II)

Sumário: 1-Introdução; 2-O fenômeno da incidência normativa; 2.1-A estrutura da norma jurídica; 2.2-O encontro da norma jurídica com o fato concreto; 3-Os efeitos da incidência normativa; 4-Tipologia dos fatos jurídicos; 4.1-Fato jurídico *stricto sensu*;4.2-Ato jurídico *lato sensu*; 4.3-Ato-fato jurídico; 5-Validade e existência de um ato jurídico; 6-Conclusão; 7-Bibliografia

1- Introdução

Nem todos os fatos sociais e naturais interessam ao Direito. O ordenamento jurídico de cada Estado atribui relevância jurídica a alguns desses fatos conforme os anseios sociais e políticos observados. Desconsiderando um estudo de cunho filosófico sobre a matéria no sentido de perquirir os motivos pelos quais o Direito atribui relevância a alguns fatos em detrimento de outros, propomo-nos a analisar as maneiras pelas quais um evento qualquer ingressa na realidade jurídica, as conseqüências deste feito, bem como a relação entre o fato jurídico formado e as noções de existência e de validade.

2- O Fenômeno da Incidência Normativa

2.1- A estrutura da norma jurídica

Preliminarmente, faz-se necessária breve exposição a respeito da estrutura da norma jurídica para melhor compreendermos o fenômeno da incidência normativa.

A norma jurídica é um juízo prescritivo ou atributivo. Sabe-se que qualquer juízo é composto de três elementos: um sujeito, um predicado e um elemento de cópula, o qual estabelecerá entre os dois primeiros uma relação de causalidade ou de imputabilidade, conforme se trate de um juízo do ser ou enunciativo ou um juízo do dever-ser ou prescritivo. Neste último caso, insere-se a norma jurídica.

Discute-se a estrutura assumida pela norma de Direito: se se trata de juízo categórico, hipotético ou disjuntivo.

Alguns crêem ser a norma jurídica um juízo categórico, pois encerra uma ordem ou mandato não sujeito a nenhuma hipótese ou condição. Esta concepção

reinou no século XIX à luz das concepções idealistas com os juristas Berling, Binding e Merkel, os quais afirmavam ser os direitos absolutos, como o direito à vida e à integridade física, independentes e não condicionados a qualquer fato, olvidando, entretanto, que estes direitos absolutos podem ser atingidos em algumas situações, como na legítima defesa, em que se pode ferir o direito à vida.[1]

Através da teoria pura do direito, Hans Kelsen defende, por sua vez, ser a norma jurídica geral um juízo hipotético, o qual se compõem de um suposto ou hipótese (o sujeito do juízo), uma disposição (seu predicado) e a partícula de cópula, que, no caso, trata-se de um "dever-ser". A hipótese da norma jurídica descreveria uma conduta ilícita (norma primária). A norma secundária não seria jurídica por descrever uma conduta lícita, permitida pelo Direito, e, portanto, sem grande importância para ele.

Contrapondo-se a tal concepção, Carlos Cossio, em sua teoria egológica do direito, afirma ser a norma jurídica formada por dois juízos hipotéticos ligados entre si por uma partícula disjuntiva ("ou"), constituindo, desta forma, um juízo disjuntivo. Evitando o exagero kelseniano de só considerar jurídica a norma que tem por hipótese apenas uma conduta ilícita, Cossio, assumindo uma posição modernamente mais aceita, coloca tanto o comportamento ilícito quanto o lícito como elementos constitutivos da norma, a qual seria composta por uma endonorma e uma perinorma associadas entre si pela disjunção "ou". A primeira seria o juízo que prescreve a conduta lícita; a última, o comportamento ilícito, sendo ambos os elementos imprescindíveis à constituição da norma jurídica. O suposto da endonorma pode ser tanto um fato social (conduta humana) quanto um fato natural. Destarte, o da perinorma é sempre uma conduta humana ilícita. Há de se observar que a disposição que recai sobre ambos os supostos é sempre uma conduta humana, pois prescreve o comportamento que deve ser tomado diante de certa situação juridicamente relevante.

2.2- O encontro da norma jurídica com o fato concreto

Um fato social ou natural adquire relevância para o Direito quando uma norma jurídica lhe faz menção, atribuindo-lhe efeitos jurídicos. Devemos, assim, analisar este processo, que é denominado de incidência normativa.

Conforme o exposto, a norma jurídica compõe-se de supostos ou hipóteses jurídicas (um da endonorma e outro da perinorma), os quais descrevem os acontecimentos juridicamente relevantes, e de disposições ou preceitos que determinam os efeitos jurídicos imputados às hipóteses.

[1]Cf. CASTRO, Torquato. O fato jurídico. Anuário do Mestrado em Direito. Recife. V.2, No.3, jan./fev. 1983, p.74.

O Direito surge da realidade social e para ela se volta. Desta forma, descreve nas normas jurídicas os fatos a que dará relevância. Chama-se suporte fático esta descrição. Tal expressão foi utilizada pela primeira vez na doutrina jurídica brasileira por Pontes de Miranda, que a traduziu do vocábulo alemão *Tatbestand*. Por influência da doutrina italiana também é conhecida como "*fattispecie*".

Alguns autores costumam ver o suporte fático por dois planos distintos: o plano lógico e o fenomenológico[2]. O suporte fático, no plano lógico, seria a própria descrição normativa. Já no plano fenomenológico, constituiria o próprio fato materializado no mundo real. Este é denominado suporte fático concreto e aquele, hipotético.

É nesta previsão que está o cerne da relevância jurídica a certos fatos. Na verdade, a *fattispecie* pode referir-se a apenas um fato (daí se chamar suporte fático simples) ou a vários (suporte fático complexo). Este, por sua vez, é composto de elementos complementares e nucleares.

A previsão normativa situa-se, assim, no plano lógico, devendo-se perquirir a forma através da qual esta descrição atinge o mundo real. A norma jurídica, sendo um objeto ideal, atinge os fatos concretos através do fenômeno denominado incidência normativa. Este processo de cunho mental dá-se pela correspondência entre o fato concreto e o suporte fático hipotético. Assim, quando a *fattispecie* exige do fato concreto alguns requisitos para que se lhe possa atribuir efeito jurídico e encontra, no mundo concreto, um evento que lhe atenda às exigências, constata-se a ocorrência da incidência normativa. O fato material passa a ser, para o Direito, um fato jurídico, a que se atribuem conseqüências jurídicas.

O fenômeno da incidência é, assim, meramente ideal, não sendo perceptível no mundo sensível. Tomando-o sob um prisma lógico, observa-se que se trata de evento inexorável, no sentido de que é independente do querer ou da consciência de cada pessoa, não se condicionando a incidência à adesão dos indivíduos. Do exposto, infere-se duas outras características deste fenômeno: a infalibilidade e a inesgotabilidade.[3] A inafastabilidade observa-se justamente porque, havendo correspondência entre o suposto fático hipotético e o fato concreto, ocorre necessariamente a incidência normativa, que, por ser processo eminentemente lógico, prescinde de qualquer elemento a ele externo. Por conseqüência imediata, o

---

[2]Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. Contribuição à teoria do fato jurídico. 9. ed. Maceió: Editora Universidade Federal de Alagoas, 1982 , p.35.

[3] Cf. NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A incidência da norma jurídica e o fato jurídico. Revista de Informação Legislativa. Brasília. V.21, No.84, out./dez. 1984, p.271.

fenômeno é inesgotável, uma vez que sempre quando houver a ocorrência descrita, a norma incidirá sobre o fato concreto.

Devido a este rigorismo lógico, o fato, para se tornar jurídico, deve atender a todas as exigências do suporte fático hipotético, isto é, não pode ser nem insuficiente, nem deficiente. Assim, a insuficiência do suporte fático concreto se dá quando o suporte fático hipotético exige-lhe mais fatos do que os realmente consubstanciados. Neste caso, sob uma perspectiva lógica, a incidência torna-se impossível, não seguindo nenhum fato jurídico. Vale salientar, contudo, que o excesso do evento material não importa exclusão da incidência normativa. Se, por exemplo, o suporte fático normativo exige que, para a possibilidade de produção de efeitos jurídicos, sejam realizados os fatos X, Y e Z, e o evento material consubstancia os fatos X, Y , Z e W, há a incidência normativa, ingressando este evento para o mundo do Direito e passando a ser chamado de fato jurídico. Destarte, se o oposto ocorresse, não haveria a inserção do evento na realidade jurídica.

Do exposto, infere-se que não existe uma coincidência necessária entre o fato concreto e o suporte fático hipotético, uma vez que nem todos os elementos daquele têm relevância jurídica. Assim, "a norma jurídica 'purifica' o suporte fático , elevando-o à categoria de fato jurídico"[4] (entendendo-se o suporte fático aí referido como o concreto). Ocorre, desta forma, o nascimento de um fato jurídico, a qual se dá não pela existência de um fato concreto a ele igual, mas, pelo menos, suficiente. Além do mais, não há de se confundir o fato jurídico com seu suporte fático concreto, uma vez que, enquanto este pertence apenas ao mundo real, aquele possui um aspecto tanto real quanto ideal. Ao passo que o próprio fato concreto confere ao fato jurídico seu elemento real, a norma jurídica incidente imputa-lhe uma significação jurídica, a qual constitui seu componente ideal[5]. O fato jurídico não é, assim, tão somente a realização fenomenológica do suposto jurídico.

Diz-se que um fato é deficiente, por sua vez, quando não atende todas as exigências previstas para que sobre ele se dê a incidência normativa. Alguns autores consideram que existe uma hierarquia entre os fatos descritos no suporte fático concreto complexo, falando-se, assim, em elementos nucleares e complementares da *fattispecie*[6] (tal distinção não ocorre no suporte fático simples, pois este necessita da observação de apenas um fato para a ocorrência da incidência normativa). Os elementos nucleares seriam os essenciais para a constituição de um fato jurídico,

---

[4] NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A incidência da norma jurídica e o fato jurídico. Revista de Informação Legislativa. Brasília. V.21, No.84, out./dez. 1984, p.274.

[5] Cf. NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A incidência da norma jurídica e o fato jurídico. Revista de Informação Legislativa. Brasília. V.21, No.84, out./dez. 1984, p.274.

[6] Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p.144.

importando inexistência para o Direito ou nulidade os eventos que dele prescindissem. Já a ausência dos elementos complementares não acarretaria inexistência do fato jurídico, mas o tornaria anulável. Diz-se, assim, que suporte fático concreto é deficiente quando lhe falta qualquer elemento complementar, e eficiente quando possui todos os elementos previstos da norma jurídica. Observa-se, desta forma, que, segundo a hierarquização jurídica dos elementos do suporte fático hipotético complexo, enquanto a insuficiência atinge o plano da existência jurídica do fato complexo, a deficiência afeta sua validade. Trataremos com maiores detalhes desta questão posteriormente, ao analisarmos o plano da existência e da validade dos atos jurídicos.

3- Os Efeitos da Incidência Normativa

Questão de grande importância para a compreensão do processo de incidência normativa é a análise de sua conseqüência. O efeito da incidência é a entrada do fato material para o mundo do Direito. Ocorre, assim, o processo de juridicização do fato, ou seja, a incidência da norma jurídica resulta o nascimento de um fato jurídico.

Alguns doutrinadores, como Marcos Bernardes de Mello, afirmam, entretanto, que há casos *sui generis* em que o efeito da incidência importa conseqüências diversas, quais sejam os processos da desjuridicização, da pré-exclusão de juridicidade, da invalidação e da deseficacização do fato jurídico.

Pelo processo de desjuridicização, o fato deixaria o mundo jurídico para voltar a ser um evento qualquer devido à incidência de uma norma que lhe retira a relevância para o Direito. Isto se daria, por exemplo, com a incidência de qualquer norma revogatória sob certo fato jurídico. Nos termos do art. 1151 do Código Civil, apenas a título de exemplificação, o negócio jurídico de doação eivado de ingratidão do donatário importa desconstituição do fato jurídico. Tem-se, desta forma, um ato que deixaria de existir para o Direito, voltando a ser um evento qualquer.

Existiriam, por sua vez, certas normas jurídicas que teriam como escopo evitar a entrada de um fato ordinário no mundo do Direito. Tratar-se-ia, neste caso, do processo de pré-exclusão da juridicidade. Este ocorreria, por exemplo, no art. 160 do Código Civil, segundo o qual os atos praticados em legítima defesa ou no exercício regular do direito não constituem ilícitos jurídicos, não entrando, assim, no mundo do Direito.

Pelo processo de invalidação, por sua vez, os fatos seriam declarados nulos ou anuláveis por deficiência de seu suporte fático concreto. Vale ressaltar que as normas que lhe determinam a invalidade, sob um ponto de vista estritamente

lógico, são meramente declaratórias, pois enfatizam uma não incidência normativa que já seria perfeitamente verificável. Não se deve, contudo, extrair das normas que invalidam um fato sua importância, uma vez que, sob um aspecto técnico, produzem mediatamente sobre o fato efeitos distintos conforme a declaração que promovem: se a nulidade (normas nulificantes) ou a nulificação (normas anulantes). Quando a autoridade judicial reconhece a incidência de uma norma nulificante sob o ato jurídico, este perde toda sua eficácia desde quando foi constituído, possuindo, assim, um efeito *ex tunc*. Já, quando ocorre a prolatação de uma sentença fundada em norma anulante, respeita-se a eficácia produzida antes da entrada em juízo, só a retirando a partir do início do processo, tendo, desta forma, um efeito *ex nunc*.

Existiriam, ainda, normas que retiram apenas a eficácia do fato jurídico, não o privando de validade. Seria o caso, por exemplo, das normas que determinam a caducidade e a prescrição, fazendo com que estes cessassem de produzir qualquer efeito jurídico.

Havemos de considerar, entretanto, que toda incidência normativa provoca a juridicização do suporte fático concreto, no sentido de que, para haver qualquer um dos processos acima descritos, faz-se necessária a incidência de uma norma jurídica, cujo suporte fático hipotético atribui relevância jurídica ao fato considerado, mesmo que seja para tirar-lhe eficácia ou invalidá-lo. Carece, portanto, de cientificidade a distinção, pois, à exceção do ato constituinte originário, "todo fato jurídico é resultado da incidência de uma norma jurídica positiva"[7].

4- Tipologia dos Fatos Jurídicos

O termo "fato jurídico" surgiu na Modernidade com o grande jurista alemão Savigny, passando por várias mudanças conceituais ao longo dos tempos. O renomado jurista brasileiro Pontes de Miranda nos dá uma boa definição de fato jurídico, ao afirmar que consiste no "fato ou complexos de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica"[8].

Todo fato jurídico é exterior e social. É exterior no sentido de ser empiricamente observável, uma vez que apenas os acontecimentos externos interessam ao Direito, assumindo a intrassubjetividade do indivíduo apenas

[7] NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A incidência da norma jurídica e o fato jurídico. Revista de Informação Legislativa. Brasília. V.21, No.84, out./dez. 1984, p.276.

[8] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Parte Geral. t. II. 8. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p.147.

eventual "elemento qualificante da ação exteriorizada".[9] É social, por sua vez, porque, para ter relevância jurídica, deve atingir o homem. Assim, o fato simplesmente físico, como um relâmpago, não forma fato jurídico se não tiver repercussão social[10]. Existem, entretanto, fatos exteriores e sociais que não são jurídicos. A diferença específica entre os fatos jurídicos os demais é a capacidade daqueles de produzir efeitos jurídicos, que só se dará quando todos os fatos descritos na hipótese normativa considerada forem observados.

A doutrina, para melhor estudar o complexo de fatos jurídicos, procurou agrupá-los considerando os mais diversos critérios. Alguns procuraram classificá-los, quanto aos seus efeitos, conforme constituíssem, modificassem ou extinguissem relações jurídicas. Tal sistematização, contudo, não é científica, pois procura identificar o ser pelas suas conseqüências, as quais lhe são posteriores. Além do mais, existem fatos que não são nem constitutivos, nem modificativos, nem extintivos de relações jurídicas, daí ser incompleta esta ordenação.

Alguns ainda procuraram classificá-los quanto ao seu efeito em fatos jurídicos normativos e não-normativos, em que os primeiros criariam normas jurídicas gerais, como o ato legislativo e o costume jurídico, ou individuais, como a sentença e o contrato; e os últimos, *a contrario sensu*, não criariam nenhuma norma, como a morte e o nascimento.

Hodiernamente, o critério mais aceito para a classificação dos fatos jurídicos é o da presença da vontade. Assim, conforme exista ou não vontade, os fatos jurídicos podem ser fatos jurídicos *stricto sensu*, atos-fatos jurídicos (lícitos ou ilícitos) ou atos jurídicos *lato sensu* (lícitos ou ilícitos). Limitaremo-nos à análise das formas lícitas dos fatos juridicamente relevantes.

Para a classificação, assim, dos fatos jurídicos *lato sensu*, toma-se como elemento nuclear ou definidor a presença ou não de elemento volitivo no suporte fático. Assim, os fatos jurídicos, em cujo suporte fático inexiste vontade humana, são denominados fatos jurídicos *stricto sensu*. Aqueles que possuem vontade humana como elemento de sua *fattispecie* podem ser atos jurídicos ou atos-fatos jurídicos. Distinguem-se estes, por sua vez, conforme haja ou não consideração do elemento volitivo humano. Expliquemo-nos.

4.1- Fato jurídico *stricto sensu*

[9] NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A incidência da norma jurídica e o fato jurídico. Revista de Informação Legislativa. Brasília. V.21, No.84, out./dez. 1984, pp.272-273.

[10] Cf. CASTRO, Torquato. O fato jurídico. Anuário do Mestrado em Direito. Recife. V.2, No.3, jan./fev. 1983, pp.73-75.

Os fatos jurídicos *stricto sensu* são aqueles cujo suporte fático tem como elemento central um acontecimento natural[11]. Como se sabe, os eventos provenientes da natureza independem, na sua essência, de vontade humana. O Direito atribui relevância jurídica a alguns deles, tais como o nascimento, a morte, o decurso do tempo, a frutificação das plantas, um incêndio, um naufrágio, dentre outros. Poder-se-ia argumentar que alguns destes fatos decorrem em razão de ato humano. Contudo, o fato em si independe da atuação humana que pode ser apenas eventual, mas nunca essencial. Desta forma, a morte pode se dar devido a ato humano ou independente dele. Na verdade, o que se leva em conta no suporte fático do fato jurídico *stricto sensu* não é a causa do fato, mas o fato em si.

Costuma-se classificar os fatos jurídicos em aqueles provenientes de acontecimentos naturais ordinários, como o nascimento, a morte, etc., ou os provenientes de acontecimentos naturais extraordinários, tais como o caso fortuito, o naufrágio, etc.[12].

4.2-Ato jurídico *lato sensu*

Os atos jurídicos *lato sensu*, por sua vez, têm como elemento central de seu suporte fático uma exteriorização consciente de vontade, a qual se dirige à produção de efeitos jurídicos que, se não permitidos positivamente, não são pelo menos proibidos.

A vontade humana para constituir um ato jurídico deve ser exteriorizada. Sabe-se que o Direito regula condutas humanas em interferência intersubjetiva, daí ser uma de suas características a análise de acontecimentos exteriores ao indivíduo. Isto não impede, entretanto, que procure algumas vezes perquirir a intrassubjetividade individual. No entanto, tal averiguação só poderá ser feita à luz das ações exteriorizadas das pessoas, daí a importância da exteriorização da vontade.

A exteriorização da vontade pode se dar por dois processos: o da manifestação ou o da declaração de vontade. A diferença entre ambos é sutil. Na manifestação, a vontade do sujeito é tácita, mas pode ser inferida de seu comportamento. Já na declaração, o elemento volitivo é expresso pelo próprio sujeito. Se, por exemplo, um indivíduo lança uma vestimenta no lixo, tem-se que ele manifestou a vontade de abandonar aquele objeto. Mas, se afirma a amigos que deseja o abandono, trata-se de uma declaração.

A norma jurídica pode exigir, para que incida sobre um ato humano, declaração ou simplesmente manifestação de vontade. De qualquer forma, a

[11]Cf. GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.239.
[12]Cf. GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.239.

exteriorização do elemento volitivo deve estar de acordo com a forma legal ou pelo menos não contrária a ela sob pena de nulidade do ato nos termos do art. 82 do Código Civil.

Vale ressaltar que a exteriorização da vontade deve ser livre e consciente para que certos vícios de consentimento (dolo, erro e coação) não provoquem a anulação do ato.

Juristas e doutrinadores discutem arduamente se o Direito deve considerar, na análise da validade do ato, apenas a declaração de vontade ou a vontade real dos seus instituidores. Esta discussão deu origem a duas teorias antagônicas: a teoria da vontade ou subjetivista e a teoria da declaração ou objetivista. A teoria da vontade, formulada por Savigny, é, evidentemente, individualista ao defender que se o querer individual não corresponde ao exteriorizado, o ato jurídico é nulo. Já a teoria da declaração, com o intuito de assegurar a estabilidade das relações negociais, sobrepõe a declaração de vontade à vontade real. O Direito Civil brasileiro adota a teoria subjetivista ao afirmar, no art. 85 do Código Civil, que "nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem".

Na verdade, a essencial importância do elemento volitivo na constituição de um ato jurídico marca o espaço da autonomia privada ou autonomia da vontade tão desenvolvida no século XVIII pela ideologia liberal. Não podemos, entretanto, superestimar a esfera privada, afirmando que basta o querer dos indivíduos para que se produza Direito. Absolutamente. Para a constituição de um ato jurídico, torna-se essencial que o querer das partes não seja nem materialmente, nem formalmente contra a vontade do ordenamento. Assim, o elemento formal dos atos jurídicos deve estar conforme ou pelo menos não contrário à lei e os efeitos atribuídos aos atos, se já não estipulados em lei, devem tirar dela sua legitimidade e eficácia.

Há de se distinguir, desta forma, duas espécies de atos jurídicos: o ato jurídico *stricto sensu* e o negócio jurídico. O critério que os diferencia é o da determinação dos seus efeitos, pois, enquanto os efeitos dos atos jurídicos *stricto sensu* já estão taxativamente determinados em lei, os dos negócios jurídicos são estabelecidos pelas partes em conformidade com a lei.

Indubitavelmente, é nos negócios jurídicos que a autonomia da vontade se manifesta, pois neles o querer das partes produz Direito. Esta produção normativa (criação de normas individuais) deve, obviamente, estar de acordo com o ordenamento jurídico, pois dele provém sua validade. No entanto, faz-se mister ressaltar que a liberdade negocial não é absoluta, mas simultaneamente limitada e infinita. A ordem jurídica limita a liberdade tanto materialmente quanto formalmente. No concernente à matéria, determina, genericamente ou

especificamente, quais os temas que podem ser regulados pela autonomia privada, sendo, na sua grande maioria, relacionados à propriedade. No que diz respeito à forma do negócio jurídico, quando não a determina, ao menos não permite que seja contrário à lei. Assim, obedecidas as limitações da liberdade individual, a possibilidade de realização de distintos negócios jurídicos é infinita, uma vez que o conteúdo e os efeitos a ele atribuídos são estipulados pela(s) parte(s) envolvida(s).

Há de se identificar duas formas de negócios jurídicos: os típicos e os atípicos. Os negócios jurídicos típicos são aqueles mencionados no ordenamento jurídico, que atribui a eles apenas regras de proibição. São exemplos de negócios jurídicos típicos a locação e a sociedade. Os atípicos, por sua vez, não estão descritos na legislação, mas são aceitos pelo ordenamento, como, por exemplo, os contratos de *software*.

Diferentemente dos negócios jurídicos, os atos jurídicos *stricto sensu* caracterizam-se por produzirem efeitos preestabelecidos pelo Direito. Neles, as partes envolvidas não determinam *o que* e *como* querem, mas simplesmente *se* querem. Exemplo típico de ato jurídico *stricto sensu* é o reconhecimento de filiação, cujos efeitos jurídicos já estão estipulados na legislação. Neste caso, ao genitor cabe apenas a prática do reconhecimento, sendo os efeitos deste ato invariáveis e inexcluíveis pelo seu querer.

Vale ressaltar que os efeitos tanto dos ato jurídicos *stricto sensu* quanto dos negócios jurídicos são diretamente *ex lege* e não *ex voluntate*, no sentido de que sua força cogente provém da lei e não da vontade das partes.

4.3- Ato-fato jurídico

Alguns doutrinadores admitem a existência de uma terceira categoria de fatos jurídicos *lato sensu*: os atos-fatos jurídicos. Pontes de Miranda foi o primeiro a empregar este termo para caracterizar os fatos jurídicos cujo suporte fático, apesar de pressupor um ato humano, não dá relevância jurídica à vontade da parte. Assim, "se o direito entende que é relevante essa relação entre o fato, a vontade e o homem, que em verdade é dupla (fato, vontade - homem), o ato humano é ato jurídico, *lícito* ou *ilícito*, e não ato - fato, nem fato jurídico *stricto sensu*. Se, mais rente ao determinismo da natureza, o ato é recebido pelo direito como fato do homem (relação "fato, homem"), com o que se elide o último termo da primeira relação e o primeiro da segunda, pondo-se entre parêntese o *quid* psíquico, o ato, fato (dependente da vontade) do homem, entra no mundo jurídico como ato-fato jurídico" [13]. Os atos-fatos jurídicos podem ser de três tipos: os atos reais, os atos-fatos jurídicos indenizativos ou caducificantes.

[13] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado Direito Privado. Parte Geral. t. II. 8. ed.

Os atos reais ou materiais são "atos humanos de que resultam circunstâncias fáticas irremovíveis" [14]. Neles só importam o fato resultante, desconsiderando-se o elemento humano volitivo. Podemos citar, por exemplo, a aquisição de propriedade por incapazes. Uma criança que encontra uma caneta adquirir-lhe-á propriedade independentemente de ter ou não querido tomá-la para si. Neste caso, seria uma incongruência considerar o intuito de um incapaz relevante para o fato jurídico, uma vez que o próprio ordenamento o considera inapto para, por si só, ter um querer reconhecido pelo Direito. Contudo, apesar desta desconsideração, o ato não pode ser ignorado pela ordem jurídica, uma vez que se trata de uma realidade fática para a qual o Direito se volta.

Já os atos-fatos jurídicos indenizativos decorrem de uma ato humano lícito, cujo resultado ocasiona prejuízo a terceiro, que passa a ter direito à indenização. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 160, inciso associado ao art. 1519 do Código Civil. No art. 160, afirma-se que não constitui ato ilícito a deterioração ou destruição da coisa alheia com o intuito de remover perigo iminente. Entretanto, apesar de não haver ilicitude no ato, o Código Civil no art. 1519, confere ao dono da coisa lesada o direito de ser indenizado pelo prejuízo, caso a situação de perigo por ele não tenha sido causada. Ocorre, em tal situação, a consideração do resultado independentemente do agente ter ou não o querido. Outro exemplo de ato-fato jurídico indenizativo é o caso do perigo de danos provocado por atos de indústrias perigosas legalmente reconhecidas. Parte-se aqui do princípio de que quem instala indústria perigosa corre o risco de prejudicar terceiros, tendo assim, o dever de indenizá-los. Não se trata, desta forma , de ilícito, mas sim de um ato-fato jurídico.

Existem, por sua vez, fatos jurídicos cujo efeito acarreta extinção de determinado direito. Trata-se dos atos-fatos jurídicos caducificantes, como, por exemplo, a prescrição. Esta se caracteriza pela inação do titular do direito no que concerne à exigência deste seu direito, ocorrendo aí um transcurso de tempo de possibilidade de ação. Não se cogita, desta forma, se o indivíduo quis ou não aquela situação, mas apenas a situação em si como fato derivado de ato humano, ou seja, como ato-fato jurídico.

5- Validade e Existência de um Ato Jurídico

Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p.372.

[14] MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p.110.

Importante se faz, para melhor entendermos o processo de inserção de um fato no mundo do Direito, conceituarmos o plano de existência e o de validade jurídicas.

Diz-se que um ato é válido para um determinado sistema normativo se foi criado em respeito aos ditames materiais e formais de uma certa norma a ele hierarquicamente superior. Assim, a validade das normas (gerais ou individuais) de um mesmo sistema sempre é tirada de uma hierarquicamente superior até se alcançar uma norma pressuposta, cuja validade é inquestionável[15].

Dos diversos fatos jurídicos só há de se falar em validade no concernente aos atos jurídicos *lato sensu*, uma vez que apenas neles considera-se um ato volitivo sobre o qual pode ou não incidir uma norma. Neles se observam as exigências normativas e a vontade exteriorizada de seu instituidor. Enquanto apenas vontade, tem-se tão somente expectativa de Direito. Contudo, observando-se a incidência da norma sobre o ato, há de se falar em ato válido e, portanto, existente para a realidade jurídica.

Um ato é existente para o Direito quando a ele se integra, ou seja, quando penetra em seu sistema normativo. Ora, esta inserção no ordenamento jurídico dá-se pela observância das determinações normativas, isto é, pela conformidade com uma certa norma jurídica que lhe insere no ordenamento. Observamos, assim, quão artificial mostra-se a separação dos planos da existência e da validade de um ato jurídico, tanto que Kelsen, nas suas exposições de lógica jurídica, chegou a negar a distinção entre invalidez e inexistência, pois, segundo ele, se uma norma (que é um ato jurídico normativo geral) "nunca existiu, nunca foi válida; se nunca foi válida não há que se falar de norma".[16]

Esta separação entre os mundos da existência e da validade dos atos jurídicos é recente na doutrina do Direito, encontrando, no Brasil, como expoente máximo Pontes de Miranda. *Data venia*, tais distinções sujeitam-se a severas críticas, uma vez que "não foram produzidas por decorrência lógica, a partir de algum princípio teórico, mas pela própria prática do direito, emergindo da necessidade de se discriminar entre casos mais ou menos graves de conflitos, com extensão social maior ou menor de suas conseqüências".[17]

---

[15]Cf. KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad. Portuguesa. 3. ed. São Paulo: Martins Fonseca, 1997, p. 224.

[16] KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad. Portuguesa. 3. ed. São Paulo: Martins Fonseca, 1997. *Ap.*FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica , Decisão, Dominação. São Paulo: Atlas S.A., 1990,p.193.

[17] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica , Decisão, Dominação. São Paulo: Atlas S.A., 1990,p.194.

Disse que um ato existe para o Direito quando é inserto na realidade jurídica. Isto ocorre quando da incidência de uma norma sobre este ato. Como já foi observado, esta incidência ocorre quando todas as exigências normativas são verificadas, tornando-se, assim, o ato válido para o Direito. Ora, observamos aqui que, sob uma perspectiva lógica, um ato existente para o Direito deve ser válido para que ocorra a completa observação das exigências normativas, e, conseqüentemente, sua inserção no mundo jurídico. Os doutrinadores, prescindindo deste rigorismo lógico, separam a existência da validade, afirmando que há atos existentes inválidos. Isto se dá porque certos atos inválidos produzem efeitos "jurídicos" até quando sua invalidade não for alegada por parte legitimada. Comparamos esta concepção ao processo de habilitação kelseniano, segundo o qual uma norma inválida é inserida no sistema até quando a autoridade competente não alegue sua invalidade[18].

Chegou-se até mesmo ao estabelecimento de graus de invalidade, fixando-se hierarquias entre as exigências normativas ao se afirmar a existência de elementos nucleares e complementares da norma. Assim, se o ato jurídico prescindisse de elemento nuclear exigido pela norma, dir-se-ia nulo. Caso lhe faltasse elemento complementar, seria anulável. Ora, determinar esta hierarquia bem como as conseqüências geradas por ato nulo ou anulado seria apenas uma questão de política legislativa. Neste ponto residiria a importância das normas nulificantes e anulantes, pois elas determinariam quais atos seriam nulos e anuláveis e, conseqüentemente, atribuir-lhes-iam de forma mediata efeitos jurídicos diversas. Na verdade, se não houvesse essa necessidade de adoção de uma política legislativa não seria necessária a existência de normas que atribuíssem invalidade a atos "jurídicos", uma vez que esta já seria inferida da própria norma cujas exigências não foram observadas. Tratar-se-ia, assim, de mera *redundância lógica*[19].

A determinação dos atos nulos e anuláveis pelas normas nulificantes e anulantes gerou a necessidade de se distinguir a inexistência da invalidade. Isto porque essas normas nunca poderiam prever todos os casos de inobservância de preceitos de outras normas. Assim, quando atos contivessem certos defeitos não descritos pelas normas nulificantes e anulantes, dir-se-ia serem inexistentes para o Direito. Exemplo clássico de tal procedimento verificava-se na doutrina francesa do século XIX. A ideologia liberal daquela época defendia a validade apriorística de todos os atos, salvo aqueles cuja invalidade era expressamente determinada pelo

[18]Cf. KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad. Portuguesa. 3. ed. São Paulo: Martins Fonseca, 1997, p.224.

[19]Cf. CASTRO Jr, Torquato de. Nulidade, anulabilidade e inexistência do ato de casamento. Revista de Direito Civil, Recife. No. 9 , 1992, p.247.

texto legal (*"pas de nullité sans texte"*). Desta maneira, surgiram certas situações esdrúxulas a que a lei não fazia menção, como, por exemplo, o casamento de pessoas do mesmo sexo, que não estava presente na lista das nulidades. Procurou-se solucionar esta questão com a concepção de inexistência. Ora, o casamento pressuporia a união de pessoas de sexo diferentes. Logo, se pessoas de mesmo sexo se "casassem", sua atitude não seria reconhecida pelo Direito (inexistiria para ele), devido à própria noção de casamento. Assim, houve a separação entre os planos da existência e da validade quanto aos atos jurídicos por força de exigências práticas, prescindindo-se de rigor lógico.

Ao nosso ver, entretanto, não existe coerência lógica em se afirmar que um ato inválido possa existir para o Direito. Enquanto ato jurídico, ele jamais existiu, já que não houve a incidência normativa devido a seu suporte fático defeituoso. Destarte, este tipo de fato social existe para o Direito não como ato jurídico, mas como ato-fato jurídico. As normas responsáveis por esta inserção no mundo do Direito são justamente as nulificantes e as anulantes. Transforma-se em ato-fato jurídico, porque se desconsidera a intenção de seu constituidor em transformá-lo em ato-fato jurídico.

Como a incidência normativa é um processo lógico, sob uma perspectiva lógica é que deve ser analisada. Não vemos sentido, pois, em se falar de atos jurídicos existentes e inválidos. Nestes casos, o adequado seria falar em atos-fatos jurídicos, em cujo sentido não cabe o adjetivo validade.

6-Conclusão

Conforme nossa exposição, concluímos que:

a) através do processo de incidência normativa, certos fatos sociais e naturais juridicamente relevante transformam-se em fatos jurídicos;

b) a doutrina costuma dividir estes fatos jurídicos conforme a existência ou não de um ato de vontade para a sua realização e, em caso positivo, conforme sua (ir)relevância jurídica;

c) a distinção entre o plano da existência e o da validade dos atos jurídicos é infundada sob um ponto de vista lógico, uma vez que estes só existem juridicamente enquanto válidos. O fato material que dá origem a estes atos inválidos assume relevância para o Direito não como ato jurídico, mas como ato-fato jurídico.

7 - Bibliografia

Livros:
FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo: Atlas S.A., 1990, 335p.
GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 562p.
KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. Portuguesa. 3. ed. São Paulo: Martins Fonseca, 1997. 427p.
MELLO, Marcos Bernardes de. Contribuição à teoria do fato jurídico. 9°. ed. Maceió: Editora Universidade Federal de Alagoas, 1982. 97p.
MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. 20° ed. São Paulo: Saraiva, 1985. 273p.
PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Parte Geral. T. II. 8. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. 522p.
PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. 1. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 463p.
TORRÉ, Abelardo. Introducción al Derecho. 10° ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991. 1028p.
TORRES, Heleno Taveira. O fato jurídico: uma abordagem analítica. Recife: O Autor, 1992, 263p.

Artigos de Revistas:
ALMEIDA, Winston Churchill de. Fato, ato e negócio jurídico. Arquivos do Centro de Pesquisas Jurídicas e Prática Forense. Petrópolis. Vol. 2, No.2, dez.1971, pp.33-58.
ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. Problemática do fato jurídico. Revista Acadêmica. Recife. No.93, 1980, pp.215-232.
CASTRO Jr , Torquato de. Nulidade, anulabilidade e inexistência do ato de casamento. Revista de Direito Civil. Recife. No. 9, 1992, pp.237-274.
CASTRO, Torquato. O fato jurídico. Anuário do Mestrado em Direito. Recife. Vol. 2, No.3, jan./fev. 1983, pp.71-88.
GISCHKOW, Emílio Alberto Maya. Classificação dos fatos jurídicos. Revista da Faculdade de Direito de Pelotas. Porto Alegre. Vol. 6, No. 8, 1961, pp.161-172.
KALINOWSKY, Georges. Note sur le rapport entre le fait et le droit. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto. Milão. Vol. 46, No.4, out./dez.1969, pp.411-422.
MORAES, Maria Amália Dias de. Autonomia privada e negócio jurídico. Estudos Jurídicos. São Leopoldo. V.7. No.20, 1977, pp.33-52.
NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A incidência da norma jurídica e o fato jurídico. Revista de Informação Legislativa. Brasília. Vol. 21, No.84, out./dez. 1984, pp.267-284.

DIREITOS AUTORAIS - DIREITOS DE EXECUÇÃO PÚBLICA

Bruno Suassuna C. Monteiro (Aluno do 7° Período da Graduação em Direito da UFPE)

Sumário: 1. Introdução: A atividade intelectual dentro das diversas atividades humanas; 2. Direito Autoral dentro do estudo do Direito; 3. Conteúdo Moral e Patrimonial do Direito Autoral; 4. Execução Pública - Intuito de Lucro; 5. A atuação do Escritório Central de Arrecadação – ECAD; 6. Conclusão; 7. Bibliografia

1. Introdução : A atividade intelectual dentro das diversas atividades humanas.

O homem, dentro do seu universo sócio-cultural, desenvolve diversas atividades inerentes a sua natureza. Estas atividades podem ser das mais variadas espécies, sejam físicas ou intelectuais, sejam necessárias ou não para sua sobrevivência, elas sempre acompanharam o ser humano em sua existência.

Dentre estas atividades, nos interessa sobretudo a de cunho intelectual, como forma de criação e modificação da realidade, provocando o aparecimento de novos bens na sociedade, que no entanto, diferem dos outros por serem incorpóreos, mas de natureza objetiva, como todos os demais bens.

Delimitando mais ainda o nosso campo de estudo, particularizamos a análise dos Direitos Autorais, como proteção à atividade intelectual, situando-o dentro do Direito, perseguindo sua natureza, bem como suas implicações no mundo fático.

O estudo dos Direitos Autorais ganhou repercussão a partir do desenvolvimento tecnológico da humanidade, sobretudo, dos meios de comunicação. Pois, com as grandes variedades de meios de transmissão, os bens culturais, no caso as obras artísticas, passaram a ser difundidas em massa, superando distâncias enormes em apenas alguns instantes, algo até então inimaginável.

Buscou-se assim, uma forma de proteger o autor e sua obra, frente a sua exteriorização e contato com o público em geral, bem como, sua utilização por terceiros alheios ao processo de criação. Buscou-se calcar no ordenamento jurídico a sua proteção, sob a égide de Direitos Autorais, estando atualmente assegurados por preceito constitucional, art. 5°, XXVII, da nossa Carta Magna.

2. Direito Autoral dentro do estudo do Direito

Com o passar dos anos, o incrível 'boom' tecnológico propiciou o aparecimento de técnicas, que colocadas a disposição de intérpretes e executantes das obras, permitiram a individualização da interpretação ou execução , por meio de gravação e/ou radiodifusão.

Buscou-se então, também conceder a tutela jurídica, para estas novas figuras, tendo seus interesses assegurados, como direitos afins, vizinhos do Direito de Autor, são os Direitos Conexos, regulados pela Convenção Internacional de Roma de 1961, acolhida por nosso ordenamento através do Decreto Legislativo n.° 26, de 05 de agosto de 1964, sendo hoje em dia matéria também consagrada em nossa Lei Magna de 1988, em seu art. 5°, XXVIII.

Os Direitos Autorais vêm assim, a abranger os Direitos de Autor, ou seja, os que o criador tem sobre sua obra, como também os Direitos Conexos, que são os daqueles que interpretam, executam, produzem e difundem a criação do autor. Mas, como ele se situa dentro da clássica divisão dos ramos do direito?

Numa análise geral, podemos primeiramente situá-lo como pertencente ao Direito Privado, levando em consideração sua índole, que é a proteção de direitos dos particulares. As regras de caráter público, como as que regulam a competência dos órgãos para a estruturação e proteção desses direitos, são de cunho meramente complementar, em relação ao cerne da matéria.

Entretanto, dentro do Direito Privado como se situa o Direito Autoral ? A sistemática do nosso Código Civil foi incisiva ao colocar estes referidos direitos dentro do ramo do Direito das Coisas, isto porquê se considerava na época de sua elaboração, que ditos direitos eram de propriedade.

A verdade é que dito entendimento não pode ser consagrado, pois, *"a propriedade tal como é delineada em nossas leis, pressupõe o caráter material do objeto e a susceptibilidade de atos de posse em relação a este, o que não acontece com o Direito Autoral."*[1] Uma vez divulgada, a obra passa a se comunicar com o mundo exterior, não estando mais sob domínio de uma só pessoa, assim, ela não é susceptível de apropriação exclusiva, não podendo portanto, originar uma propriedade. Pois que, dentre os caracteres desta, encontra-se presente a exclusividade, como sendo o direito exercido sem a concorrência de outrem. Na verdade o que é restrito ao titular da obra são determinadas faculdades que se consubstanciam na exploração econômica da criação.

"O Direito das Coisas é o conjunto das normas que regulam as relações jurídicas entre os homens, em face às coisa corpóreas, capazes de satisfazer às suas necessidades e susceptíveis de apropriação."[2] Vê-se assim, com esta definição o real alcance do Direito das Coisas, ante sua natureza. O que com certeza não abrange o Direito Autoral.

---

[1]Ascensão, José de oliveira. Direito Autoral. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 329.
[2]Rodrigues, Sílvio. Direito Civil. Vol. V : Direito das Coisas. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 03.

A Lei 5.988/73 que inicialmente, veio a tratar do assunto de forma abrangente e incisiva, teve o cuidado de diferenciar o Direito Autoral do Direito de Propriedade, revogando as disposições do Código Civil atinentes a matéria, conferindo autonomia legislativa ao Direito Autoral.

Atualmente a matéria é tratada segundo as disposições da Lei 9610, de 19 de fevereiro de 1998, que veio a conferir ainda maior proteção aos autores e titulares das obras. O legislador teve o cuidado de adaptar os referidos direitos às novas tecnologias de divulgação e execução das obras, cujo desenvolvimento se dá de maneira espantosa, regulando assim, novas situações sociais. Então, o legislador manteve o mesmo grau de autonomia legislativa no que se refere aos Direitos Autorais.

Numa rápida análise podemos auferir que se o domínio como expressão da propriedade, constitui-se no próprio núcleo do Direito das Coisas, e uma vez afastado o entendimento de que o direito sobre a obra seja um direito de propriedade, não cabe a qualificação dos Direitos Autorais dentro do Direito das Coisas.

Não pertencendo ao Direito das Coisas, onde situaríamos o Direito Autoral dentro da clássica visão civilista? Ele estaria dentro do Direito Civil como um direito comum, não como aqueles especiais, como por exemplo o Direito do Trabalho. Localiza-se como um ramo especializado do direito Civil, ao lado daqueles célebres já existentes da teoria clássica de Savigny, pois ele possui características próprias, unidade e especificidade, distinguindo-se dos demais ramos.

Este entendimento, no entanto, não é pacífico, existem aqueles, como Manzini, que ante o caráter social das idéias, chegam até a negar a natureza jurídica dos Direitos Autorais, para ele *"o pensamento manifestado pertence a todos : é uma propriedade social. A inspiração da alma humana não pode ser objeto de monopólio"*[3],ou ainda diferentemente para Gerber e Colin e Capitant, esta instituição não seria um direito, mas um simples privilégio ou monopólio de exploração outorgado aos autores de obras artísticas.

Concluindo, entendemos que o Direito Autoral encontra-se situado dentro do Direito Civil, portanto privado, constituindo-se devido as suas peculiaridades, como um ramo distinto dos demais, sendo portanto, autônomo.

3. Conteúdo Moral e Patrimonial do Direito Autoral

Os Direitos Autorais compreendem prerrogativas de ordem pessoal e moral, e de ordem patrimonial, sendo que as primeiras relacionam-se com a

[3]Diniz, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. IV : Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 1981, p.206.

proteção dos aspectos da personalidade do autor, enquanto que as segundas referem-se ao amparo à utilização e exploração econômica da obra.

A obra como resultado da criação do autor, se constitui numa expressão, exteriorização de sua personalidade. Torna-se um verdadeiro atributo da personalidade do autor, sendo portanto dele inseparável. Apresentando-se assim, com caráter absoluto, intransmissível e irrenunciável.

Os direitos morais do autor são os que ele tem em permitir ou não a utilização de sua criação, ter seu nome ou pseudônimo citados, modificar sua criação, zelar pela integridade de sua obra, proibir sua utilização ou retirá-la de circulação. Esses direitos não podem ser cedidos ou transferidos a outras pessoas, e nunca poderão ser desrespeitados, mesmo após a morte de seu titular.

"O direito moral do autor é a prerrogativa de caráter pessoal, em virtude da qual o seu titular pode ligar seu nome a sua obra e sobre a mesma atuar, quer modificando-a e aperfeiçoando-a a seu bel-prazer, quer impedindo sua divulgação, quer afinal evitando que seja de qualquer modo modificada sem o seu consentimento.

A obra artística é a emanação da personalidade de seu autor, de modo que o direito de alterá-la, de preservá-la ou de divulgá-la é um direito personalíssimo de quem a produziu, da mesma natureza que o direito sobre o nome, sobre o corpo ou sobre a vida."[4]

No que concerne aos direitos patrimoniais sobre a obra, devemos primeiramente estabelecer como parâmetro preliminar o seu contato com o público. Ao término de sua criação, a obra é posta no mundo social, a partir deste instante, em que se passa para o processo de divulgação e execução, o aspecto econômico ganha relevância.

Os direitos patrimoniais decorrem da comunicação da obra ao público, que normalmente se faz por intermédio de terceiros e que depende da autorização expressa do autor ou seu representante legal, sendo em contrapartida devida uma retribuição econômica.

No entanto, devemos salientar que uma vez quebrado o inédito, ou seja, posta a obra no mundo social, qualquer um tem o direito de utilizá-la, não é exclusividade do autor, pois se assim o fosse estaríamos por exemplo, privados de cantar uma canção da qual gostamos. Desta feita, é que se consagrou o uso privado da obra, ao qual o autor não possui direito algum. O que é vedada é a utilização com intuito de lucro, seja direto ou indireto, sem a devida autorização pelo autor ou seu representante legal. Assim, é que a exclusividade do autor se restringe apenas a exploração econômica de sua obra.

Não se podem fazer utilizações que visem a lucro direto ou indireto, portanto, em concorrência com o autor na exploração econômica da obra. *"A essência do direito patrimonial não se encontra num direito de utilização, visto que, quando a*

[4]Rodrigues, Sílvio. Direito Civil. Vol. V : Direito das Coisas. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 241.

utiliza, o autor, se encontra na mesma posição que qualquer pessoa, mas sim num exclusivo de exploração econômica da obra."[5]

Estes direitos patrimoniais duram por toda a vida do autor e depois de sua morte passam a seus herdeiros, caindo posteriormente no domínio público, podendo, ainda, serem transferidos a terceiros.

4. Execução Pública - Intuito de Lucro

Passaremos agora, a tratar de uma das modalidades através da qual a obra é posta ao público e difundida, ensejando a retribuição pecuniária equivalente a sua autorização, que é a execução pública.

Quando falamos em execução pública, estamos, particularmente, adentrando na seara dos direitos patrimoniais decorrentes da obra, referindo-nos exclusivamente, às obras musicais.

O direito de execução pública "*... se traduz na prerrogativa que tem o criador da obra intelectual musical de autorizar a comunicação de sua criação ao público, por meio de vozes, instrumentos, ou aparelhos mecânicos ou eletrônicos, recebendo em conseqüência, os proventos econômicos correspondentes.*" [6] É o direito decorrente do contato da obra com o público, por intermédio de comunicação sonora apta a ser captada pelo sentido auditivo.

O direito de execução pública abrange qualquer espécie de comunicação sonora da obra com o público, realizada com o intuito de lucro, direto ou indireto, por processo acabado. Vê-se desta forma o quanto é grande o âmbito de sua aplicação frente a nossa realidade. Ainda mais com a crescente utilização da música para as mais variadas atividades humanas.

Existem contudo, algumas atividades e veículos de comunicação em que a música se torna a sua própria razão de ser, como por exemplo no caso das emissoras de rádios, locais de dança e boates. Ora, se da utilização das obras musicais, resultam a percepção de receita e lucro de forma evidentemente direta, como se constata, nada mais coerente do que o pagamento pelo direito de se utilizar de criação alheia, em benefício próprio.

Existem outras situações consagradas na prática, menos evidentes, porém não menos comuns, que ensejam a obrigação patrimonial do Direito Autoral. Tomemos por exemplo o proprietário de um estabelecimento hoteleiro, que oferece aos seus hóspedes o serviço de música nos quartos. A partir deste momento, em que ele coloca a disposição do seu cliente esta modalidade de

[5]Ascensão, José de oliveira. Direito Autoral. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 85.

[6]Bittar, Carlos Alberto. Direitos Autorais: O ECAD, sua posição frente ao CNDA, e o Direito de Execução Pública de Música. Revista de Direito Civil. Geral e Especial. São Paulo. abr/jun de 1983. p.59.

serviço, está compelido a cumprir com a obrigação pecuniária decorrente do Direito Autoral. Tomemos o que expõe a súmula 63 do STJ, ao afirmar que são devidos Direitos Autorais pela transmissão radiofônica de músicas em estabelecimentos comerciais, e em seguida o voto do Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes, proferido no Recurso Especial 102.954-RJ:

"O hotel oferece serviços de hospedaria sendo sua classificação comercial dependente da qualidade de tais serviços e dos adicionais que o integram. Assim, por exemplo, um hotel que ademais de quartos e alimentação dispõe de quadras esportivas, tem conotação melhor que outro que só oferece quartos e alimentação este, por seu turno, qualidade superior ao que oferece apenas quartos. Também, o conforto do quarto, a sua dimensão, e finalmente, os serviços complementares de sonorização ambiental, por retransmissão radiofônica, e de televisão, sendo certo, que aqueles estabelecimentos hoteleiros que oferecem canais por assinatura têm melhor oferta de serviços que outro dispondo, tão somente de canais convencionais. Essas condições todas, integram, efetivamente, o valor das diárias cobradas e lastreiam a diferença qualitativa para a captação de clientela. Se não fosse dessa forma, não haveria razão alguma para a variação do tipo de clientela e, também, para a diferença de preços nas diversas programações de viagens nacionais ou internacionais. Isso quer dizer, concretamente, que a oferta de sonorização ambiental no quarto do hotel é um serviço a mais que o hotel oferece ao seu hóspede e, portanto, tal oferta é computada no preço que cobra. Não é possível, por essa razão, considerar-se a sonorização ambiental em quarto de hotel fora do conceito específico da lei especial. A música utilizada por retransmissão radiofônica, nesse contexto integra o objetivo comercial do estabelecimento, não podendo o trabalho do autor deixar de ser remunerado por tal utilização de sua obra."

A execução pública abrange desta forma, qualquer comunicação sonora da obra com o público com o intuito de lucro direto, como venda de ingressos, faturamento publicitário, etc. ; ou indireta, música ambiente em determinados estabelecimentos, por exemplo.

5. Atuação do Escritório Central de Arrecadação - ECAD

Face à enorme diversidade de meios e mecanismos de execução das obras musicais, que continuam a se desenvolver, e à complexa atividade de cobrança e arrecadação dos Direitos Autorais, foram organizadas associações, as quais delegaram-se, desde a concessão de licenças para execução, até a cobrança e arrecadação das quantias pecuniárias devidas, ou seja, estas entidades foram incumbidas da proteção dos Direitos Autorais de seus integrantes associados.

Essas entidades, administram os repertórios de seus integrantes, aos quais prestam serviços outros, inclusive de defesa de seus direitos, recebendo mandato, conferido pela legislação especial, em razão da simples associação do autor. Outorgam essas entidades, aos usuários em geral, a autorização para as execuções, simplificando, assim, a sua efetivação.

No Brasil, apesar de já haver disposição acerca dos direitos Autorais desde o século passado, somente em 1916, com a edição do nosso Código Civil, é que se concretizou a existência dessa espécie de direito, surgindo então, o movimento de instituição de titulares, chamadas de 'sociedade de autores'.

Estas entidades buscaram aglutinar interesses comuns acerca de diferentes ramos das artes, no que concernia a arrecadação. No entanto, a falta de organização e a predominância de um ramo em detrimento de outros, fez com que essas associações se dividissem, enfraquecendo-as e dificultando todo o trabalho de arrecadação e distribuição dos valores.

Com o advento da Lei 5988, de 14.12.73, que anteriormente tratava dos Direitos Autorais, foi instituído o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD, cuja finalidade seria a arrecadação e distribuição dos valores devidos aos seus titulares. Tudo isto levou em consideração o inconveniente da multiplicidade de entidades arrecadadoras e das dificuldades encontradas junto aos usuários quanto à execução.

As associações antes existentes, tiveram uma remodelação de suas funções e atividades, ante a instituição dessa nova entidade. Integraram-se a ela desempenhando um novo papel.

O ECAD iniciou suas atividades em 1977, preocupando-se especificamente com a execução musical. Assim, no que diz respeito a arrecadação tornaram-se as associações meras repassadoras de verbas recolhidas pelo Escritório Central, possuindo um pequeno percentual participativo. Devemos assinalar que o ECAD é, a exemplo das demais associações de titulares, constituído um mandatário legal de seus integrantes, a partir da filiação destes, revestindo-se de forma jurídica de associação de associações. Assim, portanto, de cunho privado.

"O ECAD não passa de um sociedade civil : seu âmbito não é governamental; o governo outra interferência não teve senão determinar a sua constituição. Limita-se, como as demais associações de direitos autorais, pelas quais é constituído, à arrecadação que, quando não é relativa aos filiados diretos, repassa às demais associações, facilitando-lhes o serviço e diminuindo-lhes a responsabilidade."[7]

Assim, em face da sistemática estabelecida pela Lei 5988/73, consagrada posteriormente pela legislação subsequente, ou seja, pela Lei 9610/98, ocorreu a centralização da arrecadação de direitos de execução musical. Deixando as sociedades de arrebanhar diretamente os recursos advindos da execução de obras musicais.

Atribuiu-se ao ECAD a exclusividade na cobrança, arrecadação e distribuição dos direitos relativos a execução pública. Não se excluiu, no entanto, a

[7]Chaves, Antônio. O ECAD mudou o panorama da cobrança do direito de autor no Brasil. Revista de informação Legislativa. Brasília. Nº 72. out/dez de 1981. p.p.276 e 277.

faculdade do próprio autor exercer diretamente a cobrança de seus direitos, mediante a filiação direta ao ECAD.

O ECAD consolidou a unificação, dentro do setor musical, para a arrecadação, através da institucionalização de métodos e processos específicos para esses fins, bem como, para distribuição dos valores obtidos. Com esta centralização, houve o fortalecimento do Escritório Central, uma redução de custos operacionais, o aperfeiçoamento de mecanismos de cobrança, a facilidade de identificação junto aos usuários, tudo em prol dos titulares dos direitos.

Antes da atual lei 9610/98, ocorria muita discordância acerca da legitimidade para a cobrança e arrecadação conferida ao ECAD, pois que, a Lei 5988/73, em seu art. 104, conferia aos titulares integrantes dessa associação, a qualidade de mandantes, conferindo poderes através de mandato, mediante o ato de filiação, no que passaria o ECAD a agir como mandatário.

Ora, o instrumento do mandato tem por finalidade conferir poderes a alguém, representante, para agir em nome e interesses de outrem, representado, numa relação de representação. Não pode o representante agir em nome próprio na defesa dos interesses de outrem, pois, seria um flagrante arrepio a nossa lei, segundo o que preceitua o nosso Diploma Processual Civil, em seu art. 6º, ao dispor acerca da figura do substituto processual.

O instituto do mandato acarreta uma relação de representação, em que o mandante confere poderes ao mandatário para que este represente os interesses daquele. Vejamos como dispõe De Plácido e Silva em seu Vocabulário Jurídico:

"O mandato, significando, precipuamente, o poder conferido por uma pessoa para que outra faça por si e para si atos ou negócios, que deveria fazer, como se estivesse atuando pessoalmente, revela-se fundamentalmente uma representação. Mas na representação que o mandato revela, o representante (mandatário) age em nome do representado. Quando não age em nome dele, não há mandato..."

O instituto da representação por mandato difere totalmente da figura da substituição processual, pois, enquanto neste pode-se em nome próprio pleitear direito alheio, naquele, o representante age em nome do representado, na defesa dos interesses desse último.

Acerca da controvérsia, vejamos o seguinte julgado :

*"**Direitos Autorais. Cobrança.** 'Bureau' de cobrança criado por sociedades que congregam compositores e autores musicais não tem legitimidade para, em nome próprio, proceder cobrança de direitos autorais. O mandatário só pode agir em nome do mandante e não como substituto processual deste."* (1º TARJ - Apelação Cível nº 51.534 de 1980)

Desta forma, ante a dissidência instaurada, é que o legislador veio com acerto, por ocasião da Lei 9610/98, em seu art. 99, preceituar que *"as associações manterão um único escritório central para a arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública de obras musicais..."* Devendo o escritório central, de acordo

com o § 1°, abster-se da finalidade de lucro, e ser dirigido e administrado pelas associações que o integrem.

No § 2°, do mesmo art. 99, a grande inovação, qual seja, a de conferir às associações e ao Escritório Central, a qualidade de substitutos processuais dos titulares a eles vinculados, agindo em seus próprios nomes, em juízo ou fora dele, na defesa dos interesses de seus associados. Ressalvamos apenas, a atuação do substituto processual fora de juízo, a qual não concebemos ante a natureza do instituto, visto ser ele uma figura intra processual, ou seja, de atuação em juízo.

"Dá-se a figura da substituição processual quando alguém esta legitimado para litigar em juízo, em nome próprio, como autor ou réu, na defesa de direito alheio. Quem litiga, como autor ou réu, é o substituto processual; fá-lo em nome próprio, na defesa de direito de outrem, que é o substituído.

O substituo processual é parte, no sentido processual. Quer na posição de autor, quer na de réu, o substituto processual é sujeito na relação processual, da qual participa em nome próprio, não em nome do substituído. Nisso difere a substituição processual da figura da representação, em que o representante não é parte, mas apenas representante da parte, que é o representado. Enquanto na substituição processual o substituto age em nome próprio, na representação o representante age em nome do representado."[8]

Com esta disposição do art. 99, da Lei 9610/98, não há mais razão para persistir aquela dúvida a propósito da atuação das associações e do ECAD, quanto a legitimidade para agir nos interesses de outrem. O legislador foi incisivo ao atribuir a qualidade de substituto processual a tais entidades, não mais meramente mandatárias na simples representação de interesses alheios.

Acontece que o artigo antecedente, o art. 98, confere às associações, com o ato de filiação dos seus associados, a qualidade de mandatárias de seus integrantes para a prática de todos os atos judiciais ou extrajudiciais necessários a defesa dos Direitos Autorais, bem como para sua cobrança.

O legislador, assim, passa a atribuir ao mesmo tempo às associações, incluindo aqui o ECAD, pois que é uma associação civil, a qualidade de mandatárias, para depois, no artigo seguinte, atribuir-lhes a qualidade de substitutos processuais.

Acreditamos que a real finalidade da lei, foi a de abranger a totalidade de situações possíveis em que se necessitem da atuação dessas associações, sejam como representantes, sejam como substitutos processuais, na defesa de seus associados. Pois que, lhes é legalmente conferida ao mesmo tempo a qualidade de mandatárias para atuar judicial ou extrajudicialmente, além da de substituto processual, agindo em juízo ou fora dele (esta última a nosso ver destoante com a natureza e real finalidade do instituto).

---

[8]Santos, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. Vol. I, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 345.

Por último, um assunto que precisa de um esclarecimento, é o que diz respeito ao valor atribuído a execução das obras. A quem compete estipular o valor pela execução de determinada obra musical ?

Para responder esta indagação, temos de nos reportar não só a legislação pertinente à matéria, como também fazer uma leitura integral de nosso ordenamento jurídico.

A Lei 9610/98, confere exclusividade ao autor da criação intelectual para decidir sobre sua exploração econômica, condicionando a utilização por terceiros à prévia e necessária autorização do criador :

"Art. 28 - Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir, e dispor de obra literária, artística ou científica."

"Art. 29 - Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como : ..."

Tais preceitos encontram guarida em nossa Lei Maior, que traçou as diretrizes básicas, essenciais e indispensáveis à proteção do direito sobre criações intelectuais, garantindo, em seu art. 5°, que só o criador pode determinar o preço pelo uso de sua obra :

"XXVII - Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissíveis aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar."

"XXVIII - São assegurados nos termos da lei:

a) omissis

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas"

Ante o acima exposto, evidencia-se que compete exclusivamente ao autor a fixação do preço pela utilização e execução, de sua obra. O ECAD funciona apenas como mandatário legal, fazendo valer a vontade do titular do direito, centrando sua atividade na arrecadação e distribuição dos Direitos Autorais, com base nos preços determinados pelos titulares das obras que protege.

Acerca do exposto, vejamos os seguintes julgados :

"Civil - Direitos Autorais - Cobrança. Valor.

Quem pretenda utilizar obras intelectuais alheias, deve pagar o preço estipulado.

Cabe ao titular do direito autoral a fixação do preço de suas obras." (Terceira Câmara Cível de Santa Catarina - Apelação Cível n° 49.664)

E, ainda, de outra forma :

"ECAD - Direitos Autorais - Contribuição. Fixação da taxa de arrecadação - Legitimidade.

O ECAD tem legitimidade para fixar e cobrar contribuição pela utilização de obras musicais, sem vedação contida em legislação referente a direitos autorais é o órgão encarregado do seu disciplinamento." (Quarta Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais - Apelação Cível n° 208.522-7

Vemos a distorção dos julgados acima, enquanto o primeiro reconhece a titularidade do autor em fixar o valor a ser cobrado por sua obra, o segundo por sua vez confere legitimidade ao ECAD para fixar e cobrar tais valores, ou seja, um verdadeiro absurdo.

Acreditamos assim, tendo em vista a disposição legal, que a legitimidade para determinação do valor a ser apurado por ocasião da autorização para execução pública de obra musical, é do titular da obra; enquanto que ao ECAD competiria apenas a cobrança, arrecadação e distribuição desses valores para os titulares das obras e suas associações.

6. Conclusão

Ao término desse breve estudo acerca dos Direitos Autorais, em especial ao que se refere à execução pública de obra musical, fazemos algumas ponderações.

Dentre as funções primordiais do Direito, esta a de promover a harmonia social, proteger o indivíduo em função de sua interação com a sociedade e das relações dela resultantes.

A proteção legal conferida as obras intelectuais, foi um grande avanço de nossa sistemática jurídica. Pois, a partir do momento em que a obra se exterioriza, ou seja, nasce e é posta no mundo, uma infinidade de situações vão ocorrer, e não se poderia deixar de tutelar os interesses de seu criador em face dessas infinitas situações, ainda mais quando se considera a obra como expansão da personalidade do seu autor, como criação do seu espírito.

Analisando a realidade em que vivemos, em função da legislação pertinente, encontramos uma disparidade muito grande entre o preceito normativo e a conduta social predominante.

A Lei 9610/98, que trata atualmente do assunto, é clara, incisiva e enxuta, quanto às disposições pertinentes. No entanto, parece-nos, possuir o mesmo defeito da anterior, Lei 5988/73, ou seja, a de estar em distorção com a realidade dos fatos, pois, algumas normas, ampliam demasiadamente as situações em que os Direitos Autorais são devidos, que chegam até a exagerar na proteção ao titular da obra, se assim pudermos dizer.

A questão do lucro indireto auferido em decorrência da execução pública, por exemplo, deve ser interpretada de maneira restritiva, a fim de que não venham a ser cometidos alguns absurdos comumentes encontrados em julgados de nossos Tribunais. Tomemos por exemplo, no STJ, o Recurso Especial nº 94.354 / São Paulo - Registro 96255849, que dispunha sobre a cobrança de Direitos Autorais por transmissão radiofônica em condomínio comercial, ocupado em sua maioria, por profissionais liberais, ao qual por unanimidade foi conhecido e dado provimento.

Ou ainda, o caso de um estabelecimento hoteleiro, que não está autorizado a captar o sinal das emissoras de rádio e ampliá-lo para, por exemplo, oferecer sonorização ambiente na área da piscina. Considera-se que a utilização de obras musicais captadas em emissoras de rádio e televisão, e retransmitidas, implica em nova utilização. Devendo pois, serem pagos os direitos dela provenientes tanto pelas emissoras como pelo hotel, aqui no caso, independente do pagamento pelo serviço de rádio oferecido nos quartos. Entende-se serem formas de utilização independentes, apesar de ser por um único estabelecimento, não se configurando o '*bis in idem*'. O que ainda relutamos um pouco em entender.

A realidade é que neste caso, parece que o Direito não acompanha os fatos, ou os fatos não se adequam ao Direito. A intenção do legislador foi das mais louváveis, porém, nosso cotidiano mostra um desvirtuamento ante a norma legal, seja por parte dos usuários, que não recolhem os direitos devidos, seja pela falta e dificuldade de fiscalização, ante as mais infinitas possibilidades de execução pública de obras musicais, ou seja, por parte do próprio ECAD, cuja atuação tem sido bastante criticada pelos usuários como até mesmo pelos seus associados.

Ultimamente, tem-se discutido muito a atuação do ECAD ante sua finalidade precípua, ou seja, a cobrança, arrecadação e distribuição dos Direitos Autorais. Os usuários reclamam da falta de critérios, bem como da forma com que age o Escritório Central. Por outro lado, e mais grave, são as denúncias dos próprios associados aos quais o ECAD representa. Considerável parte de seus integrantes associados se queixam da atuação do Escritório Central, denunciam a ausência do repasse das quantias que lhes são devidas. O que esvaziaria a função da associação, já que não estaria cumprindo o seu papel, ou seja, perderia sua própria razão de ser.

A verdade é que não se pode conceber que alguém venha a auferir lucros com o uso da criação alheia, sem ao menos haver uma retribuição por esta utilização. Contudo, a questão deve ser encarada com mais firmeza, colocando-se por um lado, à disposição do ECAD, instrumentos e mecanismos mais eficazes e céleres na execução de sua atividade, fazendo uma completa reformulação e reestruturação da entidade, e por outro, reconsiderando algumas disposições legais, ao nosso ver abusivas, acerca da matéria. Deste modo talvez, quem sabe, o Direito Autoral volte a andar ao lado da realidade dos fatos, e alcance sua verdadeira finalidade.

7. Bibliografia

- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense 1980.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos Autorais: O ECAD, sua posição frente ao CNDA, e o direito de execução pública de música*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo. 7(24). abr./jun de 1983. pp. 58-73.

- CHAVES, Antônio. *O ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição) mudou o panorama da cobrança do direito de autor no Brasil.* Revista de Informação Legislativa. Brasília. Nº 72. a. 18. out/dez de 1981. pp 267-286.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Vol. 4. *Direito das Coisas.* São Paulo: Saraiva, 1981.
- E SILVA, De Plácido. Vocabulário Jurídico, Vol. III e IV. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, Vol. 5. *Direito das Coisas.* 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1981.
- SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. Vol. 1. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DA FRAUDE CONTRA CREDORES: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO TEMA

Danielle Menezes Evangelista (Aluna do 4° período da Graduação em Direito da UFPE)

Sumário: 1-Introduçao; 2- Conceituação e elementos; 2.1- Conceito; 2.2- O primeiro dos elementos: eventus damni; 2.3- Insolvência do devedor; 2.4- Consilium fraudis; 3- Atos em que se pode suscitar a fraude; 4- Da ação pauliana ou revocatória; 4.1- Generalidades; 4.2- Legitimação ativa; 4.3- Legitimação passiva;4.4- Ônus da prova;4.5- Eficácia da sentença da ação; 4.6-Açao pauliana na Lei de Falências; 5- Conclusão; 6- Bibliografia.

1- Introdução

Antes de adentrar no rico tema em questão, cabe situá-lo dentro da Teoria Geral do Direito Civil, como também salientar sua importância perante a realidade empírica a que estamos inseridos, pois, como ensina CARREIRO, o Direito só se realiza quando é posto em prática, não podendo ser encarado como complexo abstrato de normas sem finalidade social.[1]

Em face da sociabilidade inerente à natureza humana, a necessidade de regulamentação das relações interindividuais trouxe o advento das normas jurídicas. Essas vieram a impor organização à vida quotidiana das sociedades que procuram , pelo menos em tese, o ideal de ordem e justiça. Os acontecimentos da vida social mais condizentes com esse ideal passaram a ser selecionados pelos legisladores, que atribuíram aos mesmos efeitos jurídicos. Tais fatos passaram a figurar em preceitos do Direito, sendo por isso chamados de **fatos jurídicos**. Ou seja, nada mais são do que transformações da realidade a que o Ordenamento atribuiu importância jurídica. Esses fatos são subdivididos entre aqueles que emanam da vontade humana e os independentes desta, gerados pela natureza. O que nos interessa nesse estudo são os primeiros, especificamente os **negócios jurídicos**, os quais denotam acordo de vontades para um fim aceito pela ordem legal. Qualquer desvio com relação à declaração de vontade no negócio, bem como a desconformidade dessa com a ordem legal, eiva o ato de deficiência capaz de anulá-lo. E aqui se insere a abordagem ora apresentada, a fraude contra credores, defeito dos negócios regulado pelo Código Civil nos artigos 106 a 113, punido com a sanção da anulabilidade. Os conceitos citados serão oportunamente esclarecidos,

[1] CARREIRO, C.H. Porto. Notas sobre Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Alba LTDA, 1990,p.188.

mas, a grosso modo, a fraude seria um meio ardiloso de causar prejuízo a outrem e a anulação, a forma de desconstituição do negócio contaminado com esse artifício.

O estudo da fraude contra credores se enche de tremenda importância perante as artimanhas negociais do mundo em que vivemos. Identificar tais recursos fraudulentos, assim como invalidá-los através da ação efetiva das forças normativas do Estado, é fazer valer o ideal antes citado, qual seja: o de trazer ordem e justiça para as relações jurídicas. A segurança da sociedade depende da efetiva aplicação das normas legais, pois as pessoas confiam que esse feito trará equidade. E tratar a todos com equidade é punir aqueles que descumprem a lei, visando a interesse seu em detrimento dos outros. É por isso que, ao ser identificado um fraudador, esse deve ser punido, tendo em vista seu comportamento contrário ao preceito legal e causador de desequilíbrio nas relações com os que nele confiaram. Determinando-se assim, a ordem jurídica, através de seus aplicadores, sai do meramente abstrato para realizar-se perante os indivíduos, sendo esta a grande vitória de sua existência.

2- Conceituação e elementos

2.1- Conceito

A fraude contra credores constitui-se na prática de um ato de alienação (disposição) de bens, créditos ou direitos por parte de um devedor insolvente, ou assim constituído em virtude do ato, que acaba por prejudicar credor preexistente. O ato pode ser realizado a título gratuito ou oneroso, mas é mister que cause prejuízo a credor já constituído anteriormente. Ou seja, trata-se de uma maneira maliciosa, proibida por lei, de prejudicar terceiros. Em virtude dela, a lei atribui ao credor prejudicado o direito de, através de uma ação judicial (pauliana ou revocatória), anular o ato, restabelecendo o bem ao patrimônio do devedor, que é sua garantia de solvência da dívida.

