

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

JANEIRO/MARÇO 2000 BRASÍLIA ANO 37 Nº 145



SENADO FEDERAL
SECRETARIA ESPECIAL DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 37 • nº 145

janeiro/março – 2000

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Revista
de
Informação
Legislativa

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade

Presidente do Senado Federal – 1961-1967

Isaac Brown

Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967

Leyla Castello Branco Rangel

Diretora – 1964-1988

ISSN 0034-835x

Publicação trimestral da

Subsecretaria de Edições Técnicas

Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III, Praça dos Três Poderes

CEP: 70.165-900 – Brasília, DF. Telefones: (61) 311-3575, 311-3576 e 311-3579

Fax: (61) 311-4258. E-Mail: ssetec@senado.gov.br

DIRETOR: Raimundo Pontes Cunha Neto

REVISÃO DE ORIGINAIS: Angelina Almeida Silva, Bernadete Aparecida de Carvalho, Marcelle Carvalho Dela Bianca e Roberta Negromonte Vasconcelos

REVISÃO DE REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Valmir Fernando Batista

REVISÃO DE PROVAS: Anderson de Figueiredo Matias, Maria de Jesus Pimentel, Marina Couto Giordano, Teliana Maria L. Bezerra e Valéria B. dos Reis Silva

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: João Emílio Caram Rohlf s e Lizandra Nunes M. da Costa

IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

CAPA: Paulo Cervinho e Cícero Bezerra

© Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação será permitida com a prévia permissão escrita do Editor.

Solicita-se permuta.

Pidese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um Austausch.

Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. - -
Ano 1, n. 1 (mar. 1964) - . - - Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de
Edições Técnicas, 1964- .

v.

Trimestral.

Ano 1-3, nº 1-10, publ. pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, nº 11-
33, publ. pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9-, nº 34-, publ. pela Subsecretaria
de Edições Técnicas.

1. Direito — Periódico. I. Brasil. Congresso. Senado Federal, Subsecretaria
de Edições Técnicas.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Revista de Informação Legislativa

Brasília · ano 37 · nº 145 · janeiro/março · 2000

Antônio de Pádua Ribeiro	As novas tendências do Direito Processual Civil 05
Cláudio Petrini Belmonte	A redução do negócio jurídico e o contrato de mútuo feneratício 11
Mario Antonio Lobato de Paiva	O trabalho objeto do Direito do Trabalho 31
Vera Lúcia Viegas	Direito Internacional Privado – conceito, fundamento e finalidade do DIP 35
Alexandre da Maia	O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli – notas preliminares 41
Leon Frejda Szklarowsky	Transgênicos – a civilização transgênica e cibernética 47
Cristiano Heineck Schmitt	A invocação dos direitos fundamentais no âmbito das pessoas coletivas de direito privado 55
Charles Alexandre Simões Pires	A propósito de uma reflexão sobre a política legislativa na seara penal – a Lei 9.714/98, as penas alternativas e o ‘ <i>sursis</i> humanitário’ 71
Alexandre de Moraes	Competências administrativas e legislativas para vigilância sanitária de alimentos 77
Rui Manoel Moura Ramos	Continuidade e mudança no direito da nacionalidade em Portugal 87
Gilberto Bercovici	O princípio da unidade da Constituição 95
Ana Maria D’Ávila Lopes	A hermenêutica jurídica de Gadamer 101
Carlos Antonio de Almeida Melo	Alguns apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental 113
Marcelo Dias Varella e Ana Flávia Barros-Plataiu	Biotecnologias e biossegurança: fatores agravantes da desigualdade internacional? 119
Plínio Lacerda Martins	Corte de energia elétrica por falta de pagamento – prática abusiva – Código do Consumidor 135
Mauro Roberto Gomes de Mattos	Ação civil pública – taxa de manutenção de iluminação pública – suspensão da cobrança – ilegitimidade <i>ad causam</i> do Ministério Público – Lei Municipal 147
Eduardo Carlos Bianca Bittar	O discurso do legislador de trânsito: uma análise semiótica da linguagem não-verbal normativa 157
João Batista Marques	A união estável e a família 171

Edilson Pereira Nobre Júnior	O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana 185
Teresa Rodrigues Vieira	Bioética e Direito 197
Daisy de Asper y Valdés e Gerald Caiden	A instituição do ombudsman: aspectos da maturidade 201
Bruno Luiz Weiler Siqueira	O nexo de causalidade na responsabilidade patrimonial do Estado 213
Walney A. Diniz	O parcelamento de dívidas tributárias ou contratuais e suas cláusulas de confissão, desistência da ação e renúncia do direito de contestar o crédito – natureza e efeitos processuais 225
Marlon Alberto Weichert	Isenções tributárias em face do princípio da isonomia 241

As novas tendências do Direito Processual Civil

Antônio de Pádua Ribeiro

Ao tecer considerações sobre este tema, julgo necessário repensar conceitos e princípios básicos do Direito Processual Civil, visando a adequá-los às exigências dos tempos modernos. Para tanto, farei singelas reflexões a respeito da matéria, a traduzirem as preocupações de quem, após mais de trinta anos de estudos do Direito, visualizou-a sob a ótica da advocacia, do Ministério Público, do magistério universitário e da magistratura.

O Estado, ao vedar, salvo em casos excepcionais, a autotutela dos direitos, chamou a si a tarefa de solucionar os conflitos intersubjetivos de interesses, fazendo-o mediante o processo. Todavia, a doutrina processual, desenvolvida a partir de fins do século passado, teve basicamente uma concepção individualista dos litígios. Por isso, entre outros princípios, conferir legitimação para a causa aos titulares do direito subjetivo violado e limitar os efeitos da coisa julgada às partes da demanda: a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, diz o art. 472 do CPC.

Essa concepção individualista do processo ficou superada, mostrando-se insuficiente para atender às exigências dos tempos modernos, de uma sociedade de massa cada vez mais consciente dos seus direitos, embora a grande maioria dos seus

Antônio de Pádua Ribeiro é Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

membros sintam-se, na prática, impossibilitados de exercitá-los pela dificuldade de acesso aos órgãos componentes do sistema judiciário. Daí o surgimento do fenômeno da *litigiosidade contida* ou, até mesmo, cada dia com mais frequência, o uso do meio de solução de conflitos próprio das sociedades primitivas, a *violência*, fazendo-se justiça pelas próprias mãos.

É, pois, preciso repensar a Justiça. E, no desempenho dessa tarefa, é imperativo que se considerem não apenas, como até aqui tem acontecido, *os operadores do sistema judiciário*, mas, especialmente, *os consumidores* da Justiça. Não se pode olvidar que, no regime democrático, a atuação precípua do Estado, mediante os seus órgãos, há de visar sempre à afirmação da *cidadania*. De nada adianta conferirem-se direitos ao cidadãos se não lhes são dados meios eficazes para a concretização desses direitos.

As idéias sobre a matéria vêm sendo desenvolvidas em países da Europa e da América, em torno do que se convencionou chamar “acesso à justiça”, sendo relevantes, a respeito, os sucessivos trabalhos publicados por Mauro Cappelletti e Vittorio Denti.

Em suma, o que pretende essa corrente de pensamento é “a abertura da ordem processual aos menos favorecidos da fortuna e à defesa de direitos e interesses supra-individuais, com a racionalização do processo”, que “quer ser um *processo de resultados*, não um processo de conceitos ou de filigranas”. O que se busca é a *efetividade do processo*, sendo indispensável, para isso, “pensar no processo como algo dotado de bem definidas destinações institucionais e que deve cumprir os seus objetivos sob pena de ser menos útil e tornar-se socialmente ilegítimo” (Cândido Rangel Dinamarco). Acesso à justiça é o *acesso à ordem jurídica justa*, no dizer de Kazuo Watanabe. “Não tem acesso à justiça aquele que sequer consegue fazer-se ouvir em juízo, como também todos os que,

pelas mazelas do processo, recebem uma justiça tarda ou alguma injustiça de qualquer ordem” (Cândido Rangel Dinamarco).

Em brilhantes conferências que proferiu sobre o tema, assinalou o Professor Mauro Cappelletti ser muito fácil declarar os direitos sociais; o difícil é realizá-los. Daí que “o movimento para acesso à justiça é um movimento para a efetividade dos direitos sociais”, e a sua investigação deve ser feita sob três aspectos principais, aos quais denominou *ondas* renovatórias: a primeira refere-se à garantia de adequada representação legal dos pobres. Como fazê-la? A designação honorífica de advogados não tem mais sentido. Deve-se permitir a escolha de profissionais, instituir órgãos de defensoria pública ou adotar sistema misto? Seja qual for a solução é fundamental que se assegure aos necessitados assistência jurídica integral e gratuita.

A segunda onda renovatória visa à tutela dos interesses difusos ou coletivos, com o objetivo de proteger o consumidor ou o meio ambiente. Tem por pressuposto que o conceito de pobreza não se adstringe ao indivíduo carente de recursos financeiros, de cultura ou de posição social. É mais vasto: abrange grupos e categorias, como no caso do consumidor. Uma empresa produz milhões de produtos com um defeito de pouco valor. Trata-se de interesse fragmentado, pequeno demais para que o cidadão, individualmente, defenda o seu direito. Mas, se todos os consumidores, em conjunto, decidirem atuar, estarão em jogo interesses consubstanciados em valores consideráveis. Há, pois, de atentar-se para os *carentes econômicos* e *os carentes organizacionais*.

A terceira onda preocupa-se com fórmulas para simplificar os procedimentos, o direito processual e o direito material, como, por exemplo, nas pequenas causas, a fim de que o seu custo não seja superior ao valor pretendido pelo au-

tor. O tema envolve estudos, entre outros, sobre o princípio da oralidade e da imediatidade, bem como sobre os poderes do Juiz e a instrumentalidade do processo.

Em síntese, conforme o insigne jurista, os principais problemas do movimento reformador são os seguintes:

“a) o obstáculo *econômico*, pelo qual muitas pessoas não estão em condições de ter acesso às cortes de justiça por causa de sua pobreza, onde seus direitos correm o risco de serem puramente aparentes;

b) o obstáculo *organizador*, através do qual certos direitos ou interesses ‘coletivos’ ou ‘difusos’ não são tutelados de maneira eficaz se não se operar uma radical transformação de regras e instituições tradicionais de direito processual, transformações essas que possam ter uma coordenação, uma ‘organização’ daqueles direitos ou interesses;

c) finalmente, o obstáculo propriamente *processual*, através do qual certos tipos tradicionais de procedimentos são inadequados aos seus deveres de tutela.”

Diante desse panorama, é alvissareiro que os nossos doutrinadores e legisladores estejam colocando o nosso País em posição de vanguarda. Na verdade, muitos simpósios têm sido realizados, com a presença freqüente, entre outros, do insigne mestre Mauro Cappelletti. Além do mais, primorosas monografias têm sido publicadas sobre a matéria. Merecem referência, entre outros, os trabalhos de Luiz Guilherme Marinoni (*Efetividade do Processo e Tutela de Urgência; Novas Linhas do Processo Civil*); Flávio Luiz Yarschel (*Tutela Jurisdicional Específica nas Obrigações de Declaração de Vontade*); Ovídio Baptista da Silva (*Tutela Antecipatória e Juízos de Verossimilhança*); Kazuo Watanabe (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*); Hugo Nigro Mazzilli (*A defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meu Ambiente, Consumidor e*

Patrimônio Cultural); José Carlos Barbosa Moreira (*Notas sobre o problema da “efetividade” do processo; Tendências contemporâneas do direito processual civil; Tutela sancionatória e tutela preventiva; Miradas sobre o processo civil contemporâneo*), bem como os dos que escreveram sobre a recente reforma do Código de Processo Civil, coordenada pelos ilustres Ministros Sálvio de Figueiredo Texeira e Athos Gusmão Carneiro, entre eles: Cândido Rangel Dinamarco (*A Reforma do Código de Processo Civil*); Sérgio Bernardes (*A Reforma do Código de Processo Civil*); Nelson Nery Júnior (*Atualidades sobre o Processo Civil*) e J. E. Carreira Alvim (*Código de Processo Civil Reformado*).

Cumprе salientar que a reforma da nossa Lei Adjetiva Civil tem sido feita com vistas a tornar realidade as novas regras atinentes ao que se denominou “acesso à justiça”.

No Brasil, essa grande revelação começou, no plano legislativo, com a edição da Lei da Ação Popular (Lei nº 4717, de 29 de junho de 1965) e assumiu dimensões revolucionárias com a promulgação da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985), estendida até mesmo à tutela da ordem econômica pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (art. 88), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) e Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990).

A Lei da Ação Civil Pública, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor instituíram as bases da tutela do direito coletivo em nosso ordenamento jurídico. Esses diplomas legais atribuíram legitimidade ao Ministério Público e a outras entidades representativas de classe, estabeleceram regras sobre a coisa julgada *erga omnes* e *ultra partes* e dispuseram sobre a conceituação das três espécies de direitos e interesses a serem objeto de tutela coletiva: os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

Tenha-se em conta que a Constituição Federal em vigor, no plano da tutela constitucional das liberdades, criou os institutos do *habeas data*, do *mandado de injunção* e do *mandado de segurança coletivo*, consagrando princípios relativos à *tutela jurisdicional coletiva* (legitimidade dos sindicatos e das entidades associativas em geral: art. 5º, inciso XXI, e art. 8º, inciso III) e dando feição constitucional aos Juizados Especiais de Pequenas Causas (art. 24, inciso X, e art. 98, inciso I) e à ação civil pública (art. 129, inciso III).

Com essa nova visão, foi recentemente promulgada a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que se dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, cujo art. 2º estabelece os seus princípios básicos: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível, a conciliação e a transação.

Acrescento que a Emenda Constitucional nº 22, ainda pendente de regulamentação legislativa, criou os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal.

Diante desse quadro promissor, numa das suas vindas ao Brasil, após elogiá-lo, disse Mauro Cappelletti: “Gostaria de saber é como está funcionando tudo isso na prática”. Procurou esclarecer-lhe o eminente Professor José Carlos Barbosa Moreira, citando alguns exemplos, colhido no Estado do Rio de Janeiro, sobre a ação civil pública. Mencionou seis: ação proposta contra certa empresa que gerava efluentes industriais com metais pesados e cimento, os quais eram despejados no Rio Acari e contribuíram para a poluição da Baía da Guanabara; contra Furnas, para impedir o religamento da Usina Angra I até que comprovasses a existência de meios eficazes de proteção contra os riscos operacionais; contra a Prefeitura de Petrópolis, a fim de compeli-la a não licenciar construções prejudiciais ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e artístico da cidade; contra a Prefeitura de Cabo Frio, para

impedir obra pública que ameaçava destruir as dunas características do local; contra a Companhia Siderúrgica Nacional, por causa dos despejos poluentes no Rio Paraíba do sul; e contra o proprietário armador do navio Mineral Star, por ter este aportado no Rio de Janeiro com problema no casco, o que poderia ensejar o vazamento de 1.400 toneladas de óleo, provocando verdadeiro desastre ecológico.

Essas ações vêm sendo utilizadas nas várias unidades federativas, visando à transferência de empresa apontada como poluidora (RT 634/63); à restauração de área livre, de lazer do povo, prejudicada por iniciativa administrativa tendente à construção de monumento lesivo à unidade e simplicidade da paisagem (RTJERS 139/70); visando, ainda, à proteção do patrimônio público e do meio ambiente.

Ao Superior Tribunal de Justiça já chegou mais de uma centena de feitos, atinentes a ações coletivas, em que foram suscitadas numerosas questões jurídicas, entre outras, sobre a legitimação para propô-las, o seu cabimento, a competência para julgá-las. Referiam-se essas ações à defesa de interesses e direitos individuais relativos à cobrança de taxa de iluminação pública (RESP 49.272-RS); a danos causados pelo lançamento de poluentes na atmosfera e nos rios (RESP 11.074-SP); ao uso de símbolos pessoais de campanha por candidato eleito, com prejuízos para cofres públicos (CC 5.286-CE); a danos ao patrimônio público causados por prefeito (CC 3.170-CE); a dano ambiental causado por vazamento de gasolina no estuário de Santos (CC 3.389-SP); a vazamento de petróleo ocorrido no canal de São Sebastião-SP (CC 2.374-SP e embargos declaratórios nele manifestados); à carne importada, suspeita de contaminação radioativa, em razão do acidente de Chernobyl (RESP 8.714-RS); à proteção do patrimônio público e do meio ambiente, com relação à exploração das jazidas de cassiterita situadas em Ariquemes-RO (CC 2.230-RO); à

colisão do petroleiro “Penépole” com o petroleiro “Piquete”, no terminal marítimo “Almirante Barroso”, em São Sebastião, com vazamento de grande quantidade de óleo que atingiu as praias vizinhas (CC 2.473-SP); à fixação de anuidades escolares (RESP 38. 176-MG, RESP 65.836-MG).

O elenco dessas demandas transindividuais mostra a grande receptividade que vêm alcançando na sociedade e a sua grande utilidade para a população e para a defesa do interesse público.

Por último, cumpre assinalar que os meios alternativos de solução de litígios devem ser difundidos, estimulando-se o uso da mediação, da conciliação e da arbitragem. A respeito, foi promulgada a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

A referida Lei, que traduz a união dos empresários e instituições jurídicas nacionais, resultou de projeto da iniciativa do então Senador Marco Maciel, hoje eminente Vice-Presidente da República. É produto da sua sensibilidade política e da estreita ligação com os setores jurídicos, por isso, justamente, denominada “Lei Marco Maciel”.

No âmbito da Justiça, há, em todo o mundo, queixa generalizada contra o Judiciário, em face dos custos e delonga na solução dos litígios. Entre as soluções para tais problemas, têm sido apontados os meios alternativos de resolução de conflitos, dos quais são espécie a arbitragem e a mediação. Na verdade, esses institutos se inserem num contexto mais amplo de realização plena da justiça.

Como se sabe, a solução dos litígios pode ocorrer pela atuação das próprias partes ou de terceiros. No primeiro caso, temos a autotutela e a autocomposição. Pela autotutela ou autodefesa, cada um dos litigantes procura solucionar o conflito de interesses usando suas próprias forças: é o império do regime da violência, da lei do mais forte, peculiar às sociedades primitivas. Na autocomposição, as pró-

prias partes procuram solucionar a contenda, como no caso da transação ou solução contratual da demanda.

A solução do litígio por terceiros, denominada heterocomposição, desdobra-se em duas: a solução estatal, dada pelo Juiz, mediante a sentença, e a solução arbitral ou arbitragem, conferida pelos interessados a um terceiro particular, sem ligação com o Estado. A mediação fica próxima da arbitragem, embora com ela não se confunde. Nesta, o árbitro decide a lide, enquanto, naquela, o mediador apenas procura usar sua habilidade para ajudar as partes a solucionar a controvérsia.

Em face desse panorama é que a lei criou o juízo arbitral fundado em institutos jurídicos existentes há longos anos no nosso ordenamento jurídico, mas poucos utilizados: o compromisso e o juízo arbitral. A “Lei Marco Maciel” soluciona o grande obstáculo à maior utilização da arbitramento no Brasil: o fato de não ter a cláusula arbitral força vinculante.

Resta, porém, outro problema a ser resolvido: dar execução à referida lei. Inexistem, praticamente, no Brasil, instituições de arbitragem adequadas às transações comerciais. Pouco significativos têm sido os esforços nas associações comerciais locais para apoiar a arbitragem. Lembra o Dr. Jürgen Samtleben que, “nas bolsas de Mercadorias de São Paulo e Santos, os procedimentos arbitrais de qualidade existentes não são procedimentos arbitrais verdadeiros, mas sim forma de arbitragem. Têm apenas a função de prova em processos judiciais”. Acrescenta que, embora haja, no Brasil, várias instituições arbitrais aptas a atuar na solução de disputas no comércio internacional, não conseguiram elas obter qualquer importância prática. É o caso do “Comitê Brasileiro da Câmara de Comércio Internacional” e do “Centro Brasileiro de Arbitragem”. A câmara comercial Brasil-Canadá instalou tribunal arbitral que, até recentemente, tinha dado início apenas a um procedimento arbitral.

Nesse contexto, é fundamental que se procure, com urgência, dar efetividade a nossa lei de arbitragem. A sua eficácia irá refletir na esfera interna: descongestinamento do Judiciário e solução mais barata, rápida e adequada dos conflitos de interesses, bem como na esfera internacional. A formação de blocos econômicos, com a expansão da economia global, é um atestado eloqüente de que as fronteiras nacionais passaram a ser obstáculo ao desenvolvimento de empresas multinacionais, fenômeno que assume dimensão mais significativa com a liberação cada vez maior do comércio.

Cumprir lembrar que, em termos de Mercosul, o Protocolo de Brasília prevê o Tribunal de Arbitragem para decidir controvérsias entre os Estados que o compõem, com base no Tratado de Assunção, nos acordos celebrados no âmbito do mesmo, nas decisões do Conselho do Mercado Comum e nas resoluções do próprio Mercado Comum. Todavia, as controvérsias entre particulares ficaram fora do mencionado sistema. Nesse contexto, importante será a utilização da arbitragem, da mediação, da conciliação e de outras formas alternativas da solução de conflitos.

Em 24 de janeiro de 1997, foi instalada a Corte Brasileira de Arbitragem Comer-

cial, e, após esse significativo evento, outros cortes arbitrais têm sido instaladas no âmbito estadual.

Concluindo, penso que é fundamental, para que as novas idéias venham concretizar-se, a colaboração de todos os que militam no Judiciário (magistrados, advogados e membros do Ministério Público) e até mesmo fora dos limites desse Poder (os professores universitários de Direito, por exemplo). É indispensável a mudança de mentalidade e a criatividade, a fim de que novos princípios sejam aplicados na solução de litígios. A cidadania não pode continuar a constituir privilégio de poucos. De outro parte, é preciso mudar imagem da justiça: não se pode admitir que seja visualizada, como tem sido pelo povo em geral, como algo privativo de iniciados. Na república democrática, todo o poder emana do povo, que o exerce por seus representantes ou diretamente, nos termos da Constituição (art. 1º, parágrafo único). Cumprir assegurar o acesso da população, especialmente da mais pobre, àquele bem, incluído entre os mais preciosos, a justiça. Nunca houve tanta sede e fome de justiça. É necessário satisfazê-las antes que seja tarde demais.

A redução do negócio jurídico e o contrato de mútuo feneratício

Cláudio Petrini Belmonte

Sumário

1. Introdução. 2. O contrato de mútuo feneratício. 2.1. Conceito e elementos essenciais. 2.2. Natureza jurídica do contrato. 2.3. Objeto imediato. 2.4. Extinção do contrato. 3. A redução do negócio jurídico. 3.1. Breve nota histórica. Algumas considerações sobre o sistema jurídico adotado na Alemanha, Suíça e Itália. 3.2. A tutela da redução nos ordenamentos jurídicos de Brasil e Portugal. 3.3. Natureza jurídica da redução. 3.4. Requisitos da redução do negócio jurídico. 3.5. A boa-fé e o regime da redução do negócio jurídico. 3.6. A redução teleológica. 3.7. A redução legal. 4. Aplicação da redução do negócio jurídico ao contrato de mútuo feneratício. 4.1. Possibilidade genérica de aplicação. 4.2. Mútuos feneratícios usurários. 4.3. Vícios formais. 4.4. Invalidades em elementos essenciais e caracterizadores dos mútuos feneratícios. 5. Conclusão.

1. Introdução

O escopo primordial do presente trabalho consiste em cotejar duas figuras jurídicas de importante ingerência na vida negocial hodierna: de um lado a redução do negócio jurídico, mediante a qual se busca dar aplicação prática a um princípio que reputamos deveras importante atualmente, qual seja, o da conservação do negócio jurídico; e, de outro, os contratos de mútuo feneratício, de suma importância na vida das pessoas, também em face de sua vasta aplicação prática, sobretudo como meio de concessão de financiamentos pelas instituições de crédito.

Cláudio Petrini Belmonte é advogado e mestrando em ciências jurídico-civilísticas.

Assim, buscamos colocar frente a frente os elementos caracterizadores e os requisitos dessas duas figuras para, segundo nossa ótica, mostrarmos a aplicação da redução dos negócios jurídicos aos contratos de mútuo feneratício, ao passo que, outrossim, demonstramos como essa situação tem-se evidenciado preponderantemente na *praxis*.

Não temos a pretensão de esgotar o tema, muito pela vasta diversidade de hipóteses decorrentes das atividades negociais, apenas de procurar tecer algumas considerações baseadas em determinadas situações que poderão, esperamos, fornecer algum substrato à análise de outras.

Por derradeiro, importa salientar que, foi enfatizada a aplicação das aludidas figuras nos sistemas jurídicos de Portugal e Brasil.

É imprescindível para um melhor aproveitamento do trabalho que, anteriormente ao cotejo das duas figuras jurídicas aqui consideradas, incursione-se, ainda que perfunctoriamente, pelas características de cada uma delas, isoladamente consideradas.

2. O contrato de mútuo feneratício

Como o mútuo feneratício é uma espécie do contrato de mútuo genericamente considerado, a análise feita a seguir é pertinente a ambos os contratos, contudo, as especificidades daquele serão ressaltadas caso a caso.

2.1. Conceito e elementos essenciais.

Consoante refere Orlando Gomes¹, mútuo consiste no “contrato pelo qual uma das partes empresta a outra coisa fungível, tendo a outra a obrigação de restituir igual quantidade de bens do mesmo gênero e qualidade”.

Destarte, por meio desse contrato, espécie do gênero empréstimo² – pelo que também é conhecido como *empréstimo de*

consumo –, uma parte (mutuante) entrega a outra (mutuário) a plena disposição da coisa emprestada (objeto mediato) objeto (imediatamente)³ do contrato, carreado inevitavelmente na transferência da propriedade da mesma, haja vista tratar-se de bens fungíveis – a propriedade é transmitida com a tradição. Esse caráter translativo do mútuo consiste na sua característica fundamental.

É da essência do contrato de mútuo que os bens objeto do contrato sejam fungíveis⁴, quais sejam, aqueles que podem ser substituídos por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade. Os bens consumíveis⁵, espécie de fungíveis, são muitas vezes objeto desse contrato, do que é exemplo a entrega de uma carga de determinado tipo de cereal a pessoa que, mais tarde, deve restituir a quem lhe entregou, não a mesma carga, mas outra com iguais gênero, qualidade e quantidade.

Conforme já mencionado, o mútuo implica a transferência do domínio do bem emprestado, tornando o mutuário proprietário desse bem, podendo, via de consequência, dar-lhe o destino que bem entender. Daí decorre que, sob pena de nulidade, somente é capaz de ser mutuante quem tenha a propriedade da coisa mutuada e seja capaz de aliená-la – *poder de disposição*⁶ (além, é claro, da capacidade geral para contratar). Para ser mutuário, é exigível que tenha capacidade civil de se obrigar, haja vista que contrai a obrigação de restituir outra coisa da mesma espécie, qualidade e quantidade, o que importa na manifestação de um ato volitivo, sendo, portanto, necessários discernimento e decisão.

Importa salientarmos ainda a temporariedade do mútuo, consistindo essa numa outra de suas características essenciais. Tal contrato somente se configura com a estipulação de um prazo, determinado ou indeterminado, para que seja devolvida coisa equivalente.

Todas as características até agora mencionadas são concernentes também ao mútuo feneratício (ou frutífero⁷), entretanto, é oportuno que aclaremos alguns conceitos importantes, inclusive para a delimitação da abrangência deste trabalho.

A nosso sentir, mútuo feneratício consiste numa espécie de mútuo oneroso, em que o bem mutuado é dinheiro. Tal posicionamento é adotado com base num rigorismo lingüístico que reputamos essencial à correta compreensão dos institutos jurídicos e, conseqüentemente, à adequada aplicação prática dos mesmos. Consoante salientam Orlando Gomes (1995, p. 318-320), Arnaldo Wald (1988, p. 435) e Arnaldo Rizzardo (Contratos. v. 3, 1. ed., Rio de Janeiro : Aide, 1988. p. 1.015), mútuo feneratício consiste no mútuo oneroso em face da cobrança de juros. Ora, na esteira dos ensinamentos de Plácido e Silva⁸, Washington de Barros Monteiro⁹, citados por João Roberto Parizatto, (1996, p. 56-57) e Silvio Rogrigues¹⁰ (1993, p. 317), entre outros, destacamos que o termo *juros* é intimamente relacionado com o uso de *dinheiro* exclusivamente (não com o uso de outros bens); disso decorre que a cobrança de *juros* só deve ser efetuada quando o empréstimo for de *dinheiro*¹¹. Não se está aqui defendendo que somente são onerosos os mútuos de dinheiro, apenas que a cobrança de *juros* só se justifica quando for este o bem mutuado. Daí vai, com a devida vênia, nossa crítica à terminologia utilizada pelos legisladores brasileiro e português nos respectivos Códigos Civis (arts. 1.262, primeira parte, e 1.145, n° 2¹², nesta ordem), na medida em que fizeram mau uso do conceito epistemológico de juros. Com efeito, deveria ter sido utilizada outra denominação à contraprestação onerosa de mútuos em que o bem emprestado não consiste em dinheiro.

Ou seja, ratificando, no âmbito do presente trabalho, quando mencionarmos *mútuo feneratício*, estar-nos-emos referindo a empréstimos onerosos de dinheiro.

2.2. Natureza jurídica do contrato

Trata-se de um contrato *real* (somente se perfectibiliza – torna-se perfeito e acabado – com a tradição do bem¹³; é requisito da constituição do mútuo, e sem ela configura-se apenas uma promessa de empréstimo), *unilateral* (unicamente o mutuário possui obrigações, inclusive no caso de mútuo feneratício), *temporário* (vide item anterior) e *gratuita ou oneroso* (o mútuo genericamente considerado é de natureza gratuito, e o feneratício, como já salientado, é oneroso, pela cobrança de juros – o artigo 1.145º do Código Civil português estabelece a presunção de onerosidade do mútuo¹⁴)¹⁵.

2.3. Objeto imediato¹⁶

Convém salientar que, muito embora a transferência da propriedade da coisa emprestada seja uma característica fundamental do mútuo, em decorrência da impossibilidade desse bem ser restituído na sua individualidade¹⁷, nela não reside a destinação primordial do contrato. Como anota Arnaldo Rizzardo¹⁸, não passa de um meio para a obtenção do escopo principal do ajuste, qual seja, “a concessão do gozo que se obtém com o uso do dinheiro ou de outras coisas fungíveis”. Esse mesmo autor, citando Serpa Lopes¹⁹, refere que ao *accipiens* “interessa então não o adquirir da propriedade em si e por si, mas tão-só o direito de gozo que lhe possa proporcionar essa aquisição e durante o tempo contratual”.

Em termos específicos de mútuo feneratício, o objeto imediato do contrato é a concessão (por parte do mutuante) de determinado capital, com sua posterior devolução (por parte do mutuário) acrescida dos respectivos juros (encargos) contratuais.

2.4. Extinção do contrato

O contrato de mútuo é temporário. Se o prazo do término do contrato não for fixado convencionalmente, tanto o orde-

namento jurídico brasileiro (art. 1.264 do Código Civil – no caso de mútuo de dinheiro, ainda que não oneroso, aplica-se o inciso II) quanto o português (art. 1.148 do Código Civil – no caso, item 2^o) estipulam uma presunção (*juris tantum*) com esse fim, variando de acordo com a qualidade da coisa emprestada.

Na hipótese de falta de estipulação contratual desse prazo, a todo tempo poderá o mutuário ser intimado a cumprir a obrigação de restituição, cabendo, porém, ao credor fixar-lhe prazo razoável. O devedor, no entanto, não sofre qualquer limitação ao seu direito de restituir em qualquer momento, cumprindo a obrigação quando repute conveniente, uma vez que, na esteira das lições do professor Orlando Gomes (1995, p. 321), qualquer “restrição que se fizesse a esse direito seria contrária aos bons costumes, mas, evidentemente, nenhuma vantagem pode pretender com o pagamento antecipado”.

3. A redução do negócio jurídico

3.1. Breve nota histórica. Algumas considerações sobre o sistema jurídico adotado na Alemanha, Suíça e Itália

Para uma adequada abordagem do instituto redução do negócio jurídico, é importante que se faça, aprioristicamente, uma breve análise histórica dessa figura, por meio da qual poderemos recolher alguns ensinamentos indispensáveis à compreensão atual da mesma.

Assim sendo, importa mencionar que encontra seu precedente mais longínquo no Direito Romano, notadamente nas lições de Ulpiano²¹, mediante as quais entendia-se que a nulidade de uma parte do negócio não implicava a nulidade total, quando a parte nula não fosse a parte principal, mas apenas acessória da parte válida, sendo cindível desta, de forma a que o negócio pudesse normalmente produzir seus efeitos. Desde as primeiras

noções de invalidade parcial do negócio jurídico, foi adotado o clássico brocardo *utile per inutile non vitiatur*.

É, contudo, a partir da denominada Escola do Renascimento que o princípio da redução em matéria de negócios jurídicos obtém uma formulação que o aproxima das regulamentações modernas, ao fixar que o seu fundamento pode encontrar-se na vontade das partes ou no comando da lei.

Acerca da positivação do instituto, vale salientar que nem todos os códigos contêm disposição específica relativa à redução do negócio jurídico, do que são exemplos o Código Napoleônico, todos os demais neste inspirados e o Código espanhol. Entre os que a consagram, pode-se fazer uma distinção em dois grandes grupos de acordo com a adoção, ou não, da divisibilidade subjetiva (vide item 3.4.c) do negócio jurídico como regra geral: um grupo segue o posicionamento estatuído no Código Civil alemão (§ 139)²² e outro de acordo com o Código Suíço das Obrigações (art. 20^o, alínea 2^a)²³ e com o Código Civil italiano (art. 1.419^o, alínea 1^a)²⁴. A diferença básica entre as duas correntes consiste na ideologia inversa consagrada nas respectivas regras gerais. Melhor dizendo, enquanto o Código alemão estabelece como critério geral que a nulidade de uma parte do negócio arrasta consigo a nulidade de todo o negócio – salvo quando se deva admitir, com clareza, que o negócio teria sido igualmente concluído pelas partes mesmo sem a parte nula –, os Códigos suíço e italiano enveredam pela solução inversa, qual seja, a de que a nulidade de uma parte do negócio não afeta a parte restante do mesmo, com a ressalva de quando se deva admitir que sem a parte inválida as partes não teriam celebrado o negócio.

O ponto comum entre os dois posicionamentos é que na base de ambos há um elemento preponderante e condicionante da verificação da invalidade total ou

parcial do negócio, consistindo na vontade da parte ou partes celebrantes, reconhecida doutrinariamente como *vontade hipotética* ou *conjectural*. O que muda de um sistema para outro é a presunção da manifestação da parte ou partes, com o conseqüente *onus probandi* para quem alegar que no caso concreto deu-se situação diversa da presumida na regra geral. Ou seja, como conseqüência do estabelecimento da presunção de nulidade total do direito alemão, tem o ônus da prova quem pretenda circunscrever a nulidade parcial tentando salvaguardar a parte válida; no direito italiano e suíço, *contrario sensu*, uma vez que a presunção vai no sentido da nulidade parcial, é titular desse ônus quem pretende a nulidade total, fazendo com que a parte inválida arraste também a parte válida do negócio.

É oportuno salientar, à luz das lições de Joaquim Augusto Domingues Damas (ob. cit., p. 718), que o

“código alemão toma como ponto de partida um critério excessivamente rígido baseado numa presunção de indivisibilidade do negócio, que em termos de oportunidade prática parece não ser o mais adequado à realidade. (...) Solução contrária é a perfilhada pelo código suíço e pelo código italiano ao adotar como critério legal o da redução do negócio jurídico à parte válida, seguindo em termos práticos a melhor solução que remonta à tradição do Direito Canônico²⁵ *utile per inutile non vitiatur*”.

3.2. A tutela da redução nos ordenamentos jurídicos de Brasil e Portugal

Tanto no Brasil, quanto em Portugal, a aplicação do instituto da redução encontra supedâneo nos princípios da conservação dos negócios jurídicos e da proporcionalidade entre a causa e o efeito (se a causa da invalidade respeita só a uma parte do negócio, só essa parte deve ser inva-

lidada)²⁶, que buscam, em termos práticos, a recuperação de negócios que, a seguirem esquemas rígidos, ficariam privados dos efeitos ou de parte dos efeitos que em condições normais produziriam – idéia de, tanto quanto possível, salvar o comportamento negocial das partes e a ordenação autônoma de interesses por elas definida; é o princípio do *favor negotti*.

No ordenamento jurídico português, a primeira vez que o instituto da redução teve acolhimento em termos explícitos deu-se no Código Civil de 1966²⁷, mediante o artigo 292^o²⁸. Como facilmente se depreende do texto legal, tal dispositivo consagra entendimento que vai ao encontro do tutelado nos Códigos suíço e italiano, adotando, assim, um critério base de divisibilidade subjetiva (presunção de divisibilidade do ajuste sob o ponto de vista das partes – vide item 3.4.c) do negócio e conseqüente preservação da parte não viciada, sendo aplicável a todos os negócios jurídicos unilaterais ou bilaterais, desde que compatível com a natureza dos mesmos.

É de salientar que a norma contida no artigo 292^o não abrange todas as hipóteses de redução do negócio jurídico, apenas abarcando as situações em que se dá a conservação da parte do negócio não ferida de invalidade mediante a ausência de uma vontade hipotética ou conjectural da parte ou partes em sentido contrário (redução voluntária do negócio jurídico) – vide item 3.7.

A fim de evitar ilações equivocadas, é de salientar que, nas oportunidades em que parte do negócio jurídico é incompatível com normas legais imperativas, carreando na *substituição* dessa parte pelo disposto nas referidas normas, não se trata do fenômeno da redução, uma vez que, por sua natureza, esta implica sempre uma diminuição quantitativa dos efeitos do negócio primeiramente ajustado pelas partes, o que não se dá com essa substituição; ademais, *in casu*, como é óbvio em

face da imperatividade das leis, é desconhecida a vontade hipotética ou conjectural das partes²⁹.

Já no caso do ordenamento jurídico brasileiro, a situação se vislumbra bastante diversa. Salvo melhor juízo, não é evidenciada uma consagração aberta e explícita da redução do negócio jurídico, e, nas poucas vezes em que é abordada pela doutrina ou jurisprudência, sequer é referido o *nomem juris* atribuído ao instituto. Contudo, e apesar disso, a exegese da *mens legis* de alguns dispositivos legais não deixa dúvidas quanto à, ainda que da forma supracitada, adoção do instituto em apreço. São eles: artigo 153, primeira parte, do Código Civil³⁰ e artigo 51, parágrafo 2º, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) – ainda que de uma forma menos clara que os demais dispositivos citados, parece-nos que o parágrafo único do artigo 113 do Código Civil também consagra a redução do negócio jurídico.

3.3. Natureza jurídica da redução³¹

A inadequação do negócio celebrado pelas partes contratantes aos parâmetros legais (em face de seus elementos constitutivos ou seus pressupostos não corresponderem aos elementos essenciais ou aos pressupostos necessários do tipo legal – podendo ser aqui considerados os mais variados aspectos, notadamente sobre a capacidade, a forma ou o conteúdo) tem como consequência a não-produção dos efeitos jurídicos negociais planejados pelas partes, o que é traduzido na ineficácia do ajuste; no caso específico deste trabalho, devido à invalidade³² do mesmo³³. A redução é, pois, inserida na disciplina dos efeitos das invalidades negociais³⁴.

Como já ressaltado alhures, a redução do negócio jurídico encontra-se inserida num princípio norteador de maior amplitude, qual seja, a conservação dos negócios jurídicos, podendo também ser invocado o princípio da economia jurídica.

Dessa forma, busca-se a manutenção do *mesmo* ajuste firmado pelas partes, consagrando a autonomia privada, circunscrevendo a parte inválida de seu conteúdo (independentemente de tratar-se de nulidade ou anulação) pelo fato da mesma ter ido de encontro a normas legais específicas ou a princípios gerais consagrados no respectivo ordenamento jurídico. Na autonomia privada, as partes têm a faculdade de regulamentar seus próprios interesses – poder normativo –, mas sempre em conformidade com os preceitos do ordenamento jurídico, sendo inválido tudo quanto seja criado fora dos princípios e da base legal da sua atribuição, pelo que agir com base na autonomia privada é agir segundo o Direito³⁵.

Assim, a redução do negócio constituirá uma *recompensa* da ordem jurídica pelo reconhecimento do valor jurídico da parte válida do negócio e da sua idoneidade para valer como preceito normativo vinculante. Ela contrapõe-se, por um lado, à eficácia total do negócio, tal como fora pretendido pelas partes celebrantes na regulação de seus interesses, e, por outro lado, à ineficácia total resultante da não-atribuição de qualquer relevância pela ordem jurídica à regulação dos interesses pelos privados para além dos limites estabelecidos pelo direito positivo. Pode-se dizer que o negócio reduzido consiste no resultado final positivo do exercício da autonomia privada, dentro de limites mais apertados, definidos pelo direito objetivo, o que resultará da regra geral de conservação do negócio.

3.4. Requisitos da redução do negócio jurídico

3.4.a. Caráter unitário do negócio jurídico

Somente é possível falar-se de redução do negócio jurídico quando este for único – unitário – (podendo ser simples ou complexo), cingindo-se a nulidade ou anulação a uma parte do seu conteúdo.

O negócio reduzido é ainda o *mesmo*, apenas amputado duma parte do seu conteúdo originário, notadamente a parte inválida.

É sabido que, perante uma *praxis* negocial complexa, resultante de uma realidade econômica e social em permanente mutação, por vezes torna-se tarefa difícil determinar, em face da diversidade de soluções negociais encontradas, se estamos perante um negócio único ou unitário ou, pelo contrário, perante dois ou mais negócios independentes relacionados entre si por um vínculo meramente exterior ou acidental. Entretanto, no rumo do que dissemos acima, tal tarefa é indispensável para a possibilidade ou não de utilização da redução do negócio jurídico.

Quando ocorre a celebração de negócios típicos ou nominados (expressamente previstos em lei – do que é exemplo o contrato de mútuo), é solarmente mais fácil a percepção de que se trata de um negócio unitário. Não é o que ocorre quando as partes contratantes, no uso da liberdade e autonomia conferida ao ordenamento jurídico dos privados, ao celebrarem o ajuste, modificam os modelos negociais fornecidos pela lei ou criam modelos novos (negócios inominados ou atípicos), o que acaba por dificultar o reconhecimento da caracterização do ajuste, se as disposições constituem uma unidade negocial ou uma pluralidade de negócios ligados por nexos que não excluem o valor próprio de cada um^{36,37}.

3.4.b. Negócio jurídico divisível. Divisibilidade objetiva ou material

A divisibilidade objetiva decorre da lei, ou da própria natureza ou conteúdo do contrato. Tal requisito para a aplicação da redução consiste na necessidade de que o negócio jurídico unitário (simples ou complexo) possa dividir-se em partes, pressupondo que as disposições que o compõem podem ser tratadas independentemente uma das outras no sentido de

que a parte válida possa ter uma existência autônoma da parte inválida – a parte válida há de ter possibilidade de existir autonomamente no ordenamento jurídico em termos jurídico-formais e que efetivamente ainda possua aptidão para realizar sua função econômico-social.

Em termos específicos de redução, e consoante os ensinamentos de Karl Larenz³⁸, para que seja reconhecidamente divisível, é necessário que o negócio possa dividir-se em partes sem que varie seu caráter e que a parte restante seja todavia um negócio jurídico considerado por si só³⁹.

O negócio será materialmente indivisível quando a invalidade recair sobre seus elementos correspondentes aos essenciais aos negócios jurídicos em geral ou sobre seus elementos específicos caracterizadores de sua espécie, fazendo com que, na hipótese de essas partes serem amputadas, o negócio originário firmado pelas partes não possa subsistir por falta de elemento indispensável a todo e qualquer negócio jurídico ou especificamente àquela espécie negocial. Isso se dá em face da necessidade em que a parte válida do negócio possa remanescer de acordo com as regras gerais dos negócios jurídicos e constituindo o mesmo negócio originalmente firmado pelas partes.

3.4.c. Vontade hipotética ou conjectural. Divisibilidade subjetiva ou intelectual⁴⁰

Mesmo entendendo-se que o negócio seja materialmente divisível, este só se conservará na sua parte válida se não for demonstrado que não teria sido concluído sem a parte viciada. Contudo, em produzindo-se tal prova, todo o negócio será nulo, arrastando a parte válida pela parte inválida.

A vontade das partes recebe a caracterização de hipotética ou conjectural, pois perquire-se a vontade que a parte ou partes teriam tido se, no momento da celebração do negócio e considerando-se as circunstâncias concernentes a essa etapa,

lhes tivesse sido colocada a possibilidade de este ser inválido em algum ou alguns dos seus aspectos, causando a invalidade parcial do ajuste. Como leciona o professor Rui Alarcão⁴¹, “quando se deva entender que teriam preferido desistir do negócio, mesmo na parte em que ele não briga com a lei, estaremos caídos na nulidade total. Do contrário, a nulidade ficará parcial apenas, tendo lugar a redução do negócio”⁴².

Consiste numa vontade construída pelo juiz, que deve colocar-se no lugar das partes e, na forma referida, questionar-se sobre o que teriam elas estabelecido no caso de saberem que determinada parte contrariava disposições legais. Para tanto, deverá o magistrado levar em consideração todo o circunstancialismo que rodeou a celebração do negócio e uma análise dos interesses em causa segundo padrões objetivos⁴³. Nesse sentido, *mister* destacar-se, de um lado, as cláusulas que as partes imputaram relevantes para a conclusão do negócio em função do interesse prático por elas prosseguido e sem as quais elas não o teriam celebrado, e, por outro lado, aquelas das quais emerge um interesse subordinado às primeiras e que não assumem particular relevância na programação das partes ao concluir o negócio.

Além dessa análise *subjetiva* da vontade conjectural, até mesmo para que não haja soluções desvinculadas do negócio concreto originariamente firmado pelas partes, e na esteira do que foi acima salientado⁴⁴, deve-se sempre levar em conta uma outra de natureza *objetiva*, por meio da qual deve-se procurar a solução que, de acordo com a ponderação dos interesses em presença, revele-se objetivamente justa.

É importante destacar que o sistema jurídico português consagra o uso da vontade conjectural das partes como regra geral a ser aplicada na análise de negócios jurídicos – artigo 239º do Código Civil, *in fine*⁴⁵.

3.5. A boa-fé e o regime da redução do negócio jurídico

Em termos específicos de redução do negócio jurídico, o princípio da boa-fé tem a seguinte relevância: é de admitir, de forma ampla e abstrata, que, sempre que a vontade hipotética das partes vá no sentido da invalidação total do negócio, e esta contrarie os ditames da boa-fé, deve o negócio ser reduzido, mantendo-se na sua parte válida. Ou seja, impõe-se a observância desse princípio quando outra fosse a solução presumível dos contratantes. Assim sendo, e de acordo com os ensinamentos de Karl Larenz⁴⁶, é inegável que a boa-fé constitui um limite à observância da invalidade total⁴⁷.

Mesmo que a boa-fé não tenha sido expressamente mencionada nos respectivos dispositivos legais de Brasil e Portugal concernentes ao instituto da redução⁴⁸, é certo que configura princípio estruturante nos ordenamentos jurídicos desses países, e como tal, de profunda imperatividade – no caso do sistema jurídico português, vide os artigos 239º, 762º⁴⁹ e 334º⁵⁰, todos do Código Civil – cfr. Luis A. Carvalho Fernandes (1993, p. 347).

3.6. A redução teleológica

Existe ainda uma outra situação em que a vontade hipotética deve ser afastada. Quando a situação do caso concreto exigir a aplicação de normas que visam proteger uma das partes contratantes, considerada mais frágil (débil) nessa relação, o princípio nelas tutelado deve prevalecer, se for o caso, sobre a vontade hipotética das partes de invalidar totalmente o negócio.

Essa sobreposição legal tem o desiderato de garantir o cumprimento finalístico da norma. Obsta-se, desse modo, que seja dado à parte mais forte demonstrar que, sem a existência de determinada parte do contrato (justamente a que busca proteger a parte mais fraca), não o teria celebrado, fazendo, assim, com que os meios protetivos previstos nessas normas fossem

inócuos e que estas não atingissem as finalidades para que foram editadas. Nessas situações, impõe-se a conservação do negócio reduzindo-o à sua parte válida, como modo de evitar a fraude a leis de cunho protetivo, de especial relevância social. Em face do caráter de proteção da finalidade da norma, essa espécie de redução do negócio jurídico é denominada *teleológica*.

Tanto o ordenamento jurídico brasileiro quanto o português possuem normas com esse condão, do que são exemplos as respectivas leis de proteção dos consumidores⁵¹ e, especificamente em Portugal, a denominada Lei das Cláusulas Contratuais Gerais⁵².

3.7. A redução legal

Trata-se de outra forma de redução do negócio jurídico, dessa vez com base na vontade e imperatividade do legislador, ou seja, desconsiderando novamente a vontade hipotética ou conjectural das partes.

Essa forma de redução consagra a imperatividade das normas e significa a conservação do negócio sem a parte viciada, imperativamente eliminada no próprio momento da criação do negócio, que, por possuir forma contrária à norma legal, é automaticamente afastada. Alguns exemplos colhidos do ordenamento jurídico português seriam os artigos 812º; 1.040º; 1.146º, nº 3 e 2.169º a 2.178º, todos do Código Civil, ou ainda o artigo 14º do Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro⁵³, acerca do controle das cláusulas contratuais gerais.

Segundo Luis A. Carvalho Fernandes (1993, p. 577) “a cláusula nula tem-se por não escrita” – vide artigos 271º, nº 2⁵⁴, e 2.230º, nº 2⁵⁵, ambos do Código Civil português.

Operada a redução legal, elimina-se a cláusula inquinada, subsistindo em tudo o mais o negócio tal como as partes o celebraram.

4. Aplicação da redução do negócio jurídico ao contrato de mútuo feneratício

4.1. Possibilidade genérica de aplicação.

Muito embora sem o favorecimento do estudo de um caso concreto específico, é oportuna a análise – portanto genérica – do cotejo dos requisitos da redução com os elementos e características do mútuo feneratício para, ao cabo, constatar a aplicabilidade ou não daquele instituto a este contrato.

O requisito de *unitariedade do negócio jurídico*⁵⁶ não constitui óbice para tanto, pois o mútuo feneratício é reconhecidamente um contrato unitário (ou único), sendo, inclusive, típico (no caso dos Códigos Civis de Portugal e Brasil, é previsto nos artigos 1.142º e 1.256, respectivamente)⁵⁷ – é ressabido que essa espécie de mútuo não é formada pela composição de vários outros contratos e que possui apenas um objeto negocial⁵⁸.

Acerca da *divisibilidade objetiva*⁵⁹ do mútuo *in casu*, há que referir-se que o mesmo somente será indivisível materialmente (para efeitos de redução) em três situações: *a)* sempre que lhe faltarem os requisitos genéricos de validade dos atos jurídicos em geral⁶⁰; *b)* quando a manifestação de um, ou de ambos os contratantes, for nula⁶¹; e *c)* sempre que a parte inválida consista num elemento específico caracterizador desse contrato.

E, finalmente, no que tange à *divisibilidade subjetiva*⁶² do mútuo feneratício (situação na qual talvez se faça mais necessária uma análise caso a caso), parece-nos que o magistrado deve criar a vontade hipotética ou conjectural das partes no sentido de que nenhuma delas teria querido efetuar tal negócio se lhe fosse submetida uma onerosidade (sentido lato) além dos limites máximos estabelecidos nas respectivas normas legais. Dessa forma, a nosso sentir acertadamente, na determinação da vontade hipotética seriam também considerados meios obje-

tivamente justos, tendo em consideração a larga utilização desses contratos como concessão de créditos e financiamentos, sobretudo por instituições de crédito⁶³. Exemplificativamente, entendemos que deve-se seguir o raciocínio – salvo o casuísmo – que o mutuário não quereria pagar juros acima do limite máximo legal, e o mutuante, por sua vez, não teria querido celebrar tal ajuste com uma taxa que não fosse nos níveis de tal limite.

Nesses termos, entendemos ser possível a utilização da redução *voluntária* ou *comum* (baseada na vontade hipotética ou conjectural das partes) a contratos de mútuo feneratício.

As figuras da *redução teleológica*⁶⁴ e da *boa-fé*⁶⁵ ⁶⁶ são também de grande aplicabilidade aos mútuos feneratícios, em face da ampla utilização desses contratos na concessão de empréstimos bancários⁶⁷, em que os consumidores figuram como mutuários em evidente debilidade contratual – são aplicáveis as leis de proteção dos consumidores do Brasil e de Portugal e, relativamente a este país, também a denominada “Lei das cláusulas contratuais gerais”⁶⁸.

Se for o caso, também não se evidenciam óbices à utilização da *redução legal* em contratos de mútuo feneratício.

Ante o exposto, entendemos ser plenamente cabível a utilização da redução do negócio jurídico (sentido lato) a contratos de mútuo feneratício, obviamente, com a ressalva de nuances peculiares a casos concretos⁶⁹.

4.2. Mútuos feneratícios usurários

Apesar de a jurisprudência portuguesa não ser muito volumosa nessa matéria⁷⁰ e de a brasileira não mencionar expressamente a figura da redução, acreditamos que a maior incidência prática dessa figura em mútuos feneratícios se dê quando estão em causa negócios usurários.

O Código Civil português de 1966 consagrou a usura como vício geral do negócio jurídico⁷¹ (art. 282º) visando

rechaçar a idéia de exploração de um contratante sobre o outro – consiste numa cláusula geral invalidadora dos negócios jurídicos. O entendimento hodierno é que a lesão consiste no elemento objetivo da usura (somente atinge relevância jurídica nessa condição), sendo aquela evidenciada quando forem ofendidos direitos ou interesses alheios⁷². Destarte, pode-se afirmar que haverá lesão quando alguém sofrer prejuízo injustificado causado pela celebração de determinado negócio jurídico.

De acordo com o artigo 283º⁷³ do mesmo código, o lesado num negócio usurário pode optar pela manutenção do ajuste tal qual foi firmado, pela sua extinção por meio da figura da anulação ou, ainda, buscar sua modificação segundo juízos de equidade⁷⁴ (relevância do princípio da conservação dos negócios jurídicos) – nesta hipótese, entende-se que o ajuste já não mais deverá ser anulado, por falta de interesse do lesado. Como visto, a manutenção ou não do negócio na ordem jurídica, com a conseqüente produção ou não dos seus efeitos, está primordialmente (ainda que não completamente) na dependência da vontade do lesado⁷⁵, e a possibilidade dessa mudança passa pela análise, outrossim, das condições particulares de cada negócio individualmente considerado.

É na hipótese de modificação do negócio que aparece a figura jurídica da redução – que, consoante já salientado, deverá ser meramente *quantitativa* –, com o escopo de “amputar” a parte onerosamente excessiva ou injustificada, repondo, sempre que possível, um equilíbrio contratual justo. Em face do caráter protetivo que essas situações impõem, Pedro Eiró (1990, p. 81) refere que é significativa a vontade do lesado, devendo ser desprezada a do usurário “em virtude da especial desvalorização em termos axiológicos-jurídicos que sobre ele recai e que funda todo o regime da usura”.