Não se trata de vício de consentimento, pois a declaração de vontade não é distorcida por fator exterior que a faz diferente do que realmente seria declarado. Ao contrário, a vontade é externada da maneira como o agente a quer, mas se apresenta em desconformidade com a ordem legal. Os resultados, a que a declaração de vontade visa, apresentam-se condenáveis, em face da reprovação do Ordenamento. A fraude, como quiseram CAIO MÁRIO e BEVILÁQUA, apresenta-se como um **vício social**, por não se manifestar através de uma desarmonia entre vontade íntima e sua manifestação externa, mas como um desencontro entre vontade do agente e indicação legal.[2]

A fraude contra credores acontece, por exemplo, quando um devedor cheio de dívidas, com o passivo de seu patrimônio maior que o ativo, ou em vias de se

[2] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 325.

tornar (insolvência), resolve maliciosamente vender a preço baixo algo que lhe pertença ou dar garantia real a um credor que não a possuía. Aqui, claramente se nota o prejuízo que irá sofrer um credor anterior a esse ato, pois não terá mais a garantia geral do patrimônio que lhe era dada antes do fato ocorrer. Vale salientar que os credores, que serão prejudicados, são obviamente aqueles ditos quirografários, ou seja, os que não possuem garantia real da dívida. Ora, os credores com garantia real são assegurados pela simples existência do bem dado em hipoteca, penhor ou anticrese; a garantia segue o bem, nas mãos de quem ele esteja. Destarte, somente podem alegar a fraude aqueles que têm no patrimônio do devedor uma garantia genérica.[3]

2.2- O primeiro dos elementos: eventus damni

Quanto aos elementos da fraude, o primeiro, essencial e imprescindível, é o *eventus damni*, ou seja, o prejuízo dos credores anteriores ao ato de disposição. É necessário que ocorra um dano aos mesmos, isto é, em se tornando insolvente o devedor ou agravando sua insolvência, não terão mais a garantia de pagamento da dívida que tinham antes, sendo lesados. Em face disso, podem requerer a anulação do ato malicioso do devedor, o qual acabou por prejudicá-los. Desse elemento deriva outro, a saber: a anterioridade do crédito ao ato fraudulento. Ora, um credor, que constituiu seu crédito após o ato de alienação do devedor, já o encontrou no estado de insolvência e, em face disso, não há do que reclamar, pois tinha consciência da difícil situação do outro.

2.3- Insolvência do devedor

Outro requisito essencial é a insolvência do devedor, sem a mesma, não há fraude. Desta forma, um devedor que, através de um ato de liberalidade, doa a um amigo algum bem de seu patrimônio, tornando-se insolvente, mas logo em seguida por força de herança deixa de o ser, não enseja a pretensão de um credor em garantir seu crédito. Há de ocorrer, pois, a insolvência do devedor para que o credor, em face de ato de disposição daquele, possa alegar a fraude. Deve haver, ainda, o nexo causal entre o ato praticado pelo devedor e sua insolvência ou o agravamento dela.

2.4- Consilium fraudis

[3] Nesse ponto, há autores, como MARCOS BERNARDES DE MELLO e CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, que admitem aos credores com garantia real reclamar da fraude do devedor. Basta que o crédito seja superior à garantia ou que esta venha a se desfalcar. Ou seja, mesmo sendo o crédito garantido por um bem gravado, mas vindo este a ser ameaçado, pode o credor pretender alegar fraude. O citado autor menciona o exemplo de uma safra de cana-de-açúcar dada em penhor agrícola, que ao se perder em face de uma estiagem, dá ao credor o direito de anular atos dispositivos do devedor por serem fraudulentos em relação à sua pretensão.

Tem-se ainda o *consilium fraudis*, elemento que veio sendo simplificado desde o direito romano. Ele significa a consciência, por parte do devedor, de que o ato de liberalidade irá prejudicar aos credores. Prescinde-se, pois, da intenção deliberada de prejudicar (*animus nocendi*). Não é mais necessário o propósito de prejudicar tão valorizado pelos romanos. Nas palavras de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, "a fraude pode existir sem ser premeditada".[4]

3- Atos em que se pode suscitar a fraude:

Os atos fraudulentos podem advir de negócios a título gratuito ou oneroso, isto é, a fraude pode ser verificada tanto numa simples doação quanto numa compra e venda, por exemplo. O Código Civil nos apresenta as modalidades de atos que podem ser impugnados por credores lesados em seus direitos.

Iniciaremos com a abordagem do artigo 106, que disciplina a transmissões gratuitas de bens e a remissão de dívidas. As primeiras apresentam-se na forma de doação ou dote, já a última é o mero perdão da dívida. Em face de atos desse tipo, basta que o devedor se torne insolvente ou agrave a insolvência já existente, para que os credores se achem no direito de invalidar o ato liberatório. Não se faz mister, pois, a observação de qualquer outro requisito, como a consciência por parte do devedor do prejuízo que causará ou o conhecimento por parte dos beneficiários de sua insolvência. A lei contenta-se com a verificação de que, impreterivelmente, serão prejudicados os credores com o ato do devedor. Portanto, em havendo o *eventus damni*, concretiza-se a fraude. A ressalva do parágrafo único do referido artigo é quanto à anterioridade do crédito, pois, como já foi dito, não há do que reclamar um credor que já encontrou o devedor em estado de insolvência.

Trata-se de maneira diferente os contratos onerosos, a estes o Código exige, além da insolvência e do prejuízo, o conhecimento dos outros participantes de que o devedor era insolvente. No entanto, esse conhecimento só é evidenciado a partir do momento em que ocorre notoriedade da insolvência ou houver motivo para esta ser conhecida do outro contratante. Ou seja, anulam-se atos onerosos em que a insolvência é notória (conhecida de todos, pública, publicada na imprensa) ou com a possibilidade presumida de ser conhecida pelo adquirente. Aqui, conforme observação de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, a jurisprudência assentou alguns casos que denotam essa possibilidade ora citada, a saber: 1-)relação de parentesco ou afinidade entre os que contratam indica fraude, como, por

[4] Há autores que simplificam ainda mais a teoria da fraude, opinando que nem mesmo a consciência das conseqüências seria necessária para a configuração do ato fraudulento, bastando somente a prova da insolvência e do prejuízo aos credores. Opinião esta bastante fundada em face da objetividade que se deve requerer ao argüir se o ato realmente foi fraudatório dos direitos de outrem ou não. É apoiada por BEVILÁQUA e MARCOS BERNARDES DE MELLO.

exemplo, mãe, que contrata com filho, não há como alegar desconhecer sua má situação financeira; 2-) pessoa, que anteriormente havia protestado títulos de responsabilidade do devedor, não pode alegar ignorância quanto a sua insolvencia;3-) relações de amizade ou convivência freqüente implicam em potencial conhecimento da precária situação do devedor, com passivo maior que ativo, e, 4-) o emprego de cautelas excessivas no negócio é indicador de fraude.[5]

As diferenças no tratamento das situações onerosas e gratuitas devem-se ao fato de, nas primeiras, o adquirente do bem do devedor realizar uma contraprestação em troca dele; já, nas segundas, o adquirente é apenas um beneficiário, recebendo o bem como ganho. Em face disso, o adquirente, a título oneroso, procura subtrair-se a um dano, quando contesta a ação do credor quirografário (*certat de damno vitando*); enquanto o beneficiário, a título gratuito, procura é garantir seu ganho (*certat de lucro captando*).

Ainda com relação aos contratos onerosos, o artigo 108 versa que, não tendo pago ao devedor insolvente a quantia pelo seu bem, desobriga-se o adquirente que depositá-lo em juízo, com citação edital de todos os interessados. Ressalva-se, porém, e é de máxima importância, que o preço contratado seja aproximadamente o corrente, ou seja, supra o real valor do bem. Em virtude disso, desobriga-se da ação do credor quirografário o adquirente que consigna em juízo o valor contratado com o réu (devedor), sendo o mesmo justo.

Passemos agora à analise do artigo 110, que trata de mais uma modalidade suscitadora de fraude, a antecipação de pagamento de dívida não vencida. Como já foi dito, os credores quirografários são aqueles não acobertados por garantias reais, eles possuem apenas a garantia geral do patrimônio do devedor. Pois bem, por questão de equidade de tratamento, devem todos estar em pé de igualdade, no sentido de não receberem antecipadamente pagamento por dívida que ainda não se deu por vencida. Em face de privilégio com relação a um, podem os outros impugnarem o ato, pretendendo a restituição do pagamento inoportuno ao acervo que servirá ao concurso de credores.

Utilizando-se do mesmo argumento (o de que os credores quirografários devem permanecer no mesmo pá de igualdade), o Código, no artigo 111, excluiu a possibilidade de outorga de garantias reais a credor que não as possuía ao tempo da formação da dívida. Ao fazer isso, o devedor põem determinado credor em situação melhor que a dos outros, desfazendo o equilíbrio que deve haver entre eles. Por isso é que o Código considera como fraudulentos tais atos, vindo mesmo CARVALHO SANTOS a ensinar que se trata de uma presunção *juris et de jure*, por não admitir prova em contrário, bastando a demonstração da insolvência do devedor. Já PONTES DE MIRANDA admite a prova de que a garantia dada não fora gratuita, considerando a presunção *iuris tantum*.

[5] CF. MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 1994, p.219.

Afora essas situações o Código ainda prevê outras, tais como a recusa ao recebimento de herança, que sendo considerada fraudulenta, enseja ao juiz a faculdade de autorizar que a recebam os credores ou a oposição à separação do dote, quando fraudulenta (art. 308).

Observe-se, ainda, a presunção do artigo 102, que pode ser derrubada por prova em contrário, devendo o juiz analisar as nuanças do caso concreto. Não é sempre que os negócios realizados em face da manutenção de estabelecimento mercantil, agrícola ou industrial do devedor são feitos com boa fé. Cabe ao magistrado vislumbrar se realmente o ato é necessário ou se é mais um artifício ardiloso constituidor de fraude.

4- Da ação pauliana ou revocatória:

4.1- Generalidades:

De início, a ação revocatória tinha um caráter penal e o réu era condenado a uma pena pecuniária não aplicada se o mesmo restituísse o bem ao patrimônio do devedor. Mais tarde, em face de sua natureza pessoal, a ação ganhou ares de anulatória do ato fraudulento do devedor, visando à restituição do estado anterior àquele. A origem da ação é romana e tem caráter eqüitativo, realizando o socialmente justo.

Como ação que visa anular o ato realizado por devedor insolvente ou por ele tornado assim, cabe salientar o que seja anulabilidade. Esta, por sua vez, refere-se aos atos jurídicos defeituosos e é aplicada como sanção que visa a desconstituí-los. Desta forma, um ato anulado é excluído do mundo jurídico, bem como tem seus efeitos invalidados de forma *ex tunc*. É por isso que se fala no efeito restaurador do estado anterior da ação pauliana, ou seja, tudo volta a ser como era antes. Note-se, ainda, os efeitos *erga omnes* da sentença de anulação, isto é, ela atinge a todos os interessados na exclusão daquele ato; no caso da fraude, a todos os credores, inclusive os não habilitados no concurso universal.

No Direito pátrio, tal ação tem fundamento nos artigos 106 e 107 do Código Civil. Não se faz mister para propositura da ação a prévia existência de concurso universal de credores. É aceita a sua alegação em embargos de terceiro ou em reconvenção.

4.2- Legitimação ativa

São legítimos, para proporem a ação revocatória, os credores já constituídos na data do fato impugnado, bem como seus sucessores a título universal ou singular. Não se admite essa faculdade aos credores posteriores ao ato, pois estes constituíram seu crédito na ciência da situação precária do devedor.

4.3- Legitimação passiva

A legitimidade passiva, segundo o Código, cabe aos que participaram do ato fraudulento (devedor e adquirente), bem como a terceiros (subadquirente) que hajam procedido de má fé. Não pode a ação, destarte, ser intentada apenas contra um deles, pois os efeitos da sentença atingirão a todos que fraudulentamente se portaram. Ensina MARCOS BERNARDES DE MELLO que existe a ocorrência de um litisconsórcio passivo necessário entre devedor e adquirente a título gratuito ou oneroso. E, eventualmente, havendo terceiro subadquirente deve também este integrar o litisconsórcio necessário, excluindo-se dele se provar sua boa fé. Estando o terceiro de boa fé, fica imune aos efeitos da anulação. Há a transferencia da legitimação passiva para os herdeiros dos participantes do ato fraudatório.

4.4- Ônus da prova

A fraude deve ser provada pelo propositor da ação. Ele tem a incumbência de provar o *eventus damni*, isto é, o prejuízo a que lhe foi imputado, bem como a insolvência do devedor. E, nos contratos onerosos, ainda deve provar o conhecimento real ou presumido do adquirente em face da insolvência do devedor.

Ao devedor, por sua defesa, cabe provar que não se concretizaram os requisitos da fraude contra credores.

4.5- Eficácia da sentença da ação

Salientando-se mais uma vez a desconstituição do ato pela sentença, a qual ocasiona a produção de efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, tendentes ao restabelecimento da situação fática anterior. Repõe-se ao acervo concursal o bem indevidamente alienado ou, em se tratando de ato de constituição de garantia real, a sentença se dará tão somente pela anulação da hipoteca, penhor ou anticrese.

Em razão do restabelecimento do estado anterior, cabe ao que pagou pelo bem do devedor, nos atos onerosos, a restituição daquilo que desembolsou, pois o contrário resultaria em enriquecimento por parte do devedor e a equidade é o que mais se procura com a referida ação.

4.6- Ação pauliana na Lei de Falências

De acordo com a citada lei, a ação revocatória se reveste de um rigor mais acentuado que a tratada pelo Código Civil. Aqui, a ação deve ser proposta pelo síndico em benefício dos credores e, em não fazendo isso dentro de trinta dias seguintes à publicação do aviso de comunicação aos interessados de que iniciará a realização do ativo e pagamento do passivo, pode ser iniciada por qualquer um desses. Alguns requisitos da ação pauliana são dispensados como, por exemplo, nos atos onerosos, ocorre a não necessidade de conhecimento por parte do adquirente da insolvência do falido. A revogação dos atos do falido é certa quando: no período suspeito da falência, este paga dívidas não vencidas ou constitui direitos reais de garantia que não existiam ao tempo da feitura da dívida; ocorrem atos de

liberalidade, salvo quanto a donativos de pequeno valor; o falido renuncia a herança até dois anos antes da declaração da falência e assim por diante.[6]

Da mesma forma que na ação pauliana no juízo civil, a legitimidade passiva da ação no juízo falencial cabe aos que fizeram parte do ato fraudulento ou que tiraram proveito dele, bem como aos terceiros de má fé. A sentença restitui os bens à massa, produzindo de anulabilidade do ato impugnado.

5- Conclusão

Em vista do exposto, há de se concluir que o tema "fraude contra credores" suscita algumas reflexões. A primeira delas é a de que os homens, na sua ganância capitalista, muitas vezes exacerbam seus limites e agem de maneira a prejudicar inocentes. Fraudar, enganar, trapacear são palavras aversas à convivência humana e que devem ser repelidas, na medida do possível. Todas elas indicam, de forma genérica, o artifício da fraude que é, portanto, maculador das relações entre os homens. Não é dado a ninguém se beneficiar de um ato em detrimento de outros. É necessário sempre o equilíbrio entre as pessoas e que elas se respeitem como seres iguais que são. Ninguém deve prescindir do mínimo ético ao lidar socialmente com os demais indivíduos. Por isso é que praticar um ato fraudulento, lesivo do direito de outrem, é tão reprovável a ponto de suscitar a tutela jurídica. O legislador, ao selecionar fatos para a regulamentação do Direito, leva em conta aqueles que mais interferem no convívio social e a fraude, por sua vez, indica um grave distúrbio no comportamento de alguém. Deve ser reprimida, pois, energicamente, haja vista a necessidade de justiça da sociedade. Desta forma, o Direito se realiza eficazmente na medida em que pune comportamentos reprováveis como o da fraude.

Mas, tudo isso é bom na teoria e na prática, será que a fraude é realmente punida? Será que o Direito é aplicado de forma eficaz? Cabe a nós, profissionais do Direito, fazer com que essa bonita teoria se realize na vida comum, na vida de todos. É a nós que pessoas do povo, leigas, com os problemas do cotidiano irão recorrer quando se acharem em situações difíceis, como a fraude. Habilitados perante as leis, somos o único elo entre essas pessoas e a justiça, devemos, por conseguinte, reverter todo nosso conhecimento em ajuda a quem de nós se socorre.

6- Bibliografia

- CARREIRO, C.H. Porto. Notas sobre Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Alba LTDA,1990.

[6] Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. Cit., p.347.

- MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da validade.2.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- NONATO, Orosimbo. Fraude contra credores (Da Ação Pauliana).Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 18.ed. Rio de Janeiro:Forense,1997.

DIREITOS AUTORAIS: BREVE COMPARAÇÃO ENTRE A LEI 5988/73 E A 9610/98

Raissa Saldanha Menezes (Aluna do 7° período da Graduação em Direito da UFPE)

Introdução

A opção do legislador de incluir a propriedade literária, artística e científica no ramo do Direito das Coisas é bastante discutida entre os doutrinadores. Isto porque tal concepção admite a existência da distinção entre coisas *corpóreas* e *incorpóreas*, sendo que se incluem nesta última categoria os direitos autorais. Assim, os direitos subjetivos reais incidiriam sobre os direitos autorais, enquanto objeto da relação.

Não obstante, há autores que negam esta corrente, afirmando que o objeto dos direitos reais devem ser exclusivamente *coisas*, tendo presentes as características da apropriabilidade, utilidade e individualidade. Para os adeptos dessa Segunda tese, não há a possibilidade da incidência de direitos sobre direitos; o direito irá sempre incidir sobre coisas de per si, mesmo que ela esteja sendo objeto concomitante de vários direitos autônomos.

Afora esta questão doutrinária, surge o problema de saber qual a legislação a ser aplicada na disciplina das relações referentes ao direito autoral. A Lei 5.988/73 foi o diploma utilizado durante mais de duas décadas, até que em 19 de fevereiro de 1998 foi promulgada a nova lei referente a este assunto, sob o número 9.610, que alterou, atualizou e consolidou a legislação vigente.

Por ser recente, a Lei 9.610/98 ainda não foi bastante discutida e analisada pelos autores consagrados. Este trabalho é uma tímida tentativa de estudá-la, comparando e apontando diferenças e semelhanças entre os dois diplomas legais.

Cumpre salientar que, por necessidades práticas e metodologia de estudo, será dado ênfase aos artigos que apresentem divergências nas duas leis, sobretudo na parte geral do novo texto, haja vista a necessidade de se ter as idéias básicas bem definidas, para então analisar e compreender suficientemente todo e qualquer texto legal.

1. Disposições Preliminares

O artigo 1º de ambas as leis refere-se ao objeto e ao conteúdo do que se entende como *direitos autorais,* o que não foi modificado. Com relação aos sujeitos sobre os quais incidirão tais direitos, permanece a proteção assegurada aos estrangeiros domiciliados no exterior (art.2º), segundo os acordos, convenções e tratados em vigor no Brasil. Todavia, a Lei 9.610/98 inova em seu parágrafo único, ao incluir em seu âmbito de incidência os nacionais ou pessoas domiciliadas em um país que assegure aos brasileiros ou pessoas domiciliadas no Brasil a reciprocidade na proteção aos direitos autorais (ou equivalentes).

Os direitos autorais continuam considerados como bens móveis, e enquanto objeto de negócio jurídico.

Ambos os diplomas elencam quais as situações a serem atingidas por seus efeitos. Embora continuem sendo basicamente as mesmas situações, o seu conteúdo e abrangência foram bastante ampliados, principalmente devido às transformações tecnológicas e à evolução dos meios de comunicação. Assim, dentro de uma análise comparativa, temos que:

01.PUBLICAÇÃO: Incluiu a necessidade de consentimento do autor, ou de qualquer outro titular de direito do autor;

02.TRANSMISSÃO ou EMISSÃO: Inclui novas formas mais modernas de transmissão, como sinais de satélite, fio, cabo ou outro condutor, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético.

03.RETRANSMISSÃO: A nova lei consagra apenas a emissão simultânea da transmissão, eliminando a emissão posterior que havia na antiga lei.

04.DISTRIBUIÇÃO: Inovação da Lei 9610/98. Refere-se à colocação à disposição do público do original ou cópia das obras, interpretação ou execução fixada e fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse.

05.COMUNICAÇÃO AO PÚBLICO: Outra inovação. É o ato de colocar a obra ao alcance do público, através de qualquer outro meio ou procedimento que não a distribuição de exemplares.

06.REPRODUÇÃO: Conceito ampliado pela nova lei, podendo ser a cópia de um ou vários exemplares, por qualquer forma tangível, incluindo armazenamento temporário ou permanente por meios eletrônicos ou qualquer outro que venha a ser desenvolvido.

A nova lei, ao referir-se às diversas espécies de obras, introduziu importantes modificações (art. 5º VIII):

a)A terminologia *obra em colaboração* foi substituída por *obra em co-autoria*, para referir-se àquela criada em comum, por dois ou mais autores. Talvez isso tenha

ocorrido por uma questão de significação popular, visto que o termo *colaboração* traz a idéia de que um fez (autor) e o outro apenas ajudou, auxiliou, colaborou, enquanto o termo *co-autoria* consagra melhor a idéia de dois autores que trabalharam juntos.

g)Derivada: A antiga lei a definia como sendo aquela que, constituindo criação autônoma, resulta da adaptação de obra originária. O novo texto conservou-lhe basicamente o mesmo sentido, porém ao invés de referir-se a *criação autônoma* e *adaptação*, utilizou as expressões *criação nova* e *transformação* .

h)Coletiva: Este tipo de obra é uma inovação da nova lei, não sendo consagrado no texto anterior. Refere-se à "obra criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca, e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma". Nesta participação dos diversos autores estaria o sentido que a lei quis dar a palavra *colaboração*, haja vista eles apenas auxiliarem a feitura da obra, mas não serem os responsáveis por ela.

i)Audiovisual: Outra inovação. Define a obra que "resulta da fixação de imagens com ou sem som, e que tenha a finalidade de criar, por meio de sua reprodução, a impressão de movimento, independentemente dos processos de sua captação do suporte usado inicial ou posteriormente para fixá-lo, bem como dos meios utilizados para sua veiculação". Como se vê, utiliza-se de termos amplos e genéricos, deixando aberta a margem de processos e meios a serem utilizados, face ao grande e acelerado desenvolvimento tecnológico em que vivemos. O legislador, consciente da impossibilidade de prever antecipadamente todos os procedimentos tecnológicos existentes e a serem desenvolvidos, o fez de maneira ampla, de modo a abarcar o maior número de situações possíveis.

O conceito de FONOGRAMA foi totalmente ampliado e modificado, passando a ser definido como "toda fixação de sons de uma execução ou interpretação de outros sonhos, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual".

O conceito de EDITOR também foi modificado pelo novo texto. Se na anterior ele era "toda pessoa física ou jurídica que adquire o direito exclusivo de reprodução da obra", na atual legislação ele continuou sendo toda pessoa física e jurídica, porém não quem adquire o direito, e sim a quem ele foi atribuído. Além disso, enquanto o antigo texto limita-se a consagrar-lhe o direito exclusivo de reprodução, o novo vai mais além, atribuindo-lhe não só o direito, mas também o dever de divulgá-la, segundo os limites previstos no contrato de edição firmado entre o editor e o autor ou titular do direito sobre a obra.

Com referência ao PRODUTOR, este não era definido pelo diploma anterior, porém o é pelo seu sucessor, como sendo aquela "pessoa física ou jurídica que toma a iniciativa e tem a responsabilidade econômica da primeira fixação do fonograma ou da obra audiovisual, qualquer que seja a natureza do suporte utilizado". Com este

conceito genérico, a lei 9.610 deixou de consagrar a antiga distinção entre "produtor fonográfico ou videofonográfico" e "produtor cinematográfico", existente no texto anterior.

A Lei 5.988/73 referia-se a *empresa de radiofusão*, porém a legislação vigente refere-se apenas a *radiofusão*, inclusive ampliando consideravelmente o seu conceito, e abrangendo novos processos tecnológicos, desconhecidos quando da vigência do texto anterior.

A definição de ARTISTA também foi ampliada, passando a abranger tanto os artistas intérpretes como os executantes. Além disso, aqueles que participem de expressões do folclore também foram incluídos, em detrimento dos que participavam de obras científicas, os quais não foram consagrados pelo novo texto.

Foi revogado o parágrafo único do art.5° da Lei 5988/73, o qual preceituava que: "Pertencem à União, aos Estados, ao Distrito Federal ou aos Municípios os manuscritos de seus arquivos, bibliotecas e repartições".

2. Obras Intelectuais Protegidas

Na lei anterior, protegia-se as obras intelectuais, definidas como as criações do espírito, exteriorizadas de qualquer modo. A idéia central continua basicamente a mesma, presente no texto vigente, porém o conceito foi mais especificado, para evitar possíveis complicações. Assim, as obras intelectuais passaram a ser as "criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro". O rol anterior dos tipos de obras intelectuais foi largamente ampliado, devido principalmente à inclusão de novas espécies, produtos da evolução tecnológica. Como exemplos, podemos citar:

I – O inciso referente a livros, brochuras, folhetos, cartas-missivas e outros escritos foi revogado, sendo substituído por um que se refere genericamente aos textos de obras literárias, artísticas e científicas.

VI – A legislação anterior consagrava apenas as obras cinematográficas. Já a nova, refere-se às obras audiovisuais como um todo, sonorizadas ou não, incluindo as cinematográficas.

VII – O diploma anterior, ao dispor sobre as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia, salientava a necessidade de que o objeto e as condições de execução demonstrassem ser uma criação artística. O novo texto suprimiu esta segunda parte, revogando esta exigência, e ampliando o conceito da idéia principal.

VIII – Houve a inclusão da arte cinética.

Foi revogado o inciso XI da Lei 5.988, o qual destinava-se de arte aplicada, desde que seu valor artístico pudesse ser dissociado do caráter industrial do objeto.

XI – Suprime parte do inciso da lei anterior que se referia à necessidade de que as adaptações, traduções e transformações de obras originais fossem previamente autorizadas e não lhes causassem dano. Atualmente, basta que estas se apresentem como criação intelectual nova.

XII – Inclusão dos programas de computador que passaram a ser considerados como obras intelectuais. Esta é uma prova firme de que um dos principais motivos que culminaram na promulgação desta nova lei foi a crescente evolução tecnológica, e o grau de importância que estes novos sistemas e objetos atingiram na vida social. No entanto, a Lei 9.610 não se estende na disciplina deste assunto que será objeto de lei específica.

Em seu artigo 8°, relaciona as situações que não serão objeto da proteção dos direitos autorais, no que difere do diploma legal anterior, que não especificava esse tipo de rol. Assim, a lei elenca em seus incisos I a VII quais as situações que não serão consideradas, para efeito da lei, obras intelectuais, sendo esta outra grande e importante inovação.

3. Autoria de Obras Intelectuais

Suprimindo a ausência que havia no diploma anterior, a nova lei, em seu art.11, definiu o autor como sendo a "pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica", estabelecendo, em seu parágrafo único, que a proteção poderá ser estendida às pessoas jurídicas, porém exclusivamente nos casos previstos na lei.

Segundo o texto anterior, na falta de indicação ou anúncio de identificação do autor, presumir-se-á como tal aquele que a tiver utilizado publicamente. Todavia, este dispositivo não foi consagrado pelo texto vigente, desaparecendo esta presunção.

O art.15 da Lei 5988/73, o qual disciplinava os casos em que a obra fosse realizada por diferentes pessoas, mas organizada por uma empresa singular ou coletiva, e em seu nome utilizada, também não foi abarcado pela nova lei. Não obstante, esta estabelece, em seu art.15, 2° que "ao co-autor, cuja contribuição possa ser utilizada separadamente, são asseguradas todas as faculdades inerentes à sua criação como obra individual, vedada porém, a utilização que possa acarretar prejuízo à exploração da obra comum", salientando-se que esta proteção não era assegurada anteriormente.

A Lei 9.610/98 também inova em um aspecto bastante importante quando, em seu art. 17, assegura proteção às participações individuais em obras coletivas.

4. Registro

Em seu art.18, a lei vigente prevê expressamente que a proteção aos direitos de que trata independe de registro, o que com certeza é de suma importância para

prevenir futuros conflitos. O art.17 da Lei 5988/73 foi convalidado, e continua a reger este tema, segundo o estabelecido nos arts.19 e 21 da nova lei. A única novidade é o art.20, que prevê a cobrança de retribuição para os serviços de registro.

5. Direitos do Autor

O novo texto legal consagrou genericamente apenas os art. 21 e 23 da lei anterior, revogando todo o resto. Assim, continuam pertencendo ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou, e os co-autores continuam exercendo seus direitos, de comum acordo, salvo disposição em contrário.

6. Direitos Morais do Autor

Poucas foram as modificações efetuadas neste tema, preservando-se basicamente a mesma idéia central. Em seu art.24, VI, a lei incluiu um pressuposto, que seria a necessidade de que a utilização e circulação impliquem em afronta à sua imagem e reputação. No inciso VII deste artigo, foi incluída a proteção do autor em ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, disciplinando este procedimento. Em seu art.25, substitui a referência a *obra cinematográfica* por *obra audiovisual*, termo mais genérico, pelas razões já aduzidas. Com relação ao projeto arquitetônico, a nova lei regulamenta o direito do autor de pedir indenização por perdas e danos. Por fim, a lei vigente estabelece, de modo expresso, a inalienabilidade e irrenunciabilidade dos direitos morais do autor.

7. Direitos Patrimoniais do Autor

O artigo que elenca as hipóteses em que é necessária a prévia autorização do autor foi bastante modificado. Em primeiro lugar, o termo *autorização expressa* passou a integrar o caput, revogando a possibilidade de haver apenas autorização tácita. Posteriormente, a nova redação incluiu em seus incisos outras hipóteses, como por exemplo a reprodução parcial ou integral (I); o arranjo musical ou outras transformações (III); a distribuição para uso ou exploração da obra, quando não for intrínseca ao contrato firmado entre o autor e o terceiro (VI); a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, satélite, fibra ótica (VII), etc.

Modificou a expressão *comunicação ao público* por simples *utilização*, sendo esta de caráter mais amplo e abrangente. Neste tópico, novamente a Lei 9.610/98 ampliou o conteúdo, incluindo novas e modernas formas de utilização, tais como: captação de transmissão de radiofusão em locais de frequência coletiva;

sonorização ambiental; exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado; emprego de satélites artificias; emprego de sistemas ópticos, fios, cabos ou similares; exposição de obras de arte plásticas ou figurativas; etc.

Ainda visando conformar-se coma era tecnológica em que vivemos, o atual diploma legal, em seu art. 29, IX prevê a necessidade de autorização prévia e expressa para os casos de inclusão em base de dados, armazenamento em computador, microfilmagem e demais formas de arquivamentos do gênero.

Em seu inciso X, o legislador foi extremamente feliz ao referir-se a "quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a serem inventadas". Desse modo, a lei tornou-se capaz de abarcar todas as hipóteses não mencionadas expressamente, sejam elas existentes ou que ainda venham a existir, visando um menor índice de desconformidade entre a previsão legal e a situação fática, real, este que é um dos grandes problemas por que passam os ordenamentos jurídicos.

Segundo o art. 31, as diversas modalidades de utilização da obra são independentes entre si, e a autorização concedida para uma não se estende às demais.

A disciplina referente às obras em co-autoria permaneceu basicamente a mesma.

8. Limitações ao Direito do Autor

Ao elencar, em seu art. 46, quais as formas de reprodução que não constituem ofensa aos direitos autorais, o novo diploma legal trouxe algumas modificações:

- A exclusão da alínea referente à reprodução de trechos de obras já publicadas, ou ainda que integral, de pequenas composições alheias no contexto de obra maior, desde que com finalidade científica, didática ou religiosa. Este teor foi objeto de novo inciso, mais amplo e abrangente (art. 46, VIII).
- A exclusão da alínea referente à reprodução de obras de arte no corpo de um texto escrito, desde que sirvam para explicá-lo, com caráter acessório, mencionando-se o nome do autor e da obra.
- A inclusão da reprodução de obras para uso exclusivo de deficientes visuais, sem fins comerciais, em sistema Braile ou assemelhado, o que demonstra um forte conteúdo ideológico protecionista.

9. Transferência dos Direitos do Autor

Primeiramente, cumpre salientar que o próprio título deste capítulo foi

modificado, substituindo-se a expressão *cessão* por *transferência*. Isso porque o termo transferência é mais genérico, abrangendo suas diversas espécies, entre elas a cessão. Enquanto a lei anterior previa apenas os casos em que os direitos do autor podiam ser *cedidos* a terceiros, o texto vigente ampliou seu conteúdo, englobando em sua definição os casos em que os direitos do autor podem ser *transferidos*, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou outros meios admitidos em Direito. Devido a essa distinção, grande parte dos artigos deste capítulo foram modificados, quando se referem especificamente ao disciplinamento desse tipo de operação.

10. Utilização de Obras

Ambos os sistemas legais dedicam todo um extenso título a este assunto. Todavia, devido ao caráter extremamente específico de cada um de seus capítulos, este título será analisado de forma genérica.

O capítulo referente aos procedimentos da edição foi mantido, embora tenham havido algumas modificações em seus conteúdos. O capítulo II, anteriormente designado por "Da Representação e Execução", passou a ser entitulado "Da Comunicação ao Público", tendo também seu conteúdo procedimental alterado e ampliado. O capítulo V, referente à "Utilização de Fonograma", o qual tinha sido vetado na lei anterior, passou a fazer parte do texto vigente, porém sendo composto de um único artigo, e limitando-se a estabelecer tudo aquilo que deva ser mencionado pelo autor quando da publicação do fonograma. No capítulo VI, o termo *obra cinematográfica* foi substituído por *obra audiovisual*, por sua maior amplitude e abrangência.

A Lei 9610/98 incluiu dois novos capítulos, decorrentes diretamente do desenvolvimento tecnológico e das novas formas de organização da sociedade. São eles: "Da Utilização de Bases de Dados" e "Da Utilização de Obra Coletiva". Por outro lado, foram revogados os capítulos referentes à "Utilização da Obra Publicada em Diários ou Periódicos" e à "Utilização de Obras Pertencentes ao Domínio Público".

11. Dos Direitos Conexos

Enquanto o texto anterior limitava-se a prever que as normas relativas aos direitos do autor aplicar-se-iam aos direitos que lhes forem conexos, a nova lei especificou suas modalidades, como sendo: direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiofusão. Esclarece ainda, em seu parágrafo único, que ficam intactas as garantias asseguradas aos autores das obras.

Enquanto a lei anterior dispunha sobre os Artistas Intérpretes ou

Executantes e os Produtores de Fonogramas em um único capítulo, a nova lei dividiu-os em dois capítulos distintos.

11.1. Dos Direitos dos Artistas Intérpretes ou Executantes

Foram realizadas algumas modificações importantes:

- O artista possui o direito exclusivo de autorizar ou proibir, onerosa ou gratuitamente, a fixação, reprodução, execução pública, locação, radiofusão, colocação à disposição do público ou quaisquer outras modalidades de utilização de suas interpretações ou execuções. Foi revogada a parte que concedia ao herdeiro ou sucessor do artista este mesmo direito.

- Não foi recepcionado o dispositivo que previa a obrigatoriedade de mencionar o nome ou pseudônimo do autor em qualquer divulgação, mesmo devidamente autorizado.

- art. 92 da nova lei dispõe que aos intérpretes cabem os direitos morais de integridade e paternidade de suas interpretações, inclusive depois da cessão dos direitos patrimoniais.

11.2. Dos Direitos dos Produtores Fonográficos:

Esta categoria passou a ser disciplinada separadamente, estabelecendo as hipóteses em que o produtor de fonograma pode autorizar ou proibir sua utilização. Isso foi feito de modo amplo, visto que o inciso V utiliza-se da expressão "quaisquer outras modalidades de utilização, existentes ou que venham a ser inventadas", deixando aberto o leque de possibilidades a serem abarcadas, demonstrando essa nova tendência legislativa de tentar ser o mais amplo possível, abarcando as futuras situações, impossíveis de serem previstas anteriormente.

11.3. Dos Direitos de Arena

A lei anterior possuía um capítulo dedicado ao relacionamento entre o atleta e a entidade a que estava vinculado. Todavia, esse assunto não foi recepcionado pelo texto vigente, sendo objeto de legislação específica.

12. Da Duração dos Direitos Conexos

O prazo de proteção aos direitos conexos, que era de 60 dias, foi aumentado para 70 dias, todavia mantendo-se os mesmos critérios de contagem.

13. Das Associações

Permite a criação de associações não-lucrativas, para a defesa e exercício

dos direitos autorais e conexos.

A modificação mais importante ocorrida pela vigência da nova lei foi a extinção do antigo Conselho Nacional de Direito Autoral, o qual era órgão de fiscalização, consulta e assistência referente aos direitos autorais. Com o seu fim, revogou-se todo o título VII, referente ao disciplinamento deste órgão.

Quanto às associações, estas continuam vigentes, sendo que as regras que as regem sofreram algumas modificações, basicamente na simplificação dos seus procedimentos.

14. Das Sanções à Violação dos Direitos Autorais e Conexos

Neste tema houveram poucas modificações, entre elas:

- No caso de não se conhecer o número de exemplares fraudulentos, o transgressor pagará ao autor o valor de três mil exemplares, como previa o texto anterior.

- A lei anterior previa que somente quem "vender ou expuser à venda" obra reproduzida com fraude seria solidariamente responsável com o contrafator. Todavia, o novo texto amplia consideravelmente as hipóteses de incidência desta regra, passando a incluir todo aquele que " vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem".

- Prevê o aumento da multa até o dobro para os casos em que se comprove que o infrator é reincidente. Isto é uma novidade, não estava disposto anteriormente.

Estes são apenas alguns exemplos das inúmeras modificações procedimentais realizadas pela Lei 9610/98, que alterou e modernizou as regras referentes às sanções aplicadas e suas formas de aplicação.

15. Disposições Finais

Por fim, cumpre salientar que uma das mais importantes alterações realizadas pela nova lei foi a revogação do prazo prescricional de 05 anos para interposição de ação civil por ofensa a direitos patrimoniais do autor ou direitos conexos.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Domingos Augusto Paiva de Almeida (Aluno do 8° período da Graduação em Direito da UFPE;. Monitor de Direito Constitucional.)

Sumário: I – Introdução. II – Controle de constitucionalidade das leis. III – Origem remota e razão de ser da ação declaratória. IV – Ação declaratória como *processo objetivo*. V – Da necessidade de compatibilização com o devido processo legal. VI – Da alegada ofensa ao sistema difuso. VII – Da alegada ofensa à separação dos poderes. VIII – Efeitos. IX – Conclusão. X – Bibliografia.

I - Introdução

A ação declaratória de constitucionalidade foi expressamente introduzida no ordenamento jurídico brasileiro através do art. 1º, da Emenda Constitucional nº 03, de 17 de março, de 1993. Tem a finalidade de dirimir controvérsias em torno de lei ou ato normativo federal (art. 102, I, *a), in fine*), mediante decisões com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 102, § 2º), podendo ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República (art. 103, § 4º).

Ardente polêmica vem sendo travada nos meios jurídicos a respeito da constitucionalidade desse novo instrumento. A Associação dos Magistrados Brasileiros, com o apoio da Ordem dos Advogados do Brasil, ingressou no Supremo Tribunal Federal com ação direta de inconstitucionalidade (ADIn nº 913-3)[1] quanto ao art. 1º da EC nº 03/93, entendendo que o referido artigo estava suprimindo garantias fundamentais, como o acesso ao Judiciário, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, sendo forma de reduzir a função jurisdicional, ofendendo ainda o sistema difuso, o princípio da separação dos poderes e sendo incompatível com o sistema jurídico brasileiro, inspirado pela presunção de validade da lei e do ato administrativo.

Como ressalta Hugo de Brito Machado, as objeções elencadas são sérias e a doutrina, às vezes descuidadamente, tem afirmado com muita freqüência que a declaratória de constitucionalidade é um instrumento de autoritarismo (MACHADO: 1996, 107).

[1] A ADin nº 913-3 não foi conhecida por falta de legitimidade ativa *ad causam*, mas teve os seus fundamentos apreciados na ADC nº 1-1 DF, em questão de ordem proposta pelo relator min. Moreira Alves, tendo o STF declarado, incidentalmente, por 10 (dez) votos a um a constitucionalidade do art. 1º, da EC nº 03/93.

O objeto do presente estudo implica, portanto, a análise dos fundamentos de validade da ação declaratória de constitucionalidade. Buscaremos fazer um exame da razão de ser desse instrumento, à luz das peculiaridades do processo de jurisdição constitucional concentrada, do sistema misto de controle do direito brasileiro, considerando ainda as suas similitudes e discrepâncias com a ação de inconstitucionalidade e os efeitos produzidos.

Teremos como suporte metodológico a orientação doutrinária sobre o tema, aliada a alguns posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, principalmente os emitidos em questão de ordem no julgamento da ADC nº 1-1 DF, quando se discutiu acerca da constitucionalidade da ação declaratória. Além disso, faremos ainda pequenas incursões no direito comparado, para fins de uma análise mais ampla.

Assim, objetivamos construir uma visão crítica acerca da aplicabilidade da ação declaratória, inserida dentro do sistema pátrio de controle de constitucionalidade das leis.

II - Controle de constitucionalidade das leis

Em se tratando de estudo sobre o controle de constitucionalidade, são necessárias, antes de tudo, breves considerações sobre o seu significado e qual o sistema adotado no Brasil.

O controle de constitucionalidade das leis tem como pressuposto a ***rigidez constitucional***, que significa a maior dificuldade para a sua modificação do que a alteração das demais normas jurídicas (SILVA: 1996, 49). Da rigidez emana o ***princípio da supremacia da Constituição***, pelo qual essa se apresenta como a lei suprema do Estado, colocando-se no vértice do sistema jurídico do país, de onde todas as normas encontram seu fundamento único de validade.

Para resguardar a supremacia da Constituição, a experiência histórica delineou distintos modelos de controle. Quanto ao momento do exercício, pode ser *preventivo* e *repressivo*. Quanto aos órgãos que o exercem, pode ser *político* e *jurisdicional*. Quanto à forma, pode ser *difuso* (*concreto* ou *incidental* ou *por via de exceção*) e *concentrado* (*abstrato* ou *principal* ou *por via de ação*).

No Brasil, ainda que existam elementos caracterizadores do sistema *preventivo* e do *político* (comissões parlamentares e veto presidencial, arts. 48 e 66, § 1º, da CF.88, respectivamente.), prevalece eminentemente o controle *repressivo* exercido pelo Judiciário. Destaca-se uma importante particularidade, que é o fato de adotarmos técnicas tanto do sistema difuso, quanto do sistema concentrado, daí falar-se em ***sistema misto***.

Verifica-se o ***controle difuso*** quando se reconhece jurisdição constitucional a todos os componentes do Poder Judiciário, pelo que todo juiz é

investido de competência para discernir, à luz do caso concreto, por ***via incidental***, sobre a constitucionalidade das normas invocadas pelas partes. Autor ou réu suscitará o incidente como meio de se subtrair da aplicação da norma fundamento da pretensão da outra parte. Daí que o controle se realiza ***incidenter tantum***, cuja decisão surte apenas efeitos ***inter partes***.

O ***controle concentrado*** se verifica do momento em que se defere jurisdição ao tribunal de cúpula do Poder Judiciário, uma Corte Especial, para solucionar conflitos de natureza constitucional (BARACHO: 1984, 99). Entre nós, compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe, dentre outras, apreciar, por *via principal*, o confronto em **abstrato** das leis, com decisões surtindo efeitos *erga omnes* (art. 102, da CF.88)

Atualmente, quatro são as ações previstas na CF.88 aptas a provocar, por *via principal*, a jurisdição concentrada do Supremo Tribunal Federal: 1) a ação direta interventiva (art. 36, III, c/c art. 34, VII); 2) a ação direta de inconstitucionalidade ou "ADIn" (art. 102, I, *a*); 3) a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º); e 4) a ação declaratória de constitucionalidade ou "ADC" (art. 102, I, *a*), *in fine*).

III - Origem remota e razão de ser da ação declaratória

Na lição de Gilmar Ferreira Mendes, a declaratória de constitucionalidade não é inovação no sistema brasileiro, pois já era conhecida na antiga *representação de inconstitucionalidade*, instituída com a Emenda Constitucional nº 16, de 06 de dezembro de 1965, que instaurou o controle abstrato de normas no país (MENDES: 1996, 70).

De fato, a antiga *representação de inconstitucionalidade*, à época de competência exclusiva do Procurador-Geral da República, hoje convertida na *ação direta de inconstitucionalidade*, possuía, como hoje possui a ação direta, **CONTEÚDO DÚPLICE** ou **CARÁTER AMBIVALENTE**. Significa que, proposta a representação de inconstitucionalidade e rejeitado no mérito o seu pedido, fica declarada a constitucionalidade do ato ou da norma impugnada. **O Supremo Tribunal Federal não se limita a declarar a carência de fundamento da questão constitucional em caso de improcedência. Ao revés, declara expressamente a constitucionalidade da norma** (RISTF, arts.173 e 174).

Outrossim, já se admitia que o Procurador-Geral da República, em se convencendo da validade da norma, pleiteasse a improcedência da representação por ele mesmo proposta (art. 169, § 1º, do RISTF). Ser-lhe-ia legítimo tanto pedir a declaração de inconstitucionalidade como advogar a pronúncia de uma declaração de constitucionalidade e, assim, **instaurar o processo de controle abstrato já com o propósito de ver afirmada a constitucionalidade de determinada norma** (MENDES: 1996, 74).

Na Representação nº 1.092, temos o seguinte pronunciamento do Ministro Néri da Silva: "(...) seria, em princípio, de entender que, procedente a ação, ao autor não caberia opor-se ao resultado, que pleiteou vestibularmente. Porque não sucumbente, não estaria legitimado a recorrer. Sucede, porém, que na ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, por sua natureza, enquanto instrumento especial de controle jurisdicional de constitucionalidade, não é, desde logo, de invocar os princípios regentes da teoria do processo civil, senão na medida em que os consagrou o Regimento do STF (...) Instrumento por via do qual se exerce função política do Judiciário, no controle dos atos dos outros Poderes, e dele próprio, o procedimento de ação direta se reveste de especialidade com sua destinação (...) Em face da especialidade do processo da ação direta de inconstitucionalidade, compreendendo que o Procurador-Geral pode, inobstante julgada procedente a representação, notadamente, se pedir em sua manifestação final a improcedência da demanda constitucional, interpor embargos infringentes ao acórdão do STF" (RTJ, 117: 944 e 945.).

Como se observa, a declaração de constitucionalidade já era de há muito tempo conhecida no direito brasileiro. Julgando o mérito da representação de inconstitucionalidade, atual ação direta de inconstitucionalidade, o Pretório Excelso tanto poderia declarar a inconstitucionalidade da norma impugnada, como declarar-lhe a constitucionalidade.

Além disso, o próprio Procurador-Geral da República poderia requerer a improcedência do pedido a fim de obter um juízo declaratório de constitucionalidade. Tal entendimento também se aplica à ação declaratória, visto que, se houver rejeição do pedido, considera-se inconstitucional a norma apreciada.

Nada obstante o **CARÁTER AMBIVALENTE** dessas ações, deve-se sempre ter em conta as características que distinguem uma da outra.

A ação direta pretende fazer prevalecer a Constituição vigente sobre as normas legais com elas conflitantes. Na realidade, é um instrumento de unificação jurisprudencial, cuja finalidade básica é evitar a demora e as contradições em relação a questões constitucionais de alta relevância que, se não forem resolvidas rapidamente, podem ensejar um verdadeiro caos jurídico (WALD: 1996, 33).

A ação declaratória de constitucionalidade tem finalidade totalmente distinta. Seu objetivo é preservar a segurança jurídica, resolvendo o estado de incerteza acerca da legitimidade de dada norma jurídica. Tem como **pressuposto de admissibilidade a existência de *dúvida fundada*** capaz de macular a presunção de validade de que gozam as leis. Só a demonstração desse estado de dúvida legitimará a instauração do controle abstrato de normas (MACHADO: 1996, 118).

Na prática, a ação direta de inconstitucionalidade se apresenta como um meio de garantia dos cidadãos contra a atuação estatal abusiva, ao produzir normas jurídicas defeituosas. A ação declaratória de constitucionalidade serviria, sobretudo, aos interesses governamentais, na busca de fazer implementar os seus programas, dirimindo estados de incertezas prejudiciais ao país como um todo.

Para Celso Bastos, a razão de ser da declaratória é evitar a aplicação de uma lei cujos efeitos mais tarde terão de ser anulados. Cita, como exemplo, as leis tributárias, pois não seria conveniente insistir na arrecadação quando começam a pairar dúvidas sobre a sua constitucionalidade. "O maior lesado seria o Fisco, porque teria de devolver o que recebeu sem ter a oportunidade de criar uma nova lei para tributar aquele período em que vigorou a lei inconstitucional" (BASTOS: 1996, 39)[2].

IV - A ação declaratória como *processo objetivo*

Muitas críticas emitidas contra a ação declaratória emanam do desconhecimento acerca das características do processo constitucional, particularmente no que toca ao controle de constitucionalidade de leis. Compreender tais características é imprescindível para uma análise satisfatória daquele instrumento.

O controle de leis em tese, como uma das modalidades da jurisdição constitucional, implica um juízo objetivo sobre a conformidade entre a norma legal e a Constituição (BARACHO: 1984, 109). Isto posto, a ação declaratória configura típico ***processo objetivo***, destinado a elidir a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a legitimidade de lei ou ato normativo federal (MENDES: 1996, 53).

Enquanto o *juiz ordinário* cuida de produzir regras individuais e concretas, com efeitos apenas entre as partes envolvidas no litígio, o *juiz constitucional* opera o exame **EM ABSTRATO** e **GENÉRICO** de normas jurídicas. **Trata-se de um processo sem partes, onde se analisa direito objetivo e não direito subjetivo.** Na *jurisdição concentrada*, a norma jurídica impugnada é o objeto principal da ação, diferentemente da *jurisdição difusa*, onde a constitucionalidade da norma é questão apenas incidental, pois que o objeto principal é o direito subjetivo do autor ou do réu.

O *processo objetivo* se caracteriza, portanto, pela inexistência de partes, no qual existe requerente, mas inexiste requerido. Os eventuais requerentes atuam no interesse de preservação da segurança jurídica e não na defesa de um interesse próprio. Tal como na ação direta de inconstitucionalidade, os requerentes são titulares da ação de constitucionalidade apenas para o efeito de provocar, ou não, o

[2] Oportunas são as palavras do Min. Moreira Alves: "A ação declaratória de constitucionalidade não é meio adequado para dirimir qualquer dúvida em torno da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, mas somente para corrigir uma situação particularmente grave de incerteza, suscetível de desencadear conflitos e de afetar, pelas suas proporções, a tranqüilidade geral" (ADC 1-1 DF).

Supremo Tribunal Federal. **Logo, a não identificação de "réus" na ação declaratória apenas demonstra que se cuida de típico *processo objetivo*[3]**, tal como na antiga representação de inconstitucionalidade e, mais recentemente, na ação direta de inconstitucionalidade (MENDES: 1996, 54).

Por tudo isso, boa parte da doutrina, bem como o próprio Supremo Tribunal Federal[4] já entendeu que, **no controle abstrato de normas, se exerce uma função preponderantemente legislativa e não jurisdicional[5]**. O que se questiona é a lei em tese, assim, a decisão proferida manifesta-se no plano normativo, do direito objetivo, não sendo discutidos direitos subjetivos (MACHADO: 1996, 116).

A respeito da natureza da "justiça constitucional", José Alfredo de O. Baracho explica que "a consagração do critério distintivo da legislação, em que se toma a natureza 'geral' e 'abstrata', desde que se aceite estas decisões anulam normas legais ou nulificam atos normalmente gerais e abstratos, compõe atividade legislativa, uma '*negative Gesetzgebung*', segundo a fórmula de Kelsen" (BARACHO: 1984, 107).

V - Da necessidade de compatibilização com o devido processo legal

Conforme vimos no item anterior, a inexistência de "réus" ou de contraditório na ação declaratória não macula a sua validade. Todavia, ainda que o controle em tese possua natureza objetiva e ainda que a decisão nele proferida possua natureza legislativa, é razoável sustentar a necessidade de observância do devido processo legal nessa atividade, por haver sido a ela atribuída forma jurisdicional (MACHADO: 1996, 117).

Primeiramente, vale frisar que o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF.88) não impede que as questões constitucionais sejam decididas, num único julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, "desde que se estabeleça um

---

[3] José Afonso da Silva considera que apenas aparentemente se trata de *processo objetivo*. "Ela tem verdadeira natureza de meio de impugnação antes que de ação, com o mesmo objeto das contestações apresentadas nos processos concretos, sustentando a constitucionalidade da lei ou ato normativo federal, e sem as contra-razões das partes contrárias" (SILVA: 1996, 59).

[4] STF – Pleno – ADIn. 127-2-AL, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 20.11.1989, *DJU*, I, 4.12.1992, p. 23.057, no voto do Min. Sepúlveda Pertence: "**A ação direta existe para dar forma jurisdicional ao controle abstrato da constitucionalidade das normas** (...). Estou, com todas as vênias, em que se trata de um problema aparente: aplicar à risca, à ação direta , as regras da lei processual e do estatuto da OAB sobre a capacidade de postular em juízo é levar muito longe a assimilação formal entre o mecanismo político do controle abstrato de normas e o processo de partes, concebido como instrumento de composição judicial das lides intersubjetivas. A propositura da ação direta é, na verdade, o exercício de uma função estatal do órgão público competente e não um direito subjetivo do funcionário".

[5] Em sentido contrário, *vide* TEMER: 1990, 42-43.

sistema racional, com uma espécie de audiência pública de todos os interessados, ou um prazo adequado para que se possa manifestar" (WALD: 1996, 26).

Nesse mesmo raciocínio, é incorreto afirmar que a ação declaratória obstrua a garantia do pleno acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF.88). Se assim o fosse, também a ação direta de inconstitucionalidade ofenderia aquele princípio. No entanto, é inegável o papel do Supremo Tribunal como guardião da Constituição, papel esse atribuído pelo próprio constituinte. Admitir que juízes e tribunais pudessem dissentir de suas decisões, no que toca ao controle de constitucionalidade em abstrato, seria vulnerar o papel daquele órgão.

Uma crítica procedente quanto à validade da ação declaratória é, efetivamente, a necessidade de compatibilizá-la com o devido processo legal, o que pode perfeitamente ser feito pela legislação ordinária ou mesmo em decorrência dos precedentes da Suprema Corte.

Ressalte-se que, na ação direta de inconstitucionalidade, é dever do Advogado-Geral da União defender o ato ou a norma impugnada (art. 102, § 3º, da CF.88), enquanto que, na ação de constitucionalidade, nada se previu a respeito, daí tantas críticas sobre a inexistência de contraditório, de ampla defesa e de devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, da CF.88)

Além disso, o rol de pessoas com legitimação ativa para propor a ação de constitucionalidade é substancialmente menor que o da ação de inconstitucionalidade[6], pois apenas o Procurador-Geral da República, o Presidente da República, a Mesa do Senado e a Mesa da Câmara dos Deputados são legitimados para tal (art. 103, § 4º, da CF.88).

Com efeito, tais distorções não têm cabimento e devem ser corrigidas. **Razoável se todas as pessoas elencadas no art. 103, *caput*, da CF.88, detivessem legitimação tanto ativa quanto passiva referentemente à ação declaratória**, tal como inicialmente previsto no projeto de emenda constitucional do Prof. Ives Gandra Martins. Com isso, buscar-se-ia um amplo debate dentro do prazo regulamentar para que o Ministério Público falasse (art. 103, § 1º, da CF.88), de modo a que todas aquelas entidades pudessem ingressar no processo "contestando" os fundamentos da ação (MARTINS: 1996, 122).

Gilmar Ferreira Mendes, defendendo a viabilidade da ação declaratória, entende que a falta de uma definição precisa, no plano constitucional, sobre "direito de manifestação" de entidades não se mostra hábil a macular a legitimidade do instituto, uma vez que se cuida de matéria que pode e deve ser regulada plena e satisfatoriamente pelo direito ordinário. Nada impede que o

[6] Art. 103, *caput*, da CF.88. Podem propor a ação de inconstitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa da Assembléia Legislativa; V – o Governador do Estado; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

legislador defina os pressupostos de admissibilidade da ação, autorize a audiência de determinados órgãos ou segmentos sociais e outorgue direito de manifestação a certos entes.

Seria igualmente razoável que se solicitassem informações aos órgãos judicias e administrativos envolvidos na aplicação (ou desaplicação) da norma objeto da ação declaratória, permitindo, assim, uma avaliação segura sobre os fundamentos da controvérsia. Para isso, invoca o autor a experiência do direito alemão, onde a Lei Orgânica da Corte Constitucional concede amplo direito de manifestação aos órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo e mesmo do Poder Judiciário nos processos de controle de normas (controle abstrato, controle concreto, recurso constitucional).

Explica Gilmar Ferreira Mendes que "a moderna doutrina constitucional defende abertamente não só a ampliação do direito de manifestação de diferentes órgãos ou entidades no processo de controle de normas, mas também a ampla investigação probatória, reconhecendo assim, que o 'círculo de interessados e de intérpretes do direito constitucional é mais pluralista do que aquele de outras codificações" (MENDES: 1996, 55).

Concluímos que a relevância para o país do controle de constitucionalidade requer o **mais amplo debate**, de modo a que diversos entes possam se manifestar. Isto porque a Constituição, como norma fundamental, contendo juízos políticos e ideológicos determinantes da organização do Estado e dos direitos fundamentais e sociais, merece interpretação a mais segura e centrada.

VI - Da alegada ofensa ao sistema difuso

Muitas vozes se insurgiram alegando que a ação declaratória acarretaria a destruição do sistema difuso, dado que paralisa e suspende os litígios em andamento.

Ora, não há dúvidas de que o sistema difuso ou americano possui a vantagem de permitir um longo e amadurecido debate, imprescindível para os "ajustes dialéticos do ordenamento ao viver social" (SILVA: 1996, 61). De fato, a jurisdição difusa permite, à luz do caso concreto, uma maior compreensão das normas e valores constitucionais em correlação com a realidade social. Assim, existe a necessidade de uma interpretação dinâmica da Constituição, face à mutação do sentido axiológico de suas normas.

No entanto, o sistema difuso tem inúmeras desvantagens, incluindo a produção de efeitos desiguais a litigantes em processos diferentes, em detrimento do **PRINCÍPIO DA ISONOMIA**. Tanto pior nas hipóteses de trânsito em julgado de decisões que venham a conflitar, posteriormente, com ulteriores posicionamentos do Supremo Tribunal Federal sobre determinada matéria.

Segundo Hugo de Brito Machado, tal se verifica sobretudo com os denominados direitos individuais homogêneos: "milhares de pessoas com a mesma pretensão, como aconteceu, e acontece, por exemplo, com: *a)* o não pagamento da correção monetária no imposto de renda das pessoas jurídicas, nos termos do art. 18 do decreto-lei nº 2.323; *b)* o desbloqueio de cruzados novos; *c)* a liberação de contas do FGTS; *d)* a taxa de conservação de estradas; *e)* a contribuição social sobre os lucros das pessoas jurídicas; *f)* as contribuições para o Finsocial; *g)* as contribuições para o PIS; *h)* a taxa em favor da CVM; *i)* os reajustamentos de vencimentos de servidores públicos, em diversas oportunidades, implicados com medidas governamentais supostamente destinadas a combater a inflação" (MACHADO: 1996, 110).

Já se pode deduzir, portanto, que a uniformização da jurisprudência no controle concentrado, num primeiro momento, constitui garantia do princípio da isonomia e, num segundo momento, serve para desobstruir o Judiciário. De fato, com apenas uma decisão, decorrente de um amplo debate, milhares de processos seriam poupados, oxalá resgatar-se-ia, assim, a credibilidade da Justiça através de sua agilização.

Ressalte-se, por outro lado, que a expansão dada ao controle concentrado decorre muito mais da ampliação dos legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade do que da criação da ação declaratória de constitucionalidade.

Com efeito, o constituinte de 1988 optou por desenvolver consideravelmente a jurisdição concentrada ao ampliar o rol de legitimados para propor a ação direta, de modo que, atualmente, todas as questões constitucionais podem ser prontamente levadas ao Supremo (art. 103, *caput*, da CF.88).

Nada obstante, o controle difuso continua a ser a regra, só não podendo ser utilizado em relação às normas já declaradas constitucionais ou inconstitucionais ou que se encontrem com sua execução suspensa pelo Senado Federal (art. 52, X, da CF.88).

O Supremo parece já ter firmado posição no sentido de evitar possíveis abusos no manuseio da ação declaratória, mediante a fixação dos seus **REQUISITOS DE PROCEDIBILIDADE**, tal como exposto nos votos vencedores abaixo ilustrados.

Eis um trecho do voto do Min. Moreira Alves: "enquanto na ação direta de inconstitucionalidade a demonstração da incompatibilidade vertical entre lei ou ato normativo e a Constituição Federal já é o bastante para a instauração do processo constitucional, **na ação declaratória de constitucionalidade só se pode vislumbrar interesse de agir diante da controvérsia grave em torno da legitimidade da norma, capaz de abalar a presunção de constitucionalidade.** A ação visa à defesa da integridade da ordem jurídica, de modo que a configuração de uma situação contrária ao direito, a justificar a instauração do processo

constitucional, depende da verificação objetiva de um estado de dúvida de grandes proporções quanto à legitimidade da norma" (ADC 1-1 DF).

Note-se que a expressão "grave controvérsia" é um termo equívoco. Pode tanto dar a idéia da seriedade e da procedência dos argumentos levantados, como da expansão da controvérsia na sociedade, de sua penetração nos meios jurídicos (BASTOS: 1996, 38).

Nesse segundo sentido, mais balizado a nosso ver, foi o entendimento do Min. Francisco Resek: "O fato de que a questão jurídica já tenha sido suscitada ante foros diversos e já tenha produzido não só um confronto contraditório em cada um dos feitos, mas soluções judiciárias elas também desencontradas, esse pano de fundo basta-me para que opere, então, o Supremo Tribunal Federal, ante uma ação direta declaratória de constitucionalidade, como o árbitro, como a casa que dará deslinde a algo que já provocou polêmica entre magistrados" (ADC 1-1 DF)[7].

Nesse sentido, com o qual concordamos, apenas a controvérsia fundada constitui requisito de admissibilidade da ação declaratória, que se demonstra pela existência de dissídio jurisprudencial, sob pena de falta de interesse de agir do requerente. Assim, quadra evitar abusos por parte do Governo, seduzido em paralisar prematuramente debates em torno de questões jurídicas fundamentais de interesse coletivo (SILVA: 1996, 59).

VII - Da alegada ofensa à separação dos poderes

Tem-se alegado que a ação declaratória de constitucionalidade ofende o princípio da separação dos poderes (art. 60, § 4º, III, da CF.88), porque transforma o Supremo Tribunal Federal em mero órgão consultivo, desvirtuando-o de sua função jurisdicional[8]. O Supremo teria assim função de mero órgão sancionador da atividade legislativa.

O receio de muitos juristas, à época da edição da Emenda nº 03/93, era de que o Governo se valesse da ação declaratória para tornar indiscutível uma lei recém editada, obstruindo de forma precipitada toda e qualquer discussão a seu respeito[9]. Aliou-se a isso o desconhecimento das características do processo objetivo, tanto que muitas das críticas formuladas acabavam se estendendo também à ação direta de inconstitucionalidade, o que implica um paradoxo, dado que nunca se questionou a validade desse meio judicial entre nós, consoante salientou o Min. Paulo Brossard, na ADC 1-1 DF.

---

[7] Registre-se a existência de votos em sentidos contrários, como o do Min. Paulo Brossard, para quem "a possibilidade do ingresso da ação declaratória existe desde a promulgada e publicada a lei" (ADC 1-1 DF).

[8] *Vide* item 4, quanto à natureza legislativa da decisão proferida no controle abstrato de normas.

[9] *Vide* item 6, no tocante às condições de procedibilidade da ação declaratória.

Ademais, muitas das críticas formuladas denotam um verdadeiro preconceito contra o Supremo Tribunal Federal, como que se tratasse de um órgão *conservador, reacionário* e até mesmo *subserviente aos interesses governamentais*. Sem dúvida, tais argumentos estão no plano metajurídico, mas, ainda assim, não satisfazem.

O Supremo tem revelado a sua independência face ao Executivo, por exemplo, nas decisões sobre a inconstitucionalidade *a)* do art. 18 do decreto-lei nº 2.323; *b)* dos dispositivos que elevaram a alíquota da contribuição denominada Finsocial; *c)* dos dispositivos que cuidaram das contribuições para o PIS; *d)* da lei que instituiu a taxa de conservação de estradas; *e)* de leis estaduais que instituíram o Adicional de Renda dos Estados.

Em relação ao princípio da separação dos poderes (art. 60, § 4º, III, da CF.88), lembra Arnoldo Wald que, há muito tempo, está ele sendo entendido como a coordenação das atividades de poderes independentes e harmônicos (art. 2º, da CF.88) cujas funções se interpenetram e se completam.

"Na França, país de tradição democrática, onde o princípio da separação dos poderes se desenvolveu com Montesquieu, admite-se o controle prévio de certas leis, como as leis orgânicas (arts. 61 e 62 da Constituição Francesa) pelo Conselho Constitucional, sem que se possa considerar que ficou abalado o Estado de Direito, nem violados os princípios básicos da democracia.

Na Alemanha, a Corte Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) tem um leque de poderes em matéria constitucional abrangendo desde a possibilidade de anular a lei ou o ato, fixando a amplitude de efeitos da sua decisão, até a simples declaração de inconstitucionalidade, sem que o tribunal se pronuncie, desde logo, sobre a ineficácia ou nulidade, e finalmente a possibilidade de simplesmente alertar o legislador quanto ao risco de ocorrer uma inconstitucionalidade, fazendo o chamado 'apelo ao legislador'.

No direito tedesco, há, pois, casos nos quais a Corte Constitucional aconselha ao Parlamento ou apela para o legislador para que mude ou complemente uma lei, a fim de evitar uma inconstitucionalidade. Admite-se, assim, uma espécie de previsão pela Corte de um conflito que virá a surgir, no futuro, entre uma determinada disposição legal, se não for mudada, e as disposições constitucionais" (WALD: 1996, 28-29).

Em síntese comparativa, Arnoldo Wald salienta que "tanto na França quanto na Alemanha, o princípio da separação dos poderes não tem impedido a colaboração mais estreita entre os Poderes Legislativo e Judiciário, abrangendo até, algumas vezes, o pronunciamento prévio da Corte, seja na fase da elaboração da lei, como ocorre no direito francês, seja após o início de sua vigência, quando surge uma ameaça de tornar-se inconstitucional em virtude de modificações econômicas ou socais, que estão acontecendo ou em via de ocorrer, como deflui do modelo alemão, ensejando uma espécie de inconstitucionalidade superveniente." (WALD: 1996, 29)

No próprio direito brasileiro, o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da CF.88) tem sido interpretado pelo Supremo Tribunal Federal como atribuindo-lhe não só o direito de interferência no processo legislativo como até uma verdadeira competência subsidiária e temporária para legislar, diante da omissão do legislador.

Assim sendo, é evidente que, na atual fase do direito, não há porque considerar a ação declaratória de constitucionalidade como atentatória ao princípio da separação de poderes. Desde que regulamentada adequadamente na legislação ordinária, para compatibilizá-la com o devido processo legal, a ação declaratória pode ser um instrumento útil de segurança jurídica.

VIII - Efeitos

Primeiramente, vale ressaltar o equívoco técnico do art. 102, § 2º, da CF.88, no emprego do termo "eficácia" quando, na verdade, se refere a "efeitos". É que o primeiro diz respeito à concretização da norma jurídica no plano do "ser", portanto no plano fático ou sociológico. Como o enunciado se encontra na órbita do "dever ser" ou, em outras palavras, no plano normativo, mais correto seria o emprego do termo "efeitos", que reflete perfeitamente a idéia de abstração do comando normativo.

Nada obstante, já é sabido que o controle de constitucionalidade de leis em abstrato tem como característica a produção de efeitos contra todos ou *erga omnes*. Isto porque não se cogita de confronto de direitos ou deveres subjetivos, tanto é que, a rigor, sequer se pode falar em "partes". Em jogo está o princípio da supremacia da Constituição, que, como norma jurídica fundante de todo o ordenamento interno, não pode ser desrespeitada.

Se a causa do pedido na ação direta de inconstitucionalidade é a existência de norma supostamente defeituosa; na ação de constitucionalidade, é a fundada controvérsia capaz de abalar a presunção de sua validade. Assim, numa e noutra os efeitos da decisão se estendem sobre a universalidade dos agentes envolvidos no campo de incidência da norma. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal deve ser seguido em todos os litígios, sob pena de tornar-se vulnerado o seu papel como guardião da Carta Magna (art. 102, *caput*, da CF.88).

A verdadeira polêmica surge no que toca ao ***efeitos vinculantes*** da ação declaratória. O que significam ? Qual o seu alcance ? Por que não estão também previstos na ação direta de inconstitucionalidade ?

Os efeitos vinculantes servem para atribuir maior obrigatoriedade às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal, mais especificamente em relação ao controle de constitucionalidade.

Veja-se que, a rigor, o magistrado não está vinculado à decisão emitida em sede de ação direta, podendo até dispor em sentido contrário. Nesse caso, caberá à

parte prejudicada se valer dos recursos adequados para corrigir o julgado, pois, como não poderia deixar de ser, em matéria de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal é órgão com competência máxima. Assim, pela via recursal, mais cedo ou mais tarde, a orientação firmada acabaria prevalecendo.

Na ação declaratória de constitucionalidade, em virtude dos efeitos vinculantes, a interpretação dada pelo Supremo passa a valer com força obrigatória. A cláusula redunda em novas conseqüências de ordem processual: a **inobservância da sentença afronta a autoridade desse julgado e dá ensejo à reclamação** (art. 102, I, *l*), da CF.88; arts. 156 a 162 do RISTF; art. 133, do CPC), mas não altera a identidade essencial do alcance das sentenças nas duas ações.

Como explica o Min. Moreira Alves, "a diferença está em que, enquanto a inobservância, por órgão judicial, da decisão na ação direta de inconstitucionalidade deve ser corrigida através dos recursos previstos na legislação processual, o desrespeito ao julgado na ação declaratória de constitucionalidade pode ser reparado não só mediante esses meios processuais, como também por via da **reclamação".** (ADC 1-1 DF)

Gilmar Ferreira Mendes, com arrimo no direito comparado, leciona que tanto o modelo de controle concentrado, como o difuso .desenvolveram mecanismos destinados a dotar de efeitos vinculantes as decisões definitivas das Cortes Constitucionais (MENDES: 1996, 56-57).

Explica o autor que nos sistemas concentrados da Áustria, Alemanha, Espanha e Portugal, não se entende possam os órgãos de jurisdição ordinária decidir contra orientação firmada pelo Tribunal Constitucional.

No modelo americano, de onde se criou o sistema difuso, o instituto do *stare decisis* vincula os órgãos judiciais inferiores à jurisprudência das Cortes superiores, mormente à orientação da *Supreme Court*. Também assim a constituição mexicana, que contempla expressamente a possibilidade de uniformização mediante o processo de *amparo* (art. 107, XIII, da Constituição do México).

O autor explica que a proposta inicial da EC nº 03/93 possuía o intuito de conferir maior eficácia às decisões no processo de controle de constitucionalidade, de modo a criar um novo instituto no direito brasileiro. Tratava-se de assegurar força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados ***fundamentos determinantes***.

A proposta parece não ter sido aceita na sua inteireza, mas, segundo o autor, a força vinculante deve ser interpretada tal como no projeto original, em conformidade com o direito alemão, que acolhe a teoria dos ***fundamentos determinantes*** do julgado (MENDES: 1996, 100). Tais efeitos alcançariam atos de igual teor produzidos no futuro, não sendo necessário propor uma nova ação (SILVA: 1996, 63).

Os órgãos administrativos e judiciais envolvidos ficariam obrigados não só a afastar a lesão como também a evitar que ela se repetisse (*proibição de repetição* ou

reiteração). Tais órgão estariam obrigados a tomar todas as diligências no sentido de afastar o estado de ilegitimidade, proibidos ainda de reiterá-lo no futuro.

Outra questão é saber se **a decisão emitida vincula o próprio Supremo ?** Entende-se que não. De fato, a Constituição está em permanente processo de mutação, devendo ser interpretada de modo dinâmico, daí não se tolerar o seu engessamento. Existe um estado de tensão contínuo entre as esferas política e jurídico-positiva que, em hipótese alguma, pode ser desprezado.

Portanto, face à dinâmica das forças sociais, uma interpretação dada hoje pode, no futuro, vir a se tornar incompatível com a nova realidade dos fatos. Tal mudança surgiria de uma situação imprevisível ao tempo da decisão, dando origem a uma incompatibilização antes inexistente da norma com o texto supremo. Daí a necessidade de sua reapreciação, mediante um novo juízo de conformidade, efetuado pelo Tribunal Constitucional.

Uma última discussão implica saber se **a cautelar proferida em ação declaratória goza de efeitos vinculantes ?** Parece claro o texto constitucional ao expressar que apenas as "decisões definitivas de mérito (...) produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante" (art. 102, § 2º, da CF.88). No entanto, na ADC 4-6 o Supremo Tribunal Federal posicionou-se de modo a admiti-los também liminarmente.