No âmbito da doutrina brasileira, Wilson de Andrade Brandão⁷⁶ salienta que é despicienda uma análise por demais

aprofundada dos conceitos atuais de usura e lesão nas situações em que são prejudiciais aos mutuários, pois não há diferença relevante no tratamento jurídico de ambas. Desde de 1933, com a entrada em vigor da chamada “Lei da Usura” (Decreto nº 22.626, de 7 de abril), que os contratos usurários (sentido lato, abarcada também a figura da lesão) são regidos por essa norma, e somente em 1951, com o advento da Lei nº 1.521 (precisamente em seu artigo 4º, com a redação do Decreto-lei nº 869), foi referido novamente o instituto da lesão no direito brasileiro. Atualmente, a “Lei da Usura” é de grande ingerência no controle dos mútuos feneratícios⁷⁷.

Cumpre-nos agora analisar as ilegalidades mais freqüentemente evidenciadas nos ordenamentos jurídicos de Brasil e Portugal, as quais caracterizam a generalidade dos mútuos feneratícios como verdadeiros negócios usurários.

4.2.a. Cobrança de juros remuneratórios acima do limite legal

Em Portugal, o limite máximo permitido para a cobrança de juros remuneratórios (compensatórios) em mútuos civis é tutelado de acordo com os artigos 559º⁷⁸, 559º-A80⁷⁹ e 1.146º⁸⁰, todos do Código Civil.

No que tange a mútuos bancários⁸¹ (Cordeiro, 1998, p. 533) 533 – “celebrado por um banqueiro, como mutuante, agindo no exercício da sua profissão”), muito embora sejam objeto de regulamentação específica (Aviso nº 3/93, de 20 de maio) que praticamente exclui a imposição de qualquer limite para a cobrança de juros remuneratórios (nº 2⁸²), “na falta de normas diversas, funcionam os limites gerais, vigentes no País, quanto a taxas máximas” (Cordeiro, 1988, p. 534).

No regime jurídico brasileiro, a questão normativa encontra-se um tanto mais complexa, haja vista as divergências acerca da limitação ou não dos juros remuneratórios.

Uma corrente doutrinária, acompanhada por parte da jurisprudência, entende que a Constituição Federal brasileira (art. 192, parágrafo 3º), a Lei de Usura (Decreto nº 22.626/33, artigo 1º, *caput*) e o Código Civil brasileiro (arts. 1.062 e 1.262) obstam a cobrança dessa espécie de juros acima da taxa de 12% (doze por cento) ao ano.

Em que pese reconhecermos a existência de corrente doutrinária e jurisprudencial no sentido de que é competência do Conselho Monetário Nacional (de acordo com a chamada “Lei da reforma bancária” – Lei nº 4.595/64) a fixação de patamar máximo para a cobrança dos juros *in casu, data maxima venia*, comungamos daquele primeiro posicionamento, pois entendemos que, para efeitos dessa estipulação, não é necessária a edição de qualquer lei complementar e, ademais, a citada Lei nº 4.595/64 não é bastante para elidir a aplicação do limite máximo de 12% ao ano, tanto por ser contrária ao escopo do legislador constituinte de 1988 (não foi recepcionada pela Carta Magna vigente), quanto por não ter revogado a Lei de Usura e nem os artigos do Código Civil⁸³.

O que se deve ter em mente para efeitos do presente trabalho, independentemente de qual o ordenamento jurídico em questão, é que, na medida em que os juros remuneratórios forem estipulados no contrato acima do limite legal concernente, deverá o juiz, fazendo uso da redução do negócio jurídico, fixá-los de acordo com o limite máximo previsto no respectivo regime, excluindo a parte da cláusula que determina a cobrança da parte excedente (acima do limite legal) desses juros.

Entendemos que a situação permite a ampla aplicação do instituto da redução, podendo ser aplicada a redução *legal* (no caso de Portugal, com base no nº 3 do artigo 1.146º do Código Civil⁸⁴)⁸⁵; a *comum* (considerando-se hipoteticamente que o mutuário teria vontade de celebrar esse mútuo enquanto não lhe fosse imposta uma onerosidade além do máximo limite

legal; adotando, o magistrado, outrossim, um posicionamento de buscar um equilíbrio contratual em termos objetivos); e, ainda, nas situações em que a parte mutuante possui evidente supremacia de sua “força” negocial, a *teleológica*, pois evidente nessas hipóteses a aplicação de leis de cunho protetivo (sendo mutuante instituições financeiras, incidem as leis de proteção dos consumidores, brasileira ou portuguesa, conforme a situação prática – no caso específico de Portugal, também tem ingerência a “Lei das cláusulas contratuais gerais”). Tal entendimento também é pertinente às demais situações abaixo elencadas, em face da similitude de tratamento às mesmas.

4.2.b. Cobrança de juros moratórios acima do limite legal

Em Portugal, a mora do devedor está regrada nos artigos 804º e seguintes do Código Civil. Já os juros bancários de mora observam o disposto no artigo 7º/1 do Decreto-Lei nº 344/78, de 17 de novembro. Eles consistem numa sobretaxa de 2% a aditar à taxa de juro que seria aplicada à operação em causa, se tem sido renovada, ou à taxa de juro máxima permitida para as operações de crédito ativas de prazo igual àquele por que durar a mora.

No regime jurídico brasileiro, a limitação para a cobrança de juros moratórios em contratos de mútuos feneratícios é determinada pela Lei de Usura mediante de seu artigo 5º. A interpretação doutrinária e jurisprudencial feita desse dispositivo é que o limite anual para a cobrança dessa espécie de juros consiste em 1% ao ano sobre o montante total mutuado.

Destarte, na esteira do aduzido no item anterior, excedendo tais patamares, deve ser reduzido o negócio jurídico até o limite máximo permitido por lei para a cobrança de juros moratórios, sendo excluída a parte da cláusula contratual concernente ao excesso da cobrança.

4.2.c. Prática do anatocismo

Por anatocismo entende-se a prática de fazer vencer juros de juros, por meio da qual se permite multiplicar a taxa efetivamente cobrada em certa operação.

No âmbito do Direito Civil português, a matéria é regida pelo artigo 560º do Código Civil, por meio do qual tal *praxis* é permitida por uma de duas vias (nº 1): por convenção entre as partes, posterior ao vencimento; ou mediante notificação judicial feita ao devedor para capitalizar os juros vencidos ou proceder ao seu pagamento, sob pena de capitalização. De acordo com o nº 2 do mesmo preceito, a capitalização somente poderá ser anual. Por fim, importa salientar que o nº 3 desse dispositivo faculta o regramento do anatocismo bancário de forma diversa, o que efetivamente acontece, na medida em que considera inaplicáveis todas as mencionadas restrições “se forem contrárias a regras ou usos particulares do comércio”.

No Brasil, o anatocismo é regulado pela mesma norma legal tanto para o direito civil, quanto para o bancário, sendo vedado pelo artigo 4º do Decreto nº 22.626/33 (Lei de Usura), existindo, inclusive, súmula do egrégio Supremo Tribunal Federal obstando essa prática⁸⁶. Contudo, o tema não é pacífico, evidenciando-se duas correntes jurisprudenciais, uma adotada pelo Superior Tribunal de Justiça⁸⁷, no mesmo sentido do Supremo Tribunal Federal, e outra seguida por algumas câmaras do hoje extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, no sentido de que somente é permitida a capitalização anual dos juros⁸⁸.

Nessa situação também é aplicável a redução ao contrato de mútuo feneratício sempre que a prática do anatocismo for considerada ilegal, ou por estar diferente da forma legal permissiva (onde somente parte da cláusula que o estipula seria invalidada, nomeadamente a parte que institui uma onerosidade acima do permi-

tido por lei), ou simplesmente por existir (sendo, nesta hipótese, excluída toda a cláusula), consoante o posicionamento adotado no caso específico.

4.2.d. Cobrança de multa moratória acima do limite legal

O ordenamento jurídico brasileiro adota a cobrança de multa moratória como medida tendente a compelir o devedor a prestar sua obrigação na época aprazada; seu limite máximo é estabelecido no parágrafo 1º do artigo 52 do Código de Defesa do Consumidor (alterado pela Lei nº 9.298, de 1º de agosto de 1996), consistindo em 2% do valor da prestação.

João Roberto Parizatto⁸⁹ analisou a reforma do parágrafo supracitado, que estipulava o limite de 10% sobre o valor do débito para essas multas, justificando-a por ser “medida tendente a adequar tal penalidade pelo atraso no pagamento de uma obrigação à baixa inflação reinante no país”. Doravante, mesmo que se estabeleça por desconhecimento ou por qualquer outro motivo a estipulação de multa moratória superior a dois por cento, essa não poderá ser exigida, pois que contrária à lei, observando-se que o que é feito contra a lei é tido como não feito⁹⁰.

No Código Civil português (art. 1.146º), há a estipulação dos patamares máximos de 7% ou 9% – conforme haja ou não garantia real no respectivo empréstimo – acima dos juros legais, relativamente ao tempo de mora.

Percebe-se uma diferença de tratamento nos dois Estados ora considerados: enquanto em Portugal⁹¹ é relevante o período de tempo em que o mutuário se encontra em mora e tal multa perfaz um cunho indenizatório (talvez seja essa a justificativa para taxas altas), no Brasil independe o tempo de mora (pois a multa incide sobre o valor total do débito), uma vez que o objetivo desse ônus é compelir o pagamento e não já constituir uma indenização pelo inadimplemento contratual.

Destarte, no rumo do que temos exposto no presente estudo, em sendo estipulada respectiva cláusula com onerosidade além do que estipulado nos regimes legais considerados, entendemos que esse mútuo deverá ser reduzido aos limites máximos estipulados por lei. Importa salientar que, no caso específico de Portugal, a redução legal tem aplicação expressa nessas situações, em face do disposto no item 3 do artigo 1.146º do Código Civil deste país.

4.2.e. Utilização da Taxa Referencial – TR como índice de atualização inflacionária

Uma das ilegalidades mais frequentes nos mútuos feneratícios levados a efeito por instituições financeiras brasileiras é, mediante sua condição de supremacia negocial (contratos de adesão), a utilização da Taxa Referencial (TR) como índice de atualização monetária.

Ocorre que essa taxa é reconhecidamente um índice de juros e não mero indexador inflacionário. Além de repor a depreciação da moeda, ainda acresce juros reais, carreando na elevação da efetiva taxa de juros compensatórios (remuneratórios) cobrada no mútuo. Eis o porquê da ilegalidade do seu uso como forma de atualização monetária⁹².

Por questões de bom senso e rotina negocial, não é de se admitir um empréstimo de dinheiro sem cláusula de atualização monetária, nem crível que a vontade das partes fosse em sentido contrário; contudo, em face do uso ilegal da TR, entendemos que essa parte do mútuo feneratício deva ter sua invalidade reconhecida.

4.2.f. Utilização do chamado “método hamburguês”

Uma outra ilegalidade deveras frequente em contratos de mútuos feneratícios no cenário brasileiro consiste no uso do chamado “método hamburguês” como forma de calcular os juros cobrados em face da concessão desses empréstimos.

Ocorre que tal expressão é altamente técnica, cujo alcance e conseqüências o mutuário, enquanto *homo medius*, desconhece. Os tribunais brasileiros entendem que, nesses casos, há evidente quebra do princípio da boa-fé e do dever de lealdade que deve presidir todos os atos jurídicos, ademais, que há infração do disposto no artigo 54, parágrafos 3º e 4º do Código de Defesa do Consumidor, segundo o entendimento que num contrato de financiamento todas as cláusulas restritivas devem ser destacadas e compreensíveis para o aderente⁹³.

Entre as disposições legais de caráter protetivo existentes no sistema legal português, parece-nos que uma vai precisamente ao encontro do tutelado na norma brasileira que, com intuito ilustrativo, merece ser destacada. Trata-se do disposto na alínea *b*) do artigo 8º do Decreto-Lei nº 220/95, de 31 de janeiro (“Lei das cláusulas contratuais gerais”), em que consta que se consideram excluídas dos contratos singulares “as cláusulas comunicadas com violação do dever de informação, de molde que não seja de esperar o seu conhecimento efectivo”.

Assim sendo, evidencia-se mais uma situação de invalidade que, como tal, carrega na exclusão da respectiva cláusula, com a redução do contrato.

Para finalizar este tópico, *mister* salientar que, em qualquer uma das situações apontadas nos subitens acima (4.2.a ao 4.2.f), seria possível a utilização da figura da redução do negócio jurídico, pois a minoração quantitativa dos efeitos negociais em nenhum momento descaracterizou o contrato originário firmado entre as partes.

4.3. Vícios formais

Como regra genérica, entendemos que a existência de vícios formais em contratos de mútuo feneratício não impede indiscriminadamente a redução desses negócios. Dizemo-lo em face da grande variedade

de circunstâncias que podem estar na origem da exigência de forma. Nesse mesmo sentido é o entendimento de Luis A. Carvalho Fernandes (1993, p. 572), quando salienta que em determinadas situações pode ocorrer que a exigência da forma legal dependa de circunstâncias que nada tenham com a natureza do ato jurídico, mas sim com fatores “acidentais”, como seja o seu prazo de duração ou o valor ou a modalidade do seu objeto. Esse mesmo autor ainda refere (*idem*, nota 2) a posição adotada por José Tavares, em que aduz que “a ineficácia do acto jurídico por defeito de forma pode ser apenas parcial quando a formalidade seja exigida além de certos limites ou para certos efeitos”.

O rigor formal imposto pelo Código Civil brasileiro a contratos de mútuo feneratício consiste na exigência de cláusula expressa para fixação dos juros. Muito embora sejamos partidários do princípio da conservação do negócio jurídico sempre que possível, no caso em análise, entendemos que o mútuo não deverá ser reduzido, sobretudo pela *praxis* brasileira, na qual, grosso modo, o mutuário não recebe das instituições financeiras um tratamento negocial adequado, nomeadamente no que condiz com a boa-fé. Sem a existência de cláusula expressa fixando os juros (que na grande maioria das vezes já são extorsivos), o mutuário ficaria por demais desprotegido, não devendo tal negócio persistir.

O Código Civil português estabelece no seu artigo 1.143º (redação do Decreto-Lei nº 163/95, de 13/7) a validade do mútuo consoante a forma do instrumento contratual relacionada ao valor do contrato. A questão não nos parece complexa, podendo o negócio ser reduzido, tendo sua validade até o montante máximo cuja forma foi respeitada⁹⁴.

4.4. Invalidades em elementos essenciais e caracterizadores dos mútuos feneratícios

No rumo do que dissemos no item 3.4.b, acima, um contrato de mútuo feneratício

não ensejará sua redução quando for viciado em seus elementos correspondentes aos essenciais aos negócios jurídicos em geral ou em seus elementos caracterizadores de sua espécie, pois, na hipótese de essas partes serem excluídas, o negócio originário firmado pelas partes não poderá subsistir por falta de elemento indispensável a todo e qualquer negócio jurídico ou especificamente à sua espécie.

Ou seja, um mútuo feneratício não poderá ser reduzido se for excluída a cobrança de juros ou a concessão de dinheiro, por exemplo.

5. Conclusão

Como nota conclusiva, é de ressaltar que buscamos, por meio do presente estudo, evidenciar a vultosa importância prática da redução do negócio jurídico como forma de outorgar efetividade a princípio norteador do “direito negocial” moderno, qual seja, a conservação dos negócios jurídicos. Para tanto, cotejamos seus elementos e requisitos com os de um contrato completamente inserido no cotidiano das pessoas, o mútuo feneratício, e, ao concluirmos que tal instituto é pertinente, acreditamos estar demonstrada a aludida aplicabilidade.

Não tivemos a pretensão de abarcar o tema em todas suas possibilidades, pois é por demais amplo e abrangente, mas sim de destacar que o ordenamento jurídico brasileiro consagra a utilização desse instituto jurídico e, bem assim, de fornecer características dessa figura de modo a incrementar seu uso em outras situações.

Em face de sua importância na rotina negocial hodierna, a redução do negócio jurídico é objeto de vasta aplicação prática e de inúmeras obras doutrinárias na Europa, o que, *data venia*, deveria ser um sinal de alerta para uma notória consagração desse instituto em nosso País. Por acreditarmos nas benesses desse novo enfoque, buscamos dar nossa contribuição com o presente trabalho.

Notas

¹ Gomes, Orlando. *Contratos*. 15. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995. p. 318.

² Segundo WALD, Arnold. *Obrigações e Contratos*. 13. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998. p. 429, “empréstimo é a convenção pela qual uma das partes recebe coisa alheia para utilizá-la e, em seguida, devolvê-la ao legítimo proprietário”.

³ Em outras palavras, o que se buscou transmitir pode ser demonstrado por meio das lições de COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra : Almedina, 1998. p. 125, em que refere que *objeto imediato* ou *directo* consiste na prestação devida, e objeto *mediato* ou *indirecto* da obrigação seria a coisa ou fato (positivo ou negativo) que deve ser prestado. “Numa palavra, trata-se, respectivamente, da prestação em si e do próprio objeto da prestação”.

⁴ Assim sendo, a rigor, não pode haver mútuo de bens imóveis. Mas é *mister* salientar que as partes têm a faculdade de, mediante convenção, “transformar” bens reconhecidamente fungíveis em infungíveis, também valendo o contrário.

⁵ Aqueles móveis cujo uso importa na destruição imediata da própria substância, sendo também considerados como tal os destinados à alienação.

⁶ Gomes, op. cit., p. 320.

⁷ Gomes, op. cit., p. 318.

⁸ “Juros, no sentido atual, são tecnicamente os frutos do capital, ou seja, os justos proventos ou recompensas que dele se tiram, consoante permissão e determinação da própria lei, sejam resultantes de uma convenção ou exigíveis por faculdade inscrita em lei. Assim, juros se mostram particularmente os resultados obtidos com os empréstimos de dinheiro, conseqüentes notadamente de mútuos, fundados na percentagem que se estabelece na base anual ou de mês.”

⁹ “Juros são o rendimento do capital, os frutos produzidos pelo dinheiro. Assim como o aluguel constitui o preço correspondente ao uso da coisa no contrato de locação, representam os juros a renda de determinado capital.”

¹⁰ “Juro é o preço do uso do capital. Vale dizer, é o fruto produzido pelo dinheiro, pois é como fruto civil que a doutrina o define. Ele a um tempo remunera o credor por ficar privado de seu capital e paga-lhe o risco em que incorre de o não receber de volta.”

¹¹ No mesmo sentido, ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Jurídico brasileiro*. 3. ed. São Paulo : Editora Jurídica Brasileira, 1993. p. 375.

¹² “Art. 1.145º –

2. Ainda que o mútuo não verse sobre dinheiro, observar-se-á, relativamente a juros, o disposto no artigo 559º e, havendo mora do mutuário, o disposto no artigo 806º.”

¹³ Vide MATIAS, Armindo Saraiva. *Direito Bancário*. Coimbra : Editora Coimbra, 1998. p. 110.

¹⁴ O professor CORDEIRO, A. Menezes. *Manual de Direito Bancário*. Coimbra : Almedina, 1998. p. 527, manifesta sua contrariedade a essa presunção, aduzindo que tal presunção faz sentido nas relações comerciais, mas não nas civis.

¹⁵ No caso de Portugal, pode-se acrescentar que também é um contrato *formal*, de acordo com o seu valor – art. 1.143º do Código Civil, com redação dada pelo Decreto-Lei nº 163/95, de 13 de julho.

¹⁶ Vide nota 3.

¹⁷ Gomes, op. cit., p. 318.

¹⁸ Rizzardo, op. cit., p. 1.010.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ “2. Se o mútuo for oneroso e não se tiver fixado prazo, qualquer das partes pode pôr termo ao contrato, desde que o denuncie com uma antecipação mínima de trinta dias.”

²¹ DAMAS, Joaquim Augusto Domingues. A redução do negócio jurídico. In: *Revista da ordem dos Advogados*. Lisboa: [s.n.], ano 45, 1985. p. 713.

²² “§ 139 – Se uma parte de um negócio jurídico é nula, todo o negócio jurídico é nulo, quando não é de admitir que também sem a parte nula teria sido celebrado.”

²³ “Art. 20º, alínea 2ª – Se o contrato apenas está viciado em determinadas cláusulas, só estas cláusulas são feridas de nulidade, a não ser que se deva admitir que sem elas o contrato não teria sido celebrado.”

²⁴ “Art. 1.419º, alínea 1ª – A nulidade parcial de um contrato ou a nulidade de certas cláusulas importa a nulidade de todo o contrato, se se deve entender que sem a parte do seu conteúdo atingido pela nulidade os contraentes não o teriam celebrado.”

²⁵ Tal Direito foi aqui mencionado, uma vez que neste buscou-se sintetizar e regulamentar as anteriores lições do Direito Romano, no entanto, sem grande vulto no cenário histórico da redução do negócio jurídico.

²⁶ Mesmos fundamentos dos Códigos suíço e italiano. Já na exposição de motivos do Código alemão, consta a idéia de que a validade parcial do negócio exige sempre uma base volitiva, uma vontade real ou, pelo menos, uma vontade hipotética, pois o eixo dos negócios jurídicos é a vontade – cf. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do Direito Civil*. 3. ed. 11. Reimp. Coimbra : Editora Coimbra, 1996. p. 626.

²⁷ De forma implícita e genérica, mesmo anteriormente à entrada em vigor desse código, já era dado acolhimento ao princípio da redução do negócio jurídico.

²⁸ “Art. 292º - A nulidade ou anulação parcial não determina a invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada.”

²⁹ Sobre o tema, vide MUÑDZ, Miguel Ruiz. *La nulidade parcial del contrato y la defensa de los consumidores*. [s.l.] : Lex Nova, 1993. p. 42.

³⁰ No mesmo sentido, DAMAS, op. cit., p. 716.

³¹ Paulo Cunha, citado por FERNANDES, Luis A. Carvalho. *A conversão dos negócios jurídicos civis*. Lisboa : Quid Juris, 1993. p. 550, estabelece uma diferenciação entre a *produção parcial de efeitos* e o instituto da redução, referindo que, naquele caso, “o negócio como que é dividido em ‘dois grupos de cláusulas’, sendo um válido e outro nulo”, e, neste, “o fenómeno é outro: é da própria cláusula ilegal (ferida de invalidade portanto) que se estrai, por via de redução de quantitativo, uma cláusula já em harmonia com a lei”. Em seguida, este autor cita Dias Marques (*idem*), aduzindo que “de invalidade parcial deve-se apenas falar quando o vício do negócio se refira exclusivamente ‘a alguma ou algumas das suas disposições’, que constituam ‘cláusulas separadamente formuladas’”, e segue: “invalidade parcial ‘é apenas a invalidade de algum dos preceitos *materialmente* distintos que do conteúdo negocial fazem parte’, a redutibilidade ‘supõe a invalidade de um aspecto parcial do negócio apenas *idealmente* distinguível da parte restante, que subsiste”.

Luis A. Carvalho Fernandes (ob. cit., p. 553, nota 1), cujo entendimento compartilhamos, aduz que não vê, “porém, que se possa aqui falar de duas qualificações distintas do negócio, uma vez que está apenas em causa um aspecto ‘quantitativo’.” A nosso sentir, *data maxima venia*, mesmo em questões relativas a cláusulas acessórias, em que se pode vislumbrar mais facilmente a *materialidade* acima referida, em termos práticos, uma especificidade tão exacerbada corre o risco de torna-se inócua. Como refere o citado autor (ob. cit., p. 555), “em qualquer das hipóteses, o que está em causa é a mesma questão fundamental: a de saber se a invalidade referente a um elemento – *material* ou *idealmente* distinguível no negócio – gera invalidade total ou se limita a certo elemento dele”.

³² Na esteira dos ensinamentos do Professor Rui Alarcão (“Invalidade do negócio jurídico” – exposição de motivos -, in *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 89, p. 199), aqui inseridos os casos de nulidade, anulabilidade e invalidades de regimes mistos.

³³ Alguns autores entendem que a redução do negócio jurídico pode ser aplicada analogicamente a casos de resolução e de ineficácia *stricto sensu*, com base nos mesmos fundamentos justificativos da própria redução nos casos de invalidade, sempre que a similitude das situações justifique – vide DAMAS, op. cit., p. 731. No sentido de que o instituto da redução pode ser aplicado também a casos de ineficácia *stricto sensu*, analogicamente, Manuel de Andrade – vide Alarcão op. cit., p. 254.

³⁴ O professor Carlos Alberto da Mota Pinto, op. cit., p. 624, nota 1, citando Emilio Betti, ensina-nos que “tal como a interpretação no mundo do Direito é vista (...) como uma aplicação num campo específico de uma actividade, comum a múltiplos domínios culturais, pode também assinalar-se que a redução dos negócios jurídicos é uma manifestação no plano jurídico de um problema-tipo persistente em todos os domínios da

cultura e, mais latamente, da vida. Nas concepções éticas e estéticas, nas idéias sociais, nas doutrinas e ideologias políticas, mesmo nos processos biológicos, pode pôr-se muitas vezes uma interrogação ou uma opção do mesmo teor: a parte falsa, imprestável, inaceitável infecta toda a realidade em causa ou permanece aproveitável a restante? A resposta em qualquer domínio onde o problema se equacione é encontrada sob a perspectiva dos valores ou fins relevantes nesse domínio: a utilidade social, o mérito moral, a justiça, a conservação da vida, etc. Não surpreende que, também na patologia do negócio jurídico, a solução arranque da consideração dos valores e fins que aí relevam: a autonomia privada e o controlo social desta: *a boa fé*.³⁵

³⁵ Manuel de Andrade, citado pelo professor Alarcão, op. cit., p. 205, leciona que a “nulidade pode deduzir-se da natureza da disposição ou do princípio violado, ou da lógica do sistema legal”. E prossegue este autor: “E não se vê razão bastante, acentue-se, para restringir essa ideia à nulidade pròpriamente dita, com exclusão da anulabilidade”.

³⁶ Criscuoli, citado por Damas, op. cit., p. 731. leciona que, para a “resolução desse delicado problema, costuma referir-se que existe um negócio unitário quando as diversas declarações ou disposições não possam subsistir isoladamente como tipos negociais autônomos, ou quando as várias disposições, podendo subsistir como tipos negociais distintos, estejam entre si subordinadas por forma a constituírem simples meios instrumentais para prossecução de uma finalidade económica unitária, acompanhada essa subordinação de uma relação de recíproca coordenação e fusão”.

E prossegue o autor português: “Neste contexto, a doutrina autonomizou as figuras do negócio complexo e da coligação de negócios. Ao negócio complexo corresponderá um negócio unitário, enquanto a coligação de negócios pressupõe necessariamente dois ou mais negócios distintos ou autônomos, conexiões entre si mas sem perda da sua individualidade própria”.

³⁷ Muito embora não seja objeto direto do presente trabalho, uma vez que o mesmo se destina à análise de uma espécie de mútuo, contrato típico, importa salientarmos, a fim de evitar eventuais dúvidas, que o negócio complexo ou misto – ao qual é aplicável a redução – resulta da fusão de elementos de um ou mais negócios ou de partes de negócios distintos, total ou parcialmente regulados na lei (esses elementos negociais perdem a sua autonomia para se integrarem no conteúdo de um negócio uno ou unitário), enquanto na união de negócios – à qual não é aplicável direta e imediatamente a redução – existe diferenciação ou distinção dos negócios que, sem perda de individualidade, encontram-se ligados entre si por um nexo exterior ou acidental (união extrínseca), por um nexo de dependência (união com dependência) ou por um nexo condicional (união alternativa); em qualquer desses casos de união, independentemente do vínculo

exterior ou acidental, ou funcional, que une os negócios, estes permanecem distintos ou individualizados.

³⁸ LARENZ, Karl. *Derecho Civil*: parte general. Tradução por Miguel Izquierdo e Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Direito Privado, 1978. p. 631.

³⁹ No mesmo sentido LIMA, Pires de. Anotação ao acórdão do Superior Tribunal de Justiça de 8 de abril de 1969. In: Revista de Legislação e Jurisprudência. [s.l.: s.n.], a. 103, s./d.p.317, ao aduzir que, na “redução do negócio, a divisibilidade objetiva ou material deve possibilitar não só que a parte válida possa subsistir por si só, mas ainda que corresponda ao tipo negocial de que foi amputada a parte inválida e não a outra. Noutras palavras, a divisibilidade objetiva ou material do negócio tem como pressuposto que neste apenas seja efetuada uma mera alteração *quantitativa* e não uma alteração *qualitativa*”.

⁴⁰ Consoante o exposto nos itens 3.1 e 3.2, nesse ponto reside profunda diferença na tutela da redução do negócio jurídico entre o estatuído nos ordenamentos jurídicos da Suíça e Itália – seguidos por Brasil e Portugal – e, por outro lado, o disposto no Direito Alemão.

⁴¹ Ob. cit., p. 254.

⁴² Esse mesmo autor salienta (idem, nota 137-a) que muitas vezes a redução deverá importar uma modificação na parte do negócio que não é diretamente afetada pela invalidade, o que sói acontecer nos contratos onerosos, quando a redução da prestação de uma das partes importa uma redução correspondente da contraprestação. Inegavelmente, tal fato consiste na principal causa do cenário que se evidencia na prática, em que a vontade hipotética é quase sempre favorável à redução quando se trata de contratos gratuitos, mas é muitas vezes favorável à nulidade total quando se está diante de contratos onerosos.

⁴³ Segundo Fernandes, op. cit., p. 317, nota 1, não interessa “para o efeito a vontade real no momento em que o problema se põe: esta pode refazer o negócio ou produzir novas estipulações que o integrem, mas não é nesse campo que a vontade conjectural se move. Restaria, pois, uma investigação de ordem psicológica, de busca da vontade do foro interno do declarante”.

⁴⁴ Vide Fernandes, op. cit., p. 317.

⁴⁵ “Art. 239º do Código Civil – Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissis, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta.”

⁴⁶ Larenz, op. cit., p. 638-642.

⁴⁷ Vide Pinto, op. cit., p. 628, item b.

⁴⁸ Muito embora proposta expressa do professor Rui Alarcão quando da elaboração do anteprojeto do atual Código Civil português relativamente às invalidades contratuais, mediante a qual referia o ilustre autor, que o recurso à boa-fé visava fazer prevalecer a “justiça contratual”.

⁴⁹ “Art. 762º -

2. No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé.”

⁵⁰ “Art. 334º - É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito.”

⁵¹ Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e Lei nº 24/96, de 31 de julho, nessa ordem.

⁵² Decreto-Lei nº 220/95, de 31 de janeiro.

⁵³ Vide, RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra : Almedina, 1999. p. 573, nota 807.

⁵⁴ “Art. 271º.

2. É igualmente nulo o negócio sujeito a uma condição suspensiva que seja física ou legalmente impossível; se for resolutiva, tem-se a condição por não escrita.”

⁵⁵ “Art. 2.230º.

2. A condição contrária à lei ou à ordem pública, ou ofensiva dos bons costumes, tem-se igualmente por não escrita, ainda que o testador haja declarado o contrário, salvo o disposto no artigo 2.186º.”

⁵⁶ Vide item 3.4.a.

⁵⁷ Nesse sentido, DAMAS, op. cit., p. 730, na medida em que refere que, “quando os contraentes, ao celebrar um negócio jurídico, recorrem a um negócio expressamente previsto na lei (nominado ou típico) adotando quanto à sua regulamentação o regime legal correspondente (...), não se levantam quaisquer dúvidas quanto à caracterização do negócio celebrado como negócio unitário”.

⁵⁸ Vide item 2.4.

⁵⁹ Vide item 3.4.b.

⁶⁰ No Direito brasileiro, a validade do ato jurídico requer “agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei” (art. 82 do Código Civil). Em Portugal, os elementos essenciais comuns à generalidade dos negócios jurídicos correspondem à “capacidade, declaração de vontade e objeto possível”, conforme salienta DAMAS, op. cit., p. 735.

⁶¹ Cf. LARENZ, op. cit., p. 631, quando refere que, “dado que um contrato exige declarações de vontade recíprocas e correspondentes, o contrato, como um todo, é necessariamente nulo quando a declaração de um dos contraentes, segundo o seu sentido total, é nula. (...) Com isso perderia o contrato o seu caráter de contrato de troca, a relação contratual seria, não só dividida em várias partes, mas alterada na sua natureza e no seu caráter de um todo”.

⁶² Vide item 3.4.c.

⁶³ Nesse sentido, vide acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nos autos do processo nº 850/97, em 14 de janeiro de 1998 (Boletim do Ministério da Justiça, nº 473, p. 404).

⁶⁴ Vide item 3.6.

⁶⁵ Vide item 3.5.

⁶⁶ Como expressamente salientado no Decreto-Lei nº 220/95, de 31 de janeiro (“Lei das cláusulas contratuais gerais” de Portugal), em seu artigo 14º, “se a faculdade prevista no artigo anterior não for exercida ou, sendo-o, conduzir a um desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa-fé, vigora o regime da redução dos negócios jurídicos”.

⁶⁷ A chamada Lei Bancária Portuguesa (Decreto-Lei nº 298/92, de 31 de dezembro), alterada pelo Decreto-Lei nº 246/95, de 14 de setembro, reza, nos termos do seu artigo 2º que “são instituições de crédito as empresas cuja atividade consiste em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis, a fim de os aplicarem por conta própria, mediante a concessão de crédito”.

⁶⁸ Sobre o tema, o professor CORDEIRO, A. Menezes. *Manual de Direito Bancário*. Coimbra : Almedina, 1998. p. 433, leciona que o aderente pode escolher entre o regime geral (nulidade com hipótese de redução) ou a manutenção do contrato nos termos atuais em que se encontra, salvo quando, por exigências de boa-fé, deva ser imposto o regime da redução ou, caso contrário, seja declarado nulo.

Mais adiante, na mesma obra, o autor salienta que “deve-se ter presente que as proibições fixadas para as relações entre empresários e equiparados se aplicam, também, nas relações com consumidores finais”, ou seja, no que for cabível, impõem-se, outrossim, as medidas protetivas dos consumidores, genericamente considerados.

⁶⁹ No mesmo sentido, Manuel de Andrade, citado por ALARCÃO, op. cit., p. 257, nota 145, Carlos Alberto da Mota Pinto (op. cit., p. 625 e 628).

⁷⁰ Vide EIRÓ, Pedro. Do negócio usurário. Coimbra : Almedina, 1990, p. 134.

⁷¹ Cf. Eiró, op. cit., p. 14, em momento anterior a esse Código, considerava-se a usura uma espécie do gênero lesão, sendo esta própria do direito civil, e aquela do direito penal.

⁷² De acordo com os ensinamentos de Manuel de Andrade e Carlos Alberto Mota Pinto, referidos por Eiró op. cit., p. 58, a “lesão é tradicionalmente considerada como a desproporção existente entre as prestações dos contraentes, nos contratos onerosos comutativos”.

⁷³ “Art. 283º -

1. Em lugar da anulação, o lesado pode requerer a modificação do negócio segundo juízos de equidade.

2. Requerida a anulação, a parte contrária tem a faculdade de opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do negócio nos termos do número anterior”.

⁷⁴ Convém salientar que a equidade não constitui fonte de normas gerais, sendo relevante para a análise de casos particulares. O professor CORDEIRO, António Menezes. Da boa fé no direito civil. Coimbra : Almedina, 1997, p. 1.205 refere que “a equidade, no Direito actual, corresponde a um modo de decidir extra-sistemático, porquanto prescinde da autoridade particular das proposições juspositivas. Mas porque não arbitrário, o modelo de decisão, por ela propiciado, respeita o

sentido material do jurídico, representado, numa sociedade estabilizada, pelo seu Direito positivo, despidido de tecnicismo e formalismo espúrios. A sua grande especificidade reside no alargar dos pontos de vista a atender – sempre que o Direito se apresente restritivo, o que, pelo proliferar de cláusulas gerais, é excepção – e na sua justificação, que pretere os articulados legais a favor do processo e da aceitabilidade das suas conseqüências, isto é, pelo consenso que suscite, centrados no caso concreto”.

⁷⁵ O negócio somente pode ser modificado a pedido das partes, principalmente do lesado. O juiz não tem esse poder autónomo.

⁷⁶ *Lesão e contrato no direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro : Aide, p. 204.

⁷⁷ É elucidativa a transcrição de uma passagem da citada obra de Wilson de Andrade Brandão (notas de rodapé das páginas 177 e 178) em que, baseando-se nas lições do professor Clóvis Beviláqua, aduz o seguinte acerca do Decreto nº 22.626/33: “Sua influência apenas incide nos mútuos de dinheiro que produzem juros. (...) É certo fazer o seu art. 1º referência a ‘quaisquer contratos’, mas a alusão alcança quaisquer contratos, todos os contratos da natureza dos visados na lei, vale dizer, todos os contratos de mútuo feneratício. Trata-se de lei de usura, quer dizer, de lei de juros. A lei visa a coibir a remuneração exagerada do capital e, pois, abrange os contratos de mútuo feneratício. (...) De resto, há que atender à significação restrita de usura, que é a própria percepção juros, aplicando-se, entretanto, ao caso de juros imodestos, do proveito exagerado do empréstimo do dinheiro.

Em diversos momentos, no STF, Orozimbo Nonato sustenta essa posição. Convence-se, afinal, o Excelso Pretório, fixando-lhe o douto pensamento em acórdão consagrador: ‘A lei de usura se refere, exclusivamente, aos contratos de mútuo. Visa a coibir a estipulação e cobrança de juros imodestos e de cláusulas desmedidas”’.

⁷⁸ “Art. 559º -

1. Os juros legais e os estipulados sem determinação de taxa ou quantitativo são os fixados em portaria conjunta dos Ministros da Justiça e das Finanças e do Plano.

2. A estipulação de juros a taxa superior à fixada nos termos do número anterior deve ser feita por escrito, sob pena de serem apenas devidos na medida dos juros legais.” (Redação do Decreto-Lei nº 200-C/80, de 24 de junho)

⁷⁹ “Art. 559º-A – É aplicável o disposto no artigo 1.146º a toda a estipulação de juros ou quaisquer outras vantagens em negócios ou actos de concessão, outorga, renovação, desconto ou prorrogação de prazo de pagamento de um crédito e em outros análogos.” (Redação do Decreto-Lei nº 262/83, de 16 de junho)

⁸⁰ “Art. 1.146º -

1. É havido como usurário o contrato de mútuo em que sejam estipulados juros anuais que excedam os

juros legais, acrescidos de 3% ou 5%, conforme exista ou não garantia real.

(...)

4. O respeito dos limites máximos referidos neste artigo não obsta à aplicabilidade dos artigos 282º a 284º.” (Redação do Decreto-Lei nº 262/83, de 16 de junho)

⁸¹ Em Portugal, os mútuos civis recebem tratamento legal diverso dos bancários.

⁸² “São livremente estabelecidas pelas instituições de crédito e sociedades financeiras as taxas de juro das suas operações, salvo nos casos em que sejam fixadas por diploma legal.”

⁸³ No mesmo sentido, vide algumas decisões do egrégio Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul elencadas na obra de autoria de PARIZATTO, João Roberto. *Multas e Juros no Direito Brasileiro*. Leme : LED, 1996. p. 82, 84 – 85. Ainda, na revista *Julgados do Tribunal de Alçada*, n. 81, p. 314-320.

⁸⁴ “3. Se a taxa de juros estipulada ou o montante da indenização exceder o máximo fixado nos números precedentes, considera-se reduzido a esses máximos, ainda que seja outra a vontade dos contratantes.”

⁸⁵ O legislador português do Código Civil, salvo melhor juízo, não é devidamente claro no trato dos mútuos usurários, uma vez que, no artigo 282º e seguintes, estipula um regramento para negócios usurários em geral (baseado na vontade do lesado), ressaltando, no item 2 desse artigo, as situações especiais de mútuos usurários previstas no artigo 1.146º, com tratamento diverso (uso da redução legal). Ocorre que no item 4 deste artigo, há remissão ao disposto no primeiro citado. Entendemos que, devido à especificidade do artigo 1.146º do Código Civil, deve ser este o regime a prevalecer.

⁸⁶ Súmula 121: “É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada”.

⁸⁷ Vide aresto publicado na Revista LEX JURISPRUDÊNCIA, V. 6, p. 163/166 (Rel. Min. Sálvio de Figueiredo).

⁸⁸ Vide acórdãos nas Apelações Cíveis nº 196020358 (Quinta Câmara, Relª. Regina Maria Bollick, 9-5-1996) e nº 196130132 (Segunda Câmara, Rel. Carlos Alberto Bencke, 19.9.1996) - acórdãos publicados na Revista de Jurisprudência Informatizada JUIS, editora Saraiva.

⁸⁹ Op. cit., p. 19-25.

⁹⁰ No mesmo sentido é o posicionamento do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, como demonstra exemplificativamente o acórdão na Apelação cível nº 595095886 (2ª Câmara Cível, Rel. o então Juiz de Alçada Nelson Antônio Monteiro Pacheco, quando convocado para atuar junto a este Tribunal).

⁹¹ Em Portugal, há a proibição expressa de disposições contratuais gerais que consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir (art. 19º, alínea c), do Decreto-Lei nº 220/95, de 31 de janeiro – “Lei das cláusulas contratuais gerais”).

⁹² Tal impedimento foi referendado pelo egrégios Supremo Tribunal Federal (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 493) e Superior Tribunal de Justiça (Recursos Especiais números 28884 e 35671) – estes publicados na revista JUIS de jurisprudência informatizada da editora Saraiva.

A jurisprudência do hoje extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul ia no mesmo sentido – Apelações Cíveis nºs 192169050 (Sétima Câmara) e 195020003 (Sexta Câmara).

⁹³ Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 960039342-7/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26-8-96 – acórdão publicado na Revista de Jurisprudência Informatizada PLENUM, ed. Saraiva, v. 19, n. 17); Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul (Apelação Cível nº 194223731, 5ª Câmara Cível, Rel. Jorge Alcibíades Perrone de Oliveira, 20-4-95; Embargos Infringentes nº 194229555, 3º Grupo Cível, Rel. Jasson Ayres Torres, 26-5-95 - publicados na Revista de Jurisprudência Informatizada PLENUM, v. 10, nºs. 116 e 121, respectivamente).

⁹⁴ Alguns arrestos proferidos por tribunais portugueses são: acórdão proferido em 13 de janeiro de 1998 pela Relação de Coimbra nos autos do Processo nº 1.702/95 (publicado na revista Actualidade Jurídica, nº 12, p. 18); acórdão proferido em 7 de dezembro de 1995 nos autos do processo nº 744/95 (publicado no Boletim do Ministério da Justiça, nº 452, 1996, p. 486); acórdão proferido em 12 de março de 1998 pelo egrégio Supremo Tribunal de Justiça nos autos do processo nº 705/97 (publicado no Boletim do Ministério da Justiça, nº 475, 1998, p. 616); e, ainda, acórdão proferido em 28 de outubro de 1997 pela Relação de Lisboa nos autos do Recurso nº 9621454 (publicado no Boletim do Ministério da Justiça, nº 470, 1997, p. 678).

Bibliografia

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário jurídico brasileiro*. 3. ed., São Paulo : Editora Jurídica Brasileira, 1993.
- ALARCÃO, Rui de. Invalidez dos negócios jurídicos. anteprojecto para o novo Código Civil. In: *Boletim do Ministério da Justiça*. n. 89, p. 199.
- BRANDÃO, Wilson de Andrade. *Lesão e contrato no direito brasileiro*, 3. ed., Rio de Janeiro : Aide, 1991.
- CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra : Almedina, 1997.
- _____. *Manual de Direito Bancário*, Coimbra : Almedina, 1998.
- DAMAS, Joaquim Augusto Domingues. A redução do negócio jurídico. In: *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, [s.n.], 45, 1985. p. 709.
- EIRÓ, Pedro. *Do negócio usurário*. Coimbra : Almedina, 1990.
- FERNANDES, Luis A. Carvalho Fernandes. *A conversão dos negócios jurídicos civis*. Lisboa : QuidJuris, 1993.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 15. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995.
- LARENZ, Karl. *Derecho Civil : parte general*, trad. por Miguel Izquierdo e Macías-Picavea. Madrid : Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.
- LIMA, Pires de. Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de abril de 1969. In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*. 103, s./d.
- LUZ, Aramy Dormelles da. *Negócios jurídicos bancários: o banco múltiplo e seus contratos*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.
- MATIAS, Armindo Saraiva. *Direito Bancário*. Coimbra : Coimbra, 1998.
- MUÑOZ, Miguel Ruiz. *La nulidad del contrato y la defensa de los consumidores*. Valladolid : Lex Nova, 1993.
- NEGRÃO, Theotonio. *Código Civil e legislação civil em vigor*. 16. ed. São Paulo : Saraiva, 1997.
- PARIZATTO, João Roberto. *Multas e juros no Direito brasileiro*. Leme : LED, 1996.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do Direito Civil*. 3. ed. 11. reimp. Coimbra : Coimbra Editora, 1996.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra : Almedina, 1999.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: parte geral das obrigações*. 21. ed., São Paulo : Saraiva, v. 2, 1993.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. v.3, Rio de Janeiro : Aide, 1988.
- WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 13. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.

O trabalho objeto do Direito do Trabalho

Mario Antonio Lobato de Paiva

“É, num certo sentido, pelo trabalho que o homem se torna mais homem”.

João Paulo II

Essa noção reveste-se, no entanto, de alguma dificuldade, já que a expressão “trabalho” encerra diversos significados.

Para a economia, o trabalho surge como uma atividade apta a satisfazer necessidades humanas. Corresponde a um fator de produção, expresso num custo; obedece, na sua consubstanciação, a certas leis econômicas, como a da oferta e da procura; traduz, a vários níveis, uma celeridade sensível a variáveis múltiplas e induz outras tantas: nessa medida, o trabalho é um aspecto primordial de qualquer política econômica.

Na Sociologia, o trabalho representa um conjunto complexo de relações dentro das sociedades humanas; torna-se, por isso, nas suas condicionantes como nas suas conseqüências, apto, por excelência, ao aprofundamento sociológico. Na Ciência Política, o trabalho faculta temas e doutrinas de importância conhecida, sendo certo que, na atualidade, nenhuma corrente de pensamento político deixa de dele se ocupar.

A expressão “trabalho” designa tanto a atividade (ex: encarreguei A de fazer o trabalho de polir móveis), como esforço (ex: dá muito trabalho estudar matemática), o emprego (ex: ir para o trabalho), o resultado de uma atividade ou obra (ex: foi premiado um trabalho científico de

Mario Antonio Lobato de Paiva é advogado.

mérito), o fator de produção (ex: o trabalho é um dos componentes dos custos de produção) ou mesmo a classe ou conjunto de classes sociais (ex: o mundo do trabalho ou os representantes do trabalho).

Para efeitos do Direito do Trabalho, o sentido relevante é o que identifica trabalho com uma atividade. Costuma-se considerar que interessa ao Direito do Trabalho a atividade que tenha as características de humanidade, produtividade, liberdade, por conta alheia e subordinada e regida pelo direito privado, que só em tempos relativamente recentes se generalizou.

Para que possa interessar ao Direito do Trabalho, o labor deverá ser *humano*, quer *intelectual* quer *manual*, excluindo-se, pois, o trabalho das máquinas ou dos animais. Interessa aqui, apenas, o trabalho como criação humana, visando a transformação da natureza (na visão cristã, a colaboração com a obra do Criador), com a dignidade própria. Não interessa, portanto, para o Direito do trabalho, falar do trabalho do motor ou do trabalho do boi que puxa a charrua.

O trabalho deverá ser produtivo, excluindo-se as atividades de jogo ou de contemplação pessoal, que têm um fim em si mesmas. De fato, o trabalho produtivo, enquanto atividade que não tem um fim em si mesma, é instrumental, destinando-se a atingir outras finalidades, principalmente a ordem econômica. A finalidade será a de angariar meios de subsistência. Faz-se não porque se quer o que se faz, mas porque se quer aquilo pelo que se faz. E essa finalidade última consiste na disponibilização de uma utilidade com valor econômico que se destina ao mercado.

Partindo dessa noção, a atividade do bemérito, que durante todo o dia permanece, sem qualquer retribuição, numa instituição de caridade a confeccionar alimentos ou a prestar assistência a quem dela necessite, não tem interesse para o Direito do Trabalho. Mas já teria se essa atividade fosse prestada contra retribuição e por causa dessa retribuição.

Por outro lado, como é evidente, a atividade desportiva das pessoas – em regra alheia ao Direito do Trabalho – pode interessar a esse ramo de Direito quando desempenhada não de modo lúdico (como diversão) mas profissionalmente. Nesse sentido terá caráter produtivo, como fonte de recursos do desportista profissional; já não terá esse caráter quando a mesma atividade seja executada para distração ou adestramento do mero praticante amador (o futebolista, mesmo muitíssimo dotado, que disputa jogos por divertimento não está a trabalhar; aquele que, porventura menos habilidoso, disputa esses jogos porque está contratualmente obrigado a fazê-lo e por isso percebe uma retribuição está, por seu turno, a trabalhar).

A esse propósito se costuma colocar o problema do caráter penoso do trabalho (trabalho viria do latim *tripalium*, instrumento que passou a ter uma acepção ligada a tortura). O fato é que a posição do trabalhador perante o trabalho é ambivalente, podendo extrair também satisfação dele. Como é natural, certos tipos de trabalho são por definição muito gratificantes, enquanto outras atividades tenderão a sê-lo muito menos. A reação subjetiva do trabalhador ao caráter gratificante ou penoso da tarefa não tem de possuir diretamente relevo jurídico, muito embora a penosidade objetiva de certos trabalhos resulte muitas vezes maior remuneração.

O trabalho deverá ser *por conta alheia*, pois surge no quadro de uma relação entre pessoas, já que apenas interessa o labor cuja utilidade é atribuída a outra pessoa, distinta da que trabalha. Isto é, a utilidade do trabalho é apropriada, não pelo trabalhador, mas por outra pessoa.

Na verdade, a necessidade específica de tutela que o Direito do Trabalho realiza surge pelo fato de as utilidades do trabalho serem, por mecanismos jurídicos, atribuídas previamente a outrem pelo trabalhador. Por isso se diz que há um ato de

alienação em que o trabalhador transfere para outrem a utilidade que resulta do seu trabalho. Não revelam, para efeitos do Direito do Trabalho, situações tais como a do agricultor que cultiva os seus campos e colhe e vende a sua produção. Mas já interessam a esse ramo do Direito as hipóteses em que alguém desenvolve a atividade (que pode ser, justamente, a de cultivar um campo e de fazer as colheitas) a favor de outrem (um empresário agricultor), que é, à partida, dono do cereal produzido e colhido.

Quando se diz que a atividade é prestada por conta de outrem, está-se, por outro lado, a chamar a atenção para a circunstância de a prestação dessa atividade ser prometida a alguém, que pode exigir a sua realização. Existe, portanto, uma relação jurídica, cujo quadro é, no direito privado, o do contrato.

Não interessam, portanto, ao Direito do Trabalho situações em que a prestação do trabalho não seja, pelo trabalhador, juridicamente devida a alguém, ou que não possa ser exigida por ninguém. Se alguém se oferece, por simpatia, para regar o jardim do vizinho ou para tomar conta do seu cão durante as férias não poderá ter aplicação o Direito do Trabalho.

Note-se, por outro lado, que, quando se fala em trabalho prestado por conta de outrem, está-se a aludir a atividade que é juridicamente devida a alguém, e que por essa pessoa pode ser exigida: simplesmente, o destinatário direto da tarefa pode ser uma terceira pessoa. É o que se verifica, por exemplo, com o empregado de uma loja, onde atende ao público: muito embora a sua atividade seja dirigida aos clientes, a pessoa a quem o trabalho é juridicamente devido e que pode exigir a sua prestação é, obviamente, o empregador (nesse caso, o dono da loja).

O trabalho *livre* é outra característica do objeto do trabalho amparado pelo Direito do Trabalho, em que a transmissão prévia dos frutos e utilidades para outrem

não é independente da vontade do trabalhador. Exclui-se, assim, do objeto do Direito do Trabalho o trabalho escravo. Ora, aduz Rousseau, um homem que se faz escravo de outro não se dá, vende-se, pelo menos em troca de sua subsistência. Já que nenhum homem tem autoridade natural sobre seu semelhante, e uma vez que a força não produz direito algum, restam então as convenções como base de toda autoridade legítima entre os homens¹.

A decisão de trabalhar é livre, como livre é a escolha da pessoa (ou empresa) para quem se trabalha. O trabalhador aceita desenvolver a sua atividade em favor de determinada pessoa, sabendo que é esta que vai ser titular das utilidades geradas por esse trabalho.

O trabalho subordinado é outra e talvez a principal característica do trabalho objeto do Direito do Trabalho; constitui um fenómeno multifacetado, apto a suportar estudos e reflexões por várias ciências.

Assim, para que o trabalhador possa desempenhar o seu trabalho, é necessário que o empregador fixe o *como* (os termos em que o trabalho deve ser prestado), o *onde* (qual o local exato do posto de trabalho) e o *quando* (qual o horário de trabalho). Isso supõe relações de autoridade: o trabalhador presta o seu trabalho e cede os respectivos resultados a quem está na posição de determinar a integração de tal trabalho no seu processo produtivo.

A subordinação não é propriamente uma dependência pessoal ou servil. Pelo contrário, conforme a grande maioria dos doutrinadores pátrios, a subordinação do empregado é a jurídica, uma vez que provém de um contrato e nele encontra seus limites e fundamentos. Escreve Délio Maranhão que

“o conteúdo desse elemento caracterizador do contrato de trabalho não pode assimilar-se no sentido predominante da idade média: o empregado não é servo e o empregador não é senhor”².

Escreve Evaristo de Moraes Filho que “é de todo incompatível com a dignidade humana a teoria de alguns autores alemães – nesta particular, verdadeiros precursores da Carta de Trabalho Nazista de 1934 – que vêm na relação de trabalho uma relação senhorial, na qual uma das partes tem todo o poder e à outra compete somente obedecer”³.

O homem é livre – argumentam; tem o direito de vender o seu trabalho pelo preço e nas condições que quiser. Mas, na vida industrial moderna, essa liberdade de trabalho só tem gerado a opressão e a miséria, a exploração do operariado e seu rebaixamento progressivo. Hoje, já ninguém contesta quanto influi a inexorável lei de concorrência na remuneração do trabalho operário – e isso basta para desfazer o encanto ilusório da liberdade do trabalho”⁴.

Esse tipo de trabalho subordinado corresponde a um modelo de relações generalizado apenas a partir da revolução industrial. É nessa altura que se verifica uma separação completa entre a titularidade do trabalho e a dos meios de produ-

ção, em que uns, poucos, detêm esses meios e a maior parte somente o seu trabalho. Por isso os mais numerosos – os trabalhadores, isto é, os que pertencem ao operariado – alienam previamente seu labor, a troca de meios de subsistência, ao titular dos outros fatores produtivos, que está investido na posição de patrão. O patrão, que necessita da energia laborativa humana para o processo de produção, vai adquiri-la do trabalhador que, embora livre, é compelido a vendê-la para angariar meios de subsistência. É o que se designou –a grosso modo – como o diálogo entre o estômago, mais ou menos vazio, e o saco de dinheiro, mais ou menos cheio.

Notas

¹ ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. 3. ed. Tradução por Antonio de Pádua Danesi. [s. l.] : Martins Fontes, 1996. p. 13 - 14.

² MARANHÃO, Délio. *Instituições do Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo : Ltr, v. 1, s./d. p. 249.

³ MORAES FILHO, Evaristo de. *Trabalho a domicílio e contrato de trabalho*. [s.l. : s.n.], 1934. p. 102-03.

⁴ MORAES, Evaristo. *Apontamentos de Direito Operário*. 3. ed. São Paulo : Ltr, 1986. p. 9.

Direito Internacional Privado¹

Conceito, fundamento e finalidade do DIP

Vera Lúcia Viegas

Sumário

1. O DIP e a nova ordem mundial. 2. DIP: justiça da sociedade internacional a manutenção da paz. 3. Considerações finais.

1. O DIP e a nova ordem mundial

Diante da atual conjuntura internacional, num cenário em que é marcante a pressão integracionista, mais do que nunca se requer o estudo do Direito Internacional Privado (DIP)².

Em meio às várias organizações internacionais integracionistas, deparamos com o Mercado Comum do Sul³, estreitando ainda mais as relações entre os Estados-membros e, conseqüentemente, também entre os indivíduos destes, tornando corriqueira a existência de “elemento estrangeiro”⁴ nessas relações.

Já que aludimos à ordem internacional atual, estreitando ainda mais as relações entre os Estados, convém tecermos, nesse cenário, algumas considerações sobre o fundamento e a finalidade do DIP. Senão, vejamos.

O Mercosul (Mercado Comum do Sul) – composto por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai – resulta da aprovação do Tratado de Assunção de 26-03-91.

Esse Tratado, que tem por objetivo a constituição futura de um mercado comum entre os Estados-membros, recebeu a aprovação legislativa nos quatro Estados-

Vera Lúcia Viegas é bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pós-graduanda na mesma instituição, especialista em “Direito de Integração” pela Universidade de Roma “Tor Vergata” e professora de Direito Romano no Centro Universitário FIEO.

partes em 1991: na Argentina, pela Lei 23.981/91; Brasil, Decreto-legislativo 197/91; Paraguai, Lei 9/91, e Uruguai, Lei 16.196/91. Paraguai e Uruguai depositaram os respectivos instrumentos de ratificação em 6-8-91; Argentina e Brasil, em 30-10-91⁵.

No Brasil, foi aprovado pelo Congresso brasileiro em 25-9-91 e promulgado pelo Presidente da República pelo Decreto nº 350, publicado no Diário Oficial de 22-11-91.

O Tratado entrou em vigor em 29-11-91, com o depósito das ratificações necessárias, conforme estabelecido pelo Artigo 19⁶.

Em seu artigo 2º, o Tratado de Assunção estabelece que o Mercado Comum estará fundado na reciprocidade de direitos e obrigações entre os Estados-partes.

Esses direitos e obrigações são garantidos pelo DIP, pois a finalidade deste é

“estabelecer a certeza do direito privado nas relações internacionais, mediante a adoção de princípios gerais que, concedendo primazia a uma lei de determinado Estado, conserva um sistema racional que combine os necessários particularismos”⁷.

Logo, graças ao DIP, com a consideração do “elemento estrangeiro”, do outro, seu parceiro no cenário internacional, é possível falar-se em reciprocidade de direitos e obrigações⁸.

O DIP propicia o respeito mútuo entre os Estados⁹, estando, assim, a serviço da integração¹⁰, sendo o ramo do Direito que mais se coaduna ao Direito da Integração, pois não é um Direito Internacional – não há que se falar em supra-nacionalidade –, mas interno, porém de espírito internacional¹¹.

Mesmo a maioria dos autores não considerando o DIP como Direito Internacional, para Ferrer Correia, do Direito Internacional Público decorrem obrigações aos Estados: a obrigação de não se recusarem, sistematicamente, a aplicar Direito estrangeiro e a obrigação de não

aplicarem o seu Direito interno a situações que lhe sejam absolutamente estranhas¹².

Interessante, sobre essa discussão, é o apregoado por Haroldo Valladão:

“conclusivamente, não tem significado indagar se o DIP é internacional ou interno, como não o teria pergunta idêntica sobre, por exemplo, o direito marítimo, ou o direito industrial, ou o direito aeronáutico; *todos eles podem ter e têm normas internacionais e internas*, e, em caso de conflito, as primeiras prevalecendo sobre as segundas”,

e mais adiante, continua:

“todas as matérias do direito podem ter regras de natureza internacional ou interna, de caráter público ou privado”¹³.

O surgimento de uma Organização Internacional é reflexo de uma maior aproximação entre os Estados e intensifica-lhes ainda mais as relações¹⁴, acarretando na transposição das fronteiras, por pessoas e mercadorias; do mesmo modo, DIP permite que o Direito nacional ultrapasse suas fronteiras, sendo aplicado fora de seu respectivo território. É notório, assim, o salutar auxílio prestado pelo DIP à integração dos Estados¹⁵.

Para se ter uma exata idéia da vinculação do DIP às relações entre os Estados, basta mencionar que, com a intensificação do comércio internacional¹⁶, o DIP sofreu *grande impulso* doutrinário e técnico¹⁷, tornando-se a “*celula mater* de inúmeras novas disciplinas que têm como base programática a metodologia que concerne aos fundamentos básicos das relações privadas e públicas internacionais¹⁸”.

Hoje, esse *impulso* é maior ainda, se concebermos o regionalismo dentro de um multilateralismo, sem se “contrapor” a ele, mantendo-se a dicotomia interno/externo, ou seja, o regionalismo não seria antagônico à total dissipação das polaridades (multilateralismo), mas seria imprescindível para a inserção de certos Estados

(potencialmente menores) nesse novo cenário, em que as forças de poder encontram-se dissipadas; logo, o regionalismo trabalharia a favor do multilateralismo, sem se confrontar com este, já que somente pelo regionalismo certos Estados conseguem uma inserção no cenário multipolar.

A disciplina que melhor visualiza essa relação cooperativa entre regionalismo/multilateralismo é justamente o DIP, pois há o elemento “nacional” no regionalismo, mas há também o elemento “internacional” no multilateralismo, sendo que tanto o “nacional” quanto o “internacional” são abrangidos pelo DIP, conforme já *supra* aludido¹⁹.

Melhor elucidando: a pedra angular da teoria do DIP é a coexistência de ordenamentos jurídicos independentes (multilateralismo), que se inter-relacionam (regionalismo) sem perder a sua identidade (relação simbiótica entre regionalismo/multilateralismo).

Pode-se aferir de Clóvis Beviláqua um outro exemplo, que mostra a relação do nacional (regional) com o internacional (multilateral): para Clóvis, o DIP é a organização jurídica da sociedade internacional, sociedade essa formada por indivíduos de nacionalidades diferentes, ou seja, o homem é membro da sociedade internacional, porém sem perder a sua nacionalidade²⁰.

O DIP é a justa mediação entre o regionalismo (nacionalismo) e o multilateralismo (internacional), ou seja, apenas com o DIP pode-se sopesar com os interesses nacionais os que lhes transcendem, sem porém olvidar os particularismos dos interesses nacionais²¹.

Quando se pensa no ser humano (nacional) ultrapassando as fronteiras de seu Estado (internacional), exige-se a presença do DIP, que é

“o anjo da guarda do ser humano em suas viagens através do espaço, e sua esplendente missão é assegurar a continuidade espacial, e, pois,

também, temporal, da personalidade humana²²”

(do nacional sendo assegurado no internacional, pode-se fazer uma analogia do regional diante do multilateral, abarcando o fenômeno supramencionado, e observado na nova ordem mundial)²³.

Em suma, o que pretendíamos demonstrar nos parágrafos anteriores é a importância fenomenal do DIP, tanto no campo de um Direito Internacional Clássico – cujos sujeitos por excelência são os Estados soberanamente concebidos²⁴, relacionando-se entre si, bem como os seus respectivos indivíduos que os compõem – quanto no Direito da Integração, recebendo deste um novo e vultoso impulso.

2. DIP: justiça da sociedade internacional.

A manutenção da paz

Rechsteiner afirma que hoje há mais de 190 (cento e noventa) Estados soberanos, cada qual com sua própria ordem jurídica²⁵.

Pascal, referindo-se à variedade legislativa entre os Estados, afirma:

“Quase nada há de justo ou injusto que não mude de natureza com a mudança de clima. Três graus de altura polar revolucionam toda a jurisprudência. Um meridiano decide sobre a verdade. Após alguns anos de posse, alteram-se leis fundamentais. O Direito tem as suas épocas. Divertida justiça esta que um rio ou uma montanha baliza. Verdade aquém, erro além Pirineus²⁶”.

Já Ferrer Correia, referindo-se às divergências entre as instituições dos Estados, não as identifica com desníveis de civilização: “Cada povo sabe que há mais coisas justas sobre a terra, além das que cabem na sua filosofia...²⁷”.

Assim, a administração da justiça fica a cargo do DIP²⁸, com a tolerância do *elemento estrangeiro*:

“A justiça de uma causa não deve depender da latitude do lugar ²⁹”.

Ou seja, é o DIP o responsável pela administração da justiça na sociedade internacional, obrigando a uma reflexão que vai além dos interesses particulares, atingindo outros maiores, que os abrange, como muito bem ressalta Amílcar de Castro³⁰:

“... há muito tempo já se viu que não há homem independente em existência nem Estado soberano auto-suficiente, pois tanto os homens, como as nações sempre viveram, e não podem deixar de viver, independentemente coordenados em ação, pelo que, a respeito de fatos anormais [diríamos nós, interjurisdicionais], os interesses que o governo de um povo deve tomar em conta não são apenas os dos súditos, nem os de cada um dos países estrangeiros, mas *os da humanidade*. (destaque nosso)”.

Logo, tanto o Direito nacional quanto o estrangeiro não são bens a serem protegidos, mas apenas meios de se atingir um mesmo fim: *a boa administração da justiça*³¹. Os esforços dos homens de boa vontade devem convergir no sentido de atingir decisões internacionalmente aceitáveis como satisfatórias; e isso só é possível com o auxílio do DIP³².

3. Considerações Finais

O que pretendíamos demonstrar é que, em que pese a defesa do caráter híbrido do Direito Internacional Privado – um Direito Interno, de espírito Internacional –, somos partidários da tese que entende o DIP como sistema nacional especial, ou seja, como Direito Interno, um ramo especial do Direito Interno, como bem demonstra Fonseca, 1967:53.

As regras de DIP são nacionais, havendo “elementos especiais internacionais ou não-nacionais” nas relações de fato às quais as regras de DIP incidem [Fonseca, 1967:55]. Daí a importância do DIP para

a integração, já que, com a aproximação maior entre os Estados, os súditos destes logicamente também se inter-relacionarão, aumentando a ocorrência do elemento *estrangeiro* nas relações jurídicas.

Como tentativa de conclusão fica então a idéia de ser o DIP um direito nacional, atendendo aos interesses individuais e particulares (privados) de seus súditos, enquanto o Direito Internacional Público, ou das gentes, atende a conflitos de caráter público (e não particular) e interesse geral dos Estados, devendo ser lei comum e invariável para todos os Estados³³.

Notas

¹ Procuraremos aqui expressar o nosso entendimento sobre o Direito Internacional Privado (é ele Direito Nacional ou Direito Internacional?) e seu atual escopo na nova conjuntura internacional integrativa.

² O número de Organizações Internacionais cresceu consideravelmente nos últimos anos. A propósito, *vide* BASSO, Maristela. O Direito e as relações internacionais no novo cenário mundial: o fenômeno crescente das organizações internacionais. In: *Estudos Jurídicos*. v. 25, n. 65, set./dez. 1992, p. 107-128, onde é demonstrada a intensificação das relações entre os Estados após a II Guerra Mundial, intensificação essa acarretada pela vinculação do crescimento à cooperação e integração e pela noção de que os Estados não são auto-suficientes, significando o isolamento verdadeiro retrocesso.

³ Hoje já se fala em Merconorte, organização que abrangeria, além do Brasil, o Peru, a Bolívia, a Colômbia e a Venezuela (MOREIRA, Marcílio Marques. O Brasil e o novo contexto econômico internacional. In: ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon (org.). *Sessenta anos de política externa brasileira (1930-1990)*: diplomacia para o desenvolvimento. v. 2. São Paulo : Cultura, 1996. p. 21. O autor cita também, a respeito, artigo da *Gazeta Mercantil*, de 29 de maio de 1993, de autoria de José Casado: *O Brasil já articula o Merconorte*, p. 1 e 3).

⁴ Presente nas relações em conexão com diferentes ordens jurídicas estaduais, exigindo uma visão extra-territorial, propiciada pelo DIP (para FERRER CORREIA, A. In: *Lições de direito internacional privado* (policopiadas). Coimbra : [s.n.] 1973. p. 5, o elemento estrangeiro representa o ponto de contato com Estados e com sistemas de direitos diferentes).

⁵ ALTERINI, Atilio Anfbal. BOLDORINI, Maria Cristina. *El sistema jurídico en el Mercosur* : estructura general, instrumentos fundacionales y complementarios. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1994. p. 9.

⁶ FERREIRA, Aldo Leão. *Mercosul: comentários sobre o Tratado de Assunção e o Protocolo de Brasília*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1994. p. 13.

⁷ STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 3. ed. Aum. São Paulo : Ltr, 1996. p. 40. No mesmo sentido, FERRER CORREIA. 1973. p. 42: o escopo fundamental do DIP é “garantir o reconhecimento e a estabilidade das situações privadas internacionais”. Para Rodrigo Octávio, a finalidade do DIP é “a continuidade da vida jurídica das pessoas e dos atos.” OCTÁVIO, Rodrigo. *Direito internacional privado: parte geral*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1942. p. 20.

⁸ Sobre o DIP como direito especial, o único que tem por base o respeito ao “elemento estrangeiro”, vide BASSO, Maristela. 1988. p. 9.

⁹ É função do DIP “consolidar as garantias da convivência universal”. STRENGER, 1996, p. 9.

¹⁰ O Direito é “requisito e ferramenta de processo de integração” CASELLA, Paulo Borba. *Mercosul, exigências e perspectivas: integração e consolidação de espaço econômico (1995 - 2001 - 2006)*. São Paulo : Ltr, 1996. p. 230. Dos ramos do Direito, o que mais se presta a esse desiderato é o DIP, pois não sofre o impacto - gerado pelo fenômeno da integração - da necessidade de reformulação da dicotomia clássica direito interno/ direito internacional, pois o DIP é Direito “híbrido” por excelência.

¹¹ “O DIP não é internacional, mas deve ser organizado com espírito internacional” In: CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. 5. ed. rev. atual. por Osíris Rocha. Rio de Janeiro : Forense, 1996. p. 194.

¹² FERRER CORREIA, A. 1973, p. 28. Sobre o DIP como Direito Internacional, vide OCTÁVIO, Rodrigo. 1942. p.190-191.

¹³ VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado: introdução e parte geral*. Rio de Janeiro, São Paulo : Freitas Bastos, 1968. p. 57 – 58, respectivamente.

¹⁴ Vide nota n.18, quanto à delimitação da abrangência de “relações”.

¹⁵ O DIP é aplicado diuturnamente para a solução dos problemas que exigem visão extraterritorial, a respeito, vide, STRENGER, 1996, p. 9.

¹⁶ Haroldo Valladão noticia que “as relações entre os povos das mais diversas origens e raças” crescem diuturnamente em progressão geométrica. VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado: introdução e parte geral*. Rio de Janeiro, São Paulo : Freitas Bastos, 1968. p. 23.

¹⁷ O DIP é ramo com grande desenvolvimento nos últimos 30 anos (BASSO, Maristela. *Da aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional: o direito internacional privado à luz da jurisprudência*. São Paulo : Saraiva, 1988. p. 1, deixando de reger os fatos “incomuns” e “extraordinários”, pois a presença do “elementos estrangeiro” nas relações passou a ser corriqueira (BASSO, 1988, p. 3-4).

¹⁸ STRENGER, 1996, p. 36. Convém ressaltar, no entanto, que essas relações não se resumem ao comércio internacional. STRENGER 1996, p. 35, entende que o “comércio internacional” deve ser apreendido não no seu sentido mercantil, mas denotando também um intercâmbio “familiar, cultural, científico, artístico...” entre os diversos povos do universo (a existência desse intercâmbio universal é justamente apontada pelo autor como um dos fundamentos do DIP).

¹⁹ O DIP como o Direito nacional, de espírito internacional (vide *supra*, nota 11).

²⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Princípios elementares de direito internacional privado*. 4. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1944. p. 81 – 82.

²¹ “O primordial escopo e vero fundamento [do DIP] consiste em promover e garantir a continuidade das situações jurídicas interindividuais plurilocalizadas (conectadas com diferentes leis)”. FERRER CORREIA, 1973, p. 38.

²² VALLADÃO, Haroldo. 1968, p. 8 (vide também, a respeito, p. 4).

²³ Sobre forças centrípetas (globalizantes, multinacionalistas) e centrífugas (regionalizantes, nacionalistas), vide LAFER, Celso, FONSECA JR., Gelson. Questões para a Diplomacia no Contexto Internacional das Polaridades Indefinidas. In: FONSECA JR., Gelson, CASTRO, NABUCO, Sergio Henrique (org.). *Temas de Política Externa Brasileira II*. São Paulo : Paz e Terra, v. 1. 1995. p. 49 – 77.

²⁴ A propósito da soberania do Estado, é interessante a constatação de PONTES DE MIRANDA: “Se há uma soberania, no sentido de poder superlativo, tem-na a comunidade internacional; se a formar-se, é a favor da comunidade internacional. A ordem jurídica estatal não é absoluta, nem suprema”. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito internacional privado*. Tomo I – fundamentos: parte geral. Rio de Janeiro : José Olympio Editora, 1935. p. 8.

²⁵ RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 01.

²⁶ Apud ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. trad. J. Baptista Machado. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p. 15-16.

²⁷ FERRER CORREIA, 1973, p. 12.

²⁸ FERRER CORREIA, 1973, p. 48.

²⁹ FERRER CORREIA, 1973, p. 39.

³⁰ CASTRO, 1996, p. 37.

³¹ CASTRO, 1996, p. 195.

³² “Lepaulle sustenta que devemos nos esforçar por nos colocarmos acima das fronteiras nacionais, estabelecendo normas, regras, métodos, aptos a induzir soluções práticas, justas e úteis a tal ponto que sejam não universalmente, mas internacionalmente aceitáveis como satisfatórias (...) E neste sentido é que devem convergir os esforços dos homens de boa vontade”. CASTRO, 1996, p. 194.

³³ Pimenta BUENO, *apud* FONSECA, 1967:55, nota 25.

Bibliografia

- ALTERINI, Atilio Aníbal, BOLDORINI, Maria Cristina. *El sistema jurídico en el MERCOSUR: estructura general, instrumentos fundacionales y complementarios*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1994.
- ARENDE, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Tradução por Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo : Editora Perspectiva, 1992.
- ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon (org.). *Sessenta anos de política externa brasileira (1930-1990): diplomacia para o desenvolvimento*, São Paulo : Cultura, v.2, 1996.
- BASSO, Maristela. O Direito e as relações internacionais no novo cenário mundial o fenômeno crescente das organizações internacionais. In: *Estudos Jurídicos*, v. 25, n. 65, set./dez. 1992. p. 107-128.
- _____. *Da aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional: o direito internacional privado à luz da jurisprudência*. São Paulo : Saraiva, 1988.
- _____. (org.). *Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1995.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito internacional privado*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1977. 2 v.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Princípios elementares de Direito Internacional Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1938.
- BOGGIANO, Antonio. *Derecho internacional privado*. Buenos Aires : Depalma, 1988 (?), 3 t.
- BOLDORINI, Maria Cristina, ALTERINI, Atilio Aníbal. *El sistema jurídico en el MERCOSUR: estructura general, instrumentos fundacionales y complementarios*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1994.
- CASELLA, Paulo Borba. *Mercosul, exigências e perspectivas: integração e consolidação de espaço econômico (1995 - 2001 - 2006)*. São Paulo : Ltr, 1996.
- CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 5. ed. rev. e atual. por Osiris Rocha. Rio de Janeiro : Forense, 1996.
- DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1994.
- DOLINGER, Jacob, TIBURCIO, Carmen. *Vade-Mécum de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro : Renovar, 1994.
- DREYZIN de Klor, Adriana. *El Mercosur: generador de una nueva fuente de derecho internacional privado*. In: *Rev. de Derecho Privado y Comunitario*. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, n. 6, s./d. p. 489.
- DROMÍ, Roberto, EKMEKDJIAN, Miguel A., RIVERA, Julio C. *Derecho Comunitario: regimen del mercosur*. Buenos Aires : Ediciones Ciudad Argentina, 1995.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 6. ed. Tradução por J. Baptista Machado. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Elementos de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro : Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1925.
- ESPÍNOLA, Eduardo, ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro comentado*. Rio de Janeiro : 1934-1944.
- FERREIRA, Aldo Leão. *Mercosul: comentários sobre o Tratado de Assunção e o Protocolo de Brasília*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1994.
- FERRER CORREIA, A. *Lições de Direito Internacional Privado* (policopiadas). Coimbra : [s.n.], 1973.
- FONSECA, José Roberto Franco. *Contra a renúncia e a devolução*. São Paulo : Max Limonad, 1967.
- FONSECA JR., Gelson, CASTRO, NABUCO Sergio Henrique (org.). *Temas de política externa brasileira II*. São Paulo : Paz e Terra, v. 1, 1995.
- GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado: basado en la teoría trilateralista del mundo jurídico*. 2. ed. Buenos Aires : Depalma, 1974.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução por João Baptista Machado. Coimbra : Armênio Amado, 1984.
- LAFER, Celso, FONSECA JR., Gelson. Questões para a diplomacia no contexto internacional das polaridades indefinidas. In: FONSECA JR., Gelson, CASTRO NABUCO, Sergio Henrique (org.). *Temas de Política Externa Brasileira II*. São Paulo : Paz e Terra, v.1, 1995, p. 49-77.
- LIPOVETZKY, Jaime César, LIPOVETZKY, Daniel Andrés. *Mercosul, estratégias para a integração: mercado comum ou zona de livre comércio?: análises e perspectivas do Tratado de Assunção*. São Paulo : Ltr, 1994.
- MACHADO, João Baptista. *Lições de Direito Internacional Privado*. 3. ed. Coimbra : Almedina, 1985.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Pontes de, Tratado de Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro : José Olympio, 1935. 2 v.
- MOREIRA, Márcilio Marques. O Brasil e o novo contexto econômico internacional. In: ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon (org.). *Sessenta anos de política externa brasileira (1930-1990) : diplomacia para o desenvolvimento*, v. 2, São Paulo, Cultura, 1996. p. 13-46.
- OCTÁVIO, Rodrigo. *Direito internacional privado: parte geral*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1942.
- RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado, teoria e prática*. São Paulo : Saraiva, 1996.
- STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 3. ed. aum. São Paulo : LTR, 1996.
- TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*, 4. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1955.
- VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. 5. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1980. 3 v.

O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli – notas preliminares

Alexandre da Maia

Sumário

1. Por uma teoria geral do garantismo jurídico. 2. A idéia de validade no direito: elementos formal e substancial. 3. O vazio ontológico: riscos e possibilidades de um garantismo jurídico a partir da metodologia tópica.

1. Por uma teoria geral do garantismo jurídico.

O mundo jurídico vive hoje cercado de problemas que configuram uma crise. Em verdade, pode-se até dizer que vivemos crises jurídicas. Uma primeira crise é a mudança de paradigma de observação do fenômeno jurídico, haja vista que não mais se admite a idéia de direito baseada unicamente em parâmetros estatais¹.

Considerando apenas os parâmetros estatais, especificamente no plano interno, percebe-se uma incapacidade cada vez mais patente de o chamado Estado de Bem-Estar suprir os problemas gerados a partir da inaplicabilidade efetiva de preceitos esboçados como direitos fundamentais². No plano externo, há uma tentativa de imposição de modelos econômicos que buscam romper a noção de território e de mercado, alterando sobremaneira a vida jurídico-política do Estado e da sociedade civil.

Apesar de tais constatações, a teoria do direito não consegue dar respostas satisfatórias a esse pano de mudanças estruturais. De um lado, o positivismo, em sua

Alexandre da Maia é Mestre e doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Professor de Introdução ao Direito da Faculdade de Direito de Olinda – FADO/AESO. Professor de Filosofia do Direito na ESMAPE. Mestrando em Teorias Críticas do Direito pela *Universidad Internacional de Andalucía*, Espanha.

vertente tradicional formalista, não dá vazão aos anseios de produção jurídica extra-estatal, o que é um fato em sociedades eminentemente periféricas³. De outro, o sociologismo exacerbado, que não consegue soluções para os problemas colocados, em virtude de se tentar privilegiar o social em detrimento do estatal, incorrendo no mesmo formalismo criticado *supra*.

Os parâmetros adotados pelo direito dogmático não mais se coadunam com uma possível essência jurídica. A própria noção de direito dogmático resta prejudicada em função do distanciamento com o social. O direito, como fenômeno complexo que é, não pode se restringir unicamente ao Estado como única forma legítima de produção do fenômeno jurídico. O chamado “monopólio da produção e aplicação do direito pelo Estado” é cada vez mais uma pretensão⁴.

A partir dessa realidade eminentemente complexa de fins-de-século, pode-se dizer que as teorizações têm naufragado num vazio ontológico, sem se dar conta disso, pois, ainda assim, buscam fixar pontos inexoráveis de partida. Todavia, existe uma tentativa de explicação teórica do social e do jurídico sem se prender unicamente aos parâmetros dogmáticos, de um lado, e eminentemente extra-dogmáticos, de outro. A teoria garantista, ao nosso ver, muito embora carregada de posições críticas, é importante nesse sentido, haja vista que busca uma essência no social baseada em um caráter eminentemente procedimental, sem se prender às tradicionais formas de observação do fenômeno, que nos parecem superadas.

O autor centra sua abordagem partindo do pressuposto que o garantismo surge exatamente pelo descompasso existente entre a normatização estatal e as práticas que deveriam estar fundamentadas nelas. No aspecto penal, destaca o autor que as atuações administrativas e policiais andam em descompasso com os preceitos

estabelecidos nas normas jurídicas estatais⁵. Então, a idéia do garantismo é, de um modo geral, a busca de uma melhor adequação dos acontecimentos do mundo empírico às prescrições normativas oficiais.

Cria-se, pois, uma divergência entre a normatividade e a efetividade, e o garantismo seria forma de fazer a junção entre elas. Claro que o garantismo teria influência não apenas no campo jurídico, mas também na esfera política, minimizando a violência e ampliando a liberdade, a partir de um arcabouço de normas jurídicas que dá poder ao Estado de punir em troca da “garantia dos direitos dos cidadãos”. Ou seja, o sistema seria mais garantista quando conseguisse minimizar a distância existente entre o texto da norma e a sua aplicação ao mundo empírico, o que é uma preocupação própria de muitas outras teorias do direito.

Garantismo, pois, vem do verbo *garantir*. Seria, no entender de Ferrajoli, uma forma de direito que se preocupa com aspectos formais e substanciais que devem sempre existir para que o direito seja válido. Essa junção de aspectos formais e substanciais teria a função de resgatar a possibilidade de se garantir, efetivamente, aos sujeitos de direito, todos os direitos fundamentais existentes. É como se a categoria dos direitos fundamentais fosse um dado ontológico para que se pudesse aferir a existência ou não de um direito; em outras palavras, se uma norma é ou não válida. Tal noção de validade será debatida mais adiante.

Logo, como o garantismo não pode ser medido apenas por um referencial, Ferrajoli fala em graus de garantismo, pois ele seria maior se observássemos apenas as normas estatais vigentes sobre os direitos sociais em um país como o Brasil. Todavia, se o ponto de observação for o de sua aplicabilidade, o grau de garantismo diminui. Percebe-se, então, que o grau de garantismo depende do ponto de partida de observação do analisador.

Como se vê, há uma tentativa de, dentro do normativismo, ampliar o leque de possibilidades para a garantia efetiva de direitos, fazendo da norma estatal um ponto de partida (logo, uma ontologia) para a observação de sua adequação ou não à realidade social. Ferrajoli, em sua concepção de garantismo, ainda trata da idéia de validade como uma outra forma de observação do garantismo.

2. A idéia de validade no direito: elementos formal e substancial

A teoria do Professor Ferrajoli centra-se, neste segundo plano de garantismo, em trazer ao espectro jurídico uma nova forma de observação do fenômeno, ao afirmar a existência de aspectos formais e substanciais no mundo jurídico, sendo o aspecto substancial, ao seu ver, algo novo e que deve ser observado na formação das constituições e respectivos ordenamentos jurídicos.

O aspecto formal do direito – diz Ferrajoli – está no procedimento prévio existente, que funciona como pressuposto de legitimidade do surgimento de uma nova norma estatal. Ou seja, uma norma só será válida e legítima se for composta de acordo com os procedimentos formais traçados previamente pelo ordenamento jurídico. Até então, a idéia de validade colocada pelo Professor Ferrajoli traz muita similitude com a teoria pura do direito.

Para Kelsen, a validade de uma norma está em uma outra norma, que lhe é anterior no tempo e superior hierarquicamente, que traçaria as diretrizes formais para que tal norma seja válida. Logo, para Kelsen, existe um mecanismo de derivação entre as normas jurídicas, dentro de uma idéia de supra e infraordenação entre as espécies normativas⁶.

Mas Ferrajoli acrescenta um novo elemento ao conceito de validade. Para ele, uma norma será válida não apenas pelo seu enquadramento formal às normas do ordenamento jurídico que lhe são ante-

riores e configuram um pressuposto para a sua verificação. A tal procedimento de validade, eminentemente formalista, acrescenta um dado que constitui exatamente o elemento substancial do universo jurídico. Nesse sentido, a validade traz em si também elementos de conteúdo, materiais, como fundamento da norma. Esses elementos seriam os direitos fundamentais⁷. Essa idéia resgata uma perspectiva de inserir valores materialmente estabelecidos no seio do ordenamento jurídico, fazendo um resgate da “ética material dos valores” de Max Scheler⁸. Ferrajoli afirma que o conceito de validade em Kelsen, por conseguinte, é equivocado, pois uma norma seria inválida se não estivesse de acordo com os direitos fundamentais elencados na Constituição. Assim, caso uma norma ingresse no ordenamento jurídico a partir do esquema formal de Kelsen – utilizado a reboque por Ferrajoli, configurando o conceito de vigência – e não estivesse de acordo com as normas que consagram os direitos fundamentais, tal norma seria inválida, em função de não estar de acordo com a racionalidade material, pressuposto indispensável de validade das normas jurídicas. Em decorrência, afirma Ferrajoli que o conceito de validade em Kelsen se confunde, equivocadamente, com o de vigência⁹.

Há divergências doutrinárias no que tange à teoria pura do direito. Para alguns, ela estabelece a relação direta da nova norma jurídica estatal com as normas jurídicas preexistentes, entre as quais a Constituição; assim, se a validade pressupõe a perfeita adequação da norma jurídica ao sistema estatal no qual ela se insere, obviamente ela deve enquadrar-se também ao conteúdo dessas prescrições normativas, e os direitos fundamentais seriam, também, uma limitação de conteúdo, entre outras, às novas normas jurídicas. Todavia, outros afirmam que Kelsen só pretende que a nova norma estatal tenha sido criada pelas autoridades

competentes e de acordo com o procedimento prévio e formal de elaboração normativa, sem se preocupar com questões de conteúdo das normas elaboradas. Ferrajoli é partidário da segunda opinião.

Em função desses conceitos de validade e vigência, Ferrajoli traz uma outra idéia que é útil para impor coerência a sua teoria: uma norma vigente, todavia não dotada do caráter da validade (eminentemente material), estaria expurgada do ordenamento jurídico, revogada – no sentido amplo do termo – em função de sua incompatibilidade não com as diretrizes formais de seu surgimento, mas com a materialidade dos direitos fundamentais, que se formariam por meio de um processo histórico, que continua em seu devir, conquistado por meio da experiência, não dotados de uma ontologia, por palavras próprias do professor¹⁰, em virtude de os direitos fundamentais serem construídos através dos tempos.

3. O vazio ontológico: riscos e possibilidades de um garantismo jurídico a partir da metodologia tópica

Apesar de uma teoria firmemente comprometida com ideais democráticos, há que ser feita a seguinte pergunta ao Professor Ferrajoli: como fixar um conteúdo ao que seja um direito fundamental? Tal pergunta, como vimos acima, é respondida utilizando-se os princípios de secularização cultural que formariam os direitos fundamentais. Parece óbvio que isso não responde à pergunta.

O Professor Cláudio Souto, da Universidade Federal de Pernambuco, coloca esse problema na teoria sociológica do direito com muita lucidez, o que é, sem dúvida, um grande desafio aos teóricos, sociólogos e filósofos do direito¹¹. A tentativa do Professor Ferrajoli de dar um conteúdo ao universo jurídico também esbarra no formalismo, exatamente pelo vazio que existe no que caracterizaria efetivamente os direitos fundamentais. Logo, em ver-

dade, há apenas uma mera tentativa de se impor conteúdos, sem na verdade precisá-los.

Em virtude de tal vazio ontológico, cremos que uma teoria comprometida com os ideais democráticos, como a do Professor Ferrajoli, sem uma fixação de conteúdo, como bem nos colocam Cláudio Souto e João Maurício Adeodato, pode ser manipulada por ideologias totalmente distintas do ideal do autor, haja vista que regimes autoritários podem traçar uma idéia do que, para os seus interesses, seria fundamental; logo, quais seriam os direitos fundamentais para a manutenção do *status quo* contrário a ideais democráticos?

Logo, cada um, ao seu bel prazer, poderia fixar o conteúdo dos direitos fundamentais a partir de vários pontos de partida distintos, e, na maioria das vezes, opostos, muito embora todas as formas – democráticas ou não – de compreender a essência dos direitos fundamentais estariam legitimadas pela teoria de Ferrajoli.

Seria muito desagradável ver uma teoria gerada a partir de ideais não-democráticos ser manipulada por ideologias distintas, que se utilizam de uma forma peculiar de inserção do seu discurso no meio social.

Seria muito desagradável, repetimos, que a teoria do estado constitucional de direito, com aspectos formais e “substanciais”, fosse conhecida como uma teoria que dá sustentação a regimes totalitários, do mesmo modo que aconteceu com Kelsen, que, por optar por um formalismo metodológico e ontológico do direito, foi tido como um teórico que deu as bases de fundamento de regimes totalitários nazista e fascista, regimes esses que o perseguiram por ser judeu e por suas idéias, forçando-o ao exílio nos Estados Unidos.

Portanto, questões colocadas pelo juiz Perfecto Andrés Ibañez, discípulo de Ferrajoli, sobre a corrupção, em especial, e problemas sobre a gestão da coisa pública, em geral, ao invés de terem a

teoria garantista como um aliado contra essas práticas, na verdade ela pode ser uma forma de permitir a dominação política e jurídica de vertente autoritária em virtude da falta de precisão conceitual do que vem a ser um direito fundamental.

A teoria do garantismo, pela possibilidade de inserir conteúdos os mais diversos no que seja um “direito fundamental”, pode legitimar, sim, formas incorretas de gestão de interesses públicos, para citarmos apenas um exemplo dentre os inúmeros que podem existir.

Nessa mesma linha segue uma das correntes do chamado direito alternativo no Brasil, como vimos no capítulo anterior: muito ufanismo e engajamento político e eminentemente ideológico, sem uma preocupação com a fixação de uma teoria com dados concretos da realidade. O homem pode, sim, sonhar, mas acreditamos que nossos sonhos devem ser revertidos em um trabalho sério, com dados efetivos para que possamos construir teorias jurídicas sólidas, com substrato ontológico e epistemológico.

Um mero discurso político como tentativa de fixação de uma teoria, além de incorreto dentro dos parâmetros acadêmicos, pode levar à legitimação de um discurso pelo discurso, sem nenhuma base coerente e concreta que dê respaldo a essa forma de pensar. Parece que essa forma de articulação “acadêmica” ganha platéias em virtude do seu caráter eminentemente emocional, mas não constrói bases sólidas para que possamos efetivar um trabalho sério e de qualidade na academia jurídica.

O perigo está, exatamente, nesse vazio ontológico. O mesmo ocorre com os que imaginam que o direito – na tensão Estado-Sociedade¹² – é fruto meramente do social, sem se atentar que o social também é uma forma de manifestação do direito, tanto quanto o Estado. Logo, privilegiar a forma social em relação à forma estatal não resolve o problema: apenas substitui a forma pela forma, e legitima a existência

de quadros sociais totalmente contrários à teoria, como o Esquadrão da Morte ou o tráfico de drogas¹³. Isso pode gerar verdadeiros absurdos jurídico-sociais que se legitimam pelo silêncio, pelo vazio, pela existência de estrutura em detrimento da inexistência de conteúdo.

Por mais atrativas que certas teorias possam parecer, na verdade há o risco de elas serem usadas como base epistemológica para que se concretizem ideais não-libertários frente à sociedade. O que fazer? Chegamos a uma aporia? Podemos construir também uma idéia rigorosa de conteúdo para o direito e a democracia? Isso é um trabalho árduo para discussão, e é exatamente essa a intenção do estudo.

Todavia, a aporia ainda persiste: por mais que haja uma necessidade de conteúdos, a sua fixação traz o grave problema de se consistir em um dado *a priori*, inquestionável e balizador da forma de se estudar o direito, e, mais especificamente, os direitos fundamentais, como quer o professor Ferrajoli. Então, o que fazer: abrir o leque às possibilidades de investigação dos direitos fundamentais e admiti-los como fruto de uma construção histórica ou partir para uma determinação rígida, que resolveria problemas de segurança para além do modelo estatal, mas não estaria aberto às novas possibilidades?

A análise da teoria da autopoiese luhmanniana, esboçada em outras oportunidades¹⁴, ajuda-nos na investigação, pois ela tem por finalidade a demonstração da possibilidade da existência de uma abertura cognitiva para investigação de novas experiências e o aprimoramento da própria autopoiese, inclusive na autopoiese do sistema que formaria e informaria o que são os direitos fundamentais.

Eis o problema: a falta de conteúdo nos deixa presos à exploração retórica dos conceitos conforme interesses setorizados e particulares. Por outro lado, a falta de abertura faz com que os dados colhidos não possam ser questionados nem modificados, criando-se uma ditadura da

ontologia, a partir não apenas da lei, mas de investigações, que se dizem científicas, para afirmar pontos de partida inexoráveis. Ou seja, o retorno ao direito dogmático formalista. Talvez a mescla de tais possibilidades, constituindo uma “ética da tolerância”¹⁵, seja uma forma de conciliar os problemas.

Para tanto, acreditamos que a teoria de Ferrajoli pode ser estudada a partir da tópica de Theodor Viehweg, haja vista que, se a categoria de direitos fundamentais pode ser preenchida por diversos conteúdos, poderíamos, adotando a tópica como metodologia, enquadrar os direitos fundamentais a partir dos problemas concretos que precisam ser solucionados¹⁶, como buscaremos desenvolver em outra oportunidade.

Notas

¹ Sobre o tema, cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre : Fabris, 1988. p. 84 s.

² Para uma caracterização do problema, cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; e HABERMAS, Jürgen. *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*. Buenos Aires : Amorrortu, 1975.

³ Sobre a idéia de modernidade central *versus* modernidade periférica, cf. NEVES, Marcelo. A crise do Estado: da modernidade central à modernidade periférica: anotações a partir do pensamento filosófico e sociológico alemão. *Revista de Direito Alternativo*. São Paulo : Acadêmica, n. 3, 1994. p. 64-78.

⁴ Para uma análise do direito dogmático, cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo : RT, 1980. p. 95 s. e, do mesmo autor, *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo : Atlas, 1994, pp. 85-94.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid : Trotta, 1998. p. 851.

⁶ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo : Martins Fontes, 1985. p. 205 s., e, especialmente, para verificar a “estrutura escalonada” da ordem jurídica, 240 s.

⁷ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal* (n. 114), p. 851 s. Cf. tb. FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JR., José Alcebiades de (org.). *O novo em Direito e política*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997. p. 89-109.

⁸ Cf. SCHELER, Max: *Ética: nuevo ensayo de fundamentación de un materialismo ético*. Buenos Aires : Revista de Occidente Argentina, 1948. t.1, p.159-216. Cf. tb. o site <http://members.aol.com/fringsmk/scheler3.htm>, que trata da vida e obra do filósofo alemão citado.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. *O Direito como sistema de garantias*. (n. 7), p. 95-97.

¹⁰ Cf. nota 7, *supra*.

¹¹ Cf. SOUTO, Cláudio. *Ciência e ética no Direito: uma alternativa de modernidade*. Porto Alegre : Fabris, 1992. p. 75 s.

¹² Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado e o Direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum. *Humanidades*. Brasília: UnB, v. 7, n. 3, 1992. p. 267-282.

¹³ Cf. OLIVEIRA, Luciano. Ilegalidade e Direito Alternativo: notas para evitar alguns equívocos. *Ensino jurídico OAB: diagnósticos, perspectivas e propostas*. Brasília : Conselho Federal da OAB, 1992. p. 191-200.

¹⁴ MAIA, Alexandre da. O movimento do Direito Alternativo e sua influência no Poder Judiciário da comarca do Recife. *Revista da OAB – Seccional de Pernambuco*. Recife : OAB-TS, 1997. p. 41-62.

¹⁵ A expressão destacada é de João Maurício Adeodato. Cf. ADEODATO, João Maurício. Ética, jusnaturalismo e Positivismo no Direito. *Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito*. Recife : Universitária (UFPE), n. 7. 1995, p. 214.

¹⁶ Uma menção a tal possibilidade está em BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. p. 19-27.

Transgênicos

A civilização transgênica e cibernética

Leon Frejda Szklarowsky

A informática, como as grandes descobertas e a revolução tecnológica e espiritual, desbravaram uma nova era para a humanidade: o ingresso na idade de ouro espiritual e moral! A comunhão da humanidade através da comunicação.

Sumário

1. Considerações gerais.
2. Direito ambiental.
3. Fabricação de clones e animais quiméricos.
4. Engenharia genética e transgênicos.
5. Direito Comparado.
6. Legislação brasileira e conceitos.
7. A lei de política ambiental.
8. Conclusão.

1. Considerações gerais

A sociedade humana não pode ficar surda nem cega ante os descalabros que vêm aviltando o ser humano neste final de século e raiar de um novo milênio. Homens e mulheres são tratados como se animais fossem, com a ressalva de que a estes muitas vezes se dispensam melhor tratamento e mais carinho e amor. Também não pode quedar-se indiferente ante as enormes transformações científicas e tecnológicas por que vem passando, ingressando na civilização transgênica e cibernética.

O que leva o homem a esmagar seu semelhante impiedosamente? Por que a fera latente, que parecia ter sido sepultada para sempre, acorda, a cada instante, e, com voracidade, põe-se a destruir o que levou milhares de anos para ser construído

Leon Frejda Szklarowsky é professor, advogado, jornalista e pós-graduado em Direito do Estado e Metodologia do Ensino Superior.

e lapidado, pondo em xeque a civilização que atingiu o esplendor e ultrapassou a fronteira do desconhecido, caminhando o homem sobre o solo lunar e, certamente, fá-lo-á, em outros territórios de planetas e estrelas longínquas, em breve tempo?

O que leva o homem a sempre destruir o que a natureza pródiga levou milhões de anos para cinzelar e criar esta exuberância que até a Deus causaria inveja?

O que leva o homem a desafiar a natureza e os elementos, somente para saciar seu apetite pelo dinheiro, fruto do capitalismo selvagem, não importa o que aconteça, nem que danos cause a outro ser e à própria natureza e às gerações futuras, como alerta o eminente magistrado federal, do Distrito Federal, Antônio Souza Prudente, que sentenciou com coragem e destemor e sem receio de desagradar o poder econômico e o poder dos homens, proibindo que, antes do *estudo prévio do impacto ambiental*, se fizesse o transporte de genes de uma espécie para outra, desencadeando desdobramentos maléficos à saúde humana e ao meio ambiente, como informa o norte-americano Jeremy Rifkin, especialista em biotecnologia, em sua obra singular e única, *O Século da Biotecnologia*, que trata da valorização dos genes e a reconstrução do mundo?

Afinal, ainda não se sabe quais os efeitos da engenharia genética, do alimento transgênico, fonte alimentar transgênica ou, mais especificamente, soja, feijão, milho e inúmeros outros produtos transgênicos, distinguindo-se, entre nós, o plantio da soja em escala comercial, que vem a ser impedido por sentença judicial, ecoando por além-mar.

Que impacto ao ambiente e dano à saúde é capaz de produzir a planta transgênica? Ou haverá exagero nesta grita?

A polêmica instaurou-se desde o momento em que, do outro lado do oceano, ouviram-se vozes contra e a favor dessa mutação artificial praticada em laboratório, sem que se tenha certeza de que nenhum mal causará.

Seria loucura do cientista em busca do desconhecido ou do elo perdido da evolução, ou ainda o construtor de um mundo mais feliz, porque estaria desenvolvendo uma técnica que produziria mais e melhor, quando seres humanos se multiplicam em progressão geométrica e também assim a fome e a carência de alimentos? Imagine-se alimentar uma população de cerca de oito bilhões na virada do século.

Seria talvez a obstinação do homem em tudo proibir impondo a ditadura do não e da objeção a tudo que respire progresso?

2. *Direito ambiental*

Ao se estudarem todas essas questões que envolvem o ser humano, há que se pensar na multiplicidade e integração do conhecimento e do novo direito – *o direito ambiental* – que se mescla com variados ramos das ciências jurídicas com fonte direta na Constituição Federal, distinguindo-se o direito administrativo, civil, penal, tributário, financeiro, processual civil e penal, laboral, internacional público e privado, do consumidor e a arbitragem, sem olvidar a economia, a ecologia, a antropologia, a mineralogia, a genética, a biologia, a biotecnologia e, notadamente, a engenharia genética.

O direito ambiental compreende princípios e regras de proteção ao meio ambiente, sendo significativamente elástico. O artigo 225 da Lei Magna projeta a suma preocupação do constituinte e enuncia enfaticamente que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, devendo o poder público defendê-lo e preservá-lo para as gerações do presente e do futuro. E, sem qualquer ressalva, para assegurar a efetividade desse *direito – garantia*, impõe ao Estado, entre outros, o dever de conservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas, a

diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético, exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, dando-se-lhe ampla publicidade. Não ficaram de fora o controle da produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias que possam produzir risco para a vida, qualidade de vida e o meio ambiente. Não passou despercebido ao legislador cumprir a *Lex Magna*, quando indica a punição efetiva aos que colidem com a legislação protetora do meio ambiente, no seu sentido mais abrangente.

Esse dispositivo incorpora os princípios fundamentais recomendados pela comissão de peritos a serviço da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento para orientar a tutela legal sobre o meio ambiente consubstanciados nos seguintes mandamentos:

“Todos os seres humanos têm o direito fundamental a um meio ambiente adequado à sua saúde e bem-estar e os Estados deverão conservar e utilizar o meio ambiente e os recursos naturais para benefício da presente e das futuras gerações.”

Essas disposições consagram, no dizer do Ministro Celso de Mello, um típico direito de terceira geração (RE 134297- SP, STF, 1ª T, DJU 1, 22-9-95, p. 30597).

Citem-se também, entre outros, os artigos da Magna Carta que dizem respeito ao meio ambiente: 43, §§ 2º, IV, e 3º; 49, XIV e XVI; 91, § 1º, III; 129, III; 170, II, III e VI; 174, §§ 3º e 4º; 177; 186, II; 200, VI a VIII; 231 etc.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhece, sem dúvida, os direitos do homem ao ambiente, nos termos em que conhecemos atualmente, ao manifestar expressamente que *toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de*

assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar (Artigo XXV) e tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (Artigo III).

A tecnologia avança a passos largos, inexoravelmente, sem retorno, traz benefícios e também temores; assim, a engenharia genética, por exemplo, como a define Jeremy Rifkin, representa as mais sonhadas esperanças, mas também os mais terríveis receios, porque o processo de DNA é a mais assustadora ferramenta na manipulação do arsenal biológico, com a biotecnologia em pleno e rápido desenvolvimento.

3. Fabricação de clones e animais quiméricos

Registra o referido autor a possibilidade de fabricação de clones, o que já é realidade, com funda ameaça de se produzirem clones humanos, numa imitação pretensiosa do Altíssimo, animais *quiméricos* – a miscigenação do homem e do animal, a mais teratológica, assustadora e ousada realização, afrontando de vez a ética, a filosofia, a moral, a religião, o direito, a natureza e a espécie humana, atingindo, enfim, as raias da loucura e do absurdo e copiando a antiga mitologia grega do centauro – espécie fantástica de um ser, metade homem e metade cavalo.

Caminhamos para uma nova revolução, a maior de todas, desta feita, de conseqüências sem limites para o gênero humano, que ainda não estaria preparado para esse impacto. O que poderá representar o fato de genes humanos tornarem-se propriedade intelectual de empresas privadas é absolutamente arrasador. E, com a engenharia genética, já se há chegado, nos Estados Unidos da América, à segregação do genótipo ou discriminação genética, segundo o depoimento da Doutora. Lisa Gueller, do Departamento de Neurobiologia e Divisão de Ética Médica da Faculdade de Medicina da Universidade de Harvard.

4. Engenharia genética e transgênicos

A engenharia genética, reconstruindo e reformulando estruturas de genes dos microrganismos, plantas e animais, numa eficiência e velocidade jamais imaginadas, visa tornar esses produtos mais econômicos e superiores em quantidade e qualidade, em tempo insuperável.

Mas é na biotecnologia agrícola que também se centra o mais alto temor pelas conseqüências que possam ocorrer, se não houver um estudo sério e responsável, protegido por um rígido arcabouço legal, ornamentado com os princípios morais, éticos e religiosos.

Nesse campo, as indústrias põem-se a introduzir, numa desenfreada corrida, uma nova geração de lavouras transgênicas na agricultura, com o objetivo de conseguir uma profunda revolução genética, com a inserção de genes de animais em plantas, para aumentar sua resistência às pragas. Como exemplo dessa mistura esdrúxula, que vem seguindo o modelo de Frankenstein, citem-se a inserção de genes de galinha em batatas, para terem maior resistência; de genes de vaga-lume no código biológico de pés de milho, como marcadores genéticos ou do hamster chinês no genoma de pés de tabaco, para aumentar a produção de esterol. Ou, ainda, os animais quiméricos, dos quais a mitologia é tão rica.

5. Direito comparado

No direito comparado, a legislação tem-se esmerado no sentido de oferecer ampla proteção ao meio ambiente, com destaque às normas legais dos Estados Unidos.

Basicamente, a Noruega permite a produção de organismos geneticamente modificados, calcada em razões éticas e sociais motivadas, prevalecendo sempre o respeito ao meio ambiente e à saúde humana. A legislação japonesa pauta-se primacialmente pela garantia de condi-

ções básicas para a segurança e o uso apropriado de técnicas de recombinação do DNA em processos industriais e de manufaturação. A legislação inglesa é uma das mais antigas. Seguem-se, entre outros, a França, a Austrália, a Nova Zelândia, a Índia, a África do Sul, o Canadá, a Espanha, a Comunidade Européia, os organismos internacionais, os Estados Unidos. Este país dispõe de uma das legislações mais complexas, contando com inúmeros organismos fiscalizadores.

6. Legislação brasileira e conceitos

No Brasil, apesar de recente, existe um rico feixe legislativo regulamentando a proteção ambiental, a manipulação de genes e a engenharia genética. Estados como Alagoas, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Amazônia, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo, Paraná, Ceará, Goiás, Piauí, Rio de Janeiro, Maranhão, Paraíba, Espírito Santo, Tocantins, Pernambuco, Rondônia, Minas Gerais, Sergipe, Rio Grande do Norte e o Distrito Federal têm previsão constitucional ou legal (Lei Orgânica do DF), enunciando competir ao Estado a preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético e biológico, a fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético.

A Constituição prevê, no artigo 24, a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre a proteção do meio ambiente e responsabilidade por dano causado ao meio ambiente.

A Lei 8.974, de 5 de janeiro de 1995, regulamenta os incisos II e V do § 1º do artigo 225 da Constituição, estabelecendo normas de segurança e mecanismos de fiscalização na utilização das técnicas de engenharia genética na construção, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte de *organismos geneticamente modificados* –

OGM, com o intuito de proteger a vida e saúde do homem, dos animais, das plantas e do meio ambiente.

A lei brasileira, conquanto enxuta e singela, segue os padrões internacionais e assenta-se no princípio da precaução, por se tratar de assunto controverso e não totalmente dominado pelo homem. Não obstante, por não ser completa, deve ser aplicada em harmonia com outros diplomas legais em vigor.

Esse diploma didaticamente define a *engenharia genética* como sendo a atividade de manipulação de moléculas ADN/ARN recombinantes. Estas são manipuladas fora das células vivas, pela modificação de segmentos de ADN/ARN resultantes dessa multiplicação. Equivalem-se os segmentos naturais e os sintéticos. *Organismo*, por sua vez, é conceituado como a entidade biológica capaz de reproduzir e/ou transferir material genético, incluindo vírus, prions e outras classes que venham a ser conhecidas. O *ADN – ácido desoxirribonucléico* e o *ARN – ácido ribonucléico* constituem material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis aos descendentes.

O legislador brasileiro foi muito feliz ao enunciar e catalogar como crimes a manipulação genética de organismos vivos ou o manejo *in vitro* de ADN/ARN natural ou recombinante, realizado em desacordo com as normas desta lei; a manipulação genética de células germinais humana, a intervenção em material genético humano *in vivo*, a não ser que se destine ao tratamento de defeito genético, segundo os princípios éticos, *v.g.*, o princípio da autonomia e o da beneficência, desde que obtida a prévia aprovação da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio. Também ficam expressamente vedadas e constituem delito a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível, a intervenção, *in vivo*, em material genético

de animais, excetuada a hipótese de se materializar em notável avanço na pesquisa científica e no desenvolvimento tecnológico, com estrita observância dos princípios éticos – da responsabilidade e da prudência e mediante aprovação preliminar da CTNBio. A liberação ou o descarte, no meio ambiente, de organismo geneticamente modificado, em contraste com os comandos da CTNBio e das normas legais e regulamentares, também constituem infração penal.

O Decreto 1.752, de 20 de dezembro de 1995, que revogou o Decreto 1.520, de 20 de junho daquele mesmo ano, e regulamenta a Lei 8.974, dispõe sobre a competência e funcionamento da CTNBio, as normas e disposições relativas às atividades e projetos relacionados com a OGN, emitindo parecer técnico conclusivo. Esse decreto regula também a expedição do Certificado de Qualidade em Biossegurança, pela CTNBio, como condição *sine qua* para que as entidades nacionais, estrangeiras ou internacionais possam desenvolver atividades relativas à OGM e derivados.

Além da responsabilidade penal, a Lei 8.974 prevê as infrações de caráter administrativo e civil. O artigo 14 obriga o infrator a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, independentemente da apuração da culpa. O Ministério Público da União e dos Estados têm legitimidade, de acordo com o disposto no § 6º do artigo 13, para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao homem, aos animais e às plantas.

A Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, é uma porta que o legislador criou para a defesa do meio ambiente, do consumidor e dos bens e interesses de valor artístico, estético, histórico, paisagístico e turístico, alicerçada no inciso III do artigo 129 da Constituição, que comete ao Ministério Público, como função institucional, promover inquérito civil e ação civil pública

para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

7. *A lei de política ambiental*

A Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, alterada pelas Leis 7.804, de 1989, e 8.028, de 1990, regulamentada pelo Decreto 99.274, de 1990, formula a política nacional do meio ambiente e define, entre outras coisas, o meio ambiente como sendo o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

Essa lei estrutura o Sistema Nacional do Meio Ambiente, que se comporá, entre outros, do órgão consultivo e deliberativo, CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente, destinado a determinar, quando for necessário, a realização de estudos das alternativas e das possíveis conseqüências ambientais de projetos públicos e privados, requisitando aos órgãos federais, estaduais e municipais e às entidades privadas as informações necessárias para a apreciação do impacto ambiental e respectivos relatórios, na hipótese de obras ou atividades determinantes de significativa degradação ambiental.