Decerto que o *periculum in mora* e o *fumus boni juris* justificam plenamente uma liminar com força vinculante, mas tal entendimento, a nosso ver, vai frontalmente de encontro ao que expressamente estipulou o legislador no pré-citado dispositivo, daí não concordarmos com a posição firmada (BASTOS: 1996, 43-48).

Por fim, consideramos não se justificar goze apenas a ação declaratória de efeitos vinculantes, devendo esses serem estendidos também à ação direta de inconstitucionalidade, tendo em vista o caráter ambivalente de ambas as ações.

IX - Conclusão

Dentre outras conclusões já firmadas nesse estudo, desejaríamos realçar abaixo algumas delas, que julgamos mais importantes.

Primeiro, que muitas das críticas formuladas contra a ação declaratória não satisfazem, sobretudo quando derivadas do desconhecimento das características do processo objetivo de jurisdição constitucional.

Segundo, que dentre as críticas, procede aquela referente à necessidade de compatibilização com o devido processo legal, pelo que seria razoável se instituísse um amplo debate, no qual todas as pessoas enumeradas no art. 103, *caput*, da CF.88, gozassem de legitimação para integrar o feito.

Terceiro, que a ação declaratória tem como causa de pedir a existência de controvérsia judicial capaz de abalar a presunção de legitimidade de que desfrutam as leis e atos normativos. O requerente, portanto, deve fazer prova desse estado de incerteza, sem o que lhe faltará interesse de agir.

Quarto, é plausível a adoção dos efeitos vinculantes no que toca ao controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, devendo também serem esses efeitos aplicados na ação direta.

Por fim, a ação declaratória vem incrementar o sistema brasileiro de controle de leis. Se devidamente manuseada, pode constituir meio útil na preservação do princípio da isonomia, resolvendo o estado de dúvida e de incerteza que paira sobre inúmeras matérias e que cria tantas injustiças.

X - Bibliografia

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Emendas à Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BRITO, Edvaldo. Aspectos inconstitucionais da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. *in* MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira (coords.) Ação Declaratória de Constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CARVALHO, Márcia Haydez Porto. Hermenêutica Constitucional. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade. *in* MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira (coords.) Ação Declaratória de Constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 1996.
- FIGUEIREDO, Marcelo. A ação declaratória de constitucionalidade – inovação infeliz e inconstitucional. *in* MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira (coords.) Ação Declaratória de Constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GARCIA, Fátima Fernandes de Souza. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Ação declaratória de constitucionalidade. *in* MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira (coords.) Ação Declaratória de Constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 1996.
- LOURENÇO, Rodrigues Lopes. Controle de Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MACHADO, Hugo de Brito. Ação declaratória de constitucionalidade. *in* MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira (coords.) Ação Declaratória de Constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993. *in* MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira (coords.) Ação Declaratória de Constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 1996.
- SCARTEZZINI, Ana Maria. A ação de declaração de constitucionalidade da lei e os princípios constitucionais. *in* MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira (coords.) Ação Declaratória de Constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 1996.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

- WALD, Arnoldo. Alguns aspectos da ação declaratória de constitucionalidade. *in* MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira (coords.) Ação Declaratória de Constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 1996.

LIMITAÇÕES AO PODER DE REFORMA: AS CLÁUSULAS PÉTREAS

Rafaella Oliveira Pinto de Campos; Raquel Godoy de Miranda Araújo (Alunas do 4º período da Graduação em Direito da UFPE)

1. Introdução: As Cláusulas Pétreas como "Garantia de Eternidade" da Constituição

As cláusulas pétreas são um tema de grande relevância para a Ciência do Direito Constitucional por representarem o próprio âmago do seu objeto de estudo: a Constituição. Elas são erigidas como o núcleo imodificável do texto constitucional; destarte, não podem ser alteradas, sob pena de comprometerem-se o modo de ser, a identidade da Lei Fundamental. Essas cláusulas estiveram presentes em quase todas as Constituições do Brasil (exceto nas Cartas de 1824 e 1937), refletindo sempre as idéias de cada época. Atualmente, elas encontram-se elencadas no artigo 60, parágrafo 4º da Constituição Federal de 1988.

O presente artigo tem por objetivo demonstrar a necessidade da inclusão das cláusulas pétreas no texto constitucional devido à função essencial por elas desempenhada dentro do ordenamento jurídico-positivo de um Estado. Inicialmente, esclarecemos o conceito de Constituição Formal e estabelecemos as suas características, uma vez que esse estudo preliminar constitui a base para a compreensão do tema principal. Posteriormente, faremos a diferenciação entre Poder Constituinte e Poder de Reforma, a fim de alcançarmos o sentido da imposição de limites ao segundo pelo primeiro. Depois, passaremos à análise das várias espécies de limitação até chegarmos àquela que nos interessa primordialmente: as cláusulas pétreas. Enfatizando o tema central de nosso trabalho, procederemos à análise histórica das cláusulas pétreas em todas as Constituições do Brasil. Por fim, explicaremos detalhadamente o significado de cada uma delas.

2. A Constituição Formal e o Problema de sua Reforma

2.1. O Conceito de Constituição Formal e suas Características

A palavra "Constituição" é derivada do latim *constitutio*, de *constituere* (constituir, construir, formar, organizar), e possui, em sentido geral, a sinonímia de "compleição" ou de "composição", o que dá a idéia de um todo formado ou construído, com os elementos fundamentais à sua finalidade.

No universo do Direito Público, porém, a palavra *Constituição* tem uma significação mais aprimorada, qual seja: designa o conjunto de regras e preceitos, que se dizem fundamentais, estabelecidos pela soberania de um povo, para servir de base à sua organização política e firmar os direitos e deveres de cada um de seus componentes.

Desse modo, faz-se necessário, também, analisarmos o conceito de Constituição sob o aspecto formal.

Consoante José Afonso da Silva, "a constituição formal é o peculiar modo de existir do Estado, reduzido, sob forma escrita, a um documento solenemente estabelecido pelo poder constituinte e somente modificável por processos e formalidades especiais nela própria estabelecidos".[1]

Assim, podemos entender a constituição formal como um documento escrito que contém as condições reais de existência de um povo, consideradas sob o prisma político e jurídico, elaborado por um poder de natureza essencialmente pré-jurídica (ou político-sociológica), com um determinado grau de permanência e estabilidade.

Essa Constituição, para tornar-se a Lei Maior ou Lei Fundamental dentro do ordenamento jurídico-positivo do Estado, deve possuir duas características: a supralegalidade e a imutabilidade relativa.

A supralegalidade é a garantia jurídica oferecida às matérias consideradas pela Constituição como supremas e superiores frente às demais matérias reguladas pelo ordenamento. Algumas matérias são concebidas como essenciais ou fundamentais à própria configuração-estrutura do Estado ou à estabilidade social do grupo a que se destinam, e, por isso, através de uma opção política do Poder Constituinte, são integradas na Constituição. A partir do ingresso no texto constitucional, essas matérias são portadoras de supremacia e estão protegidas pela supralegalidade. Uma dessas formas de proteção é a exigência de processos formais próprios para que certas matérias possam ser atingidas ou retiradas do documento constitucional.

---

[1] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 45.

Inicialmente, a Constituição, por ser o conjunto de normas mais importante de um Estado, traz no seu bojo uma idéia de durabilidade, de imutabilidade absoluta, com a finalidade de garantir a segurança das relações sociais e evitar o arbítrio dos governantes. Entretanto, uma análise mais profunda da razão de ser do texto constitucional revela-nos que essa visão está equivocada, pois a sacralidade da Constituição deixaria a obra jurídica positiva maior de um povo fora do alcance das gerações futuras. Assim, o que realmente caracteriza a Constituição é a imutabilidade relativa. Vejamos por quê.

A Constituição nasce de um Poder Constituinte que retrata um determinado contexto social.[2] Todavia, essa realidade social é dinâmica, está em permanente modificação dialética, ou seja, as condições econômicas, políticas, sócio-culturais de um povo estão em constante transformação, e é por isso que as Constituições não podem ser eternas, imutáveis, inalteráveis. Por mais apurada e perfeita que fosse uma obra constitucional, um Estado não pode cristalizar-se indefinidamente em um texto legislativo, sob pena de não acompanhar a evolução que se opera na sociedade. Assim, para evitar o contraste entre a imobilidade da Constituição e o caráter dinâmico das forças sociais, é necessário estabelecer preceitos e regras para modificar a Constituição a fim de ajustá-la e acomodá-la continuamente à realidade social.

A imutabilidade relativa, permitindo emendas, reformas e revisões (modificações formais em sentido amplo) realizadas através de um processo especial e mais difícil que o admitido para a alteração da legislação ordinária, atende aos dois requisitos primordiais para se ter uma Constituição adequada: assegura certa estabilidade, permanência e durabilidade das instituições e, ao mesmo tempo, garante a constante adaptação do texto constitucional às exigências do progresso, da evolução e do bem-estar social.

Os processos formais indispensáveis a essa adaptação da Constituição aos novos valores sociais devem constar no próprio texto e, portanto, são elaborados pelo Poder Constituinte e utilizados pelo Poder de Reforma. A caracterização desses poderes será feita no ponto subseqüente.

2. 2. Poder Constituinte X Poder de Reforma: Uma Distinção Necessária

"A distinção entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado (ou poder de reforma constitucional) vem de longa data. Este dualismo procede de Sieyès, em memorável discurso proferido na convenção francesa e conhecido com o título "O que é o Terceiro Estado?", ele mostrou a dicotomia

[2] Sobre "Poder Constituinte" ver *infra* nº 1.2: "Poder Constituinte X Poder de Reforma: Uma Distinção Necessária".

entre *potestas constituens* e *potestas constituta*, o poder de reforma devendo atuar nos termos expressamente previstos na Constituição".[3]

O Poder Constituinte é aquele encarregado de organizar, fundar, estabelecer e assentar uma ordem constitucional que não estará baseada em nenhum princípio jurídico-positivo anterior. Assim, o Poder Constituinte é "o 'marco zero' da nova ordem, o que significa dizer-se que ele se localiza em uma fase de transição entre a antiga e a futura ordem"[4], e caracteriza-se por ser inicial (originário), soberano, autônomo e ilimitado. A natureza do Poder Constituinte é fática, sociológica, e não jurídica, já que ele é exercido por uma Assembléia Constituinte escolhida pelo povo (nação). Podemos afirmar, ainda, que esse Poder não está vinculado pela Constituição, permanecendo, assim, fora da Carta Constitucional e acima dela.

Por outro lado temos o Poder de Reforma, também denominado de "Poder Constituinte Derivado" (PELAYO), "Poder Constituinte de Segundo Grau", "Poder Constituinte Constituído" (AGESTA), que está localizado acima dos denominados "poderes ordinários" e logo abaixo do Constituinte.

O Poder de Reforma[5] é um mecanismo de adaptação do texto constitucional aos novos valores e realidades sociais estabelecido pelo Poder Constituinte (daí sua natureza secundária e limitada). O exercício desse poder está condicionado pela vontade política daqueles que elaboraram o texto objeto de modificações, vontade esta manifestada no conteúdo dos limites jurídico-positivos impostos pelas normas constitucionais. Assim, podemos afirmar que o Poder de Reforma possui uma natureza jurídico-formal positiva, uma vez que ele se encontra no ordenamento jurídico (normas positivadas), sendo daí constituído, organizado, formado e estabelecido nos precisos termos fixados pelo Poder Constituinte.

Segundo Carl Schmitt, "reformar as leis constitucionais não é uma função normal do Estado como promulgar leis, resolver processos, realizar atos administrativos, etc. É uma faculdade extraordinária. Sem embargo, não é ilimitada. Pois, sendo uma faculdade atribuída pela lei constitucional, é, como toda faculdade legal-constitucional, limitada, e, em tal sentido, competência autêntica".[6]

---

[3] FERREIRA, Pinto. O Problema da Revisão Constitucional e seus limites. Revista da OAB – Estudos Constitucionais, Simpósio sobre revisão e plebiscito. Brasília, Conselho Federal da OAB, 1992, p. 186.

[4] DANTAS, Ivo. Constituição Federal: Teoria e Prática. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 86.

[5] Como José Afonso da Silva, entendemos que a expressão "reforma" é genérica, significando qualquer alteração do texto constitucional e abrange dois procedimentos distintos: a emenda e a revisão. Sobre o tema, cf. José Afonso da Silva. Idem, pp. 64 e 65.

[6] FERREIRA, Pinto. A Constituição e o Poder de Reforma Constitucional (revisão e emenda). 3ª ed. São Paulo: DA, 1992, p. 90.

Em seu estudo "O Poder de reforma Constitucional", Nelson de Souza Sampaio escreve que "colocado logo abaixo do poder constituinte, o poder reformador é, contudo, de natureza 'constituída', pois encontra a sua base na constituição, que lhe traça os contornos e estabelece o processo de sua atuação. Seu órgão pode ser o legislativo comum, subordinado embora a processos diversos da elaboração legislativa ordinária, ou um órgão especial. (...)"[7], para finalizar: "Hoje, podemos considerar como firmada em bases sólidas a teoria dos limites do poder de reforma da constituição".[8]

2. 3. Limitações ao Poder de Reforma: Uma Visão Geral

Uma vez analisado o conceito de "Poder de Reforma", faz-se mister estudar o conceito de "limitação" sob o ponto de vista etimológico. "Limitar" significa demarcar, lindar, extremar, enquanto "limitação" vem do latim *limitationem* e quer dizer restrição, exceção, cerceamento.

Desse modo, fica claro que quando nos referimos a "limites" ou "limitações" ao Poder de Reforma, elas significam, exatamente, exceções ao princípio geral de que as Constituições podem (e devem) sofrer modificações.

Podemos classificar os limites ao Poder de Reforma em dois tipos distintos: limites materiais e limites formais, sendo que os primeiros dizem respeito ao conteúdo ou objeto da reforma, ao passo que os segundos estabelecem o procedimento a ser seguido durante a reforma, de acordo com o modelo traçado pela própria Constituição-objeto da modificação. Os limites materiais, por sua vez, compõem-se de dois grupos: limites materiais implícitos e limites materiais explícitos. Os implícitos seriam representados pelo Preâmbulo e pelos Princípios Constitucionais Fundamentais; apesar de não serem expressamente citados no texto constitucional como limites à reforma do mesmo, nenhuma prescrição constitucional pode opor-se ou atingir seus conteúdos enquanto eles estiverem em vigor, pois uma Reforma da Constituição pode, eventualmente, atingi-los. Finalmente, os limites materiais explícitos são denominados **cláusulas pétreas** e representam os conteúdos indicados como inatingíveis e/ou intocáveis pelo Poder de Reforma Constitucional. A seguir, trataremos especificamente desse tema.

2. 4. As Cláusulas Pétreas como Limitação Material Explícita ao Poder de Reforma

Ao deparar-se com as inúmeras matérias que compõem a realidade de um povo, o legislador constituinte selecionou as mais relevantes para formarem o

[7] SAMPAIO, Nelson de Souza. O Poder de Reforma Constitucional. Salvador: Progresso, 1954, p. 42.

[8] SAMPAIO, Nelson de Souza. Idem, p. 44.

conteúdo da Constituição. Posteriormente, dentre as matérias constitucionais, algumas foram consideradas fundamentais por representarem o cerne, a essência, o espírito da Lei Maior. Essas matérias demonstram o conteúdo mínimo, inviolável e intangível da obra constitucional, conteúdo este insuscetível de reforma, sob pena de destruição ou supressão da Constituição.

O núcleo imodificável da Constituição é denominado "cláusulas pétreas" devido ao seu caráter de imunidade, rigidez, resistência e insensibilidade a qualquer proposta de manifestação do Poder de Reforma. Desse modo, o legislador constituinte decidiu resguardar algumas matérias que não poderão ser atingidas pelo Poder de Reforma, mesmo que este preencha todo o ritual previsto no próprio texto constitucional. Mas, qual o critério utilizado para conferir intocabilidade somente a determinadas matérias? Consoante Ivo Dantas, "as cláusulas pétreas (...) têm um sentido jurídico-constitucional positivo variável histórica e geograficamente (...)". [9]Em nosso modo de entender, as cláusulas pétreas são realmente variáveis espacial e temporalmente; entretanto, a sua escolha não é aleatória ou discricionária e nem depende exclusivamente de uma valoração subjetiva. O Poder Constituinte, ao selecionar determinadas matérias e conferir-lhes intocabilidade, está condicionado pela sua filosofia política, pelas ideologias predominantes na sociedade, pela organização do Estado (a sua estrutura, o seu funcionamento), e, precipuamente, pela relação existente entre governantes e governados.

Em suma, as cláusulas pétreas não podem ser objeto da deliberação do Poder de Reforma, podendo, no entanto, ser modificadas pelo Poder Constituinte.

3. As Cláusulas Pétreas nas Constituições Brasileiras

As cláusulas pétreas somente começaram a figurar em nossas constituições a partir da Carta de 1891. Há que se destacar, todavia, a forma como se apresentava a Constituição Imperial de 1824. Nossa Carta Magna de 1824 somente afirmava como constitucional, e, portanto, apenas amparava pela supralegalidade as matérias concernentes aos limites e atribuições respectivas dos Poderes Políticos e aos Direitos Políticos e Individuais dos cidadãos. A estas matérias não se conferia, porém, o caráter de cláusulas pétreas; garantia-se, apenas, que elas não poderiam ser alteradas pelas Legislaturas Ordinárias.

O texto constitucional brasileiro de 1891 consagrava como matérias intocáveis pelo Poder de Reforma a República e a Federação. A Constituição enunciava seu núcleo imodificável da seguinte forma: "projectos tendentes a abolir a forma republicana federativa ou a igualdade de representação dos Estados no Senado". Partindo do pressuposto de que o Poder Reformador podia e devia ser

[9] DANTAS, Ivo. Obra citada, p. 43.

limitado em certas condições as quais o próprio Poder Constituinte é competente para determinar, a Constituição Republicana de 1891 adotou um núcleo imodificável, inatingível pelo Poder Constituinte Derivado.

Na Carta de 1934, persiste a presença de um núcleo imutável pelo Poder de Reforma. Nesta Constituição, as cláusulas pétreas ganham uma redação mais concisa, falando-se em "projetos tendentes a abolir a forma republicana federativa".

No que tange à Constituição de 1937, "nem ao menos se fez referência a limitações materiais ao Poder Reformador".[10] O quadro político da época, o fato de Getúlio Vargas ter dissolvido o Senado e a Câmara e revogado a Constituição de 1934, além de suas intenções de concentrar todo o Poder Executivo e Legislativo sob seu domínio são fatores que podem explicar a ausência de cláusulas pétreas nessa Carta.

Com o processo de redemocratização do país e o implemento da Carta Constitucional de 46, voltava a figurar um núcleo de matérias imodificáveis pelo Poder Reformador. O texto de 1946 inadmitia a deliberação de "projetos tendentes a abolir a Federação ou a República". No mesmo sentido encontram-se os textos de 1967 e 1969.

A atual Constituição ampliou seu núcleo explicitamente imodificável, definindo agora que "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; os direitos e garantias individuais". Há de se destacar que a forma republicana de governo não mais figura como conteúdo intocável e inatingível pelo Poder Reformador. Nossa Constituição "já não veda emenda tendente a abolir a República, embora inscreva a forma republicana como um princípio a ser observado e assegurado".[11]

Como ponto comum a todas as constituições brasileiras que proclamaram um núcleo imodificável em seus conteúdos, cabe que se destaque o uso da expressão "tendentes", significando, pois, que a vedação ao Poder Reformador deve atingir toda proposta de emenda que se encaminhe, ainda que de forma remota, para a abolição de qualquer uma das cláusulas pétreas, e não apenas aquelas que declarem expressamente essa finalidade.

A Constituição de 1988 será abordada de modo mais específico no ponto subseqüente.

4. As Cláusulas Pétreas na Constituição de 1988

[10] DANTAS, Ivo. Idem, p. 134.
[11] SILVA, José Afonso da. Obra citada, p. 61.

Nossa atual Carta Constitucional assim se enuncia acerca de seu núcleo absolutamente inviolável a reformas constitucionais: "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I- a forma federativa de Estado; II- o voto direto, secreto, universal e periódico; III- a separação dos Poderes; IV- os direitos e garantias individuais".

Inova essa Constituição ao ampliar o conteúdo de matérias explicitamente imodificáveis na via de emenda e inova também ao suprimir a forma republicana de governo, a qual já não consta mais como cláusula pétrea. O Brasil, em todas as Constituições que proclamaram limites expressos ao Poder de Reforma, somente consagrava como tal a Federação e a República.

A exemplo do que aconteceu nas Constituições anteriores, optou-se pelo uso da expressão "tendentes". Isto significa, pois, que está previamente vedada toda e qualquer emenda que, pelo menos, se incline a abolir ou suprimir qualquer dos elementos conceituais ou integrantes dos itens do parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição Federal.

Cabe analisar, enfim, cada uma das cláusulas pétreas constantes em nossa atual Carta Magna.

I- A FORMA FEDERATIVA DE ESTADO

"A forma de Estado da República do Brasil é o Estado Federal. Este é o Estado composto, constituído da União, que é o poder supremo dotado de soberania, e dos Estados-membros ou repúblicas federadas, que gozam de autonomia constitucional e de imediatidade de sujeição ao direito federal".[12]

A autonomia dos Estados-membros/Distrito Federal e dos municípios assenta-se na capacidade de auto-organização, de auto-governo e de auto-administração. "Emenda que retire deles parcela dessas capacidades, por mínima que seja, indica tendência a abolir a forma federativa de Estado"[13], estando, desse modo, vedada.

A essência do federalismo, que é, pois, a coordenação horizontal de competências entre seus membros, deverá ser sempre observada, vedando-se as emendas que se encaminhem em sentido oposto.

II- O VOTO DIRETO, SECRETO, UNIVERSAL E PERIÓDICO

Consoante afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho, esse texto, "sem símile no direito brasileiro anterior, equivale a declarar intocável a democracia, na medida em que esta importa na participação popular pelo voto no processo político".[14]

---

[12] FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição Brasileira. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1992.
[13] SILVA, José Afonso da. Obra citada, p. 62.
[14] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de1988.Vol 2 (arts.

A base do conceito de Estado Democrático é, sem dúvida, a noção de governo do povo; a democracia baseia-se no voto, cuja síntese e soma representam a vontade do povo.

Emendas que se mostrem inclinadas a uma supressão da participação popular no processo político, inclinadas a macular a supremacia da vontade popular estão, obviamente, vedadas ao Poder Reformador.

III- A SEPARAÇÃO DOS PODERES

A atual Constituição é a primeira de todas as Cartas brasileiras a erigir a doutrina da separação dos poderes em princípio fixo e intocável.

"A teoria da separação dos poderes, que através da obra de Montesquieu se incorporou ao constitucionalismo, foi concebida para assegurar a liberdade dos indivíduos".[15] Concentrar todos os poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário nas mesmas mãos corresponde, praticamente, a pedir que o detentor desses poderes "faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente", segundo o que expôs o próprio Montesquieu em seu Espírito das Leis. Somente quando há uma separação e equilíbrio de poderes sobrevive a democracia.

Segundo palavras de José Afonso da Silva, "Atribuir a qualquer dos poderes atribuições que a Constituição só outorga a outro importará tendência a abolir o princípio da separação dos poderes".[16]

IV- OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

A atual Constituição, de forma pioneira na história constitucional brasileira, erige em ponto intocável e inatingível pelo Poder Reformador os chamados direitos e garantias fundamentais.

Pinto Ferreira chega mesmo a dizer que "a Constituição vigente é uma das mais progressistas do mundo no plano teórico". O núcleo de direitos e garantias individuais na Constituição de 88 é dos mais completos. Abrange direitos individuais, políticos, sociais e, ainda, econômicos. Verdade, todavia, seja que inúmeros direitos são puramente intenções ideológicas e éticas, de difícil exeqüibilidade, sobretudo os direitos econômicos e sociais. Mesmo não sendo aplicados na realidade social, há de se proteger, pelo menos no plano teórico, os direitos e garantias fundamentais, motivo este que levou os legisladores a consagrá-los como matéria inatingível pelo Poder de Reforma.

---

44 a 103). São Paulo: Saraiva, 1992.

[15] DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

[16] SILVA, José da Silva. Idem, p. 61.

5. Conclusão: Uma Visão Crítica sobre as Cláusulas Pétreas

Após analisarmos tudo o que foi exposto no presente artigo, a primeira coisa que nos vem à mente é a noção de que as Constituições não devem ser absolutamente imutáveis, sob pena de se cristalizarem, de não acompanharem as constantes mudanças que se operam na sociedade.

Por outro lado, sabemos que as constituições devem manter certo grau de estabilidade, permanência e durabilidade, pois elas refletem o próprio "espírito" do Estado, sua orientação política, filosófica, sócio-econômica, etc. O cerne da Constituição, seus fundamentos mais basilares não podem ser modificáveis, sob pena de destruição ou supressão da Constituição.

Assim, o legislador constituinte de 1988 estabeleceu expressamente um núcleo de matérias que não pode ser alvo de deliberações que visem a suprimi-lo. Esse núcleo é chamado de "cláusulas pétreas" e reflete a essência da obra constitucional. Como não podem ser objeto de modificação pelo Poder Reformador, esses princípios conservam sua integridade e validade no plano da teoria. Atualmente, entretanto, a prática no Brasil nos mostra uma realidade bem diferente. Diversos fatores reduzem ou até extinguem a aplicabilidade desses preceitos, fazendo com que eles não sejam de todo respeitados e cumpridos.

A forma federativa de Estado está ameaçada pela centralização administrativa que o Governo Federal está impondo aos Governos Estaduais e Municipais. Essa concentração de recursos pode ser verificada pela incapacidade financeira destes Governos, pois, muitas vezes, são incapazes de custearem obras simples em suas localidades. Freqüentemente, Estados e Municípios recorrem à União solicitando verbas destinadas a providências elementares. Esse fato demonstra um desrespeito ao Princípio da Federação, segundo o qual deve haver uma efetiva descentralização administrativa para que os Governos locais possam atender às demandas que lhes são peculiares, sem a necessidade de recorrer ao Governo Central.

O instituto do voto direto, secreto, universal e periódico é utilizado no Brasil efetivamente, apesar de haver algumas deficiências. Embora o povo tenha ciência de que pode (e deve) votar no candidato que lhe aprouver, e embora haja eleições periódicas no país, não há uma preocupação em conscientizar o cidadão da importância desse direito, da sua responsabilidade ao escolher seus representantes.

A teoria da separação dos poderes é obedecida em nosso país, onde estão instituídos os três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, cada qual com uma função bem definida. No entanto, sabemos que o próprio Montesquieu não preconizou uma separação rígida e absoluta dos poderes, permitindo que um também exercesse a função do outro em casos específicos e de forma limitada.

Algumas vezes, porém, quando isso ocorre, observamos que há um certo abuso e desrespeito ao Princípio: O Poder Executivo, por exemplo, que exerce a função de legislar através das medidas provisórias, em determinados momentos exagera e ultrapassa a sua competência, invadindo a esfera jurídica do Poder Legislativo e pondo em risco a doutrina de Montesquieu.

Os direitos e garantias individuais, por sua vez, estão amplamente descritos nos artigos da Constituição de 1988; a nossa atual Carta Magna aborda esse tema de forma vasta e abundante, sendo bastante satisfatória no plano teórico. Todavia, na prática brasileira, a situação é outra. No dia-a-dia do país verificamos um grande desrespeito aos direitos humanos, de todos os cidadãos, principalmente das minorias: mulheres, menores, presos, negros, pobres e tantos outros que são tratados sem o mínimo de dignidade.

Dessa forma, comprovamos a tese de que, no Brasil, não basta que as cláusulas pétreas e todas as outras normas constitucionais e infra-constitucionais sejam respeitadas no plano teórico. Faz-se mister cumpri-las e aplicá-las também no plano prático, pois só assim o Direito poderá realizar-se plenamente.

6. Bibliografia

- DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977.
- DANTAS, Ivo. Constituição Federal: Teoria e Prática. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- FERREIRA, Pinto. A Constituição e o Poder de Reforma Constitucional (revisão e emenda). 3ª ed. São Paulo: DA, 1992.
- FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição Brasileira. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1992.
- FERREIRA, Pinto. O Problema da Revisão Constitucional e seus limites. *In* Revista da OAB – Estudos Constitucionais. Simpósio sobre revisão e plebiscito. Brasília, Conselho Federal da OAB, 1992, p. 185-193.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. Vol. 2 (arts. 44 a 103). São Paulo: Saraiva, 1992.
- SAMPAIO, Nelson de Souza. O Poder de Reforma Constitucional. Salvador: Progresso, 1954.
- SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico (Edição Universitária). Vols. I e II. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 13ª ed. (revisada). São Paulo: Malheiros, 1997.

MEDIDAS PROVISÓRIAS, SEUS ASPECTOS E SOLUÇÕES PROPOSTAS PARA OS PROBLEMAS DELAS DECORRENTES

Antonio Carlos Coêlho Pereira Neto (Aluno do 4º Período da Graduação em Direito da UFPE)

1. Introdução

A medida provisória é um dos novos institutos criados pela Constituição de 1988 que mais tem sido motivo de polêmica, tanto nos círculos políticos quanto acadêmicos.

A principal razão para isso é a maneira como os governos que se seguiram à promulgação da Constituição têm usado deste instituto, afastando-se dos objetivos para os quais ele foi criado.

Nosso intento, através deste trabalho, é traçar um panorama geral das medidas provisórias, mostrando da maneira mais clara e concisa possível o que são, qual a fonte que inspirou o legislador constituinte, suas características principais, alguns dos problemas mais relevantes surgidos com a sua inserção no mundo jurídico e, por fim, apontar algumas soluções para estes problemas.

De um modo geral, podemos definir a medida provisória como um **ato normativo governamental provisório, com categoria e força de lei.**[1]

Não podemos equiparar a medida provisória à lei. Ela é um ato, pois é produto do poder governamental, e não passa, no momento da sua edição, por todas as etapas do processo legislativo. Aliás, como observa JOSÉ AFONSO DA SILVA, "as medidas provisórias não constavam da enumeração do art. 59, como objeto do processo legislativo, e não tinham mesmo que constar, porque sua

[1] *RAMOS, Carlos Roberto.* Da Medida Provisória. *Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 55.*

formação não se dá por processo legislativo. São simplesmente editadas pelo Presidente da República. A redação final da Constituição não as trazia nessa enumeração".[2]

Nunca é demais lembrar que o próprio art. 62 da Constituição Federal faculta ao Presidente da República a adoção de medidas provisórias "com força de lei". O que significa dizer que o texto constitucional reconhece a existência das medidas provisórias e equipara os seus efeitos aos das leis ordinárias, mas não lhes dá o status de lei, o que só ocorrerá após a sua apreciação e posterior aprovação pelo Parlamento.

Mas a medida provisória não é qualquer ato editado pelo Governo. Ela é um ato normativo, visto que ela é fonte de direitos e obrigações durante os trinta dias de sua vigência. Não deve ser confundida com um simples ato administrativo, pois a sua edição, pelo Presidente da República, é de cunho eminentemente político. O ato administrativo pressupõe a existência de lei para a sua concretização. Ora, se a medida provisória produz efeitos como se fosse lei, ela é um ato político, que poderá servir de base para o ato administrativo.

A medida provisória é um ato governamental, pois é oriunda do poder Executivo, o qual é responsável, nos dias de hoje, não só pela execução mas também pela concepção da política governamental. A Constituição Francesa de 1958, inclusive, suprimiu a expressão "Poder Executivo", substituindo-a por "Governo".

Ela também é um ato provisório, pois está submetida ao que JOSÉ AFONSO DA SILVA chamou de "condição resolutiva": a sua apreciação pelo Parlamento[3]. Caso o congresso dê o seu aval no prazo de trinta dias, a medida provisória é convertida em lei, e a atividade legislativa do Governo é substituída pela do Parlamento. O próprio prazo de trinta dias estipulado na norma constitucional (art. 62, parágrafo único), ao nosso ver, é suficiente para caracterizar a provisoriedade.

Por fim, a medida provisória possui categoria e força de lei, situando-se, hierarquicamente, no mesmo plano da lei ordinária (art. 59, III, da CF/88). O que significa que, durante os trinta dias de sua vigência, e enquanto não for submetida à apreciação do Parlamento, ela produz efeitos erga omnes, como se lei fosse.

A medida provisória não foi criada para substituir o decreto-lei, como pode se supor do grande número delas que são editadas e reeditadas costumeiramente. O seu objetivo é o de atender a situações excepcionais de relevância e urgência,

---

[2] *SILVA, José Afonso da.* Curso de Direito Constitucional Positivo. *10a. edição revista. São Paulo: Malheiros, 1994, p.496.*

[3] *SILVA, José Afonso da.* Curso de Direito Constitucional Positivo. *10a. edição revista. São Paulo: Malheiros, 1994, p.503.*

para as quais o processo legislativo, mesmo em seu procedimento mais sumário, é considerado lento. Parece-nos que o legislador constituinte, ao estipular o prazo de trinta dias para a conversão da medida provisória em lei, quis ressaltar o seu caráter de excepcionalidade, por entender que este prazo seria suficiente para contornar as dificuldades surgidas em situações de "relevância e urgência".

2. Origem das Medidas Provisórias

2.1. As Medidas Provisórias na Itália e os atos normativos governamentais em outros países

O art. 77 da Constituição Italiana de 27-12-1947 é, sem dúvida, a fonte que inspirou o legislador constituinte brasileiro na elaboração do art. 62 da nossa Magna Carta. Diz o referido dispositivo:

"Quando em casos extraordinários de necessidade e de urgência o Governo adota, sob a sua responsabilidade, medidas provisórias com força de lei, deve apresentá-las no mesmo dia para conversão às Câmaras, que, mesmo dissolvidas, serão especialmente convocadas a se reunir no prazo de cinco dias.

Os decretos perdem eficácia desde o início, se não forem convertidos em lei no prazo de sessenta dias a partir de sua publicação. As Câmaras podem, todavia, regulamentar com lei as relações jurídicas surgidas com base no decreto".

As medidas provisórias (provvedimenti provvisori) correspondem em forma atualizada aos decretos-leis (decreti-legge). PINTO FERREIRA observa que, no fundo, as medidas provisórias são decretos com força de lei editados pelo Executivo (que no caso italiano é o Ministério Parlamentarista), em casos de necessidade e urgência, debaixo de sua própria responsabilidade.[4] O seu mecanismo é semelhante ao da medida provisória brasileira, ou seja, elas estão sujeitas de imediato à apreciação das Câmaras, mediante sua conversão em lei. No Parlamento, ela pode seguir dois caminhos: ou é aprovada, passando a integrar definitivamente o ordenamento jurídico; ou é desconsiderada, tendo sua eficácia retirada ex tunc (desde a sua edição). O prazo para a apreciação da medida provisória é de sessenta dias, e a sua não conversão, a exemplo do que ocorre no Brasil, implica o disciplinamento das relações jurídicas dela decorrentes.

As medidas provisórias, na Itália, estão sujeitas, por determinação expressa do texto constitucional, à apreciação pelo Poder Judiciário, através da Corte Constitucional (art. 134, I). A Corte tem o poder de anulá-las caso não satisfaçam os requisitos de necessidade e urgência, os quais estão explicitamente determinados

[4] *PINTO FERREIRA, Luiz.* Comentários à Constituição Brasielira de 1988. *Vol. 3, arts,. 54 a 91. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 275.*

pela Constituição (a fim de evitar os abusos ocorridos durante a ditadura fascista). Ademais, como são editadas sob a responsabilidade do Governo, a sua anulação pode ocasionar a queda do gabinete.

O modelo italiano, como se vê, foi adotado com reservas pelo constituinte brasileiro. De início, o texto da nossa Magna Carta não se preocupou em determinar quais situações poderiam ser consideradas relevantes e urgentes, deixando esta tarefa ao arbítrio do chefe do Governo. Quanto ao controle jurisdicional, o texto constitucional não faz qualquer referência, muito embora seja facultado ao Poder Judiciário examinar as relações jurídicas decorrentes de medidas provisórias não convertidas em lei, que tenham lesado o direito de alguém, ex vi o disposto no art. 5o., XXXV, da CF/88. Ademais, a medida provisória pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, caso esteja em desacordo com o texto constitucional, muito embora o Governo não possa ser diretamente responsabilizado, como poderia ocorrer num regime parlamentarista.

A atividade legiferante por meio de atos normativos governamentais não é exclusivo da Itália ou do Brasil. A maioria dos países do mundo têm, em maior ou menor grau, formas de outorgar ao Poder Executivo a elaboração de leis ou de atos a elas assemelhados. É o que ocorre, por exemplo, na França e na Alemanha.

Na França, a Constituição de 1958 criou as ordenações (ordonnances), os regulamentos autônomos (règlements autonomes), e os poderes de emergência do Presidente da República. As ordenações são atos normativos expedidos pelo Governo por autorização do parlamento para a execução do seu programa, e entram em vigor na data de sua publicação. A autorização do Parlamento é dada através de uma lei de habilitação (loi d'habilitation), que fixa o prazo para que a ordenação seja apresentada ao Parlamento para ratificação. Caso o Governo não a apresente dentro deste prazo, ela perde a sua eficácia. O mesmo ocorre se o parlamento se recusar a votá-la. É um mecanismo bastante semelhante ao das nossas leis delegadas, só que a autorização, no caso do Brasil, é dada por meio de resolução do Congresso Nacional (CF/88, art. 68, § 2o.). Os regulamentos autônomos são atos normativos editados pelo Governo naquelas matérias que não seja de competência exclusiva da lei, e só ao Governo é permitido expedi-los, não sendo admitida qualquer interferência do Parlamento. Os poderes de emergência são aqueles conferidos ao Presidente da República em situações excepcionais, nas quais ele está autorizado a tomar medidas de exceção. Tais medidas podem atribuir ao Presidente da República um poder legislativo de urgência.

Na Alemanha, a doutrina faz referência aos regulamentos de direito (Rechtsverordnungen) como forma de delegação legislativa. A Constituição da República Federal da Alemanha de 23-05-1949, em seu art. 80, confere ao Governo Federal, a qualquer ministro ou ao governo das repúblicas federadas o

poder de editar regras jurídicas novas pelos Rechtsverordnungen (regulamentos de direito), porém com limites expressos na delegação e vedados os plenos poderes.[5]

2.2. O Decreto-lei no Brasil

A grande maioria dos autores aponta a medida provisória como a sucessora direta do decreto-lei, espécie normativa que se achava enumerada no art. 46, V, da Constituição Federal de 1967/69.

Pelo texto constitucional revogado, o Presidente da República, em caráter de urgência ou interesse público relevante, e desde que não houvesse aumento de despesa, poderia expedir decretos-leis sobre segurança nacional, finanças públicas (inclusive normas tributárias) e criação de cargos públicos e fixação de vencimentos. O decreto-lei entrava em vigor na data de sua publicação, devendo ser submetido pelo Presidente da República à apreciação do Congresso Nacional, que deveria aprová-lo ou rejeitá-lo, dentro do prazo de sessenta dias, contado da data de seu recebimento. Por fim, a rejeição do decreto-lei não implicava a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência.

É bastante útil estabelecer uma rápida comparação entre a medida provisória e o decreto-lei, para que se entenda porque tantos autores os consideram como espécies normativas bastante semelhantes.

Em primeiro lugar, o Presidente da República só poderia adotar decretos-leis em caso de urgência ou interesse público relevante, o que significa que, atendido qualquer um desses pressupostos, o chefe do Governo estaria apto a expedir decretos-leis. . O texto de 1988, ao contrário, estabelece o atendimento simultâneo de dois requisitos: relevância e urgência, sem os quais o Presidente da República não poderia, a princípio, editar medidas provisórias.

Em segundo lugar, o art. 55 da antiga Constituição delimitava as matérias que deveriam constar dos decretos-leis: segurança nacional, finanças públicas, inclusive normas tributárias, e criação de cargos públicos e fixação de vencimentos. É óbvio que tais limites jamais foram respeitados, pois os governos militares expediram, tendo por base um conceito bastante vago de "segurança nacional", um sem-número de decretos-leis, praticamente sobre todas as matérias de competência da União. A medida provisória não traz qualquer limitação material explícita, muito embora possamos concluir que lhe é vedado conhecer, por exemplo, de matérias que sejam objeto de delegação, como veremos adiante. .

Em terceiro lugar, o prazo para a apreciação do decreto-lei pelo Congresso era de sessenta dias, contra trinta da medida provisória. Se não houvesse qualquer pronunciamento do Congresso, o texto do decreto-lei era tido por aprovado. O

[5] Ibid., *pp. 286 e 287.*

texto de 1988 não traz qualquer noção a esse respeito, muito embora prescreva a perda da eficácia das medidas provisórias caso a sua conversão não se opere no prazo de trinta dias, o que dá a entender que o silêncio do Congresso importa em rejeição tácita.

Por fim, o texto da Constituição de 1967/69 determinava que a rejeição do decreto-lei não implicava a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência, enquanto a Constituição de 1988 condiciona a decretação ou não de tal nulidade ao disciplinamento jurídico pelo Congresso. Isto significa dizer que os atos praticados com base em medida provisória rejeitada ou não apreciada só serão válidas se o Congresso promulgar uma lei a esse respeito. Caso contrário, serão anulados.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO entende que o decreto-lei, ao contrário da medida provisória, resguardava um valor basilar do Direito: a segurança[6]. Enquanto o decreto-lei entrava em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos no mundo jurídico independentemente da apreciação do Congresso, a medida provisória não traz qualquer segurança, pois os seus efeitos são passíveis de anulação ex tunc, caso seja rejeitada ou ignorada pelo Parlamento. O que nos leva a concluir que, em tese, ninguém estaria obrigado a obedecer a uma medida provisória, pois os seus dispositivos poderiam perder a eficácia no prazo de trinta dias.

3.Aspectos das Medidas Provisórias

3.1. Pressupostos de Relevância e Urgência.

O exame inicial dos requisitos de relevância e urgência é a conditio sine qua non. Quer dizer que tal exame é de importância capital para que o Presidente possa adotar medidas provisórias com força de lei.

Em linhas gerais, pode-se dizer que a medida provisória deve atender a dois requisitos: o primeiro deles subjetivo (relevância); e o segundo objetivo (urgência).

A relevância deve ser de tal forma que açambarque um interesse público fundamental, superior, inconfundível, inigualável, cuja regulação mereça prioridade.[7] É nesse momento, o da determinação da relevância da matéria, que o Governo exerce o seu poder político, pois dá prioridade a um assunto em detrimento de vários outros. A relevância deve ser de tal vulto que a omissão do Executivo implicaria em prejuízos irrecuperáveis para a Nação. É um critério de cunho subjetivo, pois não pode ser avaliada de imediato: só o tempo dirá se aquela

[6] *FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves.* Comentários à Constituição Brasileira de 1988. *Vol. 2, arts. 44 a 103. São Paulo: Saraiva, 1992, pp. 101 e 102.*
[7] *RAMOS, Carlos Roberto,* op cit., *p. 142.*

matéria eleita como prioritária em um dado momento o era realmente. A determinação da relevância, portanto, fica na dependência das conveniências políticas.

A urgência, ao contrário da relevância, é um critério objetivo, e diz respeito ao procedimento adotado pelo Governo para antecipar-se às necessidades. A situação de urgência requer uma ação imediata e eficaz, que muitas vezes o órgão legiferante, através do processo legislativo ordinário, é incapaz de realizar. Por isto, a sua competência é transferida para um órgão que se encontra em posição de avaliar mais objetivamente a situação: o Poder Executivo, , encarnado na figura do Presidente da República e seus auxiliares. Vale salientar que a transferência do poder de legislar é realizada em situações excepcionais, e o próprio conteúdo do ato legislativo governamental irá revelar se ele é ou não urgente.[8]

Outra consideração que devemos fazer a respeito desses dois requisitos é que eles devem ser avaliados conjuntamente. Um grande problema que existe na maioria das medidas provisórias editadas até hoje é que elas satisfazem apenas um ou outro requisito, quando, ex vi o disposto no art. 62, caput, deveriam satisfazer a ambos.

3.2. Ineficácia Derrogatória

A medida provisória possui vigência e eficácia imediatas, mas não tem o poder de revogar os atos legislativos com elas conflitantes ou incompatíveis.[9] Isto significa dizer que, durante os trinta dias de sua vigência, ela apenas suspende os efeitos das disposições que pretende revogar. Caso seja convertida em lei, a suspensão se transforma em revogação, e a nova lei passa a integrar o ordenamento jurídico positivo. Caso seja rejeitada, a eficácia jurídica dos dispositivos afetados é restaurada. Não se deve confundir tal restauração com repristinação, pois ela é ex tunc, ou seja, retroage até a data da edição da medida provisória não convertida.

Como exemplo disto podemos citar os §§ 1.° e 2° do art. 947 do Código Civil. Estes dispositivos tiveram a sua eficácia suspensa pela Medida Provisória n° 1.620-32, de 12-12-1997. Se esta Medida Provisória for convertida em lei , os dispositivos acima citados serão definitivamente revogados. Caso contrário, sua eficácia será definitivamente restaurada.

3.3. A Conversão em Lei

[8] *FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves,* op cit., *p. 101.*
[9] *PINTO FERREIRA.,* op cit., *p. 293.*

Como preceitua o art. 62 da Constituição Federal, a medida provisória deve ser submetida de imediato à apreciação do Congresso Nacional. Ela é recebida pelo Congresso como um projeto de lei, a ser apreciado em regime de urgência urgentíssima. Quando do seu recebimento, ela passará por todos os estágios e prazos constitucionais e regimentais do processo legislativo. Durante a sua tramitação, poderá receber emendas aditivas, modificativas e supressivas, exceto quando o Congresso admite a chamada ratificação direta, em razão da matéria ou de urgência.[10]

O projeto emendado poderá ser sancionado ou vetado pelo Presidente da República, estando sujeito aos princípios que regem a formação das leis.

3.4. Disciplinamento dos Efeitos Jurídicos pelo Congresso

O disciplinamento dos efeitos jurídicos decorrentes das medidas provisórias só pode ser feito em caso de rejeição das mesmas., através de lei ordinária. A Constituição não diz quem é responsável pela apresentação do projeto de lei visando aquele fim; contudo, JOSÉ AFONSO DA SILVA afirma ser tal competência determinada pelo regimento comum do Congresso Nacional. [11] O projeto poderá ser aprovado ou rejeitado, como qualquer outro, pois o Congresso não está obrigado a aprová-lo, a despeito do disposto no art. 62, parágrafo único, in fine, da Constituição Federal. O projeto também poderá ser sancionado ou vetado pelo Presidente da República como qualquer outro.

A Constituição não incumbe ao Congresso o disciplinamento da matéria contida nas medidas provisórias tornadas ineficazes, mas apenas das relações jurídicas estabelecidas nos trinta dias de sua vigência. Pode ser que o Congresso Nacional se recuse a apresentar o projeto de lei disciplinando tais relações, o que dá ensejo à atuação do Poder Judiciário, caso a falta dessa lei tenha lesado ou prejudicado o direito de alguém. Mas o Poder Judiciário não tem a faculdade de disciplinar de um modo geral todas as relações jurídicas surgidas, limitando-se a examinar casos específicos.

4. Alguns Problemas decorrentes das Medidas Provisórias

4.1. Limites à Edição

Ao ser interpretado de forma isolada, o art. 62 da Constituição Federal poderia nos levar à conclusão de que qualquer matéria poderia ser objeto de

---

[10] *PINTO FERREIRA, Luiz.* Comentários à Constituição Brasielira de 1988. *Vol. 3, arts. 54 a 91. São Paulo: Saraiva, 1992, p 293.*

[11] *SILVA, José Afonso da.*, op cit., *p. 503.*

regulamentação por meio de medidas provisórias, desde que atenda aos requisitos de relevância e urgência. Uma conclusão equivocada, visto que algumas matérias, por estarem sujeitas a determinados princípios, não podem ser reguladas através de medidas provisórias.

É o que ocorre, por exemplo, com a matéria tributária. O art. 150, III, b, da Constituição Federal, diz ser vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios "cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que o instituiu ou aumentou." É o princípio da anterioridade. Por este princípio, uma lei que haja instituído ou aumentado qualquer tributo só entra em vigor no exercício financeiro seguinte à sua publicação. Se a medida provisória é um instrumento de eficácia imediata, ela entra em vigor na data de sua publicação, o que, evidentemente, fere o princípio da anterioridade tributária. Neste caso, portanto, não há porque se falar em medida provisória.

Outro terreno proibido para a medida provisória é o Direito Penal. Dispõe o art. 5º, XXXIX, que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Portanto, a definição de delitos e de suas respectivas penas é matéria de lei ordinária, porque só a tramitação completa de um projeto de lei o torna propício aos debates e à maturação de idéias, tão necessários a um ramo do Direito que lida com valores tão altos quanto a vida, a honra e a liberdade, e que impõe as sanções mais severas. É necessário que haja precisão e certeza, coisas que só a lei stricto sensu pode proporcionar. A esse princípio dá-se o nome de reserva legal.

Outro campo no qual não cabe a medida provisória é a matéria destinada à lei complementar. Esta afirmação decorre de comandos expressos do texto constitucional que, devido à sua importância, requerem um quorum qualificado, exclusivo da lei complementar. Segundo o art. 69 da Constituição, as leis complementares só podem ser aprovadas por maioria absoluta, o que não se dá com as medidas provisórias, que requerem maioria simples.

As medidas provisórias também não podem versar sobre matérias que não possam ser objeto de delegação. Uma interpretação lógico-sistemática nos leva a esta conclusão. Se a medida provisória já é um tipo de delegação do poder de legislar, outorgado pela Constituição ao Presidente da República em casos de relevância e urgência, seria absurdo que elas regulassem matérias que são vedadas às leis delegadas (vide art. 68, § 1º, da CF/88).

Por fim, as medidas provisórias não podem regular dispositivos da Constituição que tenham sido alterados por meio de emenda promulgada a partir do ano de 1995. Esta vedação, que consta do art. 246 da nossa Magna Carta, foi acrescentado pelas Emendas Constitucionais nºs. 6 e 7, ambas de 15-8-1995. Também não podem ser regulados através de medidas provisórias os dispositivos

do Fundo Social de Emergência, instituído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 1º-3-1994 (ADCT, art. 73).

4.2. O Não Atendimento dos Pressupostos de Relevância e Urgência

Um outro problema decorrente da adoção indiscriminada de medidas provisórias pelo Poder Executivo é o não atendimento dos pressupostos de relevância e urgência. Como dissemos anteriormente, tais princípios devem ser analisados em conjunto, o que quase não tem ocorrido na prática.

É bastante ilustrativo o exemplo apontado pelo Professor PINTO FERREIRA, citando o deputado e ex-ministro da Justiça NÉLSON JOBIM, para o qual a medida provisória que estabeleceu a venda de imóveis funcionais, datada do início do Governo Collor, era "relevante, mas não urgente", pois estabelecia um prazo de noventa dias para regulamentar o que foi aprovado pelo Congresso.[12]

Outro exemplo célebre de medida provisória que era relevante, porém tinha caráter de urgência discutível, foi a que tratava das mensalidades escolares e dos direitos dos alunos inadimplentes, que bem podia ter sido objeto de um projeto de lei em regime de urgência.

4.3. A Questão da Retroatividade

A lei decorrente da conversão de medida provisória não retroage, ao contrário do que se poderia supor. A lei é feita para reger comportamentos futuros, o que, evidentemente, não engloba as relações jurídicas surgidas com base na medida provisória posteriormente convertida. No plano jurídico, as medidas provisórias e as leis de conversão são consideradas espécies normativas distintas e sujeitas a disciplinas próprias.[13]

4.4. A Reedição

Discute-se muito nos meios jurídicos se é válida ou não a reedição de medidas provisórias que não foram convertidas em lei no prazo estipulado pelo art. 62, parágrafo único, da Constituição Federal.

A corrente que é contrária à reedição baseia-se na tese de que as medidas provisórias rejeitadas ou não convertidas não podem ser renovadas, pois este fato configuraria "crime de responsabilidade" (o de tolher o livre exercício do Poder Legislativo, que está disposto no art. 85, II). Em caso de não apreciação parlamentar dentro do prazo de trinta dias, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO entende que as medidas provisórias só poderão ser reeditadas

---

[12] *PINTO FERREIRA*, op cit., *p. 299.*
[13] Ibid., *p. 295.*

caso persista a urgência.[14] CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO afirma que, se a reedição fosse possível, "... o Presidente da República poderia manter vigorantes para sempre medidas provisórias que o Congresso recusasse converter em lei. Bastaria republicá-las a cada 30 dias."[15]

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL vem se posicionando contra a reedição das medidas provisórias, por entender que o silêncio do Congresso, decorridos os trinta dias de prazo para a conversão, implica em rejeição tácita, ou presumida.

Quanto à reedição de medidas provisórias rejeitadas, a grande maioria dos doutrinadores concorda que ela é proibida, ex vi o disposto no art. 67 da Constituição Federal de 1988, para o qual "o projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional". O artigo acima referido não faz menção à medida provisória, contudo, se ela é recebida pelo Congresso como projeto de lei, é óbvio que, sendo rejeitada, ela deverá receber o mesmo tratamento. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL também opina neste sentido, como se pode concluir da declaração de inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 190, de 1º-7-1990, que reeditou, quase na íntegra, o texto da Medida Provisória nº 185, rejeitada expressamente pelo Congresso dias antes.

Os autores favoráveis à reedição das medidas provisórias só a admitem no caso de o Congresso não ter emitido qualquer opinião a respeito. Entendem esses autores que a não apreciação da medida provisória pelo Congresso não lhe tira os caracteres de relevância e urgência, e não quer dizer, necessariamente, que o Congresso lhe seja totalmente desfavorável. Ademais, argumentam esses autores, não há, no texto constitucional, qualquer vedação à reedição.

Entendemos que a medida provisória pode ser reeditada caso não seja apreciada pelo Congresso dentro do prazo de trinta dias. Contudo, tal reedição deveria ser limitada a um dado número de vezes, para que não ocorressem casos como o da Lei nº 9.069, de 29-6-1995 (Plano Real), que foi reeditada como medida provisória doze vezes, até se transformar em lei. Por conta da reedição exagerada, têm-se cometido vários abusos, e um instrumento que deveria ser eventual acabou tornando-se corriqueiro (veja quadro abaixo).

---

[14] *FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves*, op cit., *pp. 98-104.*
[15] *Apud CARLOS ROBERTO RAMOS*, op cit., *p. 137.*

QUADRO DEMONSTRATIVO DE EDIÇÕES DE MEDIDAS PROVISÓRIAS POR ANO

Ano	Total de Edições	Total de Edições + Reedições	Reedições com alteração	Transformadas em lei
1988	15	15	00	11
1989	93	103	02	80
1990	89	163	20	74
1991	8	11	02	07
1992	7	10	01	07
1993	47	96	01	28
1994	91	405	37	40
1995	30	437	86	44
1996	39	648	69	15
1997	32	694	71	31
1998*	2	45	02	00

Fonte: PRODASEN. *Obs.: os dados referentes a 1998 se acham atualizados até 31/03.

5. Conclusões

Algumas soluções propostas para os principais problemas das Medidas Provisórias

Como vimos, as medidas provisórias foram criadas para atender a situações excepcionais de relevância e urgência, sem as quais a sua edição não é permitida. Contudo, a falta de limites para caracterizar a relevância e a urgência tem feito com que as medidas provisórias sejam usadas para regular matérias que não são urgentes e, em alguns casos, também não são relevantes. Como exemplo disto temos a Medida Provisória nº 837, de 19-1-1995, que trata da vinculação da Fundação Osório ao Ministério do Exército.

Foram feitas várias tentativas no sentido de limitar o poder governamental de editar medidas provisórias. No plano da legislação ordinária, o deputado NÉLSON JOBIM apresentou um projeto de lei complementar (Projeto de Lei Complementar nº 223/90) regulando a edição e o processo legislativo das medidas provisórias. Por este projeto, o seu conteúdo é limitado, aplicando-se-lhe as mesmas vedações da delegação legislativa (art. 3º), excluía-se de sua incidência a matéria penal (art. 3º, III) e a sua reedição era admitida apenas uma vez, caso não fosse apreciada pelo Congresso Nacional (art. 7º).

No plano constitucional, a Comissão Especial de Revisão Constitucional, instituída em agosto de 1993 pelo então Presidente ITAMAR FRANCO e tendo como relator o deputado NÉLSON JOBIM, apresentou uma Proposta de

Emenda de Revisão, pela qual eram relacionadas as matérias que não poderiam ser objeto de medida provisória (art. 62, § 1°, I, II, III, IV, V); regulava-se a competência do Congresso, para disciplinar as relações jurídicas decorrentes de medida provisória não convertida em lei (§§ 2° e 3°) e admitiu-se a reedição, com uma segunda publicação do texto, encerrando nesta fase a competência presidencial. O deputado NELSON JOBIM, na condição de Relator, e tendo recebido várias propostas revisionais, elaborou um Substitutivo de Emenda Constitucional de Revisão, alterando o art. 62, e pela qual também eram enumeradas as matérias que não poderiam ser objeto de medidas provisórias (art. 62, § 1°, I, II, a, b, c); a previsão da perda de sua eficácia, caso não fossem convertidas em lei no prazo de sessenta dias; a vedação da reedição, no todo ou em parte, de medida provisória rejeitada ou não apreciada, dentro de uma mesma sessão legislativa (art. 62, § 4°). É pena que tais projetos jamais tenham sido aprovados, pois resolveriam, pelo menos em parte, dois grandes problemas: o da limitação material das medidas provisórias e o da sua reedição.

Quanto à retroatividade das leis oriundas da conversão das medidas provisórias, a solução encontrada foi a de preceituar o efeito retrooperante de maneira expressa na norma legal. Na Lei n° 9.649, de 27-5-1998, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e que é produto da conversão de uma medida provisória reeditada várias vezes, o seu art. 64 determina que ficam convalidados os atos praticados com base em várias medidas provisórias, que vão desde a de n° 752, de 6-12-1994, até a de n° 1.651-42, de 7-4-1998. É claro que tal convalidação não deve prejudicar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (Constituição Federal, art. 5°, XXXVI).

Por fim, não é demais relembrar que a medida provisória não é um instrumento meramente autoritário, que outorgou poderes ilimitados ao Presidente da República. A maioria dos ordenamentos jurídicos atuais concede ao Poder Executivo a atividade legiferante para que este enfrente situações extremas, o que não representa, ao nosso ver, invasão de competência. Serve para demonstrar, ao contrário, que a doutrina da separação dos poderes permanece inabalada, uma vez que o Legislativo pode exercer o controle das medidas provisórias, através de sua aprovação ou rejeição. O que falta aos governantes brasileiros é estabelecer, com serenidade, os pressupostos de relevância e urgência, o que só será conseguido através da conscientização da classe política do nosso País.

6. Bibliografia

- DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO, Brasília, DF. Imprensa Nacional, 28-05-1998. N° 100, Seção I, pp. 5 e 13.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. Vol. 2, arts. 44 a 103. São Paulo: Saraiva, 1992.
- PINTO FERREIRA. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. Vol. 3, arts. 54 a 91. São Paulo: Saraiva, 1992.
- RAMOS, Carlos Roberto. Da Medida Provisória. Belo Horizonte: Del Rey, 1994
- SERVIÇO DE PROCESSAMENTO DE DADOS DO SENADO FEDERAL - PRODASEN. Medidas Provisórias - Avaliação Anual. http://www.senado.gov.br/cgi-shl/dbml.exe?Template=/medprov/script/totais.dbm, 2 de setembro de 1998.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo.10ª ed. Revista. São Paulo: Malheiros, 1994.

DOS DIREITOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE CRÍTICA AO ART. 6 º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Giovanna Maria Vieira de Medeiros (Aluna do 4° período da Graduação em Direito da UFPE)

Sumário: 1. Considerações preliminares; 2. O Direito Social em crise, 2.1. Capitalismo X Classe operária, 2.2. A estrutura precária do Poder Judiciário; 3. O art. 6º. e sua correspondência com a realidade; 4. O que é a Seguridade Social?, 4.1. O diagnóstico da Saúde Brasileira, 4.2. Uma breve discussão sobre a Previdência Social, 4.3. Da Assistência Social: uma reflexão; 5. O direito ao trabalho: a questão do desemprego sob a ótica econômica; 6. O papel fundamental da Educação; 7. O Lazer no Brasil: uma política interessante; 8. Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso, 8.1. A criança e o trabalho escravo, 8.2. Brasil: um país envelhecendo; 9. Conclusão; 10. Bibliografia.

1. Considerações Preliminares

Nenhuma Constituição contemplou de forma tão importante e destacada os Direitos Sociais como a nossa, a chamada "Constituição Cidadã". É um texto moderno e inovador, elaborado com ampla participação popular, voltada para proporcionar o bem-comum e a realização da cidadania.

Mas o que vem a ser os Direitos Sociais? "São direitos que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais."[1] Proteger não apenas aqueles que tem um vínculo de emprego, mas todos os homens *erga omnes*, pelo simples fato de serem pessoas humanas, cuja dignidade não cabe violar. Percebamos, pois, que estamos diante de uma modalidade de Direitos Fundamentais do Homem, logo de caráter histórico, inalienável, imprescritível e irrenunciável.

Trata-se de um tema de extrema importância e dotado de uma bibliografia vastíssima, o que daria margem, por conseguinte, a uma riqueza de conteúdo e extensão do estudo. Cientes disso, não hesitamos em apresentar tudo aquilo que nos pareceu mais conveniente e condizente com a nossa proposta de estudo, tendo a certeza de que o presente tema jamais se esgotaria em tão poucas páginas como estas.

Diante do exposto, esperamos proporcionar ao leitor – ao longo deste trabalho – uma visão abrangente, consistente e, sobretudo, crítica acerca daqueles

[1] AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. 14ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.277.

direitos presentes no art. 6º. da nossa atual Constituição. A intenção clara de nosso estudo foi o de primeiramente buscar uma base científica e, sobre ela, assumir uma posição crítica; ora expondo a nossa argumentação, ora procurando o enfoque mais atual possível. .

2. O Direito Social em Crise

Faz-se mister questionar acerca da real correspondência entre o belo (e porque não dizer platônico) texto constitucional e a realidade a que está submetido o povo brasileiro. Há, sem dúvida alguma, uma grande distância entre a norma constitucional e o fato por ela apresado; aquela não se aplica na prática e este só existe na teoria.

O Direito Social está em crise. Estamos imersos em meio a uma desordem, a um caos que se instalou e que vem determinando uma série de eventos que contribuem sobremaneira para o agravamento das tensões, rompendo os padrões vigentes e tornando iminentes os conflitos, que tendem à complexidade e gravidade. Eis aí um problema que ultrapassa as fronteiras nacionais para se erigir à preocupação mundial, que atormenta indistintamente todos os povos. Mas temos que ressaltar que são díspares as realidades, estando o Brasil num pólo negativo, na periferia da efetiva, direta e imediata aplicação de seu texto constitucional. Essa crise não é única em sua natureza. Na realidade, são várias crises, de origens diferentes, que vão se aglomerando e formando uma crise ainda maior, o que é facilmente compreendido na medida em que sabemos das reais condições em que se acha nosso país.

Em primeiro lugar, temos que a atual Constituição está imobilizada em face de uma outra imobilização. Como assim? Ora, muitas das normas e preceitos constitucionais necessitam de uma regulamentação infra-constitucional para finalmente se concretizarem e fazerem valer a vontade do constituinte. É justamente isso o que falta. O Estado e, em especial, o Poder Legislativo, precisa se conscientizar e tomar como prioridade a criação dessas leis complementares e ordinárias, no que concerne à Constituição. Esta é de aplicação imediata, porém de eficácia dependente, em boa parte, daquela regulamentação; o que, em outras palavras, significa dizer que enquanto a Constituição não for devidamente complementada nos pontos que assim o exigirem, será de total inviabilidade prática, não passando de mera folha de papel. Esse é um dos ângulos da questão: a crise sob a perspectiva do Estado, enquanto criador de leis.

Um outro aspecto dessa crise está na sociedade em geral, enquanto agente capaz de alterar e derrubar uma constituição e, concomitantemente, sujeito subordinado a esta. Aqui a discussão é mais ampla, pelo fato de abranger todos os

segmentos sociais e seus conflitos, que levam o Direito Social brasileiro a mergulhar profundamente numa crise, sem solução a curto ou médio prazos.

Essa crise vem amadurecendo na proporção em que as relações sociais vão se tornando mais complexas, passando a exigir dos órgãos e leis sociais uma solução também complexa. Entre eles se instaura um grande descompasso, capaz de gerar de meras insatisfações até violentas revoluções e guerras internacionais. Isso porque as demandas civis vão se multiplicando anômalamente, uma vez que não foram atendidas ou não o foram suficientemente bem. Nesse sentido, podemos destacar:

2.1. Capitalismo x Classe Operária

Com a crescente urbanização do país, no início da República, se fez cada vez mais necessário um número maior de trabalhadores e, conseqüentemente, não tardaram a chegar imigrantes, notadamente europeus, em substituição à antiga mão-de-obra escrava. Traziam consigo toda uma ideologia revolucionária, um espírito anárquico e a experiência das relações de trabalho com a classe dominante, altamente exploradora e que os submetia a condições de trabalho desumanas. Certamente no Brasil não seria diferente. Essa presença de trabalhadores estrangeiros influenciou bastante a luta entre patrões e empregados.

Tudo isso: condições de trabalho sub-humanas, principalmente com relação às mulheres e crianças; apropriação da mais valia pelos patrões; presença de estrangeiros; necessidade de se atender ao mercado externo, com os menores custos e em tempo recorde; faziam com que os trabalhadores vivessem em completo estado de pobreza e miséria, enquanto a classe dominante desfrutava os lucros obtidos injustamente daqueles. Diante de toda essa atmosfera, eclodiram grandes agitações sociais: protestos, conflitos, greves, criação de sindicatos... Uma grande desordem se instalou no país.

Eis aí o advento do capitalismo e, em síntese, como se deu a sua recepção no Brasil. Feito esse levantamento, podemos afirmar que, passadas várias décadas, as relações de trabalho patrão-empregado já melhoraram significativamente, prova disso está na nossa atual constituição. Por outro lado, essa questão ainda constitui uma crise na nossa presente sociedade, uma vez que – e a situação se repete – não há a plena correspondência das normas constitucionais com a realidade.

Ainda vivemos sob a égide do capitalismo e a busca de lucros. Não que sejamos contra esse modo de produção; muito pelo contrário, é essencial à evolução da economia e aos rumos do fenômeno da globalização. Não nos cabe pensar em outro modo, a não ser na teoria. É o mais viável, ao menos no estágio em que nos encontramos. O que estamos colocando em questão é o excesso, é a busca *desenfreada* de lucros. O capitalismo ávido, que não vê limites e não é sequer capaz de respeitar o que está disposto na lei hierarquicamente mais alta do

ordenamento jurídico. Esse sim é perfeitamente condenável. E que se traduz em permanente crise do Direito Social.

2.2. A Estrutura Precária do Poder Judiciário

Uma outra crise que abala sobremaneira o Direito Social diz respeito a estrutura precária em que o poder judiciário se encontra. Se por um lado temos um número de conflitos inter-individuais em crescente expansão – produtos diretos ou indiretos da crise supra mencionada no ponto 2.1. e demais problemas – temos agora o reflexo imediato destes, ou seja, uma crise que gera outra: os conflitos. Estes, não apenas advindos das relações de trabalho e sim todos os que envolvam direitos sociais (saúde, previdência, assistência, educação e muitos outros), passam a ser objeto de ingresso em juízo. Notemos o encadeamento que se forma:

a)Não observância da Constituição ou ausência de regulamentação infra-constitucional → b)Surgimento de insatisfações, conflitos, pendências → c)Admissão ao processo → d)Número cada vez maior de processos, congestionando o Poder Judiciário.

Percebemos, pois, que todas as crises estão correlacionadas. E a crise do Poder Judiciário é reflexo delas, constituindo-se num outro problema.

Já houve inúmeras tentativas para se resolver esse quadro, como, por exemplo, ampliando várias vezes o número de juntas e juízes no território nacional. Contudo, a presente preocupação *não é de ordem quantitativa e sim, qualitativa*. Não se pode elevá-los indefinidamente e, ainda que se pudesse, jamais se daria conta de todas as reclamações que existem e virão a existir. É preciso, como se diz popularmente, "cortar o mal pela raiz", e aquela era uma solução artificial.

Para acabar com o número exacerbado de processos, que o nosso poder judiciário não tem estrutura para atender, é preciso acabar com os conflitos. E se há conflitos, é porque há desequilíbrio social. Aí é que se encontra o problema central: buscar a erradicação dessas desigualdades e proporcionar, ao menos, as condições mínimas/básicas a todo povo brasileiro. A partir de então, o Direito Social se faria valer, passando a ser algo tangível.

A lista está longe de ser completa. Na realidade, como já o dissemos, não há crise que esteja desvinculada da outra. Todas elas se intercomunicam e se proporcionam reciprocamente. É um desarranjo crônico. Não é apenas questão econômica, é também cultural, social e, sobretudo, política: estabelecer metas, estratégias, objetivos que proporcionem, de forma racional, a melhoria das condições de vida da população. Para isso o Direito Social existe.

3. O art. 6º e sua Correspondência com a Realidade

Nesta parte, voltaremos nosso estudo aos Direitos Sociais elencados especificamente no presente artigo:

Art. 6.° "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" (CF/88).

Vale ressaltar que este não esgota os Direitos Sociais e que encontra um maior detalhamento e abrangência de conteúdo no Título VIII, referente à Ordem Social. Apesar da distância um do outro na Constituição, eles estão intimamente relacionados – Direitos Sociais e Ordem Social – e, portanto, não nos cabe pensar nessa divisão senão como mero artifício metodológico utilizado pelo constituinte. Contudo, como a nossa proposta de estudo é debater o art. 6.° e traçar sobre ele linhas críticas, seria impossível não nos remetermos à Ordem Social quando assim nos pareceu conveniente, afinal esta é o conteúdo dos Direitos Sociais.

4. O que é Seguridade Social?

A Seguridade Social é o instrumento através do qual o Poder público e a sociedade em geral empreende ações para suprir as necessidades sociais, assegurando direitos no tocante à saúde, à previdência e assistência sociais. Direitos esses que têm que ser interpretados segundo os objetivos e princípios que os informam, elencados no art. 194 da atual Constituição. É a denominação a qual a constituição se refere, em seu art. 6º.,ao falar em segurança.

4.1. O Diagnóstico da Saúde Brasileira

A Saúde, enquanto direito de todos e dever do Estado, só passou a ser garantida constitucionalmente em 1988. Trata-se, pois, de uma inovação tardia. É impressionante o quão tarde se atentou para esse aspecto, que é de extrema relevância para todos nós.

Não obstante se encontrar protegida sob o manto constitucional, a saúde brasileira não vai bem. Está, ela mesma, doente. Um grave cenário se delineou ao fim do ano de 1997: interrupção do cronograma de pagamentos traçados pelo Ministério da Saúde; agravamento da situação financeira dos hospitais do sistema único de saúde e das prefeituras municipalizadas, por absoluta falta de condições do pagamento do 13º salário; colapso na manutenção dos serviços dos hospitais universitários e comunitários; impossibilidade da manutenção dos programas de ações preventivas do Ministério da Saúde e muitos outros. A enumeração está longe de se esgotar, assim como também estão longe as soluções.

A arrecadação da CPMF, por exemplo, contribuiu bastante para elevar as cifras do cofre do governo no tocante à saúde pública; contudo, vale ressaltar que – ao contrário do que originariamente se planejou – essa contribuição deixou de

ser uma fonte adicional para se tornar uma fonte substitutiva. É aí que se encontra o grande perigo, pois sobrecarrega-se a população com impostos e contribuições, atribuindo-lhes a grande responsabilidade pela sobrevivência do setor da saúde pública, quando na realidade este deveria ser um *dever do Estado,* como nos diz a própria Constituição em seu art. 196. Uma vez cumprido esse dever, poder-se-ia então pensar em se exigir da população um *incremento racional* para a saúde, apenas como *fonte secundária* e, enfatizamos, não como cobrança desesperada para acobertar uma má administração.

O sistema único de saúde (S.U.S.) é uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, prestados pelo Poder Público, no exercício de seu dever. Conseqüência da supra mencionada "contribuição" é que se *pretende* por parte do governo implantar um novo sistema de controle administrativo do S.U.S. que consiste em transferir o orçamento disponível da União para o atendimento de saúde à gestão dos municípios, na proporção de seus números de habitantes, ao invés de distribuí-la diretamente para os hospitais, em função do número de leitos, como vem ocorrendo. Seria uma forma de se atender à demanda e não à oferta, haja vista no Brasil a oferta de leitos hospitalares – por incrível que possa parecer – é hoje maior que a demanda. Mas isso tem uma explicação: esta oferta é determinada principalmente por hospitais particulares.