Trata-se, na hipótese decidida pelo magistrado federal, de enfrentar a questão da sobrevivência da Lei 6.938/81, em face da Lei 8.974/95 que lhe é posterior, no que diz respeito à exigência de estudo do impacto ambiental.

A primeira, sem dúvida, é uma lei geral a regulamentar a política nacional do meio ambiente enquanto esta última disciplina, de modo especial, o uso de técnicas de engenharia genética e liberação de organismos geneticamente modificados.

A Lei de Introdução ao Código Civil é incisiva quanto à determinação do § 2º do artigo 2º, que contempla uma regra de excepcional importância ao indicar que as disposições gerais ou especiais, a par das

já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior, ou, como ensina Maria Helena Diniz, para a lei nova revogar a lei antiga é preciso que discipline de modo diverso a matéria ou expressamente a revogue, podendo ambas coexistirem. E mais, quando a incompatibilidade se estabelece entre a lei, ato do Poder Legislativo, e um regulamento ou decreto do Poder Executivo, prevalece sempre a disposição legal, conforme se colhe dos ensinamentos de Clovis e de Washington de Barros Monteiro.

Assim, se a lei que define a política do meio ambiente dispõe que, quando necessário, o CONAMA poderá determinar o estudo do impacto ambiental e a lei nova nada dispôs, porque trata de assunto específico, esta poderá fazê-lo, se for o caso, mesmo que decreto regulamentar faça alguma restrição.

8. *Conclusão*

Não há nada que possa impedir o progresso do homem, a aspiração de descobrir o incógnito, de superar-se a si mesmo e até de criar (ou clonar) o seu semelhante, substituindo-se a Deus ou à natureza, como loucamente está no limiar de fazê-lo, ou, ainda, como relata o Livro dos Livros, para mostrar sua grandeza, resolveram os descendentes de Noé construir uma torre tão alta que atingisse o céu, mas foram castigados por Jeová, que lhes confundiu a língua, deixando inacabada a ousada obra.

Realmente, o homem pode e deve desbravar o túnel que o separa do desconhecido, já que foi dotado de inteligência e do livre arbítrio. Nem se lhe pode exigir que pare bruscamente, no tempo e no espaço, pois lhe foi destinado prosseguir na longa jornada do destino e *a eternidade do homem, na Terra, traduz-se pelo que ele faz, marcando sua passagem, de forma indelével e notável, quando se trata de seres humanos predestinados a grandes feitos.*

As pesquisas, as experiências e o trabalho científico, que visam aprimorar as condições de vida do homem na Terra, devem ser estimulados e não barrados, porque o obscurantismo consegue impedir a caminhada do homem, por algum tempo, mas não para sempre.

Não obstante, o mesmo homem, que tem ambições e deseja devorar a ignorância, impõe-se os freios necessários a sua própria sobrevivência no planeta e o legislador tem-se esmerado na edificação de trincheiras, que o impeçam de ultrapassar certos limites: a barreira da insensatez e do desvario.

Este é, então, convocado para intervir, com o objetivo de oferecer proteção e garantia na manipulação genética, dados os seus riscos para os seres humanos, os outros animais e as plantas.

Sem dúvida, os princípios morais e religiosos deverão nortear os homens de laboratório e das ciências, para que não quebrem o frasco precioso e o ser humano feneça, por não ter percebido que existem fronteiras que não podem ser cruzadas, sob pena de tornar-se prisioneiro de sua própria inteligência.

Destarte, sem impedir o progresso das ciências, mas tendo em vista a segurança, que é o objetivo maior, a lei nacional regula de modo eficiente essa tormentosa questão, como já o fizera anteriormente, no tocante aos agrotóxicos, por meio da Lei 7.802, de 1989.

Bibliografia

ANDRADE, Agostini de. A tutela ao meio ambiente e a Constituição. In: *Ajúrís*. [s.l. : s.n.], n. 45, mar. 1989.
BARRETO, Vicente. *Leitura ética da Constituição: Direito Constitucional*. [s.l.], Consulnex, 1998.

BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. [s.l.] : Saraiva, 1989.
BESSA DE JÚNIOR, Paulo. *Direito Ambiental*. [s.l.] : Lumen Júris, 1996.
BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil comentado*. [s.l.] : Livraria Francisco Alves, v.1, s./d.
Bíblia Sagrada, Velho Testamento.
COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamentos dos Direitos Humanos*. [s.l.] : Consilex, 1998.
DEEBEIS, Toufic Daher. *Elementos de Direito Ambiental Brasileiro*. [s.l.] : Livraria e Editora Universitária de Direito, 1999.
DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil*. [s.l.] : Saraiva, 1994.
FIORILLO, Celso Antônio Pacheco, DIAFÉRIA, Adriana. Biodiversidade e patrimônio genético no Direito Ambiental brasileiro. [s.l.] : Max Limonad, 1999.
MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 7. ed. [s.l.] : Malheiros Editores, s./d.
MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. [s.l.] : Freitas Bastos, 1957.
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. [s.l.] : Malheiros, 1997.
MESSNER, Johannes. *Ética Social*. Tradução por Cílpio Mía de Castro. São Paulo : Editora Quadrante, s./d.
MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: parte geral*. 18. ed. [s.l.] : Saraiva, 1979.
PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Tradução por Maria Ermantina Galvão. São Paulo : Martins Fontes, 1999.
PRUDENTE, Antônio Souza. Decisão n. 260/99, classe 9.200, no processo n. 1998.343.00.027681-B, ação cautelar inominada, requerida pelo IDEC- Instituto Brasileiro do Consumidor contra a União e outro.
RIFKIN, Jeremy. *O século da biotecnologia*. Tradução por Cerão Sapiro. [s.l.] : Makron Books, 1999.
SILVA MARTINS, Ives Gandra, BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil*. [s.l.], Saraiva, 1990.
SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional. Revista dos Tribunais*. [s.l. : s.n.], 1989.
TOURINHO NETO, Fernando. *A Constituição na visão dos Tribunais*. [s.l.] : Tribunal Regional Federal. 1ª Região, v. 3, 1997.
VARELLA, Marcelo Dias, FONTES, Eliana, ROCHA, Fernando Galvão da. *Biossegurança & biodiversidade*. [s.l.] : Del Rey, 1999.

A invocação dos direitos fundamentais no âmbito das pessoas coletivas de direito privado

Cristiano Heineck Schmitt

Sumário

Introdução. 1. Perspectiva subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais. 1.1. Considerações preliminares. 1.2. Os direitos fundamentais como direitos subjetivos. 1.3. Os direitos fundamentais como direitos objetivos. 2. Direitos fundamentais de pessoas coletivas de direito privado. 2.1. Considerações preliminares. 2.2. O caso da Alemanha. 2.3. O caso de Portugal. 2.4. O caso da Espanha. 2.5. O caso do Brasil. Conclusão.

Introdução

A presente pesquisa objetiva abordar dois pontos controvertidos do direito constitucional moderno, de grande influência no direito privado, quais sejam a perspectiva subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais e a invocação desses direitos no âmbito das pessoas coletivas de direito privado.

Até o presente momento, pouco se fez, nacionalmente, e no Direito Comparado, no sentido de melhor desenvolver os dois temas ora pesquisados.

Busca-se, assim, dar uma idéia geral do caráter dual dos direitos fundamentais, isto é, de sua perspectiva objetiva e subjetiva, o que nos induzirá, num momento posterior, a justificar a incorporação de direitos fundamentais pelas pessoas coletivas de direito privado, possibilidade cuja viabilidade será em conformidade com o direito, mesmo rompendo com o dogma

Cristiano Heineck Schmitt é advogado, pós-graduado pela Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul, mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

segundo o qual os direitos fundamentais aplicam-se somente no âmbito da pessoa humana.

1. Perspectiva subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais

1.1. Considerações preliminares

A dupla perspectiva revelada pelos direitos fundamentais, que podem figurar tanto como direitos subjetivos individuais quanto como elementos objetivos fundamentais da comunidade, perfaz uma das mais relevantes formulações do direito constitucional moderno, principalmente em sede de direitos fundamentais¹. Tal perspectiva encontra respaldo no direito comparado, sendo pouco aprofundada no direito pátrio.

1.2. Os direitos fundamentais como direitos subjetivos

Sob a perspectiva de direitos subjetivos, os direitos fundamentais são direitos básicos jurídico-constitucionais do particular, como homem ou como cidadão. Conforme Hesse, os direitos fundamentais como direitos subjetivos “ganham seu peso material especial por estarem na tradição dos direitos do homem e do cidadão...”².

O ilustre jurista ensina que nenhuma ordem jurídica pode pretender legitimidade sem incorporar as liberdades e direitos de igualdade garantidos pelos direitos do homem e do cidadão³.

A partir dessa perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, pode-se dizer, então, que eles são direitos de defesa contra os poderes estatais. De acordo com a lição de Hesse, os direitos fundamentais “tornam possível ao particular defender-se contra prejuízos não autorizados em seu status jurídico-constitucional pelos poderes estatais no caminho do direito”⁴.

Entretanto, se adotarmos o critério do “radical subjetivo”, referido por Canotilho,

os direitos, liberdades e garantias constitucionais fariam apenas referência pessoal ao homem individual⁵. Como sustenta o mestre lusitano, entretanto,

“trata-se de um critério não constitucionalmente adequado, pois é a própria Constituição que inclui, ‘expressis verbis’, na categoria de direitos, liberdades e garantias, direitos de pessoas colectivas, designadamente direitos de organizações políticas e sociais (arts. 40º, 54º, 56º e 57º)”⁶.

Como veremos posteriormente, não será apenas uma ordem de direitos subjetivos mas também uma ordem objetiva que justificará o ponto crucial de nossa pesquisa e que é o reconhecimento de direitos fundamentais a pessoas coletivas⁷.

No que diz respeito ao objeto dos direitos fundamentais subjetivos, podemos dizer que esses direitos constituem posições jurídicas complexas, podendo conter direitos, liberdades, pretensões e poderes de natureza diversa, sendo oponíveis contra diferentes destinatários⁸. Nesse sentido, Sarlet aduz:

“...cumpre frisar que os direitos fundamentais, mesmo na sua condição de direito subjetivo, não se reduzem aos clássicos direitos de liberdade, ainda que nestes a nota da subjetividade, no sentido de sua exigibilidade, transparência – de regra – da forma mais acentuada”⁹.

Tem-se sustentado na doutrina a existência de uma presunção em favor da prevalência da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais¹⁰. Para Robert Alexy¹¹, essa presunção encontra respaldo em dois argumentos. O primeiro diz respeito à finalidade dos direitos fundamentais (mesmo os de cunho coletivo) que é a proteção do indivíduo e não a da coletividade, sendo que a perspectiva objetiva consistiria em uma espécie de reforço da proteção jurídica conferida aos direitos fundamentais subjetivos. O se-

gundo argumento refere-se, por sua vez, ao caráter principiológico dos direitos fundamentais, uma vez que o reconhecimento de um direito subjetivo representaria um grau maior de realização do que simplesmente a previsão de obrigações de cunho meramente objetivo.

Ainda, buscando defender a predominância da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, vale destacar o pensamento de Canotilho¹², para quem prevalece o caráter subjetivo individual dos direitos fundamentais em caso de tensão entre o direito de um indivíduo e o de uma pessoa coletiva, o que vai levar em conta também uma ponderação dos valores conflitantes guiados pelas circunstâncias do caso concreto.

Em que pese esse predomínio da presunção da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, não terá ela, contudo, o condão de excluir possibilidades já reconhecidas por alguns ordenamentos jurídicos, como é o caso de Portugal, Alemanha e Espanha ao atribuírem a titularidade desses direitos a pessoas coletivas de direito privado¹³, o que se evidencia a partir da aceitação da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

1.3. Os direitos fundamentais como direitos objetivos

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais possui uma conotação valorativa decorrente do princípio do Estado Social de Direito que, por sua vez, impõe o “valor da solidariedade”¹⁴, ou seja, da responsabilidade comunitária dos indivíduos.

Como bem salienta Stumm, “objetivar significa legitimar valores reconhecidos pela comunidade e aplicáveis pelos intérpretes”¹⁵.

O direito fundamental subjetivo tem sua essência voltada para o resguardo dos direitos de personalidade. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, entretanto, propiciará o reconhecimento de

outros direitos refletidos pelo direito de personalidade, como é o caso dos direitos fundamentais pertinentes aos entes coletivos¹⁶.

Como elementos essenciais da ordem objetiva da coletividade, os direitos fundamentais reconhecem garantias que não contêm, primeiramente, direitos individuais ou que em absoluto garantem direitos individuais, como aponta Hesse¹⁷. Quando, por exemplo, o artigo 1º, alínea 2, da Lei Fundamental alemã qualifica certas garantias como “base de cada comunidade humana”, manifesta claramente nisso o caráter dessas garantias fundamentais como elementos da ordem objetiva¹⁸.

O mérito de haver mostrado o significado jurídico-objetivo dos direitos fundamentais é da “doutrina das garantias institucionais e de institutos”, incorporada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão¹⁹, da qual destaca-se principalmente a obra de Carl Schmitt *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*²⁰. É mister frisar que foi com o advento da Lei Fundamental alemã de 1949 que se deu o impulso decisivo para a aceitação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais²¹. A doutrina e jurisprudência germânicas, no intuito de fortalecer essa tendência de promover a objetivação de certos direitos fundamentais, invocavam a decisão *Lüth*, de 1958, do Tribunal Constitucional Federal em que, de acordo com Sarlet, foi afirmado que

“...os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos”²².

Uma vez que se chegou à conclusão de que os direitos fundamentais incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade, restamos a constatação de que os direitos fundamentais

“devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar”²³.

A idéia de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos, consequência da recepção da dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, encontra-se formulada também na jurisprudência alemã da década de cinquenta²⁴. Essa responsabilidade comunitária terá o condão de restringir os direitos subjetivos fundamentais com base no interesse social preponderante, o que viabiliza o reconhecimento dos direitos fundamentais dos entes coletivos.

O processo de valorização dos direitos fundamentais na condição de normas de direito objetivo possibilitou, por meio da hermenêutica, a incorporação de novos conteúdos ao programa normativo dos direitos fundamentais, equalizando a norma jurídica à realidade. Com a transição do Estado liberal para o Estado social e democrático de Direito, houve uma conscientização acerca da “insuficiência de uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa para a garantia de uma liberdade efetiva para todos”²⁵. Como novo conteúdo outorgado aos direitos fundamentais ocorre a extensão dos direitos fundamentais às pessoas jurídicas de direito privado, visto que o ente coletivo é um conglomerado de vontades individuais convergentes, além de ser o principal propulsor da economia.

Falar em direito fundamental de pessoa coletiva de direito privado representa a

concessão da tutela constitucional tanto ao indivíduo que aparece por detrás do ente coletivo, quanto à própria organização. A pessoa coletiva de direito privado tem por função social reduzir a demanda de empregos, além de produzir divisas essenciais para o Estado. Negar uma proteção eficaz ao ente coletivo privado, em última análise, afetará o direito individual do cidadão, inclusive aqueles ditos fundamentais como emprego, alimentação e vida digna. É uma seqüência de fatos: atingindo-se o ente maior, provocam-se seqüelas no ente menor, que é o ser humano. Daí se tem que o direito fundamental objetivo é um reforço ao direito fundamental subjetivo e, por meio do direito fundamental objetivo, protege-se e respeita-se a pessoa coletiva e, por via de consequência, concede-se proteção à esfera jurídica da pessoa humana individualmente considerada.

2. Direitos fundamentais de pessoas coletivas de direito privado

2.1. Considerações preliminares

Conforme expusemos até o presente momento, não será somente uma ordem de direitos subjetivos, mas também uma ordem objetiva de direitos que irá justificar, entre outras coisas, o reconhecimento de direitos fundamentais a pessoas e entes coletivos²⁶, essencialmente àqueles de direito privado.

De acordo com o exposto no artigo 19, alínea 3, da Lei Fundamental alemã e no artigo 12, alínea 2, da Constituição portuguesa, as pessoas coletivas gozarão dos direitos fundamentais compatíveis com a sua natureza.

Ensina Canotilho que, ‘ao reconhecer-se às pessoas coletivas direitos com a sua natureza’ pretende-se não apenas que se tenha em conta a ‘essência’ do direito fundamental concreto, mas também a ‘essência’ da pessoa coletiva em causa’ (...)²⁷.

Afirma, ainda, que

“a extensão dos direitos e deveres fundamentais às pessoas colectivas (pessoas jurídicas) significa que alguns direitos não são ‘direitos do homem’, podendo haver titularidade de direitos fundamentais e capacidade de exercício por parte de pessoas não identificadas com cidadãos de ‘carne e osso’²⁸.”

Determinar quais os direitos e deveres conciliáveis com a natureza das pessoas jurídicas depende do conceito e do âmbito legal específico do direito fundamental²⁹. Prever o conteúdo do direito fundamental que seria postulável a favor dos entes coletivos depende de critérios de racionalidade e do interesse de cada nação quando da elaboração da respectiva Constituição, em tornar efetiva essa proteção constitucional das pessoas jurídicas em sede de direitos fundamentais.

2.2. O caso da Alemanha

O problema da aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das pessoas jurídicas de direito privado conduz, primeiramente, ao sistema jurídico-constitucional alemão, porque foi o primeiro a tratar especificamente do tema.

Dispõe o artigo 19, alínea 3, da Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*): “Os direitos fundamentais valem igualmente para pessoas jurídicas nacionais, na medida em que, pela natureza, lhes sejam aplicáveis”³⁰.

Dreier³¹ ensina que o texto normativo do artigo 19, alínea 3, da Lei Fundamental não foi alterado até o presente momento. A sua compreensão, refere o autor, é que foi modificada, uma vez que a doutrina e a jurisprudência alemãs, no início, limitavam o círculo das organizações protegidas como sendo somente aquelas pessoas jurídicas plenamente capazes do direito civil. Posteriormente, o Tribunal Constitucional Federal e a maior parte da doutrina reconheceram também para as associa-

ções parcialmente capazes a subjetividade de direitos fundamentais. Atualmente, com a influência do Direito Comunitário, foi alterado o critério “nacional”, destarte, de modo que também a pessoas jurídicas com sede no território da comunidade europeia se estende o contido no artigo 19, alínea 3³².

No plano internacional, reforçando o dispositivo constitucional alemão supra-referido, o artigo 1º do Protocolo Aditivo para a Carta da Declaração dos Direitos do Homem dispõe que toda pessoa natural e jurídica tem direito ao respeito da propriedade, direito esse que não somente na Alemanha, mas também em outros Estados, vem a ser um direito fundamental³³.

Dreier refere que tanto o Tribunal Constitucional Federal quanto a doutrina alemã assentam que, por detrás de toda pessoa jurídica, há o “substrato pessoal”, o que vem a justificar a proteção constitucional desse ente³⁴.

Como é de pressupor, nem todos os direitos fundamentais elencados na Lei Fundamental são aplicáveis em prol das pessoas coletivas. Nesse sentido, Dreier afirma que não seriam aplicáveis às pessoas coletivas os seguintes princípios ou prerrogativas da Lei Fundamental: artigo 1º alínea 1 (“A dignidade da pessoa humana é inviolável. Todas as autoridades públicas têm o dever de respeitar e proteger”³⁵); artigo 2º, alínea 2 (“Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos com base numa lei”³⁶); artigo 3º, alínea 3 (“Ninguém pode ser prejudicado ou privilegiado por causa de sexo, ascendência, raça, língua, pátria e terra de origem, crença, convicções religiosas ou políticas. Ninguém pode ser prejudicado em virtude da sua deficiência”³⁷); artigo 4º, alínea 3 (“Ninguém pode ser obrigado, contra a sua consciência, ao serviço militar com armas. A regulação será feita por uma lei federal”³⁸); artigo 6º (sobre casa-

mento, família e filiação legítima); artigo 7º, alínea 2 (“Os encarregados de educação têm o direito de decidir sobre a participação do filho na educação religiosa”³⁹); artigo 12, alínea 3 (sobre o serviço militar obrigatório); artigo 16 (sobre expatriação e extradição)⁴⁰. Tais direitos são inerentes à pessoa humana. A natureza da pessoa jurídica leva à sua exclusão do gozo dessas prerrogativas.

Em contraposição, traz à colação uma lista de direitos constitucionais fundamentais da Lei Fundamental alemã aplicáveis no âmbito das pessoas coletivas de direito privado: artigo 2º, alínea 1 (“Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outrem e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral”⁴¹); artigo 3º, alínea 1 (“Todas as pessoas são iguais perante a lei”⁴²), artigo 4º, alínea 2 (“É garantido o livre exercício de religião”⁴³); artigo 5º, alíneas 1 (“Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente a sua opinião pela palavra, pelo escrito e pela imagem, bem como o direito de se informar, sem impedimentos, por meio de fontes acessíveis para todos. São garantidas a liberdade de imprensa e a liberdade de informação por radiodifusão e filme. Não haverá censura”⁴⁴) e 3 (“São livres a arte e a ciência, a investigação e o ensino. A liberdade de ensino não dispensa da lealdade à Constituição”⁴⁵); artigo 9º, alíneas 1 (“Todos os alemães têm o direito de constituir associações e sociedades”⁴⁶) e 3 (“A todos e a todas as profissões é garantido o direito de constituir associações para defender e promover as condições económicas de trabalho...”⁴⁷); artigo 10 (sobre sigilo da correspondência, do correio e das telecomunicações); artigo 11, alínea 1 (“Todos os alemães gozam de liberdade de entrada e de circulação em todo o território federal”⁴⁸); artigo 12, alínea 1 (“Todos os alemães têm o direito de escolher livremente a sua profissão e o local de trabalho bem como o lugar de

formação profissional. O exercício da profissão pode ser regulado por lei ou com base numa lei”⁴⁹); artigo 13 (inviolabilidade do domicílio); artigo 14 (sobre garantia do direito de propriedade, do direito sucessório e expropriação); artigo 17 (sobre direito de petição) e artigo 19, alínea 4 (“Quem for lesado nos seus direitos por acto de autoridade pública, poderá recorrer à via judicial...”⁵⁰)⁵¹.

Esse rol engloba direitos de cunho material, sendo, no entanto, também argüíveis em favor das pessoas coletivas de direito privado, direitos fundamentais de natureza processual, como é o caso daqueles previstos no artigo 93, alínea 1, nº 4 a (“as queixas constitucionais que podem ser interpostas por toda a gente com a alegação de ter sido lesado, pelo poder público, num dos seus direitos consagrados no nº4 do artigo 20º, assim como nos artigos 33º, 38º, 101º, 103º e 104º”⁵²); artigo 101, alínea 1 (“Não são admitidos tribunais de excepção. Ninguém pode ser privado do seu juiz legal”⁵³) e artigo 103 (sobre os direitos fundamentais do réu), todos da Lei Fundamental⁵⁴. É importante salientar que essas prerrogativas processuais são também aplicáveis às pessoas jurídicas estrangeiras com sede na União Europeia por força do Direito Comunitário, que impõe tratamento isonômico aos entes pertencentes à comunidade económica europeia⁵⁵.

Corroborando tais afirmativas, Hesse ensina que em casos especiais os direitos fundamentais da Lei Fundamental podem caber a

“grupos de pessoas sem personalidade jurídica (jurídico-civilmente), e precisamente, segundo o significado do direito fundamental respectivo para esse grupo de pessoas e conforme sua situação jurídica no direito geral, portanto, por exemplo, partidos políticos (organizados como associações não-registradas) ou sociedades comerciais abertas”⁵⁶.

É importante salientar que a aplicação de certos direitos fundamentais subjetivos aos entes coletivos de direito privado, na Alemanha, não é extensiva à figura do Estado e de outras pessoas jurídicas de direito público na medida em que não forem, conforme salienta Hesse, os municípios, como disposto no artigo 28, alínea 2 (“Deve ser garantido aos municípios o direito de regular, sob responsabilidade própria e nos limites das leis, todos os assuntos da comunidade local...”⁵⁷), as universidades, no artigo 5º, alínea 3, frase 1 (“São livres a arte e a ciência, a investigação e o ensino”⁵⁸), ou os entes de radiodifusão, no artigo 5º, alínea 1, frase 2 (“São garantidas a liberdade de imprensa e a de informação por radiodifusão e filme”⁵⁹), “diretamente coordenados a um âmbito de vida protegido por direitos fundamentais”⁶⁰, ou ainda, como acrescenta Dreier, as igrejas e associações religiosas, na forma regradada pelo artigo 4º, alínea 1 (“A liberdade de crença e de consciência e a liberdade de confissão religiosa e ideológica são invioláveis”⁶¹) e 2 (“É garantido o livre exercício de religião”⁶²)⁶³. Apesar de ensejar uma certa ruptura com o princípio da isonomia, é correta a posição da jurisprudência alemã no sentido de não conferir a proteção do Estado e de outras pessoas jurídicas de direito público por meio dos direitos fundamentais (o que é concedido somente nos casos especiais acima descritos), visto que etimologicamente os direitos fundamentais são armas do cidadão contra o Estado, que perante esses direitos assume uma posição passiva.

2.3. O caso de Portugal

Do ponto de vista material, os direitos fundamentais, na visão de Carl Schmitt, “variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Em suma, cada Estado tem seus direitos específicos”⁶⁴.

E, na lição de Miranda, “se importa garantir os direitos fundamentais das pessoas no interior de instituições e grupos privados, também importa preservar a autonomia dessas instituições perante o Estado”⁶⁵.

Não obstante o fato de os direitos fundamentais serem, primordialmente, direitos das pessoas singulares, como ressalta Miranda⁶⁶, a Constituição Portuguesa, no seu artigo 12, nº 2, confere proteção às pessoas jurídicas em sede de direitos fundamentais compatíveis à natureza delas.

Para o ilustre jurista lusitano, não se trata de uma equiparação, mas sim de uma limitação⁶⁷, visto que as pessoas jurídicas somente vão usufruir dos direitos compatíveis com a sua natureza, ao passo que as pessoas singulares têm todos os direitos, exceto aqueles conferidos apenas aos entes coletivos.

Ao comentar o acórdão nº 198/85⁶⁸, Miranda afirma que o Tribunal Constitucional português concluiu que

“a aplicação de direitos fundamentais às pessoas colectivas não pode deixar de levar em conta a particular natureza destas – e de tal modo que, seguramente, tem de reconhecer-se que, ainda quando certo direito fundamental seja compatível com essa natureza e, portanto, susceptível de titularidade “colectiva” (*hoc sensu*) daí não se segue que a sua aplicabilidade nesse domínio se vá operar exactamente nos mesmos termos e com a mesma amplitude com que decorre relativamente às pessoas singulares”⁶⁹.

Para Canotilho, “determinar quais os direitos e deveres compatíveis com a natureza das pessoas colectivas depende do conceito e do âmbito normativo específico do direito fundamental”⁷⁰.

A norma do artigo 12, nº2, da Constituição portuguesa garante às pessoas coletivas um conjunto de direitos de carácter geral, com *as* “devidas adaptações”, por força da natureza dessas⁷¹.

No que diz respeito às pessoas coletivas de direito público, embora não seja esse o enfoque da nossa exposição, a doutrina portuguesa tem sustentado dois argumentos, basicamente. O primeiro refere que não é possível considerar o Estado e as demais pessoas jurídicas de direito público como destinatário dos direitos fundamentais e, simultaneamente, titular dos mesmos. O segundo, como bem aponta Canotilho, refere que

“...os direitos fundamentais arrancam da idéia de uma esfera de liberdade perante os poderes públicos, não sendo concebível gozarem as corporações, instituições ou fundações de direito público da titularidade de direitos fundamentais no exercício de tarefas públicas (argumento da natureza dos direitos fundamentais)”⁷².

Contudo, é também Canotilho⁷³ quem sustenta que essa negação da capacidade das pessoas jurídicas de direito público em exercerem a titularidade de direitos fundamentais não pode ser acolhida em todas as suas dimensões, uma vez que o artigo 12, nº 2, da Constituição portuguesa não faz distinção entre pessoas coletivas de direito privado e pessoas coletivas de direito público, sendo relevante somente a compatibilidade ou não da pessoa jurídica com o direito fundamental postulado. A mesma doutrina contrária à titularidade dos direitos fundamentais das pessoas coletivas de direito público admite, todavia, que tais entes gozam de certos direitos fundamentais de cunho processual, como aquele referente ao juiz legal (artigo 32, nº 7, da Constituição portuguesa) e o direito de ser ouvido⁷⁴.

A titularidade dos direitos fundamentais por parte das pessoas coletivas estrangeiras e de Direito Internacional é possível, sustenta Miranda⁷⁵, por força do artigo 15 combinado com o artigo 12, nº 2, ambos da Constituição portuguesa.

Como se constatou, em Portugal, além de uma tipificação constitucional expressa, presente no artigo 12, nº 2, da Constituição portuguesa, a jurisprudência e a doutrina têm sustentado alguns argumentos, como os até aqui expostos, sobre a aplicação dos direitos fundamentais em prol das pessoas coletivas, constante no ordenamento jurídico alemão, o que reflete forte influência do direito germânico na legislação lusitana.

2.4. O caso da Espanha

Por força do artigo 162, nº 1, letra “a”, da Constituição espanhola, é facultado às pessoas jurídicas interpor o recurso de amparo constitucional para a defesa de direitos fundamentais, desde que invoquem um interesse legítimo.

Essa legitimação constitucional conferida aos entes coletivos, como sustenta Carrillo, é extensiva ao recurso de amparo ordinário em qualquer das vias contencioso-administrativas estabelecidas para a proteção jurisdicional de direitos⁷⁶.

Outro argumento existente no sentido de tornar possível a proteção dos direitos fundamentais das pessoas coletivas encontra-se no artigo 24 da Constituição espanhola, mais precisamente no nº 1: “*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”⁷⁷.

Sobre a questão, Carrillo menciona que o Tribunal Constitucional espanhol estabeleceu um critério realista:

“*la referencia que hace el artículo 53.2 de la CE a ‘cualquier ciudadano’ (...) como sujeto que puede recabar la tutela de las libertades y derechos (...) no debe llevarnos a negar a las personas jurídicas y entre ella sociedades mercantiles (...) que frente a una eventual violación del derecho que proclama el artículo 24.1 de la CE puedan acudir al proceso de amparo*”⁷⁸.

Cabe ressaltar aqui, como antes já foi dito com relação à Alemanha e Portugal, que a legitimação das pessoas jurídicas na Espanha não é ilimitada, como ensina Carrillo⁷⁹, uma vez que nem todos os direitos fundamentais (como, por exemplo, alguns dos direitos de personalidade previstos no artigo 18, nº 1, da Constituição espanhola) podem ter pessoas coletivas como titular.

Alguma turbulência surge quando se fala em direito à proteção do patrimônio moral das pessoas jurídicas na Espanha. Como bem informa Carrillo:

“... sectores de la doctrina civilista, rechazan el criterio que a radice niega que estos derechos puedan ser alegados en su favor también por personas jurídicas, especialmente cuando se trata del derecho al honor, entendido como el derecho a ver respectado el crédito social que una sociedad puede reclamar para sí en el contexto social y profesional en el desarrolla sus actividades”⁸⁰.

A jurisdição ordinária, especialmente a de primeira instância, tem-se mostrado sensível ao argumento da corrente civilista no sentido da proteção da esfera íntima das pessoas coletivas⁸¹. Entretanto, como afirma Carrillo, o Tribunal Supremo espanhol não tem demonstrado uma posição uniformizada nesse sentido⁸². Da mesma forma, o Tribunal Constitucional espanhol não tem apresentado um critério firme, não sendo lícito concluir que essa corte tenha negado o direito à honra às pessoas jurídicas⁸³.

Carrillo, compartilhando de posição adotada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos⁸⁴, cuja orientação é seguida pelo Tribunal Constitucional espanhol, sustenta:

“...no parece adecuado negar, ab initio, legitimación para actuar a las personas jurídicas, cuya incidencia en el Estado social y democrático de Derecho no puede ser obviada com planteamientos jurídico-processales restritivos”⁸⁵.

Na Espanha, portanto, há respaldo constitucional para a invocação da proteção das pessoas jurídicas em sede de direitos fundamentais não obstante a resistência, que parece ser majoritária ainda, quando se fala em indenização por dano moral provocado contra os entes coletivos⁸⁶, um dos vários direitos fundamentais previstos na Constituição espanhola.

2.5. O caso do Brasil

Diversamente do que ocorre nos ordenamentos jurídicos alemão, português e espanhol, não há no Brasil norma constitucional expressa a respeito da invocação dos direitos fundamentais no âmbito das pessoas jurídicas. Nesse sentido, Bastos aduz que o texto da Constituição brasileira “...disse menos do que pretendia. A tomá-lo na sua literalidade seria forçoso convir que ele só beneficiaria as pessoas físicas. Mas, novamente, estaríamos diante de uma interpretação absurda”⁸⁷.

Pontes de Miranda⁸⁸, em comentários à Constituição brasileira de 1967/69, ao discorrer sobre seu artigo 153, concluía que os direitos e garantias fundamentais, assegurados pelo artigo 5º da Carta atual, beneficiavam somente as pessoas físicas. Entretanto, como bem aponta Afonso da Silva⁸⁹, em outra passagem de sua obra menciona que a espécie de direito invocada ampara também as pessoas jurídicas.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁹⁰, em relação à Constituição de 1988, passou a admitir que os direitos fundamentais alcançam as pessoas jurídicas nacionais e estrangeiras que atuam no Brasil.

Afonso da Silva sustenta que vários dos direitos inseridos nos incisos do artigo 5º da Constituição Federal são extensivos às pessoas jurídicas, tais como

“o princípio da isonomia, o princípio da legalidade, o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo de correspondência e das comunicações em geral, a inviolabilidade do

domicílio, a garantia do direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, assim como a proteção jurisdicional e o direito de impetrar mandado de segurança”⁹¹.

É o mesmo autor que salienta a existência de direitos fundamentais próprios de pessoas jurídicas, como é o caso do “direito à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos (logotipos, fantasias, p. ex.)”⁹². Refere, entretanto, que

“... as empresas de capital estrangeiro, incluindo as multinacionais, não se beneficiam desses direitos e garantias constitucionais individuais, salvo no que tange a marcas, nomes e signos, proteção de direito internacional”⁹³.

Questão importante no trato dos direitos fundamentais das pessoas jurídicas de direito privado é referente à indenização por dano moral, elevado à categoria de direito fundamental na Constituição brasileira de 1988 (artigo 5º, inciso V e X), envolvendo a proteção da intimidade, da honra e da imagem.

O problema, no caso, reside no fato de admitir se as pessoas coletivas podem, ou não, ser sujeito passivo de dano moral, questão tormentosa que enseja controvérsias tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

No Direito alienígena, podemos citar os renomados mestres Josserand⁹⁴ e os irmãos Mazeaud⁹⁵, orientando-se no sentido de reconhecer a violação da intimidade das pessoas jurídicas, o que ensejaria um prejuízo moral às mesmas. Contudo, a questão ainda propicia controvérsias, em sede de Direito comparado, embora, segundo sustenta Aguiar Dias⁹⁶, esteja pacificada a jurisprudência no sentido de resguardar a honra dos entes coletivos. Contrária à tese podemos referir a posição doutrinária de Larenz⁹⁷ e Von Tuhr⁹⁸.

Entre nós, Melo da Silva⁹⁹ se coloca adverso à prerrogativa de as pessoas

jurídicas postularem indenização por dano moral, diferindo assim do ilustre Aguiar Dias, para quem

“... a pessoa jurídica pública ou privada, os sindicatos, as autarquias podem propor ação de responsabilidade, tanto fundada no dano material como no prejuízo moral. Este ponto de vista, esposado pela generalidade dos autores, é sufragado hoje pacificamente pela jurisprudência estrangeira”¹⁰⁰.

Szaniawski defende que não só as pessoas jurídicas de direito privado possuem direito à preservação da sua intimidade, mas também as pessoas jurídicas de Direito Público¹⁰¹.

Como representante da Argentina, nação membro do Mercosul, acordo comercial do qual faz parte o Brasil, vale referir Lorenzetti, para quem as pessoas jurídicas gozam de direitos fundamentais como o “direito à integridade de sua personalidade e à ressarcibilidade do dano moral”¹⁰².

Com relação aos Tribunais no Brasil e como aponta Lenz, “têm sido raras as manifestações sobre o tema aqui discutido, o que reflete a timidez de nossos causídicos em provocar a apreciação desta questão”¹⁰³.

Cabe, entretanto, indicarmos algumas decisões versando sobre o tema. No sentido do acolhimento da pretensão indenizatória por dano moral à pessoa jurídica no Brasil, posicionaram-se as seguintes decisões: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Embargos Infringentes nº 597176288, Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis, Relator Des. Araken de Assis, acórdão de 7-11-97; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 597241785, Segunda Câmara Cível, Relator Des. Arnaldo Rizzardo, acórdão de 13-5-98; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 597148402, Sétima Câmara Cível, Relator Des. Sérgio Gischkow Pereira, acórdão de 24-9-97; Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Apelação Cível

nº 160.196-1, Relator Juiz Baía Borges¹⁰⁴; Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 60.033-2, Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior¹⁰⁵. Contra a reparação do dano moral repercutido na pessoa coletiva: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 597169929, Sexta Câmara Cível, Relator Des. João Pedro Pires Freire, acórdão de 8-4-98; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 597047083, Sexta Câmara Cível, Relator Des. Osvaldo Stefanello, acórdão de 19-11-97.

Além da jurisprudência cível, vale referir que existem algumas decisões dos nossos tribunais voltadas para o acolhimento do crime de difamação praticado contra a pessoa jurídica, reconhecendo a violação da sua honra objetiva¹⁰⁶.

Ainda, outro direito fundamental previsto na Carta de 1988, cuja concessão pode ser deferida em prol das pessoas jurídicas de direito privado, é a assistência judiciária gratuita, disposta no inciso LXIV do artigo 5º do mencionado diploma legal e regulada pela Lei nº 1.060/50.

Em verdade, no Brasil há duas correntes doutrinárias sobre a concessão do aludido benefício, como bem informa Lenz¹⁰⁷. Entre os integrantes da corrente contrária, aparecem Arruda Alvim, Artemio Zanon e Carvalho Santos. Por outro lado, admitem a concessão Humberto Pena de Moraes, José Fontenelle da Silva, José Roberto de Castro e Pontes de Miranda. Lenz, que assume posição favorável à concessão, assevera que na Constituição Federal atual, "...ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, no capítulo referente aos direitos individuais e coletivos, há a previsão de assistência jurídica sem que o texto elaborado pelo constituinte discrimine beneficiários físicos ou jurídicos"¹⁰⁸.

O exercício desse direito fundamental por parte de certas pessoas coletivas é, muitas vezes, essencial para a sua existência, visto que há "sociedades civis de fins

humanitários que vivem de verbas e contribuições e que não buscam o lucro ou o próprio crescimento econômico"¹⁰⁹. A cobrança de custas judiciais e de honorários advocatícios dessas entidades poderia levar, em determinado processo, à sua extinção.

Assim, em que pese a ausência de disposição expressa na Constituição brasileira sobre a extensão dos direitos fundamentais às pessoas jurídicas de direito privado (ou de alguns desses direitos, conforme a natureza do ente coletivo), direitos como o de propriedade, ao uso de marcas e patentes, ao sigilo da correspondência, à inviolabilidade do domicílio, à indenização por dano material e moral e algumas garantias processuais são efetivamente assegurados às entidades privadas em termos de Brasil. Entretanto, o tema desperta o debate tanto no plano nacional quanto no internacional.

Conclusão

Do que se analisou, constata-se que da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais surge a perspectiva objetiva que permite invocar essa espécie de direitos em prol das pessoas coletivas de direito privado, vez que a obediência ao direito fundamental como norma genérica supera o dogma da subjetivação entrelaçado à pessoa humana.

Uma vez aberta a via para a arguição dos direitos fundamentais das pessoas coletivas de direito privado, verificou-se, do estudo de ordenamentos jurídicos em que a questão encontra resposta, quais sejam o sistema alemão, o português e o espanhol, o tratamento dado à matéria e, com base no desempenho da doutrina e da jurisprudência dessas nações, buscamos detectar e apontar soluções para o problema no Brasil, consoante o tratamento dado a ele pela doutrina e jurisprudência.

Assim sendo, pensamos que a invocação de direitos fundamentais no âmbito das pessoas coletivas de direito privado não é

questão pacificada, visto que os entendimentos sobre o problema alternam-se entre concessivos e proibitivos. A discussão em torno do tema, contudo, tende a evoluir intensamente, de modo que esta exposição possa ter colaborado, ainda mais, para o seu debate.

Notas

¹ Vide SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998. p. 138.

² HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução por Luís Afonso Heck. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 233.

³ O autor salienta que “direitos do homem” são aqueles direitos fundamentais cuja titularidade não cabe somente a uma determinada classe de indivíduos, diferentemente dos “direitos do cidadão”, que são os direitos fundamentais garantidos a todos alemães, por exemplo (Op. cit., p. 233).

⁴ Continua o autor: “Em uma ordem liberal constitucional são necessários tais direitos de defesa, porque também a democracia é domínio de pessoas sobre pessoas, que está sujeito às tentações do abuso de poder, e porque poderes estatais, também no estado de direito, podem fazer injustiça” (op. cit., p.235).

⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra : Almedina, 1998. p. 364.

⁶ Op. cit., p.365.

⁷ Vide CANOTILHO, op. cit., p. 362.

⁸ Vide SARLET, op. cit., p. 150.

⁹ Idem.

¹⁰ Ibidem, p.152.

¹¹ *Apud* SARLET, op. cit., p.152 - 153. Essa doutrina também é compartilhada por CANOTILHO (Vide SARLET, op. cit., p.153).

¹² *Apud* SARLET, op. cit., p.153.

¹³ SARLET defende: “este predomínio da perspectiva subjetiva encontra sua justificativa no valor outorgado à autonomia individual, na qualidade de expressão da dignidade da pessoa humana. Importa consignar, outrossim, que esta presunção em favor da perspectiva (individual) não exclui a possibilidade, inclusive reconhecida pela nossa Constituição, de atribuir-se a titularidade de direitos fundamentais subjetivos a certos grupos ou entes coletivos que, todavia, e em que pese a distinção entre as noções de pessoa e indivíduo, gravitam, em última análise, em torno da proteção do ser humano em sua individualidade” (op. cit., p.153).

¹⁴ A expressão é utilizada por Vieira de Andrade, *apud* STUMM, Raquel Denize. *O princípio da proporcionalidade*: no Direito Constitucional brasileiro. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1995. p. 125.

¹⁵ Op. cit., p. 125.

¹⁶ Vide STUMM, op. cit., p. 127.

¹⁷ Op. cit., p.228 a 229. O emérito jurista germânico aduz, ainda: “Mais além do seu significado para a vida estatal em sentido restrito, os direitos fundamentais normalizam outras bases e traços fundamentais da ordem da coletividade. Nas garantias do matrimônio e família (artigo 6º, alínea 1, da Lei Fundamental), da propriedade e do direito de sucessão (artigo 14, alínea 1, da Lei Fundamental), eles garantem bases da ordem jurídica privada. Em forma semelhante, eles procuram manter e proteger determinados âmbitos de vida, e, precisamente, aqueles da vida religiosa espiritual (artigo 4º, alínea 1 e 2, artigo 5º, alínea 1, da Lei Fundamental), da arte e ciência (artigo 5º, alínea 3, da Lei Fundamental), da família (artigo 6º, alínea 1, da Lei Fundamental), da formação de grupos sociais (artigo 9º, alínea 1, da Lei Fundamental), por causa do seu significado para a vida intentada jurídico-constitucionalmente da coletividade, como âmbitos de vida não-estatais e coordenar a outros âmbitos de vida essenciais – o que não seria possível se esses âmbitos tivessem sido remetidos a um âmbito transcendental constitucional do não-importante para a ordem da coletividade. Ao contrário, para o ensino é assegurado o direito de determinação estatal (artigo 7º, alínea 1, da Lei Fundamental) (op. cit., p.242).

¹⁸ Idem, p. 240.

¹⁹ Vide BverfGE 6, 55(72); 6,309 (355); 10, 59 (66); 10, 118 (121); 12, 205 (260), referidos por HESSE, op. cit., p. 229.

²⁰ *Apud* HESSE, op. cit., p. 229.

²¹ Vide SARLET, op. cit., p. 140.

²² Op. cit., p.140. O mesmo supramencionado traz também à colação o acórdão STC 25/1981, FJ 5º, do Tribunal Constitucional espanhol, em que se reconhece a importância da dupla dimensão dos direitos fundamentais, demonstrando, assim, que a discussão ultrapassou as fronteiras do território alemão.

²³ Vide SARLET, op. cit., p. 143.

²⁴ Como ressalta SARLET: “Neste sentido, o Tribunal Federal Consitucional (BverfGE 4, 7 e ss.) já se havia posicionado a favor de uma concepção do indivíduo como inserido numa comunidade e vinculado aos valores fundamentais desta (*die Gemeinschaftsgebundenheit des Individuums* = vinculação comunitária do indivíduo)”. Op. cit., p. 143, nota nº 326.

²⁵ Vide SARLET, op. cit., p. 148.

²⁶ Vide Canotilho, op. cit., p. 362.

²⁷ Entre as várias espécies de pessoas coletivas em prol das quais é possível reconhecer-se direitos fundamentais, Canotilho faz referência às pessoas coletivas dotadas de personalidade jurídica, pessoas coletivas sem personalidade jurídica, pessoas coletivas de

substrato pessoal como as associações, ou de substrato patrimonial como as fundações, pessoas coletivas de direito público e pessoas coletivas de direito privado (op. cit., p. 384).

²⁸ Op. cit., p. 384.

²⁹ Vide Canotilho, op. cit., p. 384. Segundo o aludido autor: "...as pessoas colectivas gozam de direitos fundamentais que não pressuponham características intrínsecas ou naturais do homem como sejam o corpo ou bens espirituais...". Como exemplo de direitos fundamentais previstos na Constituição portuguesa postuladores de referência humana, apenas, Canotilho menciona o direito à vida (artigo 24) e o direito de constituir família e celebrar casamento (artigo 36).

³⁰ Tradução por ROGEIRO, Nuno. *A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*: com um ensaio e anotações de Nuno Rogeiro. Editora Coimbra : Coimbra, 1996. p. 147. Da redação original em alemão: *Die Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihren Wessen nach auf diese anwendbar sind*.

³¹ Vide DREIER, Horst, GRÖSCHNER, Rolf, HERMES, Georg *et al.* *Grundgesetz: Kommentar. Band I*. Art. 19, III, Abs. 11. Mohr Siebeck, 1996.

³² A sobreposição do direito comunitário em detrimento do direito nacional, até mesmo na seara constitucional, reveste uma prática comum no âmbito da União Européia, consequência de inúmeros julgados da Corte de Justiça da Comunidade, privilegiando a hierarquia do direito supranacional.

³³ Vide DREIER, op. cit., Art. 19, III, Abs.12.

³⁴ DREIER, op. cit., Art. 19, III, Abs. 20. Correta é a posição jurisprudencial e doutrinária alemã, vez que sob o manto da pessoa jurídica podemos verificar a presença de várias pessoas naturais, seres humanos, cuja esfera jurídica pode ser maculada, inclusive no plano dos direitos fundamentais, caso não seja respeitada a organização nos seus direitos, incluindo-se também os direitos fundamentais.

³⁵ ROGEIRO, op. cit., p. 124.

³⁶ ROGEIRO, op. cit., p. 125.

³⁷ ROGEIRO, op. cit., p. 126.

³⁸ ROGEIRO, op. cit., p. 128.

³⁹ ROGEIRO, op. cit., p. 132.

⁴⁰ DREIER, op. cit., Art. 19, III, Abs. 23.

⁴¹ ROGEIRO, op. cit., p. 125.

⁴² ROGEIRO, op. cit., p. 126.

⁴³ ROGEIRO, op. cit., p. 127.

⁴⁴ ROGEIRO, op. cit., p. 129.

⁴⁵ ROGEIRO, op. cit., p. 129.

⁴⁶ ROGEIRO, op. cit., p. 134.

⁴⁷ ROGEIRO, op. cit., p. 134.

⁴⁸ ROGEIRO, op. cit., p. 137.

⁴⁹ ROGEIRO, op. cit., p. 137.

⁵⁰ ROGEIRO, op. cit., p. 147.

⁵¹ DREIER, op. cit., Art. 19, III, Abs. 24.

⁵² ROGEIRO, op. cit., p. 211.

⁵³ ROGEIRO, op. cit., p. 218.

⁵⁴ DREIER, op. cit., Art. 19, III, Abs. 25. Por outro lado, o autor ressalva que normas processuais constitucionais tais como o artigo 20, alínea 4, artigo 33, artigo 38, alínea 2 e artigo 104 da Lei Fundamental não são aplicáveis às pessoas jurídicas.

⁵⁵ Esse reconhecimento pode ser encontrado na jurisprudência alemã BverfGE 12, 6(8); 18, 1449447); 64, 1 (11), referida por DREIER, op. cit., Art.19, III, Abs. 25.

⁵⁶ Vide BverfGE 4, 7 (12); 7, 99 (100); 10, 89 (99); 14, 121 (129f.); 27, 152 (158). O autor refere que a consequência mais importante desse reconhecimento é a faculdade que passam a ter esses grupos de propor um recurso constitucional (op. cit., p. 234).

⁵⁷ ROGEIRO, op. cit., p.156 a 157.

⁵⁸ ROGEIRO, op. cit., p.129.

⁵⁹ ROGEIRO, op. cit., p.129.

⁶⁰ Op. cit., p.235. Conferir BverfGE 61, 82 (100ff.); 68, 193 (205ff.); 70, 1 (15f.; 75, 192 (195ff.); 78, 101 (102f.).

⁶¹ ROGEIRO, op. cit., p.127.

⁶² ROGEIRO, op. cit., p.127.

⁶³ Op. cit., Art. 19, III, Abs. 42. Comparar com BverfGE 19, 1 (15); 30, 112 (119f.); 42, 312 (321f.).

⁶⁴ *Apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 1993. p. 473.

⁶⁵ MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais e interpretação constitucional. *In: Revista do Tribunal Regional Federal da 4. Região*. Porto Alegre : [s.n.], ano 9, n. 30, 1998. p. 32.

⁶⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra : Coimbra, 1993. p. 196.

⁶⁷ O mestre português refere que "cada pessoa colectiva só pode ter os direitos conducentes à prossecução dos fins para que exista, os direitos adequados à sua especialidade" (op. cit., Manual..., p.197).

⁶⁸ De 30 de outubro de 1985, *in Diário da República*. 2. série, n. 38, de 15 de fevereiro de 1986 (vide MIRANDA, *Manual...*, op. cit., p. 197).

⁶⁹ Op. cit., *Manual...*, p.197. Essa posição tem sido seguida também pela doutrina portuguesa. Vieira de Andrade anota que as pessoas coletivas não são "apenas representantes dos indivíduos-membros. As pessoas colectivas gozam dos direitos fundamentais por direito próprio no sentido de que são elas mesmas titulares dos direitos fundamentais". Refere ainda que, por se tratar "de direitos individuais, ainda que 'coletivizados' e, nesta sua qualidade, de direitos fundamentais por analogia (que só por analogia se tratam de direitos subjetivos, não sendo direitos fundamentais típicos), é possível a compreensão do conteúdo essencial dos direitos encabeçados por pessoas colectivas, que há-de ser mais restrito, tornando admissíveis restrições legislativas mais profundas" (*apud* STUMM, op. cit., p. 127 - 128).

⁷⁰ Op. cit., p.384. Segundo o insigne mestre, o domínio da norma aplicável às pessoas coletivas deve

ser verificado caso a caso, de forma que, “se parece irrecusável a extensão da titularidade da liberdade de imprensa às pessoas colectivas (artigo 38º/2/a), já é discutível se a liberdade interna pode ter como titulares outras pessoas para além dos jornalistas e dos colaboradores literários (artigo 38º/2/a). Do mesmo modo, se as igrejas podem reivindicar liberdade de religião e de culto (artigo 41º), já o mesmo não é possível dizer-se quanto à liberdade de consciência (artigo 41º) (op. cit., p. 385).

⁷¹ Segundo MIRANDA, que indica como direitos fundamentais adaptáveis às pessoas coletivas o direito de existência de sigilo de correspondência (artigo 37, nº 4 da Constituição portuguesa), o direito de resposta, de retificação e de indenização por danos sofridos em virtude do exercício de liberdade de expressão e informação (“Manual...”, op. cit., p. 198).

⁷² Op. cit., p. 385.

⁷³ Idem. O autor salienta que “as universidades gozam constitucionalmente de autonomia científica, pedagógica, administrativa e financeira (artigo 76º/20), sendo aceitável (mas trata-se apenas de uma posição de aceitabilidade) conceber esta autonomia como um direito fundamental e não como uma mera garantia institucional. O mesmo se diga quanto a certas pessoas colectivas territoriais (autarquias locais) no que respeita ao direito de autonomia perante o Estado (artigo 277.8/1) e a certas corporações públicas (exemplo: de radiodifusão)”. A doutrina e jurisprudência portuguesas, ressalta o mestre, “revelam muito maior abertura quanto ao reconhecimento de direitos fundamentais às associações públicas enquadráveis na administração autónoma (ex: ordens profissionais) (op. cit., p. 386).

⁷⁴ Entre os adeptos dessa tese admissiva, Canotilho (op. cit, p.386) cita Vieira de Andrade e Nuno e Souza.

⁷⁵ O que é negado, por exemplo, por Nuno e Souza. Vide Miranda, op cit., “Manual...”, p. 198.

⁷⁶ De acordo com os dispositivos da *Ley de Protección Jurisdiccional de Derechos Fundamentales de la Persona* (Ley 62/1978) e da *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, conforme indica o autor supramencionado. Vide Carrillo, Marc. *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995. p. 183.

⁷⁷ A resposta à indagação sobre a legitimidade das pessoas jurídicas para defender direitos fundamentais próprios, segundo Carrillo (op. cit., p. 183), encontra-se expressa no referido artigo, quando se fala em “todas as pessoas”, não fazendo o dispositivo constitucional distinção entre pessoas físicas ou jurídicas.

⁷⁸ Op. cit., p. 183. O autor sustenta que uma interpretação restritiva do artigo 53, nº 2, limitando a tutela constitucional prevista no artigo 24, nº 1, da Constituição espanhola, “supondría un recorte en el sistema de defensa de los derechos fundamentales”, o que contrariaria não somente esse artigo 24, nº 1, mas também o artigo 162, nº 1, letra “b” (op. cit., p. 184).

⁷⁹ Idem, p. 184.

⁸⁰ Ibidem, p. 184.

⁸¹ Vide Carrillo, op. cit., p. 184.

⁸² A favor da aceitação do direito à honra das pessoas jurídicas o autor refere a Sentença do Tribunal Supremo de 31-12-83 e o Auto do Tribunal Supremo de 2-5-1980 (op. cit., p. 184, nota nº 66).

⁸³ Vide por exemplo a Sentença 120, de 15 de dezembro de 1983 (o caso do *Libro Rojo del Cole*), e a Sentença 139, de 26 de setembro de 1995, ambas do Tribunal Constitucional espanhol, apontadas por Carrillo (op. cit., p. 185, nota nº 67).

⁸⁴ Vide Sentença do Tribunal Europeu de Direitos Humanos de 6-5-1981, caso *Bulcholz*, referida por CARRILLO, op. cit., p. 185.

⁸⁵ Op. cit., p. 185.

⁸⁶ CARVALHO sustenta que “a jurisprudência espanhola decidiu que a honra das pessoas jurídicas não se identifica como direito fundamental e deve merecer proteção mais débil, quando confrontada com a liberdade de informação” (CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro : Renovar, 1994. p. 41).

⁸⁷ E continua o autor: “Em muitas hipóteses a proteção última ao indivíduo só se dá por meio da proteção que se confere às próprias pessoas jurídicas. O direito de propriedade é um exemplo disto. Se expropriável uma pessoa jurídica, ela há de o ser mediante as mesmas garantias por que o são as pessoas físicas”. Vide BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo : Saraiva, 1992. p. 164.

⁸⁸ *Apud* AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo : Malheiros, 1998. p. 194-195.

⁸⁹ Op. cit, p. 195.

⁹⁰ *Apud* AFONSO DA SILVA, op. cit., p. 195.

⁹¹ Op. cit., p. 195. Tendo em vista o princípio da isonomia, referido pelo autor, extensivo a todas as pessoas, físicas ou jurídicas, é de se aplicar tanto às pessoas jurídicas de direito privado como às de direito público as garantias referentes à jurisdição e ao processo.

⁹² Op. cit., p. 195.

⁹³ Idem, p. 195.

⁹⁴ *Apud* LENZ, Luís Alberto Thompson Flores. Dano moral contra a pessoa jurídica. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 69, p. 421, março de 1997.

⁹⁵ Conforme os festejados juristas: “*Toutefois une remarque d'ordre général s'impose. Le préjudice matériel n'est pas seul en jeu. Un groupement, tout comme une personne physique, a un patrimoine extrapatrimoine, qui peut être lésé. Il est capable de souffrir un préjudice moral, à l'exclusion seulement d'une atteinte aux sentiments d'affection. Si une personne morale n'a pas de coeur, elle a un honneur et une considération. Ceux-ci reçoivent une atteinte; le groupement souffre un préjudice moral. On*

recontrera tout à l'heure les applications du principe" (apud LENZ, Dano moral..., op. cit., p. 421).

⁹⁶ Apud LENZ, Dano moral..., op. cit., p. 421.

⁹⁷ Ibidem, op. cit., p. 418.

⁹⁸ Ibidem, op. cit., p. 418.

⁹⁹ Ibidem, op. cit., p. 418.

¹⁰⁰ Mais adiante, o autor assevera que não existem motivos para que entre nós não se adote a mesma orientação (apud LENZ, Dano moral..., op. cit., p. 421). LENZ também compartilha da posição do emérito civilista referido.

¹⁰¹ Quanto a essas pessoas, o autor refere: "entendemos que podem estas ser vítimas de atentados em seu direito à intimidade genérica, apesar de ser muito mais difícil a individuação de vida privada nestas pessoas, do que nas pessoas jurídicas de Direito Privado. Mas toda pessoa jurídica de Direito Público e, especialmente, as entidades descentralizadas da administração pública indireta, necessitam e possuem uma esfera secreta onde as mesmas possam se desenvolver e cumprir com suas funções". Vide SZANIAWSKI, Elimar. "Considerações sobre o direito à intimidade das pessoas jurídicas". *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 657, p. 30, julho de 1990.

¹⁰² Vide LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. Tradução por Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998. p. 302.

¹⁰³ Questão, no caso, referente à reparação do dano moral provocado às pessoas jurídicas. Op. cit., p. 422.

¹⁰⁴ Apud LENZ, Dano moral..., op. cit., p. 424.

¹⁰⁵ No presente julgado, o eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior asseverou: "A pessoa jurídica, criação da ordem legal, não tem capacidade de sentir emoção e dor, estando por isso desprovida de honra subjetiva e imune à injúria. Pode padecer, porém, de ataque à honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, passível de ficar abalada por atos que afetam o seu bom nome no mundo civil ou comercial onde atua" (apud LENZ, Dano moral..., op. cit., p. 422).

¹⁰⁶ Vide, por exemplo, do Supremo Tribunal Federal: *RTJ* 113/88, *RT* 561/415, *RT* 543/444. Do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: *RT* 631/317; *RT* 566/327. A coletânea de decisões nesse sentido nos é indicada por DELMANTO, Celso. In: *Código Penal comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1991. p. 237.

¹⁰⁷ LENZ, Luís Alberto Thompson Flores. Da concessão da assistência judiciária gratuita às pessoas jurídicas e aos entes beneficentes. *Revista dos Tribunais*. São Paulo : [s.n.], n. 674, dezembro de 1991. p. 66 a 67.

¹⁰⁸ "Da concessão...", op. cit., p. 68.

¹⁰⁹ Trecho da ementa da Apelação Cível nº 7.888 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 48 Câmara Cível, Relator Des. Hamilton de Moraes e Barros, acórdão de 19-5-79, referido por CASTRO, José Roberto de. In: *Manual de assistência judiciária*. 1. ed. Rio de Janeiro : Aide, 1987. p. 92.

Bibliografia

- AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo : Malheiros, 1998. 863 p.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo : Saraiva, 1992. 372 p.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 1993. p. 473.
- Brasil. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 20. ed. São Paulo : Saraiva, 1988.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra : Almedina, 1998. 364 p.
- CARRILLO, Marc. *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*. Madri : Boletín Oficial del Estado, 1995.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro : Renovar, 1994. 118 p.
- CASTRO, José Roberto de. *Manual de assistência judiciária*. 1. ed. Rio de Janeiro : Aide, 1987. 250 p.
- DREIER, Horst, GRÖSCHNER, Rolf, HERMES, Georg et al. *Grundgesetz: Kommentar. Band I. Art. 19, III, Abs. 11*. Mohr Siebeck, 1996.
- GRUNDGESETZ – für die Bundesrepublik Deutschland. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1993.
- HECK, Luís Afonso. Direitos Fundamentais e sua influência no Direito Civil. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo : [s.n.], n. 29, jan./mar. 1999. p. 40 – 54.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução por Luís Afonso Heck. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1998. 576 p.
- LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. 7. ed. Valencia : Generalidad Valenciana, mar. de 1993.
- LENZ, Luís Alberto Thompson Flores. Da concessão da assistência judiciária gratuita às pessoas jurídicas e aos entes beneficentes. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo : [s.n.], dez. 1991, n. 674, p. 63 – 69.
- _____. Dano moral contra a pessoa jurídica. In : *Revista da Ajuris*. Porto Alegre : [s.n.], n. 69, mar. 1997. p. 415 – 427.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. Tradução por Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.
- MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais e interpretação constitucional. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4. Região*. Porto Alegre : [s.n.], ano 9, n. 30, 1998. p. 23 – 34.
- _____. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra : Coimbra, Tomo 4, 1993. 485 p.

- PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo : Revista dos Tribunais, Tomo 4, dezembro de 1967.
- Portugal. *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa : Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1976. 139 p.
- ROGEIRO, Nuno. *A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*: com um ensaio e anotações de Nuno Rogeiro. Coimbra : Coimbra, 1996. 280 p.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998. 386 p.
- STUMM, Raquel Denize. *O princípio da proporcionalidade: no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1995. 181 p.
- SZANIAWSKI, Elimar. Considerações sobre o direito à intimidade das pessoas jurídicas. *In : Revista dos Tribunais*. São Paulo : [s.n.], n. 657, julho de 1990. p. 25-31.

A propósito de uma reflexão sobre a política legislativa na seara penal

A Lei 9.714/98, as penas alternativas e o “*sursis* humanitário”

Charles Alexandre Simões Pires

Sumário

1. Introdução.
2. A ampliação das penas alternativas.
3. “*Sursis* humanitário” ou “clínico”.
4. A nova interdição temporária de direitos.
5. Conclusão.

1. Introdução

A Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, que amplia o alcance das penas alternativas e dá outras providências, é resultante do Projeto de Lei nº 2.684/96, de iniciativa governamental, que teve como relator o Deputado Romeu Tuma. Ela incorpora a contribuição de renomados penalistas, integrantes da Comissão de Especialistas designada para apresentação dos estudos sobre a matéria ou colaboradores que se arremeteram em torno da temática.

A lei referida retrata uma tendência do Direito Penal que, tanto no plano interno quanto no externo, dirige-se no sentido de uma política criminal alternativa em substituição à do encarceramento. Entre nós, a aludida tendência tem seu marco na Reforma da Parte Geral do Código Penal de 40, operada em 1984, que consagrou, apesar de em estreito âmbito, as penas alternativas ou substitutivas das de prisão, quebrando o monopólio da privação da liberdade como reprimenda penal.

Mais recentemente, a bandeira das penas alternativas vem sendo hasteada pelos seguidores da ideologia do Direito Pe-

Charles Alexandre Simões Pires é acadêmico de Direito junto à Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

nal mínimo como forma de enfrentar o problema da criminalidade, em face da constatação de que a criminalização de condutas e a ampliação da intervenção do Estado mediante o rigorismo das penas privativas da esfera de liberdade do cidadão não têm a eficácia pretendida, isto é, não reverterem a progressão da criminalidade, não intimidam a escalada da violência. E, por outro lado, o movimento apresenta-se como reação à dificuldade representada pelo tratamento da legislação que limitava a possibilidade das penas alternativas à substituição daquelas privativas não excedentes de um ano e só oferecia as opções de prestação de serviços à comunidade, a restrição de direitos e a limitação de fim de semana.

Contrapõe-se a bandeira do Direito Penal mínimo à ideologia da corrente intitulada de Lei e Ordem, que crê nas penas elevadas, na sofisticação e ampliação dos tipos penais e na pena retributiva como forma de diminuir a perturbação da sociedade.

Justificadas exaltações de segmentos sociais em face de casos notáveis como os de Daniela Perez, Míriam Brandão e da impunidade generalizada têm impulsionado o Legislativo a responder, no plano da normatização, com a aparente solução de combate à criminalidade por meio de criminalização de condutas e da exacerbação das penas privativas de liberdade.

Assim, enquanto o Poder Judiciário vinha-se empenhando em minimizar a intervenção estatal, buscando utilizar a pena privativa de liberdade com parcimônia, o Poder Legislativo enfatizava aquele modo de intervenção, aprovando, em 1990, a Lei de Crimes Hediondos e, posteriormente, cuidando, por meio de leis especiais, de estabelecer novos tipos como os relacionados com os procedimentos licitatórios, os relativos ao meio ambiente, ao patrimônio cultural, entre outros.

Iludem-se sociedade e Estado, que se vêm pressionados pelas estatísticas da

criminalidade, que não revelam qualquer sinal de poder intimidatório de disciplinas como a da Lei dos “Crimes Hediondos”, com as alterações posteriores. A lei citada, a par de apresentar incontornáveis problemas relacionados com a sua integração ao sistema normativo como um todo, não trouxe resultados positivos do ponto de vista prático.

Analisadas as soluções de combate à criminalidade delineadas pelo legislador em sucessivos documentos com suporte na filosofia de agravamento das penas e do encarceramento, observa-se que elas não convergem para a adequada persecução penal, opondo-lhe, ao contrário, obstáculos e gerando um quadro de absurda incoerência, no qual o Estado punidor é também o estimulador das práticas criminosas, seja em virtude da oneração imposta à máquina do Judiciário, seja em razão da inadequada política pública carcerária.

Num aceno de superação dessa atmosfera de incoerência, e agora já retratando uma moderna tendência do sistema penal, surge a Lei 9.714/98, que assinala sensível ampliação da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade.

2. A ampliação das penas alternativas

A nova legislação eleva para dez o número de penas alternativas e possibilita ao aplicador, observados determinados condicionamentos, atrair para o infrator, em substituição às penas privativas de liberdade, penas alternativas ou substitutivas, todas assentadas sobre os pilares compensatórios da lesão operada em relação à vítima ou à sociedade.

As principais mudanças ocorrem por força dos arts. 43 e 44. O primeiro aumenta as penas restritivas de direito e o segundo carrega aqueles crimes cuja pena não seja superior a quatro anos para o campo de incidência da substituição da privação de liberdade por pena restritiva de direito.

Além das penas alternativas que impunham obrigação de prestação de servi-

ços à comunidade, restrição de direito ou interdição temporária e limitação de fim de semana, ampliam-se, por meio do referido documento legislativo, as hipóteses, pela inclusão das prestação pecuniária, perda de bens e valores e proibição de frequentar certos lugares.

Cabe ressaltar que a Lei adotou a posição de afastar da aplicação das penas alternativas o reincidente específico, o que se depreende de sua letra expressa.

Discute-se também a possibilidade de aplicação ou não da Lei 9.714/98 aos crimes hediondos. É certo que a nova Lei não cogitou de afastar de forma expressa a sua aplicação aos agentes dos tipos hediondos.

As soluções, contudo, não devem, a teor do art. 44, I, aproveitar os delitos de gravidade mais expressiva, isto é, os cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, por cuja prática os infratores continuarão sujeitos ao encarceramento.

O certo, porém, é que há registros de jurisprudência sustentando a compatibilidade entre crime hediondo e substituição da pena, desde que preenchidos os requisitos legais objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do CP com as alterações.

De qualquer modo, as penas alternativas representam um passo importante no caminho da persecução penal adequada, criando novas possibilidades ao aplicador da pena de adaptá-la ao condenado e ao escopo do Direito Penal, além dos reflexos diretos que trarão sobre o caótico sistema carcerário no Brasil.

A lei impõe significativas alterações ao instituto do *sursis* e às penas de interdição temporária de direitos.

Do *sursis*, a seguir, cogitaremos.

3. “Sursis *humanitário*” ou “*clínico*”

A Lei 9.714/98 trouxe, além da ampliação das penas consistentes em “restrição de direitos”, inovações sensíveis no instituto do *sursis*, introduzindo uma espécie de suspensão condicional da pena, atrelada à condição de saúde do condenado, ou

à sua faixa etária, conforme se vê da modificação textual do art. 77 do Código Penal:

“Art. 77 – A execução da pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, poderá ser suspensa por dois a quatro anos, desde que:

I – o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III – não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

§ 1º A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício.

§ 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, *ou razões de saúde justifiquem a suspensão*”.

Nota-se, portanto, que uma nova modalidade de *sursis* foi acrescida no sistema penal, abrindo-se uma nova possibilidade ao condenado de ter a execução de sua pena privativa de liberdade suspensa, condicionalmente, durante um período de tempo, devendo o apenado cumpri-la parcialmente, sob formas mais brandas.

É o *sursis* que se dirige ao idoso ou àquele cujas condições de saúde justifiquem a suspensão. A essas condições subjetivas especiais somam-se aquelas de caráter geral, sendo que o *sursis* especial é cabível para penas privativas de liberdade não-superiores a 4 anos.

Ao analisar o pedido de *sursis*, o julgador necessitará de um apoio técnico, traduzido em laudo médico, para avaliação da configuração do estado de saúde do condenado que justifique a suspensão da pena. Tal procedimento revela-se impres-

cindível, tendo em vista que o legislador utiliza-se de termos genéricos, que impossibilitam a precisão técnica, como se vê da nova redação do art. 77, § 2º, que adota a expressão indeterminada “razões de saúde”.

A redação como posta abrange os aspectos de saúde biológica e mental, possibilitando a extensão do benefício da suspensão não só aos doentes físicos, mas também aos deficientes de saúde psíquica, semi-imputáveis, que não sejam enquadrados em medida de segurança.

No entanto, a nova redação do art. 77 não pode ser interpretada de modo a favorecer a impunidade do agente que, por exemplo, dolosamente transmitir, por meio do contágio, doença venérea ou outra moléstia grave de que esteja contaminado. Desse modo, em princípio, não pode ser beneficiado pelo *sursis* o agente do art. 130 do CP ou do art. 131.

Diante do quadro de doenças que proliferam com extrema velocidade, como é o exemplo da AIDS, há de se ter em conta, na interpretação do dispositivo, a necessidade de conciliação do escopo de humanidade da norma e a proteção da coletividade.

Essa eventual dificuldade não invalida o avanço representado pela nova modalidade de *sursis*, uma vez que ele possibilita ao juiz adequar a pena às condições particulares do apenado, consoante o princípio da individualização, com o que se evita que o indivíduo seja levado à morte por não ter condições de saúde para cumprir o seu “martírio”. E, ainda, abre-se a perspectiva de melhora das condições de vida dos detentos nas penitenciárias brasileiras, já que a proliferação de doença é uma tônica na realidade da população carcerária do Brasil; não se cerceia a possibilidade de sobrevida ou cura do doente condenado e evita-se o seu contágio com os presos e, com isso, neutraliza-se o grande potencial lesivo que ele representa à saúde e integridade das pessoas tomadas ao cárcere.

Um último ponto merece atenção: o da denominação técnica da nova modalidade de suspensão condicional da pena, que a recente doutrina convencionou registrar como “*sursis* humanitário”. Teme-se que essa denominação traduza um caráter permissivo do benefício, sugerindo a cumplicidade da sociedade na própria criação do quadro em que se acha o infrator. De fato, a expressão transmite a idéia de que o desgraçado criminoso é *penalizado* e não apenado da forma adequada. De fato, no Brasil, a situação é mais de criminosos penalizados que apenados. De qualquer forma, salvo melhor juízo, à nova modalidade de *sursis* deveria ser dada a denominação de “*sursis* clínico” ou “*sursis* médico-legal” – que retrataria a indispensável proximidade entre o apenador e o laudo médico – ou, ainda, *sursis salubris* – “a suspensão condicional, *salutar* da pena” –, usado o termo na conotação de salubridade, a pressupor “as condições propícias à vida em relação a determinados lugares”.

4. A nova interdição temporária de direitos

Entre as várias modificações apresentadas pela Lei 9.714/98, destaca-se, igualmente, a resultante do novo inciso IV do art. 47 do Código Penal. O artigo referido é incrementado com a proibição de que o condenado freqüente determinados lugares. Eis a nova redação do dispositivo:

“Art. 47 As penas de interdição temporária de direitos são:

I – proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como mandato eletivo;

II – proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;

III – suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo

IV – proibição de freqüentar determinados lugares.” (g. n.)

O artigo ganha novas possibilidades de aplicação, convergindo para as tendências alternativas de substituição de pena, no sentido de evitar que os agentes dos crimes de potencial lesivo mediano ou pequeno sejam apenados com a reclusão ou a detenção em instituições carcerárias fracassadas, com evidente pressão sobre o erário e inevitável exposição de criminosos não-violentos aos riscos da convivência no cárcere.

A proibição de freqüentar determinados lugares é uma opção entre as dez enumeradas no rol da nova lei. No entanto, a interdição prevista no inciso IV do art. 47 apresenta um traço distintivo em relação às demais previstas no mesmo artigo. Ela está incluída entre as penas de interdição temporária de direitos, mas é a única entre essas que pode ser aplicada ao delinqüente comum sem a observância de uma característica específica – condição legal, ligação à função pública ou habilitação especial para o trabalho –, o que acaba com o caráter privilegiador do art. 47 do Código Penal.

A discriminação era evidente: um agente comum poderia ter a sua pena privativa de liberdade substituída por três alternativas, a prestação de serviço à comunidade, a limitação de fim de semana e a multa – preenchidos os requisitos da substituição e observados os critérios referentes a cada pena. Já aquele criminoso cuja condição específica de agente figurasse como elemento característico do tipo penal, como é o caso daquele de omissão de notificação compulsória de doença, o peculato, entre outros, tinha uma possibilidade maior de substituição de sua pena, seja pelas alternativas já citadas, ou seja por uma daquelas indicadas nos incisos do antigo art. 47.

Com a mudança introduzida pelo inciso IV do referido artigo, poderá o aplicador da pena, também, lançar mão de pena de interdição temporária de direito de uma forma mais ampla para substituir

pena privativa de liberdade do criminoso comum.

Cabe ressaltar, ainda, que as penas do art. 47, além dos propósitos de retribuição e ressocialização, destinavam-se a evitar que o condenado voltasse a incidir no mesmo crime, uma vez que um dos elementos do crime estaria descartado por força das interdições. Vale dizer: o criminoso não mais teria condições especiais – habilitação legal, cargo público ou habilitação especial para o trabalho – para delinqüir. No entanto, tal substituição, importando para o condenado em perda do emprego, em grande parte dos casos, e, conseqüentemente, em exclusão desse e de sua família do contexto social e econômico, acaba por infringir o princípio constitucional expresso no art. 5º, inc. XLV, da CF, segundo o qual “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”.

Com efeito, a solução aventada, além de ferir uma garantia constitucional, vai de encontro aos interesses da sociedade, fazendo do esforço estatal em conseguir a ressocialização um fracasso, marginalizando o indivíduo e desamparando a sua família, que seguirá desprovida do sustento.

Sob esse aspecto, a nova redação do art. 47 pode abrir perspectiva conciliatória, já que o inciso IV, integrando o universo das opções, não leva à perda do ofício ou trabalho, e sua aplicação pode, por si só, em alguns casos, ser um fator preventivo contra a reincidência.

A substituição viabilizada pelo novo inciso do art. 47, apesar de trazer inovações, pode ser frustrada por razões de ordem prática, relacionadas com a fiscalização e controle dos condenados. É que a permanente vigilância da conduta do condenado é uma condição para que a substituição da pena não seja uma permissividade ao delinqüente. Diante da inoperância do controle da execução da pena, especialmente dessa modalidade de reprimenda, teme-se pelo fracasso das novas soluções legislativas.

5. Conclusão

O quadro de marginalização, violência e criminalidade tem dimensão social, política e econômica. Daí que, nesse cenário de caos social, há necessidade de que sejam criadas, com urgência e de modo responsável, condições primárias de harmonização da sociedade.

É certo que cabe ao Direito Penal enfrentar a marginalização extraordinária, configurada pelas condutas criminosas de agressão ao estado de paz social. A ele não cabe, porém, a solução da marginalização ordinária – decorrente dos processos de exclusão, que generalizam as vítimas e indeterminam os agentes no âmbito de um sistema perverso –, isto é, a que faz parte de uma realidade caótica abrangente e permanente.

É sabido que, tanto no Brasil, como em outros países, a violência e a criminalidade estão atreladas a esses processos, apresentando-se como inevitáveis frutos da fome, da miséria, da descrença na autoridade, da veiculação da violência nos meios de comunicação de massa, da impunidade e da ausência de educação para a cidadania. Assim, não podem aquelas disfunções sociais ser solucionadas apenas pelo Direito Penal.

A forma e o grau da intervenção do Estado, o sistema de penas mais ou menos atenuadas e a operância do Judiciário são instrumentos, sim, de interferência na criminalidade, mas apenas enquanto caracterizada esta pela marginalização extraordinária, isto é, aquela assumida pelo agente e não a de que é a anônima vítima.

O estado caótico de violência, que tem sua base estrutural no sistema de exclusão, não se combate e nem se altera pelos caminhos da produção legislativa no estreito âmbito do Direito Penal.

Nesse sentido, diante da realidade brasileira – marcada pela desestruturação das instituições sustentadoras de nossa sociedade e pela vulneração dos valores do respeito à dignidade humana –, o direito há que se renovar profundamente e em seus diversos campos, e haverão de se recriar os métodos de intervenção do próprio Estado.

Desse modo, hão de se conjugar medidas que substantivem na realidade brasileira a dignidade humana – na sua expressão singular e coletiva –, e, paulatinamente, o direito há de se modernizar, especialmente o penal, mediante a descriminalização de condutas já absorvidas pela sociedade, a adoção de penas alternativas para que, ao invés de se vitimar o indivíduo, busque-se colocá-lo em processo de reconstrução de sua relação com a sociedade em que vive, principalmente por meio do trabalho e, ainda, por meio de outras medidas de uma adequada política penal, que leve em conta as especificidades do caso brasileiro e que tenha como norte a dignidade da pessoa humana e o resgate da autoridade na sua mais legítima expressão.

Bibliografia

- Penas Alternativas . In: *Estado de Minas*. 04/dez. 1999.
- SILVA, De Plácido E. *Vocabulário Jurídico*. 12. ed. Rio de Janeiro : [s.n.], v. 4, 1993.
- Exposição de Motivos* 689. 18/dez. 1996. (Antônio Carlos Jobim, Ministro de Estado da Justiça).
- JESUS, Damásio E. *Direito Penal*. 22. ed. São Paulo : Saraiva, v. 1, 1999.
- VARALDA, Renato Barão. Penas restritivas de direitos : Inovações. In: *Encarte especial IBCCRIM*, nº 75, fev. 1999.
- Sistema prisional humano e regenerador: posição do prof. Ariosvaldo repercute na mídia e no meio científico. In: *O Sino do Samuel*. nov./dez. 1999. p. 3.

Competências administrativas e legislativas para vigilância sanitária de alimentos

Alexandre de Moraes

Sumário

1. Introdução. 2. Preâmbulo. 3. Princípio da dignidade da pessoa humana. 4. Competência administrativa em relação à saúde pública. 5. Competência legislativa em relação à saúde pública. 6. Competências municipais. 7. Conclusões.

1. Introdução

A Constituição Federal consagra, em seu artigo 196, a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Igualmente, em seu artigo 200, a Constituição Federal afirma competir ao sistema único de saúde executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica (inciso II) e fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano.

A atuação do Poder Público nos serviços de vigilância sanitária de alimentos é de vital importância para a saúde pública, pois, conforme estudos realizados pelo Centro Americano de Controle de Doenças, os alimentos contaminados chegam a causar, nos Estados Unidos, mais de 50 milhões de casos de diarreia.

Alexandre de Moraes é Promotor de Justiça do GAESP – Grupo de Atuação Especial da Saúde Pública e da Saúde do Consumidor do Ministério Público do Estado de São Paulo e Professor de Direito Constitucional, Administrativo e Direitos Humanos das Escolas Superiores dos Ministérios Públicos de São Paulo e da Bahia e do CPC – Curso preparatório para concursos jurídicos. É doutorando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo e membro do IBDC – Instituto brasileiro de Direito Constitucional.

Além do aspecto de saúde pública, tal fato repercute economicamente, uma vez que diversas pessoas faltam ao trabalho ou deixam de produzir adequadamente durante o período em que, por contaminação alimentar, ausentam-se do trabalho ou de suas funções diárias.

A OMS – Organização Mundial de Saúde e a Organização para Alimentação e Agricultura – FAO criaram uma comissão conjunta, OMS/FAO, para o estudo de padrões mínimos de segurança alimentar, estabelecendo a necessidade de edição de um *Código de procedimentos de higiene para estabelecimentos onde são servidos alimentos pré-cozidos e cozidos para alimentação coletiva*, em virtude da constatação dos seguintes dados¹:

- existência de dados epidemiológicos mostrando que muitas epidemias de intoxicação alimentar são causadas por alimentos consumidos nos estabelecimentos que os servem;
- perigo que cerca as operações de fornecimento de alimentos em larga escala, especialmente no que se refere a armazenagem e manipulação;
- grande número de pessoas que pode ser envolvido numa epidemia;
- vulnerabilidade da população.

Vislumbrou-se, ainda, pela OMS a necessidade de controle sanitário em todas as fases do preparado dos alimentos até o momento de seu consumo, para que se previna a contaminação anterior à comercialização do alimento.

A legislação deve ser implementada com o auxílio do poder de polícia do Poder Público, que é responsável pela manutenção da saúde pública².

Como observa Sebastião Tojal,

“com efeito, a Constituição da Saúde de 1988 ou a garantia do direito à saúde, expressamente referida no art. 196³ da Constituição, inscreve-se exata e precisamente no rol daquele conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos voltadas para a realização da nova

ordem social, cujos objetivos são o bem-estar e a justiça sociais”, para concluir a seguir que

“está, pois, o Estado juridicamente obrigado a exercer as ações e serviços de saúde visando à construção da nova ordem social, cujos objetivos, repita-se, são o bem-estar e a justiça sociais, pois a Constituição lhe dirige impositivamente essas tarefas⁴”.

Esse mesmo entendimento foi proclamado pela Organização Pan-americana da Saúde e pelo Escritório Regional da Organização Mundial da Saúde:

“Aplicado às ações e aos serviços de saúde, o conceito implica o poder de controle, pela sociedade e pelo Estado, visando zelar pela sua efetiva prestação e por sua qualidade. Ao qualificar as ações e serviços de saúde como de relevância pública, proclamou a Constituição Federal sua essencialidade. Por ‘relevância pública’ deve-se entender que o interesse primário do Estado, nas ações e serviços de saúde, envolve sua essencialidade para a coletividade, ou seja, sua relevância social. Ademais, enquanto direito de todos e dever do Estado, as ações e serviços de saúde devem ser por ele privilegiados. A correta interpretação do artigo 196 do texto constitucional implica o entendimento de ações e serviços de saúde como conjunto de medidas dirigidas ao enfrentamento das doenças e suas seqüelas, através da atenção médica preventiva e curativa, bem como de seus determinantes e condicionantes de ordem econômica e social⁵”.

A Constituição Federal, em diversos dispositivos, prevê princípios informadores e regras de competência no tocante à proteção da saúde pública, englobando, inclusive, a atuação de vigilância sanitária na área de alimentos, como será a seguir analisado.

2. Preâmbulo

Note-se que, desde o Preâmbulo da Constituição Federal, proclama-se que

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

Logicamente, dentro do *bem-estar*, destacado como uma das finalidades do Estado, encontra-se a *Saúde Pública*.

O preâmbulo de uma Constituição pode ser definido como documento de intenções do diploma e consiste em uma *certidão de origem e legitimidade do novo texto* e uma *proclamação de princípios*, demonstrando a ruptura com o ordenamento constitucional anterior e o surgimento jurídico de um novo Estado⁶.

Apesar de não fazer parte do texto constitucional propriamente dito, e, conseqüentemente, não conter normas constitucionais de valor jurídico autônomo, o preâmbulo não é juridicamente irrelevante, uma vez que deve ser observado como *elemento de interpretação e integração* dos diversos artigos que lhe seguem.

Como explica Jorge Miranda,

“não se afigura plausível reconduzir a eficácia do preâmbulo (de todos os preâmbulos ou de todo o preâmbulo, pelo menos) ao tipo de eficácia próprio dos artigos da Constituição. O preâmbulo não é um conjunto de preceitos, é um conjunto de princípios que se projectam sobre os

preceitos e sobre os restantes sectores do ordenamento”,

para a seguir concluir “o preâmbulo não pode ser invocado enquanto tal, isoladamente, nem cria direitos ou deveres”⁷.

O preâmbulo constitui, portanto, um breve prólogo da Constituição e apresenta dois objetivos básicos: *explicitar o fundamento da legitimidade da nova ordem constitucional; explicitar as grandes finalidades da nova Constituição*.

Como ensina Juan Bautista Alberdi, o preâmbulo deve sintetizar sumariamente os grandes fins da Constituição, servindo de fonte interpretativa para dissipar as obscuridades das questões práticas e de rumo para a atividade política do governo⁸.

Nesse sentido, toda a atuação do Poder Público deverá ser pautada, entre outras finalidades, na busca do bem-estar geral, garantindo-se dessa forma, mecanismos de efetividade e promoção da saúde pública.

Além do Preâmbulo da Constituição, outros dispositivos constitucionais devem ser lembrados nesse breve estudo sobre a repartição de competências em matéria de vigilância sanitária de alimentos.

3. Princípio da dignidade da pessoa humana

“Constituição Federal – art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana”.

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por

parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*.

O princípio fundamental, consagrado pela Constituição Federal, da *dignidade da pessoa humana* apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever, configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a *dignidade* de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria.

Os direitos à vida e à saúde, entre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da *dignidade da pessoa humana* como fundamento da República Federativa do Brasil. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual.

Como destaca José Afonso da Silva,

“A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam. As ações e serviços de saúde são de relevância pública, por isso ficam inteiramente sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, nos termos da lei, a quem cabe executá-los diretamente ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Se a Constituição atribui ao Poder Públi-

co o controle das ações e serviços de saúde, significa que sobre tais ações e serviços tem ele integral poder de dominação, que é o sentido do termo controle, mormente quando aparece ao lado da palavra fiscalização”.

Nesse mesmo sentido, proclama Sebastião Tojal a finalidade pública das normas que devem reger a saúde pública, afirmando que

“qualquer iniciativa que contrarie tais formulações há de ser repelida veementemente, até porque fere ela, no limite, um *direito fundamental da pessoa humana*”.

Não foi outra a conclusão da Organização Pan-americana da Saúde e do Escritório Regional da Organização Mundial da Saúde ao afirmarem que

“O conceito de ações e serviços de relevância pública, adotado pelo artigo 197 do atual texto constitucional, norma preceptiva, deve ser entendido desde a verificação de que a Constituição de 1988 adotou como um dos fundamentos da República a *dignidade da pessoa humana*”.

4. Competência administrativa em relação à saúde pública

“Constituição Federal – art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

II – CUIDAR DA SAÚDE e assistência PÚBLICA, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”.

A competência administrativa para *cuidar da saúde pública* é concorrente entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, cabendo-lhes o dever de atuação em uma das áreas mais sensíveis do Estado Moderno.

Assim, administrativamente todos os entes federativos possuem competência para assegurar a efetividade e plenitude da saúde pública, inclusive no tocante aos serviços de vigilância sanitária, devendo

o exercício dessa competência, porém, para se evitar desnecessários embates entre os diversos entes federativos, pautar-se pelo *princípio da predominância do interesse*.

Como bem salientado por Ives Gandra Martins, “a saúde é, todavia, no elenco das finalidades a que o Estado está destinado a dedicar-se, talvez, a mais relevante e que mereça atenção maior¹²”; porém, como lembrado por Wolgran Junqueira Ferreira, “na hierarquia de valores não se coloca a saúde pública em primeiro plano e o Brasil hoje está doente¹³”.

5. Competência legislativa em relação à saúde pública

“Constituição Federal – art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

XII – previdência social, proteção e DEFESA DA SAÚDE”.

O art. 24 da Constituição Federal prevê as regras de competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, estabelecendo quais as matérias que deverão ser regulamentadas de forma geral por aquela e específica por esses¹⁴.

Essa previsão é complementada pelo artigo 200, inciso I, da Constituição Federal, que prevê competir ao sistema único de saúde executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica e fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano.

Determina a Constituição competir à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente, entre outras importantes matérias, sobre *defesa da saúde*.

No âmbito da legislação concorrente, a doutrina tradicionalmente classifica-a em *cumulativa* sempre que inexisterem limites prévios para o exercício da competência, por parte de um ente, seja a União, seja o Estado-membro, e em *não-cumulativa*, que propriamente estabelece a chama-

da repartição vertical, pois, dentro de um mesmo campo material (concorrência material de competência), reserva-se um nível superior ao ente federativo União, que fixa os princípios e normas gerais, deixando-se ao Estado-membro a complementação.

A Constituição brasileira adotou a *competência concorrente não-cumulativa ou vertical*, de forma que a competência da União está adstrita ao estabelecimento de normas gerais, devendo os Estados e Distrito Federal especificá-las, por meio de suas respectivas leis. É a chamada *competência suplementar* dos Estados-membros e Distrito Federal (CF, art. 24, § 2º).

Essa orientação, derivada da Constituição de Weimar (art. 10), consiste em permitir ao governo federal a fixação das normas gerais, sem descer a pormenores, cabendo aos Estados-membros a adequação da legislação às peculiaridades locais.

Note-se que, doutrinariamente, podemos dividir a *competência suplementar* dos Estados-membros e do Distrito Federal em duas espécies: *competência complementar* e *competência supletiva*. A primeira dependerá de prévia existência de lei federal a ser especificada pelos Estados-membros e Distrito Federal. Por sua vez, a segunda aparecerá em virtude da inércia da União em editar a lei federal, quando então os Estados e o Distrito Federal, temporariamente, adquirirão *competência plena* tanto para edição das normas de caráter geral, quanto para normas específicas (CF, art. 24, §§ 3º e 4º).

Sobre o tema, indispensável a lição de Raul Machado Horta:

“As Constituições federais passaram a explorar, com maior amplitude, a *repartição vertical de competências*, que realiza a distribuição de idêntica matéria legislativa entre a União Federal e os Estados-membros, estabelecendo verdadeiro condomínio legislativo, consoante regras constitucionais de convivência. A repartição vertical de competências conduziu à técnica da *legislação*

*federal fundamental, de normas gerais e de diretrizes essenciais, que recaia sobre determinada matéria legislativa de eleição do constituinte federal. A legislação federal é reveladora das linhas essenciais, enquanto a legislação local buscará preencher o claro que lhe ficou, afeiçoando a matéria revelada na legislação de normas gerais às peculiaridades e às exigências estaduais. A Lei Fundamental ou de princípios servirá de molde à legislação local. É a *Rahmen-gesetz*, dos alemães; a *Legge-cornice*, dos italianos; a *Loi de cadre*, dos franceses; são as *normas gerais* do Direito Constitucional Brasileiro¹⁵”.*

Dessa forma é possível o estabelecimento de algumas regras definidoras da competência legislativa concorrente, de aplicação integral à *proteção da saúde pública*:

- a competência da União é direcionada somente às normas gerais, sendo de flagrante inconstitucionalidade aquilo que delas extrapolar;
- a competência do Estado-membro ou do Distrito Federal refere-se às normas específicas, detalhes, minúcias (*competência suplementar*). Assim, uma vez editadas as normas gerais pela União, as normas estaduais deverão ser particularizantes, no sentido de adaptação de princípios, bases, diretrizes a peculiaridades regionais (*competência complementar*);
- não haverá possibilidade de delegação, por parte da União, aos Estados-membros e Distrito Federal das matérias elencadas no art. 24 da Constituição;
- rol dos incisos destinados à competência concorrente é taxativo, portanto não haverá essa possibilidade em matéria destinada a lei complementar, por ausência de previsão do art. 24 da CF;
- a inércia da União em regulamentar as matérias constantes no art. 24 da Constituição Federal não impedirá ao Estado-membro ou ao Distrito

Federal a regulamentação da disciplina constitucional (*competência supletiva*). Note-se que, em virtude da ausência de lei federal, o Estado-membro ou o Distrito Federal adquirirão *competência plena* tanto para a edição de normas de caráter geral, quanto específico;

- a *competência plena* adquirida pelos Estados ou Distrito Federal é *temporária*, uma vez que, a qualquer tempo, poderá a União exercer sua competência editando lei federal sobre as normas gerais;

- a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrária.

Portanto, em relação à legislação protetiva da Saúde Pública, inclusive sobre vigilância sanitária de alimentos, a legislação federal deverá estabelecer as normas gerais, enquanto a legislação estadual e distrital deverá complementá-la.

6. Competências municipais

“Constituição Federal – art. 30. Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

(...)

VII – prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população”.

A função legislativa é exercida pela Câmara dos Vereadores, que é o órgão legislativo do Município, em colaboração com o prefeito, a quem cabe também o poder de iniciativa das leis, assim como o poder de sancioná-las e promulgá-las, nos termos propostos como modelo, pelo processo legislativo federal. Dessa forma, a atividade legislativa municipal submete-se aos princípios da Constituição Federal com estrita obediência à Lei Orgânica dos Municípios, à qual cabe o importante papel de definir as matérias de competência legislativa da Câmara, uma vez que a Cons-

tuição Federal não a exaure, pois usa a expressão *interesse local* como catalisadora dos assuntos de competência municipal.

As competências legislativas do município caracterizam-se pelo princípio da predominância do *interesse local*, consubstanciando-se em:

- competência genérica em virtude da predominância do *interesse local* (CF, art. 30, I);
- competência para estabelecimento de um Plano Diretor (CF, art. 182);
- hipóteses já descritas, presumindo-se constitucionalmente o *interesse local* (CF, arts. 30, III a IX, e 144, § 8º);
- competência suplementar (CF, art. 30, II).

Em relação à competência genérica em virtude da predominância do *interesse local* (CF, art. 30, I), apesar de difícil conceituação, *interesse local* refere-se àqueles interesses que disserem respeito mais diretamente às necessidades imediatas do município, mesmo que acabem gerando reflexos no interesse regional (Estados) ou geral (União), pois, como afirmado por Fernanda Dias Menezes,

“é inegável que mesmo atividades e serviços tradicionalmente desempenhados pelos municípios, como transporte coletivo, polícia das edificações, *fiscalização das condições de higiene de restaurantes e similares*, coleta de lixo, ordenação do uso do solo urbano, etc., dizem secundariamente com o interesse estadual e nacional¹⁶⁷”.

Dessa forma, salvo as tradicionais e conhecidas hipóteses de interesse local, as demais deverão ser analisadas caso a caso, vislumbrando-se qual o interesse predominante (*princípio da predominância do interesse*)¹⁷.

Assim, por exemplo, será de competência do município, atendendo suas peculiaridades locais, a prática genérica de vigilância sanitária em relação aos alimentos de consumo imediato, inclusive com o poder de fiscalização das condições de higiene de restaurantes e similares.

O art. 30, II, da Constituição Federal preceitua caber ao município suplementar a legislação federal e estadual, no que couber, o que não ocorria na Constituição anterior, podendo o município suprir as omissões e lacunas da legislação federal e estadual, embora não podendo contraditá-las, inclusive nas matérias previstas do art. 24 da Constituição de 1988. Assim, a Constituição Federal prevê a chamada *competência suplementar* dos municípios, consistente na autorização de regulamentar as normas legislativas federais ou estaduais, para ajustar sua execução a peculiaridades locais, sempre em concordância com aquelas e desde que presente o requisito primordial de fixação de competência desse ente federativo: *interesse local*.

Ressalte-se que, no caso de serviços de atendimento à saúde da população, a própria Constituição Federal presume, no art. 30, VII, a *existência de interesse local*, legitimados da atuação do Município.

Assim, na utilização dessa competência suplementar, o Município pode, atendendo às peculiaridades locais e em respeito à legislação federal e estadual, estabelecer normas de fiscalização para vigilância sanitária de alimentos.

O Município de São Paulo, por meio de convênio celebrado com a Secretaria de Estado da Saúde do Estado de São Paulo, pela Lei nº 10.085/86, tem a competência de fiscalizar e controlar as condições higiênic-sanitárias nos estabelecimentos que comercializam alimentos a varejo.

O desenvolvimento das ações de preservação da saúde do consumidor e, em especial, no tocante à vigilância sanitária de alimentos baseia-se no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e no Código Sanitário Municipal de Alimentos (Decreto nº 25.544/88).

A Vigilância Sanitária de Alimentos no Município de São Paulo é responsabilizada do Departamento de Inspeção Municipal de Alimentos – DIMA, órgão vinculado à Secretaria Municipal de Abastecimento – SEMAB¹⁸.

Esse procedimento é realizado das seguintes maneiras:

- vistorias sanitárias realizadas na instalação de um novo comércio varejista de alimentos;
- atendimentos de reclamações gerais;
- comandos sanitários;
- verificação de interdições realizadas nos comandos sanitários;
- atendimento de surtos de toxinfecções alimentares noticiadas pelo Departamento de Inspeção Municipal de Alimentos.

A Secretaria Municipal de Abastecimento possui, ainda, o Setor de Educação Sanitária para realização de cursos e palestras aos comerciantes, com a finalidade de transmissão de noções básicas de conservação, acondicionamento e higiene na manipulação de alimentos.

A Lei Municipal nº 11.728/96, regulamentada pelo Decreto nº 37.063/97, instituiu a obrigatoriedade do curso de “Normas Técnicas Especiais de Manipulação de Alimentos” a todos aqueles que comercializam alimentos a varejo.

A regulamentação das ações de inspeções no Município de São Paulo foi estabelecida pelos Decretos Municipais nºs 25.544/88 e 26.638/88.

7. Conclusões

A competência administrativa para cuidar de Saúde Pública, inclusive no tocante aos serviços de vigilância sanitária, é comum entre todos os entes federativos. Assim, tanto a União, quanto os Estados, Distrito Federal e Municípios têm esse dever imposto pela Lei Magna. Logicamente, para que não haja conflito entre as diversas atuações, suas condutas devem pautar-se pelo *princípio da predominância do interesse*, ou seja, quando existir o interesse geral, a competência a prevalecer será da União; diferentemente, o interesse regional fará prevalecer o Estado; e, conseqüentemente, o interesse local, o Município.

Em relação à competência legislativa, a Constituição Federal disciplinou de forma mais cuidadosa.

Assim, compete à União legislar sobre normas gerais protetivas da saúde pública, enquanto aos Estados e Distrito Federal compete a complementação dessas normas. Nem os Estados/Distrito Federal poderão invadir a disciplina sobre normas gerais, nem tampouco a União poderá editar normas por demais específicas, sob pena de inconstitucionalidade por desrespeito à divisão de competências concorrentes feita pela Constituição Federal.

O Município surge nesse contexto sempre pautando sua atuação pelo *princípio da predominância do interesse local*, legitimador de sua atuação na área de saúde pública, inclusive vigilância sanitária.

Notas

¹ Cf. SILVA JUNIOR, Eduardo. *Manual de controle higiênico sanitário em alimentos*. São Paulo: Varela, 1997. p. 360.

² Portaria nº 1.428/93 do Ministério da Saúde: “A prática da fiscalização sanitária de alimentos, base das ações de vigilância sanitária de alimentos, inserida nas ações de saúde deve: integrar as ações de Vigilância Sanitária e as avaliações de risco epidemiológico dentro das prioridades locais, seguindo as determinações do Sistema Único de Saúde; utilizar a inspeção como instrumento de fiscalização sanitária, abrangendo o conjunto de etapas que compõem a cadeia alimentar, incluindo as suas inter-relações com o meio ambiente, o homem e o seu contexto sócio-econômico; objetivar a proteção e defesa da saúde do consumidor, em caráter preventivo, através da prática de inspeção sanitária, como forma de regulamentar as diretrizes aqui estabelecidas”.

³ Constituição Federal – art. 196. “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

⁴ TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Constituição dirigente de 1988 e o direito a saúde. In: MORAES, Alexandre de (coord.). *Os 10 anos da constituição federal*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 41.

⁵ Série Direito e Saúde nº 1 – Brasília, 1994.

⁶ É de tradição em nosso Direito Constitucional e nele devem constar os antecedentes e enquadramento

histórico da Constituição, bem como suas justificativas e seus grandes objetivos e finalidades. Jorge Miranda aponta a existência de preâmbulos em alguns dos mais importantes textos constitucionais estrangeiros: Estados Unidos (1787), Suíça (1874), Alemanha de Weimar (1919), Irlanda (1937), França (1946 e 1958), Japão (1946), Grécia (1975), Espanha (1978). Podemos acrescentar as constituições do Peru (1979), da antiga Alemanha Ocidental (1949) e da Alemanha Oriental (1968, com as emendas de 7 de outubro de 1974), da Polónia (1952), Bulgária (1971), Romênia (1975), Cuba (1976), Nicarágua (1987), Moçambique (1978), São Tomé e Príncipe (1975) e Cabo Verde (1981). Sobre o tema, conferir: MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. São Paulo : Atlas, 1998.

⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. It. Coimbra : Coimbra, 1988. p. 211.

⁸ ALBERDI, Juan Bautista. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires : Estrada, 1959. p. 295.

⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo : Malheiros, s./d. p. 697.

¹⁰ TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Constituição dirigente de 1988 e o direito a saúde. In: MORAES, Alexandre de (coord.). *Os 10 anos da Constituição federal*. São Paulo : Atlas, 1998. p. 43.

¹¹ Série Direito e Saúde nº 1 – Brasília, 1994.

¹² BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva, v. 3, t.1, 1993. p. 383.

¹³ FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição de 1988*. Campinas : Lumen Juris, v. 1, 1989. p. 402.

¹⁴ Cf. a respeito: ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo : Atlas, 1991; MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 6. ed. São Paulo : Atlas, 1999.

¹⁵ MACHADO HORTA, Raul. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte : Del Rey, 1995. p. 366.

¹⁶ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo : Atlas, 1991. p. 124.

¹⁷ Sobre competência municipal: DALLARI, Sueli Gandolfi. *Competência municipal em matéria de saúde*. In: RDP 92/171.

¹⁸ Como destacam Eclea Spiridião Bravo, Izabel Adeline Ribeiro, Jassyendy Cabete de Oliveira e João Antonio Ferreira, “o Departamento de Inspeção Municipal de Alimentos – DIMA – deve responder atualmente pelo controle sanitário de aproximadamente

50.000 estabelecimentos, conforme dados estimados pelo mesmo, onde são preparados e servidos alimentos de consumo imediato, com diferentes padrões de qualidade sanitária. Responde também por 3.600 feiras livres. Todas as atividades do departamento estão centralizadas em uma única unidade localizada na Vila Guilherme, Zona Norte, de onde partem as equipes de vigilância que devem cobrir todo o Município de São Paulo” (*Estudo das práticas de vigilância sanitária de alimentos de consumo imediato no Município de São Paulo – uma contribuição para a gestão de risco de contaminação alimentar*. São Paulo : Faculdade de Saúde Pública, 1998. p. 5).

Bibliografia

ALBERDI, Juan Bautista. *Bases y puntos de partida para la organización política de la república argentina*. Estrada : Buenos Aires, 1959.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo : Atlas, 1991.

BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva, v. 3, t. 1, 1993.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Competência municipal em matéria de saúde. In: RDP 92/171.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentário à Constituição de 1988*. Campinas : Lumen Juris, v.1, 1989.

MACHADO HORTA, Raul. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte : Del Rey, 1995.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 6. ed. São Paulo : Atlas, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. São Paulo : Atlas, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. It. Coimbra : Coimbra, 1988.

SILVA JUNIOR, Eduardo. *Manual de controle higiênico sanitário em alimentos*. São Paulo : Varela, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo : Malheiros, 1997.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Constituição dirigente de 1988 e o direito a saúde. In: MORAES, Alexandre de (coord.). *Os 10 anos da constituição federal*. São Paulo : Atlas, 1998.

Continuidade e mudança no direito da nacionalidade em Portugal

Rui Manoel Moura Ramos

1. Tendo feito prova de uma assinalável continuidade durante um século e meio, o direito português da nacionalidade sofreu, por duas vezes, nas duas últimas décadas, importantes alterações. Alterações com origens diferentes e a que não são estranhas as convulsões que o país conheceu e as suas repercussões tanto sobre a estrutura e a organização do Estado como sobre a sua ordem jurídica.

Procuraremos apresentar, resumidamente, as linhas orientadoras e o teor dessas mudanças, ocorridas em 1981 e em 1994. Para bem compreender o seu alcance, será necessário, porém, começar por delinear os aspectos fundamentais da legislação nesse ramo do direito em Portugal, no final dos anos setenta¹, na véspera do seu reexame.

I

2. Antes de 1981, o direito da nacionalidade em Portugal estava codificado na Lei nº 2.098, de 9 de julho de 1959. Apesar da sua importância para a evolução desse sector do sistema jurídico em Portugal², esse diploma não tinha constituído, no entanto, uma viragem em relação à situação precedente, tendo antes dado coerência a um conjunto de disposições constantes quer do Código Civil de 1867³, quer de leis posteriores.

Rui Manoel Moura Ramos é Professor da Universidade de Coimbra e Juiz do Tribunal de Primeira Instância da União Europeia em Luxemburgo.

3. O sistema instituído por essa lei baseava-se, no que à nacionalidade originária diz respeito, numa combinação do *ius soli* e do *ius sanguinis*, em que a primazia era dada ao primeiro desses princípios⁴. Assim, bastava ter nascido em Portugal para adquirir a nacionalidade portuguesa, solução essa conforme à concepção do Estado que considerava os territórios ultramarinos como parte do seu território e cujas necessidades de povoamento e de integração populacional o aproximavam dos novos Estados. Mas o *ius sanguinis* desempenhava igualmente um papel importante, visto que aos filhos de pai português nascidos no estrangeiro podia ser atribuída a nacionalidade portuguesa mediante simples declaração, desde que registassem o nascimento nos serviços consulares ou na Conservatória dos Registos Centrais, ou que estabelecessem domicílio em Portugal⁵. A existência de uma forte corrente migratória portuguesa estabelecida no estrangeiro⁶ justificava os cuidados do legislador, que procurava desse modo manter os laços dessas comunidades com Portugal.

4. Para além do processo clássico de naturalização em que, a pedido do requerente, a última palavra cabia ao poder público, desde que estivessem reunidas determinadas condições, o acesso à nacionalidade portuguesa era igualmente permitido à mulher estrangeira⁷ que se casasse com um português e aos filhos menores do estrangeiro naturalizado. Mas qualquer aquisição de nacionalidade⁸ podia ser recusada se o Governo a tal se opusesse com fundamento em condições pré-definidas⁹, o que permitia afirmar o papel do Estado em matéria de nacionalidade.

5. A perda da nacionalidade decorria automaticamente da aquisição voluntária de uma nacionalidade estrangeira. O casamento de mulher portuguesa com um estrangeiro implicava igualmente a perda da nacionalidade portuguesa, salvo se a mulher manifestasse, antes do casamen-

to, a sua vontade de manter a nacionalidade anterior. A aquisição forçada de uma nacionalidade estrangeira, bem como a aceitação não autorizada de funções públicas no estrangeiro e a prestação (nas mesmas circunstâncias) de serviço militar a um Estado estrangeiro permitiam ao Conselho de Ministros determinar a perda da nacionalidade portuguesa, o que também podia acontecer a quem se comportasse apenas como estrangeiro ou cometesse um crime contra a segurança do Estado. Finalmente, permitia-se às pessoas que tivessem adquirido a nacionalidade portuguesa por declaração dos pais durante a sua menoridade que a ela renunciassem quando maiores.

No entanto, a nacionalidade portuguesa perdida nessas condições podia sempre ser readquirida se o interessado manifestasse a sua vontade nesse sentido e estabelecesse domicílio em Portugal¹⁰. Mas, nos casos em que a perda tivesse sido provocada por decisão governamental, era necessário obter uma graça especial da autoridade que a tivesse imposto.

6. Para além do papel desempenhado pelo *ius soli*, as soluções legais eram reveladoras de uma especial atenção à realidade da emigração¹¹ e estavam em estreita relação com as normas de direito substantivo (sobretudo do direito da família) que consagravam a distinção entre filiação dentro do casamento e fora do casamento e sublinhavam o papel do marido e do pai na sociedade familiar¹². Por outro lado, deixavam uma larga margem à intervenção do poder público na definição do vínculo de nacionalidade e, excepto no que respeita à aquisição originária, não manifestavam qualquer abertura à dupla nacionalidade¹³.

II

7. O quadro que acabamos de traçar sofreu profundas modificações com a Lei nº 37/81, de 3 de outubro de 1981¹⁴. Essas modificações tornaram-se necessárias

pela falta de adaptação do regime legal anterior a determinadas opções feitas pelo legislador quer na Constituição da República quer após a publicação desta, mas igualmente como resposta a fenômenos que exigiam respostas de política legislativa diferentes das que tinham inspirado a Lei nº 2.098.