Destarte, com a votação dessa reforma, os hospitais privados sairiam perdendo e os públicos, ganhando, já que estes seriam estimulados à competição, tendo maior autonomia seus administradores e incidindo sobre eles uma maior fiscalização por parte dos governos municipais, além dos estaduais e federais. Certamente a qualidade dos serviços prestados pelo S.U.S. melhoraria extraordinariamente e a população agradeceria.

Tudo se centraliza na vontade (ou ausência de tal) política. A Saúde tem que ser prioridade de qualquer governo, hoje e sempre.

4.2. Uma Breve Discussão sobre a Previdência Social

Historicamente, o marco inicial da Previdência Social no Brasil foi o decreto-legislativo n.º4.682/23, que se tornou conhecido como a "Lei Elói Chaves", que previa a criação de Caixas de Aposentadoria e Pensões, em todas as empresas ferroviárias. Anteriormente, por iniciativa particular, havia sido fundada em 1917, a Caixa de Aposentadoria e Pensões dos operários da Casa da Moeda. Posteriormente: criou-se (através de Conferência Internacional de Trabalho, sediada em Genebra, 1921) a indenização por acidentes de trabalho na agricultura; estendeu-se o direito de possuírem também uma Caixa de Aposentadoria e Pensões aos trabalhadores dos portos (1926) e aos operadores de companhias de serviços telegráficos e radiotelegráficos (1928) e assim se foi, paulatinamente, abrangendo as diversas categorias profissionais. Contudo, foi com a criação do

então denominado Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, que teve início a real implantação das normas legais pertinentes à Previdência Social.

Ela zela pela poupança e futuro do trabalhador, provendo os métodos necessários a garantir a si e a seus dependentes a precaução necessária contra os riscos biológicos (enfermidade, velhice, invalidez, maternidade, morte) e econômico-sociais (desemprego, por exemplo), mediante uma contribuição. São prestações públicas, que podem ser traduzidas em benefícios e serviços. Aqueles são prestações pecuniárias e estes, assistenciais.

Conforme vimos, a Previdência Social constitui uma espécie de "porto seguro" para quem com ela contribui: os trabalhadores e seus dependentes. Entretanto, não se pode considerá-la plenamente assim, em função da crise que a assola. Ela se encontra em estado de insolvência, e isso se deve, em parte, aos empregadores que não repassam os descontos nos salários de seus empregados à Previdência, retendo-os para os seus negócios. A parcela dessas contribuições – que, num grande esforço, ainda consegue chegar até a Previdência – são sistematicamente desviadas para obras que o governo considera prioritárias. Isso já é, em si, um absurdo; mas o pior é que essas "obras prioritárias", muitas vezes, são obras faraônicas sem sentido algum, voltadas para *marketing* político, obras que não constituem interesse à população e que são mesmo abandonadas, antes de concluídas. Exemplo de desvio dos recursos da Previdência foi a construção de Brasília, na década de 50. Além da corrupção existente na própria Previdência, que prejudica a sua enorme função social.

Mais uma vez se faz mister a consciência política e o efetivo interesse em mudar a situação. É preciso uma administração honesta, com fins racionais e idôneos, tanto da parte dos empregadores quanto dos administradores da Previdência Social. Afinal de contas, é o próprio trabalhador quem paga para ter direito a esta.

4.3. Da Assistência Social: Uma Reflexão

Diferentemente da Previdência Social, a Assistência Social não depende de contribuição. É, portanto, qualificada pela gratuidade de suas prestações, a todos aqueles que dela necessitarem, tendo por objetivos: proteger a família, a maternidade, a infância, a adolescência e a velhice; dar amparo às crianças e adolescentes carentes; promover a integração ao mercado de trabalho e, não sendo esta possível em função de algum obstáculo, (pessoa portadora de deficiência ou em idade avançada) que, comprovadamente, não permita à pessoa se manter por si mesma ou pela família, garante-se o benefício de uma quantia pecuniária mensal.[2]

[2] Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 203.

Essas prestações são financiadas com os recursos da Seguridade Social, além de outras fontes, que contam com a participação não só do Estado, como também de toda a sociedade. Mas fica a dúvida: se a Previdência Social, que conta com a renda, independente e certa, oriunda dos descontos nos salários dos trabalhadores, não vai bem; o que se dirá da Assistência Social? Independentemente da evidente resposta, é inegável a extrema importância que tem a Assistência Social, principalmente diante de uma população carente e sem maiores recursos para sobreviver, como é o caso da brasileira.

5. O Direito ao Trabalho: A Questão do Desemprego, sob a ótima econômica

Significa que todos tem o direito de encontrar atividade produtiva remunerada. É o direito, portanto, de não ficar desempregado, de poder prover o seu próprio sustento de forma lícita. Percebemos, portanto, que se não trata de direitos trabalhistas, e sim, de o direito de se poder vir a trabalhar, é um pressuposto àqueles.

Demonstra a preocupação que há no tocante ao desemprego. Hoje, a situação é alarmante. Com menos pessoas empregadas, menor será a demanda por produtos, logo menor será a venda destes e sua produção diminuirá. Cai a demanda, prejudica-se o acúmulo de riqueza nacional e não há circulação satisfatória de mercadorias. Perdem os produtores, perdem os consumidores – que vão ter menos opções à sua disposição – e gera-se a recessão. É o resultado de uma política que prevê inflação baixa, sem se atentar para os seus efeitos, num país já desestruturado socialmente e altamente dependente dos recursos estrangeiros. Não que essa política econômica desmereça elogios; ao contrário, só que não basta apenas favorecer um lado cegamente – a economia – sem que haja uma política de acompanhamento dos reflexos sociais internos. Já se comprovou que uma inflação moderada e equilibrada faz bem a qualquer economia. O problema está em saber administrá-la competentemente e desvinculada de qualquer outro interesse que não diga respeito aos interesses nacionais.

6. O Papel Fundamental da Educação

A educação é um direito de todos e dever do Estado e da família, que tem como objetivos básicos: o pleno desenvolvimento da pessoa, o preparo desta para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Notemos aí o quão é importante a tarefa de educar e que esta é indispensável na formação dos cidadãos. É um direito público subjetivo.

Para se concretizarem esses objetivos se faz preciso um sistema educacional democrático, que possibilite a todos o ingresso à escola. Como vimos, é dever do Estado e da família assegurar esse direito. O Estado tem que se estruturar, quantitativa e qualitativamente, para poder prestar, de forma pública e gratuita, os ensinos fundamental, médio e superior. Só que o Poder Público não tem dado conta dessa obrigação, fazendo com que o ensino particular –que é constitucionalmente condicionado e tido como secundário – esteja na frente anos-luz em termos de qualidade e de valorização ao operador educacional. O que era para ser fonte alternativa se tornou fonte única para aqueles que têm condições de arcar com o ensino pago, em detrimento dos menos favorecidos. Contudo, o nosso ensino pago, por sua vez, em muitos casos, se encontra também distante dos padrões internacionais; sem falar na grande disparidade que há entre as regiões brasileiras.

Parece-nos que sempre houve um descaso muito grande por parte das autoridades em solucionar a questão do ensino público brasileiro. Mas por que chegaríamos a esta conclusão? Ora, um país bem-educado é sinônimo de população esclarecida e crítica, população que reivindica, contesta com responsabilidade, que sabe argumentar. Logo, governos que não cumprissem com seus deveres e que ainda contribuíssem para o prejuízo nacional, certamente seriam abalados por uma forte pressão, no mínimo ideológica, para sua queda. É, nesse sentido, que se diz que países subdesenvolvidos realizam golpes de Estado e desenvolvidos, revoluções. Mas a questão aqui levantada quer significar que não interessa, muitas vezes, por parte de alguns governos – obviamente, não cabe generalizar– que a educação de qualidade seja massificada, pois isto representaria grande perigo aos seus desideratos pessoais.

É só olhar a nossa volta que constataremos esse descaso: baixos salários e má qualificação dos professores; estabelecimentos de ensino precários, ultrapassados e que, por vezes, representam mesmo perigo aos alunos; falta ou desvio de verbas, entre outros, compõem o quadro atual da rede pública de ensino.

Certamente esta situação não mudará tão cedo. Nenhum de nós estará vivo para presenciar o dia em que todos as crianças estarão na escola e que todos os adultos serão alfabetizados. Isso seria apenas o começo, uma vez que sabemos que não basta apenas ler e escrever, é preciso investir bem mais no chamado capital humano, para que todos os brasileiros tenham as condições mínimas para ingressarem e competirem no novo mundo que vem se delineando: o mundo globalizado.

7. O Lazer no Brasil: Uma Política Interessante

O Lazer é "o direito de usar o tempo não dedicado ao trabalho para o prazer do espírito ou do corpo. Distingue-se do direito ao descanso, ou repouso, que envolve apenas a recuperação de forças despendidas". [3] É algo mais amplo que este, na medida em que, além de se destinar a refazer as forças depois da jornada de trabalho, visa também a proporcionar satisfação física ou mental. Logo, engloba o direito de descanso. Está vinculado com as condições de trabalho e com a qualidade de vida, daí a sua relação com a *recreação, o meio ambiente* e *os desportos*; uma vez que é direito de todos utilizar o referido tempo disponível, de forma criativa e livre, seja para divertir-se, praticar esportes, brincar ou simplesmente repousar, segundo critério subjetivo de cada um.

Defendemos que a questão do lazer é controvertida. Não pelo fato de realmente precisar de uma regulamentação infra-constitucional, que faz com que seja um direito incerto e, sob certo aspecto, disperso; a questão que ora levantamos é de outra natureza. Sabe-se da fama do povo brasileiro, notadamente, no âmbito internacional no que concerne ao lazer. É um país de festas, de carnavais, de futebol. É uma alegria só... para os turistas estrangeiros, é claro. É certo que o povo brasileiro já é, em si, um povo sofrido, que necessita esquecer os seus problemas, ao menos durante uma semana carnavalesca ou uma partida de futebol, por exemplo. Até aí, nada demais. Mas, se atentarmos mais profundamente sobre o tema, verificaremos uma política muito interessante, que já era praticada desde Roma, na época áurea do Principado de Otávio, século I de nossa era, a chamada política de "Pão e Circo".

No que consistia essa política? Ao povo era dada a diversão e o mínimo para subsistir; destarte, ele se ocupava, "esquecendo" das dificuldades pelas quais passava e, portanto, não faria greves, protestos ou coisas do gênero. É, mais ou menos, assim que funciona no Brasil. E que alguns dos nossos políticos fazem questão de perpetuar.

O Lazer é, sem dúvida, uma grande conquista. Contudo, não se pode usá-lo de má-fé para tentar acobertar a realidade e deixar o nosso povo cego diante dela. Nenhum exagero é bem-vindo. Lazer sim, mas com responsabilidade.

8. Da Família, Da Criança, Do Adolescente e do Idoso

A família é a célula da sociedade, logo o Estado jamais poderia deixar de lhe prestar especial atenção. Entende-se por família a comunidade formada por pais e seus descendentes e pela união estável entre homem e mulher. A Constituição regula o casamento (ou a ausência de); o planejamento familiar, no sentido de que

[3] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. Vol. 01, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 91.

se veda qualquer forma coercitiva no âmbito de suas relações e fixa os direitos e deveres dessa instituição.

Enfatiza a proteção e assegura os direitos fundamentais à criança e ao adolescente. Os idosos também recebem um tratamento peculiar por parte da constituição, cabendo – assim como ocorre em relação aos anteriores – a responsabilidade por parte da família, da sociedade e do Estado, em amparar-lhes, assegurando-lhes a participação efetiva na sociedade, a autonomia e a defesa de sua dignidade e de seu bem-estar, além dos direitos fundamentais, é claro.

É indubitável que a nossa Constituição demonstra uma enorme preocupação em relação à família, à criança, ao adolescente e ao idoso. Não obstante, a preocupação do constituinte não foi suficiente para se fazer valer em todos os casos aquilo que ele dispôs. Diante disso, surgem vários problemas que assustam o nosso país às portas do século XXI, dentre os quais, destacaremos:

8.1. A Criança e o Trabalho Escravo

Uma afronta à Constituição reside no trabalho escravo infantil, praticado em várias regiões do Brasil: seja nas carvoarias do Mato Grosso do Sul, nos canaviais de Pernambuco, na lavouras de café de Minas Gerias e em tantos outros lugares. São milhares de crianças sendo exploradas, em função do baixo preço de seu trabalho e do complemento que representam à renda familiar.

Os menores são explorados abertamente com a anuência, muitas vezes da própria família, em condições de trabalho sub-humanas e dentro de uma longa jornada de trabalho. São crianças marcadas física, mental e moralmente: corpos franzinos, mãos calejadas, cicatrizes e olhos inchados; retardamento cultural e, sobretudo, a infância e a dignidade perdidas. Não vêem sequer a cor do dinheiro que ganham – o pagamento é feito, muitas vezes, sob a forma de vales, que é trocado por alimentos a altos preços – e, para piorar, estão sempre endividadas, pois desde o transporte, passando pelas ferramentas, até o plástico, que lhes serve de abrigo, é cobrado.

É uma situação desesperadora. É certo que há tentativas no sentido de reverter esta situação, como é o exemplo do Programa Bolsa-Familiar : consiste no pagamento de uma determinada quantia de dinheiro à família que tiver seus filhos matriculados na escola pública e que apresentem uma determinada freqüência. Assim, mantém-se a criança na escola, complementa-se a renda familiar e consegue-se o apoio da própria família, que passa a ter grande interesse na manutenção dos seus filhos na escola. É, apesar das quantias pagas serem ainda insuficientes, um projeto que vem conseguindo tirar muitos menores do trabalho cruel e desumano: o trabalho escravo.

Mas ainda há muito por fazer. Milhares de crianças ainda representam mão-de-obra fácil, barata e vulnerável, que enriquece injustamente aqueles que dela se

aproveitam. É um cenário de desolação e desesperança, que precisa ser urgentemente solucionado. É uma questão de despertar para uma realidade que está aí, é evidente, e que a própria Constituição já previu. Com um quadro desses, estamos enterrando o futuro do país.

8.2. Brasil: Um País Envelhecido

Hoje, vive-se mais no Brasil. Não se pode negar que, desde as últimas décadas, o processo de urbanização tem crescido e, com ele, também os serviços de saúde e saneamento público, que presentearam os brasileiros com alguns anos de vida a mais. Mas a maturidade alcançada é apenas demográfica; uma vez que o nosso país ainda não está preparado o suficiente para prover um país de idosos. Ora, se ainda enquanto é considerado um país jovem, O Brasil não consegue sequer resolver os problemas da infância, que dirá, então, dos da velhice? A falta de planos político-sociais nesse sentido prenuncia um futuro sombrio para o terceiro milênio: uma população rica em viúvas, na medida em que sabemos que as mulheres vivem mais do que os homens; falta de tratamento adequado aos idosos, em função de suas doenças típicas da terceira idade; desemprego, haja vista a discriminação em favor dos jovens; entre outros.

Aqueles que conseguem chegar à velhice, já chegam cansados, exauridos. Não apenas pelo fato natural de se encontrarem em idade avançada, mas, sobretudo, porque lutaram a vida toda, em geral, dentro de condições precárias, com salários insignificantes e, por vezes, provendo o sustento de toda a família. A questão do idoso é apenas um reflexo de toda a vida de sacrifício pelo qual os brasileiros passam. Logo, o problema é generalizado.

É preciso se chegar à velhice com dignidade. De que adianta viver mais, se se vive mal? Falta vontade política e a consciência de um futuro que já está trilhado: o de que estamos, irremediavelmente, caminhando para um país grisalho.

9. Conclusão

O intuito do nosso estudo foi o de propor o debate e traçar as linhas críticas sobre os Direitos Sociais, indagando sobre a sua real correspondência (ou não) com a realidade. Vimos, desta forma, que o nosso país enfrenta graves problemas, em todos os setores da sociedade, gerando um estado de vergonha e miséria para sua população. São questões que se insurgem à nossa vista e causam indignação: o Brasil, enquanto grande produtor e exportador de alimentos, deixa considerável parcela de seu povo faminto; enquanto uma das maiores economias do mundo não é sequer capaz de empregar de forma razoável seus trabalhadores, permitindo que adultos e crianças invadam as ruas e sinais de trânsito para pedir esmolas (na melhor das hipóteses), assustando a população e prejudicando a

imagem de um país que – como acabamos de mencionar – tem razoáveis condições de progresso, mas que se perde em meio à má-administração e a conseqüente má distribuição da riqueza social, tornando a nossa sociedade uma sociedade excludente e, nesse sentido, autofágica, posto que um número cada vez maior de pessoas vai aumentando a fila dos desempregados, provavelmente depois a dos pedintes e quem sabe a dos criminosos... é um encadeamento vicioso e perigoso a qualquer sociedade. Eis aí que temos que fazer valer o Direito e, no caso, mais especificamente o Direito Social, na sua função primeira e vital: qual seja, a de (re)estabelecer o equilíbrio social e a manutenção da sociedade, enquanto regulador das relações do homem em convívio com seus semelhantes.

Diante de tudo o que expusemos, esperamos ter despertado no leitor a atenção e o alerta para os problemas de nosso país, sob uma perspectiva ativa, de modo a buscar a conscientização de todos e a vontade de querer mudar. O nosso governo, enquanto dotado de poder, tem de despertar para tal realidade, dado que como pode ele exigir do povo alguma atitude, se este não tem, muitas vezes, o mínimo para subsistir? Faz-se mister que, primeiro se sane essa dificuldade, para que, depois, se habilite a todos a reflexão e a conscientização da realidade, voltadas para a construção de um futuro melhor. "Um governo para o povo não pode existir antes que seja um governo do povo."[4]

Por outro lado, não devemos esperar passiva e utopicamente que o Estado reaja e consiga resolver todos os nossos problemas, porque não vai. A sociedade — em sua camada mais esclarecida e, nesse sentido, privilegiada— tem papel fundamental nessa mudança e deve constituir um agente crítico e presente. Culpar somente o governo é atitude cômoda e ignorante. Ele é responsável sim, mas não somente ele... Afinal, em maior ou menor grau, somos todos responsáveis.

"Não posso continuar sendo humano se faço desaparecer em mim a esperança."
Paulo Freire.

10.Bibliografia

Livros

- AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. 14. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 1997
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. Vol. 01, São Paulo: Ed. Saraiva, 1990.
- PINTO FERREIRA, Luiz. Curso de Organização Social e Política Brasileira. 2a. ed. , Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1974.

[4] Cf. SANTOS, Roberto. A Crise do Direito Social no Brasil. Revista do Tribunal Regional da 8ª. região. Vol. 14, n.º 27, Belém, dez./jul. 1981, pp.17-37.

Revistas

- FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Direitos Sociais e Direitos Trabalhistas na Constituição. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. São Paulo: Ed. LTr., 1992, v. 61/62, pp. 30-35.
- GUERRA, Rosângela. A infância Perdida. Revista Nova Escola. São Paulo: Fundação Victor Civita ,maio de 1994, ano IX, n.º 75.
- SANTOS, Roberto. A Crise do Direito Social no Brasil. Revista do Tribunal regional da 8ª. região. Belém, jul./dez., 1981, v.14, n.º 27, pp. 17-37.
- SANTOS, Reinaldo. Previdência Social: algumas normas legais e seus novos rumos. Revista Legislação do Trabalho. São Paulo: Ed. LTr., jan./jun., 1977, ano 41, pp. 9-15.

Textos Retirados da Internet

- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Controle Municipal do S.U.S. Informativo Eletrônico da Rede Saúde Brasil. Http://www.ibase.org.br/~saudebrasil/. ano 1, n.º 3. 20 de novembro de 1997
- DODGE, Rachel Elias Ferreira. A Eqüidade, a Universalidade e a Cidadania em Saúde, vistas sob o prisma da Justiça. Http://www.ibase.org.br/~saudebrasil/. 20 de novembro de 1997.
- FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. A indústria das Contribuições Previdenciárias. Http://www.jus.com.br/doutrina/index.html. 20 de novembro de 1997.
- RODRIGUES, João Gaspar. Trabalho infantil ou escravo? Http://www.jus.com.br/doutrina/index.html. 08 de setembro de 1998.
- ZAHLOUTH JÚNIOR, Carlos. Direitos Sociais. Http://www.jus.com.br/doutrina/index.html. 08 de setembro de 1998.

BREVE ANÁLISE DO ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL CRIMINAL[1]

Christiano Sávio Barros Figueirôa (Aluno do 8° período da Graduação em Direito da UFPE, Monitor de Direito Internacional Público, Orientadora Profª. Regina Rosa e Silva)

Sumário: I – Antecedentes; II – A Conferência de Roma; III – O Estatuto da Corte Internacional Criminal; a. Composição; b. Competências; c. Relações com a Organização das Nações Unidas; d. Princípios; e. Procedimentos; f. Penalidades; g. Entrada em Vigor, Reservas, Denúncia; IV – Conclusões; V - Bibliografia

I - Antecedentes.

A idéia da criação de uma corte permanente para julgar diretamente indivíduos por crimes de tal gravidade que são considerados delitos contra o próprio Direito Internacional não é recente, se desenvolveu *pari passu* com o evolver da proteção internacional dos Direitos Humanos em seu sentido mais amplo.

Em 1864, já na Conferência de Genebra para a melhoria da sorte dos militares feridos dos exércitos em campanha, era proposta a criação de um tribunal internacional permanente para impor sanções por Gustave Moynier, que viria a ser um dos fundadores do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, sem qualquer êxito. Seria formado por cinco membros, dois dos beligerantes e três neutros.[2]

Ao final da Primeira Guerra Mundial, mas os Aliados pretenderam a criação de um tribunal internacional penal para processar e julgar os criminosos de guerra. Pelo Tratado de Versalhes, de 1919, o Kaiser Wilhelm II seria julgado por um tribunal especial por "crime contra a moralidade internacional e a santidade dos tratados"; os militares, por cortes marciais. Isto fracassou devido ao fato de o Kaiser haver se refugiado na Holanda e esta se negado a conceder sua extradição

[1]Versão revisada e ampliada de trabalho apresentado para a turma 98.1 da disciplina Direito Internacional Público II, no curso das atividades de monitor, intitulado "A Corte Internacional Criminal - histórico e perspectivas".

[2] MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. 2º Volume, p. 736 PFANNER, Toni. *Institución de un Tribunal Penal Internacional Permanente. Expectativas del CICR com respecto a la Conferencia Diplomática de Roma*. In: Revista Internacional de la Cruz Roja. Nº 145, Ginebra, marzo, 1998, pp. 23-30, p. 23.

aos vencedores. Os criminosos de guerra alemães foram processados e julgados pela Corte Suprema de Leipzig, alemã. [3]

Em 1937, a Sociedade das Nações adota uma Convenção para a criação de um Tribunal Penal Internacional, em Genebra, destinada à efetivação da Convenção para prevenção e repressão do terrorismo, de mesma data e lugar, tendo mergulhado no fracasso junto com a própria Liga das Nações na escalada para a Segunda Guerra Mundial e nunca entrado em vigor[4].

Após a Segunda Guerra Mundial foram criados dois Tribunais para julgar os criminosos de guerra do lado dos vencidos. O Tribunal de Nurembergue, criado pelo Acordo de Londres, de 8 de agosto de 1945, com competência para julgar crimes de guerra, crimes contra a paz e crimes contra a humanidade; e o de Tóquio, instituído pelo General MacArthur, com características semelhantes.

Os Tribunais de Nurembergue e Tóquio sofreram severas críticas quanto a sua legitimidade e legalidade, que ressaltavam a necessidade de um tribunal internacional permanente para que não se repetissem seus erros. Tratava-se incontestavelmente de tribunais de exceção, constituídos *ad hoc*, após a prática dos fatos que se propunham a processar e julgar. Só os vencidos eram processados, e não apenas eles violaram os costumes e as leis de guerra. Sequer o princípio do *nullum crimen, nulla sine prævia lege* era obedecido, pois não havia normas de direito internacional anteriores definindo as condutas por eles investigadas como crimes internacionais e cominando-lhes penas. Doutrinariamente, tentou-se justificá-los com base na teoria do conceito material de crime, de condutas tão hediondas que seriam consideradas crimes por toda a humanidade independente de definição legal e que como tais não poderiam restar impunes.

Finda a Segunda Grande Guerra e criada a nova Organização das Nações Unidas, este organismo tem em suas preocupações iniciais a criação de um tribunal penal internacional permanente, sobretudo a partir do desenvolvimento da proteção internacional dos direitos humanos, como com a adoção da Convenção para repressão e punição do crime de genocídio (1948). É criada uma Comissão de Jurisdição Penal Internacional que em 1953 apresenta um projeto, ao qual não foi dado o devido desenvolvimento em face das dificuldades de se definir o crime de agressão, questão tida como prejudicial à da adoção da Corte.[5] Ainda, um Grupo de Trabalho da Comissão de Direitos Humanos apresentou no início dos anos 80

[3] MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Op. cit.*, pp. 736-737.

[4] RAMA-MONTALDO, Manuel. *Acerca de Algunos Conceptos Básicos Relativos al Derecho Penal Internacional y a una Jurisdicción Penal Internacional.* In: El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación - Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga. 1ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 1994. Vol. II, pp.865-893, p. 878.

[5] RAMA-MONTALDO, Manuel. *Op. cit.*, p. 880.

um projeto para a criação de um tribunal internacional permanente para a repressão do *apartheid* e outros crimes internacionais, também sem sucesso [6].

No início dos anos 90, a perdido da Assembléia Geral, a Comissão de Direito Internacional volta a se ocupar da elaboração de um projeto de corte penal internacional permanente, o que vai ser ainda mais reforçado pelo impacto de fatos como os conflitos ocorridos em locais como a ex-Iugoslávia e Ruanda, que viriam até mesmo a gerar a criação de novos Tribunais *ad hoc* por resoluções do Conselho de Segurança da ONU, estando ambos ainda em funcionamento. Em 1994, a Comissão de Direito Internacional da ONU adota a versão final do projeto de Estatuto de uma Corte Internacional Criminal, recomendando à Assembléia a convocação de uma Conferência para sua criação[7].

II - A Conferência de Roma.

A Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estabelecimento de uma Corte Internacional Criminal, finalmente foi reunida, em Roma, de 15 de junho a 17 de julho.

Durante as negociações, ficou patente a vontade das grandes potências em limitar ao máximo possível a sua atuação, com propostas de restringir as suas competências, deixá-la bastante subordinada ao Conselho de Segurança quanto ao início e suspensão de sua atuação, adotar a cláusula facultativa de jurisdição obrigatória, subordinar a atuação da Corte ao consentimento do Estado de custódia e/ou de nacionalidade do réu, etc. Para elas, num luminar exemplo de *Realpolitik*, seria mesmo conveniente a permanência do sistema hoje vigente, de tribunais de exceção, constituídos *ex post facto* pelos vencedores para julgar apenas os vencidos... de forma que nunca teriam nacionais seus sentados no banco dos réus.

Dos Cinco Grandes do Conselho de Segurança da ONU, apenas o Reino Unido se mostrou favorável à criação de uma Corte dotada de amplos poderes e independência para processar e julgar os crimes internacionais mais hediondos, praticados por quem quer que fosse.

Os últimos dias da Conferência de Roma foram decisivos para a criação da Corte Internacional Criminal. A inclusão de disposições sobre um *período de transição*, segundo o qual durante os sete primeiros anos de vigência da CIC, o Estado-Parte poderia não submeter seus nacionais a sua jurisdição (art. 124), fez com que várias das potências opositoras da Corte, como a França, se juntassem à grande maioria dos Estados na Conferência e a aprovassem.

---

[6] RAMA-MONTALDO, Manuel. *Op. cit., loc. cit.*
[7] RAMA-MONTALDO, Manuel. *Op. cit.*, p. 890.

O Estatuto da Corte Internacional Criminal [8] foi, ao final, aprovado por 120 votos a favor, 7 contrários e 21 abstenções. Dentre os votos contrários à CIC destacam-se o da China e o dos Estados Unidos da América, que restou como o grande vencido da Conferência de Roma, prometendo buscar mudanças em seu Estatuto e, não as conseguindo, dificultar por todas as formas a sua implementação. A pedido dos EUA, esta votação expressiva contra seu ponto de vista não foi registrada, como se a Corte houvesse sido adotada por consenso.

III - O Estatuto da Corte Internacional Criminal.

a. Composição.

A Corte Internacional Criminal terá sede na Haia (art. 3.1), podendo contudo se reunir e desempenhar suas funções em qualquer outro lugar se considerar oportuno.

Conforme o art. 34 do Estatuto de Roma, a Corte é composta dos seguintes órgãos:

* a Presidência, a Divisão de Apelações, a Divisão de Primeira Instância e a Divisão Preliminar - as três últimas devendo subdividir-se em Câmaras - formando a Corte propriamente dita;
* a Promotoria; e
* a Escrivania.

Os membros da Corte devem ser escolhidos entre pessoas alta idoneidade moral, imparcialidade e integridade e que possuam as qualificações necessárias em seus Estados para os mais altos cargos judiciais, com notório saber jurídico nos campos do Direito Penal, do Direito Processual Penal, do Direito Internacional Humanitário e/ou do Direito Internacional dos Direitos Humanos *stricto sensu*. Devem representar os principais sistemas jurídicos do mundo. Deve, ainda, haver uma distribuição geográfica *e de sexos* (art. 36.8.*c*) eqüitativa das vagas da Corte.

Os membros da Corte têm mandato de 9 anos, vedada a reeleição, renovando-se o órgão de 1/3 a cada 3 anos.

A Promotoria é regulada como um órgão separado e independente da Corte. É chefiada pelo Promotor, que poderá ter o auxílio de um ou mais Promotores Adjuntos. O Promotor é eleito pelo voto secreto da maioria absoluta dos membros da Assembléia de Estados-Partes. Seus adjuntos são eleitos da mesma forma, a partir de uma lista enviada pelo Promotor, com três candidatos por vaga.

[8] O texto integral do Estatuto da Corte Internacional Criminal, nas versões em inglês e francês, pode ser encontrado na Internet, a partir do *website* da Corte Internacional Criminal, http://www.un.org/icc.

b. Competências.

O Estatuto ressalta o caráter complementar da CIC em relação às jurisdições criminais internacionais, em seu Preâmbulo e logo no art. 1º. Basicamente, não se visa com a atuação da Corte Internacional Criminal a restrição das competências das jurisdições criminais estatais em relação aos crimes definidos em seu art. 5, mas sobretudo não permitir que eles acabem impunes por inércia e/ou conivência das justiças internas.

Desta forma, o Estatuto dispõe no sentido de que não será admissível perante a Corte processo sobre fato já investigado ou processado por um Estado, parte ou não, com jurisdição sobre ele, salvo se constatado não ter ele a intenção de efetivamente conduzir as investigações, processo e eventual punição (art. 17.1 *a* e *b*).

Prevaleceu ao final das negociações do Estatuto de Roma a corrente minimalista no que tange às competências da Corte Internacional Criminal, a que foram atribuídas as tarefas de julgar os crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão. Quedaram fora de seu mister uma série de outros delitos considerados de modo geral crimes internacionais pela doutrina e pela *praxis*, inclusive com tratados específicos a reprimi-los ou costumes de longa data, como os delitos de pirataria, apoderamento ilícito de aeronaves, e seqüestros ou atentados contra pessoas internacionalmente protegidas, atentados contra a aviação civil internacional, etc.

A definição do crime de genocídio foi fiel àquela da Convenção de 1948. Os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra foram exaustivamente tipificados, estes últimos inspirados nas Quatro Convenções de Genebra, seus Protocolos e as normas de Direito Humanitário que as seguiram. Podemos citar, a título de exemplo os seguintes crimes tipificados como sob jurisdição do Tribunal Internacional Penal: crimes contra a humanidade - o *apartheid*, a escravização, a esterilização ou gravidez forçadas, o estupro, a xenelásia, *inter alia*, como parte de um ataque generalizado ou sistemático a uma população civil; como crimes de guerra - a declaração de não dar quartel, a tomada de reféns, o ataque dolosamente dirigido a objetivos civis, a pilhagem, o uso de menores de 15 anos como combatentes, entre outros.

Os crimes de guerra envolvem não só aqueles cometidos no curso de conflitos armados de caráter internacional, como também, seguindo os princípios do Direito de Genebra, especialmente os contidos no art. 3º comum às quatro convenções de 1949 e no seu Protocolo Adicional nº 1 de 1977, os havidos no seio de conflitos armados de caráter interno (art. 8.2. *a* e *e*).

Ainda não foi com o Estatuto da Corte Internacional Criminal que se definiu o crime de agressão. Trata-se de uma de suas lacunas mais graves. Do

Estatuto, consta apenas a previsão da competência da Corte para processar e julgar tal crime. Contudo, consoante o princípio da tipicidade penal que ela adota, e o disposto no art. 5.2, ela só poderá vir a exercer tal competência quando, por emenda ou revisão do Estatuto, os Estados-Partes lograrem um consenso a respeito da definição do crime de agressão, há muito necessária.

O Estatuto da Corte Internacional Criminal, ao contrário da Corte Internacional de Justiça, não adotou o sistema da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória (art. 12.1). O Estado-Parte aceita a jurisdição obrigatória da Corte pelo simples fato de a integrar. Estados não-partes podem também se submeter a sua jurisdição, querendo, em certos casos de competência da Corte em que estejam envolvidos. Todavia, foi estabelecido o período de transição de 7 anos comentado acima, durante o qual o Estado-Parte pode declarar não aceitar a jurisdição obrigatória da Corte.

c. Relações com a Organização das Nações Unidas.

Os Estados reunidos na Conferência de Roma optaram por deferir a questão do relacionamento da Corte Internacional Criminal com a Organização das Nações Unidas. Em princípio, ela é uma organização internacional independente da ONU, mas a questão deste relacionamento deverá ser disciplinada em um tratado posterior a ser celebrado entre a ONU e a Corte. Este tratado poderá vir a dar-lhe um regime de Agência Especializada ou algo semelhante ao da Corte Internacional de Justiça.

Todavia, o Estatuto já prevê a atuação do Conselho de Segurança, provocando a Corte ou impedindo, por resolução, que aprecie certas matérias, quando estiverem dentro de seu plexo de competências. No entanto, tal Conselho restou com bem menos poderes de interferência na atuação da Corte do que pretendiam os Quatro Grandes no início das negociações.

De fato, pretendeu-se durante as negociações do Estatuto, por exemplo, que o direito de iniciativa processual do Promotor perante a Corte fosse subordinado à autorização do Conselho de Segurança. Desta forma, seria necessária uma ação positiva do Conselho para o início do procedimento, havendo então a muito provável possibilidade de o veto de um de seus membros permanentes frustrar qualquer tentativa de processo contra acusados de crimes internacionais quando isto a eles não conviesse. Na disciplina aprovada, o Conselho de Segurança tem de agir positivamente para ***impedir*** o procedimento, e não autorizá-lo, de forma que, se houver interesse nisto, é necessária a aprovação pela maioria de 9 votos dos membros do Conselho, nela incluídos os votos dos cinco permanentes, conforme a disciplina da Carta de São Francisco. O uso do direito de veto, aqui, tem por conseqüência a liberdade de atuação da Corte, e não o seu trancamento.

d. Princípios.

O Estatuto de Roma teve especial preocupação em adotar de modo expresso os princípios gerais do direito penal contemporâneo, imprescindíveis ao julgamento justo e imparcial de qualquer pessoa, inclusive dedicando um capítulo inteiro a respeito. Consagram-se, assim, princípios como o do *nullum crimen, nulla pœna, sine prævia lege*, com uma extensa tipificação dos crimes de competência da CIC e a definição das penas; o devido processo legal, minuciosamente disciplinado no Estatuto; a proibição do *bis in idem*, ressaltando o caráter complementar da Corte; a individualidade e proporcionalidade da pena; a presunção de inocência e a ampla defesa; o juiz natural; inimputabilidaade de menores de 18 anos e doentes mentais, etc.

Quanto ao princípio da obediência hierárquica, o Estatuto o consagra (art. 33) da mesma forma que o costumam os direitos internos, mas com a relativização determinada com o desenvolvimento das normas sobre crimes de guerra, servindo apenas de escusa quando a pessoa era obrigada por lei a obedecer e ainda assim desconhecia e ilegalidade do crime ou não era ele manifestamente ilegais. De logo proclama que ordens para cometer genocídio e crimes contra a humanidade são manifestamente ilegais.

e. Procedimento.

O Promotor da CIC poderá agir mediante três formas de iniciativa (art. 13):

* provocado por um Estado-Parte no Estatuto de Roma;
* provocado pelo Conselho de Segurança da ONU;
* *motu proprio*, podendo agir com base em reclamações de vítimas e particulares.

Deverá ser autorizado pela Câmara Preliminar para proceder às investigações.

Cabe à Promotoria a condução das investigações sobre a materialidade e autoria do delito a fim de que possa haver o processo perante a CIC. Os Estados-Partes devem cooperar nesta fase, como também em todas as demais do procedimento, até o fim da execução de eventual condenação.

O procedimento penal na CIC é bifásico, dividindo-se em um juízo de admissibilidade e um juízo de mérito. O juízo de admissibilidade fica a cargo da Câmara Preliminar, competente para decidir todas as questões relativas ao processo (determinar a citação ou prisão preventiva do réu, produção antecipada de provas, etc.) anteriores ao julgamento, bem como fiscalizar a legalidade da atuação do Promotor neste período. Antes do julgamento, devem as acusações passar por um juízo de admissibilidade pela Câmara Preliminar, que analisará a presença de

elementos de convicção suficientes sobre o fato para submeter o réu a julgamento e sua admissibilidade perante a Corte. Trata-se de algo semelhante ao juízo de pronúncia no procedimento criminal perante o júri no nosso sistema, sendo que só excepcionalmente se praticam atos instrutórios em juízo, decidindo a Câmara com base nas evidências trazidas pelas investigações do Promotor.

Admitida a acusação, o julgamento do acusado é realizado pela Câmara de Julgamento. Deve ser feito em presença do acusado, é oral e, em princípio público. Realiza-se a instrução criminal, com ampla defesa para o réu. As deliberações da Câmara de Julgamento são secretas, apenas a sua decisão vem a público, devendo ser lida na presença do acusado.

O recurso previsto para as decisões da CIC é a Apelação, em face de erro quanto à apreciação do fato ou do direito, erro processual, ou desproporcionalidade entre a conduta e a pena aplicada, ou, somente pelo condenado, qualquer outro fato que comprometa a confiabilidade da decisão ou do procedimento (art. 81). Também é disciplinada a revisão criminal, a qualquer tempo, em favor do condenado, sempre que surjam novas provas capazes de determinar um julgamento mais favorável (art. 84). O condenado por erro judiciário tem seu direito à indenização protegido (art. 85).

f. Penalidades.

A penalidade básica a ser aplicada pela Corte Internacional Criminal é a privação de liberdade, que pode ir até 30 anos, ou, em casos de extrema gravidade, mesmo a prisão perpétua (art. 77.1). Cumulativamente, podem ser aplicadas penas de multa e de confisco de bens que constituam proveito ou produto dos crimes, ressalvados os direitos de terceiros de boa fé (art. 77.2).

Prevê o Estatuto o estabelecimento de um fundo pela Assembléia de Estados Partes para a indenização às vítimas dos delitos de competência da Corte (art. 79).

A previsão da pena de prisão perpétua, ainda que em caráter excepcionalíssimo, a propósito, constitui um óbice num primeiro momento intransponível para a vinculação do Brasil ao Estatuto de Roma, em face da vedação existente no art. 5°, XLVII, *b* da Constituição Federal, cláusula pétrea, e de o Estatuto não admitir reservas. Poder-se-ia, numa futura emenda ou revisão do Estatuto, permitir reservas apenas quanto a esta parte, pois muitos outros países, independente de previsão constitucional, mostram-se refratários à idéia de penas perpétuas, dentro da mais moderna Criminologia. De fato, as penas perpétuas são hoje condenadas por seu caráter unicamente punitivo, sem qualquer preocupação com a recuperação ou ressocialização do criminoso.

g. Entrada em Vigor, Reservas, Denúncia.

O Estatuto deverá entrar em vigor no primeiro dia do mês após o 60° dia seguinte ao depósito do 60° instrumento de ratificação, aprovação ou adesão com o Secretário-Geral das Nações Unidas. Para ratificações e adesões posteriores, o Estatuto entrará em vigor depois de 60 dias de sua data. O Estatuto provavelmente só deverá começar a vigorar nos primeiros anos do próximo milênio. Acredita-se, ainda, que muitos dos votos favoráveis e das assinaturas ao Estatuto seja apenas encenação, dificilmente acompanhada de posterior ratificação.

O art. 120 do Estatuto de Roma, seguindo a tendência pregada pelos estudiosos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, proíbe expressamente qualquer reserva a seu texto, de modo que os Estados-Partes não podem por qualquer forma restringirem a aplicação de suas disposições, buscando-se a preservação ao máximo de suas competências. Esta regra, contudo, tem a desvantagem acima referida.

Todavia, a possibilidade de denúncia do Estatuto é expressamente prevista no seu art. 127, com prazo de pré-aviso de um ano, se o denunciante não fixa outro maior, permanecendo ele vinculado em relação a todos os fatos ocorridos antes da entrada em vigor de sua retirada. O ideal seria que o Estatuto fosse indenunciável, mas os Estados reunidos na Conferência de Roma ainda não quiseram comprometer de modo perpétuo sua soberania com a jurisdição da CIC, ainda que ela exista para a defesa dos direitos da humanidade.

IV - Conclusões.

Finalmente, após anos de árduos esforços, logrou-se na sociedade internacional a criação de uma Corte Internacional Criminal, com uma expressiva aprovação por parte dos Estados que participaram da Conferência de Roma, com lastro em forte apoio da opinião pública internacional e pressão das ONGs de direitos humanos. O Estatuto aprovado em Roma abre novos horizontes na proteção internacional dos direitos humanos, permitindo a punição dos que praticam crimes dos mais graves previstos pelo Direito Internacional Público diretamente por um organismo internacional, não mais dependendo das jurisdições internas, por vezes bastante coniventes ou complacentes.

As negociações em Roma foram marcadas, e por que não dizer manchadas, por forte oposição de certos Estados de expressão na sociedade internacional que, sob um enfoque puramente da velha *raison d'État*, não querem correr o risco de ver seus nacionais processados, julgados e eventualmente condenados por um organismo internacional, ainda que possam ser culpados das mais dantescas atrocidades. É mais conveniente só punir os mais fracos e os vencidos. Também, há muita encenação dentre os 120 Estados que aprovaram o texto final do Estatuto, nem todos ratificarão ou sequer assinarão o tratado, pelas mesmas razões

dos que lhe fizeram oposição aberta. Muito provavelmente, as dificuldades para a entrada em vigor e a efetiva implementação da Corte Internacional Criminal serão de intensidade igual ou maior às tidas para a sua criação.

É fundamental, pois, a atuação da sociedade civil internacional, por meio das ONGs ou difusamente, pela opinião pública internacional, cuja importância se fez sentir, por exemplo, no recente episódio da frustração do projeto do ominoso Acordo Multilateral sobre Investimentos, no sentido de pressionar os Estados para se vincularem ao Estatuto, pondo-o em funcionamento o mais breve possível, a fim de que a vitória presente possa de fato ser celebrada...

V - Bibliografia

- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil.* Brasília: Edições Humanidades (UnB), 1998. Série Prometeu.
- MELLO, Celso Albuquerque. *Direitos Humanos e Conflitos Armados.* Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público.* 10ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. 2º Volume.
- PFANNER, Toni. *Institución de un Tribunal Penal Internacional Permanente. Expectativas del CICR com respecto a la Conferencia Diplomática de Roma.* In: Revista Internacional de la Cruz Roja. Nº 145, Ginebra, marzo, 1998, pp. 23-30.
- RAMA-MONTALDO, Manuel. *Acerca de Algunos Conceptos Básicos Relativos al Derecho Penal Internacional y a una Jurisdicción Penal Internacional.* In: El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación - Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 1994. Vol. II, pp.865-893.

PERSEU E DIREITO INTERNACIONAL: SOBRE EXCLUSÃO E INTERNACIONALISMO

George Rodrigo Bandeira Galindo (Bacharel em Direito pela UFPE)

Sumário: 1. Introdução; 2. Internacionalismo e Subdesenvolvimento; 3. Internacionalismo e Monismo x Dualismo; 4. Internacionalismo e Espelho de Atena; 5. Internacionalismo e Magistratura; 6. Internacionalismo e Exclusão; 7. Conclusões; 8. Bibliografia Básica.

1. Introdução

Conta a mitologia grega que Perseu, filho de Danae, persuadido por Polidectes, aventurou-se na difícil e perigosa tarefa de matar a medusa, a única mortal dentre as górgonas. Com o poder de transformar em pedra quem avistasse seu rosto, teria sido em vão o desejo de Perseu se Atena não lhe houvesse emprestado um espelho resplandecente. A estratégia era simples: se o herói não olhasse a Medusa diretamente nos olhos, mas sim através do espelho, poderia mirar na cabeça da górgona, deixando que o movimento de sua espada fizesse o restante. E foi bem sucedido Perseu. Morte à Medusa e Vida longa a Perseu!!!

***

Não é raro buscar explicações de fatos da vida moderna nos gregos. Foram eles mestres em sintetizar a vida na literatura, de forma exuberante. Com poucas diferenças, parece a aventura de Perseu explicar com brilhantismo a atitude de algumas sociedades para com o Direito Internacional. Os juristas, em sua grande parte, não conseguem encará-lo nos olhos, vêem-no deformado, monstruoso (rosto hediondo, olhar feroz e cabelos cheios de serpentes e fitas tal qual a medusa?), insuficiente e – como é usual afirmar – primitivo (não querem petrificar-se). Baseiam-se na premissa de que a coercitividade é essencial ao direito e, por no direito internacional ser esta pouco latente ou inexistente (segundo eles), esse ramo do direito estaria fundado apenas em normas morais, além de a fronteira entre o político e jurídico ser totalmente imprecisa. Tal prevenção contra o direito internacional parece ser, nos dias de hoje, não um fenômeno uniformizado, mas sim um reflexo da cultura jurídica existente em cada Estado. Neste sentido, há Estados que consideram o direito internacional como um ramo qualquer do direito e que, com naturalidade, o olham de frente, sem qualquer prevenção no trato de matérias a ele atinentes. Por outro lado, há Estados em que o direito internacional

é vista mais ou menos como uma medusa, e tanto advogados como magistrados tendem a evitar com ele tratar, recorrendo a doutrinas mirabolantes ou baseadas em falsas premissas, a fim de evitar seu rosto, ou seja, seu âmago (o espelho de Atena lhes é muito caro). Parece que, para tais indivíduos, olhar o direito internacional através do espelho (ou seja, um objeto que lhes é familiar e existente em suas vidas corriqueiras), lhes traz uma tranqüilidade maior para com ele lidar, tornando-o assim, tal qual o espelho, algo familiar. Rosalyn Higgins, a primeira e, até os dias atuais, a única juíza da Corte Internacional de Justiça, despontando na década de 90 como uma das maiores internacionalistas do mundo, talvez cônscia de seu papel de vanguarda, colocou com precisão impecável o problema, ao afirmar: "(...) *This is the reality of legal culture. In some jurisdictions international law will be treated as a familiar topic, one that both the judge and the counsel before him will expect to deal with on a routine basis, the introduction of which occasions no special comment or interest. Of course, this attitude is more to be expected in systems accepting the monist view. But I speak of very practical matters: the judge and lawyers in his court will have studied international law and will be familiar with it, just as they are familiar with other everyday branches of the law. But there is another culture that exists, in which it is possible to become a practising lawyer without having studied international law, and indeed to become a judge knowing no international law*".[1]

O presente estudo, embora aborde o problema da cultura jurídica em relação ao direito internacional de um modo geral, intenta analisar o fenômeno no Brasil.

2. Internacionalismo e Subdesenvolvimento

A existência de sociedades mais abertas aos preceitos do direito internacional não implica afirmar serem elas desenvolvidas, embora seja este um dado relevante. Da mesma forma, sociedades mais fechadas ao direito internacional não são necessariamente sociedades menos ou pouco desenvolvidas.

Em relação ao primeiro caso, Estados latino-americanos com Costa Rica e Argentina servem como bons exemplos. Se comparada com suas irmãs latino-americanas, a Costa Rica pode ser considerada uma sociedade mais aberta ao direito internacional. Do mesmo modo, a Argentina, com sua recente reforma constitucional, parece ter dado um passo importantíssimo no sentido de uma maior abertura ao direito internacional. Os próprios Estados subdesenvolvidos, inseridos em processos de integração estão se vendo propensos a uma maior abertura de seus direitos internos.

Com respeito ao segundo caso, poderíamos citar como exemplos os

[1] HIGGINS, Rosalyn. Problems and Process: International Law and how we use it. New York: Oxford University Press, 1995, p. 206.

Estados Unidos e a Inglaterra. Esta, baseada numa longa tradição, exige que os tratados sejam devidamente transformados em direito interno para que neste passem a vigorar. Tal sistema jurídico, normalmente citado quando de explanações sobre a doutrina dualista, portanto, não concebe o conflito entre tratado e lei, mas somente entre leis (dada a necessidade de transformação do direito internacional convencional). O caso dos Estados Unidos, embora menos dramático, também deixa transparecer o grau de fechamento daquele ordenamento. Tal sistema não exige a transformação como na Inglaterra, contudo, em caso de conflito entre tratado e lei, prevalece o diploma posterior.

Mas tais sistemas parecem ser exceções. O subdesenvolvimento afeta por demais o grau de internacionalismo de uma sociedade. Normalmente as Constituições destes Estados não se referem ao Direito Internacional. Muitos deles, saídos do movimento de descolonização, primeiramente com uma postura internacionalista, fugiram desta tendência,[2] chegando algumas vezes a mais que um desinteresse, uma verdadeira aversão aos assuntos internacionais como um todo.

No caso específico do Brasil, pode-se dizer que um dos fatores mais relevantes para o desinteresse pelos assuntos internacionais é a dependência. A população que lê jornais, por exemplo, pouco se interessa pela parte internacional. Os próprios jornais, cientes da situação, também pouco se dedicam ao assunto. É verdade que o fenômeno econômico, cada vez mais global, está despertando interesse na população. Mas esse parece ser apenas curiosidade, não estimulando a mobilização da opinião pública para uma tomada de posição.

O argumento da dependência não pode ser tido como absoluto e aplicável em todos os Estados que possuem um grau baixo de abertura ao direito internacional. Os Estados Unidos, por exemplo, embora não possua uma sistema jurídico aberto, não conhecem o fenômeno da dominação, além de a população se interessar muito pelas relações internacionais.[3]

Assim colocou Celso de Albuquerque Mello a situação: "A dependência de um Estado a uma grande potência, no caso do Brasil à Grã-Bretanha e depois aos EUA, produz uma completa 'alienação' no não-especialista em questões internacionais. Estas surgem de modo extremamente simplificado sendo que é suficiente acompanhar a vontade da potência dominante. Esta, por sua vez, ao

[2] A Constituição do Suriname de 1975, baseada no texto de sua antiga Metrópole, a Holanda, garantiu aos tratados o poder de modificar o próprio texto constitucional. Entretanto, a nova carta, datada de 1982, não mais continha dispositivo semelhante: Cf. CASSESE, Antonio. Modern Constitutions and International Law. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye. La Haye. Tome 192, 1985, p. 409.

[3] É comum os cientistas políticos norte-americanos afirmarem que política externa é política interna. Neste sentido, cf. HENKIN, Louis. Foreign Affairs and the United States Constitution. 2nd. ed. New York: Oxford University Press, 1996, p. 13.

monopolizar as relações internacionais do 'dependente', faz com que estas mesmas relações não se desenvolvam e nem se diversifiquem, o que acaba por produzir, entre outras coisas, desinteresse, e, em conseqüência, que não sejam estudadas".[4]

3. Internacionalismo e Monismo x Dualismo

O primeiro quartel do século XX se viu envolvido em um embate travado entre doutrinadores europeus (especialmente os continentais), a fim de saber se o direito internacional e o direito interno eram sistemas separados, necessitando uma transformação do direito internacional em direito interno, para que suas disposições neste tivessem valor; ou, se o direito internacional se sobrepõe aos direitos internos.[5] A discussão já foi chamada várias vezes de sem sentido, inócua e embate de meras palavras. Entretanto, não se pode negar que tais doutrinas influenciaram profundamente os sistemas estatais, de forma que passou-se a rotulá-los de dualistas ou monistas.[6]

A influência de tais escolas implica quase sempre em uma concepção sobre como deve o direito interno se portar diante do direito internacional: com um relacionamento estreito ou distante.

Quase sempre os Estados que adotam o monismo são particularmente sensíveis ao direito internacional, podendo ser considerados mais abertos ao direito internacional. São quase sempre Estados que se viram envolvidos em processos de integração (v.g. Espanha, Holanda, Bélgica, Alemanha, Itália – embora sua tradição doutrinária seja preponderantemente dualista –, França etc.), Estados descolonizados nas décadas de 50, 60 e 70 – principalmente da África francófona, na esteira da antiga metrópole -, antigos Estados socialistas e alguns outros esparsos como Costa Rica, Argentina e Paraguai – os dois últimos também envolvidos em processo de integração.[7]

---

[4] MELLO, Celso de Albuquerque. Os Tratados na Constituição. *In* BONAVIDES, Paulo (org.). As Tendências do Direito Público (Estudos em homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco). Rio de Janeiro: Forense, 1976, pp. 146-147.

[5] Note-se que desprezamos de logo o monismo com primazia do direito interno, por ser um sistema completamente ultrapassado e, ao que nos consta, sem nenhuma aplicabilidade em qualquer direito interno do mundo.

[6] Talvez nunca tenha existido um monismo ou um dualismo puros. O que há é mera tendência a adoção de determinado sistema. Sistemas como o australiano e o brasileiro, embora possuam forte tendência para o dualismo, é bastante desconfortável, dadas as disparidade de extensão deste dualismo, compartimentalizá-los em apenas um grupo.

[7] Para um exposição sobre esta tendência, cf. VERESHCHETIN, Vladlen S. New Constitutions and the Old Problem of the Relationship between International Law and National Law. European Journal of International Law. Firenze. Vol. 7, No. 1, 1996, pp. 34-35.

Os Estados que adotam o dualismo, por outro lado, são menos abertos ao direito internacional e tendem a ver este como uma verdadeira medusa, não agindo com naturalidade no trato de questões jurídico-internacionais. São especialmente os Estados pertencentes à Commonwealth ou os que à Grã-Bretanha eram ligados por laços coloniais e Estados nórdicos.[8]

O Brasil, neste aspecto, pode ser considerado um Estado que adota o dualismo pelo fato de que é necessário uma ordem de execução para que os tratados sejam aplicados, o que quer dizer que são eles transformados em direito interno, para somente então poderem ser aplicados. Ademais, consoante o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal no RE 80004,[9] um tratado pode ser derrogado por uma lei posterior, o que nega o monismo, por não gozar o direito internacional de *status* privilegiado.

4. Internacionalismo e Espelho de Atena

Nas sociedades mais fechadas ao direito internacional, os aplicadores jurídicos tentam de todas as formas utilizar-se de subterfúgios a fim de não lidar com o direito internacional diretamente, ou ao menos, de um modo a eles familiar. Neste sentido, diversas teorias foram desenvolvidas, o que mostra o desconforto de tais sociedades com os assuntos jurídico-internacionais.

Nos Estados Unidos, a doutrina da questão política (*political question*) já é de longa data, sendo ainda aplicada naquele ordenamento jurídico. Consiste na abstenção do julgamento quando a matéria se relaciona à política externa norte-americana (principalmente matérias relativas ao direito de guerra, imunidade de jurisdição etc.), na crença de que a análise destes temas seria uma invasão a esfera

[8] Para um estudo sobre o dualismo nórdico em uma perspectiva comparada com o dualismo britânico, cf. BUERGENTHAL, Thomas. Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye. La Haye. Tome 235, 1992-IV, pp. 359-367.

[9] CONVENCAO DE GENEBRA - LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CAMBIO E NOTAS PROMISSORIAS - AVAL APOSTO A NOTA PROMISSORIA NAO REGISTRADA NO PRAZO LEGAL - IMPOSSIBILIDADE DE SER O AVALISTA ACIONADO, MESMO PELAS VIAS ORDINARIAS. VALIDADE DO DECRETO-LEI N. 427, DE 22.01.1969.
EMBORA A CONVENCAO DE GENEBRA QUE PREVIU UMA LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CAMBIO E NOTAS PROMISSORIAS TENHA APLICABILIDADE NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO, NAO SE SOBREPOE ELA AS LEIS DO PAIS, DISSO DECORRENDO A CONSTITUCIONALIDADE E CONSEQUENTE VALIDADE DO DEC.-LEI N. 427/69, QUE INSTITUI O REGISTRO OBRIGATORIO DA NOTA PROMISSORIA EM REPARTICAO FASENDARIA, SOB PENA DE NULIDADE DO TITULO. SENDO O AVAL UM INSTITUTO DO DIREITO CAMBIARIO, INEXISTENTE SERA ELE SE RECONHECIDA A NULIDADE DO TITULO CAMBIAL A QUE FOI
APOSTO. RECURSO EXTRAORDINARIO CONHECIDO E PROVIDO.

do Poder do Executivo, visto ser a conduta da política externa, naquele Estado, de competência do Presidente da República. Doutrinadores tem tentado minar as bases de tal teoria, não sem muitas dificuldades.[10] O esforço não tem sido em vão. A doutrina parece mais arrefecida nos dias de hoje, mas não eliminada. Um dado cultural não pode ser modificado em pouco tempo. Contudo, não pode uma simples doutrina se omitir diante de declarações de guerra feitas pelo Presidente norte-americano, onde milhares de vidas são perdidas.

No caso específico do Brasil, inexiste doutrina tão radical, não significando isto vivermos em uma situação melhor que a norte-americana. Além do fator dominação – criando uma população completamente alienada dos problemas internacionais -, que já mencionamos acima, os aplicadores do direito recorrem sempre ao espelho de Atena, evitando, assim, encarar o rosto do direito internacional.

Como vivemos sob o império do dualismo, os aplicadores jurídicos tendem sempre a ver o direito internacional como direito interno. O maior de todos os reflexos desta doutrina se dá no direito dos tratados e, mais especificamente, no problema do conflito entre tratado e direito interno. Portanto, limitar-nos-emos a apenas dois casos de problemas nesta matéria, o que revela nitidamente a atitude do direito brasileiro acerca das normas de fundo contidas em tratados.

O primeiro dos exemplos é o que afirma ser o tratado idêntico à lei, podendo, portanto, por ela ser revogado. A atitude do judiciário é a de que o tratado precisa ser transformado em direito interno e, assim feito, passa a ser considerado como outra lei qualquer. A preocupação, por exemplo, com o engajamento pelo Estado brasileiro em responsabilidade internacional é quase nula. Muitas vezes, inclusive, reconhecem que a possibilidade existe, e mesmo assim, concedem primazia à lei posterior quando em confronto com tratado anterior.

O problema do conflito entre tratado e constituição, e proeminência da última não pode ser colocado como um atestado de maior ou menor abertura ao Direito Internacional. Certo que há um sistema onde os tratados prevalecem mesmo sobre a Constituição – o holandês -, configurando-se um precedente.[11] Mas

---

[10] Um excelente estudo sobre o tema que investiga a origem da doutrina, explana as suas aplicações e oferece sugestões valiosas, no sentido de eliminar o radicalismo na sua aplicação é o de FRANCK, Thomas M. Political Questions/Judicial Answers: Does the Rule of Law apply to foreign affairs? Princeton: Princeton University Press, 1992.

[11] Reza a carta de 1983, em seu art. 91, 3. "Quando um tratado contiver disposições que derroguem a Constituição ou obriguem a derrogá-la, as Câmaras somente podem dar sua aprovação se contados no mínimo dois terços dos votos expressos". GARCIA JÚNIOR, Armando Alvares. Conflito entre normas do Mercosul e direito interno: como resolver o problema?: o caso brasileiro. São Paulo: LTr, 1997, p. 175.

esta é uma exceção à regra, e seria impossível cobrar aos Estados, em nosso tempo, uma atitude similar. A Constituição holandesa portanto, não pode servir como paradigma, pois está bem à frente do nosso tempo.

O segundo exemplo é, na verdade, uma variação do primeiro em relação às normas tributárias: refere-se ao art. 98 do Código Tributário Nacional. Embora tal dispositivo conceda aos tratados *status* superior às leis ordinárias em matéria tributária, há uma forte reação por parte dos juízes em aplicar o artigo. Muitos se baseiam na premissa de que somente uma norma constitucional poderia conceder tal superioridade aos tratados, tendo o legislador exorbitado seus poderes ao estabelecer tal primazia em relação às normas tributárias.[12] Neste ponto, parece que o espelho é gigantesco, chegando mesmo a ofuscar os olhos dos aplicadores jurídicos. A Constituição não possui nenhum dispositivo estabelecendo a hierarquia entre tratado e lei (apenas indiretamente clarifica que os tratados estão sujeitos ao controle de constitucionalidade, sendo, portanto, inferiores à Constituição). Especialmente na constituinte de 1988, houve uma controvérsia a respeito da superioridade dos tratados frente a constituição ou equivalência às leis ordinárias. Em virtude disto, preferiu o constituinte – infelizmente - a omissão.[13] Ou seja, a ausência de tal dispositivo foi deliberada, deixando o campo livre para a jurisprudência. Não obstante, abriga-se esta na omissão do constituinte para rejeitar o art. 98 do CTN.

5. Internacionalismo e Magistratura

Se é verdade que é um traço da cultura jurídica o menor grau de abertura ao direito internacional, não se deve esquecer que este traço é forjado, principalmente, da atitude dos juízes nacionais frente ao direito internacional. Durante toda a história constitucional do Brasil, a eles coube ampliar ou diminuir tal abertura no ponto básico acerca da atitude dos Estados frente ao direito internacional: as relações entre o direito interno e o direito internacional, visto que nenhuma de nossas Constituições tratou explicitamente do assunto.

Alguns autores sustentam que antes do RE 80004, o STF concedia primado aos tratados quando em confronto com leis internas,[14] hoje, pelo contrário, o que prevalece é o diploma mais recente.

---

[12] Trazendo decisões e inteligentes opiniões acerca deste tema, está BEZERRA CAVALCANTI, Francisco de Queiroz. Os Tratados frente ao Direito Nacional – Considerações. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife. Recife. Vol. LXXVI, 1993/1994/1995, pp. 346-348.

[13] Para um explanação sobre os trabalhos da constituinte com relação ao conflito entre tratado e lei interna, cf. o interessante artigo de RODAS, João Grandino. A Constituinte e os Tratados Internacionais. Revista dos Tribunais. São Paulo. Vol. 624, 1987, pp. 43-51.

[14] Neste sentido, por exemplo, cf. MELLO, Celso de Albuquerque. Direito Constitucional

Mas é possível perceber que a atitude dos juízes está mudando, mesmo que lentamente, para um maior internacionalismo. É triste, portanto, diante destas circunstâncias, ver posicionamentos recentes do STF - como o do HC 73044/SP,[15] afastando a aplicação do Art. 7, 7. da Convenção Americana de Direitos Humanos – o Pacto de San José -,[16] que só permite a prisão civil em caso prestação alimentícia, para dar por legal e constitucional a esdrúxula figura da prisão do depositário infiel em relação à alienação fiduciária em garantia. Tal atitude põe em risco o pouco avanço alcançado sobre a concepção dos juízes brasileiros a respeito

Internacional: uma introdução: (Constituição de 1988 revista em 1994). Rio e Janeiro: Renovar, 1994, pp. 343-344. Jacob Dolinger e Luis Roberto Barroso, em minoria, afirmam que nunca ficou claro este posicionamento do STF, não sendo possível assim afirmar. Cf. DOLINGER, Jacob. As Soluções da Suprema Corte Brasileira para os Conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: um exercício de eclerismo. Revista Forense. Rio de Janeiro. Vol. 334, 1996, pp. 71-107. e BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 19-20

[15] EMENTA: "HABEAS-CORPUS" PREVENTIVO. PRISÃO CIVIL DE DEPOSITÁRIO INFIEL DECRETADA EM AÇÃO DE DEPÓSITO DE BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE (ART. 66 DA LEI Nº 4.728/65 E DECRETO-LEI Nº 911/69): ART. 5º, LXVII, DA CONSTITUIÇÃO E CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA), DECR. Nº 678/92. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.

I - Preliminar. (...)

II - Mérito.

1- A Constituição proíbe a prisão civil por dívida, mas não a do depositário que se furta à entrega de bem sobre o qual tem a posse imediata, seja o depósito voluntário ou legal (art. 5º, LXVII).

2- Os arts. 1º (art. 66 da Lei nº 4.728/65) e 4º do Decreto-lei nº 911/69, definem o devedor alienante fiduciário como depositário, porque o domínio e a posse direta do bem continuam em poder do proprietário fiduciário ou credor, em face da natureza do contrato.

3- A prisão de quem foi declarado, por decisão judicial, como depositário infiel é constitucional, seja quanto ao depósito regulamentado no Código Civil como no caso de alienação protegida pela cláusula fiduciária.

4- Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, nº 7, do Pacto de São José da Costa Rica, ("ninguém deve ser detido por dívida": "este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar") deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição.

5- "Habeas-corpus" conhecido em parte e, nesta parte, indeferido".

Publicado no DJ, 20/09/96, p. 34534.

[16] Nos termos do dispositivo: "Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar". CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 359.

do direito internacional. Parece que a cada passo dado para frente, há dois para trás.

O tema da imunidade de jurisdição também mostra a pouca intimidade que os juízes brasileiros têm com o direito internacional. No que se refere à imunidade de jurisdição trabalhista, a antiquada posição do STF só foi mudada recentemente e por intervenção de um juiz professor e especialista em direito internacional.[17]

Não há dúvidas que a inserção do Brasil no MERCOSUL pode contribuir para a formação de um novo horizonte. Contudo, a simples instituição de um mercado comum não poderá modificar coisa alguma se os juízes não atingirem rapidamente um grau maior de conscientização sobre a importância da integração para o Brasil.

Assim, Rezek prelecionou, com uma incrível clareza: "(...) a questão de saber se evoluiremos mais depressa ou menos depressa na promoção da autêntica integração comunitária, depende de saber como se constituirá, à curto prazo, a maioria ideológica dos principais tribunais brasileiros a respeito da integração".[18] (grifo nosso).

6. Internacionalismo e Exclusão

Todos estes fatores acima descritos fazem-nos pensar no papel do internacionalista e do direito internacional nos dias atuais.

Embora o mundo esteja cada vez se tornando um só (a custa de pessoas e de instituições), existe um foço enorme entre esta necessidade fática de se estudar o direito internacional e seu efetivo estudo. Cremos mesmo que o futuro, invariavelmente, será mais complacente com o direito internacional nos Estados menos abertos a este. Contudo, o que se verifica, particularmente no Brasil, é uma extrema lentidão neste processo. O MERCOSUL é um excelente referencial para atestar este fato em comparação com os nossos vizinhos. Paraguai e Argentina já procederam a reformas constitucionais, no sentido de conceder superioridade hierárquica aos tratados em relação às leis, tendo a última estabelecido claramente (e não de forma bastante abrangente como o § 2° do art. 5° da Constituição

[17] A mudança consistiu em não mais se considerar a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro em matéria trabalhista absoluta. Foi o Ministro Rezek o responsável por esta virada de posição. Sobre o tema, cf. PEDREIRO DA SILVA, Luiz de Pinho. O Caráter Restritivo da Imunidade de Execução do Estado Estrangeiro. Trabalho e Doutrina. São Paulo. No. 8, março, 1996, pp. 14-15.

[18] REZEK, José Francisco. Conferência dentro do tema "Recepção da regra de Direito Comunitário pelas ordens jurídicas nacionais" *In* VENTURA, Deisy de Freitas Lima (org.). Direito Comunitário do MERCOSUL. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 57.

Brasileira) *status* constitucional a alguns tratados de direito internacional dos direitos humanos. Isto nos deixa passo atrás dos nossos vizinhos.[19]

O direito internacional é visto como pária e algo estranho ao fenômeno jurídico. As principais modificações no sistema jurídico esquecem ou dão importância mínima às suas implicações internacionais. Não percebem muitas vezes que determinadas matérias exigem um conhecimento mesmo que mínimo de direito internacional. Assim, na nossa concepção, não é possível compreender bem os direitos humanos no direito interno, se não são eles compreendidos em seus aspectos internacionais. O mesmo se aplica ao direito ambiental e ao direito comercial. Cria-se, portanto, um foço entre especialistas em direito interno e em direito internacional (a própria idéia do dualismo) que se arraiga na cultura jurídica. O espelho de Atena torna os dois ramos do direito mais separados do que se possa imaginar.

Isto não deveria acontecer. O Direito Internacional sabe de suas limitações com respeito à coercibilidade - o que não permite a ninguém chamá-lo de primitivo. Muitos avanços tem sido feitos no âmbito das sanções. O Conselho de Segurança, por exemplo, embora seja um órgão político, avançou em grande escala

---

[19] A Constituição Paraguaia, "Art. 137. La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas em consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado. Art. 141. Los tratados internacionales validamente celebrados, aprobados por ley del Congreso e cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno com la jerarquía que determina el artículo 137". GARCIA JÚNIOR, Armando Alvares. Conflito entre normas do Mercosul e direito interno: como resolver o problema?: o caso brasileiro. São Paulo: LTr, 1997, p. 186. A Constituição Argentina, "Art. 75. Corresponde al Congreso: (...) 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional dobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantias por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara". HERBÓN, Hebe Mabel Leonardi de. Constitución de la Nación Argentina. Texto Oficial de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994 ordenado por ley 24430. Tratados Internacionales com Jerarquía Constitucional. Beunos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1997, p. 62.

neste aspecto, coisa inimaginável há 80 anos atrás.[20] E o auto-conhecimento torna-o mais receptivo à influência dos direitos internos. O estatuto da Corte Internacional de Justiça enumera em seu art. 38 como fontes do direito internacional tanto os "princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas" como "as decisões judiciárias das diferentes nações".[21] Ademais, o Direito Internacional se utiliza constantemente dos tribunais internos a fim de ser cumprido. Assim, nota-se que a coordenação com o direito interno é indispensável ao direito internacional, eliminando a necessidade de confronto entre os dois sistemas.

7. Conclusões

Deve-se esclarecer que, o fato de uma sociedade ser mais ou menos aberta que outra não implica necessariamente dizer que seja aquele mais culturalmente avançada que esta. Talvez a maior das lições que podemos tirar do século XX é que não importa quão avançada seja nossa civilização nem quanto nos aproximemos do desconhecido, através das descobertas da ciência: nunca prescindiremos da tolerância. Com efeito, em um século onde a vida sequer chegou ao nível de mercadoria e o aperto de mãos nada mais significou que a desculpa hipócrita para o disparar dos fuzis, não se poderia pensar que a tolerância angariaria milhões de adeptos instantânea e progressivamente. Seu processo de difusão é lento e sofreu diversos percalços pelo caminho. O exemplo mais notório é o do mundo após a derrocada do socialismo. *Scholars* de grande renome não esconderam seu otimismo – tendo alguns, inclusive, expressado-o vigorosamente – para com um mundo tendente à ideologia única. Quando o mundo parecia estar nesse caminho, um surto de violência e intolerância varreu o globo em níveis antes impensáveis. Foi neste ponto que os paradigmas ruíram ...

Contudo, acreditamos que um sistema jurídico pode oferecer melhores soluções para o bem-estar da população através do direito internacional. Certo que este ainda é um direito onde a força dos Estados ricos é incomensuravelmente maior que a dos pobres. Entretanto, ficar de mãos atadas, abstendo-se de conhecer o direito internacional é lavar as mãos e apenas perpetuar a dominação. Cabe principalmente aos países subdesenvolvidos reformulá-lo, mesmo que estejamos em um período histórico conturbado e de paradigmas pouco definidos.

---

[20] Veja-se, por exemplo, o peso para as economias nacionais da África do Sul e do Iraque, das sanções econômicas da ONU.

[21] RANGEL, Vicente Marotta. Direito e Relações Internacionais. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 65

O caso especial do Brasil é preocupante, visto que os principais aplicadores do direito não repararam a importância do direito internacional na sua totalidade, nos dias atuais. A isto se acrescente a insensibilidade dos cursos jurídicos à matéria. Como Rosalyn Higgins afirmou, no trecho citado acima, há sistemas jurídicos em que é possível tornar-se um juiz ou um advogado sem conhecer o direito internacional. É o caso do Brasil. Por esta razão, é importante que a educação jurídica seja modificada.[22] Não basta simplesmente que o direito internacional conste do currículo básico dos cursos jurídicos, mas que também as demais disciplinas abordem mais as implicações internacionais dos institutos específicos. Algumas disciplinas que devem servir a este propósito: (além das descritas anteriormente, como direitos humanos, direito ambiental e direito comercial), direito econômico, direito do trabalho, direito tributário, direito constitucional e outras mais.