Por um lado, podia-se pôr a questão de saber se a situação nacional portuguesa, após a descolonização e os movimentos de população ocorridos desde os anos sessenta, não exigia uma certa reconsideração do papel dos dois principais princípios em matéria de aquisição da nacionalidade (no sentido de que o primado reconhecido ao *ius soli* podia ser posto em causa) e da própria natureza do vínculo de nacionalidade. Foi exatamente o que aconteceu, e é o que explica o reforço da vontade do indivíduo na definição da relação de nacionalidade (em conformidade com a construção da Declaração Universal dos Direitos do Homem, cujo artigo 15º afirma o direito de todos os indivíduos a uma nacionalidade e proíbe as privações arbitrárias quer da nacionalidade quer do direito de a alterar) ou ainda o reequilíbrio efectuado entre o *ius sanguinis* e o *ius soli*, traduzindo, deste modo, uma valorização do elemento humano na construção do Estado.

Por outro lado, a unidade do sistema jurídico impunha de aí em diante uma harmonização do direito da nacionalidade com determinados princípios aceites na ordem jurídica portuguesa. A Constituição de 1976 tinha consagrado a não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento e a igualdade dos cônjuges (artigo 36º, nºs 3 e 4), o que tornava caducas tanto as diferenciações estabelecidas entre o *ius sanguinis* a palre e o *ius sanguinis* a marre como os efeitos decorrentes do casamento para a aquisição e a perda da nacionalidade da mulher casada. O mesmo se passava em relação aos casos de privação da nacionalidade, que deixavam de poder ter como fundamento razões políticas (arti-

go 26º, nº 3), e às incapacidades que atingiam os naturalizados, tornadas igualmente inconstitucionais pela amplitude do reconhecimento do princípio da participação dos cidadãos na vida pública (artigos 48º, nº 4, e 12º, nº 1). E o que acontecia com a Constituição também sucedia com a legislação ordinária: basta lembrar que o Código Civil de 1966 tinha reatado com a velha tradição portuguesa favorável à adopção e a ausência de disposições a esse respeito em matéria de aquisição da nacionalidade portuguesa tornava-se daí em diante inexplicável.

8. Se a nova realidade do Estado¹⁵ (agora reconduzido à sua dimensão europeia) justificava o papel atribuído ao *ius sanguinis*, deixava no entanto de impor o relevo conferido até então ao *ius soli*¹⁶.

Assim, em matéria de aquisição originária, o *ius soli* viu diminuída a sua importância. Agora, o nascimento em Portugal de um filho de progenitor¹⁷ estrangeiro só é causa atributiva da nacionalidade portuguesa se o progenitor em questão já aí residir desde há pelo menos seis anos e se o interessado manifestar a vontade de ser português. Esses requisitos destinam-se a impedir a aquisição originária da nacionalidade portuguesa nos casos em que não há qualquer inserção significativa na comunidade local. Essa inserção é revelada pela residência durante seis anos do (ou dos) pai(s) estrangeiro(s) (elemento de facto), mas não dispensa, tal como em relação aos filhos de portugueses nascidos no estrangeiro, a declaração de vontade do indivíduo em causa (elemento psicológico). Essa declaração só será supérflua se a pessoa nascida em Portugal for filha de um progenitor português (torna-se, portanto, automaticamente portuguesa de origem) ou se nascer em Portugal sem possuir outra nacionalidade (o que se explica pela necessidade de prevenção da apatridia).

Por outro lado, e agora em relação ao *ius sanguinis*, a filiação natural foi equipa-

rada à filiação legítima, o que aparece como a conseqüência da pretendida coerência com os novos princípios constitucionais do direito da família¹⁸.

Finalmente, registre-se outra alteração significativa em matéria de aquisição originária. Com efeito, a oposição à aquisição da nacionalidade deixou de existir nessa matéria, o que reforça sensivelmente o papel dos critérios do *ius soli* e do *ius sanguinis*, bem como a relevância da vontade do indivíduo que, como se viu¹⁹, é, nesse contexto, da maior importância.

9. No domínio da aquisição derivada, ocorreram igualmente várias modificações. Assim, a realização do princípio de unidade da nacionalidade no seio da família levou o legislador a prever que os estrangeiros que se casem com um nacional português, bem como os filhos menores de quem se torne português, possam adquirir, por simples declaração, essa nacionalidade. Há que sublinhar, porém, por um lado, que a aquisição da nacionalidade portuguesa fica ao alcance do cônjuge estrangeiro (e não apenas da mulher estrangeira) ou do filho (mesmo nascido fora do casamento) de quem se torne português, e, por outro, que tal aquisição deixa de ser automática, sendo sempre necessária uma manifestação de vontade nesse sentido do interessado^{20, 21}.

Se nesses casos as alterações foram importantes, porque se tratava de garantir quer o respeito dos princípios da igualdade dos cônjuges e da não discriminação entre os filhos nascidos dentro e fora do casamento quer a vontade do interessado, já o regime da naturalização foi, ao invés, muito pouco afectado. O legislador contentou-se, nesse campo, em aumentar para seis anos o prazo de residência em Portugal necessário para se poder solicitar a nacionalidade portuguesa (prazo esse que era anteriormente de três anos)²².

10. Em matéria de perda da nacionalidade, pelo contrário, as modificações tiveram uma grande amplitude. Assim, as

causas de perda anteriormente previstas (aquisição de uma nacionalidade estrangeira, aceitação de funções públicas ou prestação de serviço militar não autorizados no estrangeiro, casamento, em certas condições, de mulher portuguesa com estrangeiro, prática de um crime contra a segurança do Estado ou o comportamento como estrangeiro) desapareceram, enquanto tais, só podendo agora a perda decorrer da renúncia à nacionalidade portuguesa, renúncia essa que só é admitida se o português em causa possuir outra nacionalidade.

As novas soluções sublinham o reforço da importância reconhecida à vontade do indivíduo em matéria de nacionalidade, importância que vai, nesse domínio da perda da nacionalidade, até ao ponto de paralisar qualquer intervenção do Estado a esse respeito. Paralisa essa que não afecta apenas as medidas do governo com carácter individual (e que corresponderiam, portanto, à imposição da perda da nacionalidade), mas também a previsão de situações de carácter geral que poderiam ser causa de perda da nacionalidade. A perda da nacionalidade portuguesa só pode, portanto, ocorrer se o interessado – que tem aliás que ter outra nacionalidade – pretender renunciar à sua condição de português.

O facto de a perda se ter tornado uma renúncia reduziu a importância do instituto da reacquirição. Esta parece, com efeito, menos justificada quando só a vontade do indivíduo está na origem da perda da nacionalidade portuguesa. É por essa razão que a reacquirição deixou de estar prevista de um modo geral.

11. Outro aspecto importante da reforma de 1981 foi a posição assumida em relação à dupla nacionalidade. Com efeito, a Lei nº 37/81 encara essa situação com evidente benevolência, não se preocupando de modo nenhum em reduzir o seu alcance. É o que se verifica claramente se se atentar no novo regime de perda da nacionalidade portuguesa. Deixando de

considerar para esse efeito a aquisição de uma nacionalidade estrangeira, o legislador aderiu a uma concepção do vínculo de nacionalidade que já não o concebe de modo exclusivo, como expressão de um sentimento de lealdade, colocando-se ao lado dos que admitem que a situação de pertença a várias culturas, que caracteriza algumas comunidades de estrangeiros, pode encontrar tradução no plano da nacionalidade²³.

12. Podemos agora fazer o inventário das principais características da reforma de 1981. Dominada pelo objectivo de manter os laços com o país de origem da população portuguesa emigrada e uma vez que o *ius sanguinis* já era amplamente reconhecido, o legislador quebrou a unicidade do vínculo de nacionalidade, aceitando a dupla nacionalidade mesmo ao nível da primeira geração de emigrantes, o que afastou como causa da perda da nacionalidade portuguesa a aquisição voluntária de uma nacionalidade estrangeira. Esse passo teve, evidentemente, conseqüências em relação às outras causas de perda admitidas nas quais transparecia uma concepção de lealdade em relação ao Estado – foi o caso da aceitação de funções públicas e da prestação de serviço militar no estrangeiro, bem como da prática de crimes contra a segurança do Estado e o comportamento como estrangeiro. Essas situações deixaram de ser causa de perda da nacionalidade portuguesa.

Por detrás dessa alteração está a idéia de que a nacionalidade constitui um direito do indivíduo de que este não deve ser privado. Essa idéia leva a um certo enfraquecimento do papel do Estado na atribuição da nacionalidade portuguesa e à correlativa importância acrescida que se reconhece à vontade do indivíduo nessa matéria. É essa idéia que explica o papel conferido a essa vontade tanto para a atribuição da nacionalidade (agora, por via do *ius soli*, uma vez que, no caso do *ius sanguinis*, já estava presente) como para a

aquisição derivada, mantendo-se os institutos da naturalização e da oposição à aquisição como os instrumentos de intervenção da vontade do Estado na determinação do vínculo de nacionalidade.

Por outro lado, o direito da nacionalidade acolheu os novos princípios que se tinham afirmado na ordem jurídica portuguesa e que aí tinham obtido mesmo consagração constitucional. A igualdade entre os pais e entre os cônjuges, tal como a não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento tornaram-se parâmetros a respeitar em matéria de aquisição tanto originária como derivada.

Finalmente, a redução do papel do *ius soli*, embora limitada, corresponde à mudança da estrutura do Estado, cujo território se tinha reduzido e no qual parecia anunciar-se uma inversão dos movimentos migratórios.

Resta-nos analisar agora se as tendências dessa nova construção do vínculo da nacionalidade portuguesa se mantêm.

III

13. Em contraste com as raras modificações que tinha sofrido nos períodos precedentes, o direito português da nacionalidade conheceu nova transformação, embora muito mais limitada, treze anos depois, com a Lei nº 25/94, de 19 de agosto de 1994.

Essa intervenção do legislador incidiu na aquisição *jure soli* da nacionalidade, na aquisição decorrente do casamento com um nacional português, na naturalização e na oposição à aquisição, podendo as alterações efectuadas ser reconduzidas a uma lógica unitária.

Assim, e no que se refere aos três primeiros institutos referidos, o legislador ou condicionou o exercício dos direitos neles previstos a um período de residência em Portugal, ou aumentou os prazos de residência anteriormente já previstos²⁴, ou qualificou, em todos os casos, essa residên-

cia, que passa a supor um título válido de autorização de residência.

Além disso, e agora no domínio da oposição à aquisição, precisou-se que o ônus da prova, no que se refere ao fundamento essencial da oposição (a inexistência de uma ligação efectiva à comunidade nacional), não recaia sobre a Administração, mas sobre o interessado que é alvo da oposição.

14. O sentido das modificações operadas no sistema criado em 1981 revela-se, assim, com toda a clareza. Trata-se de diminuir o papel do *ius soli* na aquisição originária, de dificultar a aquisição pelo casamento e a naturalização e de facilitar a oposição à aquisição.

Para atingir esses objectivos, o legislador instituiu ou aumentou os períodos de residência em Portugal dos interessados, exigiu que essa estadia fosse legal e alterou num ponto preciso o ônus da prova.

Relativamente aos prazos, o (de três anos) exigido para a aquisição da nacionalidade portuguesa em virtude do casamento parece remediar uma falha do regime anterior e aparece como um instrumento de combate ao flagelo dos casamentos brancos, cujo único objectivo era o de tornar possível a aquisição da nacionalidade²⁵. Em matéria de atribuição da nacionalidade *iure soli* e de naturalização, o aumento dos períodos de residência tem como finalidade confessa dificultar o acesso à nacionalidade portuguesa, o que se exprime igualmente na qualificação da residência como residência legal, nos três casos, e na alteração das regras sobre o ônus da prova em matéria de oposição à aquisição.

Esse rigor acrescido não parece necessário, pelo menos no domínio da naturalização, dado que a residência em Portugal é apenas uma condição do pedido de naturalização, que não dá de modo nenhum ao interessado o direito a tornar-se português. Torna-se, assim, um pouco excessivo, levando portanto a uma restrição da nacionalidade portuguesa²⁶.

É preciso não esquecer que essa intervenção legislativa teve lugar num momento em que o movimento de imigração conhecia uma nítida aceleração e em que, apesar da progressiva heterogeneidade da população estrangeira residente em Portugal, a corrente imigratória se caracterizava pelo seu rejuvenescimento e pelo seu crescimento exponencial. Se, em 1987, a população estrangeira era, no que se refere à imigração legal, constituída por 89.778 pessoas, passou a 94.694 no ano seguinte²⁷, continuando, a partir daí, sempre a aumentar²⁸. A importância da imigração clandestina levou, por outro lado, o governo a organizar, por duas vezes, processos especiais de regularização²⁹.

Dito isso, se a restrição que realçamos constitui a resposta à pressão da imigração, não se pode dizer que seja inocente no que se refere à caracterização do sistema estabelecido pela Lei nº 37/81. Com efeito, o peso do *ius soli* torna-se bem limitado, o que afecta o equilíbrio entre os dois critérios de atribuição aí consagrado, mas é sobretudo a intervenção do poder público que reaparece em primeiro plano, quando se qualifica a residência, pela exigência da posse de um título válido de autorização de residência, o que coloca o direito da nacionalidade na dependência da política de imigração e enfraquece, de certo modo, a natureza de direito fundamental que tinha sido reconhecida ao vínculo de nacionalidade³⁰.

IV

15. O que acabamos de expor fala por si, se pretendermos tirar conclusões sobre a evolução recente do direito da nacionalidade em Portugal.

Em primeiro lugar, confirma-se o carácter não isolado desse ramo do direito e a sua dependência tanto em relação às opções mais gerais do legislador noutros domínios do sistema jurídico como em relação ao meio em que essas regras produzem os seus efeitos. Assim, os novos princí-

pios constitucionais mudaram a face do velho direito português da nacionalidade, levando-o a seguir o percurso que, pouco antes ou logo a seguir, foi efectuado pelos seus congêneres europeus. A pressão dos movimentos populacionais e as políticas estatais respectivas produziram importantes alterações, quer quebrando a unicidade do vínculo de nacionalidade e reforçando a natureza da nacionalidade como um direito do indivíduo, quer relativizando a seguir essa evolução por meio do peso acrescido reconhecido à intervenção do poder público.

Por outro lado, reconhecer-se-á a convergência do sentido dessa evolução com a vivida nos outros Estados europeus, agora como resposta à pressão da imigração por estes sofrida no período em causa. Uma resposta cujo carácter unitário não é camuflado pelas diferenças que as reformas empreendidas em diversos países apresentam. Com efeito, se a necessidade de integração dos imigrantes levou, nalguns casos, a uma (re)introdução ou a um reforço do *ius soli*¹, essa via não estava em causa em Portugal, já que esse princípio desempenhava plenamente o seu papel na ordem jurídica portuguesa desde o início do período que nos ocupa.

Há que sublinhar, por último, que, apesar de um certo recuo, a evolução se processou no sentido do reforço do vínculo de nacionalidade, o que se torna claro se se comparar a sua substância com a que possuía no início da evolução considerada. Se essa evolução não seguiu, é certo, um sentido único, nem por isso é menos verdade que, apesar da restrição introduzida na seqüência do aumento da pressão imigratória, os passos dados em Portugal nesse domínio foram no sentido de uma concepção do vínculo de nacionalidade mais próxima da que é proposta pela Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Notas

¹ Só nos interessaremos, neste trabalho, pelo quadro geral que enformava a regulamentação da nacio-

nalidade portuguesa. Abstrairemos, portanto, dos preceitos (como os do Decreto-Lei nº 308-A/75, de 24 de junho de 1975) que tiraram as conseqüências no plano da nacionalidade da descolonização e do acesso à independência dos territórios ultramarinos, que se transformaram nos países africanos de língua oficial portuguesa. Sobre esse diploma, v. RAMOS, Moura. Nacionalidade e descolonização: algumas reflexões a propósito do Decreto-Lei nº 308-A/75, de 24 de junho. In: *Revista de Direito e Economia*. v. 2, 1976. p. 121 e ss., e Portugal: nationalité, décolonisation, conséquences. In: *Revue critique de droit international privé*. [s.l. : s.n.], v. 67, 1978. p. 179 e ss.

² A esse propósito, v. sobretudo RAMOS, Moura. A evolução do Direito da Nacionalidade em Portugal. In: *Do Direito Português da Nacionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. i e seguintes.

³ E cujas origens se encontravam nos textos constitucionais aprovados após a revolução liberal em Portugal – as Constituições de 1822 e de 1838 e a Carta Constitucional de 1826 – e, mais cedo ainda, nas Ordenações Filipinas, uma compilação legislativa do princípio do século XVII (1603) publicada no período do domínio espanhol em Portugal, mas cujo carácter vinculativo foi confirmado logo após a Restauração (1640). V. a obra referida na nota anterior.

⁴ Esse primado remontava à Carta Constitucional de 1826, que tinha retomado as soluções da Constituição brasileira de 1824, outorgada pelo mesmo soberano.

⁵ Para os filhos de mãe portuguesa nascidos no estrangeiro, porém, essa possibilidade só existia se se desconhecesse o pai, se este fosse de nacionalidade desconhecida ou incógnito. Além disso, o *ius sanguinis* só intervinha se a filiação tivesse sido estabelecida nos termos da lei portuguesa, e a filiação legítima e a filiação fora do casamento tinham tratamento diferente.

⁶ Desde há muito, na América do Norte (Estados Unidos e Canadá, essencialmente) e do Sul (designadamente no Brasil e na Venezuela) e, mais recentemente (a partir do princípio dos anos sessenta), nos países da Europa Central e Ocidental.

⁷ No termo de uma evolução destinada a libertar, em certa medida, a nacionalidade da mulher da do marido, autorizava-se esta a não se tomar portuguesa, se manifestasse essa vontade antes do casamento, podendo desse modo conservar a nacionalidade originária.

⁸ Mesmo a aquisição originária.

⁹ Essas condições eram, no domínio da atribuição da nacionalidade, a prática, em benefício de um Estado estrangeiro, de actos contrários à segurança externa do Estado português e de crimes puníveis com pena maior segundo a lei portuguesa, o exercício de funções públicas ou a prestação de serviço militar num Estado estrangeiro, ou ainda o facto de ter mais de duas gerações de ascendentes imediatos nascidos no estrangeiro e de não poder provar um conhecimento suficiente da língua portuguesa. O governo podia, ainda, opor-se à aquisição ou reaquisição da nacionalidade nas

três situações referidas em primeiro lugar e igualmente à aquisição pelo casamento, se a mulher estrangeira tivesse sido expulsa do país antes do casamento e, em caso de declaração feita durante a menoridade pelo representante legal do menor, se o interessado manifestasse expressamente, depois de atingir a maioridade, a sua vontade de optar pela nacionalidade estrangeira.

¹⁰ Desde que não tivesse sido deduzida com sucesso oposição à requisição.

¹¹ O que explica o modo como o *ius sanguinis* era consagrado pelo sistema.

¹² Para uma leitura crítica dessas disposições legais que consagram uma discriminação com base no sexo, cfr. PIZARRO BELEZA, Teresa. *Mulheres: direito, crime ou a perplexidade de cassandra*. Lisboa: [s.n.], 1990. p. 141 e ss.

¹³ Tendo até Portugal assinado (mesmo se não a ratificou) a Convenção do Conselho da Europa de 6 de março de 1963 sobre a redução dos casos de plurinacionalidade.

¹⁴ Para uma análise mais aprofundada desse texto legal, RAMOS, Moura, op.cit., p.65.

¹⁵ Tal como a persistência da emigração. Deve observar-se, porém, que esse fenômeno, que se tinha desenvolvido largamente até ao final da década de setenta, diminuiu sensivelmente entre 1971 e 1980. V., nesse sentido, ESTEVES, Maria do Céu (org.). *Portugal: país de emigração*. Lisboa: Instituto de Estudos para o Desenvolvimento, 1991. p. 8.

¹⁶ Deve, igualmente, ter-se presente que a imigração, praticamente inexistente até 1960, tinha aumentado de 313% nos decênios de sessenta e setenta, enquanto a população portuguesa aumentava cerca de 12%. V. o estudo referido na nota anterior, p. 8.

¹⁷ Agora, pai ou mãe.

¹⁸ V. *supra*, nº 7.

¹⁹ V. *supra*, nº 3, e este mesmo número, mais acima.

²⁰ Essa declaração só é dispensada em caso de adopção plena; o adoptado plenamente por um nacional português adquire *ex lege* a nacionalidade portuguesa.

²¹ Como acontecia no direito anterior (v. *supra*, nº 4), essa aquisição da nacionalidade portuguesa podia ser posta em causa, pela via da oposição à aquisição, mas as situações em que essa oposição pode ter lugar também foram limitadas (v. *supra*, nota 9). Só se refere, a esse propósito, a inexistência manifesta de qualquer ligação efectiva à comunidade nacional, a prática de crime punível com pena maior segundo a lei portuguesa e o exercício de funções públicas ou a prestação de um serviço militar não obrigatório num Estado estrangeiro.

²² O que não exclui que essa condição possa, em certos casos, ser dispensada.

²³ V. recentemente a mudança de posição nesse sentido da Convenção Europeia sobre a Nacionalidade, aberta à assinatura em 6 de novembro de 1997.

²⁴ É agora necessário um período de residência de 10 anos, do pai ou mãe estrangeiro, para poder ser atribuída ao filho, nascido em Portugal, a nacionalidade portuguesa, após uma manifestação de vontade nesse sentido, e, da parte do interessado, em matéria de naturalização, salvo se as pessoas em causa forem nacionais de um país de língua oficial portuguesa, relativamente às quais basta um período de seis anos.

²⁵ Sobre o problema dos casamentos de conveniência e o carácter insatisfatório de outros meios de lhe fazer face, v. FOURRNET, François. L'article 190-1 du code civil et les mariages naturalisants: un exemple de disposition législative inutile. In: *Journal de Droit International*. [s.l.: s.n.], n. 125, 1998. p. 945 e ss.

²⁶ Para utilizar a fórmula de Paul Lagarde em relação à lei (francesa) de 22 de julho de 1993 (v. «La nationalité française rétrécie» in *Revue critique de droit international privé*, vol. 82 (1993), pp. 535 e seguintes).

²⁷ Relativamente a esse ano, no entanto, a população imigrada clandestina era calculada em cerca de 60 000. V. a obra citada *supra*, na nota 15, p. 29.

²⁸ Atingindo, em 1989, 101.011 pessoas, 107.767 em 1990, 113.978 em 1991, 123.612 em 1992, 136.932 em 1993, 157.073 em 1994, 169.316 em 1995, 172.912 em 1996 e 175.263 em 1997.

²⁹ Em 1992 (Decreto-Lei nº 212/92, de 12 de outubro) e 1996 (Lei nº 17/96, de 24 de Maio).

³⁰ Enfraquecimento esse que é igualmente confirmado pelo novo regime de oposição à aquisição.

³¹ V., em relação à França, a lei 98-170, de 16 de março de 1998. Relativamente ao sentido e alcance dessa iniciativa legislativa, v. LAGARDE, Paul. La loi du 16 mars 1998 sur la nationalité: une réforme incertaine. In: *Revue Critique de Droit International Privé*. [s.l.: s.n.], n. 87, 1998. p. 379 e ss., FULCHIRON, Hugues. Rétablissement du droit du sol et réforme du droit de la nationalité: Commentaire de la loi nº 98-170 du 16 mars 1998. In: *Journal de Droit International*. [s.l.: s.n.], n. 125, 1998. p. 343 e ss. e COURBE, Patrick. Réflexions sur la réforme du droit de la nationalité par la loi du 16 mars 1998. In: *Mélanges Raymond Goy. Du droit interne au droit international. Le facteur religieux et l'eugénisme des droits de l'homme*. [s.l.]: Publications de l'Université de Rouen, 1998. p. 53 e ss.

O princípio da unidade da Constituição

Gilberto Bercovici

Um dos principais pontos da discussão sobre a hermenêutica constitucional é a questão dos princípios constitucionais. Entre esses princípios vamos destacar o da unidade da Constituição, fundamental para a interpretação das normas constitucionais enquanto partes de um todo unitário e coerente que é o texto constitucional.

Os princípios gerais do direito assumem, enquanto tema pertencente à Teoria Geral do Direito, um caráter de extrema importância, por serem básicos para uma compreensão do Direito enquanto nível da realidade social. Para que o Direito (um Direito específico e determinado de cada sociedade)¹ possua uma unidade e coerência, torna-se necessária a existência de princípios que façam ligação entre lacunas e que expressem, justamente, o caráter sócio-cultural de um determinado ordenamento jurídico.

O estudo dos princípios pode ser viabilizado desde várias perspectivas e enfoques tais como: enquanto norma, enquanto elemento de um ordenamento ou como fator motivador ou justificador de decisão. Nesse sentido, os princípios são formulados numa dimensão ético-valorativa de idéia que fundamenta os postulados de “justiça” inerentes ao ser humano, ou mesmo com a identificação dos princípios como expressão de elementos de verdades

Gilberto Bercovici é Doutorando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

jurídicas universais, explicitando um caráter jusnaturalista².

Para Eros Grau, a positivação dos princípios gerais do Direito é consequência do seu descobrimento no interior do Direito positivo, não do seu “resgate” no Direito natural. Os princípios não se colocam além ou acima do Direito ou do Direito positivo, pois fazem parte do ordenamento jurídico. O fato de os princípios serem “descobertos” não significa que foram resgatados numa ordem suprapositiva ou no Direito natural, mas que estavam inseridos no ordenamento, embora não expressamente enunciados na Constituição ou outro texto positivado³.

De acordo com Paulo Bonavides⁴, teóricos do Direito como Ronald Dworkin e Robert Alexy buscam romper com limites tão rígidos para a compreensão do Direito. No caso de Dworkin e Alexy, os princípios aparecem dotados de normatividade justamente para buscar uma maior capacidade de solucionar demandas complexas nem sempre previstas esquemática e especificamente em regras jurídicas, bem como, por outro lado, a influência do advento de grandes movimentos constituintes deste século.

Os princípios, assim, são ordenações que se irradiam e coordenam os sistemas de normas. Apesar de serem base das normas jurídicas, os princípios podem estar positivados em um texto normativo, consubstanciando as chamadas normas-princípio, constituindo, assim, elementos fundamentais da organização constitucional. A constitucionalização dos princípios tem um importante significado jurídico. Os princípios assumem força normativo-constitucional, superando definitivamente a idéia de Constituição como mero “instrumento de governo” (Constituição-garantia), prevalecendo a adoção da Constituição dirigente, isto é, determinadora de fins e tarefas do Estado⁵.

Os princípios político-constitucionais integram o Direito Constitucional positi-

vo, explicitando as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte. Consubstanciam a ideologia inspiradora da Constituição. Esses princípios traduzem decisões políticas fundamentais, concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo. Eles são normas-princípio, isto é, normas de que derivam as normas particulares. Os princípios fundamentais são diretamente aplicáveis, funcionando como critério fundamental de interpretação e de integração, dando unidade e coerência a todo o sistema constitucional⁶. Assim, os princípios político-constitucionais visam essencialmente definir e caracterizar o Estado e enumerar suas principais opções e objetivos político-constitucionais. Os artigos que fazem parte dessa divisão podem ser considerados como matriz dos restantes dispositivos constitucionais, formando, nos dizeres de José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, “o cerne da Constituição”⁷.

Dessa maneira, os princípios constitucionais configuram o núcleo irreduzível da Constituição, que não pode ter suas normas interpretadas isoladamente, como se fossem artigos colocados juntos ao acaso. Afinal, conforme vimos acima, o texto constitucional é fundado em determinadas idéias positivadas em princípios que lhe garantem harmonia e coerência⁸.

A Constituição é o texto jurídico que estabelece a estrutura e a conformação do Estado e da sociedade. Não pode, portanto, ter suas normas compreendidas pontualmente, a partir de um problema isolado⁹. Uma norma constitucional isolada não pode expressar significado normativo se está destacada do sistema. Dessa forma, não há interpretação de textos isolados, e sim de todo o ordenamento constitucional¹⁰.

Esse é o princípio da unidade da Constituição, consagrado nas seguintes decisões do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha:

“Una disposición constitucional no puede ser considerada de forma aisla-

da ni puede ser interpretada exclusivamente a partir de sí misma. Está en conexión de sentido con los demás preceptos de la constitución, la cual representa una unidad interna"¹¹.

*"El principio más importante de interpretación es la unidad de la constitución en cuanto unidad de un conjunto con sentido teleológico-lógico, ya que la esencia de la constitución consiste en ser un orden unitario de la vida política y social de la comunidad estatal"*¹².

Resume Eros Grau o referido princípio da unidade da Constituição:

*"Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços"*¹³.

As normas constitucionais não estão justapostas. A Constituição está fundamentada em uma determinada concepção que intenta conformar a vida da sociedade e do Estado. As normas constitucionais são fruto da vontade unitária do Poder Constituinte, sendo geradas simultaneamente. Não podem, portanto, estar em conflito. Da mesma maneira, não há e nem pode haver hierarquia entre normas constitucionais¹⁴.

A relação de interdependência existente entre as diversas normas constitucionais determina que o intérprete nunca possa examinar uma norma constitucional de maneira isolada, mas sempre dentro do seu conjunto¹⁵.

No mesmo sentido, ensina Canotilho:

"O princípio da unidade da constituição ganha relevo autónomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como 'ponto de orientação', 'guia de discussão' e 'factor hermenêutico de decisão', o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas

*constitucionais a concretizar. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios"*¹⁶.

O objetivo primordial do princípio da unidade da Constituição é o de evitar ou equilibrar discrepâncias ou contradições que possam surgir da aplicação das normas constitucionais¹⁷. A interpretação constitucional, ao ser balizada pelo princípio da unidade da Constituição, tem por fundamento a consideração de que todas as antinomias eventualmente determinadas serão sempre aparentes e solucionáveis, tendo em vista a busca do equilíbrio entre as diversas normas constitucionais¹⁸.

As normas constitucionais em tensão têm de ser harmonizadas, equilibradas. A busca do equilíbrio dentro do sistema constitucional tem por objetivo primordial que todos os seus preceitos obtenham efetividade¹⁹. A busca por esse equilíbrio é denominada otimização por Konrad Hesse. Para esse autor, a otimização (que deve ser estabelecida de forma que todas as normas constitucionais alcancem a efetividade) é obtida ao conciliarmos o princípio da unidade da Constituição com o princípio da proporcionalidade²⁰. Na medida em que a otimização produz um equilíbrio, ao mesmo tempo impõe limites a uma determinada norma constitucional, sem negar por completo sua eficácia. Esse equilíbrio dá-se mediante a ponderação de valores pelo intérprete, realizada caso a caso, sem que nunca possa ser realizada em uma única direção pré-determinada²¹.

Apesar das reformas constitucionais ocorridas a partir de 1995²², o princípio da unidade da Constituição assegura a "interpretação dinâmica" da Constituição de 1988 como um todo, nas palavras de Eros Grau, tendo em vista a instrumentalização das mudanças da realidade inseridas no texto constitucional²³. Afinal, não foram

modificados os princípios fundamentais da Constituição, consagrados nos seus artigos 1º e 3º. São esses os princípios constitucionais que constituem o “cerne da Constituição” e que devem servir de diretriz, por meio do princípio da unidade da Constituição, para a interpretação coerente das normas da Constituição de 1988 sem isolá-las do seu sistema e contexto.

No nosso sistema constitucional, a definição dos fins do Estado não pode nem deve derivar da vontade política do governo. Os fins políticos supremos e as tarefas da República encontram-se normatizados na Constituição. Essa definição programático-constitucional dos fins e tarefas do Estado não elimina o poder do governo, nem impede a renovação da direção política e a confrontação partidária. Cabe ao governo selecionar e especificar sua atuação a partir dos fins constitucionais, indicando os meios ou instrumentos adequados para a sua realização²⁴, não mudá-los de acordo com as conveniências políticas de conjuntura.

A Constituição deve sempre ser entendida e interpretada em sua unidade, tendo em vista que todas as suas normas estão em mútua interação e dependência. Nas palavras de Konrad Hesse:

“Sin embargo, sus elementos se hallan en una situación de mutua interacción y dependencia, y sólo el juego global de todos produce el conjunto de la conformación concreta de la Comunidad por parte de la Constitución. Ello no significa que este juego global se halle libre de tensiones y contradicciones, pero sí que la Constitución sólo puede ser comprendida e interpretada correctamente cuando se la entiende, en este sentido, como unidad, y que el Derecho Constitucional se halla orientado en mucha mayor medida hacia la coordinación que no hacia el deslinde y el acotamiento”²⁵.

A compreensão da Constituição só tem sentido quando referida a uma situação

constitucional concreta, historicamente existente num determinado país. A opção escolhida pelo constituinte brasileiro é muito clara a favor da implementação de um Estado Democrático e Social, com fundamento na dignidade da pessoa humana²⁶ e na superação das desigualdades regionais e sociais. Não pode ser outra a interpretação dada à Constituição de 1988.

Notas

¹ Vide GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica*. 2. ed. São Paulo : RT, 1991. p. 20-21.

² Acerca de um estudo mais detalhado dos princípios desde um enfoque histórico, vide BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo : Malheiros, 1998. p. 228-266. No sentido dos princípios gerais do Direito como oriundos de pressupostos jusnaturalistas, vide DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1995. p. 59-62 e 85-87.

³ GRAU, *op. cit.*, p. 107 e 122-132. No mesmo sentido de considerar os princípios enquanto norma, vide BONAVIDES, *op. cit.*, p. 243-247.

⁴ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 237 e ss.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. reimp. Coimbra : Coimbra Ed., 1994. p. 277-279 e *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra : Almedina, 1993. p. 166-168; CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra : Coimbra Ed., 1991. p. 71-73 e SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo : Malheiros, 1993. p. 84-85.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente cit.*, p. 283-284 e *Direito Constitucional cit.*, p. 172-173; SILVA, *op. cit.*, p. 85-88 e BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 141-150.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital, *op. cit.*, p. 71. Vide também BONAVIDES, *op. cit.*, p. 257-259.

⁸ BARROSO, *op. cit.*, p. 181-2.

⁹ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 49-50.

¹⁰ GRAU, *op. cit.*, p. 180-182 e 216.

¹¹ BVerfGE 1, 14 (32) *apud* STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1987. p. 291.

¹² BverfGE 19, 206 (220), *apud Idem*, p. 291-292.

¹³ GRAU, *op. cit.*, p. 181.

¹⁴ STERN, *op. cit.*, p. 292-293; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional cit.*, p. 191-192 e BARROSO, *op. cit.*, p. 183 e 187.

¹⁵ HESSE, *op. cit.*, p. 45; STERN, *op. cit.*, p. 291 e CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional cit.*, p. 226-227.

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional cit.*, p. 226-227, grifos nossos.

¹⁷ HESSE, *op. cit.*, p. 45; STERN, *op. cit.*, p. 292-293; GRAU, Eros Roberto. *op. cit.*, p. 214 e BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p. 183.

¹⁸ GRAU, *op. cit.*, p. 115-116 e BARROSO, *op. cit.*, p. 196.

¹⁹ BARROSO, *op. cit.*, p. 185-186.

²⁰ HESSE, *op. cit.*, p. 46. Não analisaremos aqui, por fugir do escopo deste trabalho, o princípio da proporcionalidade e suas implicações na hermenêutica constitucional. Recomendamos a leitura de HESSE, *op. cit.*, p. 45-46 e de BONAVIDES, *op. cit.*, p. 356-397.

²¹ HESSE, *op. cit.*, p. 46; STERN, *op. cit.*, p. 293-295; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional cit.*, p. 190-191 e GRAU, *op. cit.*, p. 110-116. Klaus Stern é enfático ao dizer que a ponderação de valores nunca pode ser realizada em uma única direção pré-determinada. Para tanto, ele derruba a pretensão de alguns teóricos alemães e americanos de tornar o princípio *in dubio pro libertate* como diretriz primordial nas ponderações de valores. Stern ressalta a necessidade da ponderação ser decidida da forma mais conveniente caso a caso. Cf. STERN, *op. cit.*, p. 294-295.

²² O processo de reformas constitucionais levado a cabo no(s) governo(s) do Presidente Fernando Henrique Cardoso nos leva a refletir sobre a surpreendente atualidade das seguintes palavras de Lassalle:

“Una cámara que se resignase a ver pisoteados sus acuerdos constitucionales, que siguiese deliberando y colaborando com el gobierno como si nada hubiera ocurrido, que siguiese desempeñando tranquilamente el papel que le repartieron en la comedia del pseudoconstitucionalismo, se convertiría en el peor cómplice del gobierno, pues de este modo le permitiría seguir aplastando, bajo la perdurable apariencia de guardar las normas de la Constitución, los derechos constitucionales del pueblo. LA CÁMARA QUE ASÍ PROCEDIESE SERÍA MÁS RESPONSABLE Y MERECE RÍA MAYOR CASTIGO QUE EL GOBIERNO. PUES NO ES MI ENEMIGO QUIEN MAYOR CASTIGO MERECE,

SINO QUIEN, LLAMÁNDOSE MI REPRESENTANTE Y TENIENDO POR MISIÓN DEFENDER MIS DERECHOS, LOS VENDE Y LOS TRAICIONA”.

In: LASSALLE, Ferdinand. *Qué es una Constitución?*, 4. ed. Barcelona : Ariel, 1994. p. 164, grifos nossos.

²³ GRAU, *op. cit.*, p. 322.

²⁴ HESSE, *op. cit.*, p. 20 e CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente cit.*, p. 462-471.

²⁵ HESSE, *op. cit.*, p. 17.

²⁶ Sobre o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, vide o excelente trabalho de SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : Renovar, n. 212, abr./jun. 1998. p. 89-94.

Bibliografia

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo : Saraiva, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo : Malheiros, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. reimp. Coimbra : Coimbra Ed., 1994.
- _____. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra : Livraria Almedina, 1993.
- _____. MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra : Coimbra Ed., 1991.
- DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1995.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo : RT, 1991.
- HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- LASSALLE, Ferdinand. *Qué es una Constitución?* 4. ed. Barcelona : Ariel, 1994.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo : Malheiros, 1993.
- _____. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : Renovar, n. 212, abr./jun. 1998. p. 89-94.
- STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

A hermenêutica jurídica de Gadamer

Ana Maria D'Ávila Lopes

Sumário

1. Evolução histórica do conceito de ciência jurídica. 2. A teoria hermenêutica de Gadamer. 3. A hermenêutica jurídica de Gadamer. 4. O papel do juiz segundo a hermenêutica de Gadamer.

A sujeição do juiz à lei já não é, como no velho paradigma positivista, sujeição à letra da lei, seja qual for o seu significado, senão sujeição à lei enquanto válida. A validade, por outro lado, já não é um dogma ligado à simples existência formal da lei, senão uma qualidade contingente ligada à coerência de seus significados, coerência mais ou menos discutível e sempre remetida à valorização do juiz. Dessa maneira, a aplicação da lei é um juízo sobre ela, tarefa que corresponde ao juiz junto com a responsabilidade de escolher o único significado válido para o caso. O juiz nunca deve ter uma opção acrítica e incondicionada¹.

Nesse sentido, a importância do estudo da teoria hermenêutica jurídica de Gadamer é fundamental para a análise da nova visão do Direito contemporâneo, pois, como ele afirmou, a hermenêutica jurídica permitirá uma aplicação mais justa do Direito, *“afinando la sensibilidad jurídica que ha guiado la interpretación”*².

Hans-Georg Gadamer publicou sua grande obra *“Verdade e Método”* em 1960, livro que reflete, em certo modo, a influência recebida de seu mestre Heidegger, pois

Ana Maria D'Ávila Lopes é Mestre em Direito Constitucional pela UFMG, Doutora em Direito Constitucional pela UFMG e Professora de Direito Constitucional na UPF- RS.

desenvolveu “um interesse filosófico pelo diálogo com a tradição, com as línguas e as culturas distantes, e refletiu sobre as condições históricas e filosóficas da compreensão e da interpretação”³.

Em “Verdade e Método”, Gadamer expõe uma nova teoria da experiência hermenêutica que vá além da tradicional concepção que a equipara a uma metodologia científica. No prólogo à segunda edição do livro, refere que: “*no era mi intención componer una ‘preceptiva’ del comprender como intentaba la vieja hermenéutica. No pretendia desarrollar un sistema de reglas para describir o incluso guiar el procedimiento metodológico de las ciencias del espíritu*”⁴. Sua verdadeira pretensão era filosófica: “*no está en cuestión lo que hacemos ni lo que debiéramos hacer, sino lo que ocurre con nosotros por encima de nuestro querer y hacer*”⁵. A hermenêutica deixa de ser um método para tornar-se uma ontologia, o modo de “ser do homem”, o modo de “compreender”, de “conhecer”, desvalorizando, dessa maneira, a teoria positivista, derivada da rígida posição objetivista e absolutista da Ilustração, que eleva a razão a um *status* de inquestionabilidade e inatingibilidade. Para Gadamer, entender e compreender um texto é um modo de contribuir à cultura da humanidade e até mesmo à autocompreensão do próprio indivíduo.

A teoria da hermenêutica jurídica é estudada por Gadamer porque apresenta um modelo de aplicação ideal para qualquer ciência do espírito, “*cuando el juez se sabe legitimado para realizar la complementación del derecho dentro de la función judicial y frente al sentido original de un texto legal, lo que hace es lo que de todos modos tiene lugar en cualquier forma de comprensión*”⁶. Ainda que sua real intenção não fosse desenvolver uma hermenêutica jurídica, no seu livro, encontramos várias referências a ela e ao fundamental papel do juiz na aplicação do Direito, referências que analisaremos.

1. Evolução histórica do conceito de ciência jurídica

Antonio de Osuna, no seu livro sobre a Hermenêutica Jurídica⁷, faz uma interessante análise da evolução do problema gnoseológico e epistemológico do Direito. A transformação da ciência ocidental durante os séculos XVII e XVIII em uma ciência racionalista, metodológica e sistemática repercutiu no Direito, que até então tinha-se limitado a ser uma ciência cujo conteúdo era o estudo filológico e gramatical de textos antigos, para transformar-se em uma construção racional e abstrata, com pretensões de rigidez matemática, provocando o surgimento, no final do século XVIII e começos do XIX, de um movimento codificador que pretendeu converter o vigente Direito sistemático e racional em uma estrutura universal e de permanente valor conceptual.

Nesse sentido, surge, por um lado, a “Escola da Exegese”, na França, que tinha como objetivo introduzir uma ordem e um método no movimento codificador da época e dar continuidade às condições surgidas na revolução, que indubitavelmente favoreciam à burguesia; e, por outro lado, a “Escola Histórica de Direito”, na Alemanha, onde não existia uma burguesia interessada em reter o poder e manter as condições sociais, senão que, pelo contrário, pretendia questionar e reformar os pressupostos de um Direito despótico, baseado num excessivo formalismo e racionalismo.

Foi esta última visão do Direito a que trouxe novas reflexões e indagações a respeito da sua cientificidade e sobre uma possível relação com a realidade cultural e filosófica na qual se desenvolvia.

Seguindo essa linha de pensamento, a Escola Histórica fundou sua nova concepção de ciência jurídica. Não existe nenhum fato isolado nem autônomo, mas é a história o vínculo orgânico no qual se relacionam todas as coisas. Savigny, o

principal representante dessa corrente, afirmava que compreender o presente é igual a desenvolver as possibilidades do passado. A criação do Direito segue uma linha contínua de progresso e evolução, sendo um erro definir o Direito como absoluto e válido para sempre, como assim era entendido pelo antigo Direito natural. O processo histórico do Direito segue o caminho da construção da história do povo em que se desenvolve. Dessa maneira, a ciência jurídica é uma importante fonte de progresso, mas, antes, é preciso captar o seu “sentido”, para o qual era necessário, em primeiro lugar, reproduzir em nós a “idéia original” da norma e, em segundo lugar, considerar os fatos históricos e o sistema em que a norma está inserida.

Foi, contudo, na escolha dessa metodologia para a análise da ciência jurídica que essa Escola cometeu um grave erro, pois se dedicou simplesmente a investigar historicamente o Direito e não, como deveria ter sido correto, utilizar sua história para compreendê-lo na atualidade. O erro foi reduzir o seu objeto a uma investigação “arqueológica” do passado, tornando numa dogmática formalista e conceptualista, afastada do seu contexto atual. O espírito do povo desaparecia como interlocutor da criação do Direito, para dar lugar a evocações retóricas e românticas da história. A finalidade da interpretação era reconstruir o pensamento contido na lei, deixando de lado qualquer fundamentação epistemológica da percepção histórica do passado em relação ao Direito atual ou a forma de aceder à sua essência, tema que seria o propriamente científico no Direito.

A rejeição ao Direito natural racionalista e abstrato obrigou Savigny, influenciado seguramente pelo idealismo alemão, a propor um conhecimento intuitivo da história do Direito, privando-o do rigor e da universalidade da razão, pois, embora a intuição fosse capaz de gerar uma

convicção firme, não era o suficientemente válida para fundar uma legislação universal e, muito menos, para impor uma visão em particular.

O tema central do problema, a justificação do Direito vigente por meio da história, ficou sem ser esclarecido, assim também a forma como deveria ser a interpretação dessa história para obter uma ciência correta do Direito.

Por último, a definição do Direito como uma ciência dogmática e histórica originou uma discussão que repercutiu em todo o âmbito científico. Se por um lado determinava-se que o Direito era uma ciência dogmática, formalista e racionalista, pelo outro, e em sentido oposto, proclamava-se a sua natureza orgânica e vital, relacionada com a evolução histórica, criando uma aparente contradição. Finalmente, que tipo de ciência era a ciência jurídica?

No fim do século XIX, Dilthey desenvolveu uma nova teoria sobre as ciências que não podiam experimentar-se ou observar-se empiricamente (como no caso da história, da ética, da lingüística, da ciência jurídica, entre outras), cujo objeto era a realidade histórico-social da vida humana. Dilthey chamou-as ciências de “ciências do espírito” em contraposição às físico-naturais. Assim, também, introduziu um novo termo para o conceito de entender, o “compreender”, para designar o conhecimento próprio daquelas ciências do espírito; enquanto, para as ciências dos fenômenos sensíveis da natureza, utilizou o termo “explicar”, “*explicamos a naturaleza, pero comprendemos (verstehen) la vida del espíritu*”⁸. Compreender seria a captação do profundo e, nesse sentido, a hermenêutica deixava de ser simplesmente explicativa para ser a compreensão da realidade.

Por outro lado, a distinção feita por Dilthey colocava a ciência jurídica sob o paradigma próprio das “ciências do espírito”, desde que, no Direito, “*subsiste sin confusión lo histórico-vital y lo organizativo social*”⁹. Assim, o Direito estaria

referido a sistemas de cultura e à organização da sociedade, em que o axiológico não poderia ser descartado.

Desenvolvendo esta última idéia, e sob a influência de Rickert e Lask, Radbruch definiu a ciência jurídica como a formalização dos valores existentes no Direito, e não apenas como o estudo formal dos valores jurídicos, provocando o fim do domínio da concepção positivista que deixava de lado qualquer conteúdo ético ou social. A ciência jurídica era interpretada como um fenômeno cultural e como a ciência dos valores que dirigiam sua criação, em contraste com a anterior concepção dogmática do Direito.

Já no começo deste século, desenvolveram-se teorias neopositivistas da ciência jurídica, as que, retomando o positivismo do século XIX, questionaram o caráter axiológico, não-positivista, da ciência jurídica ou de qualquer outra ciência. A única base correta de todo conhecimento seria a experiência dos dados sensíveis, e não proposições tautológicas ou metafísicas; dessa maneira, o único no qual, por exemplo, a filosofia poderia “ajudar” seria na análise lógica-lingüística das proposições, por meio da lógica formal, isto é, a análise da linguagem “formalmente correta”. Kelsen¹⁰ foi o mais importante representante dessa corrente, colocando o Direito num lugar privilegiado diante das outras ciências morais. Assim, também, diferenciou as ciências naturais, regidas pelo princípio de causalidade, das normativas, regidas por uma imputação do “dever ser”, mas deixou claro que a condição de ciência decorria da sua “positividade”, ou seja, de não admitir outro conteúdo material que não fosse o empiricamente comprovável. A ciência jurídica deve limitar-se a explicar empiricamente o Direito como é, sem tentar justificá-lo ou criticá-lo.

O positivismo construiu um novo conceito de ciência com a intenção de ser o verdadeiro e definitivo, substituindo a

filosofia em todos os seus aspectos. Essa “nova” ciência, chamada Dogmática Jurídica, caracterizou-se por definir os seus princípios desde uma realidade “positiva” do Direito e dos fenômenos jurídicos, enunciando leis válidas para a interpretação, aplicação e complementação do Direito, entendendo este como um sistema. Os seus princípios seriam dogmas ou verdades axiológicas com a estabilidade e rigidez das leis naturais, sem ter que fundar-se em outro saber superior, rejeitando qualquer outra consideração teórica ou filosófica do Direito. Tratava-se de um positivismo formalista e conceptualista em oposição ao anterior positivismo filosófico.

A insuficiência desta ciência, a Dogmática Jurídica, era clara. Construir uma ciência sem fundamentos teórico-filosóficos é o mesmo que criar uma *praxis* sem teoria que a sustente. Precisa-se justificar o conteúdo e a aplicação das leis. A interpretação do Direito não pode limitar-se a critérios formalistas ou prescindir dos condicionamentos sociais, culturais ou éticos em que se desenvolve¹¹.

A interpretação da lei, ou a busca do seu “sentido”, como diria Savigny, não pode ser um problema metodológico ou de simples técnica jurídica. É um problema filosófico, pois a interpretação tem muito que ver com a historicidade e a faticidade de qualquer conhecimento, teoria que amplamente demonstrará Gadamer.

2. A teoria hermenêutica de Gadamer

Em “Verdade e Método”, Gadamer, acompanhando os ensinamentos de seu mestre Heidegger, que definia a compreensão como forma de definição do “ser” (o chamado “giro hermenêutico”), vai expor uma teoria a respeito da natureza ontológica da experiência humana identificando-a com a compreensão, “*comprender e interpretar textos no es sólo una instancia científica, sino que pertenece con*

toda evidencia a la experiencia humana del mundo”¹². Ainda mais, Gadamer irá além desses ensinamentos e afirmará a pertença do intérprete à compreensão histórica. No compreender histórico, há uma auto-revelação do próprio existir no mundo e um “como” revelar-se à própria identidade temporal e finita. O existir é um compreender e um interpretar¹³.

Com Gadamer, a hermenêutica se transformará de simples técnica de compreensão das ciências do espírito (segundo Dilthey) em uma ontologia do intérprete e de seus condicionamentos existenciais. A compreensão, a interpretação e a aplicação, que eram três momentos diferentes segundo a antiga hermenêutica, sob a teoria de Gadamer adquiriram caráter indivisível¹⁴.

Outra diferença importante entre a antiga hermenêutica e a nova é que aquela considerava a interpretação dos fenômenos históricos um verdadeiro problema devido à “distância temporal” que existia entre o passado e sua compreensão atual, sem entender que é justamente essa “historicidade” o que nos permite compreendê-los melhor¹⁵. Mas não devemos confundir essas idéias com as da Escola Histórica, pois Gadamer teve especial cuidado no momento de acolher alguns dos pontos mais importantes dessa corrente e descartar outros; lembre-se que a Escola Histórica não conseguiu liberar-se dos ideais da Ilustração, segundo os quais a razão era a explicação de toda realidade e que não estava sujeita a nenhum pressuposto real. Assim, se num primeiro momento esse historicismo pareceu contrariar os ideais da razão absoluta, acabou sendo “prisioneiro” de seus dogmas, transformando a crítica histórica em critério supremo de verdade e assumindo o princípio do absoluto objetivismo histórico que afasta qualquer preconceito decorrente da tradição ou do costume. A teoria hermenêutica de Gadamer critica essa posição e argumenta que a razão não

é absoluta (aliás, não existe nada absoluto), senão que só existe como real e histórica, pois está referida ao contexto no qual se exerce.

O novo conceito do compreender repercutirá na dinâmica do conhecimento sujeito-objeto, entendidos até então como pólos opostos. O dualismo sujeito-objeto transformar-se-á em uma nova fenomenologia do “estar ali”, concentrando-se numa só referência histórica. Nesse sentido, Gadamer rejeita a pretensão de “se colocar no lugar de outro” para compreender algo, pois o existir está sempre mediatizado pelo tempo e pelos condicionamentos próprios de cada um. Eu só posso compreender desde meu tempo e desde minha condição singular. Se eu estivesse no lugar do outro, já não seria minha compreensão enquanto acontecer histórico distinto¹⁶.

Assim, o espaço que separa as pessoas será preenchido pela compreensão. É o que se chama de “fusão de horizontes”, sendo que horizonte é o âmbito de visão existente desde um ponto determinado da história, ou seja, o resultado dialético do contraste do passado como o presente. Tal horizonte, na medida em que desenvolvemos nossos pessoais preconceitos e geramos novos espaços de compreensão, nunca se esgota, nem se estabiliza, pois evolui sem fim. Dessa maneira, a compreensão que se realiza mediante o diálogo hermenêutico implica fundir o meu horizonte histórico com o do outro, ganhando um novo; isto é, não só conhecer o horizonte do pensamento do outro, senão inter-relacionar os horizontes próprios e os alheios para dar origem a uma nova expressão dos fatos.

Esse diálogo hermenêutico, por outro lado, realiza-se dentro da própria consciência da “história efetual”, ou seja, dentro da constituição objetiva da cadeia de interpretações feitas sobre o mesmo texto. A consciência da historicidade do texto que o intérprete tem forma parte, por sua vez, da história efetual do próprio texto, porque toda compreensão é histórica

e todo entender se incorpora ao processo histórico, independentemente da vontade do intérprete. A história efetual opera, conscientemente ou não, em toda compreensão, condicionando e controlando a fusão de horizontes¹⁷.

A efetualidade do texto é uma mediação necessária entre o intérprete e o histórico como histórico. Talvez o principal erro da Escola Histórica tenha sido precisamente não perceber a própria historicidade da compreensão. Aquela pretensão de resgatar o sentido original do texto ou a intenção do autor, além de impossível, era totalmente imprática.

O Historicismo pensou que a distância no tempo era uma barreira que impossibilitava a compreensão e que só poderia ser superada com a ajuda de metodologias adequadas que permitissem a transferência do intérprete ao passado. Mas Gadamer demonstrou que, pelo contrário, essa distância no tempo era precisamente fator que permitia a compreensão. O tempo não é um obstáculo para compreender o passado senão o autêntico âmbito em que se realiza. Só quando as coisas se captam com perspectiva e distância é que podem adquirir o seu verdadeiro sentido, entanto o juízo imediato dos fatos muitas vezes é deformado pela proximidade¹⁸. Cada nova leitura de um texto é uma leitura diferente, pois cada época o entenderá segundo o seu próprio interesse objetivo e suas circunstâncias. Dessa maneira, a interpretação de um texto superará sempre a seu autor, *“por eso la comprensión no es nunca um comportamiento reproductivo, sino que es a su vez siempre productivo”*¹⁹.

Para a compreensão de um texto, então, será necessário estar “aberto” à opinião do autor, pois o texto expressará sua opinião, a que, embora não coincida com a minha, deverá ser “escutada” se se quer acrescentar algo à própria compreensão.

É um processo que se caracteriza por sua circularidade, pois tem o seu começo na pré-

compreensão que o intérprete tem do texto, enquanto depois aquela retorna já modificada. Isso é o “círculo hermenêutico”.

Essa idéia da circularidade da compreensão foi desenvolvida originariamente por Schleiermacher para expressar a relação recíproca entre o singular e o todo, entre o particular e o geral. Um texto é entendido na sua totalidade a partir da compreensão de cada uma das suas partes, as que, por sua vez, geram uma nova visão do todo, porém, são só dois momentos de um único acontecer.