Daí também a necessidade da reforma constitucional estabelecer um dispositivo acerca das relações entre direito interno e direito internacional. Ninguém discute que esta é uma necessidade premente. A omissão constitucional não mais pode imperar. Porém, quanto à questão do conteúdo do dispositivo, há que se defender que os tratados se sobreponham à lei,[23] mesmo quando a ela sejam anteriores. Este seria um dos grandes passos para a aproximação do direito interno brasileiro com o direito internacional. A Constituição de 88 avançou muito no aspecto jurídico internacional, mas ainda sofre do que Antonio Cassese chamou de "introversão nacionalista",[24] no sentido de que não tocou nos pontos cruciais do direito internacional e da sua aplicação no direito interno.

Embora configurado este quadro, somos otimistas quanto ao futuro do direito internacional em sua interação com o direito interno no Brasil. A

---

[22] Sobre a importância do ensino do direito internacional no Brasil como forma de fortalecer o juiz nacional, cf. NASCIMENTO, Antonio Benedito. O Juiz Nacional em face do Direito Internacional. Revista dos Tribunais. São Paulo. Ano 86, Vol. 735, 1997, p. 28

[23] Para a mesma posição, cf., por exemplo, MELLO, Celso de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. 10ª ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, pp. 104-106; RANGEL, Vicente Marotta. Os Conflitos entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. Rio de Janeiro. Nos. 45/46, 1967, p. 55; CASELLA, Paulo Borba. Mercosul: exigências e perspectivas: integração e consolidação de espaço econômico (1995-2001-2006). São Paulo: LTr, 1996, p. 219-223; FRAGA, Mirtô. O Conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 133; BEZERRA CAVALCANTI, Francisco de Queiroz. Os Tratados frente ao Direito Nacional – Considerações. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife. Recife. Vol. LXXVI, 1993/1994/1995, p. 355 e GALINDO, George Rodrigo Bandeira. A Internacionalização do Direitos Constitucional e os Princípios Fundamentais que regem as Relações Exteriores do Brasil. Revista Estudantes-Caderno Acadêmico. Recife. Ano 1, No. 2, 1997, p. 91.

[24] CASSESE, Antonio. Modern Constitutions and International Law. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye. La Haye. Tome 192, 1985-III, p. 343

globalização econômica, eliminando da agenda interna diversos assuntos antes tidos como de domínio reservado dos Estados; e a Integração, buscando a institucionalização de organismos supranacionais e, assim, a maior aproximação entre os direitos internos e o direito internacional: ambos apressarão tal interação.[25] Mesmo em outros Estados também menos abertos ao direito internacional, a tendência é de uma crescente internacionalização.[26]

Conforme afirmou Luiz Olavo Baptista: "O comum dos advogados, juízes, delegados de polícia, notários e membros das procuradorias judicial e da fazenda de então nunca teve oportunidade de recorrer a normas de direito internacional – que por isso mesmo era visto como mera perfumaria, razão pela qual em certa reforma do currículo mínimo chegou a matéria a ser dele excluída. Entretanto enquanto essa ignorância reinava soberana, a internacionalização da economia, o encolhimento das distâncias e a freqüência das relações internacionais, começaram a fazer com que o direito fosse penetrado pelo internacional, que se espalhava e era absorvido como água em terra seca".[27]

***

Embora na mitologia grega, Perseu tenha decepado a Medusa, utilizando o artifício do espelho, mesmo destino não teve o direito internacional. Embora os direitos internos constantemente se utilizassem do espelho de Atena e por muitas vezes tenham tentado matá-lo, este se manteve vivo. E muitos Estados compreenderam que sua estranheza e aparência horrenda era causada pela forma do espelho, tal como em parques de diversões, onde a mais delgada das pessoas pode ter largura colossal. E se o direito internacional sobreviveu, deixou a lição de que freqüentemente as aparências enganam. Vida longa à Medusa!!!

8. Bibliografia Básica

[25] Não estamos, com isto, afirmando ser o processo de globalização benéfico ou melhor para o Direito Internacional. Temos posição completamente oposta a este "fechar de olhos para a globalização". Apenas atestamos o fato de que a globalização estimula a abertura dos direitos internos ao direito internacional.

[26] Tome-se como exemplo o Reino Unido e os Estados Unidos. No primeiro, conforme atesta Rosalyn Higgins, o fenômeno dos direitos humanos está modificando a cultura jurídica daquele país, onde se passa crescentemente a considerá-los cada vez mais, parte da "English Public Life". No último, casos como o do "UN Headquarters Case", tentam evitar o conflito entre tratado e lei interna. Cf. HIGGINS, Rosalyn. Problems and Process: International Law and how we use it. New York: Oxford University Press, 1995, p. 214-216.

[27] BAPTISTA, Luiz Olavo. A Presença do Internacional no Direito. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo. Vol. 19, No. 72, 1995, p. 86.

- BAPTISTA, Luiz Olavo. A Presença do Internacional no Direito. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo. Vol. 19, No. 72, 1995, pp. 83-89.
- CASSESE, Antonio. Modern Constitutions and International Law. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye. La Haye. Tome 192, 1985-III, pp. 331-475.
- HIGGINS, Rosalyn. Problems and Process: International Law and how we use it. New York: Oxford University Press, 1995.
- MELLO, Celso de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. 10ª ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- NASCIMENTO, Antonio Benedito. O Juiz Nacional em face do Direito Internacional. Revista dos Tribunais. São Paulo. Ano 86, Vol. 735, 1997, pp. 11-28.
- REZEK, José Francisco. Conferência dentro do tema "Recepção da regra de Direito Comunitário pelas ordens jurídicas nacionais" *In* VENTURA, Deisy de Freitas Lima (org.). Direito Comunitário do MERCOSUL. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 52-61.

DEGRADAÇÃO AMBIENTAL CRIMINOSA: GENOCÍDIO DISSIMULADO* (I)

Maria do Rosário Moraes Cavalcanti
(Bacharela em Direito pela UFPE)

Sumário: Introdução. O Genocídio como crime: 1. Antecedentes: 1.1. do Gênesis à Segunda Guerra Mundial; 1.2. as atrocidades cometidas por ocasião da Segunda Guerra mundial; 1.3. a reação da sociedade internacional com a constituição do Tribunal Militar Internacional. *2. O crime:* 2.1. um crime contra a humanidade; 2.2. o genocídio no direito internacional convencional; 2.3. o genocídio no direito brasileiro. *3. A conclusão da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio:* 3.1. a Convenção: base e olhos para o passado. Breve análise; 3.2. a necessidade de revisão da Convenção. *4. Prevenção e repressão de crimes internacionais: elementos necessários:* 4.1. a cooperação internacional; 4.2. a criação de uma corte internacional criminal permanente.

Introdução

Este trabalho busca apresentar a degradação criminosa do meio ambiente como uma forma de extermínio intencional de grupos humanos, pois são sabidas as repercussões da degradação ambiental no planeta, comprometendo a existência não só da geração presente, como também, das gerações futuras.

Por séculos, lutas entre grupos humanos foram consideradas conseqüência natural da busca pela sobrevivência e pela afirmação, eliminando os mais fracos, assim como os que constituíam perigo a sua própria existência. Aos rivais cabia utilizar quaisquer meios para conseguir a vitória, desde a tortura física e psíquica culminando com o extermínio, ao massacre direto e indistinto de crianças, adultos e idosos, passando pela agonia lenta da devastação das plantações e contaminação de águas e alimentos, assim como, do ar. Inúmeros foram, assim, os casos de extermínio coletivo, sem que o Direito impusesse sanção alguma aos seus autores.

O Século XX foi palco de um dos mais violentos e atrozes atos de barbárie cometidos por um grupo humano contra outro: o extermínio ocorrido durante a Segunda Guerra Mundial. O nazismo, comandado por Hitler, dizimou milhões de judeus, russos e ciganos, dentre outros povos. Era preciso demonstrar repúdio àqueles atos e, ao mesmo tempo, conter a fúria nazista que, certamente, tomaria proporções ainda maiores. O Direito, então, classificou o extermínio intencional de

* Síntese de monografia apresentada ao final do curso de graduação. Sobre sua íntegra, v. trabalho homônimo.

grupos humanos como crimes contra a humanidade, surgindo, daí, em 1948, aquele considerado como um dos mais cruéis, perigosos e hediondos crimes, baseado na discriminação e intolerância: o genocídio.

Por outro lado, a falta de uma política ambiental séria, reflexo da supremacia dos interesses econômicos, aliada à falta de educação e conscientização ambientais têm levado o planeta a ser sistematicamente degradado, comprometendo a qualidade de vida e a própria vida de populações inteiras.

Entendemos que a hediondez dos crimes cometidos contra a humanidade, dentre eles, o de genocídio, faz-se presente, pelos mesmos motivos, nos crimes contra o meio ambiente.

Embora em análise mais apressada, possamos não encontrar pontos de inter-conexão entre estes crimes, com mais vagar, concluímos não se poder excluir de apreciação as aproximações entre genocídio e degradação criminosa do meio ambiente.

Tendo em vista aproximar os crimes supramencionados, dedicamos a primeira parte do presente trabalho ao crime de genocídio, em que, dentre outros aspectos, salientamos a necessidade de revisão da citada Convenção, a fim de se coadunar às mudanças ocorridas na sociedade, e os empecilhos decorrentes da falta de uma Corte Internacional Criminal de caráter permanente para julgar tais crimes, elegendo a cooperação internacional como o mais significativo meio profilático e repressivo de combate ao genocídio.

A segunda parte, dedicamos ao extermínio de populações através da degradação ambiental criminosa ou, como denominamos, "o genocídio pelo ecocídio."

Aspectos como as conseqüências do desmatamento, da poluição radioativa ou por agrotóxicos, assim como, a desertificação, dentre outros, são abordados, ao mesmo tempo em que reconhecemos a necessidade de maior rigor na apuração da responsabilidade, em suas três esferas, por tais atos.

O Genocídio como Crime

1. Antecedentes.

1.1. Do Gênesis à Segunda Guerra Mundial.

Os atos considerados atualmente como genocídio surgiram com o homem, enquanto ser social. A sociedade aceitava-os, considerando direitos do vencedor sobre o vencido ou conseqüência natural da luta pela sobrevivência ou pela afirmação de força política, não havendo qualquer ilicitude na sua prática.

Assim, ao longo da história, inúmeros foram os casos de extermínio de grupos, alguns com a destruição de cidades inteiras, sem que seus autores fossem, contudo, considerados criminosos. Podemos citar o aniquilamento coletivo contido no Gênesis, ou ainda, a guerra santa do islamismo; a devastação dos índios

nos territórios desbravados pelos conquistadores; e a matança de assírios cristãos no Iraque, em 1933.

No que se refere ao extermínio de populações inteiras de cidades, há, na história contemporânea, o ocorrido em Guernica e Lidice. A primeira, foi destruída pelos alemães durante a Guerra Civil Espanhola, de 1937, onde morreram praticamente seus 4.500 habitantes; Lidice, por sua vez, com cerca de 500 habitantes, foi destruída pelos nazistas durante a Segunda Grande Guerra. Neste episódio, todos os homens foram fuzilados; as mulheres, enviadas aos campos de concentração; as crianças, espalhadas; e a aldeia, destruída.

Entretanto, com o passar do tempo, a moral e o direito permearam tais relações, alterando o conceito de atos moralmente aceitos e juridicamente lícitos, em que o vencido e o "mais fraco" passaram a ser vistos como pessoa e, como tal, merecedores de terem seus direitos fundamentais preservados.

Nesse sentido, instrumentos políticos e jurídicos, de cunho eminentemente internacional, foram sendo gradualmente criados, a fim de proteger grupos da ação arbitrária e hedionda dos "inimigos". Assim, temos o Tratado de Versalhes, de 1918; a Declaração de Moscou (1943), que dispõe que as potências vencedoras podem castigar atos de violência e crueldade, assim como, assassinatos em massa e execução de inocentes praticados por seguidores de Hitler em vários países; a Declaração dos Estados Unidos, de 1945, que, por sua vez, prevê um projeto para castigar chefes alemães e cúmplices pela responsabilidade por condutas criminosas concebidas e executadas desrespeitando os princípios elementares da Moral e do Direito; e o Ato Constitutivo do Tribunal Militar Internacional, classificando as atrocidades cometidas na Segunda Guerra como crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

Somente em 1948, após a Segunda Grande Guerra, onde mais de seis milhões de judeus, dentre outros grupos, foram barbaramente exterminados pelos alemães, o termo "genocídio", criado por Rafael Lemkin, em 1944, chega ao mundo jurídico com a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio. Assim, estes atos finalmente passam a ter sua prática proibida pelo Direito Internacional e pelo direito interno dos países signatários da referida Convenção.

1.2. As atrocidades cometidas por ocasião da Segunda Guerra Mundial.

Verdadeiras afrontas ao direito à vida, à dignidade e à integridade física, psíquica e moral de grupos humanos foram cometidas durante a Segunda Guerra Mundial. Poucas vezes se viu, durante a história da Humanidade, atos tão monstruosos.

Um dos retratos mais cruéis exibidos durante aquele episódio foi o emanado dos chamados "campos de trabalho forçado" e "campos de concentração", que eram locais construídos com a finalidade de deter, "reeducar",

explorar gratuitamente mão-de-obra e, principalmente, provocar o extermínio de grupos, convertendo-se no principal instrumento utilizado pelo nazismo para o genocídio de raças consideradas "inferiores" (eslavos, ciganos e, sobretudo, judeus).

Nesses campos, palco de atos atrozes, que se espalharam por vários países, como Alemanha, Alsácia, países bálticos, Áustria, Boêmia e Polônia, os prisioneiros eram submetidos a situações desumanas, onde, pelo menos, 5 milhões de pessoas foram mortas sem esboçar qualquer ação e sem chance de defesa.

O trabalho dos prisioneiros durava cerca de 15 horas por dia, no verão e 11, no inverno; a alimentação era racionada; a punição ia do espancamento à execução sumária, passando por privação das refeições e várias formas de tortura física e mental. Muitos, reduzidos a pele e ossos, morriam devorados pela fome, pelas doenças, pelo terror, poupando a utilização das câmaras de gás, palco de outras tantas execuções.[1]

Os "habitantes" daquelas "cidades" serviam, ainda, de cobaias para terríveis experiências: inoculação de micróbios, provas de queimadura, experimentos cirúrgicos, castração, provas de resistência a mudanças violentas de temperatura etc. Devemos salientar que, muitas dessas experiências, deram-se sem o uso de anestésicos, causando enorme sofrimento às vítimas. A gordura e cabelos eram utilizados na fabricação de sabão e no enchimento de colchões, respectivamente. Seus ossos e pele também eram industrializados.

Mulheres e crianças não foram poupadas. Segundo atas do processo realizado perante o Tribunal Militar Internacional (1945-46): "Juntamente com os adultos, os nazistas destruíram impiedosamente também as crianças. Estas eram assassinadas ao lado de seus pais, em grupos ou isoladamente, nos lares para a infância e nos hospitais; eram enterradas vivas, atiradas às chamas, apunhaladas com baionetas, envenenadas, utilizadas como cobaias para os mais variados experimentos; era-lhes tirado o sangue em benefício do exército alemão; eram carregadas à prisão, às câmaras de tortura da GESTAPO e aos campos de concentração, onde morriam de fome, vítimas das torturas e das epidemias."[2]

Quaisquer comentários sobre os fatos acima relatados parecem-nos insuficientes e redundantes. A dizer o óbvio, melhor calar...

1.3. A Reação da Sociedade Internacional com a Criação do Tribunal Militar Internacional.

Diante das barbáries cometidas por ocasião da Segunda Guerra Mundial, potências, "representando" a sociedade internacional, constituíram um Tribunal

[1] Enciclopédia Mirador. São Paulo: Vol. 6, 1976. pp. 2710.

[2] Apud: Instituto Brasileiro Judaico de Cultura e Divulgação. *Contra o Assassinato em Massa.* (A Convenção Internacional sobre o Genocídio). Rio de Janeiro: 1960.

Militar Internacional, a fim de que os autores e executores de tais atrocidades fossem julgados por seus atos criminosos. Instituíram-se, assim, os Tribunais de Nuremberg e Tóquio.

O Estatuto do Tribunal de Nuremberg resultou do acordo celebrado entre França, Estados Unidos, Reino Unido e União Soviética, em agosto de 1945, punindo os criminosos de guerra dos países europeus do Eixo que, individualmente ou através de organizações, cometeram crimes contra a paz, crimes de guerra ou crimes contra a humanidade.

Uma das grandes discussões doutrinárias é se o Tribunal representou ou não uma violação do princípio penal internacionalmente reconhecido de que, em casos criminais, não devem ser aplicadas leis *ex post facto,* ou seja, as leis devem preexistir aos crimes, correspondendo à máxima *nullum crimen nulla poena sine lege.*

Para Mello[3], Accioly[4] e Soder[5], que defendem ter havido violação a este princípio, os atos praticados pelos alemães eram considerados ilegais por vários tratados, mas não, criminosos[6], não havendo convenções prevendo penalidades ou atribuindo competência a tribunais para julgar tais atos.

Frederick Berg[7], ao contrário, argumenta que não houve violação de tal princípio, pois, os tratados internacionais só estabelecem precedentes legais e não, princípios de procedimento para sanções. Cita, como exemplo, o Pacto de Paris de 1928 e a Convenção de Haia, de 1907 que, embora não dispusessem expressamente que o tratamento desumano dispensado aos prisioneiros de guerra ou o emprego de gases venenosos fossem considerados crimes, vários tribunais condenaram indivíduos pela violação de seus princípios.

Sustentando que o Tribunal julgou com base no direito costumeiro, Glaser[8] defende que não houve violação do princípio em pauta, visto que ele só atinge o direito codificado, no que contra-argumenta Soder[9] de que os juízes aliados não julgaram com base no direito costumeiro, mas no direito codificado, comprovado pela criação do Acordo de Londres.

Outro ponto bastante criticado pelos estudiosos diz respeito à disposição expressa do Ato Constitutivo do Tribunal Militar Internacional de que seu objetivo é processar e punir os grandes criminosos de guerra das potências européias do

---

[3] MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público.* Vol. I. 9ª ed. Rio de Janeiro: Liv. e Ed. Renovar Ltda, 1992. pp. 602

[4] ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público.* Vol. III. 2ª ed. Rio de Janeiro: 1957. pp. 449.

[5] SODER, José. *Direitos do Homem.* São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960. pp. 155.

[6] Argumento válido apenas para crimes contra a paz e crimes de guerra, pois os crimes contra a humanidade já eram punidos na legislação interna.

[7] BERG, Frederick. *El Proceso de Nuremberg.* Buenos Aires: Ed. Guillermo Kraft Ltda, 1947. pp. 520.

[8] In: MELLO, Celso de Albuquerque. *Op. cit.* pp. 602.

[9] SODER, José. *Op. cit.* pp. 155.

Eixo, cujos crimes não tenham localização geográfica precisa. Sabemos, entretanto, que a União Soviética (signatária do Acordo) ajudou a Alemanha a atacar a Polônia e agrediu a Finlândia, sendo expulsa da Liga das Nações, em 1934, ou seja, os "aliados" também cometeram crimes de guerra e, nem por isso, seus criminosos foram a julgamento. Transparece a idéia de que não se pretendeu, na verdade, punir os criminosos, mas aqueles criminosos que perderam a guerra. Estaríamos diante de um Tribunal de Exceção, formado pelos vencedores, com a finalidade de punir os vencidos. Segundo Soder[10], o Acordo viola o princípio da igualdade, constituindo-se uma lei Ad Hoc, com a finalidade de punir determinadas pessoas, possuindo, assim, caráter arbitrário.

Para os defensores do Tribunal, como Berg[11] e Scelle[12], a Carta do Tribunal foi uma expressão do Direito Internacional em vigor, e não, o exercício arbitrário de poder das nações vitoriosas. Elas apenas estabeleceram as leis e o procedimento a ser seguido durante o processo, visto que a sociedade internacional reconhecia a estas nações o direito de exercer poderes legislativos na Alemanha ocupada, salientando que qualquer nação possuía o direito de estabelecer tribunais especiais e que os aliados fizeram em conjunto o que estavam autorizados a fazer individualmente.

O Estatuto, por força de seus artigos 6º e 7º, descerra o véu que reveste o Estado, responsabilizando os indivíduos pelos atos criminosos cometidos, ainda que na condição de Chefe de Estado ou alto funcionário. Mais uma vez, a doutrina se divide: para alguns, o Direito Internacional só atinge o Estado e só ele pode ser responsabilizado; para outros, como Quincy Wright e Donnedieu de Vabres[13], as guerras de agressão exigem severas penas que, para serem efetivas, devem recair sobre os indivíduos e não, sobre os Estados, puras abstrações.[14]

Apesar das divergências acima apresentadas, é inegável que o Tribunal representou um marco na história do Direito Internacional do Século XX, século tão profícuo ao desenvolvimento deste ramo do Direito.

A Assembléia Geral da ONU, em 1947, adotou uma Resolução reafirmando princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg. Em 1950, a Comissão de Direito Internacional da ONU comunicou à Assembléia Geral os seguintes princípios:

1. todo aquele que cometer um crime de Direito Internacional será responsabilizado e punido;

---

10 Idem. pp. 155.

11 BERG, Frederick. *Op. cit.* pp. 519.

12 SCELLE (Cours. pp. 974). In: Accioly. *Op. cit.* pp. 455.

13 In: ACCIOLY, Hildebrando. *Op. cit.* pp. 453.

14 Para Marcel Merle, a aplicação da responsabilização individual não significa que a responsabilidade do Estado tenha sido afastada. Não pôde haver a dupla responsabilização, em face da "debellatio", ou seja, do desaparecimento, ainda que momentâneo, da Alemanha (In: Accioly. *Op. cit.* pp. 453).

2. ainda que a lei interna não imponha penalidade, a responsabilidade internacional existe;

3. o fato de um indivíduo estar investido na função de Chefe de Estado ou alto funcionário, não o exime de responsabilidade;

4. aquele que agir em obediência a ordens superiores será responsabilizado, se houve possibilidade moral de escolha;

5. a pessoa acusada de crime perante o Direito Internacional tem direito a julgamento honesto, perante os fatos e a lei;

6. são puníveis: crimes de guerra, crimes contra a paz e crimes contra a humanidade;

7. a cumplicidade em tais crimes também será punível.

É inegável que o mundo não poderia assistir silenciosamente aos desvarios cometidos por Hitler e seus seguidores. O Tribunal foi a forma encontrada de julgá-los e puni-los pelo descumprimento de normas que eles assumiram seguir, pelo desrespeito ao direito à diferença, à dignidade, à vida.

Inobstante a realidade mundial da época, com a necessidade premente não só de reprimir as barbáries cometidas, mas prevenir a eclosão de outra guerra de proporções provavelmente maiores, houve, do ponto de vista estritamente jurídico, violação a, pelo menos, dois princípios:

- o do *nullum crimen nulla poena sine lege*, pois todo ato considerado criminoso é proibido, mas nem todo ato proibido deve ser considerado criminoso. Os atos cometidos pelos alemães não eram, em termos jurídicos, crimes, embora o fossem do ponto de vista humanitário e moral;
- o da igualdade jurídica: a lei deve ser aplicada a todos que se encontrem sob a mesma condição jurídica. Os aliados também cometeram crimes e deveriam ter sido punidos, ainda que vencedores da guerra.

Conforme resolução adotada na Conferência realizada em Moscou, em 1945, o Comandante Supremo das forças aliadas no Extremo Oriente criou o Tribunal Militar Internacional para julgar os japoneses acusados de crimes na Segunda Guerra Mundial.

O Tribunal de Tóquio foi composto por Estados Unidos, Reino Unido, China, França, União Soviética, Austrália, Canadá, Filipinas, Holanda, Índia e Nova Zelândia.

Sem grande repercussão internacional e discussões doutrinárias, transcorreram os julgamentos daqueles criminosos.

Países aliados, como Estados Unidos e Reino Unido, além de Bélgica, França, Holanda, Polônia, Noruega, ex-Iugoslávia e ex-Tchecoslováquia, fizeram funcionar tribunais para julgar criminosos de guerra. Atualmente, os criminosos

são julgados nos países onde o crime foi perpetrado ou por um Tribunal Ad Hoc da Corte Internacional de Justiça.

2. O Crime

2.1. Um crime contra a humanidade.

Em 1945, o Ato Constitutivo do Tribunal Militar Internacional, em seu art. 6º, "c", ao elencar exemplificativamente crimes contra a humanidade, trouxe para o mundo jurídico, ainda que inominado, o crime de genocídio.

Como o mundo vivia no período pós-guerra, onde milhões de pessoas haviam sido vítimas de tais atos, e as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial repercutiram em todos os recantos do planeta, o extermínio de grupos se destacou, alcançando "independência fática" frente aos demais crimes elencados no citado Estatuto. Com a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, de 1948, o ordenamento jurídico conheceu, na verdade, um novo crime para antigos atos. Inobstante ter se destacado dentre as outras figuras, o genocídio mantém-se, juridicamente, como um crime contra a humanidade.

Estudiosos como Paoli, Donnedieu de Vabres, Graven, Dautricourt e Jorge Sawicki[15], ratificaram tal afirmação. Este último, entretanto, apontou o genocídio como forma brutal, qualificada e perigosa de crime contra a humanidade, tendo como uma de suas diferenças básicas, a intenção. No genocídio, quer-se o aniquilamento de um grupo; nos crimes contra a humanidade, não há a intenção do extermínio coletivo.

Detendo-nos na afirmação de Sawicki, apoiada por Quintano Rippolés, verificamos que, ao apontar o genocídio como forma brutal, perigosa e qualificada de crime contra a humanidade, ele exclui tais características de todos os outros crimes do mesmo gênero, como se estes não fossem também qualificados, perigosos e brutais, pois, embora careçam de precisão conceitual, tais crimes trazem, em sua essência, a certeza de se tratar de uma agressão que afeta não apenas o indivíduo isoladamente, mas a gravidade é tal que atinge a própria humanidade, como violação de seus direitos fundamentais.

No tocante às distinções entre estes dois institutos, equivocadas são suas tentativas. Por serem gênero e espécie, possuem pontos de aproximação (conseqüência da relação intrínseca existente), e pontos de afastamento (caracterizadores da espécie) que, em última instância, resultam relevantes como diferenciadores das várias espécies de um mesmo gênero.

---

[15] Apud: QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal.* Vol. I. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Cientificas. Instituto Francisco de Vitória, 1955. pp. 641-656.

Para que possamos identificar características comuns e particulares entre dois institutos, necessário se faz que estes se encontrem no mesmo patamar, sob a égide de uma raiz comum imediata, sem, no entanto, se confundirem. A relação entre eles é, assim, horizontal. Tal não acontece com a vinculação "gênero x espécie", pois além de nela inexistir raiz comum imediata, analisando o conjunto, os dois entes se interpenetram, predominando a idéia do todo e da parte. Assim, "todo" genocídio (espécie) será um crime contra a humanidade (gênero), embora nem todo crime contra a humanidade possa ser considerado genocídio.

Optamos, dessa forma, por desconsiderar as distinções doutrinárias entre estes dois entes, por julgá-las irrelevantes para a compreensão do crime de genocídio. Preferimos, entretanto, salientar o seu aspecto essencialmente brutal, perigoso e hediondo, considerando-o abominável.

2.2. O genocídio no direito internacional convencional.

Baseado, em sua essência, na intenção do extermínio coletivo, movido pela discriminação, o crime de genocídio viola direitos, como a vida e a integridade física e psíquica de membros de grupos e a igualdade.

Na esfera internacional, este crime tem sido disciplinado diretamente pela Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, realizada sob os auspícios da ONU, em 1948.

Há, no entanto, declarações e tratados que previnem e repudiam, de forma indireta, o genocídio.

Enquadram-se, neste caso, por exemplo, a Declaração de Teerã (1968), em seu artigo 8°, declarando a necessidade de que os povos se conscientizem dos males advindos da discriminação racial e que se unam a fim de combatê-la, assim como, devem combater e condenar todas as ideologias baseadas na superioridade racial e na intolerância; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), em seu Preâmbulo, destacando que: "... *qualquer doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, e que não existe justificação para a discriminação racial...*".

Citamos, finalmente, a Convenção Internacional sobre a Eliminação e a Punição do Crime de "Apartheid", realizada sob os auspícios da ONU, em 1973, em que tipifica como crime de "Apartheid", políticas e práticas de segregação e discriminação raciais, resultando em atos desumanos, cometidos com a intenção de estabelecer e manter a dominação de um grupo racial sobre outros grupos raciais, assim como, oprimi-los em caráter sistemático.

Todos estes institutos resultam relevantes no combate ao genocídio, pois o extermínio intencional é o ato final de uma série de outros, preparatórios. Violam-se, inicialmente, os direitos à liberdade e à igualdade de grupos raciais, étnicos, nacionais ou religiosos, através da supressão forçada do direito de ir e vir, do

direito à propriedade, à manifestação do pensamento e de suas tradições etc., confinando-os à segregação social.

Posteriormente, inexistindo condições de coexistência e de existência digna, viola-se o direito basilar para todos os outros: a vida. Desta forma, grupos inteiros são fadados ao desaparecimento, ainda que parcial, devido a ideologias baseadas na superioridade, que fazem acreditar certos grupos serem superiores a outros.

A Convenção do Genocídio, apesar de sua indubitável relevância jurídica, mostra-se, do ponto de vista prático, pouco eficaz, especialmente em seu caráter preventivo, pois como vemos comumente nos noticiários, muito pouco vem sendo feito para evitar os genocídios nestes últimos cinqüenta anos.

2.3. O genocídio no direito brasileiro.

Ao ratificar a Convenção sobre o Genocídio em 15 de abril de 1952, o Brasil comprometeu-se internacionalmente a prevenir e punir tal crime. No âmbito interno, o comprometimento se deu com a promulgação do Decreto nº 30.822, de 06 de maio de 1952. Por força do art. 5º da Convenção que prevê, por parte dos signatários, a adoção de medidas legislativas a fim de assegurar a aplicação de seus dispositivos e o estabelecimento de sanções penais para os que agirem, tentarem, incitarem ou forem cúmplices de atos de genocídio, o Brasil editou a Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956.

Reproduzindo em seu artigo 1º, o disposto no artigo 2º da Convenção sobre o Genocidio, a Lei nº 2.889/56 estabelece, para os diversos atos de genocídio, sanções idênticas a de outros crimes previstos no Código Penal brasileiro. Senão vejamos:

- *matar membros do grupo* = homicídio qualificado - art. 121, § 2º.
  Pena: reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.
- *causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo* = lesão corporal gravíssima - art. 129, § 2º.
  Pena: reclusão, de 02 (dois) a 08 (oito) anos.
- *submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial* = envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal - art. 270.
  Pena: reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos.
- *adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo* = aborto provocado sem o consentimento da gestante - art. 125.
  Pena: reclusão, de 03 (três) a 10 (dez) anos.
- *efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo* = seqüestro e cárcere privado - art. 148.
  Pena: reclusão, de 01 (hum) a 03 (três) anos.

A associação de mais de três pessoas para a prática de tais crimes e a sua incitação, direta e pública, serão punidas com a metade das penas cominadas acima. Em havendo consumação, a pena pelo crime de incitação passará a ser a mesma de crime incitado e se ocorrer através da imprensa, será aumentada de um terço.

Se a ação, associação ou incitação for cometida por governante ou funcionário público, a pena será, também, agravada em um terço.

A tentativa, por sua vez, será punida com dois terços das penas previstas.

O genocídio não é considerado crime político, inclusive, para fins de extradição, pois tratando-se de violação de norma internacional, não possui criminalidade relativa[16]. Considerado crime comum, a previsão de extradição se dá baseada na noção de justiça, exigindo a punição dos criminosos, e na cooperação entre os Estados na luta contra o crime. Dessa forma, o autor de genocídio não se beneficiará do instituto do asilo, cabível apenas aos crimes e às perseguições cometidos por motivação política.

A Convenção de 1948 reitera os preceitos acima, no que a segue o Brasil na citada Lei.

O grande defeito desta Lei é cominar penas idênticas a crimes que, apesar de aparentemente idênticos, possuem motivações diferentes.

Por mais abominável que seja considerado o homicídio e, especificamente, o qualificado, é muito mais terrível se o assassinato ocorre simplesmente porque a vítima pertence a determinado grupo e o agente tem a intenção deliberada de destruí-lo, exterminá-lo, por tal motivo. No homicídio qualificado, atenta-se contra a vida humana; no genocídio, contra o direito de se existir enquanto grupo, contra o respeito às diferenças e às minorias[17].

Analisando outros diplomas legais, verificamos que dos 361 artigos que compõem nosso Código Penal, apenas o art. 7°, I, d, refere-se à figura do genocídio, ao tratar da extraterritorialidade. Assim, ainda que cometidos no estrangeiro, tais crimes ficam sujeitos à lei brasileira, no caso de ser o agente brasileiro ou domiciliado no Brasil.[18]

---

[16] Cf. MELLO, Celso de Albuquerque. *Op. cit.* Vol. II. pp. 655.

[17] O mesmo raciocínio deve ser aplicado aos demais casos de crimes hediondos.

[18] Confrontando o art. 7°, I, d, CP, e o art. 5°, LI, CF, concluímos que, se o agente for:

- BRASILEIRO NATO:

- por crime comum cometido no exterior: se ele lá estiver, lá será julgado; se estiver no Brasil, este o julgará, pois não admitimos a extradição de nacionais;
- por crime de genocídio cometido no exterior: se estiver no Brasil, este o julgará; se estiver no exterior, o Brasil solicitará sua extradição para que ele seja julgado aqui;

- BRASILEIRO NATURALIZADO:

- por crime comum (inclusive o de genocídio) cometido após a naturalização: VER: brasileiro nato;

A Constituição Federal de 1988, apesar de não mencionar expressamente o genocídio, repudia temas afins, como o racismo e a tortura[19], visto que o racismo **pode servir** de motivação para o genocídio e a tortura **pode ser utilizada** como instrumento para a prática de tais atos. A nossa Carta Magna considera, ainda, em seu art. 5°, XLIII, crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, aqueles definidos como hediondos.

Como a Constituição Federal não estabeleceu quais os crimes considerados como hediondos, facultou ao legislador ordinário tal iniciativa. Para tanto, foi promulgada a Lei n° 8.072, de 25 de julho de 1990[20]. Tal lei classifica como hediondos os crimes de latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou de substância alimentar ou medicinal, qualificado pela morte[21] e de genocídio, tentados ou consumados.

Como conseqüência, tais crimes, ao lado da prática da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e do terrorismo, são insuscetíveis de anistia, graça ou indulto e fiança.

Apesar da preocupação de nosso legislador em incluir o genocídio no rol dos crimes hediondos, as penas cominadas para tal crime, assim como para o de homicídio (simples e qualificado) não foram majoradas, ao contrário das demais. Desta forma, o agente de genocídio que adote medidas destinadas a impedir nascimentos no seio de um grupo (por aborto sem o consentimento da gestante, esterilização de mulheres etc.) será condenado à reclusão, de 03 (três) a 10 (dez) anos, enquanto o agente de extorsão mediante seqüestro, em sua forma simples (art. 159, *caput*, CP), será sancionado com reclusão, de 08 (oito) a 15 (quinze) anos[22]

Há discrepância entre as sanções aplicadas, reveladora de uma despreocupação generalizada em relação ao genocídio, com um tratamento incoerente com a relevância, que o "crime dos crimes" recebe no Brasil. Talvez, pelo fato de o bem jurídico tutelado ser a preservação de grupos minoritários e/ou

---

- por crime comum (inclusive o de genocídio) cometido antes da naturalização: ele será extraditado.

- ESTRANGEIRO DOMICILIADO NO BRASIL:
indiferentemente de o genocídio ter sido praticado antes ou após o estrangeiro ter se domiciliado no Brasil: este será competente para julgá-lo.

[19] Cf. art. 3°, IV, e art. 5°, III, XLII, XLIII, CF.

[20] Reformulada pela Lei n° 8.930, de 06 de setembro de 1994, desdobrando o art. 1°, *caput*, em sete incisos, referindo-se a crimes previstos no Código Penal e em um parágrafo único, tratando do genocídio.

[21] Crime suprimido pela Lei n° 8.930/94.

[22] Não é nosso propósito considerarmos determinado crime mais grave ou hediondo que outro. Gostaríamos, apenas, de mostrar a discrepância da aplicação das sanções aos diversos crimes enumerados nesta lei.

desorganizados, geralmente, detentores de uma situação econômica desfavorecida; talvez, porque ainda estejamos caminhando para um efetivo respeito aos direitos humanos, inobstante muitos deles já se encontrarem protegidos por tratados e normas jurídicas internas.

3. A Conclusão da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio.

3.1. A Convenção: base e olhos para o passado. Breve análise.

Conseqüência direta das barbáries cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio teve seus primeiros esforços envidados em 1946, com uma solicitação das delegações de Cuba, Índia e Panamá à recém-criada Organização das Nações Unidas, no sentido desta incluir na agenda de sua Assembléia Geral um item sobre a prevenção e a repressão a tal delito. Estas delegações enviaram, em anexo à solicitação, um projeto de resolução a ser adotado pela Assembléia Geral, onde se desejava qualificar o genocídio como delito internacional.

A Assembléia Geral, após discutir a questão, aprovou por unanimidade um projeto de resolução elaborado pela Sexta Comissão, que se transformou na resolução 96 (I) da AG, em 11 de dezembro de 1946. Nesta resolução, constava o pedido de elaboração de um projeto de convenção sobre o delito em pauta. Assim, foi confiada à Divisão de Direitos Humanos do Secretariado da ONU, a elaboração deste projeto.

Este primeiro projeto, composto por vinte e quatro artigos, dentre outras questões, adotava o princípio da universalidade, previa a reparação de danos aos sobreviventes de atos genocidas, protegia os grupos políticos e, incluía, além do genocídio físico e biológico, o cultural. Posteriormente, foi formada uma Comissão Ad Hoc, a fim de prosseguir no trabalho da Convenção.

O segundo projeto, composto por dezenove artigos, ao contrário do anterior, adotava o princípio da territorialidade; mantinha o genocídio físico, biológico e cultural e a proteção aos grupos políticos, mas, eliminava os atos preparatórios e a propaganda como puníveis.

O texto foi discutido e as decisões encaminhadas à Sexta Comissão, onde uma de suas subcomissões ficou responsável pela elaboração da versão final.

Após discussões e modificações, o texto final da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio foi aprovado por unanimidade pela Assembléia Geral, em 09 de dezembro de 1948, assinado em Paris a 11 de dezembro do mesmo ano, entrando em vigor em 12 de janeiro de 1951, decorridos noventa dias do vigésimo depósito de ratificação ou adesão.

Vigorando para todos os signatários por dez anos da data de sua entrada em vigor e, sucessivamente, por períodos de cinco anos para os que não a tiverem

denunciado[23], pelo menos, seis meses antes do término do prazo, a citada Convenção cessará de vigorar se as Partes forem reduzidas a menos de dezesseis, quando da entrada em vigor da última denúncia.

Os princípios norteadores da Convenção encontram-se no Preâmbulo:

- o genocídio é um crime contra o direito internacional;
- contrário ao espírito e aos fins das Nações Unidas;
- o mundo civilizado o condena;
- a Humanidade já sofreu grandes perdas por este crime;
- a cooperação internacional se faz necessária para livrar a Humanidade deste flagelo,

e no artigo I:

- o genocídio pode ser cometido tanto em tempo de guerra como em tempo de paz;
- as Partes Contratantes se comprometem a preveni-lo e a punir quem o pratique.

Os dezoito artigos seguintes trazem, além das cláusulas gerais, presentes, via de regra, em todos os tratados, questões específicas relacionadas ao crime de genocídio, tendo por objetivo a realização dos princípios citados anteriormente.

No tocante às reservas, a Convenção é silente. Não as proíbe, nem as prevê expressamente. A fim de elucidar este impasse, a Assembléia Geral solicitou à Corte Internacional de Justiça uma opinião consultiva sobre a matéria.

Invocando as normas gerais de Direito Internacional em relação aos tratados, a Corte Internacional de Justiça proferiu parecer no sentido de que se o texto da Convenção expressamente não as proíbe, presumem-se permitidas as reservas, desde que haja compatibilidade entre o objeto da reserva e o propósito do tratado, devendo estar sujeita à aceitação dos demais signatários.

Admitindo-as, o disposto nos artigos IX e XII foram os que mais geraram objeção por parte dos prováveis signatários. O artigo IX dispõe que as controvérsias referentes à interpretação, aplicação ou execução da Convenção e à responsabilidade dos Estados na questão serão submetidas à Corte Internacional de Justiça, a pedido de uma das Partes. Os Estados que formularam as reservas, objetaram que os pedidos devem ser encaminhados por todas as Partes envolvidas no conflito; o artigo XII, por seu turno, prevê que os territórios sob administração só serão submetidos às normas da Convenção, se o Estado responsável permitir. A objeção foi no sentido de que aos territórios fossem estendidos os efeitos da Convenção, automaticamente. Este dispositivo está praticamente em desuso, devido ao processo de descolonização empreendido nos últimos cinqüenta anos.

[23] Nenhum Estado a denunciou até a presente data.

Classificam-se como genocidas os atos cometidos com a intenção de destruir, total ou parcialmente, grupos nacionais, étnicos, raciais ou religiosos. Neste caso, não é necessário que haja destruição efetiva, a intencionalidade do ato já é considerada delito e, por conseguinte, punível.

Entretanto, só os atos intencionais são caracterizados como genocidas. Hitler e seus seguidores foram muito claros ao dizimarem milhões de judeus. Segundo Sartre[24], *"Hitler havia proclamado sua vontade deliberada de exterminar os judeus;...O judeu devia ser conduzido à morte viesse de onde viesse, não por ter sido preso com armas na mão ou por ter entrado num movimento de resistência, mas* **porque era judeu.**" Mas, nem sempre, a intencionalidade é tão clara e expressa e, pode-se não conseguir comprová-la. Assim, tais atos serão considerados como homicidas e podemos, com isso, estar fadando grupos inteiros ao desaparecimento, sem que os responsáveis sejam julgados e condenados pelo mais cruel dos crimes: o da intolerância frente às diferenças e às minorias.

É importante ressaltar que o grupo político foi excluído do texto final, sob a alegação de ser de difícil caracterização, ser um grupo voluntário e, como tal, possível de sofrer modificações. Alie-se a estes fatos, a probabilidade de a Convenção deixar de ter sido ratificada por muitos Estados, devido ao momento político que o mundo atravessava.

São considerados atos genocidas: assassínio de membros do grupo; dano grave à integridade física ou mental do grupo; submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial; medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo e transferência forçada de menores para outro grupo.

Serão punidos não só os que praticarem tais atos, mas também aqueles que o auxiliarem, incitarem, tentarem ou forem cúmplices, independente de serem governantes, funcionários ou particulares.

A Convenção não estipula sanções, deixando às Partes Contratantes a sua aplicação, variando, assim, de acordo com a legislação do Estado competente para julgá-lo. Israel estabelece a pena de morte ou prisão por, pelo menos, 10 anos (em caso de atenuante); o Brasil condena o genocida que assassine membros de um grupo a, no máximo, 30 anos de reclusão, chegando a 03 anos quando o ato for de transferência forçada de menores para outro grupo.

Além da não-uniformidade das sanções, o artigo em pauta confere ao Estado onde foi perpetrado o crime a competência para julgar o criminoso. Ora, se reconhecemos que a maioria dos atentados contra os direitos humanos são cometidos no interior dos Estados, onde grupos minoritários são sistematicamente enfraquecidos pela maioria com a intenção de exterminá-los ou subjugá-los, e esses

[24] SARTRE, Jean Paul. O Genocídio. Revista Civilização Brasileira. Rio de Janeiro: Nº 17, Ano IV, Jan/fev, 1968. pp. 04.

atos são praticados, geralmente, pelos governantes, durante regimes autoritários, como, então, atribuir aos tribunais destes Estados, competência para julgar estes criminosos? A este respeito, trata, com perfeição, Antonio Quintano Ripollés, ao dizer que a proteção da vida e de outros direitos humanos básicos, quando violados pelo Estado, deve ser realizada pelo Direito Internacional e não pelo Direito Penal interno, "... *dado que reservar al Estado su autopunición es un pueril subterfugio, cuando no una sangrienta farsa*[25]."

Além de serem julgados pelos tribunais dos Estados onde o crime foi cometido, os agentes podem ser encaminhados para julgamento por uma corte penal internacional. Como não foi criada ainda uma corte permanente para julgar tais casos, os agentes são julgados por um Tribunal Ad Hoc da Corte Internacional de Justiça.

Um outro aspecto importante da Convenção é não considerar o genocídio como crime político, sendo possível a extradição, que fica condicionada à legislação interna do Estado e aos tratados que mantenha sobre a matéria.

Após quarenta e cinco anos de sua entrada em vigor, noventa e oito Estados são Partes na citada Convenção, ou seja, seus dispositivos não alcançam sequer metade dos Estados existentes atualmente. Comparando-a a outras Convenções, bem mais recentes, relativas à proteção de direitos humanos, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação e a Punição do Crime de "Apartheid" (1973), que conta com a participação de oitenta e seis Estados e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), onde noventa e três já são Partes, verificamos que o número de signatários na Convenção sobre o Genocídio é relativamente pequeno. Apressadamente, poderíamos concluir que isto ocorre porque tal crime já foi abolido de nossa sociedade e referimo-nos a ele como uma página virada da nossa época. Infelizmente, isto não é verdade. Os bósnios, sérvios e croatas da ex-Iugoslávia e os tutsis e hutus de Ruanda não permitem que cheguemos a tais conclusões.

Podemos, inobstante, concluir que a Convenção foi um grande avanço enquanto instrumento de caracterização de tão cruel crime, como também por ter sido uma forma de a sociedade internacional demonstrar sua desaprovação e intolerância às barbáries cometidas durante a Segunda Guerra Mundial. No entanto, ela tem-se mostrado tímida em seu caráter tanto preventivo quanto repressivo. Urgem alterações em seu texto, a fim de que ele acompanhe as mudanças ocorridas na sociedade durante estes quase cinqüenta anos de sua existência.

3.2. A necessidade de revisão da Convenção.

[25] QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Op. cit.* pp. 652-653.

Lembrando o brocardo *ubi societas ibi jus*, não podemos pensar em sociedade e direito como realidades desassociadas. Ao mesmo tempo em que as condutas de determinada sociedade refletem o direito, é, por outro lado, este direito, reflexo da sociedade. Logo, deve-se sempre buscar harmonia entre o que está no plano abstrato das normas e o que está no plano concreto do dia-a-dia. O direito busca esta harmonia através da criação, alteração ou revogação das normas jurídicas.

Neste sentido, a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio possui, pelo menos, três pontos que merecem nossa reflexão:

1. cometimento de atos com a intenção exclusiva de aniquilamento de grupos são tipificados como de genocídio.

Desta forma, todos os atos enumerados no artigo II da Convenção, cometidos sem a intenção deliberada de extermínio, ainda que propiciem a destruição total ou parcial de determinado grupo, será considerado crime contra a humanidade e não, genocídio, visto estar este crime relacionado ao desejo consciente de destruição.

Devemos ressaltar que, na prática, o limite entre a tipificação de certos crimes como de genocídio ou não, é extremamente tênue, haja vista, v.g., o que ocorre na Libéria[26], onde beligerantes obstam o envio de alimentos e medicamentos ao povo de Tubmanburg[27] e, embora o estejam submetendo intencionalmente a condições de existência que podem lhe ocasionar a destruição física total ou parcial (art. II, "c", Conv. Genoc.), não são considerados autores de genocídio, visto não terem a intenção de extermínio do grupo. No entanto, até que ponto podemos afirmar que não está havendo genocídio contra o povo desta aldeia liberiana? Se recorrermos às normas jurídicas e, em especial, à Convenção do Genocídio, seguramente responderemos que não há; mas, se recorrermos à etimologia do termo (morte de um povo) e ao bom-senso, responderemos que sim! Há, nesta aldeia, milhares de adultos e crianças gravemente desnutridos, mortos por toda parte, todos vítimas da fome, da falta de medicamentos, enfim, das condições de miséria a que estão sendo submetidos pelos grupos rivais que lutam pelo poder naquele país. Aquele grupo está fadado ao desaparecimento, ainda que, em princípio, parcial! E o está pela ação criminosa e deliberada de outrem, e isto é genocídio.

2. Destruição de valores culturais de um povo não é considerado genocídio.

Permeia todo o texto da Convenção uma preocupação com a proteção física de grupos étnicos, raciais, nacionais ou religiosos, tanto é assim que os atos

[26] Jornal do Commercio. *Milhares de liberianos ameaçados pela fome.* Recife: 12.09.96.

[27] Aldeia liberiana, isolada do resto do país, desde o início do ano, por causa de conflitos entre grupos rivais.

considerados como genocídio são os que atentam contra a existência física de seus membros, enquanto partes do grupo, vítimas da intenção de extinção. Com toda razão, deve-se preservar a vida e a perpetuação através das novas gerações. No entanto, imprescindível para a existência e sobrevivência de um povo, é, não somente a existência física de seus membros, mas, principalmente, os vínculos, os laços culturais que os unem. Se sua cultura é destruída, embora não haja o aniquilamento físico, o grupo enquanto tal, tende a se fragilizar ou até mesmo a desaparecer.

Podemos citar, *verbi gratia*, parte do parecer de Danton Jobim refutando acusações de governos estrangeiros de que o Brasil estaria tolerando e praticando genocídio contra grupos indígenas[28]: *"... a FUNAI tem de traçar sua política levando em conta, de um lado, as necessidades do índio, que* ***não pode ser violentamente transformado, mas deve ter suas tradições, seus hábitos, suas crenças e seu modo de vida preservados enquanto deles precisar para sobreviver,***[29]*...".* Podemos concluir que, a princípio, a integridade física e a própria existência imediata dos nossos índios pareciam preservadas. Logo, não seria caso de genocídio, segundo a Convenção. No entanto, este parecer é denunciador de uma transformação lenta, gradativa, a que nossos índios foram submetidos, esfacelando suas tradições, seus hábitos, suas crenças, sua forma de vida, descaracterizando-os enquanto grupo. As vidas foram preservadas, os índios, não! Talvez esta seja a forma mais cruel de extermínio: deixar alguém sem passado, sem presente, sem futuro. Fazê-lo sentir-se um estranho em si mesmo. Não podemos compactuar com a idéia de que isto não seja genocídio!

3. Julgamento dos acusados pelos tribunais do Estado onde o crime foi cometido.

Via de regra, os genocídios são cometidos:

- pelo Estado, através de seus agentes, em regimes autoritários;
- durante guerras internas;
- por Estados estrangeiros, durante "guerras de agressão".

No primeiro caso, como deixar ao arbítrio dos tribunais internos, o indiciamento e julgamento dos acusados? Pura quimera...

Nos outros dois casos, pode-se atribuir aos tribunais internos o poder/dever de julgar os acusados, desde que haja previsão legal para o crime e o indiciamento e julgamento se dêem de forma imparcial. Entretanto, nem sempre há harmonia entre o dever-ser e o ser. Deixar aos tribunais internos este

[28] JOBIM, Danton. *O problema do índio e a acusação de genocídio.* Ministério da Justiça. Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. Boletim nº 2, 1970. pp. 07.
[29] Grifos nossos.

poder/dever é, muitas vezes, promover julgamentos carregados de emoção e parcialidade e esta situação não deve ser a almejada pelo direito.

Exemplo disto é o que ocorre atualmente em Ruanda[30], em que hutus, acusados de genocídio contra hutus moderados e tutsis, serão julgados por sobreviventes destes grupos, que se tornaram "juízes" após um curso intensivo de quatro meses. Deparamo-nos, neste caso, com uma situação inaceitável de justiça com as próprias mãos travestida de justiça institucionalizada.

Em virtude de todas estas críticas, sugerimos, pelo menos, três alterações urgentes no texto da Convenção, a fim de que ela se coadune à realidade. São elas:

- deve-se manter a intencionalidade do ato, mas não, necessariamente, a do extermínio;
- por ser um crime cometido contra grupos, os atentados contra os elementos relevantes a sua existência, dentre eles, a cultura, devem ser tipificados como genocídio;
- os crimes devem ser julgados apenas por cortes internacionais, de preferência, permanentes, com a aplicação das sanções previstas no direito interno do Estado onde o crime foi perpetrado, desde que caiba ao direito internacional o estabelecimento de limites (mínimo e máximo) das sanções aplicáveis. Evita-se, assim, uma possível parcialidade dos julgamentos e um (des)favorecimento ao réu, com a aplicação de sanções mais brandas ou mais severas, dependendo do Estado onde ocorreu o crime.

Consideramos, entretanto, como ideal, o estabelecimento de sanções pelo direito internacional, embora tenhamos que admitir a dificuldade de sua aplicação, principalmente no que se refere às sanções de caráter penal.

Direito e sociedade se complementam harmonicamente. A existência de um está intrinsecamente ligada à do outro, assim como, as evoluções e involuções de cada um, interferem na dinâmica do outro.

Sob pena de se tornar ineficaz, a Convenção do Genocídio carece, hoje, de reformas, a fim de se coadunar às necessidades da sociedade contemporânea. Certamente, nos próximos anos, novas revisões serão necessárias, para que o ordenamento jurídico regule as mudanças sociais ocorridas, cumprindo seu papel de agente coercitivo de manutenção da ordem, da segurança e da paz social.

4. Prevenção e repressão de crimes internacionais: elementos necessários.

4.1. A cooperação internacional.

[30] Jornal do Commercio. *Justiça baseada na vingança.* Recife: 31.03.96.

Em todas as instâncias do relacionamento, a cooperação aparece como pressuposto básico para a consecução de objetivos comuns. No relacionamento interestatal não é diferente. Tanto é assim, que na "Declaração sobre os Princípios Regedores das Relações de Amizade e Cooperação entre os Estados", de acordo com a Carta da ONU, de 1970, a cooperação internacional figura como um princípio a ser seguido pelos Estados. Esta cooperação, p. ex., deve-se dar, seja na transferência de tecnologia, na proteção ao meio ambiente, seja na prevenção e repressão a crimes internacionais. Assim o foi no combate à pirataria e ao tráfico de mulheres; assim o tem sido no combate ao terrorismo; assim o deve ser na prevenção e repressão do genocídio.

Após assistir estupefacto ao extermínio sistemático de milhões de judeus durante a Segunda Guerra Mundial, tencionou-se conter a fúria e a audácia do nazismo. Era preciso fazer justiça às pessoas dizimadas durante aquele atroz episódio. Um Tribunal Militar Internacional foi constituído para julgar os criminosos e, depois, sob os auspícios da ONU, nações de todos os recantos do planeta se comprometeram a prevenir e a punir tais crimes, denominados genocídio.

Praticamente cinqüenta anos se passaram desde aquele momento em que o homem resolveu, através do direito, punir o extermínio das diversas etnias, raças e religiões. No entanto, os genocídios não terminaram com a Segunda Grande Guerra, nem com os julgamentos de Nuremberg e Tóquio. Neste meio século, quantos foram perpetrados pelo mundo afora? Inúmeros. E em quantos a "sociedade internacional" cooperou efetivamente, seja evitando-os, seja punindo-os? Em poucos casos... Na maioria das vezes, estes grupos são abandonados à própria sorte e três exemplos recentes trazem à baila crimes de genocídio em que a cooperação cedeu lugar à indiferença: os índios exterminados na guerra entre Peru e Equador na região amazônica destes países, e os membros das etnias tutsi e hutu de Ruanda e Burundi.

No primeiro caso, o Peru alistou indígenas sem treiná-los, para servirem de varredores de minas e escudos humanos. Índios de tribos irmãs foram alistados pelos governos peruano e equatoriano, obrigando-os a se enfrentarem. Os mortos foram abandonados na selva, pois não houve uma trégua para identificá-los e enterrá-los. Assim, nunca se poderá precisar quantos indígenas foram mortos durante aquela guerra.

Segundo Juan de Dios Parra[31], nem o Comitê de Ministros da OEA, nem o Conselho de Segurança da ONU se reuniu para impor um fim à guerra ou mesmo uma trégua a fim de que os mortos fossem enterrados. Para ele, "... *a comunidade*

[31] PARRA, Juan de Dios. Etnocídio e Ecocídio na Guerra Amazônica. Cadernos de Terceiro Mundo. Nº 187, Ano XXI, Jul. 1995. pp. 29.

internacional participou como uma testemunha silenciosa e cúmplice destes crimes, já que nada foi feito para evitá-los.[32]"

Situação semelhante de descaso, vivem os tutsis e hutus, em especial, de Ruanda e Burundi. A ideologia racial, trazida pelos colonizadores alemães e belgas, que resultou, anos depois, no movimento nazista, criou uma separação entre estas duas etnias que até então conviviam pacificamente. Há décadas, hutus e tutsis vêm se alternando ora como assassinos, ora como assassinados.

Jean Carbonnarre[33], Presidente da ONG Survie, responsabilizou a Europa e, particularmente, a França por não ter evitado o genocídio ocorrido em Ruanda, quando um milhão de tutsis e hutus moderados foram mortos pela etnia hutu. Segundo ele, o governo francês ofereceu treinamento militar e assistência técnica ao governo hutu contra a rebelião tutsi e enviou cerca de trezentos assessores militares, por quatro anos, a partir de 1990, até que eclodiu o genocídio em 1994.

Discordando de Carbonnarre, acredito que a França não deve ser responsabilizada por não ter evitado o genocídio, mas, por ter cooperado para que ele ocorresse. Em situações-limite como a de Ruanda, ajudar como a França o fez, é contribuir para o estopim de uma luta sangrenta. Infelizmente, deparamo-nos com um caso de "cooperação" às avessas do esperado.

Do tamanho do Estado de Alagoas, com metade de sua população analfabeta, expectativa de vida de 50 anos e renda *per capita* de 220 dólares, Burundi é um dos países mais pobres do mundo.[34]

Após a média de 140 mortes por dia nos últimos três anos, em Burundi ocorre atualmente em torno de 35 mortes diárias. Esta redução deve-se a um acordo de divisão de poder entre tutsis e hutus. Ainda assim, em julho do corrente ano, cerca de trezentos tutsis, a maioria, mulheres e crianças, que viviam em um acampamento de refugiados, foram mortos por hutus, mergulhando o país em outro banho de sangue. A luta entre estas duas etnias tem as mesmas raízes da que ocorre em Ruanda, arrastando-se há décadas. Como conseqüência, os sobreviventes são forçados a se refugiarem em países próximos, resultando em uma dispersão do grupo ou mesmo na morte de muitos, dada a precariedade das condições de vida. Em última instância, também podemos considerá-los como forma de genocídio.

Para especialistas, a única maneira de se impedir uma guerra em Burundi, seria com a intervenção de tropas estrangeiras, "*... mas nenhum governo de olhos azuis consultado pela ONU se dispôs a fornecer soldados para as forças de paz.*[35]" O mundo

[32] Idem. pp. 29.
[33] Cadernos de Terceiro Mundo. Nº 187, Ano XXI, Jul. 1995. pp. 32.
[34] Revista Veja. *Inferno tribal.* 31/07/96. pp. 41.
[35] Idem. pp. 40.

assiste silenciosamente à tragédia naquele país. Afinal, qual o direito que os outros Estados possuem de ***"interferir nos assuntos internos de Burundi?"***

Os três casos acima revelam uma terrível realidade deste final de milênio: a "cooperação" existe e existirá sempre, desde que as grandes potências a vejam como um "motivo relevante" (do ponto de vista político ou econômico). Do contrário, os olhos e ouvidos dos povos estarão sempre seguindo em direção contrária aos clamores das minorias pelo direito à própria existência.

4.2. A criação de uma Corte Internacional Criminal Permanente.

Assim como a internacionalização da proteção aos direitos humanos se deu pela necessidade premente de liberá-los da jurisdição meramente estatal, fortalecendo-os, a criação de uma Corte Internacional Criminal Permanente possui, *mutatis mutandis*, as mesmas raízes.

Crimes internacionais ultrapassam fronteiras políticas, ideológicas e geográficas, atingindo a humanidade como um todo. Violam, em sua essência, direitos elementares do homem. Alguns daqueles crimes, como a tortura e o genocídio, são, geralmente praticados pelo Estado ou com sua tolerância.

Ainda que o Estado onde ocorreu o crime não tenha qualquer participação naquele ato, torna-se extremamente difícil "inocentá-lo". A natureza destes crimes requer manifestações preliminares que deixam transparecer o que acontecerá no futuro. Ao Estado cabe, não somente reprimir os crimes praticados em seu território ou contra seus nacionais, mas, principalmente, preveni-los. Todas as vezes que crimes como o genocídio ocorrem, significa que alguém falhou e, necessariamente, o Estado se encontra neste grupo.

Assim sendo, tais crimes deveriam ser julgados exclusivamente no âmbito internacional, não cabendo aos Estados poder jurisdicional sobre estes casos. Situação oposta a que ocorre atualmente, em que, inobstante a possibilidade destes crimes serem julgados por um Tribunal Ad Hoc da Corte Internacional de Justiça[36], os Estados, com base em sua legislação interna, tornam-se usualmente os competentes para julgá-los[37].

Desta forma, processos e julgamentos, quando realizados pelos Estados, além de refletirem o Judiciário daquele país no que tange a sua integridade e imparcialidade; o respeito e observância aos direitos humanos violados, retratam, ainda, um aspecto jurídico-cultural relevante no sistema penal: a sanção. Crimes

---

[36] O croata Drazen Erdemovic, autor de crimes contra a humanidade na guerra da Bósnia, é o primeiro a ser sentenciado por um tribunal para crimes de guerra desde os julgamentos de Nuremberg e Tóquio. Jornal do Commercio. *Croata é condenado a 10 anos de prisão por crime de guerra.* Recife: 30/11/96.

[37] No Brasil, a Procuradoria da República em Roraima processou 24 garimpeiros por crime de genocídio contra índios ianomâmis. Jornal do Commercio. *Garimpeiros processados por crime de genocídio no massacre ianomâmi.* Recife: 26/10/93.

fortemente rejeitados por uma sociedade, geralmente, possuem sanções mais severas; crimes tolerados ou indiferentes a uma sociedade, penas mais brandas.

Neste sentido, o julgamento por uma corte internacional eliminaria as peculiaridades locais acima apontadas. Haveria, "em tese", maior imparcialidade nos julgamentos, independente da nacionalidade e do "status" da vítima e do criminoso e, ainda, do local onde se deu o evento. Haveria, por fim, uniformidade nas sanções aplicadas, variando dentro de limites previamente estabelecidos, levando-se em consideração atenuantes e agravantes.

No entanto, estabelecer sanções jurídicas de caráter penal no âmbito do Direito Internacional, é uma das mais árduas tarefas deste ramo do Direito. Tal dificuldade se deve ao fato de que perderiam os Estados a competência e o "poder" de julgar tais crimes e, sabendo-se que as normas de âmbito internacional são criadas pelos Estados e a eles aplicadas, não lhes interessaria abdicar deste poder.

Aliado a este "poder concentrador" do Estado, no que se refere a todos os fatos que ocorrem em seu território e/ou com seus nacionais, a cooperação internacional para a prevenção e repressão de crimes internacionais é pura hipocrisia. Numa busca incessante pela afirmação de seu poder e de sua soberania, crimes praticados nas potências, só a elas interessam e, quando cometidos em Estados com pouca ou nenhuma expressão político-econômica, não interessam a ninguém.

Inobstante as dificuldades exibidas, mas considerando:

- a natureza internacional destes crimes;
- a dificuldade de aceitação da não-participação do Estado em tais atos;
- a imparcialidade dos julgamentos ser posta em dúvida pela incerteza da integridade do Judiciário local;
- o retardamento dos julgamentos pela necessidade de se estabelecer qual Estado terá competência para procedê-los, nos casos que envolverem nacionais de Estados diversos, e
- a não-uniformidade das sanções aplicadas ao mesmo crime, por serem oriundas de julgamentos baseados em direito interno.

Inobstante as dificuldades exibidas, mas considerando:

- a natureza internacional destes crimes;
- a dificuldade de aceitação da não-participação do Estado em tais atos;
- a imparcialidade dos julgamentos ser posta em dúvida pela incerteza da integridade do Judiciário local;
- o retardamento dos julgamentos pela necessidade de se estabelecer qual Estado terá competência para procedê-los, nos casos que envolverem nacionais de Estados diversos, e

- a não-uniformidade das sanções aplicadas ao mesmo crime, por serem oriundas de julgamentos baseados em direito interno.

Reitero a necessidade de um tribunal penal internacional de caráter permanente. Neste sentido e corroborando com a idéia ora apresentada, foi aprovada, em julho do corrente ano, em Conferência realizada em Roma, a criação de um Tribunal desta natureza[38] a fim de julgar crimes de guerra e contra a humanidade. Devemos ressaltar que houve apenas a **aprovação de sua criação**, não vigorando, ainda, no mundo jurídico, o tratado constitutivo de tal ente.

[38] O texto do tratado constitutivo do tribunal penal internacional de caráter permanente para julgar crimes de guerra e contra a humanidade, aprovado por cerca de 120 Estados, possui como algumas de suas características:
a não existência de cláusula facultativa de jurisdição obrigatória; a não-subordinação do Tribunal ao Conselho de Segurança da ONU; a eleição de um Promotor; a punição de crimes (de guerra ou contra a humanidade) cometidos no ou pelo Estado; a imposição exclusiva de penas privativas de liberdade, sendo que a mais grave será a de prisão perpétua. (Neste caso, devemos observar a posição do Brasil que não permite, por imposição constitucional, a pena de prisão perpétua.). Há, ainda, a previsão de criação de um fundo para indenizar as vítimas.
A mais forte oposição à aprovação do texto de criação deste Tribunal foi realizada pelos Estados Unidos, seguido pela China (ambos membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU). Votaram, ainda, contrariamente a sua criação: Israel, Índia, Filipinas, Sri-Lanka e Turquia. Chamamos atenção para o fato de que em alguns destes Estados ocorrem graves violações aos direitos humanos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA[1]

Ricardo Cavalcante Barroso (Aluno do 8° período da Graduação em Direito da UFPE; Monitor de Direito Administrativo)

Sumário: 1.Breve Intróito; 2.Recorribilidade das Decisões Judiciais; 3.A Natureza do *Mandamus*, 4.Razões Pela Impossibilidade do Agravo de Instrumento; 5.Do Cabimento do Agravo de Instrumento; 6.Conclusão; 7. Jurisprudência: Julgados pela Admissão do Agravo de Instrumento; 8. Bibliografia

1. Breve Intróito

Numa perspectiva apriorística pode-se afirmar que o tema proposto para análise é de primordial eminência prática posto que, não raro, encontra-se na jurisprudência decisões controversas sobre a admissibilidade do Agravo de Instrumento no mandado de segurança, mormente no que se refere à recorribilidade da decisão liminar.

Como se verá, também a doutrina diverge sobre a intrincada matéria em questão, posto que, se por uma lado, ilustres juristas advogam a possibilidade do aludido recurso, por outro, estudiosos de peso como Cretella Jr. e Hely Lopes defendem a irrecorribilidade do despacho concessivo de liminar no rito mandamental.

Tal celeuma torna-se ainda imprescindível pela sua íntima ligação com princípios basilares do Direito Processual Civil, ou mesmo do Direito Constitucional, como o princípio da ampla defesa e do contraditório, entre outros.

Ademais, será confrontada a discussão acerca da subsidiariedade ou não do CPC em relação a Lei do Mandado de Segurança, Lei 1.533/51, que por ser lei extravagante, enseja algumas indagações.

Por derradeiro, insta salientar a natureza jurídica da liminar em mandado de segurança, discussão que terá profundas repercussões no cerne da matéria ventilada neste estudo.

2. Recorribilidade das Decisões Judiciais

As decisões judiciais, sejam elas definitivas ou provisórias, consistem em um Juízo de valor sobre a matéria ventilada nos autos, ou seja, trazida aos autos

[1] *In memoriam* ao Professor Doutor e Orientador José de Moura Rocha

pelas partes através da concretização dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Ocorre que tais resoluções judiciais emanam de órgãos, cujos titulares são os magistrados, os quais diante dos fatos selecionam o direito que melhor se aplica à espécie. Porém, sendo os magistrados seres humanos, e como tais passíveis de cometer equívocos e impropriedades, surgem os recursos para resguardarem os interesses das partes processuais e do próprio Estado que busca a Justiça e a pacificação social. Abordando esta questão, Pontes de Miranda, com costumeira clareza, assim se pronunciou: "Na finalidade do recurso está interesse das partes, ou legitimados a recorrer, e interesse geral, por que o Estado tem empenho em que se realize o direito objetivo e se faça justiça.[2]" E não poderia ser de outra forma, caso contrário, sendo inadmitida a interposição de recursos representaria o desinteresse do Estado na realização do direito material e formal, e confiaria demasiado na probabilidade de acerto do Juiz ou Corte Colegiada, fato que seria nascedouro das mais inusitadas injustiças.

O Juiz, como ser humano que é, possui a pecha da falibilidade, ou seja, a suscetibilidade de praticar atos viciados de erros e impropriedades. Evidencia esta realidade, com proficiência, o ilustre processualista Moacyr Amaral Santos: "Mas os Juízes são criaturas humanas e, portanto, falíveis, suscetíveis de erros e injunções, razão bastante para os ordenamentos processuais de todos os povos, com o propósito de assegurar a justiça o quanto possível perfeita, propiciarem a possibilidade de reexame e reforma de suas decisões por outros juízes, ou mesmo pelos próprios juízes que a proferiram.[3] "

Pois bem, a mesma natureza humana que imputa a falibilidade ao magistrado, faz constatar o fato de que o poder de convencimento da parte vencida torna-se mais sólido quando da ratificação posterior da decisão impugnada, ou seja, sempre se almeja uma segunda apreciação da matéria recorrida, em busca da maior certeza quanto ao direito. Assim leciona Moacyr Amaral: "Ninguém se conforma com uma única decisão, que lhe seja desfavorável[4]." Paripasso a esta evidência, surge outra que se consubstancia na prioridade do exame múltiplo, ao mesmo tempo, em relação ao exame de um só, o que traduz a colegialidade das decisões dos recursos, quer dizer, a colegialidade para a decisão dos recursos obedece ao pendor íntimo do homem quando se deseja guiar pela razão.

---

[2] MIRANDA, Pontes. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo VII, Forense, São Paulo, 1975. p.04

[3] SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. v. 3, Saraiva, 16ª edição, 1997. p. 78

[4] Ibidem.p.82.

Ademais, é fácil perceber que é bem menos provável o erro quando uma matéria se submete à apreciação de vários, ao mesmo tempo, do que apenas de um isolado, seja por causa das concepções íntimas de cada um que possam permear o conteúdo decisório, seja por um descuido que à primeira vista seria imperceptível.

Destarte, a reapreciação colegiada das decisões judiciais é fato imprescindível à realização da justiça, e que se tornou incorporado ao sistema jurídico desde a Revolução Francesa, através do inafastável princípio do Duplo Grau de Jurisdição.

Por outra face, à interposição dos recursos preside o princípio da lesividade da resolução, ou seja, sempre que uma resolução judicial ocasionar, mesmo que parcialmente, algum dano à parte poderá ela recorrer da decisão. Este lesividade constitui o interesse de agir que legitima o prejudicado a insurgir-se contra a deliberação que lhe foi desfavorável. Sobre isto, expõe de forma sublime Moacyr Amaral: "Tem interesse de recorrer a parte prejudicada pela decisão.[5]". Assim também Pontes de Miranda: "Têm pretensão a usar do recurso todos aqueles que sofrem com a resolução judicial. É o lado subjetivo do requisito objetivo da lesividade recorrível.[6]"

3. A Natureza do *Mandamus*

Segundo a doutrina majoritária o mandado de segurança é realmente uma ação de cognição, a reboque das divergências quanto às espécies de ação, posto que juristas há que defendem, como Temístocles Cavalcanti, que a sua natureza seria executória, e Castro Nunes que aproxima-o das ações prejudicais e das declaratórias, Lopes da Costa que chama de ações mandamentais, e outros. Porém conclusão mais assente é a de que o mandado de segurança é ação de cognição que se exerce através de procedimento especial, de caráter documental, só admitindo esta prova, e caracterizado pela forma peculiar de seu julgado.

Neste sentido, segue a lição de Cretella Jr.: "... podemos definir o mandado de segurança como ação civil de conhecimento, de rito sumaríssimo, pela qual todo aquele que, por ilegalidade ou abuso de poder proveniente de autoridade pública, sofra violação de direito líquido, certo e incontestável não amparado por *habeas corpus*, ou tenha justo receio de sofrê-la, tem o direito de suscitar o controle jurisdicional do ato ilegal editado, ou a remoção da ameaça coativa, a fim de que se devolva, *in natura* , ao interessado aquilo que o ato lhe ameaçou tirar ou tirou. [7]"

---

[5]Ibedem.p.82.
[6] MIRANDA, Pontes. Ob. cit. p. 65
[7] JÚNIOR, Cretella. Comentários à Lei do Mandado de Segurança. 6ª edição, Forense, Rio de Janeiro. 1993. p. 21

Diante de tão exaustiva definição extrai-se a natureza cognitória da ação do mandado de segurança.

Pois bem, se por um lado é patente a natureza de cognição à ação do *writ*, por outro, impende constatar a sua peculiar sumariedade e especialidade. E tais peculiaridades se consubstanciam, justamente, na exigência prévia da existência de um direito líquido e certo em favor do impetrante, posto que caso contrário não será a via mandamental o meio processual oportuno para a solução da lide ventilada. Acerca do direito líquido e certo Agrícola Barbi traz trecho de salutar clareza, que cabe aqui aludir: "Como se vê, o conceito de líquido e certo é tipicamente processual, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo no processo: a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a caracterização de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuída se os fato em que se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, no processo. E isto normalmente só se dá quando a prova for documental, pois esta é adequada a uma demonstração imediata e segura dos fatos.[8]"

E acrescenta Arnoldo Wald, acerca da liquidez do direito em tela: "Direito líquido não significa uma pretensão jurídica correspondente a uma quantia fixa. O adjetivo líquido não tem em relação ao mandado de segurança, a mesma acepção que se lhe reconhece, quando caracteriza um débito em que se funda a ação executiva", e completa "direito líquido e certo é o que se apresenta devidamente individuado e caracterizado, para que não haja dúvida alguma quanto aos exatos limites do que se pede. [9]". Assim, líquido no dizer de Alfredo Buzaid não quer dizer o *quantum debeatur* da obrigação. "Quer dizer, ao contrário, um direito estremado de dúvida, isento de controvérsia[10]."

Enfim, ante tão esclarecedores textos poder-se-ia concluir que o direito líquido e certo seria aquele sobre o qual nenhum Juiz, agindo com imparcialidade, contestaria, pois que decorre de um fato inequívoco, que levado ao autos, faria exsurgir o direito em favor do impetrante, de logo, sem maiores dúvidas.

4. Razões pela Impossibilidade do Agravo de Instrumento

Após o breve escorço esposado adrede, exsurge a especificidade da ação mandamental o que será ainda mais constatado quando da análise do tratamento legal da matéria em questão, e dos recursos previstos pela lei.

Como é sabido, a Lei disciplinadora do mandado de segurança é a Lei Federal nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, publicada na mesma data, e que veio

[8] BARBI, Celso Agrícola. Mandado de Segurança. 7ª edição,1993.
[9] WALD, Arnoldo. Do mandado de Segurança na prática judiciária. 3ª edição, 1968. p.119
[10] BUZAID, Alfredo. Do mandado de segurança. RF, 164:13. *Apud* Cretella Jr., ob. cit., p.67.

revogar, como dispõe o art. 20, os dispositivos referentes à disciplina do *mandamus* constantes do Código de Processo Civil de 1939 e os que lhes fossem contrários.

De logo, vislumbra-se o argumento de que seria incabível o agravo de instrumento no rito do mandado de segurança uma vez que a Lei do *Mandamus*, ao se referir aos recursos cabíveis, o faz de forma exaustiva e expressa, como no caso da apelação e do agravo do art. 13, o que ocasionaria a inadmissão de quais quer outros recursos, mesmo que previstos no CPC, *e.g.*, o agravo de instrumento e os embargos infringentes. Ademais, sempre que a referida Lei quer trazer dispositivos do CPC à aplicação no rito mandamental o faz expressamente como nos casos do Litisconsórcio (art.19) e dos requisitos à petição inicial (art. 6º).

Por outra face, aduz-se que o procedimento e as peculiaridades inerentes ao *writ*, como abordado acima, acarretariam uma incompatibilidade intrínseca entre o recurso em comento e o *mandamus*, um vez que dada a celeridade e sumariedade inerentes ao rito essa ação não se compadeceria com a interposição daquele recurso.

No caso do despacho que aprecia a liminar as controvérsias tornam-se mais ferrenhas. Afirma-se que tal despacho seria de mero expediente o que o afastaria de qualquer recurso ou controle jurisdicional. Neste sentido, Othon Sidou, citado por Humberto Theodoro Jr. e outros: "A liminar é medida administrativa de Juízo, não se condiciona a requerimento da parte e só é tomada no exclusivo intuito de garantir a inteireza da sentença. Por tais motivos, o juiz, no exercício de seu múnus, pode conceder a medida liminar em qualquer tempo ou revogá-la a qualquer tempo, sempre inspirado naquele intuito cardeal de assegurar a matéria à sentença a ser editada. [11]"

Assim também é o entendimento de Cretella Jr., nos seguintes termos: "A concessão da medida liminar, a nosso ver, está situada na esfera discricionária do magistrado, independente da solução do impetrante.

É o magistrado quem irá valorar o fundamento do pedido, ao apreciar o caso, em concreto, e julgar se o sobrestamento o ato impugnado é indispensável para que o

deferimento extemporâneo da medida não se torne inócuo, por ineficaz. [12]"

Tal entendimento já angariou o convencimento de magistrados das mais altas Cortes Nacionais, dentre eles o Min Demócrito Reinaldo que na 1ª Turma do STJ, decidiu pelo não cabimento do recurso do agravo em mandado de segurança alinhando seus argumento da seguinte forma: "(1) a Lei do Mandado de Segurança é lei especial; (2) Tem rito célere; (3) cuida dos recursos cabíveis nos arts. 8º, 12 e

[11]SIDOU, Othon. *Apud* Humberto Theodoro Jr. e outros. Repertório de Jurisprudência e Doutrina, Editora RT, 1995. p.167.

[12] CRETELLA, Jr. Comentários à Lei do Mandado de Segurança. 7ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1995.p.226.

13, inaplicando-se subsidiariamente o CPC, senão que ao mandado de segurança se aplicam apenas os princípios gerais do processo civil; (4) Esse entendimento seria corroborado pelo art. 20, que dispõe sobre a revogação dos dispositivos do CPC sobre o assunto. (*Repertório IOB de jurisprudência, 2, p. 27, 1994*).[13]"

Há autores que suscitam que o despacho negatório de liminar é insuscetível de recurso porque fere apenas interesses e não direitos do impetrante.

Outros vislumbram que, pelo fato de a Lei 4348/64 prever o Pedido de Suspensão da Execução da Liminar, como remédio contra a concessão de liminares estaria vedada a interposição de agravo de instrumento para reformar a decisão concessiva. Assim, pondera o Min. Demócrito Reinaldo no Mandado de Segurança 5.247-8-GO, "contra o deferimento de liminar em mandado de segurança descabe qualquer outro remédio processual, senão aquele (suspensão) previsto no art. 4° da Lei 4.348/64, em combinação com o art. 25 da Lei 8.038/90(Bol. Da AASP 1960, p. 225-j, 1996)."

Pois bem, em apertada síntese são esses os argumento normalmente vislumbrados ao se perlustrar as obras e julgados acerca da matéria ventilada, o que, porém, *data venia*, está distante do melhor entendimento sobre a matéria em questão. Como se verá a seguir.

5. Do Cabimento do Agravo de Instrumento

No intuito de dar uma certeza jurídica razoável ao estudo em tela e à posição que admite a interposição do recurso em epígrafe, impende que sejam aniquilados todos os argumentos contrários à sua interposição.

Assim, fazendo referência às alegações esposadas pelos oposicionistas do agravo de instrumento no mandado de segurança, viu-se aduzido que as remissões da Lei 1.533/51 ao CPC seriam exaustivas, e que os recursos previstos na Lei seriam, portanto, os únicos cabíveis.

Por outro lado, apesar de judiciosas essas razões, não são de merecer a mais remota guarida, uma vez que tal entendimento busca tratar a Lei 1.533 como algo estranho à disciplina processual, e, até mesmo, aos princípios processuais mais basilares do processo civil, senão vejamos.

Ora, o *mandamus* é, antes de tudo, uma ação, como direito público subjetivo de invocar o poder jurisdicional para proteger direito líquido e certo que se encontra violado ou na iminência de o ser, o que, portanto, o faz ser inserido no tratamento geral do processo civil.

Para corroborar o raciocínio então declinado, insta aludir à proficiente lição de Barbosa Moreira: "...esse instituto não é um *monstrum* sem parentesco algum com o resto do universo, um singular esquisitice legislativa, uma peça exótica, uma

[13] *Apud* ALVIM, Eduardo Arruda. Mandado de Segurança no Direito Tributário. p.334.

curiosidade a ser exibida em vitrina ou em jaula para assombro dos passantes; é uma ação, um espécie de gênero bem conhecido e familiar, cujas peculiaridades, sem dúvida dignas de nota não a desligam do convívio das outras espécies, não a retiram do contexto normal do ordenamento jurídico, não a condenam ao degredo em ilha deserta. À semelhança do que acontece com as figuras congêneres, o mandado de segurança está contido no âmbito normativo do processo civil e submete-se aos respectivos princípios e normas, sem prejuízo da regulamentação especial constante das leis que a ele especificamente dizem respeito.[14]"

Com efeito, é de se concluir que sempre que não sejam incompatíveis os dispositivos da Lei Processual Civil com os da lei extravagante, e não haja qualquer colisão sistemática, incidem as regras gerais do CPC. Ora, não é cabível entender que as remissões ao CPC, efetuadas pela Lei em tela, sejam exaustivas, posto que, pensar assim seria inviabilizar o andamento processual do *mandamus*. Isto por que a lei específica é deveras omissa quanto acerca de um grande número de questões de maior relevância, como a capacidade das partes, contagem de prazos, forma dos atos processuais, suas invalidades, casos de suspeição e impedimento do julgador, preclusão, e muitos outros. Com efeito, pensar um procedimento sem essas incidências do Estatuto de Ritos tornaria impossível o processamento e julgamento do *writ*.

E, para explicitar a intenção do legislador ao fazer referências expressas de alguns dispositivos, já citados, da Lei Adjetiva, exsurge a doutrina impecável do já mencionado Barbosa Moreira: "A existências de remissões expressas, cujo número é reduzidíssimo, apenas mostra a preocupação do legislador em explicitar certos pontos que por uma ou por outra razão lhe terão parecido mais importantes, ou mais suscetíveis de causar dúvida. Não autoriza, em absoluto as conseqüências extremadas que dela se quer tirar. [15]"

Assim, à guisa de exemplo, apesar de não haver previsão expressa na lei extravagante sobre os embargos declaratórios, são estes perfeitamente aplicáveis ao rito mandamental. Então, até a alusão aos recursos na Lei 1.533/51, não é exaustiva, incidindo o art. 535 do CPC.

De notar que a submissão às normais gerais do Código de Processo Civil muitas vezes é inevitável, não bastando afirmar que o rito do *writ* estaria sujeito apenas aos princípios gerais do processo civil, posto que, e.g., no caso contagem de prazos outro caminho não há senão dirigir-se à sua fonte única, o CPC.

Por outra face, quanto à suposta incongruência entre o recurso em estudo e a celeridade e sumariedade do *writ of mandamus* , cabe evidenciar a sua total improcedência, posto que mesmo sendo necessário um lapso para julgamento do

---

[14] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Recorribilidade das Decisões Interlocutórias no Processo do Mandado de Segurança. In Revista do Processo. N.72. p.07.

[15] Ibidem.p.08

agravo de instrumento, será um período bem inferior ao gasto se aquele incidente processual, ensejador daquele recurso, não analisado e decidido com a interposição agravo, vir a ser acolhido quando do julgamento final com a sentença ou na decisão de uma eventual apelação, o que acarretará o retrocesso do processo até a fase processual do incidente.

Assim, nota-se o quão salutar é a interposição do agravo de instrumento, solucionando qualquer questão oportunamente, para impedir que o pequeno atraso do seu julgamento, se transforme em um grande retardamento ocasionado pelo retrocesso processual acarretado pelo seu acolhimento apenas na sentença ou apelação. Para atestar o que foi afirmado, traz-se à baila o entendimento do eminente Min. Eduardo Ribeiro, um dos precursores na discussão em tela: "O ilustre Min. Eduardo Ribeiro, embora se curve à maioria, entende cabível o agravo e para isso dá os seguintes argumento:

1º)se incabível o agravo, há que ser afastada a incidência das regras processuais pertinentes à preclusão;

2º)todas as questões poderão ser apreciadas no julgamento da apelação. E a conseqüência poderá ser a anulação do processo. O retardamento eventual será muito maior. [16]"

Atente-se, ainda, que, atualmente, o agravo de instrumento segue em autos apartados e é interposto na Corte Superior, o que o não prejudica os autos principais.

Na verdade, com a Lei nº 9.139/95, surgiu o entendimento pretoriano que afirma que com o instituto da antecipação de tutela haveria avizinhado os procedimentos, não havendo mais a incompatibilidade do recurso e o rito mandamental.(Agravo de Instrumento nº 96.0215957-0, TRF 2ª R., Rel. Juíza Nizete Antônia Lobato, 4ª T., pub. DJ 06/01/98, P. 0037).

Quanto à decisão que delibera acerca da liminar em mandado de segurança, há um entendimento acolhido por alguns julgados, no sentido de que o Juízo de apreciação do provimento *initio litis* se resumiria a mero despacho, não possuindo conteúdo decisório. Expressando este posicionamento surge a preleção de Cretella Jr., conforme visto no item adrede.

Porém, tal posicionamento é eloqüentemente refutado por Teresa Arruda Alvim, que assim esclarece a celeuma: "Trata-se de um decisão interlocutória, pois consiste num pronunciamento judicial de natureza decisória que não tem como efeito o de por fim ao processo ou ao procedimento, em primeiro grau de jurisdição[17]."

---

16 *Apud* FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Mandado de Segurança. 2ª edição,1997. p.138.

17Apud Humberto Theodoro Jr. e outros. Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre liminares. Ed. RT, 1995. p.168.

Barbosa Moreira, com propriedade, assim dispõe sobre a matéria: "Um deles consiste em descaracterizar o ato como uma decisão interlocutória, relegando-o ao nível de simples despachos. Salta aos olhos porém o desacerto de semelhante construção. Conceder ou denegar liminar é ato manifestamente dotado de conteúdo decisório; de maneira alguma se limita aí o juiz a prover ao andamento do processo, como faz quando abre vista dos autos ao Ministério Público, ou ordena a remessa daqueles ao contador, ou manda anotar na distribuição a intervenção de terceiro. Esses são exemplos de autênticos despacho, que nada decidem, e dos quais por isso mesmo, nenhum prejuízo se concebe que resulte ao litigantes. Bem ao contrário, quer se conceda, quer se denegue a liminar, há gravame para uma das partes. **Outra via concebível para as tentativas é partir da atribuição de natureza discricionária ao ato, para daí deduzir a impossibilidade de submetê-lo ao controle do órgão superior. Aqui no entanto o equívoco é duplo. Nem há verdadeira discrição na decisão sobre liminar, nem é exato que , se a houvesse, ficaria *ipso facto* afastada a respectiva controlabilidade.** [18]"

Ainda que assim não fosse, a discricionariedade é uma outorga legal ao agente público para que ao atuar *in concreto*, diante das circunstâncias, decida pela conveniência e oportunidade da decisão, limitando-se aos motivos e objeto do ato. Porém, cabe ressaltar que o ato judicial acerca da liminar, é, em essência, ato emanada pelo poder público, e, como tal, está subscrito ao pleno do exercício da legalidade, assim como qualquer outro ato estatal.

O que ocorre com a decisão liminar, segundo alguns doutrinadores, é um atividade hermenêutica de conceitos indeterminados, ou seja, os elementos descritos no art. 7º da lei 1.533/51, quais sejam, fundamento relevante e possibilidade de ineficácia da medida, são conceitos jurídicos indeterminados. Assim, quanto a estes requisitos é dado ao magistrado apreciar a relevância do fundamento e a eventual ineficácia da providência, porém vinculado sempre a conceder a liminar se configurarem os requisitos, e denegá-la caso não configurados.

Assim já decidiu o Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em julgado cujo Relator foi o Juiz Castro Meira, *in litteris*:

"Mandado de Segurança. Liminar. Agravo. Cabimento. Lei nº 9.032/95.

O indeferimento de medida liminar em mandado de segurança desafia agravo de instrumento, tendo em vista que o provimento é direito subjetivo da parte, desde que presentes os requisitos legais.

A lei nº 9.032/95, que limitou a compensação a 25% do crédito do contribuinte, é constitucional, não se devendo acolher a pretensão que pretende, pura e simplesmente, a sua inaplicação a qualquer hipótese.

---

[18] MOREIRA, [18]José Carlos Barbosa. Ob. Cit. p. 11.

Agravo conhecido, mas improvido."(1ª T, Ag. Inst. 07291, DJU 18.10.96, p.079433)

Ademais, a competência, forma e finalidade do ato em nenhum momento podem ser afastados pelo magistrado.

Com efeito, apesar de haver autores que defendem ser a deliberação quanto a liminar apenas uma faculdade discricionária do magistrado, é se concluir que de discricionário este ato não tem nada, uma vez que pensar-se desta maneira é confundir conceitos, pois o que realmente ocorre com na deliberação acerca da liminar é uma interpretação por parte do magistrado no que tange a conceitos vagos e indeterminados.

Ocorre que, estes conceitos indeterminados, quais sejam, os de dano irreparável e relevante fundamento, ensejadores da concessão da liminar, devem ser sopesados pelo magistrado sempre vinculados à **finalidade** legal e à **forma** jurisdicional, não havendo aí discricionariedade, mas, antes, uma vinculação legal e restrita, pois a suposta liberdade do Juiz nunca poderá desvirtuar aqueles dois elementos (fim e forma).

De mais a mais, não há mais de uma solução para a aplicação da lei no caso concreto, como prega Carlos Alberto Costa Dias: "Existe, portanto, em hipótese, na atividade jurisdicional, unicamente um a solução jurídica a um determinado caso concreto. Não há várias decisões juridicamente possíveis, ou meios possíveis para a consecução da aplicação da lei. O que ocorre via de regra, é que dois juízes podem ter opiniões distintas, até mesmo opostas, sobre uma mesma questão de fato e de direito. Ainda assim, a verdade jurídica reconhecida ao caso concreto afigura-se como única solução justa a priori, ainda que venha a ser substituída em grau de recurso. Essa realidade não desnatura a decisão judicial como vinculada.

Toda norma jurídica deixa certa margem de apreciação, e, em maior ou menos grau consiste em conceitos jurídicos indeterminados.[19]" .

Com efeito, mesmo com certa margem para apreciação, concedida por lei, como no caso em tela, é primordial atentar para o fato de que esta liberdade é, diga-se, vigiada, ou seja, deve ser sempre justificada e motivada, tanto que quanto maior a discrição do ato maior a exigência de motivação, que ensejará o seu posterior controle judicial.

Alfredo Buzaid, citado por Barbosa Moreira na obra supracitada, defende que o Juiz aprecia livre e discricionariamente se concorrem ou não os requisitos da medida cautelar, mas o advérbio "discricionariamente" não foi usado aí em sentido técnico, assim, não se fala de liberdade do órgão jurisdicional na escolha da conseqüência, mas, tão só, na apuração dos pressupostos, algo bem diferente.

---

19 DIAS, Carlos Alberto da Costa. Liminares: Poder Discricionário ou Vinculado? Revista do Processo. a. 20, N.79, jul/set, 1995. p.235.

Contra essa suposta discricionariedade já se pronunciou de forma incontestável o magnífico Celso Antônio Bandeira de Mello, verbis: "Em quaisquer dos casos seria juridicamente incorreto em falar-se em discrição do magistrado. É que do ponto de vista do direito, são situações radicalmente distintas da discricionariedade. O específico da função jurisdicional é consistir na dicção do direito no caso concreto. A pronúncia é a própria voz da lei *in concreto* . Esta é sua qualificação de direito. Logo suas decisões não são convenientes ou oportunas, não são as melhores ou as piores em face da lei. Elas são pura e simplesmente o que a lei, naquele caso, determina que seja. Por isto ao juiz jamais caberia dizer que tanto cabia uma solução quanto a outra (que o característico da discrição), mas que a medida tomada é a que o Direito impõe naquele caso.[20]"

Do que se expôs supra, é de concluir, inclusive, que a discricionariedade impõe o juízo de conveniência e oportunidade que são peculiares ao administrador público, porém ao Juiz não cabe falar propriamente em conveniência e oportunidade, pois são conceitos adstritos à política, opção entre soluções possíveis e legais, o que inocorre com o magistrado que deve determinar *in casu* o comando legal, sem qualquer juízo de conveniência. O magistrado é provocado para deliberar sobre o caso concreto.

Marcelo Abelha Rodrigues assevera que o poder em tela não pertence ao magistrado, mas sim ao representante do Estado, então são poderes desempenhados por ele enquanto órgão judicante. Ademais, o aludido poder seriam antes de prestar a tutela jurisdicional, assim, as suas deliberações, devem ser cumpridas desde que de acordo com as regras jurisdicionais. E arremata: "Assim, tal vocábulo não pode, e não deve ser interpretado como sendo uma liberdade que o juiz tenha para decidir o caminho que lhe convier. Não, isto jamais pode ser entendido, pois o direcionador das decisões do juiz, enfim, o seu parâmetro de dados, que deve coadunar com a sua decisão, é a lei.[21] "

Por outro lado, ao contrário do que se poderia pensar, a denegação da liminar não fere apenas interesses dos sucumbentes mas, antes, e sim, ferem direitos, o que poderia ensejar até a impetração de um novo mandado de segurança para afastar o abuso de poder que ferir o direito líquido e certo do vencido de recorrer de toda decisão interlocutória que lhe seja prejudicial. Assim, frisa Marcelo Abelha Rodrigues: "... se a decisão violou direito líquido e certo da parte, lhe causando lesão ou ameaça de lesão de difícil reparação, não existindo para tanto um recurso que eficazmente impeça a produção daquele ato ilegal, ou seja, desprovido de efeito suspensivo, à parte estará reservado o direito de impetrar o

[20] RODRIGUES, Marcelo Abelha. Mandado de Segurança - Liminar - Recorribilidade. Revista do Processo. a. 20, n. 78, abr/jun, 1995. p. 255.

[21] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2ª edição, Malheiros Editores, 1996. P.26

MS, visando com a concessão da liminar impedir que o ato produza os seus efeitos, suspendendo-lhe a eficácia[22]."

De notar, contudo, *data venia,* que a impetração de novo mandado de segurança não seria a melhor solução à hipótese vertente, visto que seria desvirtuar a finalidade precípua do mandado de segurança como direito de ação, um remédio heróico-constitucional, ainda mais quando há recurso específico para afastar e se insurgir contra a malsinada sucumbência, qual seja o Agravo de Instrumento.

Segundo alguns juristas ao invés do Agravo de Instrumento, o remédio cabível contra a concessão da liminar no *mandamus* seria, exclusivamente, o Pedido de Suspensão de Liminar. Contudo, *data maxima venia*, totalmente descabida a pretensão aduzida, a uma porque o Pedido de Suspensão dirigido ao presidente do Tribunal de instância superior, não propriamente um recursos, mas sim um instrumento de cunho eminentemente jurídico-político que almeja afastar lesão à ordem, saúde e economia públicas, não sendo um recurso sem sentido estrito. Quando se sabe que o agravo de instrumento é sim um recurso que visa justamente atacar os elementos essenciais à concessão da liminar, seja configurando-os ou desconfigurando-os dependendo da pretensão do recorrente. Então, o agravo teria ampla atuação nos aspectos jurídicos da concessão da liminar, enquanto o Pedido de Suspensão limita-se a aspectos nada jurídicos. Por outra face, e Pedido em questão limita-se à concessão da liminar, o que deixaria o particular desamparado contra um possível denegação da liminar.

Outorgando significativa certeza jurídica ao entendimento ora exposto impende colacionar a preleção do ilustre cearense Hugo de Brito Machado : "O fato de haver possibilidade de o pedido de suspensão da execução da medida, a ser dirigido ao presidente do tribunal, apenas em certos casos, não quer dizer seja irrecorrível o despacho que defere, ou denega a medida liminar. As razões para o cabimento da suspensão, pelo presidente do tribunal, da medida liminar, são diversas daquelas razões que ensejariam o acolhimento do agravo e consequente reforma da decisão agravada. A suspensão está legalmente autorizada quando a execução da medida liminar possa causar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas[23]". Com efeito, fora dessas hipóteses legais(Lei nº 4348, 26 junho de 1964) não seria possível, se não fosse a via do Agravo, de se insurgir contra a concessão da liminar.

Ressalte-se que a eficiência da suspensão da liminar é bastante impressionante e bem quista pela Administração Pública, tanto que na praxe judiciária, tem sido usado o Pedido de Segurança sob o argumento da "Lesão à Ordem Jurídica", dentro da qual se discutem todos os argumentos esposados no

22 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *idem*. p. 256.

23 MACHADO, Hugo de Brito. Mandado de Segurança em Matéria Tributária. v.01, RT, São Paulo, 1994.p.241.

agravo de instrumento. Esta é uma manipulação da via processual correta, e que deve ser repelida para que não se dê ensejo a decisões discrepantes sobre uma mesma hipótese concreta, fato capaz de lesionar letalmente a Segurança Jurídica e o prestígio do próprio judiciário.

Há, ainda, que trazer à baila uma corrente jurisprudencial que advoga o cabimento do agravo em MS apenas quando desafiados por decisões interlocutórias teratológicas, *verbis*: "Processual civil - Mandado de Segurança - Medida Liminar -

Recurso de Agravo - Improvimento.

1-Na esteira da mansa e pacífica jurisprudência, "a liminar em mandado de segurança é ato de livre arbítrio do juiz e insere-se no poder de cautela adrede ao magistrado".(STJ - RT 674/202).

Destarte, somente nos casos de decisões teratológicas, quando evidenciada ilegalidade ou abuso de poder, dá-se ensejo a sua cassação pelo tribunal.

2-Não sendo esta a hipótese versada nos presentes autos, descabe a reforma pretendida.

3-Agravo improvido."(TRF-2ªR., Ag.Inst. nº 96.0243409-0, 4ª T., Juíza Relatora Célia Georgakopulos, DJ 20.01.98, p. 00090).

"Mandado de Segurança. Liminar. Agravo. Cabimento. Lei nº 9.032/95.

O indeferimento de medida liminar em mandado de segurança desafia agravo de instrumento, tendo em vista que o provimento é direito subjetivo da parte, desde que presentes os requisitos legais.

A lei nº 9.032/95, que limitou a compensação em 25% do crédito do contribuinte, é constitucional, não se devendo acolher a pretensão que pretende, pura e simplesmente, a sua inaplicação a qualquer hipótese. Agravo conhecido, mas improvido.(TRF-5ª R., AI-07291/PE - Rel. Juiz Castro Meira, 1ª T., Julg. 26.09.96, pub. 18.10.96, p.079433)

A celeuma em tela deve ser solucionada através de uma hermenêutica saudável e coerente com a sistemática processual vigente, ou seja, atentando para o espírito da lei, e não meramente se limitando ao texto puro, à letra, pois assevera Carlos Maximiliano que não se presume a existência de expressões supérfluas; em regra supõe-se que as leis e contratos foram redigidos com atenção e esmero, de sorte que traduzam o objetivo de seus autores. Todavia, é possível, e não muito raro, suceder o contrário; e, na dúvida, entre a lei e o espírito, prevalece o último. É célebre frase do irrepreensível hemeneuta.

À guisa de supedâneo, e no mesmo sentido das ementas adrede transcritas, já decidiram pela admissibilidade do agravo de instrumento os julgados a seguir: TRF 1ª Região, Agravo de Instrumento - 90.01.14018/AM, Relatora Juíza Eliana Calmon, 4ª T., DJ 05.11.90, p. 26181; TRF 2ª Região, Agravo de Instrumento nº

96.0226678-3, Relator Juiz Frederico Gueiros, 4ª T., DJ 20.01.98, p. 00065; TRF 5ª Região, Agravo de Instrumento nº 08430/PE, Relator Juiz Castro Meira, 1ª T., DJ 11.07.97, p. 053561; TRF 5ª Região, Agravo de Instrumento nº 09105/PE, Relator Juiz Paulo Roberto de Oliveira Lima (Substituto), 1ª T., DJ 16.05.95, p. 034564; TJ/PE, Agravo de Instrumento nº 35630-7, Relator Juiz Luiz Belém de Alencar, 5ª Câmara Cível, DO/PE 30.04.97.

6. Conclusão

Do exposto, deve-se ter em vista que o mandado de segurança é uma ação cível que apesar de deslocada para uma Lei Extravagante não perdeu, por si só, o caráter e a essência de uma ação.

Sendo pois um direito público subjetivo de provocar o poder judiciário para solução de um litígio deve ser submetida à regras do CPC no que lhe for aplicável, além de respeitar os princípio constitucionais processuais.

Não é negado, de forma alguma, o caráter especial da ação mandamental o que, porém, não exclui o seu enquadramento no ordenamento processual civil.

Assim, a tese da irrecorribilidade das decisões interlocutórias no processo do *writ* não atende à boa técnica processual civil que determina a utilidade do processo, o direito de recorrer da decisão que lhe é prejudicial e o duplo grau de jurisdição.

Como se não bastasse, sob o aspecto político não é conveniente ser negada a interposição do recurso em tela, uma vez que ele concorre para uma maior eficiência e celeridade do processo. Isto por que, sendo o direito realmente líquido e certo, nada afastará o seu acolhimento, podendo, portanto, ser submetido à segunda instância sem prejuízos ao direito, pois, pelo contrário, após o julgamento do recurso, tornar-se-á ainda mais robusto o direito, já que contará com o acolhimento de duas decisões judiciais.

7.Bibliografia

- ALVIM, Arruda. **Mandado de Segurança contra Decisão que Nega ou Concede Liminar em Outro Mandado de Segurança**. Revista do Processo. N. 80, a 20, out/dez, 1995.
- ALVIM, Arruda. **Anotações sobre a Medida Liminar em Mandado de Segurança**. Revista do Processo. N. 39.
- ALVIM, Eduardo Arruda. **Mandado de Segurança no Direito Tributário.** Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.
- BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 7ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1993.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Recorribilidade das Decisões Interlocutórias no Processo de Mandado de Segurança.** Revista do Processo. N. 72.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Liminar em Mandado de Segurança - um tema com variações.** Editora Revista dos Tribunais, vol. 3, 1997.

- COSTA DIAS. Carlos Alberto da. **Liminares: Poder Discricionário ou Vinculado?** . Revista do Processo. A 20, n. 79, jul/set, 1995.
- CRETELLA JR., J. **Comentários à Lei de Mandado de Segurança (De acordo com a Constituição de 5 de outubro de 1988).** 6ª edição, Forense, Rio de Janeiro. 1993.
- FADEL, Sérgio Sahione. **Teoria e Prática do Mandado de Segurança.** 2ª edição, Editor José Konfino, Rio de Janeiro, 1976.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Mandado de Segurança.** 2ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1997.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de Segurança em Matéria Tributária.** V.1, Ed. Revista dos Tribunais, 1994.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional.** 2ª edição, Malheiros Editores, 1996.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil - Dos Recursos.** Tomo VII, Forense, Rio-São Paulo, 1975.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Mandado de Segurança - Liminar - Recorribilidade.** Revista do Processo. n. 78, a. 20, abr/jun, 1995.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.** V. 3, Ed. Saraiva, 16ª edição, 1997.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto; LOPES, João Batista; e outros. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier. **Repertório de Jurisprudência e doutrina sobre liminares,** E. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.
- WALD, Arnoldo. **Do mandado de Segurança na prática judiciária.** 3ª edição, 1968, p.119.

A ILUSÃO QUANTO À EXISTÊNCIA DE UM ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL EFICAZ BRASILEIRO: PROBLEMÁTICA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Kylce Anne de Araujo Pereira (Aluna do 4.º período da Graduação em Direito da UFPE; Pesquisadora do CNPq; Monitora de Introdução ao Estudo do Direito I)

Sumário: 1. Introdução: evolução histórica do instituto; 2. A inaplicabilidade do sistema progressivo e de suas respectivas finalidades; 3. "Constitucionalização simbólica" de alguns dispositivos penais; 4. Presos e seus direitos; 5. Conclusões; 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução : evolução histórica do instituto

Houve relevante transmutação no que se refere aos sistemas punitivos durante o curso da História. Embora o estudo acurado deste assunto seja particularmente realizado pelo Direito Penitenciário[1], cabe ao Direito Penal analisá-lo pela sua extrema importância, pois é justamente através da pena que o Direito Penal busca atingir seus objetivos. Não basta, apenas, descrever o aspecto prático da aplicação da sanção penal, na medida em que é de extrema relevância a análise do embasamento lógico-teórico desta, cujos princípios são propostos pelo Direito Penal. Para uma coerente análise do tema, deve-se, pois, observar sua evolução.

Em tempos mais remotos, apenas o recurso a penas mais aflitivas, como pena de morte e degredo, era tido como satisfatório, à medida que se desacreditava na possibilidade de recuperação do delinqüente.[2] Posteriormente, passa-se a admitir penas restritivas de liberdade até mesmo para delitos mais graves. Não obstante esta evolução, o preso, neste período era submetido a diversas punições dentro do estabelecimento onde cumpria sua pena, situação que se assemelhava à anterior, já que não apenas seu direito à liberdade era suprimido, como também outros a ele não relacionados. Com o surgimento de doutrina mais humanitária referente ao cumprimento das penas, desaparecem gradualmente - pelo menos

[1] Para uma melhor análise do tema, Cf. MIOTTO, Armida Bergamini. Curso de Direito Penitenciário. São Paulo: Saraiva, 1975, 2v.

[2] Cf. FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. 7.ed. trad. De Lígia M. Pondé Vassallo. Petrópolis: Vozes, cap. 1.

teoricamente - as reprimendas durante o encarceramento do condenado, estando este sujeito apenas à perda de seu direito subjetivo - liberdade - e outros a ele diretamente relacionados. Como se percebe, hodiernamente, há tendência no sentido de que é bastante a supressão da liberdade do infrator, sendo olvidados, em tese, torturas e padecimentos desvinculados desta.

No caso brasileiro, é exatamente o dispositivo contido no Código Penal - art. 38[3]- combinado com a norma constitucional contida no art. 5.º, XLIX[4] que deveriam ser observados na ocasião do cumprimento da pena. Embora teoricamente seja adotado o regime pelo qual o condenado não sofre restrições de direitos, além da perda da liberdade, é sabida e notória a falta de efetividade de tais normas jurídicas. Infelizmente, em realidade, poderia o Brasil estar enquadrado no rol dos países que adotam diversas punições durante o cumprimento da pena, não sendo observados os direitos fundamentais dos presos resguardados pela nossa Carta Magna.

Além disso, embora se observe em nosso ordenamento jurídico o sistema irlandês, ou seja, progressivo de penas, segundo o qual o condenado passa por diversos estágios até atingir liberdade condicional, deparamo-nos, em nossas penitenciárias, com presos, embora decorrido o tempo estabelecido para cumprimento de sua pena. Situações como esta, que analisaremos no decurso deste trabalho, demonstram que, não obstante a grande quantidade de garantias apregoadas por nossa legislação, são poucos os dispositivos que possuem eficácia. A teoria pode ser bela; no entanto, a prática não o é.

2. A ilusão do sistema progressivo e de suas respectivas finalidades

A legislação penal brasileira pode ser considerada uma das ordens jurídicas cuja ineficácia é quase absoluta. Já demonstra sua ineficácia quando propõe diferenciação entre detenção e reclusão quanto aos regimes semi-aberto e aberto. Faticamente, inexiste diferença entre um detento e um recluso em regime semi-aberto, estando todos, freqüentemente, submetidos às mesmas condições sub-humanas de vida. Além disso, a apregoada progressão, embora seja visualizada em alguns casos, não é observada em outros.

Dada a grande quantidade de processos acumulados, verifica-se a inércia dos órgãos competentes para a liberação do condenado que a isso tem direito, de acordo com os requisitos legais, aliada à freqüente falta de transferência do regime

---

3 "Art. 38. O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral". BRASIL. Código Penal: Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. São Paulo: Saraiva, 1997

4 " Art. 5º : XLIX - É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; " BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

fechado ou semi-aberto para o semi-aberto ou aberto, respectivamente. Toda esta situação ainda é agravada pelo desconhecimento por parte dos presos de seus direitos, o que ocorre pela falta de instrução dos condenados brasileiros, já que o Código Penal tem aplicabilidade estrita, freqüentemente, apenas em relação às camadas de baixa renda.

Quanto à finalidade do sistema progressivo, apregoa-se que, através da aplicação de tal sistema, ocorre melhor observação dos direitos dos presos e conseqüente recuperação para posterior reinserção na sociedade. No entanto, é impossível reinserir no meio social alguém cuja marginalização[5] sempre se verificou. Além da inobservada recuperação do condenado - o qual retorna à sociedade mais corrompido -, tem-se também a falta de verificação fática da outra finalidade da pena, qual seja: atemorizar os demais indivíduos para a não-realização de delitos. Isto porque a camada dos indivíduos mais abastados, muitas vezes, não se importa com a cominação de penas, já que desfruta de diversos benefícios extra-dogmáticos proporcionados por sua condição financeira privilegiada.

Em relação à retribuição pelo mal causado (*punitur quia peccatum*), esta é freqüentemente superior ao dano provocado pelo condenado, situação que se reflete na recuperação deste. Revoltado pelo excesso decorrente do cumprimento desmedido da pena ou de outras reprimendas estatais e paraestatais sofridas durante a estadia na penitenciária, retorna à sociedade em condições psicológicas piores do que as que possuía à época de sua saída desta.

3. "Constitucionalização simbólica" de alguns dispositivos penais

Verifica-se, quando da análise da Constituição de 1988, o caráter surrealístico de algumas normas constitucionais, principalmente na esfera do Direito Penal. Pode-se neste caso, *data venia*, utilizar a nomenclatura proposta pelo professor Marcelo Neves.[6] Tal se dá porque há apenas a inserção formal de alguns dispositivos relacionados à matéria penal, para que se julguem garantidos certos direitos, cuja inaplicabilidade é patente em diversos casos. Propomo-nos, desta feita, à análise de tais normas, efetuando sempre a contraposição da teoria em relação à *praxis* jurídicas.

> *Art. 1°. A República Federativa do Brasil, (...), constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos :*

[5] Entenda-se "marginalização" não no sentido de delinqüência, porém no de ausência de inserção na comunidade, de estar o indivíduo à margem da realidade sócio-político-econômica.
[6] Cf. NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. São Paulo: Acadêmica, 1994.

> *(...)*
> *III - a dignidade da pessoa humana*

É óbvia a ineficácia de tal norma, tanto na realidade extra-penal quanto, e principalmente, nas penitenciárias. O espaço dentro de uma cela destinado aos presos é mínimo, sendo inclusive sub-humana a situação em que se encontram os condenados, sujeitos à contaminação de diversas moléstias, além da promiscuidade imperante nos estabelecimentos. Neste aspecto, ao contrário do que se poderia imaginar, não é a construção desmedida de estabelecimentos que resolveria o problema, porém faz-se mister, primeiramente, o oferecimento de dignas condições de vida fora das prisões e a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos ou multa[7] em relação aos delitos mais leves.

Não soluciona, ainda, tal situação o aumento do grau de punição. Tem-se, mundialmente, constatado que o acréscimo do número de condenados não reflete de forma benéfica na sociedade. Ao reverso, países como Holanda, Suíça e Áustria, cuja estruturação social está fincada em bases sólidas e cujas punições alcançam menor grau de repressão, são justamente aqueles onde os índices de criminalidade estão em visível decréscimo.

Por fim, ainda, pode-se observar, pela feliz assertiva do professor Roque de Brito Alves, que "a criminalidade é efeito de certas condições ou fatores, não é causa de si mesma, e somente eliminando-se ou reduzindo-se a influência de tais fatores, é que aquela poderá ser reduzida"[8]. Pode-se apontar, portanto, como motivo para o fomento à criminalidade, dentre outros, a falta de estruturação político-econômico-social de alguns países.

> *"Art. 5 °: (...):*
> *XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:*
> *a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa dos direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; "*

Direitos como o assegurado no inciso XXXIV do art. 5 ° da CF/88 são olvidados pelo desconhecimento dos direitos e garantias fundamentais por parte da maioria da população e, conseqüentemente, dos condenados. Isto posto, inclusive pela condição financeira de inferioridade da maioria dos detentos.

---

[7] Cf. FRAGOSO, Heleno; CATÃO, Yolanda; SÜSSEKIND, Elisabeth. Direitos dos Presos. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 14.

[8] ALVES, Roque de Brito. Estudos de Ciência Criminal. Recife: Cia. Editora de Pernambuco, 1993, pp. 305 e 306.

Como se pode perceber, a solução para tal situação reside na educação da população menos favorecida. Isto pode ser aplicado não apenas quanto a este aspecto da vida em sociedade, como também em relação a tantos outros, dentre os quais se pode citar: saúde, alimentação e moradia. Caso fosse visualizado fomento relativo à educação, principalmente referente ao ensino básico, muitos problemas graves seriam sanados. É inegável que uma população educada padece menos que aquela cuja Administração Pública olvida o prisma educacional, com o fito de manter excluída certa camada de "cidadãos" para facilitar medidas incoerentes e, principalmente, ilícitas.

> *"Art. 5°: (...):*
> *XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção"*

"O Estado subdesenvolvido não consegue distribuir a todos sua justiça e assim ter o monopólio das decisões. Se ele não decide, alguma outra instância terá de fazê-lo por ele."[9] Como se observa, o dispositivo constitucional é contrariado, em realidade, por diversos indivíduos que se utilizam de sua influência, principalmente sobre a parcela menos favorecida da população. Estas "autoridades" existem tanto no âmbito paraestatal - religiosos que influenciam sobremaneira fiéis, primordialmente em áreas rurais, e traficantes de entorpecentes, que detém poder de polícia e econômico em diversos locais, especificamente em favelas - quanto entre os próprios órgãos do Estado.

Contra-senso gritante, já que, teoricamente, deveria inexistir contradição interna dentro do âmbito de separação de competências dos representantes do Poder Público. Tal situação oferece, principalmente na figura de delegados de Polícia de certas regiões, margem para arbitrariedades. Estes se aproveitam, freqüentemente, de sua superioridade para cometer abusos de poder, valendo-se, ainda, da ignorância da maioria da população.[10] Nestas ocasiões, todos estes indivíduos - religiosos, traficantes e comissários - tornam-se verdadeiros juízes, situação expressamente vedada segundo se depreende de nossa Carta Magna.

> *Art. 5°: (...):*
> *XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;"*

É patente a ineficácia de tal norma. Seria adequada a concessão de garantias mais operantes na práxis jurídica do que simples enunciados formais, como este.

[9] ADEODATO, João Maurício L. . "Para uma conceituação do direito alternativo". Revista de Direito Alternativo, n. 01. São Paulo, 1992, p. 159.
[10] Cf. OLIVEIRA, Luciano. Sua Excelência o Comissário de Polícia. Recife: PIMES/UFPE, 1984.

Não é bastante atribuir tal direito aos condenados sem proporcionar as devidas condições para que se efetive. Em realidade, os presos, freqüentemente, são molestados tanto por outros condenados, como por autoridades representantes do Estado.

Já figura absurdo o abuso por parte de companheiros de cela. Situação infame é, portanto, a existência do chamado abuso de autoridade. Tudo isto pode ser considerado formal e materialmente incompatível com o ordenamento jurídico vigente, inobstante seja circunstância real.

> *"Art. 5°: (...):*
>
> *LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;*
>
> *LV - (...) aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;"*

Os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, como muitos dos direitos assegurados em nossa Constituição, são observados em certos processos - especialmente aqueles relacionados a indivíduos de classe social elevada.

No entanto, muitas vezes são olvidados e têm eficácia comprometida, a depender da situação econômica dos indivíduos a que se referem. É inegável a dificuldade presente quanto à ampla defesa de indiciados menos abastados, os quais dependem do Estado, que, sobrecarregado, não se utiliza plenamente dos recursos e meios inerentes à ampla defesa, deixando à própria sorte a situação do réu.

> *"Art. 5°: (...):*
>
> *LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (...);*
>
> *LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;*
>
> *LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;(...)*
>
> *LXV - a prisão ilegal será* **imediatamente** *relaxada pela autoridade judiciária;* (grifo nosso)*;*
>
> *LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido , quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; "*

É novamente a ignorância por parte da parcela menos favorecida que ocasiona a ausência de eficácia destes dispositivos constitucionais. Nem sempre a prisão é efetuada com fundamentação escrita de autoridade competente. São flagrantes os abusos realizados em locais como delegacias, nos quais os indiciados ficam à mercê de autoridades inescrupulosas que se aproveitam da situação para cometer abusos, cuja punição superveniente freqüentemente inexiste. Quanto à comunicação ao juiz e à família do preso, a ausência de aplicabilidade disto decorre de falhas existentes no sistema, que propiciam a morosidade da realização de tais atos, o que prejudica sobremaneira o preso.

A inoperância quase absoluta do inciso LXIII é evidente. O direito ao silêncio é frontalmente violado por certas autoridades policiais, cujas atitudes agressivas e ameaçadoras fazem com que o indivíduo muitas vezes confesse inclusive algo que não praticou, o que compromete a validade das declarações. Ainda pode se relacionar esta situação com o previsto no inciso XLIX supracitado, já que o respeito à integridade física e moral é olvidado, sendo aplicadas medidas coercitivas inconstitucionais por parte de certos indivíduos detentores do poder de mando.

Em outro plano, a assistência de advogado é plena quando se trata de presos com alto poder aquisitivo, porém inócua é esta norma se observarmos a situação da maioria dos presos, que sequer têm ciência deste direito e que dependem do Estado, assoberbado que é, para concretizá-lo. Ou seja, verificam-se pesos e medidas diferentes na aplicação da lei, já que opera diferença substancial a presença eficaz de um advogado no processo.

Como exemplo da desigualdade, tem-se o caso de certo industrial que, alcoolizado, atropelou e matou uma criança em Santa Catarina. Após aguardar em liberdade a sentença durante quatro anos, foi condenado a um ano e três meses de detenção. Observadas diversas normas atenuantes e sem consideração de agravantes, permaneceu em liberdade, acarretando apenas suspensão da licença de motorista por determinado período. Por outro lado, a publicação de nota em jornal pelo pai da criança - que lamentava a situação e a ineficácia da justiça brasileira -, resultou na condenação deste, por insulto à justiça, a um ano e oito meses de detenção.[11] Como se depreende deste caso concreto, de acordo com a disponibilidade econômica do condenado, ocorre ou não observância de diversas garantias oferecidas pela ordem jurídica.

Os incisos LXV e LXVI também possuem eficácia comprometida, quer por abuso de poder, quer por morosidade do Poder Judiciário provocada pela imensa quantidade de processos sem resolução, devido à própria estrutura deficiente deste.

[11] Cf. ADEODATO, João Maurício L. Op. cit., pp. 167 e 168.

Em decorrência disso, muitas vezes, não se verifica a libertação do condenado, mesmo tendo este cumprido a pena.

> *"Art. 5º: (...):*
> *LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;"*

Como bem importante que é, a liberdade é de difícil mensuração, o que gera a dificuldade de aplicação deste preceito, à medida que o *quantum* da indenização por dano moral, neste caso a supressão indevida da liberdade, é, na prática, objeto de controvérsias. Além disso, a instauração de processo visando a tal indenização nem sempre ocorre, novamente pela ausência de conhecimento por parte dos lesados e, nas ocasiões em que se verifica, a morosidade do Poder Jurisdicional, aliada ao desinteresse em relação ao pagamento por parte do Estado afetam novamente o indivíduo na concretização de um seu direito.

Em boa doutrina, podemos recorrer à opinião de Heleno Fragoso: "As declarações formais de direitos, gerais e abstratas, são de pouco valor. Elas correspondem à ideologia do sistema e encobrem desigualdades, dominação e opressão, através de representações ilusórias. Só adquirem relevância e significação prática quando magistrados lúcidos, dispostos a usar de seu poder formidável para o progresso social, as fazem valer, delas retirando todo o seu potencial de império, através de interpretação criadora, orientada no bom sentido. Isto é, infelizmente, pouco comum"[12]

4. Presos e seus direitos

Observados os termos de nossa Carta Magna , cumpre analisar dispositivos insertos na legislação penal ordinária para maior aproveitamento quanto ao trato do tema.

É concedido ao condenado o direito a exame criminológico para sua correta adequação à realidade da penitenciária, com a finalidade de organizar esta, segundo mais adequada administração. No entanto, embora exista o exame, este não se presta aos objetivos a que originariamente se propõe. Realizado por pessoas sem devida orientação e corretos métodos, seu resultado - irreal e inconsistente - é irrelevante para a inserção do preso em determinado espaço físico da penitenciária, à medida que se transmuda em mero formalismo.

Outro direito assegurado ao detento é o que diz respeito ao trabalho. Este, embora não regulado pela Consolidação das Leis do Trabalho, é remunerado - o

[12] FRAGOSO, Heleno; CATÃO, Yolanda; SÜSSEKIND, Elisabeth. Op. cit., p. 07.

que é relevante, já que a maioria pertence à população carente - e gera os benefícios da Previdência Social e da remissão para o condenado. Além disso, e precipuamente, o trabalho facilita a socialização do condenado, já que o prepara para o retorno à sociedade. A despeito de tantos benefícios que gera o trabalho dos presos, este não é realizado. Quando o é, resume-se a tarefas domésticas, que não atingem tais finalidades por completo. Seria o trabalho uma das melhores formas de atingir o fim mais relevante da pena, qual seja, ressocialização.

Entretanto, deve-se observar que, se o condenado é obrigado ao trabalho e por ele recebe remuneração ínfima, não correspondente à realização deste, o trabalho se transmuta em castigo e começa a integrar o sistema de reprimendas - inadmissível - inserto no contexto de cumprimento da pena. Deve, pois, ser, no mínimo, eqüitativa a remuneração. Na prática, além de todo o exposto, o trabalho constitui privilégio, pois, até mesmo por uma faxina, presos conseguem se aproximar dos dirigentes da prisão e adquirem condição que os favorece na obtenção de favores e vantagens. Como em todos os ramos do Direito, está presente no Direito Penal a figura do apadrinhamento, prejudicial sobremaneira à correção dos delinqüentes, gerando efeito reverso, à medida que há corrupção dos detentos. "Trabalhar na cadeia é encarado por alguns presos como a oportunidade de se 'isolar da massa'. Nesse caso, o que está em jogo é a oposição trabalho/ mundo do crime, em que o fato de exercer uma atividade na cadeia, e quanto mais próxima de funcionários 'graduados' melhor, confere ao preso a chance de se considerar em processo de *recuperação*"[13]

Trabalho é condição de dignidade pessoal. Tem, pois, de ser o trabalho dos presos remunerado como o livre, com direito à Previdência Social e a seguro contra acidentes. É justo e conveniente que uma parte do pagamento se destine ao ressarcimento da vítima. No entanto, pela própria situação financeira da maioria dos presos e de suas famílias, não deve ser um desconto tal que impossibilite sua sobrevivência. Sabe-se da impossibilidade desta com a remuneração de um salário-mínimo mensal; destarte, o desconto inviabiliza a sobrevivência caso não se adeque às condições pessoais de cada preso. Conclui-se pela premência do trabalho nas penitenciárias e sua compatível remuneração.

Visualizado o aspecto do direito ao trabalho, cumpre salientar o assunto da disciplina nas penitenciárias. Há verdadeiro repúdio por parte do setor assistencialista da sociedade em relação à forma pela qual o sistema disciplinar é instituído e ao arbítrio que existe em sua aplicação. Deve-se atentar para o princípio da reserva legal, que admite apenas a lei, e não reles regulamentos, como fonte legítima das faltas e respectivas punições, com o objetivo de clarificar o

[13] RAMALHO, José Ricardo. Mundo do crime: a ordem pelo avesso. Rio de Janeiro : Graal, 1979, p. 108.

proibido e o permitido dentro do sistema penitenciário; e para o princípio do devido processo legal, para proteger o preso contra punição arbitrária e injusta. No entanto, infelizmente, a prisão cria condições de dominação, na qual os que dominam e têm poder tendem a abusar dele, em maior ou menor grau.

No Brasil, há proibições genéricas na Constituição contra tratamento desumano e degradante. Todavia, há um abismo entre o que está regulado e a prática. Deve-se observar, ainda, que a prisão constitui um sistema de convivência anormal e violento, sujeito a pressões intoleráveis. Dada esta situação, nunca será fácil limitar o arbítrio dos que procuram manter sob controle os que são forçados a essa convivência.

Outro direito inerente aos condenados é o relacionado a seu tratamento. Na realidade, pode-se apresentar este como direito da sociedade e não meramente individual do preso. É de interesse de todos a recuperação dos condenados, para sua saudável volta ao convívio social. Tal recuperação, por todos os fatores apresentados, é de difícil concretização. As tentativas de alterar o comportamento fazem parte da técnica de controle social, própria do sistema punitivo do Estado. Não há qualquer indicação válida no sentido de que os sistemas de tratamento tenham produzido qualquer resultado. Parecem significar inútil perda de tempo, de dinheiro e de utilização de pessoal.

A despeito disso, o tratamento é essencial para possibilitar, pelo menos, a cogitação de melhora do preso. A tendência atual é limitar os programas de tratamento aos internos interessados, já que se concluiu pela efetividade apenas dos tratamentos consentidos e, até mesmo, procurados pelos condenados. Se a reabilitação social constitui um dos escopos declarados do sistema, não parece inadequado dizer que os presos têm direito aos serviços de tratamento, que devem ser obrigatoriamente oferecidos.

Outro aspecto é o da comunicação com o mundo exterior. Esta é condição de saúde mental para quem está preso. Suspensão de visitas é castigo terrível. Censura à correspondência limita a liberdade individual e se insere no sistema de coisificação do preso. Prisão impõe perda total da intimidade - está sujeito o preso, a qualquer momento, a buscas e inspeções, além da promiscuidade imperante nas penitenciárias. A censura também integra o esquema de vigilância total e asfixiante. No entanto, fica restrita aos casos específicos propostos em lei[14]. Fora destes, pelo menos em teoria, são inadmissíveis tais violações.

---

[14] "Art. 5º:(...):

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal." BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

Vale, ainda, salientar a importância da preservação dos direitos políticos. Embora adotada por nossa Carta Magna em seu art. 15, III, a suspensão dos direitos políticos é infundada, servindo apenas para estigmatizar o preso e marcar sua separação do mundo livre.

Dignidade do preso é outro direito inerente a este. Entretanto, na prática, este não é observado. Não se pode mencionar a preservação da dignidade de presos dividindo com quarenta ou cinqüenta pessoas a mesma cela, sem local para repouso e privacidade pelo menos relativa. A superpopulação é situação freqüente em nossas penitenciárias. Poder-se-ia dizer que inexiste solução para isso . No entanto, isto é uma inverdade, pois soluções poderiam ser procuradas no plano legislativo. É necessário retirar da prisão urgentemente os que lá não precisam estar, reduzindo o tempo de permanência dos que para lá forem enviados. Delinqüentes sem periculosidade não devem ser designados para a prisão. A suspensão condicional da pena pode ser ampliada ainda mais, para que possa ser concedida por uma segunda vez, como ocorre em certos locais. O livramento condicional deve ser favorecido, eliminando-se a distinção atual entre primários e reincidentes, e permitindo-se sua concessão desde que se cumpra, em condições favoráveis, um terço da pena, como em outros países. Faz-se mister, ainda, ampliação e modernização da aplicação das penas de multa e restritivas de direitos, cada vez mais destinadas a ter relevante papel na crise do sistema penitenciário.

"Reclama-se, assim, menos Direito Penal. Todavia, a essa recomendação de parcimônia, reage o legislador com perplexidade, ante o fenômeno assustador do aumento da criminalidade.(...) legislador hesita em aceitar a recomendação dos que pedem menos Direito Penal. Porque está habituado a trabalhar com o instrumental punitivo, supondo, ingenuamente que, aumentando a severidade das penas, resolverá o problema da violência. A criminalidade aumenta e, provavelmente, continuará aumentando porque está ligada a uma estrutura social profundamente injusta e desigual, que marginaliza, cada vez mais, extensa faixa da população(...). Enquanto não se atuar nesse ponto, será inútil punir(...). *Aspiramos a um Direito Penal mais humano, que efetivamente exerça função de tutela de valores de forma justa e igualitária. Isso só será possível numa sociedade mais justa e mais humana, que assegure os valores fundamentais da dignidade humana e da liberdade.*"[15](grifo nosso)

5. Conclusões

Frente à crise social que conduz a maior delinqüência, a prisão continua a ser considerada pelos governantes como seu instrumental supremo de reação.

[15] FRAGOSO, Heleno C. Lições de Direito Penal: parte geral. 12. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 446.

Solução mais fácil. Através dela, só se vai atingir a parcela mais desfavorecida da sociedade. Nas penitenciárias, estão os pobres e desfavorecidos. Como se sabe, a clientela do sistema não inclui os que verdadeiramente têm condições econômicas para pleitear por seus direitos. Destarte, tem sido fundamental, na luta pelos direitos dos presos, o surgimento de organizações combativas, capazes de conseguir advogados para mover a batalha judiciária. Enquanto a sociedade for incapaz de resolver seus próprios problemas , a repressão será sempre a maneira escolhida de fazê-lo.

Não obstante, embora a crise do sistema penitenciário brasileiro seja evidente, este não falta por completo às suas finalidades. "A prisão atinge um de seus objetivos, o de chamar atenção para certos comportamentos, fazendo crer que eles são mais graves e mais perigosos para a sociedade"[16]. No entanto, é patente que se deixa na sombra a criminalidade dos ricos e poderosos, incomparavelmente mais grave, formando-se, através dos meios de comunicação, com os delinqüentes comuns encarcerados, o estereótipo do criminoso.

Deve-se levar em consideração que não se deve atribuir à menor disponibilidade econômico-financeira o crescimento dos índices de criminalidade. Tem-se, inclusive, brilhante conclusão do professor Roque de Brito Alves sobre o assunto: "com seu aumento (da criminalidade) nos países altamente desenvolvidos, nega-se a tese de que a melhoria dos padrões de vida irá diminuir ou mesmo eliminar o delito. Ora, se a melhoria material das condições de vida pode reduzir algumas espécies ou formas de delitos, não é menos verdade que cria outras, fruto do progresso simplesmente material, algumas mais graves do que as existentes anteriormente".[17]

Portanto, mudanças na estrutura político-social são prementes. A verba destinada à construção de novas penitenciárias poderia ser repassada aos setores de saúde e educação. Apenas com resoluções como esta é que se resolverá o problema da criminalidade. De nada adianta punir com a superestrutura do ordenamento jurídico se a infra-estrutura - a sociedade como um todo - está imiscuída por conflitos intra-sistêmicos, que só têm solução com a concessão de cidadania aos diversos setores subdesenvolvidos da sociedade brasileira.

6. Bibliografia

- ADEODATO, João Maurício L. "Para uma conceituação do direito alternativo". Revista de Direito Alternativo, n. 01. São Paulo, 1992, pp. 157-174.

16 FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 281.
17 ALVES, Roque de Brito. Op. cit., p. 337.

- ALVES, Roque de Brito. Estudos de Ciência Criminal. Recife: Cia. Editora de Pernambuco, 1993.
- ALVIM, Rui Carlos Machado. O trabalho penitenciário e os direitos sociais. São Paulo: Atlas, 1991.
- BRUNO, Aníbal. Direito Penal: parte geral, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. 7. ed. trad. de Lígia M. Pondé Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1987.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio; CATÃO, Yolanda; SÜSSEKIND, Elisabeth. Direito dos presos. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Direito Penal e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- _____ . Lições de Direito Penal: parte geral. 12. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- FREITAS, Ricardo de Brito A. P. "O Uso Alternativo do Direito Penal - algumas observações sobre sua possibilidade". Revista da OAB - seccional de Pernambuco. Recife: OAB, ano 32, n. 24, ago. 1997, pp. 27-40.
- MIOTTO, Armida Bergamini. Curso de Direito Penitenciário, 2v. São Paulo: Saraiva, 1975.
- OLIVEIRA, Luciano. Sua Excelência o Comissário de Polícia. Recife: PIMES/UFPE, 1984.
- NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. "Visão do sistema penitenciário paulista à luz da penologia moderna". Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo, jun. 1977, pp. 163-183.
- RAMALHO, José Ricardo. Mundo do crime: a ordem pelo avesso. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

A VERDADEIRA FACE DA LEI 9601 DE 21/01/98 – CONTRATO DE TRABALHO POR TEMPO DETERMINADO – REGULADA PELO DECRETO EXECUTIVO 2410 DE 04/02/98

Edilton Borges Caneiro (Aluno do 7° Período da Graduação em Direito da UFPE)

Sumário: 1. Introdução; 1.1. Considerações Gerais; 2. Origem; 3. Principais inovações; 4. Interesses Públicos versus Interesse Privado; 5. Participação das Entidades de Classe; 6. Conseqüências da não participação de Entidades de Classe; 7. Princípio da norma mais favorável; 8. Estabilidade Provisória provoca suspensão ou interrupção do Contrato de Trabalho; 9. A verdadeira inconstitucionalidade; 10. Limitações às contratações; 11. Condições para que o Empregador usufrua das vantagens da Lei; 12. Das vantagens perante as Instituições de Crédito Federais; 13. Banco de Horas; 14. Das multas; 15. Conclusão; 16. Bibliografia.

1. Introdução

1.1 Considerações Gerais

Tem sido divulgado por todos os meios de comunicação diversas críticas, e alguns elogios a Lei 9601 de 21/01/98, regulada pelo decreto executivo 2490 de 04/02/98, que deu novas feições e criou novas regras para o Contrato de Trabalho por Tempo Determinado, este já existente na CLT em seu artigo 443.

Tem-se na vida prática, este instrumento sido chamado de Contrato de Trabalho Provisório, ou ainda, Contrato de Trabalho Temporário, o que ao nosso ver, assim como no de Sérgio Pinto Martins[1] é um erro.

No caso do Contrato de Trabalho Temporário, seria aquele que se encontra regulamentado pela Lei 6019/74, devendo ser celebrado entre uma empresa tomadora e uma empresa responsável pela contratação de mão de obra temporária.

Também a denominação de Contrato Provisório, é incorreta, visto que o Contrato regulado pela Lei 9601/98 não é provisório, mas definitivo. A provisoriedade estaria ligada a temporalidade do Contrato, nunca com a validade do mesmo.

2. Origem

[1] PINTO MARTINS, Sérgio. Contrato de Trabalho por Prazo Determinado e Banco de Horas (Lei 9601/98), Editora Atlas, São Paulo, 1998.

Sua origem é de iniciativa do Poder Executivo, destinando-se a ampliar a oferta de empregos, embora isto traga um incontestável sacrifício de direitos tradicionais dos trabalhadores, não trazendo a meu ver nenhuma política de desenvolvimento econômico sustentável, tendo tentativas semelhantes em outros países como Argentina e Espanha, se mostrado ineficazes, e já em alguns casos, como no da Espanha, sido abolidas pelo Congresso.

A intenção do legislador com a criação desta Lei, foi a de regular situação preexistente, visando legalizá-la. Foi o que aconteceu com a norma coletiva celebrada pelo Sindicato dos Metalúrgicos de São Paulo com algumas empresas, que foi considerada ilegal pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região, em ação anulatória proposta pelo Ministério Público do Trabalho, sob a alegação de que a mesma contraria a CLT, bem como a legislação vigente[2].

Ao meu ver, assim como no de alguns doutrinadores, o Direito do Trabalho é um direito social, mutável, e assim o sendo para acompanhar e se amoldar as transformações sociais, pois se assim não o fosse estaria fadado a tornar-se letra morta, por não cumprir sua missão principal de fazer justiça, mas além desta a de gerar transformações sociais, principalmente no tocante a uma melhor distribuição da renda nacional, na tentativa de tornar iguais os desiguais, através da proteção ao trabalhador.

3. Principais inovações

As novidades introduzidas pela Lei 9601 de 21/01/98 são as de não subordinação aos pressupostos contidos no § 2° do artigo 443 da CLT, quais sejam: natureza e transitoriedade dos serviços; transitoriedade da atividade empresarial, podendo o trabalhador ser admitido para o atendimento de atividades empresariais de caráter permanente, o que torna sua presença comprometedora em nosso ordenamento jurídico.

Já é um axioma da Ciência Econômica, que o desemprego só pode ser combatido de maneira eficaz com o desenvolvimento da economia, incremento da atividade produtiva e redução das importações, medidas estas que em nenhum momento foram tomadas pelo nosso Governo, que pelo contrário, tem possibilitado uma abertura de mercado predatória, segurando o câmbio com medidas que diminuem o ritmo de exportações, por falta de competitividade de preços no mercado externo, e diminuído a produção interna em razão os altos

[2] Autor e obra citada pag. 19

custos com impostos para exportação e baixo custo para importação dos mesmos produtos.

Com a criação do Contrato de Trabalho por Tempo Determinado, começa a emergir uma subclasse de trabalhadores, caracterizada por uma diminuição da proteção jurídica em relação aos demais. O Senador Lauro Campos (PT – DF), diz que em sua opinião "cria-se com este tipo de contrato uma neo-escravidão do trabalhador". Só o tempo porém poderá responder se a citada norma é capaz ou não de reduzir o desemprego, pois como formulou Bertold Brecht "A verdade é filha do tempo; não da autoridade".

4. Interesses Públicos versus Interesse Privado

Não se justifica a falsa imagem, que se quer colocar no mèsmo plano axiológico-institucional os interesses públicos e os privados, isto sob o argumento de que estaríamos inflexibilizando a regra contida no artigo 5° da Constituição Federal, o que não é verdade pois como sabemos, aos iguais deve ser dado tratamento igual, e aos desiguais tratamento desigual. No caso em tela esta se dando tratamento desigual aos iguais, já que não estamos comparando trabalhador com o empregador e sim, trabalhador com trabalhador. E quando se faz referência aos artigos 479 e 480 da CLT, o tratamento não é desigual, pois tanto o empregador quanto o empregado, dentro da correta proporção são penalizados pela ruptura do Contrato de Trabalho por Tempo Determinado, se a mesma ocorrer antes do prazo pactuado e sem justa causa, logo não há o antagonismo alegado por alguns autores ao caput do artigo 5° da Constituição Federal de 1988.

Vejamos na Lei comentada seus artigos:

Art. 1° As convenções e os acordos coletivos de trabalho poderão instituir contrato de trabalho por prazo determinado, de que trata o artigo 443 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, independentemente das condições estabelecidas em seu § 2°, em qualquer atividade desenvolvida pela empresa ou estabelecimento, para admissões que representem acréscimo no número de empregados.

5. Participação das Entidades de Classe

Apesar de tal contrato exigir a participação das entidades de classe (Sindicatos, Federações, Confederações), isto não descaracteriza a meu ver a fragilidade e inconstitucionalidade da norma comentada. Discordamos da posição assumida por grande parte dos doutrinadores e comentaristas de que a referida norma não fere o artigo 5° caput da Constituição Federal de 1988.

O que a meu ver tem ocorrido, é que os mesmos procuram desvirtuar o enfoque, fugindo da questão principal e enveredando-se por discussões secundárias, como por exemplo a de que não existe inconstitucionalidade em razão do não pagamento do aviso prévio, dos 40% da multa sobre os depósitos do FGTS.

Ora, é claro até para os mais desavisados, que quando da contratação por tempo determinado, o empregado já conhece o termo inicial e final de seu contrato, e como tal, na chegada do mesmo não existe uma demissão imotivada ou sem justa causa, logo desnecessário o aviso prévio, bem como o pagamento da multa de 40% sobre os depósitos do FGTS.

No artigo 1° caput, como já comentado anteriormente, consta que este tipo de Contrato só poderá ser instituído através de convenções ou acordos coletivos de trabalho, embora independa das condições estabelecidas no § 2° do artigo 443 da CLT, tendo no entanto obrigatoriamente que representar acréscimo no número de empregados. Não pode este contrato ser celebrado diretamente entre empregado e empregador, haverá sempre que ter a presença obrigatória da entidade de classe (Sindicato, Confederação, Federação).

6. Conseqüências da não participação das Entidades de Classe

Não observado o disposto no artigo 1°, isto não acarretará a nulidade do contrato, e sim a sua transformação em contrato por tempo indeterminado, ensejando no caso de despedida imotivada ou término do prazo, o pagamento de aviso prévio e da multa de 40% sobre os depósitos do FGTS, bem como o depósito da diferença entre os 8% da alíquota vigente para os contratos por tempo indeterminado e os 2% vigentes para o contrato por prazo determinado. Isto decorrente do princípio de que não pode haver enriquecimento sem justa causa, o que ocorreria se o contrato fosse considerado nulo, não produzindo nenhum efeito desde seu nascimento.

Art. 1° .....

§ 1° As partes estabelecerão, na convenção ou acordo coletivo referido neste artigo:

I – a indenização para as hipóteses de rescisão antecipada do contrato de trabalho de que trata este artigo, por iniciativa do empregador ou do empregado, não se aplicando o disposto nos artigos 479 e480 da CLT;

II – as multas pelo descumprimento de suas cláusulas.

7. Princípio da norma mais favorável

Os incisos em comentário, afastam a incidência dos artigos 479 e 480 da CLT expressamente, deixando às partes (empregado e empregador) o estabelecimento da multa e indenização a ser paga em caso de ruptura injusta ou imotivada do contrato por alguma das partes. Não foi porém em nenhum momento afastada a aplicação do artigo 481 da CLT, dês que exista cláusula assecuratória do direito recíproco de dissolução antecipada, e venha uma das partes a fazer uso da mesma, o que ensejará o pagamento do aviso prévio e da multa de 40 % sobre os depósitos do FGTS.

Em que pese ter o legislador deixado ao alvedrio das partes (empregado e empregador) a fixação da indenização e da multa, a cláusula poderá ser anulada judicialmente, dês que tenha sido instituída apenas contra uma das partes, ou de forma desproporcional. Pode ainda acordar as partes que os valores da indenização e da multa sejam as mesmas instituídas pelos artigos 479 e 480 da CLT, o que não afrontará a citada norma.

Não poderá no entanto estes valores serem fixados com base ou em função do salário mínimo, pois isto fere o disposto no artigo 7° inciso IV da Constituição Federal de 1988 em sua parte final.

Art. 1° ....

§ 2° Não se aplica ao contrato de trabalho previsto neste artigo o disposto no artigo 451 da CLT.

O artigo 1° em seu § 2° afasta a aplicação do disposto no artigo 451 da CLT, ao nosso ver este parágrafo esta derrogado em parte pelo artigo 614 § 3°da CLT, bem como pelo artigo 445, isto decorrente do princípio do Direito do Trabalho da aplicação da norma mais favorável, logo caso o contrato seja prorrogado por mais de uma vez e excedendo os dois anos de vigência será automaticamente transformado em contrato por prazo indeterminado, devendo haver no caso de ruptura imotivada ou chegado o seu termo final, pagamento do aviso prévio, a indenização dos 40% sobre os depósitos do FGTS, bem como o recolhimento da diferença dos 8 para os 2 %, não depositados.

O § 3° do mesmo artigo foi vetado pelo Presidente da República, tornando obrigatório em qualquer caso a representação por organizações sindicais, isto porque se permitido fosse a celebração direta entre empregados e empregadores deste tipo de contrato, nas empresas com menos de 20 empregados quando inexistisse órgão sindical na localidade, isto faria com que o contrato fosse imposto, e não negociado com o trabalhador.

Art. 1° .....

§ 4° Ficam garantidas as estabilidades provisórias da gestante; do dirigente sindical, ainda que suplente; do empregado eleito para o cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes; do empregado

acidentado, nos termos do artigo 118 da Lei 8213, de 24 de julho de 1991, durante a vigência do contrato por prazo determinado, que não poderá ser rescindido antes do prazo estipulado pelas partes.

8. Estabilidade Provisória provoca suspensão ou interrupção do Contrato de Trabalho

Neste parágrafo o legislador procurou por bem preservar as estabilidades provisórias enumeradas, enquanto vigorar o contrato por prazo determinado, ou seja, sendo o empregado detentor de uma dessas estabilidades o contrato não poderá ser rompido antes do prazo fixado pelas partes.

A dúvida surge no caso em que o período de estabilidade for superior ao estabelecido para vigência do contrato. Nestes casos o contrato se considerará extinto com o advento do seu termo final, mesmo que não haja exaurido-se o período da estabilidade? Ou, o contrato só deixará de vigorar quanto esgotado o tempo da estabilidade?