Heidegger acompanha essa idéia do processo circular outorgando-lhe uma maior importância na sua teoria sobre a natureza ôntica da compreensão. Nesse sentido, salientou a relevância da interpretação como o desenvolvimento das possibilidades abertas do “estar ali”. O compreender é um “ver em redor”, e sua fundamentação reside no “ter prévio”, isto é, na pré-compreensão do intérprete. Toda interpretação está prefixada no *“previamente poseído, previamente visto y lo previamente ideado”*²⁰. Não existe interpretação sem pressupostos ou sem preconceitos, pois são condicionamentos prévios do “estar ali”.

Gadamer retoma esses pensamentos e reconstrói o conceito de preconceito, outorgando-lhe um caráter essencial dentro da sua teoria hermenêutica, eliminando, assim, a carga negativa de juízo antecipado que tinha adquirido durante a Ilustração. A idéia de um conhecimento do passado por meio da razão pura, sem mediação da própria tradição do intérprete, será rejeitada claramente,

*“¿estar inmerso en tradiciones significa real y primariamente estar sometido a prejuicios y limitado en la propia libertad? ¿no es cierto más bien que toda existencia humana, aún la más libre, está limitada y condicionada de muchas maneras? (...). Para nosotros la razón no es dueña de sí misma sino que está referida a lo dado en lo cual se ejerce”*²¹.

Aliás, irá mais longe ao afirmar que: “*los prejuicios de un individuo son, mucho más que sus juicios, la realidad histórica de su ser*”²². Por outro lado, o reconhecimento da historicidade de toda compreensão permitirá distinguir os “verdadeiros” dos “falsos” preconceitos, de modo que estes últimos sejam descartados para permitir um acesso objetivo ao texto, isto é, a confrontação da história efetual do texto com a própria tradição do intérprete significará tirar toda força ao falso preconceito, eliminando-o.

Resumindo, a pré-compreensão, constituída por preconceitos, será a condição prévia para a compreensão de um texto, ou seja, o “pano de fundo” (*background*) que permitirá compreender. Nesse sentido, cada vez que um texto seja compreendido, a pré-compreensão se modificará. Cada nova leitura de um texto será diferente, não necessariamente melhor, senão simplesmente diferente, devido não só a que a pré-compreensão se modifica a cada leitura, senão que a própria história efetual do texto é, por sua vez, modificada²³.

Mas essa nova teoria hermenêutica não propõe como suficiente o saber prévio do sentido original do texto para a sua aplicação posterior. Isso seria igual a esquecer a tensão existente entre o sentido original e o atual. Não existe uma compreensão originária e logo uma aplicação. O intérprete incorpora sua própria situação histórica na compreensão histórica do texto, configurando, só nesse momento, o “sentido originário”. Um texto não existe autonomamente, independente de uma interpretação, senão que precisa do intérprete para ter “vida”. O círculo hermenêutico implica um processo circular entre a tradição do intérprete e a do texto; não é possível falar de uma reconstrução do passado como passado, porque significaria entender a compreensão como era entendida no século XIX, significaria não reconhecer a sua natureza ôntica refletida

na participação essencial do intérprete. Por outro lado, pretender que o intérprete possa realizar uma interpretação absolutamente objetiva ou pura de um texto, isto é, que possa reconstruir o seu sentido originário, significa não ter entendido nem percebido a historicidade de toda compreensão (a história efetual do texto), nem que os preconceitos do intérprete estão inseridos, queira-se ou não, no processo interpretativo, “uma compreensão, por mais controlada que seja, não consegue simplesmente ultrapassar os vínculos da tradição do intérprete”²⁴. Aliás, o texto é irrepitível até mesmo para o próprio autor-produtor desse texto, porque do próprio pensamento e das idéias, uma vez elaboradas e concluídas, somos intérpretes²⁵.

A verdade de um texto não estará na submissão incondicionada à opinião do autor nem só nos preconceitos do intérprete, senão na fusão dos horizontes de ambos, partindo do ponto atual da história do intérprete que se dirige ao passado em que o autor expressou-se. O intérprete não realiza apenas uma atividade “reprodutiva” do texto, senão que o atualiza de acordo às circunstâncias do momento, por isso fala-se do seu labor “produtivo”²⁶. A importância da teoria hermenêutica de Gadamer é ter demonstrado que toda interpretação é a compreensão atual do passado.

O problema que surge é determinar se é possível falar de uma verdadeira compreensão. Isto é, se a compreensão tem uma natureza ontológica e depende essencialmente da participação do intérprete, cuja tradição faz parte da interpretação do texto, questiona-se como é possível um dever ser da verdade da hermenêutica.

Gadamer retoma o pensamento aristotélico sobre o saber moral, definido como o saber que se refere ao próprio sujeito conhecedor e o relaciona à sua atividade humana, para aplicá-lo às ciências do espírito cujo objeto não é saber algo alheio,

senão saber sobre “si mesmo”, sobre algo próximo e comprometedor, “...las ciencias del espíritu forman parte más bien del saber moral. Son ‘ciencias morales’. Su objeto es el hombre y lo que éste sabe de sí mismo”²⁷.

O saber moral, segundo Aristóteles, é uma autoconstrução da pessoa. “El hombre se convierte en tal sólo através de lo que hace y como se comporta”²⁸. O “melhor” do homem somente se manifesta na concretização da situação prática na que se encontra; dessa maneira, o saber moral do intérprete deve compreender o que essa situação exige dele²⁹. A sabedoria moral implica um “bom senso” (*phrónesis*) que permite distinguir o equitativo, ou seja, o que está de acordo com a verdade. Gadamer usará essas idéias, mas, para aplicá-las a sua teoria hermenêutica, assim, o “bom senso” será o equivalente ao juízo compreensivo, onde compreender é “sentir” o “alheio” como se fosse “nosso”, num caso singular. O dever ser da verdade numa ciência do espírito será, assim, igual ao “bom senso” do saber moral.

Por outra parte, se a hermenêutica é uma experiência dialética, na qual a experiência é simplesmente a manifestação da finitude do “estar ali”, e o diálogo, entre a tradição do intérprete e história efetual do texto, é consequência de seu caráter de fenômeno moral, a verdade “acontecerá”, então, no encontro entre “sujeito” e “objeto”, na mediação entre o presente e o passado, cuja distância não é um vazio, mas a presença dos efeitos, isto é, da tradição.

O diálogo com o passado é uma atitude de “abertura” ao outro, é a disponibilidade de aceitar sua “verdade”, porém não é uma relação de domínio, senão um “*mutuo escuchar*”³⁰. A estrutura dessa abertura é de uma lógica de perguntas, em que o intérprete interroga ao texto, o qual, por sua vez, oferece diversas respostas. Dessa maneira, pode-se afirmar que: “*lo que autor pretendia decir en el texto (la mens auctoris) es un sector muy pequeño y de inferior valor*

a lo que aporta sobre este texto la experiencia actual del mismo”³¹.

Por último, Gadamer ressalta o papel essencial da linguagem no âmbito da sua teoria hermenêutica, pois constitui a mediação total da experiência do ser, “é assim que a linguagem passa a ser – historicamente – a estrutura ontológica desse ser histórico que é o homem, ser dialógico por natureza”³². A linguagem é primariamente o mundo interpretado pelo homem, é o acontecimento interpretativo da realidade. A lingüística oferece o meio de universalizar nossa razão histórica, estética ou jurídica, isto é, o meio de aceder a uma teoria geral da interpretação. Dessa maneira, Gadamer propõe uma hermenêutica universal que abrange toda relação do homem com o mundo, “*el lenguaje es un centro en el que se reúnen el yo y el mundo, o mejor, en el que ambos aparecen en su unidad originaria*”³³. A linguagem não é apenas um instrumento pelo qual compreendemos, senão a estrutura ontológica desse ser histórico, “*un ser que se comprende es lenguaje*”³⁴. A teoria da ontologia hermenêutica converte-se também numa ontologia lingüística.

3. A hermenêutica jurídica de Gadamer

No seu livro “Verdade e Método”, Gadamer desenvolve, também, uma hermenêutica jurídica, pois nela encontra o modelo de relação entre o passado e o presente que procurava para as ciências do espírito³⁵.

A função normativa do Direito é regular os comportamentos dos cidadãos e das instituições da vida social, sendo indispensável a compreensão interpretativa da norma, “interpretar normas es regular comportamentos”³⁶. Mas a compreensão do Direito só será possível por meio da aplicação da norma a uma situação jurídica concreta, “*comprender es, entonces, un caso especial de la aplicación de algo general a una situación concreta y determinada*”³⁷. Isso devido a que as situações que

acontecem na vida social e que requerem a sua regulamentação pelo Direito são muitas e diferentes; assim, cada nova situação irá requerer uma nova aplicação da norma, pois a sua generalidade e sua historicidade impedem uma aplicação imediata. No Direito, não existe um processo interpretativo independente da aplicação da norma, já que só nesse momento é possível compreender todo o seu sentido, é ali que se fundamenta sua validade³⁸. Compreensão, interpretação e aplicação não são três momentos autônomos, mas interdependentes. A autonomia interpretativa só existiria se se entendesse a aplicação jurídica como uma simples sub-sunção da norma ao caso concreto, afastada da sua historicidade.

Gadamer resgata a importância da compreensão histórica, mas adverte que é apenas um meio³⁹.

A compreensão histórica da norma pretende renovar a sua efetividade histórica em relação a uma nova situação, e não simplesmente reconstruir a intenção original do legislador, atitude que seria igual a tentar reduzir os acontecimentos históricos à intenção dos protagonistas. A historicidade da norma, igual a em qualquer outro texto, não é uma restrição a seu horizonte, senão que, pelo contrário, a condição que permite sua compreensão. No Direito, essa condição se manifesta por meio do vínculo que existe entre a pessoa obrigada e a norma, vínculo que afeta a todos por igual, e não faz da lei uma propriedade pessoal do legislador⁴⁰.

A real finalidade da hermenêutica jurídica é “encontrar o Direito” (seu sentido) na aplicação “produtiva” da norma, pois a compreensão não é um simples ato reprodutivo do sentido original do texto, senão, também, produtivo⁴¹. O processo hermenêutico, cuja estrutura é circular, exigirá que o intérprete permaneça aberto para “escutar” a mensagem da norma, a que, por sua vez, procederá como se estivesse respondendo a uma

pergunta daquele. Esse movimento circular faz com que a norma “fale” mais, enquanto mais clara seja a pergunta, e, por outro lado, permite que o intérprete acrescente cada vez mais sua pré-compreensão à interpretação, enquanto maior seja o significado que a norma “revele”. Isso implica que nenhum intérprete pode pretender reconstruir a intenção do legislador sem assumir que sua própria pré-compreensão faz, por sua vez, parte desse processo interpretativo, produzindo a cada nova leitura um novo sentido, “*nunca se resaltarà suficientemente que la interpretación es una nueva lectura de las normas jurídicas y que cada caso será una nueva aplicación, algo como si el derecho reverdeciera cada vez que es aplicado o cumplido*”⁴²; por outra parte, também não poderá esquecer-se da história efetual da norma, isto é, da sua tradição. Dessa maneira, não se pode falar de uma “verdade” na interpretação, como se fosse um conhecimento fixo ou pré-existente à compreensão, mas se trata de uma “verdade” construída dialógica, consensual e procedimentalmente. Segundo Gadamer, a verdade, “*se desplaza insensiblemente al ámbito de la situación del sujeto investigador y de las finalidades de la misma ciencia*”⁴³. A pretensão reguladora de uma norma deve ser entendida como o início de todo um processo interpretativo e aplicativo.

4. O papel do juiz segundo a hermenêutica de Gadamer

A aplicação do Direito é sem dúvida um dos temas mais discutíveis no mundo jurídico, pois surge diante de nós o constante conflito entre a justiça e a segurança jurídica. Por um lado, a justiça que obriga o juiz a encontrar a solução correta do caso concreto e, por outro lado, a segurança do ordenamento que o sujeita à lei positiva.

O paradigma positivista de inícios deste século caracterizou-se por seu rígido formalismo e pela ausência de qualquer fundamento teórico-filosófico, exigindo,

assim, a sujeição do juiz a critérios estritamente formalistas na aplicação da lei, prescindindo dos condicionamentos sociais, culturais ou éticos do seu meio. A segurança jurídica tinha evidentemente a primazia.

Já no período pós-guerra, essa posição foi duramente questionada, surgindo uma clara reação contra os dogmas da sujeição absoluta do juiz à lei positiva, assim como da concepção mecânica da aplicação do Direito. Desde um aspecto político, foi questionado o “culto” dos sistemas totalitários a uma legalidade positiva, que exigiram a submissão do juiz a conteúdos de qualquer tipo de legislação positiva. No aspecto teórico, questionou-se a tese que propugnava a simples subsunção do Direito ao caso em particular, o que só poderia ser aceite se se entendesse que a norma tem um único significado, autêntico e definitivo⁴⁴.

Esta última posição tem adquirido cada vez mais força, surgindo diversas teses que resgatam o verdadeiro papel do juiz na aplicação do Direito. Entre elas, temos a teoria hermenêutica de Gadamer, que propõe o seguinte:

O juiz é, antes de mais nada, um intérprete, pois, para aplicar o Direito, deve, em primeiro lugar, compreender a norma, *“la interpretación no es un acto complementario y posterior al de la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar, y en consecuencia la interpretación es la forma explícita de la comprensión”*⁴⁵. Compreensão, interpretação e aplicação não são três momentos independentes, senão que formam parte de um processo unitário; a aplicação é tão essencial e integral como as outras duas⁴⁶. Assim, uma norma adquire todo o seu sentido apenas quando é aplicada, pois só nesse momento é que sua validade pode ser avaliada, *“lo que es justo no se determina por entero con independencia de la situación que me pide justicia”*⁴⁷.

Porém, como Gadamer refere, o justo também está determinado, com certo sentido absoluto, nas leis ou nas regras de

comportamento gerais da moral (embora não codificadas, estão determinadas e têm carácter vinculante). Nesse sentido, o juiz tem de usar o seu “bom senso” (*phronesis*) para a correta aplicação da norma, o que implica abandonar o velho paradigma positivista da subsunção para assumir o que é mais importante: a procura de um Direito melhor. Assim, quem aplica a norma em uma situação concreta poderá estar obrigado, seguramente, a fazer concessões a respeito da lei, não porque não seja possível fazer algo melhor, senão porque, de outro modo, não seria justo⁴⁸. Aristóteles chamou isso “equidade”, que significa correção da lei; por outra parte, mostrou que toda norma se encontra em uma tensão necessária a respeito da concretização do atuar, porque é geral e não pode conter em si a realidade prática em toda sua concretude, *“la ley es siempre deficiente, no porque lo sea en sí misma sino porque frente a la ordenación a la que se refieren las leyes, la realidad humana es siempre deficiente y no permite una aplicación simple de las mismas”*⁴⁹.

As situações da vida social que precisam de uma regulamentação normativa são inúmeras e, sobretudo, diferentes. Isso é uma realidade que todo aquele que pretenda aplicar o Direito tem de reconhecer e ter presente. As circunstâncias mudam e, em consequência disso, a função normativa da lei tem de determinar-se e adequar-se a elas. Para uma correta adequação do sentido da lei, será preciso, em primeiro lugar, conhecer o seu sentido originário, mas apenas como um meio de reflexão das mudanças históricas, que permite distinguir o sentido original da aplicação atual⁵⁰. O juiz deverá responder à “idéia jurídica” (sentido originário) da lei confrontado-a com o presente, procurando o seu significado jurídico, e não o histórico, pois o seu objeto é a criação do Direito, a que tem de ser entendida juridicamente, e não historicamente⁵¹.

No ordenamento jurídico, está presente a idéia de que a sentença do juiz não pode obedecer a arbitrariedades, mas tem de ter em consideração a justiça do conjunto; aliás, qualquer pessoa está capacitada para ponderar o justo no caso concreto. Nisso consiste a segurança jurídica de um estado de Direito. Todos podem prever corretamente qual será a decisão do juiz sobre a base das leis vigentes, porém também será necessário conhecer o judiciário e todos o que o determina⁵².

No atual estado de Direito, pode-se concluir, então, que o juiz não está mais submetido à literalidade da lei, mas, também, não pode atuar à margem de qualquer vínculo, porque, na medida em que cria Direito, deve permanecer dentro dos limites que a correta compreensão e interpretação da norma, na sua aplicação em um caso concreto, impõe-lhe.

Notas

¹ FERRAJOLI, Luigi. *El derecho como sistema de garantías*. 2. época. Lima : Themis, n. 29, 1994. p. 120.

² GADAMER, Hans-George. *Verdad y Método*. Tradução por Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito. Salamanca : Sígueme, 1977. p. 10.

³ HABERMAS, Jürgen. *Diáletica e hermenêutica*. Tradução por Álvaro Valls. Porto Alegre : L&PM, 1987. p. 7.

⁴ GADAMER, Hans-George. *Verdad y Método*. Tradução por Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapino. Salamanca : Sígueme, 1977. p. 10.

⁵ GADAMER, op. cit., p. 10.

⁶ GADAMER, op. cit., 414.

⁷ OSUNA, Antonio Hernandez-Largo. *Hermenêutica jurídica: en torno a la hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid : Universidad de Valladolid, 1992. p. 30.

⁸ Apud OSUNA, op. cit., p. 48.

⁹ OSUNA, op. cit., p. 30.

¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo : Martins Fontes, 1996. p. 87-100.

¹¹ Cfr. OSUNA, op. cit., p. 35.

¹² GADAMER, op. cit., p. 23.

¹³ OSUNA, op. cit., p. 46.

¹⁴ GADAMER, op. cit., p. 379.

¹⁵ GADAMER, op. cit., p. 367-368-369.

¹⁶ OSUNA, op. cit., p. 55.

¹⁷ GADAMER, op. cit., p. 370-377.

¹⁸ GADAMER, op. cit., p. 367, 368.

¹⁹ GADAMER, op. cit., p. 366.

²⁰ Apud OSUNA, op. cit., p. 61.

²¹ GADAMER, op. cit., p. 343.

²² GADAMER, op. cit., p. 344.

²³ GADAMER, op. cit., p. 367.

²⁴ HABERMAS, op. cit., p. 15.

²⁵ BIAGIONI, João. *A ontologia hermenêutica de H. G. Gadamer* : reflexões e perspectivas sobre a 3a. parte de "Verdade e Método". Uberlândia : Universidade Federal de Uberlândia, 1983. p. 35.

²⁶ GADAMER, op. cit., p. 366.

²⁷ GADAMER, op. cit., p. 386.

²⁸ GADAMER, op. cit., p. 384.

²⁹ Ibidem.

³⁰ OSUNA, op. cit., p. 81.

³¹ OSUNA, op. cit., p. 82.

³² BIAGIONI, op. cit., p. 16.

³³ GADAMER, op. cit., p. 567.

³⁴ GADAMER, H. op., cit. p. 18.

³⁵ GADAMER, op. cit., p. 400.

³⁶ OSUNA, op. cit., p. 86.

³⁷ GADAMER, op. cit., p. 383.

³⁸ GADAMER, op. cit., p. 380.

³⁹ GADAMER, op. cit., p. 398.

⁴⁰ OSUNA, op. cit., p. 92.

⁴¹ GADAMER, op. cit., p. 366.

⁴² OSUNA, op. cit., p. 93.

⁴³ Apud OSUNA, op. cit., p. 102.

⁴⁴ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La seguridad jurídica*. Barcelona : Ariel, 1991. p. 99 e ss.

⁴⁵ GADAMER, op. cit., p. 378.

⁴⁶ GADAMER, op. cit., p. 379.

⁴⁷ GADAMER, op. cit., p. 389.

⁴⁸ GADAMER, op. cit., p. 389.

⁴⁹ Apud GADAMER, op. cit., p. 390.

⁵⁰ GADAMER, op. cit., p. 398.

⁵¹ GADAMER, op. cit., p. 400.

⁵² GADAMER, op. cit. p. 402.

Bibliografia

BIAGIONI, João. *A ontologia hermenêutica de H.G. Gadamer* : reflexões e perspectivas sobre a 3a. parte de *Verdade e Método*. Uberlândia : Universidade Federal de Uberlândia, 1983.

FERRAJOLI, Luigi. *El derecho como sistema de garantías*. 2. época. Lima : Themis, n. 29, 1994. p. 120.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método: fundamentos de una hermenêutica filosófica*. Tradução por Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito. 4. ed. Salamanca : Sígueme, 1991.

HABERMAS, Jürgen. *Dialética e hermenêutica*. Tradução por Álvaro Valls. Porto Alegre : L&PM, 1987.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo :
Martins Fontes, 1996.

OSUNA, Antonio Hernandez-Largo. *Hermenéutica
jurídica: en torno a la hermenéutica de Hans-*

Georg Gadamer. Valladolid : Universidad de
Valladolid, 1992.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La seguridad jurídica*.
Barcelona : Ariel, 1991.

Alguns apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental

Carlos Antonio de Almeida Melo

A Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, alterou a redação do art. 102, introduzindo, em seu § 1º, a *ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL*. Posteriormente, a Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, estabeleceu normas sobre o processo e julgamento desta argüição. O novo instituto apresenta as seguintes características legais:

- foro: Supremo Tribunal Federal (art. 1º, *caput*);

- trata-se de medida que tem por objeto *EVITAR OU REPARAR LESÃO A PRECEITO FUNDAMENTAL, RESULTANTE DE ATO DO PODER PÚBLICO* (art. 1º, *caput*);

- também cabe *quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, INCLUIDOS OS ANTERIORES À CONSTITUIÇÃO* (art. 1º, parágrafo único, inciso I);

- legitimidade ativa: mesmo elenco da ADIN (art. 103, C.R.) = art. 2º, I;

- Procurador-Geral da República: pela redação remanescente do § 1º do art. 2º, uma vez que o inciso II foi vetado, pode ser acionado o PGR, que *decidirá* sobre o cabimento de seu ingresso em juízo;

- não será admitida quando houver *qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade* (art. 4º, § 1º);

- do indeferimento da inicial caberá agravo de instrumento (embora a Lei mencione apenas *agravo*), no prazo de 10 dias (art. 4º, § 2º);

Carlos Antonio de Almeida Melo é Procurador do Estado de Mato Grosso, Professor da Faculdade de Direito da UFMT e Professor de Direito Constitucional da Escola Judicial do TRT 23ª Região e da ESMAGIS/MT – Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso.

- medida liminar: por decisão de maioria absoluta (6 ministros) = art. 5º e em caso de *extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou, ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, “ad referendum” do Tribunal Pleno* (art. 5º, § 1º);

- medida liminar: entre outras hipóteses, *podará consistir na determinação de que juízes e tribunais SUSPENDAM o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada* (art. 5º, § 3º);

- após a apreciação do pedido de liminar, solicitação de informações às autoridades responsáveis, num prazo de 10 dias (art. 6º);

- possibilidade de audiência de pessoas com experiência e autoridade na matéria (art. 6º, § 1º);

- possibilidade de sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo (art. 6º, § 2º);

- Ministério Público: não tendo formulado a argüição, vista do processo ao MP por 5 dias, após o decurso do prazo para informações (art. 7º, parágrafo único);

- *quorum* de decisão: pelo menos dois terços dos ministros (art. 8º);

- fixação de interpretação: *julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, FIXANDO-SE AS CONDIÇÕES E O MODO DE INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO PRECEITO FUNDAMENTAL* (art. 10);

- efeitos: *a decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público* (art. 10, § 3º);

- possibilidade de declaração incidental de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo: *nesses casos, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, RESTRINGIR OS EFEITOS DAQUELA DECLARAÇÃO OU DECIDIR QUE ELA SÓ TENHA*

EFICÁCIA A PARTIR DE SEU TRÂNSITO EM JULGADO OU DE OUTRO MOMENTO QUE VENHA A SER FIXADO (art. 11);

- irrecorribilidade: a decisão julgando procedente ou não o pedido é irrecorrível, não cabendo ação rescisória (art. 12);

- caberá reclamação (v. RISTF) contra descumprimento da decisão (art. 13).

O cerne da matéria contida na argüição gira em torno do conceito de *preceito fundamental decorrente da Constituição*. A princípio, a delimitação da extensão do conceito poderia ser fixada considerando-se apenas as normas previstas nos artigos 1º a 17 do texto constitucional, abrangendo os *princípios fundamentais* (artigos 1º a 4º) e os *direitos e garantias fundamentais* (artigos 5º a 17).

Tal interpretação, a par de partir da literalidade normativa, estaria condenada a estreitar sobremaneira o conteúdo do conceito, em detrimento da *ratio* do dispositivo e da matéria sob sua proteção.

Nesse ponto, avulta a idéia de *fundamentalidade*, que qualifica os preceitos em que está fundada a argüição. Termo associado aos direitos fundamentais, seu conteúdo refere-se, segundo a designação de R. Alexy¹, a *matérias decisivamente constitutivas das estruturas básicas do Estado e da sociedade*.

José Afonso da Silva², também examinando os direitos fundamentais, entende o qualificativo significando que *se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais “do homem” no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados*. Assim, *direitos fundamentais do homem* significa *direitos fundamentais da pessoa humana* ou *direitos humanos fundamentais* (v. C.R./88, Título II e *caput*, in *fine*, art. 17, nesse sentido). De toda sorte, a expressão *direitos fundamentais do homem* não deve ser entendida como esfera privada em contraposição à atividade

pública, como simples limitação do Estado, mas *limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem* (citando Pérez Luño).

Apreciando a mesma matéria (direitos fundamentais), outros autores (Pérez Luño, Peces-Barba), com pequenas diferenças, referem-se a exigências de dignidade, liberdade e igualdade da pessoa humana, enfatizando o desenvolvimento integral dos indivíduos.

Essas abordagens acerca da fundamentalidade podem ser aplicadas aos denominados *preceitos fundamentais* a que se referem os termos contidos no § 1º do art. 102, C.R.

Inicialmente, observe-se que não cabe aqui a discussão, relativa exclusivamente aos princípios, se abrangeria as espécies explícitas e implícitas: tratando-se de *preceito*, refere-se unicamente às normas positivadas no texto constitucional. A despeito disso, o dispositivo está redigido de maneira a que *preceito* se relacione ao termo *decorrente*, palavra que se refere à ação de *originar*, *derivar*, expressão mais adequada aos princípios que às regras.

A fundamentalidade, que caracterizaria tais normas, pode ser entendida como dotada das seguintes particularidades:

a) refere-se a normas que se reportam às estruturas básicas do Estado Democrático de Direito que, embora estejam concentradas nos artigos 1º a 17, não se exaurem nesse elenco;

b) abrange, também, normas que disponham sobre estruturas básicas da sociedade, como família, educação, cultura e outras.

Partindo desse esboço, os preceitos fundamentais podem ser divididos em duas espécies:

1ª - de natureza subjetiva, quando se referem a direitos que estão relacionados à dimensão dos indivíduos, protegendo valores que consagram a vida, a liberdade e a dignidade;

2ª - de natureza objetiva, quando seu conteúdo refere-se ao interesse da coleti-

vidade e da sociedade, enfim, a valores que expressam a generalidade do interesse público.

Posta dessa maneira, a extensão da fundamentalidade, como característica das normas que traçam a estrutura básica do Estado Democrático de Direito e da sociedade, poderia ser questionada, pois abrangeria praticamente todo o texto constitucional. Ao que se contrapõe o seguinte argumento: nem todas as normas constitucionais que dispõem sobre a estrutura do Estado Democrático de Direito e da sociedade são normas básicas ou, de outra forma, apenas as normas concernentes à estrutura *básica* do Estado e da sociedade se amoldam ao perfil de preceitos fundamentais.

Essa caracterização invoca a etimologia do qualificador *fundamental*, no que significa *base*, *alicerce*, *suporte* sobre o que se edifica toda a estrutura subsequente. Dessa forma, a tarefa do intérprete, em cada caso, seria identificar no universo normativo constitucional se a norma que contempla refere-se à estrutura do Estado ou da sociedade. Como segundo passo, deve verificar se tal norma afigura-se de base para a estrutura a que se refere.

Aqui, a questão se cruza com o conceito de constituição material: apenas configuram preceitos fundamentais aqueles que *contêm normas estruturais do Estado e da sociedade nos seus aspectos fundamentais*³, ou seja, questões de natureza macro-estrutural, de anatomia do Estado e da sociedade, configurando a *pauta mínima do texto constitucional*, como normas nucleares de todo o edifício normativo estatuído na Constituição. Assim, normas básicas da organização do Estado, de formas e de exercício do poder, normas assecuratórias de direitos individuais, coletivos e sociais integram, necessariamente, a categoria.

Assim, por exemplo, em relação à organização do Poder Judiciário, configura preceito fundamental, espelhando norma básica de sua estruturação, o contido no

art. 92, dando conta dos órgãos daquele Poder do Estado. Entretanto, o contido no art. 93, que descreve o conteúdo específico do Estatuto da Magistratura⁴, embora configure dispositivo relativo à estrutura do Judiciário, não se insere no rol de norma de base, de preceito fundamental, inclusive por ser, todo ele, composto de matéria infraconstitucional.

A nova medida tem alguns pontos de semelhança com a ação direta de inconstitucionalidade, como o elenco de figuras com legitimidade ativa (art. 103, C.R.) e a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Entretanto, dela fundamentalmente difere por ter cabimento de forma preventiva (evitar lesão a preceito fundamental) ou corretiva (para reparar a lesão provocada a esse preceito), dirigindo-se contra ato do Poder Público.

Enquanto a ADIN busca expurgar do ordenamento jurídico, por meio da declaração de inconstitucionalidade, lei ou ato normativo contrário à Constituição, a argüição *também* poderá promover tal efeito, embora não seja seu objeto principal. A abrangência dos efeitos da declaração, em ambos os casos, poderá ser restringida por maioria de dois terços dos ministros do STF.

Os termos do *caput* do art. 1º da Lei nº 9.882/99 especificam o conteúdo da argüição de descumprimento preceito fundamental, diferenciando-o em relação à ação direta de inconstitucionalidade, ao se referir a *ATO DO PODER PÚBLICO*.

A despeito de algumas divergências, a noção de *poder* em direito público guarda a idéia de parcela da soberania do Estado que é transferida a um órgão ou entidade, justificando e legitimando a imposição de decisões de ordem política e ações de natureza administrativa.

A expressão *poder público*, apesar de sua extensão, tem conteúdo definido no ordenamento jurídico a partir da idéia de *autoridade de dominação*, sentido em que se apresenta como “delegada” do próprio

*Estado. Desse conceito decorre a significação de “poder” como “competência” ou “função autorizada”, que se atribui ao órgão, dentro da jurisdição que lhe é traçada. Em face dessa “delegação”, cada poder constituído por um órgão desempenha ou exerce a “soberania nacional”*⁵.

Ainda nessa vertente, o poder em direito público apresenta dois sentidos: a) como *órgão* ou *autoridade constituída* para concretizar as finalidades estatais, exercendo as funções que lhe são atribuídas pela norma jurídica, sendo seu conjunto denominado *poder público*; b) como *função* a ser exercida pela autoridade ou órgão, expressando sua *competência*⁶.

Assim, os atos do poder público a que se refere a norma legal alcançam um amplo leque de atividades e autoridades, inclusive as de natureza jurisdicional. Nessa perspectiva, a argüição de descumprimento de preceito fundamental cobre um campo não abrangido pela ação direta de inconstitucionalidade, que ataca apenas leis ou atos normativos federais ou estaduais.

Dessa forma, na matéria em que couber a argüição de descumprimento de preceito fundamental, também caberá a ação direta de inconstitucionalidade; mas, quando a pretensão consistir em evitar ou reparar lesão oriunda de descumprimento daquele preceito fundamental, não caberá ADIN, pois esta somente pode ser ajuizada contra lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, inciso I, alínea “a”) em face de *qualquer* norma constitucional, buscando sua expulsão do ordenamento jurídico, enquanto a argüição é pertinente apenas a preceitos fundamentais, à procura de prevenção ou reparação de lesão.

Em face disso, parece que o disposto no § 1º do art. 4º da Lei nº 9.882/99 ainda causará grandes polêmicas. Com efeito, assim dispõe a norma: *Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade*. Ora, pelo

âmbito de sua abrangência, caberá ADIN sempre que uma lei ou ato normativo federal ou estadual ferir *qualquer* dispositivo constitucional, seja ele veiculador de preceito fundamental ou não, lembrando aqui a distinção entre *texto da norma* (seu *signal lingüístico*) e *norma* (o que se revela, se designa)⁷. Assim, a lei ou o ato poderá provocar lesividade a preceito fundamental mas ser objeto de argüição e não de ADIN. Nesse caso, será aplicado o § 1º do art. 4º?

A resposta parece estar justamente no objeto dos dois institutos, em que reside a diferença. Enquanto a ADIN busca expurgar do ordenamento jurídico, por meio da declaração de inconstitucionalidade, lei ou ato normativo contrário à Constituição, na argüição, o que se objetiva é a prevenção ou reparação da lesão a preceito fundamental ao questionar seu descumprimento. Portanto, o que norteia a opção por um instituto ou outro é a pretensão que se almeja. O fato de a argüição comportar a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo que agride dispositivo constitucional (art. 11, Lei nº 9.882/99) não interfere nessa diferenciação.

Assim, quanto ao objetivo, deve ser entendido que a ADIN busca *apenas* a expulsão da lei ou ato inconstitucional do ordenamento jurídico, enquanto a argüição, com a declaração de inconstitucionalidade, destina-se a pedidos de natureza preventiva e corretiva em relação aos preceitos fundamentais, buscando mais que o expurgo da norma. Essa conclusão destaca-se dos termos em que a Lei atribui a possibilidade de concessão de medida liminar para a suspensão do andamento de processos ou a suspensão dos efeitos de decisões judiciais e ainda da suspensão de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição, salvo as decorrentes da coisa julgada (art. 5º, § 3º), uma vez que esta é atacável apenas pela via rescisória. Quer dizer, as conseqüências da declaração de inconstitucionalidade na argüição são mais espe-

cíficas, pois geradoras, também, daquelas possibilidades de suspensão.

Os termos do art. 10 da Lei nº 9.882/99 também levam a essa conclusão: no julgamento do mérito, serão fixadas as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental, ou seja, a decisão preocupar-se-á mais com a fixação do conteúdo do preceito fundamental do que com os termos da inconstitucionalidade da lei ou ato violador.

Nesse ponto, cabe perguntar se o mandado de segurança poderia fazer prevenir ou corrigir a lesão, trancando, então, o caminho para o ajuizamento da argüição. Embora a noção de direito líquido e certo esteja fixada com certa firmeza pela doutrina e pela jurisprudência, em tese não se afasta a hipótese de haver dúvida quanto ao cabimento de um ou outro remédio constitucional, afigurando-se como único norteador a noção de *preceito fundamental*: caberia a argüição *apenas* em relação a este, embora, nesse caso, possa, sem embargo, ser escolhida a via mandamental.

Contudo, o grande diferencial da nova medida está contido na previsão do art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.882/99: *Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental: I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.*

Primeiramente, inclui o âmbito municipal nos embates entre leis e atos contrários à Constituição, o que está vedado no prisma da ADIN consoante farta jurisprudência do STF⁸, embora essa inclusão seja específica e exclusivamente em relação aos preceitos fundamentais. Por outro lado, admite que sejam questionados atos do Poder Público *anteriores* ao advento do texto constitucional em vigor, dando grande extensão ao seu alcance, não mais adstrito à esfera da vigência da Constituição, como na ADIN, também como

assentado pelo STF⁹. Contudo, a efetivação dessas possibilidades dependerá de como o Supremo Tribunal Federal entenderá o sentido de *relevante fundamento da controvérsia constitucional*, como previsto na norma.

A decisão de mérito na argüição tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Público, como dispõe o art. 10, § 3º, da Lei. Diferentemente da ADC, cujo efeito vinculante está previsto no próprio texto constitucional (art. 102, § 2º), a vinculatividade das decisões definitivas de mérito na argüição está prevista na norma infraconstitucional, abrindo caminho para o questionamento da constitucionalidade desta disposição.

A questão do efeito vinculante na ação declaratória de constitucionalidade foi amplamente debatida quando da tramitação do projeto que se transformou na EC nº 3, de 17 de março de 1993, inserindo o instituto no texto constitucional. Naquela oportunidade, em que pese o entendimento em contrário posteriormente firmado pelo STF, destacou-se a inconstitucionalidade da medida por afrontar o princípio da separação dos Poderes (art. 2º), uma vez que coloca o STF no plano de cooperador na formulação de normas gerais e abstratas¹⁰, o contraditório (art. 5º, inciso LV), o devido processo legal (art. 5º, inciso LVI), o duplo grau de jurisdição, o direito de acesso ao judiciário (art. 5º, inciso XXXV) e o juiz natural (art. 5º, inciso LIII), dentre outros argumentos relacionados à matriz romano-germânica do nosso sistema jurídico e ao perfil autoritário do instituto¹¹.

A despeito disso, o efeito vinculante foi introduzido no sistema constitucional vigente com a chancela do guardião da Constituição. Contudo, no caso da argüição de descumprimento de preceito fundamental, a atribuição de vinculação à

decisão de mérito é dada por norma de escalação infraconstitucional, manejando matéria de essência constitucional.

Por conferir tão grave atributo a tais decisões, a matéria da vinculação é de competência constitucional, por consubstanciar característica básica e atípica (quer dizer, extraordinária) do próprio sistema judicial, configurando, não sem certa ironia, *preceito fundamental*. Logo, por esse prisma, a atribuição de vinculatividade às decisões definitivas na argüição de descumprimento de preceito fundamental parece estigmatizada pela mácula da inconstitucionalidade material.

Enfim, tratando de matéria de ordem pública, acredito que se aplicam também à argüição de descumprimento de preceito fundamental as mesmas regras pertinentes à ADIN e à ADC em relação à prescrição e à decadência, que não a alcançam.

Notas

¹ Apud CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5.ed. Coimbra : Almedina, 1991. p. 509-510.

² SILVA, José Afonso. *Direito Constitucional Positivo*. 6.ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990. p.159. J.J.Gomes Canotilho – *op.cit.* – p. 69.

³ CANOTILHO, *op.cit.*, p. 69.

⁴ Embora o *caput* se refira a *princípios* que devem ser observados pela lei que tratar a matéria, os incisos contêm, em verdade, normas que não são de natureza principiológica, mas estruturante.

⁵ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 4.ed. Rio de Janeiro : Forense. v. 3, 1975. p. 1169.

⁶ Tendo como referência De Plácido e Silva, *op. e loc. cit.*

⁷ CANOTILHO, *op.cit.*, p. 225.

⁸ V., *v.g.*, RDA 199/201, RT 664/189.

⁹ V. *g.*, RT 686/218, RDA 188/288 e RTJ 160/62.

¹⁰ V. ATALIBA, Geraldo. *ADC ou como agredir o Estado de Direito*. Artigo publicado em *Folha de São Paulo* – 1º Cad. p. 3, 9-8-93.

¹¹ Em relação a este último argumento, v. GRAU, Eros Roberto. Efeito vinculante e totalitarismo. *Folha de São Paulo* 22-11-98 – 1º Cad. *Tendências e Debates*. p. 3.

Biotecnologias e biossegurança : fatores agravantes da desigualdade internacional?

Marcelo Dias Varella e Ana Flávia Barros-Platiau

Sumário.

1. Introdução. 2. Sucesso econômico e riscos de duplo oligopólio. 3. Um fracasso político global? 4. Procedimentos europeus e brasileiros: alguma semelhança? 5. O Protocolo de Biossegurança 2000. 6. Atores da biossegurança e seus dilemas. 7. Conclusão.

1. Introdução

O processo de globalização multidimensional descrito por Viola¹ é uma fonte inesgotável de disparidades políticas, econômicas e sociais entre atores do sistema internacional porque trouxe novas oportunidades que apenas os atores mais capacitados poderão aproveitar, notadamente no comércio exterior. Por isso tanta insistência da mídia e dos intelectuais sobre os “marginalizados” ou “excluídos” dos benefícios da globalização².

Com efeito, o sistema internacional tem-se caracterizado por disparidades flagrantes de poder, segurança e riqueza entre Estados e dentro deles, contexto que se tornou mais visível à medida que uma quantidade crescente de valores, normas e princípios estão sendo exigidos (por todos) e impostos (por poucos) em nível global. Portanto, a desigualdade, mesmo mascarada pelo princípio de soberania, permite que essa institucionalização das relações internacionais seja realizada por atores dominantes, tornando os outros participantes meros destinatários das

Marcelo Dias Varella é advogado, mestre em direito, consultor internacional, doutorando em direito na Universidade de Paris 1, Sorbonne Panthéon, e bolsista da CAPES.

Ana Flávia Barros-Platiau é mestre em relações internacionais, consultora internacional, doutoranda em direito na Universidade de Paris 1, Sorbonne Panthéon, e bolsista da CAPES.

normas internacionais ou *rule-takers*³. Um exemplo claro dessa dominação político-jurídica foi a criação da OMC (Organização Mundial do Comércio) durante a rodada Uruguai do GATT (Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio)⁴.

Em outros termos, o maior efeito do processo de globalização foi acelerar e aprofundar relações entre Estados e outros atores desiguais, realçando suas divergências em competitividade, tecnologia, democracia e estabilidade política, e, com isso, criar novos desafios urgentes aos quais os atores não estavam preparados para responder⁵.

Dessarte, a globalização tem contribuído para consolidar o poder dos Estados fortes de capitanear a institucionalização do cenário internacional, situação reforçada pela desigualdade tecnológica e, recentemente, biotecnológica. Por exemplo, quando o Parlamento Europeu adotou, em maio de 1998, diretivas sobre biotecnologia sem dispositivos significativos contra a biopirataria, dificultou o trabalho dos países “vítimas” (Brasil, Índia, Madagascar) dessa prática nas negociações do Protocolo de Biossegurança⁶.

Nesse sentido, Rocher⁷ assinala que, em um contexto de economia globalizada, o paradigma de “segurança alimentar” tende a substituir o velho paradigma de “auto-suficiência” nacional, ou seja, o Estado que mantiver uma agricultura nacional pouco competitiva na exportação está arriscado a endividar-se continuamente, sem conseguir resolver seus problemas. Isso porque a biotecnologia já é parte importante do paradigma de competitividade internacional.

Se a relação direta entre a globalização e o aumento das disparidades múltiplas é discutível, no que concerne às biotecnologias e à segurança alimentar, ao contrário, ela parece evidente. As fronteiras se abriram nessas últimas décadas, ao mesmo tempo em que os países menos desenvolvidos não conseguem resolver

nenhuma de suas crises demográficas e muito menos as econômicas. Essa instabilidade põe em questão a noção de soberania nacional de Estados que não são capazes de garantir sua própria alimentação. Ademais, que poder político terão para aplicar o Protocolo de Biossegurança recém-adotado?

Este artigo ambiciona analisar os interesses em jogo no mercado mundial dos alimentos geneticamente modificados (OGM) para a agricultura, contrastando o sucesso econômico das multinacionais com o fracasso político das autoridades públicas em tratar o problema, com um enfoque especial para o caso brasileiro. Finalmente, emerge a seguinte questão: OMC ou Protocolo de Biossegurança, qual mecanismo político-jurídico internacional poderia evitar o risco de um contexto de oligopólio biotecnológico?

2. Sucesso econômico e riscos de duplo oligopólio

O sucesso econômico das multinacionais significa um provável oligopólio em dois níveis. Por um lado, ele é nacional com a entrada dos gigantes da química no setor agroalimentar, criando os novos *gene giants* e as estratégias comerciais que eles adotaram. Por outro lado, o risco de oligopólio assume caráter internacional devido à sua intensidade, trazendo quatro riscos e quatro desafios jurídicos: político, econômico, ambiental e sanitário. É de bom alvitre ressaltar que o risco de oligopólio por parte das sementeiras multinacionais existe em função de sua capacidade de fazer incidir mecanismos de propriedade intelectual, sobre suas sementes, segundo as normas internacionais como as da UPOV ou da OMPI⁸, enquanto simples agricultores são incapazes de responder às exigências de estabilidade e uniformidade para requerer uma patente.

Evidentemente, a pesquisa em biotecnologias envolve pesados investimentos, o

que conduz a uma estrutura de mercado de grandes empresas pioneiras, em que não há espaço para pequenos empresários. E o mercado mundial dos transgênicos para o setor agroalimentar tem crescido de maneira fantástica. Mais de 27 milhões de hectares foram plantados em 1998, enquanto apenas 11 milhões em 1997 e 2 milhões em 1996⁹. O mercado mundial de biotecnologia está avaliado em 50 bilhões de dólares, dos quais 30 bilhões só na agricultura¹⁰.

Além dos lucros potenciais que tal mercado oferece, outra de suas características é que ele é dominado por algumas multinacionais. Segundo dados da Rafi (Rural Advancement Foundation International), se as fusões anunciadas se concretizarem, cinco gigantes (Aventis, Dupont, Monsanto, Syngenta e Dow Chemical) controlarão 68% do mercado mundial de agroquímicos e 20% do comércio global de sementes¹¹.

Do sucesso de suas estratégias de pesquisa científica e de comercialização dos resultados¹² poderá surgir o oligopólio em escalas nacionais ou até internacional, que põe em questão a segurança alimentar em escala global. Consoante esclarece Véronique Lorelle, somente dez empresas de “ciências da vida” possuem 30% das sementes do mercado mundial, transgênicas ou não¹³. Esse problema concerne tanto aos agricultores e consumidores nacionais quanto aos tomadores de decisão em nível internacional.

A última especificidade desse comércio de produtos da biotecnologia que será analisada aqui é que ele pode trazer riscos de natureza político-econômica e ambiental-sanitária. Se os primeiros são mais claros, a comunidade científica ainda não conseguiu estabelecer a inocuidade dos OGM para o meio ambiente e nem para a saúde humana¹⁴.

A interdependência das políticas agrícolas nacionais torna-se mais intensa com a questão da biotecnologia aplicada ao

setor agroalimentar. No início dos anos 90, as multinacionais começaram a apresentar aos mercados norte-americano e europeus seus produtos agrícolas transgênicos, destacando suas vantagens relativas ao período de maturação, custo de produção, resistência a herbicidas, valor nutritivo, entre outros¹⁵.

Após milhões de dólares gastos com pesquisas de transgênese, e cerca de duas décadas de pesquisas, tornou-se vital para elas “garantir” a venda da mercadoria. A única solução foi então comprar empresas que controlavam a distribuição de sementes em diversos países. Ou seja, da produção em laboratório até a venda, toda a cadeia de distribuição, se fosse controlada, traria um poder comercial formidável a uma dezena de empresas que travam uma concorrência acirrada entre si, em um contexto de oligopólio. Cabe ressaltar que esse início de “nova revolução agrícola” teria sido menos combatido não fossem as estratégias de implantação no mercado dessas firmas produtoras, as quais subestimaram questões culturais, como a desconfiança do consumidor nas suas instituições de controle sanitário, o nível de amadurecimento das suas instituições de defesa, a consciência sobre direito à informação, e os traumas recentes com a falta de precaução das autoridades públicas como a “síndrome européia da vaca louca”, Creutzfeldt-Jakob, do sangue contaminado (França), que causaram centenas de mortes.

Todavia, a implantação dessas empresas em diversos mercados nacionais nos últimos anos criou novos desafios em nível internacional. Essa demonstração de força das empresas em face do resto do mundo alarmou diversos setores da sociedade dos dois lados do Oceano Atlântico, isso porque os riscos que ela esboça implicam pelo menos quatro dimensões: política, econômica, ambiental e sanitária.

A primeira preocupação é política e concerne à segurança alimentar da humanidade inteira. Mesmo se os últimos dados

da FAO indicam que produzimos quase 30% a mais do que precisamos para nos alimentar, calcula-se que mais de 1,2 bilhões (alguns autores chegam a dizer 2,7 bilhões¹⁶) de pessoas no mundo são subalimentadas e concentradas em alguns países, notadamente no continente africano. Caso as empresas multinacionais consigam patentear produtos agrícolas a ponto de tornarem dependentes os principais produtores agrícolas do mundo, a segurança alimentar dependeria inelutavelmente da boa vontade de empresas privadas em permitir uma produção agroalimentar suficiente¹⁷. Teriam acesso à comida aqueles que pudessem pagar o preço imposto pela “OPEP das sementes”, formada por empresas privadas que poderiam impor restrições da oferta para controlar preços. Nessa hipótese, a margem de manobra das autoridades políticas seria reduzida em função dos direitos de propriedade intelectual e da incapacidade dos agricultores de apresentar alternativas rápidas e satisfatórias sem a participação das empresas sementeiras.

Em 1996, na Cimeira Mundial de Alimentação sob a égide da FAO, decidiu-se diminuir até 2015 para a metade o número de pessoas subalimentadas no mundo. Se depender da evolução política do regime de biossegurança e de propriedade intelectual, eles morrerão provavelmente é de fome. Outrossim, o grande desafio é alimentar, mas o risco é também de gestão da variedade de produtos agrícolas em face do risco de erosão genética que pode ser criado pela introdução de sementes OGM nas lavouras tradicionais¹⁸.

O segundo risco é econômico e social. Nos Estados Unidos, onde o Congresso resolveu diminuir subsídios aos agricultores para que eles se adaptem às leis do mercado, os casos de empresas familiares falidas têm aumentado significativamente nestes últimos anos, quando grandes grupos entraram no setor agroalimentar

e de distribuição. O Canadá também segue o mesmo caminho. Na União Européia (UE), onde os agricultores são altamente subvencionados e protegidos da concorrência, o mercado dos transgênicos é muito menor e ainda não causou tais estragos. Todavia, se os agricultores tornarem-se dependentes exclusivos das sementeiras e submissos às condições draconianas que elas já começaram a impor (por exemplo: escolha da safra, compra casada semente-pesticida...), poderá haver uma ameaça grave de desequilíbrio social no interior de certos Estados, principalmente daqueles onde a tensão de êxodo rural ainda é fonte de problemas.

No Brasil, a questão é colocada primeiro em termos de mercado, pelo seu grande volume de produção e pela importância da nossa exportação de grãos. O debate é um exemplo claro das três funções principais da agricultura: garantir a segurança alimentar nacional, trazer dólares para o país e garantir empregos ligados ao meio ambiente e à sua boa gestão. O Brasil é o terceiro maior produtor mundial de soja e seus maiores concorrentes já adotaram sementes transgênicas: os Estados Unidos, Argentina, Canadá, México e China. Mais do que isso, uniram-se no Grupo de Miami¹⁹ para negociar o Protocolo de Biossegurança, e fizeram-no naufragar na Colômbia em 1999.

Por enquanto, os agricultores brasileiros são reféns da política caótica e sabem que estão perdendo tempo sem poder escolher o que plantar na próxima safra. Na esperança de que a CTNBio libere a soja RR, alguns contrabandeiam sementes da Argentina, outros já desistiram, e outros plantam escondido, conscientes, no entanto, de que suas lavouras poderão ser queimadas pela polícia. No meio do tiroteio entre multinacionais e ONGs, os brasileiros tentam-se mobilizar por meio do IDEC, Greenpeace, SBPC e de associações de agricultores ou cooperativas rurais.

Alguns Estados, como o Rio Grande do Sul, apresentam uma visão diferente sobre a agricultura e proíbem os transgênicos, oferecendo outras alternativas aos agricultores que já haviam adquirido essas sementes²⁰. A repercussão de tais medidas, entre outras, foi a maior confiança dos consumidores europeus – e conseqüente preferência de compra – nos produtos dos gaúchos.

A terceira ameaça é de origem ambiental, fonte de intermináveis querelas ao longo de todo mecanismo de tomada de decisões relativo à liberação de OGM no meio ambiente. Com efeito, o risco principal é a “contaminação genética”, isto é, que espécies nativas adquiram os genes das espécies modificadas, colocando em risco a perpetuação de espécies puras *in situ*, a proliferação de insetos menos sensíveis aos agrotóxicos²¹ e resultados não esperados nos testes realizados. Outro problema seria se plantas daninhas (ou não) adquirissem imunidade a herbicidas e bactérias, provocando graves desequilíbrios em curtas cadeias alimentares no primeiro tempo. Por enquanto, a comunidade científica mundial ainda não sancionou a nocividade e nem a inocuidade dos OGM *vis-à-vis* à biodiversidade, mas já existe um consenso na União Européia para a proibição de comercialização de OGM com genes de bactérias, como o milho Bt. Ademais, as poucas experiências científicas publicadas tiveram efeitos importantes na Europa, especialmente a dos ratos alimentados com batatas transgênicas e a das borboletas monarca, que influenciou a decisão da Comissão Européia de suspender a homologação do milho transgênico²².

Importa destacar a falta de equilíbrio entre as fontes de financiamento de pesquisas pró e contra transgênicos. De um lado, existe uma forte concentração de empresas agroquímicas transnacionais interessadas na comercialização desses produtos e também em resultados favorá-

veis nas análises de impactos ambientais, o que compromete a independência dos especialistas envolvidos. Do outro, grupos ambientalistas contrários aos transgênicos incondicionalmente (com menores recursos, mas também importantes). No meio, entidades públicas e pesquisadores independentes que procuram buscar resultados mais neutros das conseqüências prováveis dos produtos transgênicos. Mesmo as entidades públicas com métodos mais isentos são questionadas, como na França, onde a análise para a liberação intencional de um organismo geneticamente modificado no meio ambiente é refeita pelos órgãos públicos e sem participação financeira das empresas interessadas.

Nesse contexto de desigualdade de produção de informações neutras e confiáveis, a existência de estudos pró-transgênicos tende a ser muito mais importante do que os estudos que colocam em causa as incertezas desses produtos. Alguns cientistas renomados denunciam a insuficiência de estudos satisfatórios para a liberação (já ocorrida) de alguns transgênicos, em detrimento do interesse público; como bem relata Allison Snow, as pesquisas em avaliação de riscos de transgênicos não acompanha o ritmo de produção de novas variedades e o seu lançamento no mercado²³.

Em países com menor estrutura instalada e capacidade de investimentos em análises de segurança de riscos, mas de grande interesse pelo potencial de consumo e produção de produtos transgênicos, o problema se agrava ainda mais. Entre esses, o Brasil se destaca por ser pólo de intensa discussão e interesse. Apesar de ter constituído uma comissão nacional de biossegurança, é flagrante a incapacidade das autoridades brasileiras em reavaliar as provas apresentadas e refazer com independência os estudos apresentados, como o fazem (não sem questionamentos quanto a métodos utilizados) as autoridades européias.

Por último, o debate conduz às questões relativas à saúde humana. Os riscos foram enumerados de acordo com as prioridades segundo as quais são tratados no contexto brasileiro e, freqüentemente, na França. Apesar do ceticismo dos consumidores europeus em face das biotecnologias por causa de outros problemas como a “doença da vaca louca” e o frango contaminado com dioxina, não existe alarmismo irracional da parte dos consumidores, mesmo se centenas de pessoas foram contaminadas e muitas morreram. Entretanto, houve um forte movimento de denúncia e contestação, a única maneira de mobilizar as opiniões públicas de várias nacionalidades ao mesmo tempo, para exigir segurança alimentar em termos gerais.

O que existe são ONGs que publicam na *Internet* uma lista atualizada de produtos que contêm OGM e outros que os continham e foram reelaborados com matérias alternativas. Além disso, elas elaboram cartas-padrão a serem enviadas às grandes redes de distribuição como Nestlé, Danone, Cadbury’s solicitando boicote aos OGM. Esperamos que os brasileiros copiem essa iniciativa para assegurar a informação e a proteção do direito dos consumidores de escolher os produtos em plena consciência²⁴. Se as instituições políticas têm-se mostrado ineficientes ou lentas, cabe à opinião pública – formada pelos consumidores que somos todos nós – conduzir o debate a providências concretas, como está acontecendo na UE.