Neste caso a nosso ver, tem-se que enveredar por uma discussão mais profunda sobre se a estabilidade provisória provoca suspensão ou interrupção do contrato de trabalho por prazo determinado, sabemos que a doutrina destingue a suspensão da interrupção do contrato de trabalho. Na primeira, não existe a remuneração paga pelo empregador, e nem a prestação do serviço por parte do empregado, é a chamada suspensão total do contrato de trabalho, enquanto na segunda, não existe a prestação de serviços, mas fica o empregador obrigado ao pagamento da remuneração do empregado, é o que chamam os doutrinadores de suspensão parcial do contrato. Nos dois casos a suspensão e transitória, pois caso contrário haveria a rescisão e não a suspensão. Segundo Arnaldo Süssekind não há interrupção do contrato de trabalho, e sim a simples interrupção da prestação de serviços. Sebastião Machado Filho, sustenta que em qualquer dos casos regulados como suspensão ou interrupção, o que existe é a suspensão da prestação de serviços pois subsistem as obrigações atinentes às prestações do empregador. Na suspensão o contrato é reatado no momento em que é removida a causa suspensiva, isto porque um dos mais sadios objetivos do Direito do Trabalho corresponde à continuidade do emprego. Diante deste aspecto, discordamos da maioria dos autores, para os quais a estabilidade provisória cessa quando acaba a vigência do contrato, apenas a título de ilustração da citada discordância observemos o artigo 472 § 2° da CLT, que determina que nos contratos por prazo determinado, o tempo de afastamento, se for acordado entre as partes, não será computado na contagem do prazo para a terminação. Nos casos de suspensão, dado que o contrato não se executa em nenhum de seus aspectos, vigora a regra de

que o respectivo período não é computado. Os Tribunais do Trabalho têm observado esta norma, amparados na noção jurídica de que, quando o contrato não se executa, não é desta forma possível computar-se para qualquer efeito, o tempo relativo a esta suspensão. Desta forma, com a ocorrência da suspensão contratual, e a inexecução de todas as cláusulas do mesmo, não deveria o período deste afastamento ser computado com tempo de serviço para terminação do contrato. No caso de acidente do trabalho, o acidentado tem assegurada a manutenção do seu contrato de trabalho pelo prazo de 12 meses a partir da concessão do auxílio-doença estando isto estatuído no artigo 114 da Lei 8213 de 24 de julho de 1991, citada na comentada norma. São nestas situações que fundamento a minha discordância

Art. 2° Para os contratos previstos no artigo anterior, ficam reduzidas, por 18 meses, a contar da data de publicação desta lei:

I – cinqüenta por cento de seu valor vigente em 1° de janeiro de 1996, as alíquotas das contribuições sociais destinadas ao Serviço Social da Indústria – SESI, Serviço Social do Comércio – SESC, Serviço Social do Transporte – SEST, Serviço Nacional da Aprendizagem Industrial – SENAI, Serviço Nacional da Aprendizagem Comercial – SENAC, Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte – SENAT, Serviço Nacional de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE e Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, bem como ao salário educação e para o financiamento do seguro de acidentes do trabalho;

II – para dois por cento, a alíquota da contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, de que trata a Lei 8036, de 11 de maio de 1990.

Parágrafo único – As partes estabelecerão, na convenção ou acordo coletivo, obrigação de o empregador efetuar, sem prejuízo do disposto no inciso II deste artigo, depósitos mensais vinculados, a favor do empregado, em estabelecimento bancário, com periodicidade destinada de saque.

O caput do artigo 2° reduz pelo período de 18 meses, a contar da data da publicação, algumas contribuições sociais. Em seu inciso I, reduz em 50% as contribuições ao sistema "S" (SESI, SENAI, SESC, SEST, SENAC, SENAT,SEBRAE), bem como o INCRA, o Salário Educação e o Seguro de Acidente do Trabalho (SAT), a partir de 22/01/98, data da publicação da Lei no DOU.

9. A verdadeira inconstitucionalidade

O que na nossa concepção torna este contrato inconstitucional é o inciso II do §2°, por ferir o artigo 5° caput da Constituição Federal de 1988. Os depósitos mensais do FGTS, pelo nosso entendimento, não se tratam de imposto, taxa, tarifa, indenização ou contribuição, e sim um salário diferido, fazendo portanto parte da remuneração do empregado. O FGTS é um crédito trabalhista, que resulta de uma poupança forçada do trabalhador, tendo sido concebido para socorrê-lo em situações de cessação do vínculo de emprego, desta forma não se entende que os depósitos do FGTS tenham natureza de contribuição fiscal ou parafiscal, os depósitos não são entregues diretamente ao Estado para que este os aplique em serviços públicos e nem a terceiros beneficiários em virtude de delegação do Estado. Trata-se de um direito do trabalhador, que afinal é titular deste crédito decorrente da execução do contrato de trabalho, e não receita pública[3]. Desta forma temos dois empregados exercendo funções idênticas, tanto quanto à técnica quanto ao grau de dificuldade, tendo tempo que não possam diferenciá-los pelo critério de antigüidade (inferior a dois anos), faz com que tenhamos pessoas exercendo atividades iguais, conforme o fixado nos artigos 460 e 461 da CLT, porém com salários diferentes. Enquanto um recebe 8% de depósitos referentes ao FGTS, o outro recebe apenas 2%.

Temos por convicção que essa inconstitucionalidade pode ser alegada tanto por ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, embora as pessoas ou entidades legitimadas por força do artigo 103 da Constituição Federal de 1988, tenham pequeno compromisso neste sentido, como também ser argüida de modo incidental nos casos concretos (controle difuso) nas jurisdições de primeiro grau, podendo os juizes pronunciarem-se ex officio sobre a inconstitucionalidade.

No parágrafo único do artigo 2° o legislador deixa a vontade das partes o estabelecimento de valor a ser depositado mensalmente em favor do empregado de forma vinculada em estabelecimento bancário, com periodicidade de saque estipulada.

Não se entende neste caso a razão deste depósito, já que a redução da alíquota de 8% para 2% deve-se a criação de estímulo de contratação de trabalhadores à prazo para a redução e combate ao desemprego.

Diz ainda o Decreto Executivo 2490 de 04/02/98, em sua letra d, que estes depósitos mensais não tem caráter, ou melhor, natureza salarial, ostentando assim um caráter indenizatório, diferentemente do depósito do FGTS, que tem de forma tácita caráter salarial.

---

[3] LIMA TEIXEIRA FILHO, João. Instituições de Direito do Trabalho, Vol. 1, 16ª edição, Editora LTr, São Paulo,1996.

Art. 3° O número de empregados contratados nos termos do artigo 1° desta lei observará o limite estabelecido no instrumento decorrente de negociação coletiva, não podendo ultrapassar os seguintes percentuais, que serão aplicados cumulativamente:

I – cinqüenta por cento do número de trabalhadores, para a parcela inferior a cinqüenta empregados;

II – trinta e cinco por cento do número de trabalhadores, para parcela entre cinqüenta e cento e noventa e nove empregados; e,

III – vinte por cento do número de trabalhadores, para a parcela acima de duzentos empregados.

Parágrafo único – As parcelas referidas nos incisos deste artigo serão calculadas sobre a média aritmética mensal do número de empregados contratados por prazo indeterminado do estabelecimento, nos seis meses imediatamente anteriores ao da data de publicação desta lei.

10. Limitações às contratações

O artigo 3° trata apenas das limitações, que tem por finalidade evitar que o empregador venha a substituir empregados contratados por tempo indeterminado, pelos empregados de **"segunda categoria"** (grifo nosso), ou seja os contratados por tempo determinado. Devemos nos ater, que esta limitação se dá apenas em função do número máximo, nunca em relação ao mínimo, para este não existe limitação nem obrigatoriedade.

As penalidades pelo descumprimento deste artigo inexistem na lei, tendo alguns comentaristas, entre eles Manoel Antonio Teixeira Filho, sugerido que tais penalidades constem do acordo ou convenção coletiva.

O parágrafo único estabelece a fórmula e as regras para o cálculo do número de empregados que podem ser admitidos pela empresa, fixando o prazo de seis meses que precederam a publicação da lei como base para este cálculo.

Art. 4° As reduções previstas no artigo 2° serão asseguradas desde que, no momento da contratação:

I – o empregador esteja adimplente junto ao Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS;

II – o contrato de trabalho por prazo determinado e a relação mencionada no parágrafo 3° deste artigo tenham sido depositadas no Ministério do Trabalho.

§ 1° - As reduções referidas neste artigo subsistirão enquanto:

I – o quadro de empregados e a respectiva folha salarial, da empresa ou do estabelecimento, forem superiores às respectivas médias mensais dos seis meses imediatamente anteriores ao da data de publicação desta lei; e,

II – o número de empregados contratados por prazo indeterminado for, no mínimo, igual a média referida no parágrafo único do artigo 3°.

§ 2° - O Ministério do Trabalho tornará disponíveis ao INSS e ao Agente Operador do FGTS as informações constantes da convenção ou acordo coletivo de que trata o artigo 1° e do contrato de trabalho depositado, necessárias ao controle do recolhimento das contribuições mencionadas, respectivamente, nos incisos I e II do artigo 2° desta Lei.

§ 3° - O empregador deverá afixar, no quadro de avisos da empresa, cópias do instrumento normativo mencionado no artigo 1° e da relação dos contratos, que conterá, dentre outras informações, o nome do empregado, o número da Carteira de Trabalho e Previdência Social, o número de inscrição do trabalhador no Programa de Integração Social – PIS e as datas de início e de término do contrato por prazo determinado.

§ 4° - O Ministério do Trabalho disporá sobre as variáveis a serem consideradas e a metodologia de cálculo das médias aritméticas mensais de que trata o § 1° deste artigo.

11. Condições para que o Empregador usufrua das vantagens da Lei

O artigo 4° assegura a redução das alíquotas do artigo 2° a partir do momento da contratação, obrigando entretanto que para o empregador usufrua de tais reduções, esteja adimplente com o INSS e o FGTS, além de afixar no quadro de avisos e depositar no Ministério do Trabalho a relação nominal dos empregados regidos por este tipo de contrato.

O § 1° do artigo 4° determina que para manutenção das reduções, o quadro de empregados por prazo indeterminado se mantenha superior a média apurada nos seis meses anteriores a publicação da lei.

O § 2° do mesmo artigo determina que o Ministério do Trabalho tornará disponível ao INSS e ao Agente Operador do FGTS (Caixa Econômica Federal) as informações constantes do acordo ou convenção coletiva, isto para que se possa efetuar por estes órgãos o controle administrativo dos recolhimentos em conformidade com a citada norma.

O § 3° cuida da obrigatoriedade de afixar no quadro de avisos da empresa, como já citado anteriormente, bem como o depósito no Ministério do Trabalho da relação contendo os dados como: nome do empregado, número da CTPS, número do PIS, data do início e término do contrato, e cópia do instrumento normativo

(acordo ou convenção) onde de encontra prevista a contratação à prazo. Tem este dispositivo a finalidade de tornar público tais documentos e permitir a fiscalização por parte de todos, inclusive dos empregados contratados.

O § 4° incumbe ao Ministério do Trabalho dispor sobre as variáveis a serem consideradas para o cálculo das médias previstas no § 1° deste artigo, bem como a metodologia de cálculo.

Art. 5° - As empresas que a partir da data de publicação desta lei, aumentarem seu quadro de pessoal em relação à média mensal do número de empregados no período de referência mencionado no artigo anterior terão preferência na obtenção de recursos no âmbito dos programas executados pelos estabelecimentos federais de crédito, especialmente junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES.

12. Das vantagens perante Instituições de Crédito Federais

No artigo 5° encontra-se a preferência para obtenção de recursos junto aos estabelecimentos federais de crédito, especialmente o BNDES, para as empresas que adotarem este tipo de contrato. Com isto visava o Governo um estímulo ao número de contratação de trabalhadores. Isto porém pode gerar situações em que as empresas para obtenção de financiamentos e empréstimos junto as citadas entidades, promova contratações, e tão logo obtenha os referidos, venha a demitir os contratados, já que pode prever no acordo ou convenção, diminuta multa, já que não é alcançado pelos artigos 479 e 480 da CLT.

Art. 6° - O artigo 59 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT passa a vigorar com a seguinte redação:

Art.59.....

.....

.....

§ 2° - Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de convenção ou acordo coletivo, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de 120 dias, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas , nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.

§ 3° - Na hipótese de rescisão do contrato de trabalho sem que tenha havido a compensação integral da jornada extraordinária, na forma do parágrafo anterior, fará o trabalhador jus ao pagamento das horas extras não compensadas, calculadas sobre o valor da remuneração na data da rescisão.

13. Banco de Horas

Em seu artigo 6° a lei 9601 de 21/01/98 dá nova redação ao artigo 59 da CLT em seu § 2°, modificando-o no que diz respeito a compensação das horas extraordinárias, que no texto anterior deveria ser compensada em outro dia na mesma semana, e agora passa a poder ser compensada no período máximo de 120 dias. O §3° do mesmo artigo determina que na hipótese de rescisão do contrato, sem que tenha havido a devida compensação, deverão estas horas serem pagas calculadas sobre o valor da remuneração na data da rescisão. Deste modo, este artigo institui o denominado banco de horas, que já constava de vários acordos em cláusulas específicas. Há ainda a obrigatoriedade da participação de Sindicato, Federação, Confederação, sem a qual não poderá ser estabelecido nenhum regime de compensação de jornada, isto por força do artigo 7°, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988.

Art. 7° - O descumprimento, pelo empregador, do disposto nos artigos 3° e 4° desta lei sujeita-o a multa de 500 UFIR's, por trabalhador contratado nos moldes do artigo 1°, que se constituirá receita adicional do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, de que trata a lei 7998, de 11 de janeiro de 1990.

Art. 8° - O Poder Executivo regulamentará esta lei no prazo de trinta dias, contado a partir da data de sua publicação.

Art. 9° - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 10° - Revogam-se as disposições em contrário.

14. Das multas

O artigo 7° prevê a cobrança de 500 Ufir's à título de multa pelo descumprimento dos artigos 3° e 4° da lei, sendo revertido em favor do FAT, que é responsável pelos fundos para pagamento do Seguro Desemprego, e é cobrada por cada empregado individualmente e não por grupo de empregados.

O artigo 8° trata da regulamentação da lei que foi feita através do Decreto Executivo 2490 de 04/02/98 publicada no DOU de 05/02/98.

15. Conclusão

Com o presente trabalho pretendemos redirecionar o enfoque da discussão sobre a inconstitucionalidade da norma comentada, mostrando que esta reside no pagamento diferenciado de salário, que resulta do pagamento diferenciado da alíquota do FGTS, e não como procuram alguns autores/comentaristas provar sua

inexistência sob a alegação centrada na questão do aviso prévio e da multa de 40% sobre os depósitos do FGTS, esta discussão a nosso ver, com o único fulcro de desviar os juristas e magistrados da questão central.

16. Bibliografia

- PINTO MARTINS, Sérgio. Contrato de Trabalho por Tempo Determinado, Editora Atlas S/A, São Paulo, 1988
- DE OLIVEIRA, Aristeu. Contrato Especial por Prazo Determinado, Editora Atlas S/A, São Paulo, 1998
- ANTONIO TEIXEIRA FILHO, Manoel. Contrato Temporário de Trabalho – Comentários à Lei 9601/98, Revista LTr vol.62-02/151, São Paulo, Fevereiro de 1998
- FERRARI, Irany. Contrato de Trabalho por Tempo Determinado, Suplemento Trabalhista LTr, nº 27, p. 119, 1998
- GANDRA DA SILVA MARTINS, Ives. Regulamentação e Constitucionalidade do novo contrato a prazo, Suplemento Trabalhista LTr, nº 29, p. 123, 1998.
- LOPES SÜSSEKIND, Arnaldo. Instituições de Direito do Trabalho, vol. 1, 16ª edição, Editora LTr, São Paulo,1996.
- MASCARO NASCIMENTO, Amauri. Curso de Direito do Trabalho, 9ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1991.

A ISONOMIA TRIBUTÁRIA: O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E SEUS SIGNIFICADOS[1]

Marcos André Couto Santos (Aluno de Graduação em Direito da UFPE; ex-Pesquisador do PIBIC/CNPq; ex-Monitor de Direito Romano; ex-Monitor de Direito Constitucional; ex-Monitor de Direito Financeiro)

> "A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais na medida em que se desigualam... Tratar com desigualdade a iguais ou a desiguais com igualdade seria desigualdade flagrante e não igualdade real."
> (Ruy Barbosa, Oração aos Moços, 1949)

I - Introdução

O presente trabalho constitui um esforço para determinar em breves linhas a importância do princípio da igualdade (isonomia), seus efeitos e significados no Direito Tributário.

Para atingir este desiderato, dividir-se-á o presente trabalho nos seguintes tópicos:

A- *As receitas tributárias e a relação jurídico-tributária* - neste item, explicitamos conceitos iniciais, mostrando o relacionamento do Estado Fiscal com a População, e a necessidade na atualidade de haver princípios específicos na órbita tributária para proteger os Contribuintes do insaciável Poder de Tributar do Estado. Atesta-se que os princípios tributários formam um verdadeiro Estatuto Jurídico do Contribuinte, no qual está incluso também o princípio da igualdade (isonomia) tributária;

[1] Tese classificada em 2º lugar na Categoria Direito Tributário do 2º Congresso Brasileiro de Direito Tributário e Administrativo – 23 a 25 de abril de 1998 – Recife – Promoção do Bureau Jurídico.

B - *Princípio da igualdade: sentido e alcance* - neste segmento, analisamos brevemente o significado da igualdade, observando os sentidos e a evolução deste princípio em seu aspecto histórico e juspositivo;

C - *A isonomia e a repercussão na órbita tributária* - neste momento da exposição, ingressaremos no estudo do princípio da igualdade e sua repercussão especificamente no Direito Tributário;

D- *Manifestações da isonomia tributária* - no último item, explicitaremos a influência do princípio da isonomia sobre alguns institutos e princípios específicos da ordem tributária.

Conclui-se, finalmente, que entender a igualdade e dar a ela efetividade plena é dever do Estado e da Sociedade, para que possamos viver num meio mais equânime com real distribuição das oportunidades e das benesses do progresso humano.

Dedico este pequeno escrito ao Dr. Fernando Cerqueira N. dos Santos, Juiz de Direito da Comarca do Recife, pela amizade e confiança a mim devotadas, meus votos de agradecimento.

II- As Receitas Tributárias e a Relação Jurídico-Tributária

O Estado existe para atender aos anseios e objetivos públicos. Assim, os governantes elegem certas prioridades e realizam investimentos, efetivando políticas sociais e inversões de capital em certos setores.

Para manter estas despesas públicas e cumprir os Planos de Governo, beneficiando e melhorando a vida da coletividade, o Estado necessita de recursos que são obtidos de diversos modos pelo ente estatal: a) realizando extorsões sobre outros povos ou deles recebendo doações voluntárias; b) recolhendo rendas produzidas pelos bens e empresas do próprio Estado; c) exigindo coativamente tributos ou penalidades; d) tomando empréstimos; e) fabricando dinheiro metálico ou de papel. (BALEEIRO, 1973:115)

Na atualidade, a principal fonte de receitas do Estado está na cobrança de tributos. Através de seu poder soberano, o Estado retira de particulares (pessoas físicas e jurídicas) parte de suas riquezas, privando a população de certo capital com o objetivo de financiar a máquina burocrática e seus projetos.

Estabelece-se, assim, uma relação entre o Particular e o Estado que tem como objeto a prestação compulsória de uma certa quantia de dinheiro ou bens para atender aos objetivos e fins estatais plasmados nas Constituições.

Nos primeiros tempos, a cobrança de tributos era realizada de forma arbitrária. Os senhores feudais, a Igreja, os monarcas simplesmente chegavam nos povoados e confiscavam toda a qualidade de bens em nome da Religião ou da Segurança Militar que ofereciam.

Os povos, ao longo da história, se revoltavam com a voracidade e extorsão do Estado Fiscal, clamando por tributos menos onerosos e cobrados em tempo certo. Tal ideário foi vitorioso na Inglaterra com a Carta de 1215, imposta pelo Parlamento ao Rei João Sem Terra. Neste momento, estabelece-se que o Monarca só poderia cobrar tributos quando tivesse a autorização prévia do Parlamento Inglês.

Posteriormente, com a Revolução Francesa, ratificou-se o entendimento de que os tributos deveriam ser cobrados pelos governantes mediante autorização legal específica do Legislativo. Os tributos seriam também comedidos para não desestimular a atividade econômica.

Com o surgimento do Liberalismo, começam a ser valorizados certos princípios como o da separação dos poderes, o do respeito aos direitos fundamentais elencados nas Cartas Constitucionais.

Em relação ao Poder de Tributar, este passa a sofrer limitações, devendo se ater a regras e preceitos específicos previstos nas Constituições. Aparece, contemporaneamente, Títulos Específicos nas Cartas Magnas que versam sobre os limites do poder de tributação do Estado e que estabelecem até mesmo uma divisão de competências tributárias, deferindo poderes de cobrança de tributos a somente certos entes políticos.

Hoje, pode-se mesmo afirmar que a relação Particular - Estado Fiscal não tem, ao menos no plano normativo (dever ser), mais a nota do abuso de poder ou do confisco de bens outrora vigente. Ao contrário, o poder estatal de lançar e arrecadar tributos está bastante disciplinado e delimitado através de normas e princípios específicos, visando a proteger o contribuinte, e tornando clara e segura a relação jurídico-tributária.

Comenta-se que uma tendência nas Constituições contemporâneas, como a brasileira, é estabelecer um verdadeiro estatuto de proteção ao contribuinte, contendo os seguintes princípios tributários básicos:

1-) *Princípio da Legalidade* - um tributo só pode ser cobrado se estiverem previstos em lei seus elementos constitutivos básicos (art. 150, I CF/88));

2-) *Princípio da Anterioridade* - um tributo só pode ser cobrado no exercício financeiro seguinte à data da publicação da lei que o instituiu (art. 150, III, b, CF/88);

3-) *Princípio da Isonomia/Igualdade* - um tributo deve ser cobrado de forma igual para todas as pessoas que incorram no seu fato gerador, sem distinções ou preferências (art. 150, II, CF/88);

4-) *Princípio da Irretroatividade* - a lei tributária não pode retroagir para gerar mais ônus ao sujeito passivo do tributo (art. 150, III, a, CF/88);

5-) *Princípio da capacidade contributiva, pessoalidade dos tributos* - cada pessoa deve pagar os tributos conforme sua capacidade econômica e suas possibilidades financeiras (art. 145, parágrafo 1°, CF/88);

6-) *Princípio do não-confisco* - os tributos não podem ser cobrados com efeito confiscatório, visando a cercear a atividade econômica e a subsistência das pessoas (art. 150, IV, CF/88);

7-) *Princípio da divisão de competências tributárias* - um ente estatal só pode cobrar um imposto, quando este for deferido como de sua competência na Constituição (art. 153, art. 154, art. 155, art. 156, CF/88).

Assim, para que a relação jurídico-tributária se constitua válida e legal, sendo o cidadão obrigado a pagar o tributo, devem ser obedecidos todos os princípios acima delimitados tanto na elaboração da norma instituidora do tributo pelo Legislador, quanto da aplicação da norma com o lançamento e cobrança do tributo pela Administração.

Em síntese, a relação jurídico-tributária e o poder de tributar do Estado na atualidade estão cercados de garantias para o cidadão, a fim de evitar abusos, preservando o direito de propriedade privada e de intimidade que são valores maiores presentes nas Constituições Democráticas. A doutrina contemporânea considera os princípios, que limitam o poder de tributar, como um verdadeiro *Estatuto de Defesa dos Direitos do Contribuinte*, que tem neles sua segurança e paz no convívio com o Fisco.

III- O Princípio da Igualdade: sentido e alcance

Dentro do Estatuto Jurídico do Contribuinte, está presente o princípio da isonomia/igualdade tributária. Este princípio da igualdade que informa o Direito Tributário, garantindo os direitos ao contribuinte e influenciando a relação jurídico-tributária é que nos interessa mais de perto.

Entretanto, devido à importância do tema, começaremos por analisar o princípio da igualdade em geral para depois partir para o estudo tópico da isonomia no âmbito tributário.

A idéia de igualdade indica, volta e meia uma realidade ou esperança, uma verdade natural ou um programa revolucionário, ou, ainda, um problema de justiça social, sendo, no plano jurídico-político, significativa e permanentemente discutida, indicando ora um ideal a ser concretizado, ora um dos alicerces dos ordenamentos jurídicos ocidentais, consubstanciado na aplicação permanente da "regra de justiça", que determina o tratamento igual (igual pelo igual, diverso pelo diverso).

O princípio da igualdade pode ser enfocado sob dois pontos de vista: a igualdade formal e a igualdade material.

A igualdade em sentido formal é a igualdade perante a lei, ou seja, todos os seres humanos são iguais perante a lei, não podendo haver discriminações sem justificativas dentro da lei a respeito de pessoas, classes ou critérios. É uma igualdade normativa.

Já a igualdade em sentido material deve ser entendida como o tratamento uniforme a ser dado a todos os homens e sua equiparação no que se refere à concessão de oportunidades. Seria uma igualdade de todos perante os bens da vida para que possam se desenvolver igualitariamente.

Com o advento da Revolução Burguesa, a Igualdade de todos apareceu, então, referida como igualdade absoluta, sem reservas, trazendo implícita a idéia de um tratamento pela lei em termos absolutos, independentemente do conteúdo desse tratamento, pois, ainda que se reconheçam as desigualdades existentes entre os homens, considerava-se serem as mesmas irrelevantes no âmbito do tratamento jurídico.

O princípio da igualdade aparece, assim, sem qualquer graduação, traduzido em mero princípio de prevalência da lei, isto é, em um dado puramente formal, o lema liberal era: *A igualização de todos numa classe única, a dos cidadãos, é o objetivo que se pretende atingir através da generalidade da lei, que deste modo se apresenta como exigência última do princípio da igualdade.* Desta forma, o critério que iguala os homens é o momento de aplicação da lei, que vale para todos indistintamente e é aplicada uniformemente. Ser considerado igual significa apenas ser destinatário da aplicação genérica de uma norma determinada.

Subjaz a esta concepção a convicção na época de que só a generalidade da lei permitiria a extinção dos privilégios. Isto não quer dizer que outros critérios de discriminação de tratamento não fossem mantidos pelo legislador, tais como as posses e o sexo, de que a proibição do voto dos trabalhadores e das mulheres, no caso de participação na vida do Estado, é um exemplo. "Todos", neste caso, eram nobres, burgueses proprietários e pequeno burgueses e jamais proletários, que eram vendidos como mercadoria, ou mulheres, equiparadas às crianças e, portanto, "menores" civis.

A igualdade formal está presente neste momento histórico, significando apenas a igualdade diante da lei e dentro da lei, sem se importar muito com o conteúdo da mesma. Uma igualdade estrita dentro da legislação. O legislador, assim, restava livre para qualificar o que era igual ou desigual, ocorrendo a cristalização de desigualdades flagrantes e substanciais entre os homens. A observância da devida igualdade dirigia-se apenas ao aplicador da lei - juiz ou a Administração - que estavam proibidos de estabelecer distinções onde a lei não as estabelecia.

Até este momento, "a noção do princípio isonômico tinha matriz individualista, sem maior cunho social, alheio a questões como a distribuição da

riqueza, redução das péssimas condições de vida da população, ou de qualquer outro componente da igualdade material." (BARROSO, 1986:67)

Depois, com a crise do capitalismo e do liberalismo, percebeu-se que o princípio da igualdade não poderia ser restrito a uma igualdade abstrata e formal previsto dentro de uma lei genérica. A igualdade teria uma dimensão mais ampla, devendo ser entendida na conferência de oportunidades iguais a todos por meio de políticas sociais e econômicas promovida pelos governos, tratando desigualmente os desiguais para que pudessem se igualar.

A igualdade, então, passou a ser pensada em termos de igualdade de *chances* ou de *oportunidades*, ou, ainda, de pontos de partida, com o objetivo de colocar todos os membros da sociedade em condições iguais de competição pelos bens da vida considerados essenciais, muitas vezes sendo necessário favorecer uns em detrimento de outros. Introduzem-se, assim, artificialmente, ou imperativamente, discriminações que de outro modo não existiriam: "uma desigualdade torna-se um instrumento de igualdade pelo simples motivo de que corrige uma desigualdade anterior: a nova igualdade é o resultado da equiparação de duas desigualdades". (TABORDA, mime.) Isto aconteceu ao se deferir direitos aos mais fracos e certas discriminações positivas para corrigir distorções sociais.

Com relação ao alcance e extensão do princípio da igualdade, entende Francisco Campos que o princípio deve ser interpretado com a maior amplitude possível: "O princípio não tem, portanto, como foco de incidência um ponto preciso e definido. Ele se difunde por todo o tecido das relações humanas que possam constituir objeto de regulamentação jurídica ou sejam suscetíveis de configurar-se em conteúdo de um ato ou de um comando da autoridade pública. Não é princípio adstrito a um aspecto ou forma de organização social; é um postulado de ordem geral, destinado a reger as Constituições liberais e democráticas." (CAMPOS,1956:16)

Em sendo a igualdade material um dos preceitos vetores do ordenamento jurídico, esta influenciará não apenas o juiz, o governante na aplicação da lei, mas também o legislador, vinculando-o na elaboração das demais normas jurídicas que deverão tentar corrigir as desigualdades existentes na sociedade.

Lúcia Valle Figueiredo chega a afirmar que " o princípio da igualdade, consagrado na Constituição, tem por destinatário imediato o Poder Legislativo, e por, via de conseqüência, em sua aplicação, os Poderes Judiciário e Executivo, na criação de normas individuais." (FIGUEIREDO, 1979:127). Luís Roberto Barroso concorda com esta amplitude de aplicação do princípio da igualdade, lecionando: " ser hoje em dia pacífico que o princípio magno da igualdade se dirige a todos os Poderes do Estado: deve informar a criação do direito positivo, assim como a sua aplicação, de ofício ou contenciosamente." (BARROSO, 1986:67)

É interessante ressaltar que com o coroamento da igualdade em sentido material: a igualdade acaba por ser realizada mediante um tratamento desigual das pessoas na medida em que as mesmas se desigualam, visando a reduzir as iniqüidades sociais.

Na atualidade, o grande problema na análise do princípio da igualdade é saber como e de que forma podemos criar discriminações positivas, visando a tratar de maneira desigual as pessoas, entes e fatos realmente distintos, coroando a igualdade em sentido material ???

A resposta vem, em parte, com o excelente estudo de Celso Antonio Bandeira de Mello (cf. MELLO, 1973) estabelecedor de critérios que servem de orientação para perceber-se os limites jurídicos e lógicos das discriminações dispostas em lei. Estes critérios são:

a) a discriminação não pode atingir de modo atual e absoluto um só indivíduo;

b) as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito devem ser intrinsecamente distintas entre si, sendo vedado à lei discriminar quanto a qualquer elemento exterior a elas;

c) existir um nexo lógico entre o fator de discriminação e a própria discriminação de regime jurídico em função deles estabelecida;

d) em concreto, o vínculo de correlação seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, visando o bem público à luz do texto constitucional.

Assim, a lei pode conferir direitos aos trabalhadores, pode conferir isenções a certas sociedades filantrópicas, pode até mesmo determinar tempos de serviços distintos a homens e mulheres para fins de aposentadoria, pois estará a norma simplesmente cumprindo o princípio da igualdade ao tratar desigualmente os desiguais na proporção em que se tornam distintos. Respeitar as diferenças de cada um e superar dificuldades dentro da lei, acaba por criar preceitos que igualam oportunidades e realizam o ideário da Justiça.

Acredito que a igualdade em sentido meramente formal perante a lei ou na lei teve seu momento histórico evidenciado, entretanto a evolução do princípio isonômico aponta para a criação de normas que reduzam progressiva e continuamente as desigualdades socais, assegurando uma partilha mais equânime dos frutos do progresso humano.

IV- A Isonomia e sua repercussão órbita tributária

Boa parte da doutrina visualiza a isonomia tributária em seu sentido estrito, formal e etimológico, significando *isos* (igual) *nómos* (lei). Ou seja, a isonomia significa simplesmente igualdade perante a lei. Esta isonomia seria uma igualdade

normativa, ditada por normas de conteúdo hipotético e genérico. Não é uma verdadeira igualdade de fato.

Entretanto, alguns estudiosos de escol como Hugo de Brito Machado, lastreados nesta posição, entendem que a isonomia tributária tem um caráter eminentemente formalista: " todos são iguais perante a lei, nada mais significa que as normas jurídicas devem ter caráter hipotético." A isonomia tributária para o autor, possuindo apenas um aspecto formal e estático, sofrerá lesão " quando a norma não é dotada de generalidade e não tem caráter hipotético." (MACHADO, 1994:54)

Seguindo este posicionamento formalista, entende Souto Maior Borges que "legalidade e isonomia tributárias devem ser descritas e explicitadas como um só princípio: todos são iguais diante da lei tributária. A legalidade é a morada da isonomia (...) Legalidade tributária e isonomia são o mesmo." (BORGES, 1996:264-265)

Penso que na órbita tributária o princípio da isonomia - igualdade tem grande repercussão não apenas neste aspecto formal de estrita vinculação à lei. Há aqui também reverberação das idéias expostas quanto à dimensão material da igualdade.

No aspecto material, a isonomia significa igualdade de oportunidades, de realização de objetivos e diminuição das diferenças reais existentes. É uma isonomia mais pragmática e realista.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz, a igualdade na Constituição e Ordenamentos Jurídicos Modernos tem dois usos fundamentais: um uso de bloqueio e um uso de finalidade/legitimante. " O uso de bloqueio na interpretação afirma a igualdade e daí decorrendo uma série de vedações: não se pode fazer isto; não se pode fazer aquilo; é vedado discriminar aqui...O outro .sentido, que é o sentido legitimante e que olha para o futuro, que exige do Estado, mas sobretudo da sociedade, um movimento na direção de uma menor diferenciação, na direção de senão uma igualitarização, mas pelo menos de uma equalização de oportunidades, de menos diferenças sociais. Tendo o conteúdo de um exigir que se realize, exigir que se faça, exigir que se atinja certas finalidades." (FERRAZ, 1991: 205-206)

O uso de bloqueio da igualdade seria o tradicional, aquele vinculado mais ao Legislador e ao aplicador da lei para não discriminar, não diferenciar situações, e evitar discriminações. Adquire, assim, um sentido eminentemente negativo. Na órbita tributária brasileira, teríamos o uso de bloqueio por exemplo: a) na vedação expressa de criar distinções entre contribuintes - Art. 150, II, CF/88; b) na vedação à instituição de tributo que não seja uniforme em todo o território nacional - art. 151, I, CF/88; c) na vedação de estabelecer diferenças tributárias entre os bens advindos de outros entes federativos - Art. 152, *caput*, CF/88.

O uso da finalidade/legitimidade para tratar desigualmente os desiguais, objetivando redistribuir riquezas e assumir as diferenças reais e excludentes, exige atitudes positivas. Aparece na órbita tributária de forma pujante, como por exemplo: a-) a pessoalidade dos tributos e a capacidade contributiva - art. 145, parágrafo 1°; c-) a progressividade e seletividade em certos tributos como IR e IPI - art. 156, parágrafo 1° e art. 153, parágrafo 3°, I, CF/88.

V- Manifestações da Isonomia Tributária

A isonomia tributária deve ser respeitada pelo Legislador que cria o tributo, pelo Governante que a aplica e pelo Judiciário que a interpreta nos casos litigiosos. Esta isonomia ou igualdade tem repercussões importantes e justifica muitos princípios e institutos do Direito Tributário. Citamos estas influências e repercussões apenas topicamente:

Pessoalidade. Os tributos sempre que possível, terão caráter pessoal - art. 145, parágrafo 1°, 1 parte. O caráter pessoal dos tributos, previsto na Constituição, significa que a pessoa tributada tenha o imposto incidente com respeito às suas características pessoais. Ou seja, o *quantum* do tributo cobrado deve ser condizente com as condições sociais e atividades econômicas do contribuinte. Esta individualização do tributo é que está em conformidade com a isonomia.

Capacidade Contributiva. A Capacidade Contributiva é a possibilidade econômica de pagar tributos. Podemos dividi-la em subjetiva e objetiva (cf. CAMPOS, 1992):

Subjetiva ou relativa diz-se quando estão consideradas as pessoas, é a chamada capacidade econômica real, desta forma o sujeito é individualizado na medida das possibilidades econômicas. Neste plano está a concretude da capacidade contributiva, aparecendo o sujeito de direito apto para absorver a carga tributária.

Objetiva ou absoluta diz-se quando leva em consideração "manifestações objetivas da pessoa", numa manifestação de riqueza, nessa forma, o legislador aponta os eventos que demonstrem aptidão para concorrer às despesas públicas, sendo tributadas.

Atesta-se mesmo que o princípio da Isonomia Tributária não tem condição de ser operacionalizado sem a ajuda do Princípio da Capacidade Contributiva, quando observa-se a capacidade de contribuir das pessoas físicas e até jurídicas, esta capacidade subordina o legislador e atribui ao Judiciário o dever de controlar a sua efetivação, enquanto poder de controle da constitucionalidade das leis e da legalidade dos atos administrativos.

Por ser do homem a capacidade de contribuir, a sua medição é pessoal. A idéia de capacidade contributiva, o seu conteúdo, serve de parâmetro para

analisarmos o maior ou menor teor de injustiça fiscal existente nos sistemas tributários.

O Princípio da Capacidade Contributiva aliado aos Princípios da Igualdade e da Generalidade podem atuar para controlar o Legislativo e o Judiciário com referência à tributação pervertida ou das perversões da extrafiscalidade. Concretiza-se aqui também a isonomia na órbita tributária, cobrando tributos em conformidade com a capacidade econômica e social de cada sujeito de direito.

Imunidade e Isenção. A Constituição, assim, proíbe que certos fatos, pessoas e objetos sejam objeto de tributação por impostos. As imunidades, por fatores extra-fiscais, atendem à orientação do Poder Constituinte ao não tributar certas situações em função de valores sociais, econômicos, culturais. É o caso, por exemplo, das associações assistencialistas, os partidos políticos, os livros que no Brasil são imunes à incidência de impostos para utilização em seus fins específicos.

Na isenção, o poder tributante, que tem a faculdade de impor, expressamente abre mão de determinada receita fiscal. A isenção só pode ser deferida mediante lei específica, também em respeito à igualdade e à capacidade contributiva. Só devem ser deferidas isenções, se as mesmas trouxerem benefícios para o Estado e para a comunidade.

Em suma, imunidade e isenção se justificam sob a necessidade do Estado Fiscal dar tratamento diferenciado a certos setores, atividades e pessoas que tem uma importância social fundamental para a sociedade, numa clara aplicação da isonomia em sentido material.

Trazemos à colação, para finalizar, dois princípios tributários que efetivam a isonomia, fazendo incidir os impostos de forma proporcional às verdadeiras manifestações de riqueza dentro da Sociedade, quais sejam:

Progressividade. Quanto maior a base de cálculo do imposto, maiores serão as alíquotas. O objetivo é satisfazer o princípio axiológico da capacidade contributiva das pessoas físicas e jurídicas. Aplica-se aos impostos diretos sobre a renda ganha e sobre patrimônios.

Exemplos de impostos progressivos no Brasil o IPTU - art. 156, parágrafo 1°, e o IR art. 153, parágrafo 2°, I, CF/88.

Seletividade. Trata-se de princípio técnico comum aos impostos diretos incidentes no mercado. Assim, quanto maior a importância social do bem ou serviço consumido, ou a consumir, menores são as alíquotas.

"Se a progressividade remete-se ao sujeito, ao contribuinte de direito, sendo, portanto, subjetiva, a seletividade remete-se ao objeto, ao bem ou serviço que será consumido, sendo , portanto, objetiva. O alvo consiste em privilegiar com alíquotas baixas os bens e serviços essenciais postos ao consumo tributável dos contribuintes de fato (os consumidores em geral enquanto categoria). Tributa-se

mais o perfume e menos o remédio. Só faz sentido, consequentemente, nos impostos indiretos sobre o consumo das coletividades." (COELHO, 1994:22-23).

Exemplos de impostos seletivos no Brasil: o ICMS - art. 155, parágrafo 2º, III, o IPI - art. 153, parágrafo I, CF/88.

VI- Conclusão

A efetiva compreensão do sentido do princípio da igualdade - isonomia tributária é essencial para a garantia dos direitos fundamentais do indivíduo na relação jurídico-tributária entre Estado - Contribuinte.

Quando se quebra a igualdade, criando instrumentos de discriminação, gera-se na sociedade um sentimento odioso de perturbação da própria segurança jurídica e da paz social.

Não existe, para índole humana, maior desrespeito do que tratar como idênticas situações dessemelhantes. É necessário que não apenas as diferenciações odiosas sejam expurgadas dos ordenamentos jurídicos, mas que principalmente a sociedade e o Poder Público saibam atuar em conjunto para dar oportunidades idênticas às pessoas, independente de raça, cor, credo, sexo.

Reafirmamos que a isonomia tributária não pode ser restrita à vedação legal e constitucional para estipular discriminações infundadas, mas deve ser compreendida numa feição dinâmica ao prever na lei tributária diferenciações positivas que atinjam e redistribuam riquezas, evitando incidir sobre pessoas sem posses ou poder econômico.

Espera-se que no âmbito tributário, o aprofundamento de certos princípios e institutos como o da pessoalidade dos impostos, da capacidade contributiva, da progressividade e seletividade dos tributos levarão o Fisco a atingir as pessoas de maiores posses em respeito à isonomia tributária.

A valorização dos tributos pessoais e diretos, como o incidente sobre grandes fortunas (art. 153, VII, CF/88), são também uma necessidade urgente para o nosso país. Apresenta-se essencial tanto para a ampliação das receitas tributárias do Estado, como principalmente pelo efeito psicológico que um tributo deste porte produz, rumo a uma maior equalização entre os diversos segmentos sociais.

Concluímos este trabalho atestando que o respeito e a valorização do princípio da igualdade deve ocorrer não apenas num aspecto estático, mas dentro de uma dinamicidade e vivacidade, que permita ao Estado e à Sociedade, em conjunto, amadurecerem valores e objetivos, lutando e trabalhando positivamente para acabar com as iniqüidades reinantes, construindo uma vida mais digna e humana para todos sem discriminações perversas ou sentimentos mesquinhos.

VII- Bibliografia Referencial

- ATALIBA, Geraldo (coordenador). ***Sistema Tributário na Constituição de 1988*** in Revista de Direito Tributário, nº 47, 1988.
- BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. Rio de Janeiro: Forense, 3º edição, 1974.
- BALLEIRO, Aliomar. **Uma introdução à Ciência das Finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 9º edição, 1973.
- BARROSO, Luís Roberto. ***Igualdade perante a lei*** *in* Revista de Direito Público, ano: 19, nº 78, abr-jun, 1986, pp. 65-77.
- BORGES, José Souto Maior. ***Legalidade e isonomia tributárias: a questão da sua demarcação*** *in* Revista da Escola Superior da Magistratura do estado de Pernambuco, ano: I, nº 1, 1996, pp. 262-271.
- CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**, vol. 2, São Paulo: Freitas Bastos, 1956.
- CAMPOS, Hélio Ourem. **Efetividade constitucional: capacidade contributiva. Uma especial manifestação do princípio da isonomia**, 1992, mimeógrafo.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. ***Princípios constitucionais tributários e reforma fiscal - revisão constitucional*** *in* Ciência Jurídica, ano: 8, nº 57, maio-jun, 1994, pp. 23-29.
- FERRAZ, Tércio Sampaio. ***Princípio da Igualdade no Sistema Tributário*** *in* Revista de Direito Tributário, ano: 15, nº 58, out-dez, 1991, pp. 204-208
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. ***Direitos e garantias individuais: o princípio da isonomia*** *in* Revista de Direito Público, ano: 10, nº 49-50, jan-jun, 1979, pp. 121-132.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 3º edição, 1994.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Isonomia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- TABORDA, Maren Guimarães. **O Princípio da Igualdade em Perspectiva História: conteúdo, alcance e direções**, 1996, mimeógrafo.

AS FONTES FORMAIS TRIBUTÁRIAS E SUAS ESPECIALIDADES À LUZ DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

Bruna Valença Diletieri Lemos (Aluna da Graduação em Direito da UFPE; Monitora de Direito Financeiro II).

1 – Introdução

Inicialmente convém delimitar o significado da palavra fonte. Primeiramente pode-se definir fonte como origem, nascente de um rio ou o local de onde provém algo. Contudo, há uma posição bastante interessante, a de Walter Barbosa Corrêa, que considera fonte como causa.

Para esse tributarista fonte não poderia ser entendida como: origem, porque assim, ter-se-ia que remontar ao Direito Romano, pois este sim seria a origem do Direito; nem, muito menos, como lugar de onde surge algo, porque nesse sentido, a idéia primeira que aparece é a das Casas Legislativas, por serem os órgãos competentes para elaborarem as leis. Desta forma, para melhor compreender o significado que comumente a palavra fonte é utilizada, deve-se entendê-la como causa.

Explicitando melhor a idéia de fonte como causa, toma-se a opinião, elaborada, desde a antigüidade, por Aristóteles, que as causas são de quatro tipos: materiais, p.ex., o mármore utilizado para fazer uma estátua; formais, a figura produzida pelo escultor; finais, o fim almejado pelo artista, ou seja, a obra de arte; e eficientes, a ferramenta utilizada para produzir a estátua, p.ex., o buril[1].

Transplantando esta idéia aristotélica para o campo jurídico, teremos como fonte a causa material e a eficiente.

---

[1] CORRÊA, Walter Barbosa, Fontes do Direito Tributário, *in*, MARTINS, Ives Gandra da Silva, Curso de Direito Tributário, São Paulo: Ed. Saraiva, 1982, p. 39.

Como fontes de existência de uma norma jurídica têm-se as fontes materiais (causa material), que são fatos sociais, existentes no cotidiano, ou seja, fatos tributários, que, por si sós, nada representam para o Direito Tributário, p. ex., a circulação de mercadorias, patrimônio, renda, transmissão, morte, consumo, etc.. Essas causas materiais, para começarem a produzir efeitos jurídicos, precisam adquirir uma forma, e a partir desse momento, são fatos jurídicos, ou seja, fatos geradores dos tributos.

Nesse diapasão, percebe-se que a causa material precisa de uma forma para ingressar no ordenamento jurídico, forma esta que é o segundo tipo de fonte do Direito Tributário, ou seja, fonte formal (causa eficiente).

Por ser considerada a fonte mais importante, esta segunda categoria é que será analisada neste trabalho, pois é exatamente através dela que o direito se expressa, afirma-se.

Há uma grande celeuma, em torno do que se pode considerar como fonte formal do Direito. Parte da doutrina considera apenas como fonte formal do direito a lei; outra (a majoritária) entende que é a lei e o costume; já uma terceira inclui também a jurisprudência e os princípios gerais do direito; e por fim, há uma corrente que complementa as fontes com a equidade e a doutrina.

No campo do Direito Tributário não é diferente, todavia foge da meta deste trabalho retomar tal discussão.

Desta forma, têm-se como fonte por excelência, devido ao princípio da legalidade (considerado como um dos princípios basilares deste ramo do Direito), a lei tributária; não podendo esquecer também do costume, que segundo o próprio CTN, integra a legislação tributária.

Após este breve intróito do que vem a significar a expressão fonte do direito, faz-se mister classificar as fontes formais do Direito Tributário.

A expressão FONTE FORMAL DO DIREITO TRIBUTÁRIO também pode ser compreendida como LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, de acordo com o CTN, que assim enumera causas eficientes deste ramo do direito.

Pode-se dividir as fontes formais do Direito Tributário em três categorias: **fontes fundamentais** - a Constituição Federal de 1988, a Constituição Tributária, as Emendas à CF/88; **fontes primárias ou principais** - Leis Complementares à CF/88, Leis Ordinárias, Leis Delegadas, Decreto Legislativo, Resoluções, Tratados e Convenções Internacionais, Medida Provisória, Convênio do ICMS; **fontes secundárias ou normas complementares** - Decreto do Executivo, Regulamentos, Instruções Ministeriais, Portarias, Atos Administrativos, Sentenças Normativas Administrativas, Pareceres Normativos, Costumes e Convênios.

2. Fontes Fundamentais

2.1-Constituição Federal

É interessante esmiuçar cada uma dessas fontes formais, começando pela Carta Magna. Nesta se localiza toda a base do Direito Tributário, ou seja, encontra-se: os princípios norteadores deste ramo, tais como o princípio da hierarquia entre as normas, da legalidade, da anualidade, da isonomia, da irretroatividade, da uniformidade de tributação, da liberdade de trânsito; as limitações ao poder de tributar e as suas vedações, p. ex., é proibido utilizar tributos para efeito de confisco, como não é possível instituir impostos sobre bens, serviços, patrimônios das pessoas jurídicas públicas internas, nem sobre os templos de qualquer culto, etc.; também, as outras espécies de fontes formais, com seus processos legislativos e suas áreas de competência (art. 59 ss.).

2.2- Constituição Tributária

A Constituição Tributária, encontra-se no Capitulo I - Sistema Tributário Nacional, do Título VI da própria CF/88, enumera as espécies tributárias; os impostos pertencentes a cada uma das pessoas jurídicas públicas internas; a competência para legislar sobre matéria tributária; e por fim, as repartições das receitas tributárias.

2.3- Emenda à Constituição

Como última norma constitucional de fonte fundamental, têm-se a Emenda à CF/88. É, contudo, interessante salientar, que o Sistema Tributário Nacional não poderá ser inteiramente emendado, porque possui cláusulas pétreas, como se percebe com a vedação constante no art.60 § 4º da CF/88.

Assim, como a forma federativa não poderá ser abolida, o princípio tributário da imunidade, principalmente a imunidade recíproca, não poderá ser objeto de deliberação; é vedado também, emendar com o fim de atingir direitos e garantias individuais, sendo pois imodificável o direito à propriedade, que possui uma ligação estreita com o Direito Tributário, por serem os tributos a forma mais eloqüente de se atingir a propriedade.

Percebe-se, então, que é possível emendar à Carta Magna, todavia sem desrespeitar as cláusulas pétreas, sem ultrapassar certos limites já definidos. É, terminantemente, vedado, mudar o sistema tributário a tal ponto que atinja o equilíbrio da federação, ou que venha a abolir o direito à propriedade.

3. Fontes Principais

3.1- Lei Complementar

Passando para as fontes primárias, tem-se inicialmente a Lei Complementar, possuidora de algumas peculiaridades, que se apresenta sobre duas formas: as leis complementares nacionais e as federais.

Uma maneira, para diferenciar estas duas espécies de Lei Complementar, não seria analisar o âmbito territorial de validade delas, nem o órgão competente para legislá-las, mas verificar o destinatário primeiro da norma, a quem obriga imediatamente.

Por a competência, em ambos os casos, pertencer da União Federal, o órgão legiferante é o próprio Congresso Nacional e a área territorial de validade é todo o território nacional. A diferença reside, basicamente, na questão da lei complementar nacional ser uma *lex legum*, possuir como destinatário inicial o legislador, seja federal, estadual, municipal, ou até distrital, e só secundariamente, por ser um direito subjetivo, é que vem atingir e obrigar o contribuinte e o administrador; e da lei complementar federal se destinar em primeiro lugar aos cidadãos, atingindo-os imediatamente.

Passada a fase de diferenciação entre a lei complementar nacional e a federal, uma outra situação interessante surge. É exatamente o caso de uma lei complementar federal contrariar uma nacional, qual deverá prevalecer?

Para a maioria da doutrina, a lei complementar nacional prevalece sobre a federal, pois há uma hierarquia entre elas. Contudo, Souto Maior Borges, traz uma posição bastante interessante, não há que se falar em hierarquia, mas sim em campos de atuação próprios, ou seja, cada norma jurídica possui a sua competência já devidamente delimitada. Desta maneira, quando uma lei complementar federal regular uma matéria de lei nacional, o que ocorrerá é uma invasão de competência e não uma quebra de hierarquia.

A lei complementar tem seu campo de atuação já delimitado, pré-definido, não podendo versar sobre infinitas matérias, pois estas já estão devidamente previstas na Constituição.

A lei complementar tributária nacional só disporá sobre as matérias previstas no art. 146 da CF/88. Desta forma, tratará de conflito de competência entre os poderes tributantes (art. 146, inc. I), que alguns doutrinadores afirmam ser inócuo esse dispositivo, porque a própria CF/88 desce a minúcias tal, sobre as competências de cada esfera de poder, que não deixa espaço para um conflito ocorrer, sem que seja, inicialmente, considerado, como inconstitucional, sendo, pois, já vedado pela própria Carta Magna. Contudo, como não há expressão inócua na Lei Maior, faz-se necessária uma regulamentação através de lei complementar sobre esses conflitos, o que pode ser constatado agora com a Guerra Fiscal entre os Estados-membros.

Caberá ainda a este instrumento jurídico, regular as limitações constitucionais ao poder tributante (art.146, inc. II), sendo considerado pelos

positivistas, também, como um sem sentido, pois estes consideram que o Poder de tributar não admite regulamentação e suas limitações já estão previstas no texto constitucional.

Por fim, compete à lei complementar nacional tributária estabelecer normas gerais em matéria tributária (art. 146,inc. III), ou seja, determinar os contornos das categorias básicas de tributação, normas gerais sobre o fato gerador, base de cálculo, o elemento quantificativo da obrigação tributária, prescrição, decadência. Difícil porém, delimitar o que vem a ser norma geral, porque esta expressão chega a ser um tautologismo, já que toda norma jurídica possui como característica a generalidade.

Diante do exposto, cabe à lei complementar nacional tratar de todas essas matérias, que já estão reguladas pela Lei n.º 5172/66, o Código Tributário Nacional, que foi recepcionado pela Emenda de 69 e agora também pela CF/88, na parte que com ela se harmoniza (ficou revogado parcialmente o primeiro Livro, por se tratar do Sistema Tributário Nacional e recepcionou integralmente o Segundo Livro - Normas Gerais de Direito Tributário).

O CTN, embora tenha sido votado e aprovado como lei ordinária, foi erigido, até ser elaborada uma nova lei complementar que venha a substituí-lo, a nível de lei complementar nacional. Fica claro que é uma lei sobre leis, tem como destinatário imediato o legislador ordinário federal, ou estadual, ou municipal, ou distrital; e além do mais, dispõe sobre normas gerais, de acordo com o art. 146, inc. III da CF/88, em seu art. 97.

Passando agora para a questão da lei complementar federal, exemplifica-se com: a competência da União para instituir empréstimos compulsórios (art. 148 da CF/88); a competência residual, desse mesmo Poder tributante, para instituir impostos não previstos na texto constitucional (art. 154, inc. I); e ainda a competência do mesmo, para instituir outras fontes de seguridade social (art. 195,§ 4º).

Neste último exemplo supra, encontra-se uma posição bastante coerente, a lei complementar pode ser também estadual, municipal, ou distrital, dependendo do Poder que venha a criar tal contribuição social, observando também para isso, o permissivo constitucional disposto no art. 149, parágrafo único.

3.2- Lei Ordinária

A fonte tributária, por excelência, é a Lei Ordinária, por ser o veiculador da imposição tributária. Estabelece o tributo trazendo a descrição do fato gerador, os critérios para o reconhecimento da hipótese de incidência no plano fático, tornando possível com isso, a subsunção do fato à norma; e ainda, determina as obrigações tributárias acessórias.

À lei ordinária é dado o poder de instituir tributo, e isto, em linguagem técnica, significa *"que criar um tributo corresponde a enunciar os critérios da hipótese - material, espacial e temporal - sobre os critérios da conseqüência - subjetivo (sujeitos ativo e passivo da relação) e quantitativo (base de cálculo e alíquota)."*[2]

Esta fonte do direito tributário pode ser editada tanto pela União, como pelos Estados, Municípios ou Distrito Federal, e aqui não há de se falar em hierarquia entre estas leis, pois todas as esferas de poder estão num mesmo patamar hierárquico, tendo, porém, campos de competências próprios, já devidamente definidos.

3.3- Lei Delegada

A questão das Leis Delegadas é interessante, porque não há, expressamente, nenhuma vedação à normas tributárias serem veiculadas por este tipo de instrumento normativo. Contudo, o art. 68 da CF/88 traz as matérias, que não podem ser objeto de lei delegada.

Desta maneira, atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa do Senado Federal (p. ex. não poderá haver delegação para estabelecer as alíquotas máximas do impostos de transmissão *causa mortis* e de doação, nem as alíquotas aplicáveis às operações e prestações interestaduais e de exportação), e as matérias reservadas à lei complementar (exemplificando: empréstimos compulsórios, competência residual da União, a exclusão de semi-elaborados nas operações com o exterior da incidência do ICMS, fixação de alíquotas máximas do ISS, como também a exclusão de alguns serviços para o exterior de sua incidência) não podem ser objeto de delegação, vedando-se, então, a elaboração de leis pelo Presidente da República.

A lei delegada só pode ser elaborada dentro dos termos de exercício e com o conteúdo especificado na Resolução do Senado. Não é uma fonte importante[3], por ter um campo restrito para o seu emprego e além do mais não é interessante, para quem tem o instrumento da medida provisória nas mãos, requerer delegação de poder, pois, praticamente não há restrições para a medida provisória, devido à forma que vem sendo utilizada. Por isso talvez, até hoje em dia, nenhuma norma tributária tenha sido criada através de lei delegada.

3.4- Decreto Legislativo

Decreto Legislativo é o veículo que expressa as competências exclusivas do Congresso Nacional. É fonte do Direito Tributário, por ser através dele, que os

---

[2] CARVALHO, Paulo de Barros, Curso de Direito Tributário, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 45.

[3] Há uma corrente doutrinária que nem sequer admite a lei delegada como fonte tributária, uma vez que há o princípio da indelegabilidade da competência tributária.

tratados e convenções internacionais passam a viger internamente no país, passando a obrigar os contribuintes e os Tribunais em suas aplicações.

Finalizando, há uma outra espécie de decreto legislativo importante para o campo da tributação, é o decreto das Assembléias Legislativas estaduais, que aprovam os convênios realizados entre os Estados-membros, transformando-os em norma jurídicas capazes de obrigar os contribuintes.

3.5- Tratados e Convenções Internacionais

Quando o CTN elegeu os tratados e convenções internacionais como fonte do Direito Tributário em seu art. 96, ocorreu em uma certa imprecisão, porque estes só poderão ser aplicados internamente, caso venham a ser apreciados pelo Congresso Nacional e aprovados via Decreto Legislativo. Tecnicamente, a fonte tributária correta é o Decreto e não os tratados e convenções internacionais.

Além do mais, o CTN coloca os tratados e convenções internacionais numa posição bastante interessante, ao dispor, em seu art. 98, que eles prevalecem sobre a legislação interna vigente e serão observados pelas que sobrevierem.

Alguns doutrinadores afirmam que este dispositivo do CTN vem ferir o princípio da legalidade, já que normas tributárias acabariam sendo veiculadas por instrumentos que não são leis. Contudo, este argumento foi rebatido, por não ser esse atos internacionais que prevalecem sobre a legislação interna, mas sim os decretos legislativos que os aprovam, e a partir desse momento adquirem a característica de lei.

Outra questão interessante sobre os tratados e convenções internacionais é a situação deles diante de uma nova ordem constitucional que vai de encontro aos seus preceitos. Assim tecnicamente o correto, é o país denunciar tal ato internacional, mas caso isto não ocorra, o tratado ou a convenção internacional perderá sua vigência, pois ao ser aprovado pelo Congresso Nacional, veicula-se via decreto legislativo, adquirindo força de lei ordinária. Desta maneira, por a norma constitucional se encontrar num grau hierarquicamente superior ao do respectivo ato internacional, este perderá sua eficácia, sem chegar a ser denunciado.[4]

3.6- As Resoluções do Congresso Nacional e do Senado Federal

As Resoluções são fontes tributárias que podem ser da competência tanto do Congresso Nacional, quanto do Senado Federal. O campo das Resoluções do Senado Federal é maior em relação ao direito tributário, porque cabe-lhes: fixar alíquotas máximas do imposto de transmissão *causa mortis* e doação (art. 155 § 1º , inc. IV); estabelecer as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação (art. 155 § 2º, inc. IV); facultativamente, estipular as alíquotas

[4] RE n.º 109.173-8 de 27/02/87

mínimas nas operações internas, como também fixar as máximas nas operações para resolver conflito, que envolva interesse do Estado (art. 155 § 2º , inc, V, a, b).

Já a Resolução do Congresso Nacional possui a competência, em matéria tributária, restrita. É através desse instituto jurídico, que o Presidente da República recebe a autorização para elaborar a lei delegada e como, já foi dito anteriormente, esta lei não vem sendo utilizada na esfera tributária, assim a importância da Resolução do Congresso como fonte fica bastante reduzida.

Atualmente, no Estado de Pernambuco, o Poder Judiciário vem se deparando com um grande número de lides, versando sobre a constitucionalidade da aplicação da alíquota de 8% do imposto de transmissão *causa mortis* e de doação, pois afirmam que a alíquota a ser utilizada deve ser a de 4%.

A Lei Estadual n.º 10.260/89, em seu art. 8º, *caput* [5], delega para a Resolução do Senado (a Resolução nº9 de 1992 alterou a alíquota máxima de 4% para 8%, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1993) a determinação da alíquota vigente para o ICD.

A celeuma ocorre, porque se alega que esta seria uma norma tributária em branco, violadora dos princípios da segurança jurídica, da estrita reserva legal, da tipicidade tributária, sendo pois inconstitucional.[6] Por outro lado, o Estado de PE

---

[5] "Art. 8º - A alíquota do imposto equivalerá ao limite máximo fixado em resolução do Senado Federal....." (Lei Estadual n.º 10.260/89)

[6] "EMENTA: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE TRANSMISSÃO 'CAUSA -MORTIS' - ALIQUOTA - LEI- RESOLUÇAO DO SENADO - VALOR DEVIDO -. Impossível exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça (Constituição Federal, art. 150, I). A alíquota do imposto de transmissão 'causa mortis' não pode ser adotada de forma vaga e imprecisa, equivalendo 'ao limite máximo fixado em Resolução do Senado Federal' (sic), pena de afrontar-se o princípio da estrita legalidade tributária. Agravo Improvido. Decisão unânime. ACORDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº37.614-1, da Comarca de Recife, em que é agravante O ESTADO DE PERNAMBUCO, sendo agravado ESPÓLIO DE SEBASTIÃO AVELINO DOS SANTOS ; acordam os Desembargadores que compõem a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Pernambuco, unanimemente, em negar provimento ao presente agravo, na conformidade dos votos constante das notas taquigráficas anexas, e do relatório, que integram este julgado." (grifos nossos, Ac. Un. Da 4ª C.C do TJPE, Rel. Des. Roberto Maia, j. 15/11/97, DJ n.º 86 de 13/05/98.)

Posição contrária:

"O Estado de Pernambuco está agravando do despacho do juiz da 2ª Vara de Sucessões e Registro Públicos da Comarca da Capital que fixou a alíquota de 4% (quatro por cento) para o cálculo do imposto de transmissão causa mortis nos autos do Inventário do bens deixados por Raul Joaquim Lins Pirauá. Pleiteia o efeito suspensivo para o agravo, temeroso de que, se assim não se fizer, poderá acontecer que o imposto venha a ser pago com base naquela alíquota e, se provido o recurso, tornar-se-á difícil senão impossível a recuperação do saldo, se aplicada a alíquota de 8% (oito por cento). Realmente, é provável que assim aconteça. E como não me parece à primeira vista, ilegal a alíquota de 8% - se o for, necessariamente também o será a de 4% - concedo o efeito suspensivo pleiteado para o recurso, o que deverá ser de imediato comunicado ao juiz. Requisitem-se deste as informações que

discorda, afirmando que tal norma em branco é constitucional, pois a remessa se faz com base num dispositivo legal expresso, determinando qual é a norma a que se delega, assim esta norma complexa possui os seus preceitos suficientemente claros.

Ademais, argumenta-se também que normas em branco existem inclusive no direito penal, não havendo motivo para a proibição no direito tributário, contudo não se pode olvidar que o princípio da tipicidade neste é mais rigoroso do que naquele.

A Resolução n.º 9/92 vem completar o sentido e o alcance para a correta aplicação do dispositivo da Lei Estadual n.º 10.260/89, a competência do Senado Federal, para definir "in genere" a alíquota máxima do ICD, passa ser agora "in concreto", realizando uma "economia processual legislativa", no dizer dos defensores da constitucionalidade desta lei estadual. Ao delegar a competência da fixação da alíquota do ICD para o Congresso Nacional, a Lei nº 10.260/89 vai de encontro ao princípio da indelegabilidade da competência tributária, previsto implicitamente na Carta Magna.

Um outro argumento interessante, utilizado na defesa do caso em tela, é que a vinculação da alíquota máxima do ICD se dá, não apenas no caso desta fixar um valor superior ao anterior, mas também na hipótese de instituir uma alíquota mais baixa. Exemplificando, se a Resolução do Senado houvesse elevado a alíquota máxima para 16%, a alíquota do ICD seria de 16%, ou caso contrário, se tivesse alterado a sua alíquota máxima para 0%, consequentemente, a alíquota do ICD no Estado de PE seria também de 0%.

3.7- Convênios de ICMS

Os Convênios de ICMS passaram a ser considerados fontes do direito tributário, por estabelecerem regras de tributação, inaugurando a ordem tributária. São elaborados pelo Poder Executivo dos Estados-membros numa espécie de cooperação, sendo muitas vezes contrários à normas estaduais, todavia, tal como os tratados e convenções internacionais, para adquirirem a sua legalidade, precisam ser ratificados pelas Casas Legislativas, no caso em análise, pelas Assembléias Legislativas de cada Estado participante do Convênio celebrado.

Muitas vezes os Convênios não são apreciados pelo poder Legislativo e começam a ser aplicados, sobrepondo-se às leis tributárias num flagrante ato de inconstitucionalidade. Mesmo nessas situações, por não serem constitucionais, a verdadeira fonte tributária é o Decreto Legislativo que aprova o Convênio e não este em si mesmo.

---

tiver e intime-se o agravado para que responda, querendo. (grifo nosso, Desp. Da 5ª CC do TJPE, Rel. Des. Luiz Belém de Alencar, j. em 23/04/98, DJ n.º 86 de 13/05/98).

3.8- Medida Provisória

Esta última fonte primária tributária, neste trabalho a ser explanada, é bastante controvertida a sua aceitação como tal. Para a maioria dos doutrinadores, a Medida Provisória não é capaz de introduzir normas tributárias, inovando o ordenamento jurídico.

Esse posicionamento se pauta nos princípios basilares do Direito Tributário, o da legalidade e o da anterioridade, ou seja, é vedado ao poder tributante instituir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça - lei compreendida aqui no seu *stricto sensu* (art. 150, inc. I da CF/88); como também cobrar tributos no mesmo exercício financeiro da publicação da lei que os criou ou majorou (art. 150, inc. I da CF/88).

Desta forma, a medida provisória não é considerada lei em sentido estrito (esta é apenas lei ordinária), mas sim em sentido lato. Além do mais, o seu prazo de eficácia fica restrito a 30 dias se não for convertida, durante esse período, em lei pelo Congresso Nacional (não devendo se admitir a reedição de medida-provisória, embora o STF já tenha se manifestado em sentido contrário), ferindo assim ambos os princípios *supra* referidos.

Contudo, uma posição minoritária vem aceitando a Medida Provisória como fonte do Direito Tributário, tendo inclusive o STF, se posicionado neste mesmo sentido. Como pode se observar no julgado retro:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. NOVA REDAÇÃO DADA AO PARÁGRAFO 2º DO ART. 21 DA LEI N.º 8.692/93, PELA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 1.520/93. ALEGA 236, §2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
>
> Contrariamente ao sustentado na inicial, não cabe ao Poder Judiciário aquilatar a presença, ou não, dos critérios de relevância e urgência exigidos pela Constituição para a edição de medida provisória (cf. ADINs 162,526,1.397 e 1417).
>
> De outra parte, já se acha assentado no STF o entendimento de ser legítima a disciplina de matéria de natureza tributária por meio de medida provisória, instrumento a que a Constituição confere força de lei (cf. ADIMC n.º 1.417).
>
> Ausência de plausibilidade na tese de inconstitucionalidade da norma sob enfoque. Medida cautelar indeferida." - grifos nossos- (ADIMC-1667,por maioria, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Limar Galeão, j. 25/09/97, publ. DJ de 21/11/97).

Ademais, para se admitir a instituição ou majoração de tributos através de medida provisória, faz-se mister entendê-la um pouco. Tal instituto jurídico é editado pelo Presidente da República em casos de relevância e urgência, devendo imediatamente ser submetido a apreciação pelo Congresso Nacional, podendo ser convertido em lei no prazo de trinta dias; ou não ser aprovado, perdendo sua eficácia e as relações jurídicas dele decorrentes passam a ser reguladas pelo Congresso (art. 62 da CF/88).

Destarte, não é possível aceitar a reedição de medidas provisórias, porque claramente a Carta Magna coloca como requisitos a relevância e urgência, exigindo-se a simultaneidade de ambos, para que haja possibilidade jurídica para sua edição. Mesmo sendo essas expressões de alto cunho axiológico, e inicialmente submetidas à discricionariedade do Presidente da República, urgência deve ser compreendida como imediatidade, assim, no caso em tela, não se encontrará mais presente o critério da urgência, consequentemente impossível a edição de Medida Provisória, mesmo que o requisito relevância esteja caracterizado.

Outro fator interessante é saber em qual espécie normativa se converte a Medida Provisória ao ser aprovada a sua matéria pelo Congresso Nacional. Numa visão simplista, alguns doutrinadores se posicionam no sentido de que se converterá no instituto jurídico competente para disciplinar a matéria tratada via Medida Provisória, caso tratasse de tema veiculado através de lei complementar, converter-se-ia em lei complementar, se fosse de matéria de lei ordinária, nesse veículo se converteria.

A posição mais coerente, analisando a CF/88 ao dispor do Processo Legislativo dos vários instrumentos jurídicos presentes no seu art. 59, é a que a medida provisória só poderá ser convertida, devido ao quorum e à possibilidade de iniciativa pelo Poder Executivo, em lei ordinária e assim só poderá dispor sobre matérias da competência de tal instituto normativo.

Após essa breve explanação sobre a figura da Medida Provisória, deve-se analisar quais espécies de tributos poderão ser, por ela, instituídos ou majorados.

Alguns tributos não se submetem ao princípio da anterioridade (derrubando a argumentação da corrente, que não admite a Medida Provisória, como fonte do Direito Tributário, por ferir este princípio) são eles: o imposto de importação; o de exportação; o de produtos industrializados; o de operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativos a títulos ou valores mobiliários; o empréstimo compulsório para despesas extraordinárias decorrente de calamidade pública, de guerra externa ou na sua iminência; impostos de guerra; e contribuição social.

Embora haja posição que admita a Medida Provisória instituindo ou majorando todos esses tributos que fogem da aplicação do princípio da anterioridade, não se é capaz de vislumbrar em alguns a sua possibilidade, porque é

preciso analisar os requisitos de urgência e relevância, conjuntamente com a possibilidade de Medida Provisória tratar de algumas matérias.

Nesse diapasão, é possível Medida Provisória majorando alíquotas dos impostos de importação, de exportação, IPI e IOF, quando estão presentes os requisitos de urgência e relevância, porque o próprio texto constitucional, art. 153 §1°, permite que o Poder Executivo (não só o Presidente da República) altere suas alíquotas até mesmo através de Decreto, ou de atos menores, não havendo empecilho para que um instrumento mais forte, como a Medida Provisória, venha majorá-los.

No caso de imposto de guerra, disposto no art. 154, inc. II, da CF/88, não há nenhum impedimento legal para que Medida Provisória venha instituir tal tributo, já que é um dos impostos rebeldes ao princípio da anterioridade, existe a compatibilidade com o requisito da urgência e com o da relevância, e também vem a ser matéria de competência de lei ordinária, enquadrando-se perfeitamente, na hipótese de Medida Provisória instituí-los.

Todavia não é possível, embora Sacha Calmon Navarro Coelho e outros admitam, a instituição de empréstimos compulsório através de Medida Provisória, porque mesmo sendo tributo que não se submete ao princípio da anterioridade, só pode ser veiculado por lei complementar, como se observar no disposto pelo art. 148,inc.I da CF/88 e como foi dito anteriormente, a medida provisória não pode ser convertida neste instituto e sim em lei ordinária. Se outro fosse o raciocínio, dar-se-ia margem para que o Poder Executivo pudesse driblar a vedação constitucional expressa no art. 68 § 1° da Carta Magna, ou seja, se matéria da competência de lei complementar não pode ser objeto de delegação para o Presidente da República, quanto mais ser possível que ele trate desse assunto via Medida Provisória.

Outro tributo que foge ao princípio da anterioridade são as contribuições sociais, como se depreende do preceito contido no art. 195 § 6° da Lei Maior, todavia o prazo para que entrem em vigor é de noventa dias. Diante de tal fato, não há possibilidade de instituição ou majoração das contribuições por meio de medida- provisória, pois esta tem 30 dias no máximo como prazo de validade (ao não se admitir a reedição) e o interstício nonagesimal começa da data da publicação da lei de conversão.

Contudo, a jurisprudência não se encontra pacífica diante do caso em tela[7]. Para os que aceitam Medida Provisória majorando as contribuições sociais,

---

[7] "EMENTA: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIA. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTAS. LEI N.° 7787/89. MEDIDA PROVISÓRIA. COMPETÊNCIA PARA MAJORAR TRIBUTOS.

I- A lei n.° 7787/89 não foi resultado da conversão da MP n.° 63/89, pois o Congresso Nacional

enumeradas nos incisos I a III do art. 195 da CF/88, computa-se o prazo de 90 (noventa) dias, incluindo a data da publicação desse instituto jurídico, porque afirmam que possuem a sua vigência convalidada desde a sua edição. Chega-se até a encontrar decisões, que mesmo tendo sido alterado o texto da Medida Provisória, ao ser convertida em lei, conta-se o interregno nonagesimal a partir da data da vigência da Medida provisória[8].

A Medida Provisória também não é veículo hábil para instituir outras contribuições sociais, pois, para criar novas fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, só a lei complementar possui competência (art. 195, § 4º). A medida provisória, nesta situação, fere o princípio da estrita legalidade tributária, já que a lei de conversão é considerada lei ordinária e não complementar, como se depreende do exposto supra.

4. Normas Complementares

---

procedeu a profundas alterações configurando-se, na verdade, disciplinação jurídica absolutamente diferente daquela veiculada pela Medida Provisória.

II- O prazo de noventa dias para início da vigência da alíquota majorada conta-se da data da publicação da Lei nº7787/89.

III- A Medida Provisória não atende ao princípio constitucional da estrita legalidade tributária, não se constituindo, destarte, em espécie normativa hábil a instituir ou majorar tributos.

IV- Recursos, voluntário e de ofício, improvidos. (Ac. Un., 2ª Turma do TRF da 3ª Região, Rel. Juiz Arice Amaral, publ. DJ. De 03/08/94)."

Em sentido contrário:

"EMENTA: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. MEDIDA PROVISÓRIA, MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. ARTIGO 21 DA LEI N.º 7787/89. TERMO INICIAL. ARTIGO 195, PARÁGRAFO 6, CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A Medida Provisória, que se apresenta com 'força de lei', gera efeitos desde a data da sua publicação pelo prazo de 30 (trinta) dias, até que seja convertida em lei ou rejeita pelo poder legislativo.
2. O prazo previsto no artigo 195, parágrafo 6, da Constituição Federal, quanto a majoração de alíquota contida na Lei n º 7787/89, conta-se da publicação da medida provisória respectiva, até porque o seu conteúdo foi aprovado, na íntegra, com edição da referida lei. (Ac. por maioria, Pleno do TRF da 4ª Região, Rel. Juiz Ronaldo Ponzi, j. 01/02/94, publ. No DJ de 16/03/94)"

[8] "EMENTA: TRIBUTÁRIO -MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - LEI N.º 7787/89

I- Apesar da Medida Provisória n.º 63/89 ter sofrido emendas supressivas e substitutivas, ao se converter na Lei n.º 7787/89, o prazo constitucional de 90 dias, para sua implementação e conta a partir da data da Medida Provisória, pois não houve alteração substancial do texto básico.

II- Recurso e remessa necessária providos. (Ac. Un., 1ª Turma do TRF da 2ª Região, Rel. Juíza Tânia Heine, j. de 13/03/91, publ. no DJ de 16/05/91)"

Essas fontes secundárias atingiram uma posição bastante interessante quando o CTN dispõe, no parágrafo único, do art. 100, que os contribuintes, ao contrariarem as fontes primárias, pautando suas condutas em tais normas complementares, ficarão exclusos da imposição de penalidades, da cobrança de juros de mora e da atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

Em suma, caso alguma dessas fontes complementares sejam ilegais, podendo ser objeto de desconstituição pelo Poder Judiciário, e alguns contribuintes venham a agir se baseando em tais normas, não sofrerão qualquer tipo de penalidade.

4.1-Decreto do Executivo

O Decreto do Executivo é tido pelo CTN (art. 96) como um fonte principal, todavia a maioria dos doutrinadores os colocam como fonte secundária.

O saudoso Fábio Fanucchi tenta explicar esta posição adotada pelo Código Tributário, mostrando que a competência para os expedir é do Chefe do Poder Executivo e este encontra-se numa posição hierarquicamente superior aos dos competentes para editar as normas contidas no art. 100.

Esse tributarista também explicita que os efeitos de um Decreto do Executivo ilegal divergem dos efeitos previstos, no parágrafo único, do art. 100 do CTN, por isso, a sua inclusão dentro das fontes principais pelo legislador. Desta maneira, diante de um Decreto contrário à lei, elucidando uma situação mais benéfica, o contribuinte que pautar sua conduta nesse instituto jurídico, ficará dispensado, por não ser cobrado o fato gerador, de pagar o próprio tributo em si e não só as penalidades, juros moratórios, correção monetária[9]

Mesmo após essa explanação, o Decreto do Executivo deve ser considerado como fonte secundária, já que não poderá ir de encontro à lei, pois visa apenas regulamentá-la, não podendo inaugurar o ordenamento jurídico, ou seja, não pode ampliar e nem reduzir o conteúdo da lei.[10] Encontrando-se num patamar hierarquicamente inferior as outras fontes primárias, subordinando-se a estas.

---

[9] Com o advento da novel Carta Magna, esta posição de Fábio Fanucchi perdeu um pouco sua razão de ser , pois o princípio da legalidade tributária está muito restrito, ou seja, um tributo só poderá ser dispensado através de lei própria e não por via de decreto do executivo.

[10] Vittorio Cassone admite que o decreto possa inaugurar o campo jurídico estabelecendo algumas obrigações acessórias: "...Contudo, as secundárias são mencionadas como fonte porque são elas que asseguram a executoriedade das fontes principais e possuem ainda um reduzido campo institucional, como, por exemplo, no estabelecimento de obrigações acessórias, quando estas são previstas apenas genericamente pela lei, deixando uma parte institucional para o regulamento." - grifo nosso – (CASSONE, Vitorio. Direito Tributário: fundamentos constitucionais, análise dos impostos, incentivos à exportação, doutrina, prática e jurisprudência. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 33.)

4.2- As normas complementares elencadas nos incisos do art. 100 do CTN

Como atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas têm-se: as instruções ministeriais, normas expedidas pelos Ministros de Estado, visando regulamentar as leis, decretos e regulamentos; as portarias, veiculam preceitos gerais e especiais administrativos, editadas pelo superior para serem observadas pelos subalternos; as circulares, contém normas jurídicas infralegais, contudo tem um caráter mais delimitado que as instruções ministeriais; ordens de serviço, tratam de normas jurídicas específicas para determinar a forma da prestação do serviço público.

Outras formas de normas complementares são as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, as que à lei atribui eficácia normativa, p.ex. os pareceres normativos da Fazenda Federal e os julgados dos tribunais administrativos. Essas fontes trazem a interpretação da lei tributária, realizando o seu controle de legalidade e, por fim, vinculando à interpretação dos funcionários que a aplicam.

Como outra fonte, têm-se o costume ou as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas. Aqui são as condutas adotadas pelos contribuintes, num determinado espaço de tempo e lugar, de uma forma contínua e uniforme, determinando a forma de agir, em relação à fiscalização e à cobrança de tributos, dos agentes fiscais.

E por último, têm-se os convênios celebrados pela União, Estados, Distrito Federal e Município entre si. Esses institutos normativos, considerados como fontes complementares, são os que apenas adotam uma política fiscal de cooperação, tal como: troca de informações, fiscalizações conjuntas, unificação de serviços de arrecadação; excluindo-se, em suma, os convênios que inauguram a ordem jurídica, p. ex. os Convênios de ICMS.

Esses institutos jurídicos, ao disporem da prática administrativa dos órgãos tributários, também precisam ser aprovados por decreto-legislativo, contudo os contribuintes que pautarem suas condutas nas disposições dos Convênios (mesmo antes de serem ratificados pelas Casas Legislativas), ficarão isentos de penalidades, juros de mora e correção monetária.

Concluindo, todas essas fontes complementares do art. 100 do CTN produzem o mesmo efeito para os contribuintes que agem de acordo com elas. O tributo devido legalmente, porém não pago, será recolhido, todavia sem incidir sobre o seu valor, qualquer acréscimo decorrente de: penalidades impostas para contribuintes inadimplentes, juros moratórios e atualização monetária.

5. Conclusão

Ao se juridicizar determinado acontecimento do mundo fático, faz-se mister analisar os meios veiculadores das normas jurídicas, integrantes de determinado ramo do Direito, com o contexto que vão ser inseridas. Desta maneira, as normas tributárias precisam se adequar aos princípios norteadores do Direito Tributário.

Da tentativa de se compatibilizar os princípios basilares do Sistema Tributário Nacional - tais como o da legalidade, da tipicidade, da anterioridade, do federalismo, da igualdade, da indelegabilidade da competência tributária, etc. – com as fontes formais tributárias é que emergem as grandes controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais.

Ao se majorar alguns dos elementos quantificativos do tributo, e/ou ao se criar uma nova espécie de tributo, os contribuintes ficam em estado de insatisfação latente, porque o tributo é o meio mais eloqüente de se atingir o direito à propriedade. Ademais, os Governantes, numa busca incessante a fim de arrecadar dinheiro para os cofres públicos, na maioria das vezes, ferem direitos dos cidadãos garantidos constitucionalmente, gerando um conflito de interesses de conteúdo, sobretudo, político.

Diante de tais situações, deve-se buscar uma equalização dos direitos individuais e dos princípios tributários constitucionalmente previstos com as normas jurídicas veiculadas através de determinadas fontes tributárias, porque o Direito Tributário se expressa através delas, bem como os direitos dos contribuintes são, também por elas, garantidos.

5. Bibliografia

- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário.* São Paulo: Saraiva, 1963.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 4ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional.* 3ª Edição. Coimbra: Almeida, 1989.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário.* 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CASSONE, Vittorio. *Direito Tributário: fundamentos constitucionais, análise dos impostos, incentivos à exportação, doutrina, prática e jurisprudência.* 9ª Edição. São Paulo: Atlas, 1996.
- FANUCCHI, Fábio. *Curso de Direito Tributário Brasileiro.* Volume I. São Paulo: Resenha Tributária, 1971.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário.* 13ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Curso de Direito Tributário.* São Paulo: Saraiva, 1982.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 8ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA – LEGISLAÇÃO NACIONAL – RECEITAS PARA OS MUNICÍPIOS DE PEQUENO PORTE

Luiz Henrique Diniz Araujo (Aluno do 7° Período da Graduação em Direito da UFPE)

Sumário: I – Considerações Iniciais; II – Da Competência Municipal para instituir e arrecadar ISSQN; III – Do Fato Gerador do ISSQN; IV – Da Essência da questão em foco – Local em que se considera ocorrido o Fato Gerador do Imposto sobre Serviços e Município Competente para arrecadar; V – Conclusão; VI – Bibliografia.

I - Considerações Iniciais

1. O objeto do presente trabalho é demonstrar a positivação, pela legislação nacional do ISSQN – Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, de instrumentos jurídicos que promovem o alargamento da competência dos municípios de menor porte para arrecadação de receitas provenientes do ISSQN.

2. A legislação nacional sobre o ISSQN, notadamente o Decreto-lei n°. 406/68, utilizando-se de ficções jurídicas, laborou favoravelmente aos municípios de pequeno porte, ao lhes conferir larga competência para arrecadação de receitas provenientes do imposto. Tal concepção se revestiu de grande importância, principalmente a partir da promulgação da CF/88, que positivou a amplificação das competências da municipalidade, com a conseqüente necessidade de maiores gastos pelos municípios, inclusive os de pequeno porte[1].

3. Tentaremos demonstrar, ainda, por via de conseqüência, que as "ondas" centralizadoras das receitas provenientes do ISSQN nos cofres dos grandes municípios decorrem de distorcida interpretação da legislação nacional do imposto, conduzindo, assim, a inúmeras contendas entre os municípios.

II - DA Competência Municipal para instituir e arrecadar o ISSQN

4. No Direito Tributário é conceito fundamental a competência tributária, que expressa a competência de determinada pessoa jurídica de direito público para instituir certo tributo e praticar atos pertinentes à correlata arrecadação.

---

[1] Cf. PAIVA DE ALMEIDA, Domingos Augusto. Aspectos Jurídico-Constitucionais da Crise Fiscal dos Municípios. In Estudantes – Caderno Acadêmico. n°. 3. jan-jun. 1998, pp.78-94.

A competência tributária é elemento constitutivo da organização fundamental do Estado e, portanto, fixada pela Constituição da República. Desse modo, a Constituição delimita o poder de tributar, assegurando, assim, garantias aos contribuintes contra eventuais arbitrariedades do fisco e divide esse poder entre as pessoas jurídicas de direito público, assim considerados a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A respeito da competência tributária relativa ao ISSQN, a Constituição da República dispõe, em seu art. 156, III:

"Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

.....

III- serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar."

A Constituição da República fixa, pois, a competência do Município para, por manifestação de seu Poder Legislativo, instituir o imposto sobre serviços de qualquer natureza, bem como praticar atos pertinentes à sua arrecadação.

III – Do Fato Gerador do ISSQN

5. Conforme o dispositivo constitucional supratranscrito, os municípios têm competência para instituir e arrecadar o imposto sobre serviços de qualquer natureza, definidos em lei complementar. Essa lei, na verdade, é o Decreto-lei nº. 406/68, que foi recepcionado pela atual ordem jurídica com *status* de lei complementar, devido ao art. 146, da atual Constituição da República. Então, atualmente é o Decreto-lei nº. 406/68 que abriga normas gerais de Direito Tributário a respeito do ISSQN.

6. A interpretação do art. 156, da Constituição da República, explicitado pelo art. 8º., do Decreto-lei nº. 406, de 31/12/68, leva à conclusão de que o imposto em tela incide sobre a prestação de serviços de qualquer natureza por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa ao DL nº. 406, excetuados os serviços de que trata o art.155, II, da Constituição da República, ou seja, os serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, que se constituem em fato gerador do ICMS, imposto estadual.

IV. Da Essência da questão em foco – Local em que se considera ocorrido o Fato Gerador do Imposto sobre Serviços e Município Competente para arrecadar

7. A Lei nº. 5.172/66 - Código Tributário Nacional – dispõe, em seu art. 102:

"Art. 102. A legislação tributária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios vigora, no País, fora dos respectivos territórios, nos limites em que lhe reconheçam extraterritorialidade os convênios de que participem, ou do que disponham esta ou outras leis de normas gerais expedidas pela União."

Esse dispositivo fixa como exceção a subordinação de fatos geradores ocorridos fora do território de determinada entidade tributante às leis dessa entidade. Assim, a regra é que as normas jurídicas instituídas por uma pessoa jurídica de direito público só vigoram em seu próprio território. Tal princípio, entretanto, conforme se entrevê no próprio art. 102 do CTN, pode ser afastado por convênios ou por **outras leis de normas gerais expedidas pela União.**

8. Portanto, em princípio, o Município é competente para arrecadar ISS sobre os serviços prestados em seu próprio território. Mas, que critério consagrou o ordenamento brasileiro para que se considere ocorrido o fato gerador do ISS em determinado Município e não em outro? Tal questão, que parece meramente cerebrina, assume importância extremamente prática quando da ocorrência **aparente** de um mesmo fato gerador do ISSQN em territórios de mais de um município.

Dois exemplos aclararão a questão: a) determinada sociedade de médicos, com sede no município A, socorre paciente no Município B, já com atendimento na ambulância, e realiza os socorros finais no Município C, em que está localizada filial da sociedade; b) Uma oficina de automóveis inicia a prestação no município A, onde vai resgatar o automóvel danificado, e a conclui em outro, em que se situa estabelecimento seu. **Pergunta-se: onde ocorreu a prestação dos serviços acima? Em outras palavras, em que município se considera ocorrido o fato gerador do ISSQN para fins de fixação da competência para arrecadação do valor da obrigação principal, já que o serviço foi prestado em municípios diversos?**

A hipótese excepcional insculpida no art. 102, do CTN, foi adotada, em relação ao ISSQN, pelo DL nº. 406/68, que utiliza ficções jurídicas a fim de precisar o local da ocorrência do fato gerador do ISSQN, ou seja, fixar o município em que se considera prestado determinado serviço, no sentido de conferir competência para arrecadação do imposto.

9. O Decreto-Lei nº. 406/68 dispõe, em seu art. 12, alíneas "a" e "b":

"Art. 12. Considera-se local da prestação do serviço:

a) o do estabelecimento prestador ou, na falta de estabelecimento, o do domicílio do prestador;
b) no caso de construção civil, o local onde se efetuar a prestação."

O art. 12 do DL nº. 406/68 tem sido alvo de distorcidas interpretações, o que tem gerado incontáveis querelas judiciais entre os Municípios, conforme se pode constatar pelas ementas de acórdãos transcritas adiante. Pode-se afirmar, de

logo, conforme pretendemos demonstrar nas linhas abaixo, que a ficção jurídica criada pelo art. 12 do DL nº. 406/68 leva ao incremento das receitas dos municípios de pequeno porte, idéia que assumiu maior importância na concepção descentralizadora presente na CF/88.

O DL nº. 406/68 se poderia ter utilizado de vários critérios para fixação do local onde ser considerado ocorrido o fato gerador do ISSQN. Poderia ter escolhido, por exemplo, o local da sede da empresa, o do lugar em que foi firmado o contrato, o lugar onde o serviço foi concluído, o lugar onde as faturas ou notas fiscais foram emitidas, onde a receita foi auferida, onde a escrita é centralizada ...

Optou, todavia, o legislador, pela regra do estabelecimento do prestador, e, excepcionalmente, o critério do domicílio do prestador e, ainda, para o caso de serviço de construção civil, o do local da prestação do serviço.

10. As disposições do art. 12 do Decreto-lei nº. 406/68 têm sofrido interpretação distorcida, contrária à vontade da norma, levando à concentração de receitas do ISSQN nos municípios de maior porte.

O termo estabelecimento muita vez tem sido "confundido" como sede de determinada empresa, interpretação que privilegia os municípios de maior porte, posto que as sedes das empresas, ordinariamente, estão neles localizadas.

11. O conceito de estabelecimento provém do Direito Comercial. Para fins de cobrança do ISSQN, basta-nos dizer que estabelecimento não é a sede da empresa ou, até mesmo, a empresa como um todo considerada. Assim é que Rubens Requião sustenta que "organizações empresariais existem que, pela sua dimensão, atuam com diversos estabelecimentos"[2]. Desse modo, a sede se configura como um estabelecimento, e as filiais, agências, sucursais, como outros estabelecimentos distintos entre si e também diversos da sede da empresa.

Se uma empresa, sujeito passivo de relação tributária concernente a ISSQN, tem sede em certo município e presta serviços em outro, não se pode concluir que o município no qual se situa a sede do sujeito passivo da relação tributária tem competência para arrecadar o imposto; isso porque estabelecimento não é sede, conforme se já consignou.

O Direito Tributário, para fins de cobrança do ISSQN, admite a elisão do princípio da unidade econômica do sujeito passivo pessoa jurídica que tem diversos estabelecimentos. Cada um desses estabelecimentos, para efeito fiscal, deverá manter livros e documentos fiscais.

Ao se referir a estabelecimento prestador, a lei quer dizer que qualquer estabelecimento do contribuinte poderá determinar o local de incidência do ISSQN, desde que seja prestador do serviço fato gerador da obrigação principal.

---

[2] REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. Vol. I. São Paulo. Saraiva, 1981, p. 194.

Segundo preleciona Hugo de Brito Machado, estabelecimento prestador é aquele no qual se encontram os equipamentos e instrumentos necessários à prestação do serviço. Dessarte, consoante se extrai do referido art. 12, alínea "a", do Decreto-lei nº. 406/68, considera-se prestado o serviço no local onde estão os equipamentos e instrumentos necessários à prestação do serviço, e não o da sede da empresa.

"A questão está em saber o que é *estabelecimento* prestador do serviço. O equívoco está em considerar como tal o local designado formalmente pelo contribuinte. Estabelecimento na verdade é o local em que se encontram os equipamentos e instrumentos indispensáveis à prestação do serviço, o local em que se pratica a administração dessa prestação."[3]

Importante ressaltar, ainda, com Bernardo Ribeiro de Moraes, que o estabelecimento prestador não pode ser um simples armazém, mas um centro de atividades fixo em que se fixe determinado centro de decisões[4].

Conforme se pode verificar, a interpretação do termo estabelecimento prestador como sede da empresa tem causado apropriação indébita de receitas de municípios de menor porte por parte de municípios de maior porte. Isso porque as sedes das empresas, quase sempre, estão situadas nos grandes municípios. Assim, em se adotando a tese do estabelecimento prestador como a sede da empresa, uma determinada sociedade que realiza atividade de desinfecção, imunização, higienização, desratização e congêneres e tenha sede em Recife e estabelecimento filial em Catende, por exemplo, ali prestando serviços, recolherá montante decorrente da incidência do ISSQN em Recife, o que se afigura de grosseira ilegalidade diante do art. 12, alínea "a", do Decreto-lei nº. 406/68.

12. A tese em benefício dos pequenos municípios encontra respaldo no Superior Tribunal de Justiça, apesar de sob diversa fundamentação que, aliás, é pela inconstitucionalidade do DL nº. 406/68. O STJ tem decidido que é competente para a cobrança do ISS o Município onde ocorre a prestação do serviço, sendo irrelevante o local do estabelecimento prestador. Tal interpretação falha por generalizar entendimento contrário à norma, que corresponde a, indiretamente, afirmar sua inconstitucionalidade ou revogação. A questão reside, fundamentalmente, em definir o que seja estabelecimento prestador do serviço, que é, conforme já dito, o local em que se encontram os equipamentos e instrumentos indispensáveis à prestação do serviço[5].

---

[3] MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 12ª. ed. São Paulo. Malheiros, 1997, p. 293.

[4] MORAES, Bernardo Ribeiro de. Doutrina e
.0. Prática do Imposto sobre Serviços. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1984, pp. 488 e 489.

[5] Cf. Id., op. cit. Nota 3, p. 293.

Vejam-se algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça, atentando-se sempre para as partes litigantes, que são municípios em contendas por receitas derivadas de ISSQN:

"Ementa: Tributário. ISS. Município competente para exigir o tributo. CTN, art. 127, II. Decreto-Lei 406/68 (art. 12, "a"). 1. É juridicamente possível as pessoas jurídicas ou firmas individuais possuírem mais de um domicílio tributário . 2. Para o ISS, quanto ao fato gerador, considera-se o local onde se efetivar a prestação do serviço. O estabelecimento prestador pode ser a matriz, como a filial, para os efeitos tributários, competindo o do local da atividade constitutiva do fato gerador. 3. Precedentes jurisprudenciais. 4. Recurso provido."[6]

"Ementa: Tributário. ISS. Exigência pelo Município em cujo território se verificou o fato gerador. Interpretação do art. 12 do Decreto-Lei nº. 406/68. Embora a lei considere local da prestação do serviço, o do estabelecimento prestador (art. 12 do Decreto-Lei n. 406/68), ela pretende que o ISS pertença ao Município em cujo território se realizou o fato gerador. É o local da prestação do serviço que indica o Município competente para imposição do tributo (ISS), para que se não vulnere o princípio constitucional implícito que atribui àquele (Município) o poder de tributar as prestações ocorridas em seu território."[7]

"Ementa: Tributário. ISS. Sua exigência pelo Município em cujo território se verificou o fato gerador. Interpretação do art. 12 do Decreto-Lei n. 406/68. Embora a lei considere local da prestação de serviço, o do estabelecimento prestador (art. 12 do Decreto-Lei n. 406/68), ela pretende que o ISS pertença-ao Município em cujo território se realizou o fato gerador. É o local da prestação do serviço que indica o Município competente para a imposição do tributo (ISS), para que se não vulnere o princípio constitucional implícito que aquele Município o poder de tributar as prestações em seu território. A lei municipal não pode ser dotada de extraterritorialidade, de modo a irradiar efeitos sobre um fato ocorrido no território de Município onde não pode ter voga. Recurso a que se nega provimento, indiscrepantemente."[8]

13. O segundo critério utilizado pelo Decreto-lei nº. 406/68, em seu art. 12, alínea "a", segunda parte, é o do domicílio do prestador, somente utilizável quando esse não tenha estabelecimento.

14. O último critério utilizado pelo Decreto-lei nº. 406/68 é o da ocorrência do fato gerador no local onde se efetuar a prestação, mas apenas para os casos de construção civil. Tal critério é um benefício, pelos mesmos motivos do critério do estabelecimento prestador, para os municípios de pequeno porte. Poderia, caso

[6] RESP 0023371 Ano:1992 Primeira Turma DJ26/09/94-PG25602.
[7] RESP 0041867 Ano: 1993 Primeira Turma DJ25/04/94 PG09208.
[8] RESP 0054002 Ano: 1994 Primeira Turma DJ08/05/95 PG12309.

aplicado, significar importante fonte de receita para pequenos municípios em que se constroem barragens, adutoras, hidroelétricas, estações elevatórias etc.

IV - Conclusão

15. É evidente, conforme quedou demonstrado, que a interpretação que se pretende conferir ao art. 12 do DL nº. 406/68 em favor dos municípios de maior porte é violadora do Decreto-lei nº. 406/68 e de conceitos jurídicos já assentados na doutrina, tal como o de estabelecimento prestador.

16. A legislação do imposto sobre serviços de qualquer natureza assegura, de fato, receitas para os municípios menores, que delas precisam para exercitar suas atribuições constitucionais. São, portanto, ilegais, as arrecadações por municípios de grande porte de montantes devidos a título de ISSQN, a partir da manipulação do conceito de estabelecimento prestador, tornando-o sinônimo de sede da empresa.

IV - Bibliografia

- BALEEIRO, Aliomar. Uma Introdução à Ciência das Finanças. 15ª. ed. Rio de Janeiro. Forense, 1997.
- BULGARELLI, Waldirio. Sociedades Comerciais. 6ª. ed. São Paulo. Atlas, 1996.
- FALCÃO, Amílcar. Introdução ao Direito Tributário. 5ª. ed. Rio de Janeiro. Forense, 1994.
- FALCÃO, Amílcar. Fato Gerador da Obrigação Tributária. 6ª. ed. Rio de Janeiro. Forense, 1997.
- JUSTEN FILHO, Marçal. O ISS, a Constituição de 1988 e o Decreto-lei nº. 406/68. in Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, nº. 3, dez. 1995, pp. 64 – 85.
- MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 12ª. ed. São Paulo. Malheiros, 1997.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de. Doutrina e Prática do Imposto sobre Serviços. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1984.
- PAIVA DE ALMEIDA, Domingos Augusto. Aspectos Jurídico-Constitucionais da Crise Fiscal dos Municípios. in Estudantes – Caderno Acadêmico, Recife, nº. 3, jan. – jun. 1998, pp. 78-94.
- REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. Vol. I. São Paulo. Saraiva, 1981.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15ª. ed. São Paulo. Malheiros, 1998.
- TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 3ª. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 1996.

O JUS-RACIONALISMO EM COIMBRA E OS CURSOS JURÍDICOS DE OLINDA E SÃO PAULO: UM CAMINHO PARA PENSAR A MODERNIDADE NO BRASIL

Mozart Linhares da Silva (Doutorando em História do Brasil pela PUCRS. Professor de Sociologia da PUCRS e de História da América na UNISC)

Sumário: 1. Introdução; 2. O Jusnaturalismo Moderno em Portugal e as Reformas Jurídicas no século XVIII; 3. A Tradição de Coimbra e os Cursos Jurídicos no Brasil

1. Introdução

A criação dos cursos Jurídicos de Olinda[1] e São Paulo, em 1827, nos apresenta um interessante campo de discussão acerca da concepção de modernidade no Brasil. Inseridos como estão no processo de estruturação do Estado-nação brasileiro, esses cursos evocam inúmeras questões concernentes à cultura jurídica que tomou forma em nosso país, assim como chamam atenção sobre a tradição jurídica que nos serviu como base para construir nosso Estado de Direito.

Assim, pensar a cultura jurídica brasileira é também revigorar o debate acerca das relações entre tradição e modernidade no Brasil, não só enquanto categorias analíticas utilizadas pela *doxa* vulgar de nossa historiografia como, também, enquanto construção de uma idéia de especificidade da modernidade brasileira.

O rasgo maior provocado pela idéia de especificidade reside na utilização do conceito de diferença para pensar a modernidade, entendida maioritariamente por nossa historiografia como um modelo universal refratário, matemático e embasado por uma noção de progresso linear, ao gosto do evolucionismo.

Posto isso, vale lembrar que a modernidade no Brasil é entendida, por parte significativa de nossa historiografia, como um corpo estranho e mal adaptado, uma equação mal formulada. Nesse sentido, as idéias (liberalismo, Estado de Direito, etc.) estariam fora do lugar (realidade). Esse descompasso entre idéia e realidade ou dito de outra forma, entre tradição e modernidade, remete a outra questão fundamental para analisar o direito moderno brasileiro, no caso dessa comunicação, os Cursos Jurídicos da primeira metade do século XIX: o mal

[1] Transferida para Recife em 1856.

de origem que funda a civilização brasileira e a fere com a marca da continuidade negativa: a colonização portuguesa. O "problema", ou o "mal original", se apresenta de diversas formas: a continuidade da monarquia, da escravidão e da própria cultura jurídica portuguesa que embasou os cursos jurídicos subseqüentes à independência. Os cursos de Olinda e São Paulo, entre os tantos outros eventos do período inicial de nosso Estado de Direito, carregam em si, segundo a *doxa* corrente, o paradoxo tradição-modernidade. Faz-se necessário, portanto, dar atenção especial ao movimento jus-reformista do século XVIII, cuja Universidade de Coimbra é uma atuante, no intento de analisar as concepções filosóficas que marcaram a mentalidade de nossos cursos jurídicos, estratégicos na estruturação do Estado-nação brasileiro.

2. O Jusnaturalismo Moderno em Portugal e as Reformas Jurídicas no século XVIII

As reformas jurídicas que tiveram o seu momento mais alto na segunda metade do século XVIII, com a política do Marquês de Pombal, nos remete à reflexão acerca do jusnaturalismo, ou como se diz atualmente, da filosofia do direito, que norteou a mentalidade reformista da época. Cabe, nesse momento, portanto, uma pequena digressão acerca do jusnaturalismo, que caracterizou, pela via da Universidade de Coimbra, a cultura jurídica brasileira em sua primeira fase, com a criação dos cursos jurídicos de Olinda e São Paulo.

O jusnaturalismo, ou direito natural, enquanto uma cosmovisão de mundo com conteúdo a-histórico e imutável, vem atravessando a história desde a Grécia, passando pela Idade Média, onde foi incorporado pela filosofia tomista, e chegando, enquanto uma idéia revolucionária, na modernidade. Dito de outra maneira, o jusnaturalismo se adequou às mais variadas formas mentais do ocidente, podendo ser considerado um suporte vital na cultura européia. Isso porque o jusnaturalismo apresenta um caráter universalista e uma elasticidade que o permite abarcar uma diversidade de conteúdos sejam eles profanos ou sagrados.

Em se tratando da modernidade, que nos interessa, vale ressaltar as modificações que são evidenciadas na filosofia do direito natural para entendermos a profundidade das transformações operadas na Reforma Pombalina. Essas transformações não devem ser entendidas como uma ruptura com a mentalidade anterior, ao contrário, trata-se de uma releitura dessa mentalidade em novos termos e em novo tempo.

Podemos afirmar que, entre os séculos XVI e XVIII, a filosofia do direito natural estava bifurcada entre uma atitude dominante nos países protestantes e outra na Península Ibérica, braço armado e intelectual da Contra-Reforma. No primeiro caso, nomeadamente na Holanda, na Alemanha e na Inglaterra, evidencia-

se uma aceitação do monismo estóico, segundo o qual o mundo era todo da mesma natureza e os seres obedeciam ao mesmo movimento ordenado matematicamente no cosmos. Os juristas influenciados pelo estoicismo encontraram no otimismo Cartesiano o impulso que precisavam na busca de idéias regulares e estáveis que possibilitassem um conhecimento jurídico objetivo e verdadeiro.[2] Destacam-se, nesse sentido, os juristas que levaram para o direito o projeto cartesiano: Althussio, Grócio[3], Pufendorf, Wolff, entre outros. No segundo caso, Portugal e Espanha, a reação da Igreja Católica se fez com a reatualização de São Tomás de Aquino. A chamada Segunda Escolástica que se desenvolveu na Península Ibérica em decorrência da Reforma Protestante, constituiu uma revisão e atualização do pensamento de São Tomás de Aquino frente às novas questões antropológicas iminentes na época com a expansão da fé católica para o Novo Mundo. A obra Marga de São Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, passa ser adotada nas instituições de ensino.[4] Entre os teólogos que nesse período realizavam a reflexão jurídica nas instituições de ensino na Península, sobretudo em Espanha, destacam-se os jesuítas Gabriel Vazquez (1531-1604), Luis Molina (1535-1600), Mariana (1536-1623), Francisco Suárez (1548-1617) e os dominicanos Francisco Vitória (1492-1546) e Domingos de Soto (1494-1560), entre outros.[5]

Dessas duas escolas se derivam os termos jusnaturalismo e jus-racionalismo, o primeiro apontando para uma raiz tomista, recuperada pela segunda Escolástica Espanhola e o segundo para uma perspectiva racionalista da natureza, na esteira de Galileu e Descartes, sem esquecer a raiz estóica.

A análise comparativa das duas Escolas de Direito Natural aponta para um problema metodológico ao tentar impor à Escola jus-racionalista uma ruptura com a Segunda Escolástica (jusnaturalista). Alguns autores, como Wieacker, defendem que "o primeiro período dos pensadores jusnaturalistas da época moderna está ainda directamente subordinado à tradição escolástica e teológica".[6] Significa dizer que não existe uma ruptura radical entre as duas escolas e sim uma superposição.

---

[2] HESPANHA, António M. Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia. Mira-Sintra: Publicações Europa-América, 1997.

[3] Considerado o pai do Direito Internacional escreveu: De Iure Belli ac pacis (1625) e Mare Liberum, sive de iure quod Batavis Competit ad Indicana Commercia (1609), onde contestava o monopólio dos países que haviam aberto a navegação no Atlântico (*Mare Clausum*), como Portugal.

[4] Na faculdade de Teologia de Paris em 1507; em Sevilha (1508), em Alcalá (1510) e em Salamanca (1526). Ver: MARQUES, Mário Reis. Introdução ao Direito I. Figueira da Foz: Reproset, 1992, pp. 19 a 23.

[5] Ver: SERRA, António Truyo y. História da Filosofia do Direito e do Estado. Lisboa: Instituto de Novas profissões, 1990; MONCADA, Luis, Cabral de. Filosofia do Direito e do Estado. (partes I e II), Coimbra: Coimbra Editora, 1995 e MARQUES. Introdução ao Direito I. Op. cit.

[6] WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. 2ª ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 303.

De fato, Cabral de Moncada aponta que na crítica feita ao pensamento da Escolástica "confunde-se aquilo que ela prestou para o progresso das ciências do espírito, com aquilo que ela prestou para o progresso das ciências da natureza sem se atender a que os métodos e condições para o desenvolvimento dêstes dois grupos de ciências são e foram em todos os tempos diversíssimos".[7] Essa assertiva de Moncada pode ser revelada, observando-se a influência da Escolástica em pensadores racionalistas como Grócio, Pufendorf e Wolff, que, adeptos da ciência moderna, quanto ao método, não deixaram de ser influenciados em seus sistemas filosóficos, políticos e jurídicos.

É digno de nota, que a modernidade ibérica apresenta características marcantes do pensamento escolástico, mas nem por isso pode ser considerada fora do cenário moderno dos séculos XVII e XVIII. Segundo Beatriz Domingues, "a idéia de uma modernidade alternativa, ao mesmo tempo que afirma a singularidade ibérica, não deixa de considerá-la como herdeira da mesma tradição (...)".[8]

O posicionamento filosófico da Escolástica assenta-se na cosmologia aristotélica-tomista. Essa cosmologia apresenta uma visão de mundo teocêntrica ao qual o pensamento moderno vai se opor através de uma metodologia laicizando e antropológica. Vale dizer, que as proposições práticas do pensamento moderno não contrariam a base da Escolástica, como fica evidente no aproveitamento das teses de Copérnico e Galileu pelos astrônomos-teólogos da Igreja.[9] Mas quando se trata de unificar a técnica (prática) com a ciência (teoria), admitindo essa última como universal, a cosmologia da Igreja sente-se ameaçada. É nesse ponto que podemos evidenciar uma diferença significativa entre o pensamento aristotélico-tomista e moderno, e no caso de Portugal, a sobrevalorização de uma posição moderna ocorreria somente no século XVIII. Beatriz Domingues formulou a questão do paradoxo da modernidade Ibérica nesse sentido: "(...) como puderam os países mais desenvolvidos tecnicamente nos séculos XV e XVI ficar excluídos do desenvolvimento científico que foi, sem dúvida, nutrido e impulsionado pelos novos desenvolvimentos advindos da travessia do Atlântico e da descoberta do Novo Mundo?" Aponta, no sentido de responder a questão, que "no mundo pré-revolução industrial, ciência e técnica não se constituíam ainda em duas faces da mesma moeda".[10]

---

[7] MONCADA, Luis Cabral de. "Subsídios para uma História da Filosofia do Direito em Portugal". In: Boletim da Faculdade de Direito. v. XIV (1937-1938), Coimbra: Universidade de Coimbra, 1938, pp. (105-146), (257-342)., e v. XV (1938-1939), p. (25-117), p. 111.

[8] DOMINGUES, Beatriz Helena. Tradição na Modernidade e Modernidade na Tradição: A Modernidade Ibérica e a Revolução Copernicana. Rio de Janeiro: COPPE/UFRJ, 1996, p. 13.

[9] Ver sobre o assunto: *Ibid.*

[10] *Ibid.*, p. 18.

Podemos, nesse sentido, questionar sobre o significado do conhecimento objetivo, da certeza e do método utilizado pelas duas correntes de pensamento que dominavam o debate filosófico no século XVIII, na Península Ibérica. Aqui reside o limite da Escolástica Peninsular enquanto reação ao pensamento científico: o método, universal comum a todas as ciências, esbarrava no particularismo dos corpos do universo. No lugar da probabilidade aristotélica a ciência moderna impõe a certeza, no lugar da revelação, o método.[11]

Os pensadores jus-racionalistas, ao contrário do que pode-se pensar, não romperam drasticamente com a Escola Peninsular de Direito Natural. Mesmo que suas idéias viessem a dominar o panorama da cultura jurídica européia, e mesmo peninsular, foram influenciados pelo debate com essa Escola. Tem-se como referência a obra de Suárez, *De Legibus*[12], referida por Grócio e por vários outros jus-racionalistas. No terreno da ética e do Estado, a Escola Peninsular deixou marcas profundas no pensamento jus-racionalista. No que se refere ao voluntarismo que está presente em Hobbes e em outros contratualistas, assim como no Movimento de Codificação do Direito, a contribuição de Suárez foi notória. A positivação das leis humanas, da mesma forma, o próprio título da obra de Suárez aponta nessa direção, Deus aparece como o grande legislador, portanto a lei surge de um ato voluntário. A essa concepção de Suárez pode-se inferir a origem do voluntarismo legislador, dominante no constitucionalismo inglês do século XVII e na Revolução Francesa do século XVIII. Paradoxalmente, o voluntarismo como base do contratualismo justifica em Hobbes o absolutismo monárquico e em Rousseau, a vontade geral assim como em Bentham a codificação do direito.[13] Quanto a matematização e a dedução das regras jurídicas, encontramos na corrente jusnaturalista a sua iniciação. Destaca-se também a reflexão sobre o direito penal, a correção, a exemplaridade e outras questões que mais tarde seriam ampliadas por juristas como Cesare Beccaria.[14]

---

[11] No que se refere ao método, se compararmos a atitude científica com a protestante, como fez Merton, ao analisar o comportamento dos cientistas da *Royal Society* de Londres, chegaremos a paradoxal conclusão de que a atitude científica é uma atitude profundamente religiosa. Afirma Merton que "a convicção de uma lei imutável é tão pronunciada na teoria da predestinação como na investigação científica a lei imutável aí está, e tem que ser reconhecida". À idéia de incompletude humana, ao contrário da idéia de perfectibilidade humana proferida pela Igreja Católica, somou-se, no protestantismo, a de que o controle racional e ético das ações deveriam suprimir a possibilidade do erro. Assim também, "a ciência moderna considerou o coeficiente pessoal como forte potencial de êrro e criou critérios impessoais para circunscrever o êrro" [método]. Ver: MERTON, Robert K. Sociologia - Teoria e Estrutura. São Paulo: Mestre Jou, 1970, p. 641 e 683

[12] Ver: SUÁREZ, Francisco. De Legibus I, Edicion Critica Bilingue por Luciano Pereña. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Cientificas, Instituto de Francisco de Vitoria, 1971.

[13] Ver: MONCADA. Filosofia do Direito e do Estado. Op. cit., p. 128-270.

[14] Ver: VALIENTE, Francisco Tomás y. El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI,

Vale dizer, ainda, que Suárez é um teólogo, e sua filiação ao Tomismo, apesar do alargamento e dos avanços empreendidos a esse, é notável. É o caso da *lex aeterna* a que todas as outras leis derivam e encontram o seu fundamento. A *lex aeterna* encontra-se na mente de Deus e é entendida como fundamento racional primeiro que rege o universo.[15] Deste modo, portanto, sendo a *lex aeterna* o princípio organizador de todo o cosmos, o direito positivo, presente no voluntarismo de Suárez, mantém as características teleológicas do tomismo, ou seja, a positivação do direito assim como as ações do homem buscam a realização da obra do criador. Portanto, o direito natural é uma causa segunda na hierarquia da *lex* de Suárez, como da Escolástica em geral. Deus é o fundamento do Direito.

A mudança mais profunda que se apreende da Reforma Pombalina é quanto ao método científico. A partir dele, a cosmovisão de mundo sofre profundo abalo, pois unifica ciência e técnica e universaliza o procedimento utilizado para o conhecimento da natureza. Dito de outra maneira, o método moderno, ao tratar os fenômenos a partir de critérios universais, rompe com a natureza ordenada pela lei cósmica *aeterna*, rompe com a teleologia aristotélica-tomista que pensava a natureza humana a partir do fim a que ela foi destina pelo criador. "E, daí, que fosse impossível estabelecer uma ciência do direito natural que desembocasse na formulação de um *Código de regras permanentes*". Nesse sentido, para cada momento e para cada caso, o conhecimento é particular e não generalizado, pois, o pecado original tirou ao homem a capacidade de ter acesso completo às idéias reveladas por Deus, portanto nossa experiência é sempre imperfeita, o que nos impede de formular leis gerais a respeito da natureza. Nesse sentido, à pretensão de uma ciência natural, substituiu, portanto, São Tomás, a proposta de uma arte de, em cada caso, encontrar o justo.[16]

O jus-racionalismo, se apresenta, assim, como a versão antropológica do jusnaturalismo escolástico. Pensa o indivíduo-no-mundo e não o indivíduo-fora-do-mundo, para usar a expressão de Dumont.[17] Em termos jurídicos, liberta o

XVII y XVIII). Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1992. Vale consultar também o capítulo sobre o Homicídio na obra: VITORIA, Francisco. Prelecciones Teologicas. Tomo II e III., Madrid: Livraria Religiosa Hernández, 1917. Sobre Beccaria ver a sua obra *maestra:* Dos delitos e das penas. São Paulo: Hemus, s/data.

[15] São Tomás, assim como Santo Agostinho, concebe uma divisão tripartida da lei: *Lex aeterna*, *Lex naturalis* e *Lex humana*. A primeira é uma manifestação da razão divina que dirige o mundo; a segunda aponta para os atos do homem no mundo, é a participação da razão humana na *aeterna* de Deus, é a positivação da lei; a terceira fornece a base da *lex humana*, pois determina a necessidade do homem viver em sociedade. Ver: MARQUES. Introdução ao Direito I. Op. cit., pp. 15-19.

[16] HESPANHA. Op. cit., p. 144.

[17] DUMONT, Louis. O Individualismo: Uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

direito da ética e da teologia e submete-o à filosofia, portanto laiciza-se o conhecimento jurídico.

O conhecimento moderno em Portugal, antes de sua institucionalização por Pombal, já se fazia presente na primeira metade do século XVIII. Desde o reinado de D. João V, assistimos uma intensa movimentação no sentido de propagar as novas formas de pensamento. Foi fundada, na casa do Conde de Ericeira, a Academia Filosófica, onde se reuniam vários pensadores simpáticos a filosofia moderna. O Judeu-Português, Jacob de castro e Sarmento, que residiu em Londres, escreveu as obras: *Proposições para imprimir as obras filosóficas de Francisco Bacon* (1731) e *Teoria verdadeira das marés, conforme à filosofia do incomparável cavalheiro Isaac Newton* (1737).[18] Vale destacar, ainda, a obra de Antônio Verney, *O Verdadeiro Método de Estudar*.[19] Nela, o autor faz severas críticas à formação adquirida pelos estudantes nas universidades assim como no ensino médio. Verney é um propagador do método matemático como instrumento pedagógico e, no campo do direito, sua reflexão sobre o direito natural foi fundamental para a futura Reforma Pombalina.[20]

Enquanto o pensamento moderno pululava nas Academias e nas mentes mais atualizadas de Portugal, a Universidade de Coimbra, coordenada pela Companhia de Jesus insistia na sua imobilidade, ao gosto do aristotelismo. Em 1746, um edital continuava a ignorar a importância das obras de Newton, Gassendi e Descartes, divulgadas pelos autores acima citados.[21]

É, nesse sentido, que a Reforma Pombalina de 1772 representa uma notável mudança no saber em Portugal, país *hultra-escolástico* no dizer de Cabral de Moncada. Entende-se, deste modo, o teor das críticas feitas por Pombal à pedagogia jesuíta.[22] Ataca, diretamente, o método, o conhecimento por autoridade.

---

[18] TEIXEIRA, António Braz. O pensamento filosófico-jurídico português. Lisboa: Biblioteca Breve Instituto de Cultura e Língua portuguesa, 1983, p. 36. Entre os autores representativos do pensamento moderno em Portugal destacam-se ainda: Neste intento vale destacar os obras de Martinho de Mendonça de Pina e de Proença, *Apontamentos para a educação de hum menino nobre*, de 1734, de Teodoro de Almeida, *Recreação Filosófica*, de 1751, de um Jesuíta, Noel Regnault, *Origem antiga da Fysica Moderna*, de 1753, entre outros. Ver sobre o tema além de António Braz Teixeira: CARVALHO, Rômulo de. "A aceitação, em Portugal, da Filosofia Newtoniana". Coimbra: Separata da Revista da Universidade de Coimbra, V. l. XXXVI, ano 1991, pp. 445-457.

[19] VERNEY, Luís António. O Verdadeiro Método de Estudar. 3. ed., Porto: Domingos Barreiras, s/data.

[20] Concretizando o pensamento de Verney surge, em 1769, a Lei da Boa-Razão que não apenas moderniza a prática jurídica como introduz o pensamento iluminista racionalista na política portuguesa, reflexo do que estava acontecendo na Europa como um todo. A Lei da Boa-Razão formulou os princípios basilares de toda a jurisprudência, opondo-se às Ordenações, reafirmando o Direito Natural, pátrio e das Gentes. Impunha ainda, sérios limites ao Direito Romano.

[21] CARVALHO. Op. cit., p. 448.

[22] Ver: COMPÊNDIO histórico do Estado da Universidade de Coimbra no tempo da invasão dos

A Reforma, nesse viés, valoriza a experiência empírica, creditando ao homem a capacidade negada pelo aristotelismo-tomista, de entendimento da natureza a partir de uma orientação metodológica de caráter universal. A evidência racional torna-se a base do conhecimento da verdade.

No Direito, que nos toca mais acentuadamente, abriu-se o caminho para a laicização das instituições do Estado. Impôs-se ao jusnaturalismo tomista o jus-racionalismo individualista e subjetivista, creditando à razão a construção jurídica, levando, em última análise, ao liberalismo.

A Reforma Pombalina de 1772, através dos novos Estatutos, institucionaliza na Universidade de Coimbra o método moderno de Pedro Ramo, Gassendi e Descartes.[23] Trata-se de uma reforma de profundo alcance na mentalidade da época. Segundo Nuno Espinosa, "raras vezes uma reforma terá sido tão fiel e completa tradução do espírito do seu tempo; por isso, também, ainda hoje, ela pode ser apresentada como a única reforma do ensino universitário, verdadeiramente estruturada, que se produziu em Portugal".[24] No que se refere à prática pedagógica do ensino do direito, a Reforma atacou o método baseado na autoridade da *Opinio Communis doctorum* (por autoridade) e impôs o Sintético-Compendiário, onde o professor deveria escrever a matéria de maneira clara, sintética obedecendo às gradações do conhecimento mais simples ao mais complexo.[25]

Essas transformações do pensamento jurídico em Portugal, viabilizado pela Reforma Pombalina, principalmente no que se refere à valorização do Direito Natural racionalista, teve forte influência nos Estatutos do Visconde de Cachoeira para os cursos jurídicos de Olinda e São Paulo, importantes na fase de estruturação do Estado-nação brasileiro.

---

denominados jesuítas, etc. de 1771, Coimbra: Por ordem da Universidade de Coimbra, 1972.

[23] Ver: ESTATUTOS da Universidade de Coimbra (1772). Livros I, II e III. Por ordem da Universidade de Coimbra. 1972.

[24] SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes. História do direito português. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, v. I, Fontes de Direito, 1985, p. 282-283.

[25] Sobre a crítica pombalina à pedagogia Jesuítica no ensino da Universidade ver: COMPÊNDIO histórico do Estado da Universidade de Coimbra. Op. cit. Sobre o alcance da Reforma de Pombal ver: ESTATUTOS da Universidade de Coimbra 1772. Op. cit. Sobre a influência dessa Universidade na formação do Estado-nação brasileiro consultar: GAUER, Ruth Maria Chittó. A influência da Universidade de Coimbra na formação da nacionalidade brasileira. Tese de Doutoramento em História apresentada à Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra. v. I, Coimbra, 1995 e A Modernidade portuguesa e a Reforma pombalina de 1772. Porto Alegre: Edipucrs, 1996; SILVA, Mozart Linhares da. Do Império da Lei às Grades da Cidade. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997 e *O jusnaturalismo e os cursos jurídicos no Brasil à época da estruturação do Estado-nação*. Porto Alegre: Histórica, n.3., 1998.

3. A Tradição de Coimbra e os Cursos Jurídicos no Brasil

A necessidade premente de estruturação jurídica do Estado-nação brasileiro, a partir de 1822, se apresenta como um dos fatores da imediata proposição da criação dos Cursos jurídicos no Brasil na Assembléia de 1823, pelo Visconde de São Leopoldo.[26]

Importa ressaltar, nesse momento, a mentalidade filosófico-jurídica que norteou a criação desses cursos e como essa mentalidade informa sobre a construção do Estado brasileiro.

As longas discussões acerca da fundação das Faculdades de direito no Brasil, ocorridas na Assembléia entre 1823 e 1827, e a elaboração dos Estatutos desses cursos pelo Visconde de São Leopoldo, nos revelam o quanto era estratégica a criação dessas instituições para a consolidação do Estado de Direito nacional. Vale dizer, que, nesse sentido, entende-se as alterações curriculares de Olinda em relação a Coimbra, levada a cabo nos Estatutos de Cachoeira e nas reformas subseqüentes, no sentido de proporcionar ao país um corpo técnico e burocrático capaz de racionalizar e dar velocidade à organização do Estado. No mesmo sentido, evidencia-se a preocupação com a legitimação desse Estado através da formação da diplomacia nacional para o reconhecimento da nova nação.[27]

A característica marcante da Faculdade de Olinda, apontada por vários autores, é a semelhança encontrada, em termos curriculares, e, portanto, filosóficos, com a Universidade de Coimbra.[28]

Como foi visto acima, o jusnaturalismo moderno institucionalizado por Pombal em Coimbra, constituía a base do direito coevo. Nesse sentido, a disciplina de Direito Natural abria o curso em Olinda.[29]

Nos Estatutos do Visconde de Cachoeira, o Direito Natural, por constituir a base sobre a qual todo o edifício do direito pátrio deveria ser construído, ocupava o primeiro dos cinco anos do curso, juntamente com as cadeiras de direito público, análise da constituição do Império, direito das gentes e diplomacia.[30]

---

26 Sessão de 11 de junho na Assembléia de 1823. Ver: Introdução de Nilo Pereira em: A Criação dos Cursos Jurídicos no Brasil. (Documentos Parlamentares). Brasília/Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1977, p. LIII.

27 Ver: Criação dos Cursos Jurídicos no Brasil. Op. cit.

28 Assim se pronuncia, por exemplo, Nilo Pereira na obra: A Faculdade de Direito do Recife (1927-1977). Vl. 1., Recife: Editora da Universidade do Recife, 1977. (Prefácio de Gilberto Freyre).

29 Segundo Clóvis Beviláqua: "Assim devera ser numa época, em que predominaram o methodo dedutivo e as concepções mataphysicas. Das generalizações aceitas como verdades descia-se para as particularidades". BEVILÁQUA, Clóvis. História da Faculdade de Direito de Recife. 2 vol., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1927, p. 26.

30 Estatutos da Faculdade de Direito de Olinda e São Paulo de Visconde de Cachoeira. In: : A Criação

A reflexão sobre o Direito Natural, em Olinda, era orquestrada pelo professor Pedro Autran, que elaborou o *Compendio de Direito Natural*, utilizado no curso.[31] Esse mesmo professor traduziu, em 1834, *Economia Política* de Stuart Mill.[32] Segundo Beviláqua, Autran era profundamente religioso, via a influência celeste na essência de todas as coisas; defendia o poder temporal do Papa, não ia ao extremo de confundir a religião com o direito, era filho da razão.[33] Suas posições acerca do pacto social e do direito de resistência à tirania, nitidamente vinculadas ao pensamento da Segunda Escolástica, o fizeram merecer as críticas de Zacharias.[34]

A aproximação dos Estatutos de Cachoeira com os de Coimbra permite verificar, ainda, o lugar ocupado pelo Direito Romano, mais especificamente ao *usus modernus* que dele podia-se fazer. Nesse sentido, Cachoeira avança em relação aos Estatutos pombalinos, referindo-se que o Direito Romano ainda era excessivamente presente na formação jurídica dos portugueses, e que no caso de Olinda deveria ceder maior espaço à Filosofia e ao Direito Pátrio, atendendo à urgência da construção do Estado.[35] A Reforma de Pombal já havia tornado o Direito Romano uma fonte subsidiária, como bem observava a anterior Lei da Boa-Razão (1769), contudo, segundo o jurista brasileiro, a ênfase deveria recair sobre as disciplinas acima citadas (Filosofia e Direito Pátrio).[36] Silvia Lisboa, nos debates acerca do currículo das Faculdades de Olinda e São Paulo adverte que a cadeira de Direito Romano não deve jamais se sobrepor ao Direito Pátrio, fato que também criticava nos Estatutos de Coimbra, que ainda sobrevalorizavam, de certo modo, tal disciplina, como apontou Cachoeira.[37] "O Direito Pátrio deveria ser ensinado, remontando o Professor ás origens da monarchia portugueza, referindo-se ás diversas épocas, aos diversos codigos e compilações e tudo o mais que a marcha, que tem seguido a sciencia do direito pátrio ate o presente".[38]

Sobre os autores utilizados nas disciplinas, os Estatutos de Olinda revelam a estreita ligação com os de Coimbra. Como exemplo da mentalidade jurídico-filosófica presente em Olinda, vale citar alguns deles. Para a disciplina de Direito

dos Cursos Jurídicos no Brasil. Op. cit., p. 597.

[31] BEVILÁQUA Op. cit., p. 46.

[32] *Ibid.*, p. 52.

[33] *Ibid.*, p. 9.

[34] *Ibid.*, p. 12. Vale ressaltar que as posições defendidas por Autran se aproximam das de Suárez, principalmente sobre o direito a resistência a tirania. Quanto ao conhecimento científico Autran era moderno, representa assim o espírito do pensamento moderno do lado Católico.

[35] Estatutos da Faculdade de Direito de Olinda e ... Op. cit., p. 589. A falta de estudos de direito pátrio foi suprida pelo Alvará de 16 de Janeiro de 1805. Ver, p. 590.

[36] Sobre a Lei da Boa-Razão ver nota 20. Consulte-se sobre essa Lei: MONCADA. "Subsídios para uma História da Filosofia do Direito em Portugal". Op. cit., p. (25-117).

[37] Silva Lisboa. In: A Criação dos Cursos Jurídicos no Brasil. Op. cit., p. 37.

[38] Estatutos da Faculdade de Direito de Olinda e ... Op. cit., p. 604.

Natural e das Gentes deveriam ser seguidos: Grócio, Pufendorf, Wolff, Tomásio, Heinécio, Felice e Burlamáqui.[39] Destaca-se, ainda, os Compêndios do professor de Coimbra, Pascoal José de Melo Freire, considerado o maior intérprete da Reforma Pombalina, nas disciplinas de Direito Pátrio, Público Eclesiástico e Criminal.[40] Para essa última disciplina, os Estatutos indicavam, ainda, Beccaria, Filangieri, Bentham e Brissot.[41] A influência de Jeremy Bentham, no que se refere ao voluntarismo legislativo, ao direito positivo e ao impulso codificador, é evidenciado pela tradução, em 1832, por um anônimo, da obra: *Tactica das Assembléas Legislativas*, de Bentham.[42] As idéias desse autor, tão influentes nos códigos europeus, tinham sido peça fundamental do Código Criminal do Império de 1830, de autoria de Bernardo Pereira de Vasconcelos, formado em Leis por Coimbra.

Os professores de Olinda faziam o elo entre a tradição Coimbrã e a nova faculdade brasileira. Eram todos formados em Coimbra, alguns inclusive portugueses.[43]

Segundo Vamireh Chacon, "A grande quantidade e a alta qualidade de bacharéis pelas Faculdades de Direito de Olinda/Recife e São Paulo, fornecendo quadros políticos e administrativos ao Brasil, enquanto não surgiam outras, são prova histórica da relevância da sua preparação, apesar das deficiências que apresentaram. Só começando a entrar em declínio na segunda metade do século XIX, quando a Escola do Recife de Tobias Barreto, Sílvio Romero, Clóvis

---

39 *Ibid.*, p. 599.

40 As obras de Melo Freire, citadas pelos Estatutos de Cachoeira, são: Institutiones Iuris Civillis Lusitani cum Publici tum Privati e Institutiones Iuris Criminalis Lusitani. A primeira obra publicada em Lisboa em 1789/1793 (liv. I [1789]; livs. II e III [1791]; liv. IV [1793]), a segunda também em Lisboa no ano de 1794. Essas obras foram traduzidas do Latim por Miguel Pinto de Menezes e foram publicadas no Boletim do Ministério da Justiça, ns. 155 e 156, de 1966 e ns. 161/166, 168 e 170/171, respectivamente. Sobre a obra de Melo Freire ver: CRUZ, Guilherme Braga da. "O Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal". Boletim do Ministério da Ivstiça. v. 170, Novembro de 1967, p. (27-85)., v. 171, Dezembro de 1967, p. (5-65)., v. 172., Janeiro de 1968, p. (5-50) e SANTOS, Mário Leite. "Mello Freire: Sistemática e autonomização do Direito Criminal Português". Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Lisboa: v. VI., 1992, pp. 327-349, e v. VII., 1993, pp. 163-190.

41 A feição moderna e, de certo modo, laicizando, do conhecimento propagado em Olinda, deve ser também considerado herança do antigo Seminário de Azeredo Coutinho, onde já se evidenciava a consonância com os seminários europeus da mesma época. Destaca-se, nesse sentido, a propagação das ciências naturais e a da filosofia experimental, nos mesmos termos adotados pelos Estatutos pombalinos de 1772. Ver: CHACON, Vamireh. "Olinda e Coimbra". In: Universidade (s) Histórias, Memórias, Perspectivas. Actas 1 do Congresso História da Universidade de Coimbra: 7º Centenário, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1991 Op. cit., p. 293.

42 BEVILÁQUA. Op. cit., p. 9

43 Os primeiros professores de Olinda era: Autran, Loureiro, Paula Baptista, Joaquim Villela, Jeronymo Villela, Zacharias. Ver: *Ibid.*, p. 7.

Beviláqua e outros passaram a apontar seu ultrapassamento pelas novas realidades e a necessidade de novos ajustamentos".[44]

Sobre a tradição coimbrã perpassada nos cursos jurídicos de Olinda/Recife, assim se refere Gilberto Freyre: "Na Faculdade de Direito do Recife é que se desenvolveu de modo mais vivo a tradição coimbrã, primeiro transmitida a Olinda e segundo a qual a formação de bacharéis em Direito era uma formação mais humanística que técnica".[45] Aponta, nesse sentido, o caráter universalista da formação de nossos juristas, o que nos remete às questões que Robert Merton levantou acerca das características das academias católicas do período, marcadamente contemplativas e filosóficas, comparadas às protestantes, técnicas e pragmáticas.[46] Freyre chama atenção para a amplitude da formação alcançada pelos juristas de Olinda/Recife. Segundo o autor, o que marca esses juristas é a cultura plural que possuíam, abarcando a filosofia, a sociologia, o direito, as humanidades, entre outras.[47]

Podemos considerar, a partir do exposto, que o pensamento moderno evidenciado na Reforma Pombalina, forneceu as bases para o desenvolvimento da cultura jurídica nacional, atendendo às questões que norteavam aquele período. Mesmo tributária à Coimbra, devemos estar atentos para os avanços em relação àquela Universidade empreendidos em Olinda, como vimos acima. Avanços que na realidade apontam entre outras coisas, para o envelhecimento dos Estatutos pombalinos que seriam reformados já em 1836. Deve-se levar em conta, da mesma forma, o amadurecimento de uma nova percepção do tempo experimentada pelo novos Estados nacionais, oriundos da emancipação política do final do século XVIII e início do XIX. Uma percepção do devir, de um tempo novo, que começava do zero, e, que portanto, era desprovido de tradição. Portanto, ao mesmo tempo que a antiga Universidade lusa contribuía para a tradição jurídica das faculdades de direito, essas precisavam negar essa tradição para a legitimação da inteligência nacional. Fenômeno que desaguará na chamada Escola de Recife da década de 1870. Essa constatação, ainda que provisória, nos leva a pensar a tradição enquanto uma invenção da própria modernidade no Brasil. A tradição torna-se uma construção do próprio devir. Nesse sentido, a influência de Coimbra é decisiva, pois fornece os elementos necessários para pensar a tradição enquanto moderna, caracterizando, já na fase inicial de nosso Estado, o hibridismo de

[44] CHACON. Op. cit., pp. 285-296, p. 289-290.

[45] FREYRE, Gilberto. "Em Torno da Faculdade de Direito do Recife" (prefácio). In: PEREIRA. Faculdade de Direito de Recife. Op. cit., p. 23.

[46] MERTON. Op. cit. (ver nota 11)

[47] Ver autores como: Teixeira de Freitas; Tobias Barreto; Clóvis Beviláqua; Martins Júnior; Gilberto Amado; Assis Chateaubriand; Andrade Bezerra; Pontes de Miranda. *Ibid.*, p. 23-24.

códigos tradicional-moderno, evidenciado no liberalismo eclético brasileiro. Este dado é importante para pensar as relações entre liberalismo e escravismo.

A tradição coimbrã contribuiu, assim, para a elasticidade do pensamento social e político brasileiro. Podemos considerar que os cursos de Olinda e São Paulo deram o referencial para pensamento político filosófico que estruturou o Estado-nação brasileiro.

A organização do Estado, enquanto pacto social da mesma forma, perpassa a filosofia do direito desde a Escolástica até o contratualismo moderno de Hobbes e Rousseau. Nesse sentido, a construção do Estado eleva a primeiro plano os debates acerca do direito natural e positivo. Deve-se ter presente que a necessidade de uma ordenação jurídica inicial e estruturante do Estado corresponde a uma concepção político-filosófico-jurídica que se encontra no cerne do jusnaturalismo moderno e que fundamenta o direito positivo, de Estado. Dito de outra maneira, observa-se o subjetivismo do jus-racionalismo no objetivismo normativo. Trata-se portanto de ter presente que as concepções jusnaturalistas fundamentam o Estado.

Para concluir, vale lembrar que o pensamento moderno na jurisprudência, principalmente o jus-racionalismo, é marcante nos Estatutos e na formação dos professores das faculdades de Olinda e São Paulo. Contributo inquestionável da Reforma dos Estatutos da Universidade de Coimbra que renovou as ciências em Portugal, assim como forneceu as bases para a estruturação dos cursos jurídicos no Brasil, de feição moderna.

HISTÓRIA DAS IDÉIAS DA FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE. VOL VIII (GLÁUCIO VEIGA). RECIFE: ARTEGRAFI, 1997. 327 PP.

André Melo Gomes Pereira (Aluno do 6° Período da Graduação em Direito da UFPE. Bolsista do PIBIC/CNPq)

A análise da história da Faculdade de Direito do Recife é imprescindível à compreensão do ensino superior no Brasil. Geralmente, justifica-se essa assertiva com a responsabilidade de 171 anos de história, com a citação de nomes de ex-alunos famosos ou com referências à Escola do Recife. Contudo, muito mais significativo que se dizer tradicional, é demonstrar em que consiste essa tradição.

No âmbito das Faculdades, essa tradição não pode lastrear-se senão nas idéias produzidas e debatidas. Neste sentido, a obra do Professor Gláucio Veiga notabiliza-se, pois disserta sobre as idéias presentes no meio Acadêmico desde Olinda - com o primeiro volume – e, com o presente, inicia a Escola do Recife. A história das idéias mergulha na produção acadêmica não só dos Professores, mas também, com o brilhantismo e espírito crítico, caracterizadores do seu autor, disseca as idéias contidas, principalmente, nos periódicos estudantis.

Trata-se, portanto, de uma obra singular, no país, sobre a história de uma instituição de ensino superior. Diferentemente do já escrito por Odilon Nestor, Clóvis Beviláqua, Pinto Ferreira e Nilo Pereira, a *História* do Doutor Gláucio Veiga não se detém especificamente ao aspecto cronológico, mas prioriza o pensamento e sua manifestação.

A edição do VIII volume dá início à fase da Escola do Recife, trazendo-nos a chegada de Tobias Barreto; a presença do DARWINISMO nos periódicos estudantis, como o *Idéia Nova* dos então estudantes Martins Júnior e Clóvis Beviláqua; a tese de doutoramento de Sílvio Romero; as idéias *feministas* e pioneiras de Tobias Barreto no Brasil e as três primeiras bacharelas do Curso jurídico.

Os posicionamentos do Professor Gláucio Veiga, nem sempre pacificamente aceitos, traduzem, por vezes, uma visão diferente da comumente encontrada sobre Tobias e seus discípulos, tornando a obra leitura obrigatória para o estudo das importantes *Idéias* brasileiras que tiveram por berço, ao menos de discussão, a Faculdade de Direito do Recife.

Por tudo isso, *A História das Idéias da Faculdade de Direito do Recife*, é a grande contribuição do Prof. Gláucio Veiga a sua estimada Escola e à história do direito Nacional.

A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O BRASIL. (ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE). (SÉRIE PROMETEU/EDIÇÕES HUMANIDADES) BRASÍLIA: UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA, 1998, 208 PP.

George Rodrigo Bandeira Galindo (Bacharel em Direito pela UFPE)

A década de 90 tem-nos deparado com uma série de questões que pensávamos estar enterradas ou, ao menos, esquecidas. O surto de violência irracional surgido após o fim do colapso da ex-URSS provou que a evolução rumo a um mundo democrático e garantidor dos direitos individuais e coletivos seria deveras tortuosa.

Não é coincidência o fato de um crescente número de internacionalistas e estudos especializados estarem lidando com a problemática dos direitos humanos, diante de tal configuração. Pioneiro e, sem dúvidas, o maior especialista em Direito Internacional dos Direitos Humanos no Brasil – sendo também uma das grandes referências na América Latina e no mundo -, é o autor de A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil: Antônio Augusto Cançado Trindade. Pode-se afirmar, sem cometer injustiças, que o Direito Internacional dos Direitos Humanos no Brasil pode ser dividido em dois períodos: antes e depois de Cançado Trindade. Ou, como Flávia Pivesan (Direitos Humanos e o Direitos Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 12) afirmou, pode ele ser considerado o "pai" da introdução do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Brasil. Após obras monumentais, como *The Application of the Rule of exhaustion of local remedies in International Law*, de 1983; *Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)*, curso ministrando na Academia de Direito Internacional da Haia, e publicado no *Recueil des Cours* em 1987; A Proteção Internacional dos Direitos Humanos – Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos, de 1991; e o Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, em dois volumes, tendo sido o primeiro publicado em 1987. Junte-se a isto suas atividades como Diretor do Instituto Interamericano de Direitos Humanos e Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Afirma o autor, no Prefácio, que não pretendeu fazer um estudo sobre política externa, vez que, a partir do sistema internacional de Proteção aos Direitos Humanos, é que se vislumbrariam as posições brasileiras. Mas o certo é que, de agora adiante, qualquer estudo de política externa brasileira que verse sobre a

Proteção Internacional dos Direitos Humanos, terá por referência obrigatória este trabalho. Com efeito, analisa, por exemplo, o papel do Brasil na formulação dos principais instrumentos atinentes ao tema e da Corte Interamericana de Direitos Humanos; as posições brasileiras em foros internacionais e a influência da política interna nelas – como, v.g., o regime militar –; a atuação brasileira nos órgãos de supervisão; a adequação do Brasil ao Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos

Um dos maiores méritos do trabalho é a visão crítica das posições brasileiras. Não deixa de apontar incoerências, assim como posições retrógradas ou conservadoras por parte do governo brasileiro. Outrossim, enfoca temas atuais como a denúncia à Convenção 158 da OIT, que trata da despedida arbitrária e a posição brasileira quanto à Jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos que, após anos de esforço – principalmente do autor, quando Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores e divulgador do Direito Internacional dos Direitos Humanos – está sendo revisada, no sentido de nosso país aceitá-la.

Trata também do histórico e das perspectivas para a proteção internacional dos Direitos Humanos no Brasil.

Acompanham o livro dois anexos importantes. O Primeiro deles é uma exposição feita pelo autor na Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais da Assembléia Nacional Constituinte, de onde se pode observar a contribuição do autor para a elaboração do art. 5° § 2° da Constituição Federal de 1988 – uma das grandes evoluções em matéria internacional. O segundo é uma entrevista concedida à Associação de Juízes para a Democracia, onde o antigo tema, mas ainda delicado, da inserção das normas internacionais – principalmente de direitos humanos – no Direito Interno, é amplamente analisado.

É com estudos deste tipo que chegaremos a concepções razoáveis, e não embebidas de conservadorismo, que levem em conta mais os interesses dos indivíduos que os artificiais do Estado, a fim de construirmos uma ordem jurídica mais justa e equilibrada.

DADSF

Diretório Acadêmico Demócrito de Souza Filho

A verdadeira formação universitária só será alcançada quando conseguirmos implementar o princípio da indissociabilidade entre **ensino, pesquisa** e **extensão**

O DADSF GESTÃO "APENAS COMEÇAMOS..." AGRADECE A TODOS AQUELES QUE LUTAM NA BUSCA DESSE PRINCÍPIO E PELO ENGRANDECIMENTO DA NOSSA FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE:

Prof. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti
Reitor: Mozart Neves Ramos
Vice-Reitor: Geraldo José Marques Pereira
Prof. João Maurício Leitão Adeodato
Profa. Cristina Figueiredo
Presidente da OAB/PE Prof. Aluisio Xavier
Prefeito do Recife Prof. Roberto Magalhães
Sec. Ariano Suassuna
Prof. Sílvio Neves Baptista
Prof. José Gláucio Veiga
Prof. Nelson Nogueira Saldanha
Prof. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti
Prof. William da Costa Pinheiro
Profa. Nilcéa Maria Barbosa Maggi
Prof. Sylvio Loreto

Saudações estudantis
Gustavo José Reis Carvalho
Presidente do DADSF

GRAFCOMPUTER

Sua Gráfica Rápida
Fone: (081)428.0165 / 961.6399