3. Um fracasso político global?

O risco potencial ou os efeitos do consumo de OGM para o metabolismo humano ainda não foram cientificamente comprovados, o que, de uma certa maneira, justifica a inação política e jurídica. Enquanto não houver fetos mal-formados ou novos tipos de câncer, não há razão para se esperar que as autoridades políticas insiram medidas de precaução no meca-

nismo de tomada de decisão. Essa é exatamente a realidade política que várias ONGs e representantes da opinião pública se esforçam em mudar.

Outro grande problema é a ausência de instituições fortes em defesa da participação pública na tomada de decisões. Nos países desenvolvidos, o nível de preocupação dos cidadãos atinge um nível razoável de discussão e mobilização, com recursos para estudos de análise, debates e processos judiciais envolvendo grandes especialistas. Infelizmente, no Brasil isso se faz pela boa vontade de alguns interessados. O esforço realizado pelo IDEC e outras instituições de defesa da cidadania no processo da soja é um exemplo. No processo administrativo, no âmbito da CTNBio, que discutiu a soja RR da Monsanto, o estudo de impacto ambiental sequer foi requisitado, a comissão nacional de biossegurança não foi sensível às preocupações necessárias. O estudo de impacto teve de ser exigido por meio do Judiciário²⁵.

Os estudos, mesmo jurídicos, tanto da parte da empresa transnacional interessada, quanto dos consumidores foram muito consistentes. A grande diferença é que, de um lado, os profissionais contratados foram muito bem remunerados e, de outro, houve um trabalho voluntário. Até quando as instituições de defesa da cidadania vão poder contar com trabalho voluntário é uma dúvida. Esse quadro reflete a imaturidade do sistema democrático brasileiro, que está longe de contar com a pressão da opinião pública para exigir providências políticas adequadas. Entretanto, não se deve olvidar que, se os produtos derivados de OGM forem banidos dos mercados europeus, eles serão vendidos nos mercados menos regulamentados, como sempre aconteceu com remédios e pesticidas.

Por enquanto, na UE, os governos mais hostis aos OGM não são esses nos quais os agricultores são ameaçados, mas os que

têm menos interesses no mercado mundial de transgênicos, por não terem tecnologia competitiva e/ou produção agrícola importante, como a Grécia (que propôs a moratória pura e simples na reunião de ministros de meio ambiente em junho de 1999). Isso demonstra apenas a miopia política de certas autoridades que se concentram prioritariamente em decisões de curto prazo.

Uma moratória seria uma solução política estéril e inibidora do progresso científico²⁶. A oposição vem, vale ressaltar, de países com menor interesse no mercado dos produtos transgênicos, o que elimina a hipótese de a moratória ser um artifício político para se ganhar tempo e alcançar o nível tecnológico pela ausência de concorrência de países desenvolvidos como Japão ou Estados Unidos. Além do mais, ainda que partisse de países onde a biotecnologia agrícola tem maior influência, uma moratória tem tanto sobre as empresas européias com estrangeiras, logo a competição não seria um empecilho de fato.

4. Procedimentos europeus e brasileiro: alguma semelhança?

Importa explicar como se dá o procedimento político-administrativo para a disseminação de OGM na Europa, que tem criado certos desentendimentos no Brasil. Primeiro, a indústria interessada pede a autorização no âmbito nacional. Se o país conclui pela admissibilidade da liberação, a empresa é obrigada a demandar a autorização de todos os países da Comunidade Européia. Cada país, então, analisa o dossiê e faz seus estudos, dando um parecer se aceitam ou não a liberação. Nesse momento, as diversas posições dos 15 são analisadas, as diferenças culturais têm maior efeito nessa etapa. Se não houver um acordo unânime sobre a liberação, a Comissão Européia pede a votação do Conselho de Ministros do Meio Ambiente, que deve decidir por maioria absoluta dos votos. Se ainda não houver a

maioria absoluta, o que raramente ocorre, a Comissão Européia convoca sua própria comissão independente de *experts* e toma uma decisão definitiva.

Interessa que o Brasil contém apenas a análise de uma comissão técnica nacional (CTNBio) e, na Europa, todos os 15 países analisam e julgam, segundo seus critérios, quando decidem quais riscos estão dispostos a admitir. Interesses científicos, políticos e culturais são colocados em jogo. Os procedimentos europeu e brasileiro são diferentes, não somente quanto ao método de análise de riscos utilizado (independente – realizado pelo Estado e não pela empresa, e muitas vezes de forma distinta para cada um dos quinze países), mas pelos diversos e complexos níveis envolvidos, pelo nível de interferência das instituições democráticas no debate e na discussão das diferenças culturais, em um nível supranacional. Portanto, tais procedimentos não se confundem, sequer se assemelham, ao contrário do que insistem dizer alguns da área biológica.

O caso do milho da Novartis é um exemplo eficaz das diferenças entre os modelos. Em novembro de 1994, a Novartis pediu a autorização ao governo francês para liberar comercialmente o milho. O pedido, seguindo o procedimento legal, foi realizado ao Ministério da Agricultura, que pediu o parecer da Commission du Génie Biomoléculaire (CGB). Em março de 1995, depois de consultar a Section de l'Alimentation et de la Nutrition du Conseil Supérieur d'Hygiène Publique da França, a Commission du Génie Biomoléculaire deu seu parecer favorável.

O Ministério da Agricultura concedeu então também seu parecer favorável à liberação (no sistema brasileiro, a discussão teria terminado aqui). A Novartis, em seguida, teve de pedir a autorização em nível comunitário. Nesse momento, Luxemburgo, Itália, Noruega e Áustria deram parecer contrário à importação e/ou plantio do milho, alegando que os dados

colhidos pela França não eram satisfatórios para garantir a inocuidade do OGM. Como não havia consenso, a Comissão Européia pediu uma decisão ao Conselho de Ministros do Meio Ambiente, em junho de 1996. Porém, o Conselho de Ministros não conseguiu chegar a uma decisão por maioria qualificada.

O processo voltou então para a Comissão Européia. Em julho, os três comitês científicos competentes foram consultados: comitê científico sobre alimentação animal, comitê científico sobre alimentação humana e comitê científico sobre pesticidas. Em dezembro, cada um dos três deu seu parecer favorável à liberação. Em janeiro de 1997, a Comissão Européia decidiu finalmente pela liberação do milho.

Mais uma vez, o processo retornou para o nível nacional. Em fevereiro do mesmo ano, o Ministro da Agricultura da França autorizou a liberação da importação e, uma semana depois, o Governo decidiu não autorizar o plantio. Em setembro, o Ministro do Meio Ambiente pediu a análise do processo perante o Comitê de Prevenção e de Prevenção, que, por sua vez, recomendou a interdição do milho. Finalmente, em fevereiro de 1998, o Ministro da Agricultura permitiu o registro da variedade e deferiu o pedido²⁷.

5. O Protocolo de Biossegurança 2000

Os principais riscos de desigualdade entre atores internacionais num contexto de dominação do mercado mundial de biotecnologia alimentar já foram debatidos intensamente na América do Norte e na Europa. Entretanto, o fracasso político é flagrante na regulamentação de mecanismos de prevenção e de precaução, em função de interesses econômicos praticamente inconciliáveis. Provavelmente, a maior ilustração do impasse foi a negociação, em fevereiro de 1998, do Protocolo de Biossegurança na Colômbia, sob a égide da Convenção sobre Diversidade Biológica.

Durante as negociações, formaram-se dois grupos principais: o primeiro foi o “Grupo de Miami”, que se opôs às restrições comerciais de produtos derivados de OGM e às considerações sócio-econômicas da avaliação de riscos e de procedimentos de acordos; e recusou a responsabilização de empresas privadas em caso de danos. O outro grupo, denominado *like-minded countries*, composto pela maioria dos países em desenvolvimento, não conseguiu impedir que o Protocolo fosse adiado até o ano 2000. Nesse grupo estão países como o Brasil e representantes da União Européia, unidos pela defesa do direito de não importar OGM; de interromper uma importação já autorizada caso novas evidências científicas fundamentem tal decisão; responsabilização civil das empresas; possibilidade de exigir compensações caso ocorra dano; e impor rotulagem obrigatória de produtos derivados de OGM (vacinas, remédios ...).

O Grupo de Compromisso, formado principalmente pelo Japão, Suíça e Finlândia, destacou a importância da informação e do direito do país importador de decidir sobre a compra de produtos, contrariamente ao que estipula a OMC.

A rotulagem de produtos implica uma série de questões, a começar pela distinção entre quais contêm OGM e quais não, além do preço da operação e da desconfiança crescente dos consumidores do mundo inteiro. Sem rótulos específicos, os consumidores tenderiam a acreditar que duas latas de milho são iguais e a transgênica seria provavelmente mais barata, apesar das controvérsias sobre os custos reais da produção. Um rótulo discriminatório afetaria o consumo de produtos derivados de transgênicos, o que explica a resistência das empresas em aceitar essa condição. A maior consequência da rotulagem é, sem dúvidas, a necessidade de criação de duas cadeias de produção separadas, a fim de garantir a traçabilidade dos produtos, que devem ser controlados por instituições in-

dependentes e confiáveis, como já existem vários na Europa. Seria então possível imaginar um controle rigoroso da quantidade de OGM no derivado de soja usado por uma determinada marca na fabricação de um produto dado. Falta ainda ressaltar a probabilidade de que certos produtores ou intermediários tentem burlar as leis e os controles.

Com efeito, essas reivindicações do grupo *like-minded countries* aproximam-se do princípio de precaução, segundo o qual medidas de restrição podem ser adotadas antes que ocorra um dano grave, ou que se prove a ligação entre os danos causados e a produção de OGM. Essa foi outra controvérsia durante as negociações, agravada pela necessidade de “inversão do ônus da prova”²⁸.

Nas negociações de Seattle em 1999, os Estados Unidos mais uma vez tentaram chamar a competência da resolução de conflitos para a OMC, sem êxito, pela resistência européia. O acordo estabelecido entre as duas superpotências deve evitar um *panel* sobre o assunto, pelo menos nos próximos dois anos. Contudo, se as resoluções de conflitos fossem competência exclusiva da OMC, não seriam considerados os aspectos sociais da questão, o direito do consumidor e o princípio de precaução, visto que a OMC determina que nenhuma recusa de importação pode ser justificada sem provas científicas concretas. Em guisa de ilustração, a UE foi condenada pela OMC quando recusou comprar carne com hormônio dos Estados Unidos.

Entretanto, a maioria oposta ao Grupo de Miami apresentou uma divergência que é a base de sua fraqueza política: enquanto a União Européia, entre outros, é favorável à criação de um mecanismo de resolução de conflitos no âmbito do Protocolo de Biossegurança, o Brasil e outros Estados não concordaram, pois já existem mecanismos previstos na OMC e a criação de um novo mecanismo internacional conduziria à renegociação de acordos da

OMC e causaria maior lentidão política ainda. Assim, quando o Protocolo de Biossegurança for ratificado pelos signatários e entrar em vigor, essa superposição de competências de organismos internacionais causará graves controvérsias.

Nesse contexto político global, está clara a batalha entre norte-americanos e europeus, traduzida pela dicotomia OMC/ONU. A ONU prevê instrumentos específicos para a resolução de conflitos dessa natureza, tanto que o Protocolo de Biossegurança foi realizado no âmbito da regulamentação da Convenção da Biodiversidade de 1992. A OMC, ao contrário, até o presente momento, tem-se esquivado de entrar no mérito da validade do princípio da precaução. Na prática, a não-análise prejudica aqueles que alegam o princípio, e o resultado é o mesmo que o seu não-reconhecimento²⁹.

Porém, o Brasil tem uma posição muito especial na negociação desse Protocolo, em função do volume de seu mercado agrícola e de ser o maior produtor mundial de soja não-OGM. Por isso algumas empresas francesas já visitaram lavouras brasileiras, a começar por Carrefour. Teoricamente, se o Brasil conseguir se livrar dos OGM, não terá dificuldades de exportar sua produção, mesmo se ela for mais cara. Por outro lado, mesmo os países que estão banindo os OGM se interessam pela pesquisa sobre o tema. Por isso, seria interessante as autoridades brasileiras se empenharem mais no controle de importação e contrabando de OGM, para proteger todos os atores que participam dessa controvérsia e forjar uma posição política mais firme para as controvérsias futuras.

6. Atores da biossegurança e seus dilemas

Entre as razões do fracasso das negociações do Protocolo, está a miríade de atores e seus interesses específicos, que foram divididos em seis grupos aqui, por uma questão de clareza acadêmica. O primeiro

é composto por autoridades públicas que participam do mecanismo e tomada de decisão. Nos Estados Unidos, para liberar a comercialização de produtos novos, as agências FDA (Food and Drug Administration) e EPA (Environmental Protection Agency) consideraram que existia uma “equivalência substancial” entre OGM e produtos não-modificados, portanto descartaram a necessidade de estudos científicos específicos.

Na União Européia e no Brasil, ao inverso, a controvérsia virou confusão, e, mesmo se autoridades poderosas consideraram que há diferenças significativas entre os dois tipos de produtos, ninguém conseguiu se impor ainda³⁰. Mas o dilema das autoridades políticas é praticamente o mesmo: assegurar as suas respectivas exportações sem perder em competitividade e responder de maneira satisfatória às pressões de ONGs internacionais e nacionais que conseguiram mobilizar a opinião pública em vários países, principalmente dentro da Europa dos Quinze. Em outras palavras, garantir o desenvolvimento científico com absoluta segurança alimentar. Assim, pode-se notar uma flexibilização no discurso político dos Estados Unidos, que evocam quatro pilares essenciais da biotecnologia na nova formulação de sua política: consumidores, produtores, mercados e cidadania, de tão temerosos de que a opinião pública do velho continente “contamine” a opinião americana.

Na verdade, tal contaminação já começou. Nem os agricultores, nem os consumidores norte-americanos tinham sido sensíveis à discussão sobre os potenciais riscos dos produtos transgênicos. Com a recusa dos consumidores europeus e dos grandes grupos atacadistas de comprar os grãos norte-americanos, os agricultores se sentiram traídos pela confiança cega em suas instituições governamentais, como FDA ou USDA. Somente com a recusa do mercado estrangeiro a discussão se iniciou nos Estados Unidos, principalmente pelas

associações de pequenos e médios agricultores, que prometeram fomentar o debate interno.

E o dilema político, de uma maneira geral, se traduz-se facilmente pela escolha entre abrir mercados e investir em biotecnologia ou proteger os consumidores. Isso porque, em um mundo globalizado, não se pode mais pensar em progresso em P&D sem os investimentos da iniciativa privada e das multinacionais da biotecnologia. No Brasil, entretanto, parte significativa desse dilema é informar a sociedade e provocar debates para ter apoio de uma opinião pública consciente. Outra parte é tomar uma decisão e sustentá-la a longo prazo, evitando o contexto “ioiô” de decisões políticas e jurídicas contraditórias.

O segundo grupo são as multinacionais, que vêm investindo fortunas em biotecnologias há cerca de vinte anos. O dilema delas é muito complicado: continuar investindo para se beneficiarem logo do progresso tecnológico ou atacarem no *marketing* e fazerem o papel de “mecanismos de informação” dos consumidores antes que a situação se torne dramática? Esta última parece ser a opção tomada para a Europa, onde várias campanhas de informação sobre OGM foram lançadas. Esse é um jogo de vida ou morte, em que as empresas não estão-se unindo, mas agindo de forma autônoma e diferenciada. Como o mercado global de produtos transgênicos é dominado por poucos atores, as diferentes táticas no tratamento das reações dos consumidores podem trazer grandes diferenças de cenário. Do altíssimo grau de competitividade global nasce a impossibilidade de elas prepararem uma estratégia conjunta de entrada no mercado internacional.

Para os agricultores, os mais diretamente implicados e portanto nem sempre os mais atuantes, o exemplo da França apresenta alguns aspectos muito positivos. Eles estão-se organizando cada vez melhor e se informando para reagir às sanções

econômicas que os Estados Unidos ameaçam empregar. Eles abriram diálogo direto com ONGs e com a opinião pública para sensibilizar a todos sobre a importância social do setor agrícola. Os brasileiros se organizam em cooperativas (nos Estados do Rio Grande do Sul e de Mato Grosso do Sul por exemplo, com o apoio do PT), mas a interação com ONGs e com o público ainda é muito debilitada. O dilema dos agricultores, de uma forma geral, é se lançar nas novas biotecnologias alimentares ou lutar pela preservação de métodos de melhoramento genético mais tradicionais, arriscando, por isso mesmo, perder em produtividade e competitividade. Para fugir desse dilema, muitos agricultores europeus estão transformando suas lavouras em biológicas, sem fertilizantes e nem pesticidas. Mesmo se seus produtos são mais caros, a demanda tem aumentado significativamente³¹.

O quarto grupo é o dos consumidores (ou cidadãos?), que possuem o maior poder de influenciar na tomada de decisões entre todos atores, mas ainda não se organizaram o suficiente para criar uma “consciência coletiva” capaz de defender seus interesses eficazmente. Na União Européia, eles exigem mais informações e estão prontos a pagar o preço da etiquetagem para poderem garantir seu sagrado direito de informação e escolha. Do outro lado do Atlântico, os consumidores começam apenas a desconfiar daquilo que os ingleses apelidaram “comida Frankenstein”. Enquanto os norte-americanos acompanham o debate sob um ponto de vista de guerra comercial entre os dois maiores produtores agrícolas do planeta, os brasileiros são tão mal-informados que ainda não têm uma idéia clara sobre o assunto. Como explicar-lhes que colocaram genes de peixe nos morangos para aumentar a resistência das frutas ao frio?

A má distribuição de renda no Brasil e a precariedade dos instrumentos de participação democrática fragilizam ainda

mais os consumidores. Isso tudo agrava o direito à informação, um dos principais direitos para o exercício da cidadania em países de democracia melhor consolidada como o Brasil (CF 1988). Se o brasileiro já não tem acesso à discussão em maior profundidade, como o consumidor europeu, que é bombardeado diariamente com informações por todos os instrumentos de mídia sobre riscos e benefícios dos OGM, impedi-lo de saber sequer se um produto é transgênico ou não significa retirar do consumidor qualquer opção de escolha.

Bobbio fala sobre uma nova era de direitos, com mais instâncias de participação democrática (elegendo-se diretores em escolas, associações de bairro, orçamento participativo...), mas seria interessante analisar também os retrocessos desse avanço democrático impostos em casos específicos pelas grandes empresas transnacionais. Ora, o Código de Defesa do Consumidor dispõe (há anos, e antes dele outras normas) sobre a necessidade de informações nos rótulos, o que não é questionado em nenhum país com nível médio de desenvolvimento. Na prática, criam-se novos instrumentos artificiais para evitar o exercício do direito à informação, como o princípio da equivalência ou a simples omissão da qualidade “transgênico”. A ilegalidade (tanto constitucional, como infraconstitucional) de tais artimanhas técnicas é flagrante e seria identificada por qualquer estudante médio de primeiro ano de direito. Cabe ressaltar, outrossim, que não se advoga contra a tecnologia “transgênica”, benéfica em inúmeros casos, mas pelo direito à informação, um dos requisitos básicos para o exercício da cidadania.

O debate no Brasil só foi realmente acelerado depois da liberação da CTNBio das primeiras licenças de soja, e os consumidores nunca foram realmente consultados sobre a questão. Os consumidores estão entre o dilema de comprar mais barato ou exigir explicações e garantias, mas exigir o quê? E as ONGs, quanto a elas, o para-

doxo é pressionar as autoridades para proteger os consumidores e o meio ambiente, criticá-las mas ao mesmo tempo reforçar o papel do Estado como ator internacional, participar das negociações internacionais e manter a credibilidade em face das opiniões públicas do mundo inteiro.

É certo que a legislação brasileira está entre as mais democráticas do planeta, ao obrigar a divulgação em jornais de grande circulação sobre qualquer liberação intencional de produtos geneticamente modificados e convocar posições contrárias. O problema está na ineficácia prática de tais dispositivos. A legislação exige que em quinze dias as pessoas contrárias à liberação intencional de um OGM no meio ambiente apresentem estudos fundamentados justificando sua posição. Os cidadãos não têm acesso aos dados completos das pesquisas realizadas, protegidos por direitos de propriedade intelectual, pela linguagem técnica e, muitas vezes, em outras línguas, sequer dispõem de recursos financeiros para contratar especialistas para realizarem estudos técnicos do mesmo nível do realizado pelas transnacionais. Resultado: o óbvio, os instrumentos legais de democratização do tema viram letra morta e as associações de defesa dos consumidores têm de recorrer ao Judiciário, valendo-se de instrumentos mais equitativos de defesa social.

O quinto grupo, que causou enorme surpresa no debate global, foram as cadeias de distribuição e grandes marcas multinacionais. O grande desafio delas é escutar as demandas da sociedade e traduzi-las em estratégias comerciais antes que os concorrentes o façam. Isso gerou um fenômeno de reação em cadeia, que fez com que, quando um anuncia uma política, todos seguem o mesmo passo, como aconteceu quando Marks and Spencer decidiu garantir que produtos com sua marca não conteriam OGM. Em seguida, houve declarações de Carrefour, Migros³², e tantos outros no mesmo sentido.

As grandes marcas, como Nestlé, resolveram adotar políticas idênticas, muitas vezes com iniciativa fundamentada na demanda por cartas de consumidores. Interessante assinalar que marcas francesas, como Bonduelle, colocaram etiquetas vermelhas nas latas de milho, garantindo ausência absoluta de OGM. Foi exatamente a mesma providência que as autoridades francesas adotaram para garantir a carne de origem nacional sem risco de “vacas loucas”. Força é de constatar que esses atores desviaram o rumo do debate, saíram da fatalidade dos OGM e abriram novas oportunidades de soluções, como a viabilidade da criação de duas cadeias de produção separadas.

O último grupo representa a comunidade científica do mundo inteiro, incumbidas da responsabilidade de demonstrar se os OGM são nocivos ou não e em quais condições, enfim. Se antes eles eram aplaudidos por uma massa de leigos maravilhados, agora já existem críticas severas a uma ciência que não conhece mais limites e nem ética, que clona criaturas vivas e cria outras que a natureza não conhece. O dilema da comunidade científica seria continuar pesquisas cada vez mais financiadas pelo setor privado e convencer a sociedade de que ela progride para o bem-estar da humanidade, ou adotar a precaução de testar por algumas décadas a nocividade ou não de suas últimas criações e assegurar à sociedade uma vida sadia. Sem dúvidas, estamos em um momento de debates atrasados entre cientistas e a comunidade, de “déficit democrático”, que se agrava quando um dos lados perde a confiança nas autoridades políticas.

Criou-se, então, o paradoxo da decisão política, que por natureza deve incorporar diversos interesses legítimos da mesma sociedade (cientistas e leigos). Se a avaliação do risco de OGM, por exemplo, for definida simplesmente como uma questão técnica, ela é automaticamente retirada da esfera pública de debate. Mas são os cien-

tistas os atores mais legitimados para tratar do assunto? Dessarte, níveis aceitáveis de risco (decorrentes do progresso científico) deveriam ser fundamentados por um sistema regulatório eficiente, para o qual a informação técnica estaria disponível em escala planetária. Seria possível realizar tal projeto?

7. Conclusão

Haja vista a complexidade do debate sobre biossegurança, tanto em nível nacional quanto global, agravada pela falta de mecanismos de informação e de participação política, impõe-se a seguinte conclusão: é papel dos consumidores (e cidadãos) lutar pela execução real dos dispositivos de segurança alimentar e papel do governo brasileiro (CTNBio, Ministérios, governos estaduais...) ser mais sensível aos anseios populares e melhor respeitar o povo brasileiro e o Estado democrático de direito(s). Cabe salientar que não se trata de impedir o progresso da ciência, considerações éticas à parte, mas primeiro exigir um progresso com responsabilidade, ou seja, seguro. Vimos que, em certos países desenvolvidos, as autoridades políticas e as empresas privadas cederam sob pressão pública, canalizada por ONGs e outras formas associativas. Falta que o modelo se repita e se adapte a outras realidades nacionais, principalmente ao sul do Hemisfério.

Outras questões também precisam ser ressaltadas. O debate sobre a independência alimentar (dos Estados) e produtiva (dos agricultores) foi apenas iniciado. Como a biotecnologia agroalimentar deformará os interesses em jogo? Se é verdade que o oligopólio de OGM dificulta a repartição de riquezas e de tecnologia no cenário internacional, aumentando por isso mesmo a disparidade entre Estados “soberanos”, por que as organizações internacionais não representam os interesses das partes lesadas?

A última crítica destinada aos cultivares geneticamente modificados é que eles bloqueiam o desenvolvimento de uma verdadeira agricultura sustentável, pois contribuem para o desenvolvimento de monoculturas motivadas pelo rendimento; não respeitam a maximização da fertilidade do solo; podem empobrecer o solo por ataque aos micro-organismos; e não contribuem para a estabilidade de pequenos agricultores. Mas essa é uma idéia que reflete a ação do homem em geral, que trabalha por lucros rápidos e menores gastos, e todos somos responsáveis por isso.

Com a adoção do Protocolo de Biossegurança, as novas questões são como o documento será relacionado às legislações domésticas, controvérsias do comércio internacional, preferências de mercados e desenvolvimento tecnológico. Mas as grandes discussões são previstas principalmente no que concerne à resolução de conflitos comerciais do setor agroalimentar, em face da OMC. O Protocolo consagrou o princípio de precaução, enquanto a OMC já consolidou a impossibilidade de recusar importações sem evidências científicas. Caso a OMC venha a julgar uma controvérsia envolvendo OGM, ela não é obrigada a acatar o Protocolo³³, e até pode, então, condenar o importador que discrimine produtos transgênicos.

Surge uma última questão: OMC ou Protocolo de Biossegurança, qual mecanismo político-jurídico internacional poderia evitar o risco de um contexto de oligopólio biotecnológico? Na verdade, a questão pode ser colocada em outros termos: deixar as leis do mercado ou das instituições duvidosamente democráticas serem as garantidoras de mecanismos contra a desigualdade internacional? Melhor as autoridades brasileiras pensarem nisso com urgência; o Brasil é um grande exportador agroalimentar e grande mercado consumidor; sua posição *sui generis* é fonte de poder no cenário internacional, mas só até o novo direito internacional dos transgênicos ser estabelecido.

Notas

¹ VIOLA, E. *Incertezas de sustentabilidade na globalização*. Campinas : UNICAMP, 1996.

² Ver, por exemplo, Badie & Smouts (1999) sobre a origem e as consequências das novas fraturas sociais em escala planetária, e a dialética da integração/exclusão, p. 180.

³ HURRELL, A. e WOODS, N. *Inequality, globalization and world politics*. 1999. p. 1.

⁴ ROCHER, J. *Après les feux de paille: politiques de sécurité alimentaire dans les pays du sud et mondialisation*. 1998. p. 42-44.

⁵ Consultar, por exemplo, Laïdi (1994), que explica as mutações das relações entre Estados soberanos e outros atores a partir da nova realidade internacional.

⁶ Documento assinado em Montreal, em fevereiro de 2000. Mais de 750 participantes representaram 133 governos, ONGs, organizações industriais, comunidade científica e mídia.

⁷ Rocher, op. cit., p. 13.

⁸ A União para Proteção de Novas Obtenções Vegetais (UPOV) garante a propriedade intelectual por meio de proteção de cultivares. A Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI, que incorpora a UPOV) prevê outras modalidades de propriedade intelectual de plantas, como patentes, em diversas escalas (seqüências de DNA, patentes de espécies de plantas, entre outros). No ordenamento jurídico brasileiro, a proteção de cultivares é garantida pela Lei nº 9.456/97 e a propriedade intelectual por patentes pela Lei nº 9.279/96 (que não admite o patenteamento de plantas ou parte de plantas).

⁹ Panos. *Information, knowledge and development*. p.3.

¹⁰ EMBRAPA. *Genebio*. Informativo da Embrapa em recursos genéticos e biotecnologia. p. 08.

¹¹ <http://www.rafi.org>, em 2-2-2000.

¹² Segundo Stern, o mercado americano de OGM, cerca de 4 bilhões de dólares em 1999, será multiplicado por cinco em 2004. Ver artigo STERN. La bataille des OGM: les européens sont divisés face aux américains. *Le Monde*. 24-6-99. p. 2.

¹³ LORELLE, V. Les principaux groupes de sciences de la vie sont menacés d'un gigantesque procès anti-trust. *Le Monde*. 17-9-99.

¹⁴ Ver Long-term effects of GM Crops Serves Up Food for Thought. *Nature*. 24-4-1999, v. 398, p. 651-656.

¹⁵ Discurso de Robert Shapiro, Presidente da Monsanto, que pode ser consultado no seguinte site: (<http://www.monsanto.fr/actualite/99/octobre99/monsanto06oct99.html>)

¹⁶ THE COMMISSION on Developing Countries and Global Change. *For Earth's sake*, p. 60.

¹⁷ Se o Escritório de Patentes e Marcas dos Estados Unidos recebeu 4 mil requisições para patentes de seqüências de DNA em 1996 elas foram 500 mil. Ver Marcelo Leite, "Os genes da discórdia. Alimentos transgênicos no Brasil". *Política Externa*, vol. 8, nº 2, Setembro, 1999, p. 4.

¹⁸ Um dos piores exemplos de erosão genética ocorreu em 1845 na Irlanda, quando uma praga nas lavouras de batatas causou a morte de aproximadamente 20% da população em cinco anos (Vetterli, 1998, p. 70) e a imigração de outros 20%.

¹⁹ Composto por Argentina, Austrália, Canadá, Chile, Estados Unidos e Uruguai.

²⁰ Como novas linhas de crédito, com condições especiais.

²¹ SNOW, A., MORAN PALMA, P. Commercialization of transgenic plants: potencial ecological risks? *Bioscience*. p. 95.

²² Ver PLOQUIN, J.C. L'Europe se montre prudente face aux OGM. *Jornal La Croix*, 24-6-99.

²³ SNOW, A. e MORAN PALMA, P. Op.cit., p. 95.

²⁴ O site francês pode ser consultado: www.greenpeace.froue-mail:info.ogm@diala.greenpeace.org

²⁵ 6ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal.

²⁶ NOIVILLE, C. Le droit: outil d'un développement responsable des OGM. In DE LA PERRIÈRE, A. R. B., TROLLÉ, A. *Aliments transgéniques: des craintes révélatrices*. p. 89-100.

²⁷ Começou então uma disputa judicial, entre o Governo e ONGs, que não será analisada neste documento. Vide NOIVILLE, C. Principe de précaution et organismes génétiquement modifié. In: VINEY, Geneviève et KORILSKY, Philippe. *Le principe de précaution*. anexe II.

²⁸ O ônus de provar que o produto não tem OGM é da empresa produtora, de acordo com as normas consumeristas.

²⁹ A OMC julgou dezenas de processos até nos seus poucos anos de existência. Nos poucos que tratavam do princípio da precaução, o mesmo não foi discutido. No entanto, não se pode afirmar que a OMC não o reconheça.

³⁰ Sobre a equivalência química dos OGM e as conclusões que podem ser tiradas, ver MILLSTONE, E., BRUNNER, E., MAYER, S. Beyond substantial equivalence. *Nature*. 7-10-1999.

³¹ Só na França, esse mercado cresceu cerca de 40% nos últimos cinco anos. Um exemplo foi a Gerber, líder nos EUA de alimentação de bebês, que adotou a agricultura biológica por causa da pressão de ONG como a Greenpeace. Ver artigo de LAGNADO, Lucette. Genetically-altered baby foods are being rejected by adults. *Wall Street Journal*, p.01, 30-7-1999.

³² Segundo Dousse, a cadeia de supermercados suíça Migros adotou a política de rotulagem dos OGM e de duas cadeias de produção separadas. Suas marcas Migros-Bio e Migros-Sano garantem a ausência de OGM. Ver livro de DE LA PERRIÈRE, A. R. B., TROLLÉ, A. *Aliments transgéniques: des craintes révélatrices*. p. 61-62.

³³ LEITE, Marcelo, Exportações de transgênicos terão rótulos. *Folha de São Paulo*. 31/jan. 2000.

Bibliografia

- BADIE, B., SMOUTS, M-C. *Le retournement du monde : sociologie de la scène internationale*. Paris : Presses de la Fondation Nationales des Sciences Politiques/Daloz, 1999.
- CONWAY, G. *The Doubly green revolution : food for all in the twenty-first century*. Ithaca, N.Y. : Comstock Pub, 1998.
- DE LA PERRIÈRE, A. R. B., TROLLÉ, A. *Aliments transgéniques: des craintes révélatrices*. Paris : Charles Léopold Mayer, 1998.
- EMBRAPA. *Genebio*. informativo da Embrapa em recursos genéticos e biotecnologia. março, a. 1, n. 2, 1999.
- HURREL, A., WOODS, N. (orgs.). *Inequality, globalization and world politics*. Oxford : Oxford University Press, 1999.
- LAÏDI, Z. *Un monde privé de sens*. Paris : Fayard, 1994.
- LEITE, Marcelo. Os genes da discórdia. alimentos transgênicos no Brasil. *Política externa*. v. 8, n. 2, set. 1999.
- LORELLE, V. Les principaux groupes de sciences de la vie sont menacés d'un gigantesque procès anti-trust. *Le Monde*, 17/09/99.
- MILLER, M.A.L. *The third world in global environmental politics*. London : Lynne Rienner Publishers, 1995.
- NATURE. Long-term effects of GM Crops Serves Up Food for Thought. *Nature*. v. 398, 24/04/1999, p. 651-656.
- NOIVILLE, C. Le droit: outil d'un développement responsable des OGM. In: DE LA PERRIÈRE, A. R. B., TROLLÉ, A. *Aliments transgéniques: des craintes révélatrices*. Paris : Édition Charles Léopold Mayer, s.d., p. 89-100.
- _____. Principe de précaution et organismes génétiquement modifié. In: VINEY, Geneviève et KORILSKY, Philippe. *Le principe de précaution*. Paris : La Documentation Française/Odile Jacob, 2000. anexe 2.
- ROCHER, J. *Après les feux de paille : politiques de sécurité alimentaire dans les pays du sud et mondialisation*. Paris : Édition Charles Léopold Mayer, 1998.
- SNOW, A. & MORAN PALMA, P. Commercialization of transgenic plants: potencial ecological risks? *Bioscience*. v. 47, n. 2, février 1997, p. 86-96.
- STERN. La bataille des OGM: les Européens sont divisés face aux Américains. *Le Monde*. 24/jun. 1999, p. 2.
- THE COMMISSION on Developing Countries and Global Change. *For Earths's sake*. Ottawa : International Development Reseach Centre, 1992.
- VETTERLI, W. Génie génétique appliqué à l'agriculture: un outil dangereux In: DE LA PERRIÈRE, A. R. B., TROLLÉ, A. *Aliments transgéniques: des craintes révélatrices*. Paris : Édition Charles Léopold Mayer, 1998.
- VIOLA, E. e FERREIRA, L. (orgs.) *Incertezas de sustentabilidade na globalização*. Campinas : Unicamp, 1996.
- Sites internet:
www.oneworld.org/panos/, em 02/02/2000
<http://www.rafi.org>, em 02/02/2000
<http://www.monsanto.fr/actualite/99/octobre99/monsanto6oct99.html>, em 02/02/2000

Corte de energia elétrica por falta de pagamento – prática abusiva – Código do Consumidor

Plínio Lacerda Martins

Sumário

1. O fornecimento de energia elétrica como serviço essencial. 2. O consumidor como parte frágil tutelada pela norma do consumidor. 3. A qualidade do serviço público e o atendimento ao consumidor. 4. A teoria da lesão e o direito do consumidor a reparação por danos praticados pelo fornecedor. 5. Da abusividade das práticas comerciais nas relações de consumo. 6. O corte de energia e o constrangimento do consumidor. 7. A antinomia entre a norma do consumidor e outra norma jurídica. 8. O direito fundamental do consumidor e o princípio da proibição de retrocesso. 9. A prática abusiva do corte de serviço essencial.

1. O fornecimento de energia elétrica como serviço essencial

Os serviços de energia elétrica são, sem dúvida, relações de consumo, considerado fornecedor a empresa de energia elétrica, na forma do art. 3º do CDC, e os usuários são consumidores na forma do art. 2º e parágrafo único da norma consumerista.

O serviço de energia é serviço público essencial, subordinado ao princípio da continuidade, na forma do art. 22 do Código do Consumidor, da mesma forma que o serviço de telefonia e água¹.

Enuncia o art. 22 e seu parágrafo único do CDC que

“os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obri-

Plínio Lacerda Martins é Professor de Direito do Consumidor da UGF e Promotor de Justiça.

gados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”.

Cumprido registrar que a Portaria nº 3/99 da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (publicada em 19-3-99) reconheceu como serviço essencial o fornecimento de água, energia elétrica e telefonia².

2. O consumidor como parte frágil tutelada pela norma do consumidor

É cediço que o consumidor é reconhecido na relação de consumo como sendo a parte mais fraca, a merecer a tutela da norma do consumidor no art. 4, I, do CDC³.

O 40º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, realizado em Gramado, concluiu pelo reconhecimento jurídico da desigualdade do consumidor perante o fornecedor⁴.

É de bom alvitre destacar que a Organização das Nações Unidas – ONU editou, em 1985, a Resolução nº 39/248, reconhecendo no art. 1º que o consumidor é a parte mais fraca na relação de consumo. O nosso Código do Consumidor (Lei nº 8.078/90) estabeleceu o princípio da vulnerabilidade, reconhecendo essa fragilidade na sociedade de consumo, possuindo a favor do consumidor a boa-fé objetiva (art. 4, III, do CDC).

Verifica-se em muitos casos que o consumidor não efetua o pagamento não porque não quer, mas porque há situações imprevisíveis que fogem à esfera de sua vontade, tais como o atraso no salário, problemas de saúde, etc. inviabilizando o pagamento da conta de energia elétrica.

Arrimadas a esse fato existem hipóteses de débitos indevidos praticados pelo fornecedor, que, com a ameaça de desligamento, impossibilitam o direito de revisão.

Destarte, o Código do Consumidor tutela a parte mais frágil, que é o consumidor, contra os abusos praticados pelos fornecedores.

3. A qualidade do serviço público e o atendimento ao consumidor

O art. 6º, X, do CDC consigna que é direito básico do consumidor “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”.

O art. 4º do CDC estabelece a política nacional das relações de consumo, cujo objetivo é atender às necessidades dos consumidores, respeitando a sua dignidade, saúde e segurança, providenciando a melhoria de sua qualidade de vida.

Prescreve ainda a legislação consumérista a ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor, garantindo que os produtos e serviços possuam padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho (art. 4º, II, *d*), devendo o Estado ainda providenciar a

“harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (artigo 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores” (art. 4º, III).

O art. 175, parágrafo único, inciso IV da Constituição Federal estabelece:

“Art. 175 – Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único – A lei disporá sobre:

(...)

IV – a obrigação de manter serviço adequado”.

A Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos, estabelece no art. 6º, que “toda concessão ou permissão pressupõe

a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários”, afirmando no § 1º o conceito de serviço adequado como sendo “o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”⁵.

Por fim registra-se que o art. 4º, VII, do CDC imputa ao Estado o dever da melhoria dos serviços públicos.

4. A teoria da lesão e o direito do consumidor a reparação por danos praticados pelo fornecedor

O Código do Consumidor assegura ao consumidor o direito de reparação pelos danos sofridos. Estabelece o art. 6º, VI, do CDC:

Art. 6º – São direitos básicos do consumidor:

(...)

VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

No mesmo sentido, estabelece o art. 22, parágrafo único, do CDC:

“Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a *reparar os danos causados* na forma prevista neste Código” (grifo nosso).

Antônio Herman Benjamin conclui, ao comentar o parágrafo único do art. 22 do CDC, que:

“Uma vez que a Administração não esteja cumprindo as quatro obrigações básicas enumeradas pelo *caput* do art. 22 (adequação, eficiência, segurança e continuidade), o consumidor é legitimado para, em juízo, exigir que sejam *as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las*. Mas não é o bastante para satisfazer o consumidor, uma vez que a Administração é coagida a cumprir os

seus deveres apenas a partir de decisão, ou seja, para o futuro, por isso mesmo, impõe o *ressarcimento dos prejuízos* sofridos pelos consumidores”⁶.

Diante dos conflitos de consumo que surgem a cada dia entre o fornecedor e o consumidor, verifica-se o desequilíbrio entre as partes, em face de uma prática comercial abusiva ditada pela parte mais forte, demonstrando a manifesta vantagem excessiva. Surge assim a necessidade do intervencionismo estatal, permitindo inclusive a revisão das cláusulas contratuais pactuadas em razão do abuso, que implica lesão ao direito do consumidor.

Demonstrado está que as práticas abusivas ocasionam um desequilíbrio na relação de consumo, podendo ocasionar uma lesão à parte mais desfavorecida.

Assim, o poderio econômico da parte mais forte faz evoluir o desequilíbrio da força contratual, que dita condições, faz prevalecer interesses egoístas, contrata sem combate, mascarando os privilégios e assegurando a eficiência e a rentabilidade⁷.

É cediço que, envolvendo relação de consumo, os princípios contratuais clássicos são mitigados e temperados pelo princípio da onerosidade excessiva, também conhecido pela máxima romana *cláusula rebus sic stantibus-imprevisibilidade* (Teoria da Imprevisão), e pela Teoria da Lesão⁸.

Se existe uma desvantagem exagerada, fica caracterizada para o consumidor uma lesão (*laesio*), sendo esse tema abordado pela doutrina como “Teoria da Lesão”.

A lesão é vício do negócio jurídico em grau de igualdade do dolo, erro ou vício do negócio jurídico, sendo certo que o fato de a parte contratar não implica que a mesma não possa discutir o contrato, buscando a revisão de cláusulas com onerosidade excessiva⁹.

Por isso, no caso da manifesta vantagem excessiva, a doutrina denomina esse fato de *dolo de aproveitamento*¹⁰, que é

vedado pelo Código de Defesa do Consumidor, não prevalecendo em relação à parte mais vulnerável.

A Lei do Consumidor consagrou a Teoria da Lesão, bastando para a sua configuração o fato superveniente arrimado ao fato da onerosidade excessiva, concretizando assim a lesão ao direito do consumidor.

No magistério de Caio Mário, o instituto da lesão continua presente na proteção à parte contratual mais fraca, “e tudo indica que veio para ficar¹¹”.

Com acerto, o fato de o fornecedor efetuar o desligamento de energia elétrica do consumidor inadimplente ocasiona uma lesão ao direito do consumidor, dificultando o direito de acesso à justiça para discussão do débito indevido, consolidando em vantagem manifesta excessiva para o fornecedor (autotutela).

5. Da abusividade das práticas comerciais nas relações de consumo

O CDC consagra a ação governamental de coibição e repressão eficiente de todos os abusos praticados no mercado do consumo (art. 4º, VI).

Cada dia torna-se mais comum reclamações contra o fornecedor pelos serviços prestados.

Não são raras as vezes que o consumidor/usuário é surpreendido com um débito indevido em sua conta, e a solução outorgada pelo fornecedor consiste na orientação de o consumidor pagar a conta indevida para após discutir, sob pena de corte do fornecimento.

Prescreve o art. 39, inciso IV, do CDC que se prevalecer da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços constitui prática abusiva repudiada pela norma do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor traz preceito expresso a respeito do Princípio da Boa-fé (art. 4º, inciso III, da

norma do consumidor), concretizando assim o *Princípio da Boa-fé Objetiva*.

No dizer da doutrinadora Cláudia Lima Marques,

“Boa-fé significa aqui um nível mínimo e objetivo de cuidados, de respeito e de tratamento leal com a pessoa do parceiro contratual e seus dependentes. Este patamar de lealdade, cooperação, informação e cuidados com o patrimônio e a pessoa do consumidor é imposto por norma legal, tendo em vista a aversão do direito ao abuso e aos atos abusivos praticados pelo contratante mais forte, o fornecedor, com base na liberdade assegurada pelo princípio da autonomia privada¹²”.

O Código do Consumidor, presumindo o consumidor como parte contratual mais fraca, impõe aos fornecedores de serviços no mercado um mínimo de atuação conforme à boa-fé. O princípio da boa-fé nas relações de consumo atua limitando o princípio da autonomia da vontade e combatendo os abusos praticados no mercado.

Há práticas comerciais que ocasionam desequilíbrio na relação contratual atentando contra o patamar mínimo de boa-fé nas relações contratuais de consumo, devendo ser declaradas abusivas tais práticas.

O Código do Consumidor prevê, no art. 6º, IV, como direito básico do consumidor, a proteção contra cláusulas abusivas. Também prevê como direito básico do consumidor, no mesmo dispositivo legal, a proteção contra práticas abusivas impostas no fornecimento de produtos e serviços¹³.

Há que se observar que o Código de Defesa do Consumidor enumera, no art. 39, uma lista de práticas abusivas, sendo certo que a lista não é taxativa, admitindo outras práticas comerciais como sendo abusivas, desde que figure o significativo desequilíbrio entre os direitos do consu-

midor, a manifesta vantagem e a ofensa ao princípio da boa-fé objetiva.

Inferre-se que sem boa-fé, princípio que norteia o sistema, a prática é abusiva.

6. O corte de energia e o constrangimento do consumidor

Conforme leciona Hélio Gama, a

“Constituição Federal traz dispositivo de proteção da honra da pessoa, enquanto o Código Penal comina crime ao ato de exacerbação no exercício arbitrário das próprias razões.”

Assevera Hélio Gama que “era comum submeter-se os devedores à execração pública ou constrangê-los até pagarem os seus débitos”; afirmando que certos credores se aproveitam dos mecanismos de cobrança “para aviltar as dignidades dos seus devedores¹⁴”.

O Código de Defesa do Consumidor, contudo, veda a prática do constrangimento na cobrança de dívidas, determinando que o consumidor não pode ser submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça e nem exposto a ridículo pela cobrança de dívida.

Consagra o art. 42 do CDC:

“Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.”

Como se sabe, a lei do consumidor repudiou a cobrança vexatória a tal ponto de tipificar como criminosa a conduta que expõe o consumidor a constrangimento em razão de dívida.

Estabelece o art. 71 do CDC:

“Art. 71 – Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer:

Pena – Detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa.”

Vale transcrever as lições do Professor Hélio a respeito do conceito de constrangimento, sustentando *in verbis*:

Ao nosso ver, o constrangimento de que fala o CDC é aquela imposição de situações que venham a atormentar o devedor, fazendo com que as agruras da cobrança que sofra se transformem em condenação adicional ou acessória¹⁵.

Seria o caso de indagarmos: será que a cobrança do fornecedor de energia elétrica que ameaça de interromper o serviço público essencial do usuário/consumidor inadimplente não configura para o consumidor um constrangimento? Será que essa cobrança não dificulta o acesso à Justiça?

O *fornecimento de energia é serviço essencial*. A sua interrupção acarreta o direito de o consumidor postular em juízo, buscando que se condene a Administração a fornecê-la. Importa assinalar que tal medida judicial tem em mira a defesa de um direito básico do consumidor a ser observado quando do fornecimento de produtos e serviços (relação de consumo), a teor do art. 6º, VI, X, e art. 22 do Código de Defesa do Consumidor.

7. A antinomia entre a norma do consumidor e outra norma jurídica

Cumpra registrar *a priori* que a relação de consumo é prevista no Código do Consumidor como norma jurídica especial, que trata dos mecanismos de equilíbrio no mercado de consumo.

A bem da verdade, o Código do Consumidor não é uma simples norma jurídica e sim um sistema jurídico, contendo várias normas de direito material, civil e penal, além do direito instrumental.

No magistério de Maria Helena Diniz, “sistema jurídico é o resultado de uma atividade instauradora que congrega os elementos do direito”, estabelecendo as relações entre eles, projetando-se numa

dimensão significativa. “O sistema jurídico não é, portanto, uma construção arbitrária¹⁶⁷”.

Nesse sentido surge a ponderação: como entender a norma prevista no art. 22 do CDC que estabelece que os serviços públicos essenciais deverão ser prestados de forma contínua e a norma posterior que autoriza o corte do fornecimento do serviço essencial por falta de pagamento?

Estabelece o art. 22 do CDC:

“Art. 22 – Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.”

A Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, estabelece no art. 6º, § 3º:

“Art. 6º – Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 3º – Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:
(...)

II – por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade”.

A Portaria nº 466, de 12 de novembro de 1997, do DNAEE (Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica, atual Agência Nacional de Energia Elétrica) estabelece diversas situações em que o concessionário poderá suspender o fornecimento de energia elétrica, com destaque para o inciso I, art. 76 – “por atraso no pagamento da conta após o decurso de 15 (quinze) dias de seu vencimento mediante prévia comunicação ao consumidor”.

Da análise dos textos legais, seria o caso de interpretarmos que a Lei nº 8.987/95

derrogou a Lei nº 8.078/90 (Código do Consumidor) no sentido que o serviço essencial pode ser interrompido? Seria o caso de aplicarmos o critério cronológico de resolução de conflitos de normas: *lex posteriori revoga legis a priori*?

Salvo melhor juízo, o critério para resolução desse possível conflito não traduz nesse critério cronológico. É certo que ambas as normas jurídicas pertencem à mesma hierarquia e que a lei da concessão do serviço público é posterior à lei do consumidor. Também é certo que a lei das concessões foi criada atendendo o dispositivo normativo constitucional previsto no art. 175, que prescreve:

“Art. 175 – Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único – A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.”

Não vislumbramos no texto constitucional autorização às empresas concessionárias e permissionárias para efetuar o desligamento do serviço essencial. Ao contrário, a Carta Magna prescreve que a lei deverá dispor sobre os direitos dos usuários e a obrigação de manter os serviços adequados, fato esse não verificado na atualidade.

Destarte, em caso de antinomia entre o critério de especialidade (Código do Consumidor) e o cronológico (lei da concessão do serviço público), não se aplica o critério *lex posteriori revoga legis*

a priori, e sim o critério *lex posterior generalis non derogat priori speciali*.

Há que se atentar que a norma do consumidor como norma especial contém o sistema jurídico do equilíbrio da relação de consumo, não podendo ser revogada por norma posterior que regula a concessão e permissão do serviço público, e não o direito do usuário/consumidor.

8. O direito fundamental do consumidor e o princípio da proibição de retrocesso

É cediço que o Código do Consumidor surgiu atendendo a um comando constitucional, estabelecendo um sistema de defesa do consumidor. Conforme já registrado anteriormente, se há relação de consumo, os direitos dos usuários/consumidores são regulados e tutelados pelo Código do Consumidor.

O art. 1º do CDC é bem claro ao dispor que

o presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5º, inciso XXII, 170, inciso V, da Constituição Federal, e artigo 48 de suas Disposições Transitórias, atendendo assim à política nacional de relação de consumo, que tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transferência e harmonia das relações de consumo (art. 4º, *caput*).

Com conhecimento jurídico sólido sobre o assunto, o jurista Marcos Maselli Gouvêa afirma que “a defesa do consumidor é uma garantia fundamental prevista no art. 5º, XXXII, e um princípio da ordem econômica, previsto no art. 170, V”¹⁷.

A Constituição Federal estabelece como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, como um fundamento

básico (art. 1º, III, da CF). No art. 170, V, estabelece:

“Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, *tem por fim assegurar a todos existência digna*, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

V – defesa do consumidor;”

No mesmo sentido, o direito do consumidor está elencado entre os direitos fundamentais da Constituição.

José Geraldo Brito Filomeno esclarece a respeito do art. 1º do CDC que sua promulgação se deve a “mandamento constitucional expresso. Assim, a começar pelo inciso XXXII do art. 5º da mesma Constituição, impõe-se ao Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor¹⁸”.

O 40º Congresso do Consumidor, realizado em Gramado, concluiu que o direito de proteção ao consumidor é *cláusula pétrea da Constituição Federal* (art. 5º, XXXII, CF/88)¹⁹.

Conforme demonstrado, o Código do Consumidor erigiu do comando Constitucional, estabelecendo expressamente no art. 1º do CDC a despeito da norma Constitucional.

Nesse sentido, é correta a premissa que qualquer norma infraconstitucional que ofender os direitos consagrados pelo Código do Consumidor estará ferindo a Constituição e, *mutatis mutandis*, deverá ser declarada como inconstitucional.

Nessa direção estabelece Arruda Alvim:

Garantia constitucional desta magnitude, possui, no mínimo, como efeito imediato e emergente, irradiado da sua condição de princípio geral da atividade econômica do país, conforme erigido em nossa Carta Magna, o condão de inquirir de inconstitucionalidade qualquer norma que possa consistir em óbice

à defesa desta figura fundamental das relações de consumo, que é o consumidor²⁰.

Sem embargo dessas considerações, faz necessário comentar o princípio da proibição do retrocesso em face das garantias fundamentais.

Com efeito, o direito do consumidor possui o *status* de direito constitucional e, como tal, não pode o legislador ordinário fazer regredir o “grau de garantia fundamental”, conforme leciona Marcos Gouvêa²¹.

A lei da concessão do serviço público (Lei nº 8.987/95), ao afirmar que não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção “por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade”(art. 6º, § 3º, II), na realidade está praticando o autêntico retrocesso ao direito do consumidor, haja vista que o art. 22 do CDC afirma que os fornecedores de serviço essencial são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes e “contínuos”.

Arrimado a esse fato, acrescenta-se que o direito do consumidor possui garantia fundamental na Constituição e que a interrupção do fornecimento, além de causar uma lesão, afeta diretamente a sua dignidade, sem embargo da dificuldade de acesso à Justiça que o dispositivo apresenta, consolidando assim a autotutela do direito do fornecedor.

Admitir a possibilidade do corte de energia elétrica implica flagrante retrocesso ao direito do consumidor, consagrado em nível constitucional. Por isso, o princípio de retrocesso veda que lei posterior possa desconstituir qualquer garantia constitucional. Ainda que *lex posteriori* estabeleça nesse sentido, a norma deverá ser considerada inconstitucional.

Por tais razões, é manifesta a inconstitucionalidade do dispositivo legal previsto no art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95, que autoriza a interrupção de serviço essencial, em razão do princípio da proibição de retrocesso.

9. A prática abusiva do corte de serviço essencial

Recentemente, o Juízo da 8ª Vara de Falências da Capital do Rio de Janeiro concedeu liminar em uma ação coletiva, proposta pelo núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública, determinando a proibição de cortar a luz dos consumidores por falta de pagamento ou mesmo constatação de outras irregularidades²².

A ação coletiva foi interposta contra a Light e Cerj, sendo acolhido o argumento da Defensoria Pública no sentido que o desligamento de energia, pautado na Portaria 466/97 do DNAEE (agora pela Agência Nacional de Energia Elétrica), fere a Constituição, permitindo a imposição unilateral de dívidas sem observância do devido processo legal, além de submeter o consumidor a constrangimento e ameaça na cobrança de dívidas, o que é vedado pelo Código de Defesa do Consumidor, exigindo mecanismos legais para a cobrança de créditos.

Em Juiz de Fora/MG, o Ministério Público Estadual, por meio da Promotoria de Justiça do Consumidor, ingressou com ação civil pública em face da CEMIG por idêntico fundamento legal, argumentando a ilegalidade do corte de energia elétrica, que constitui prática abusiva, em flagrante desrespeito ao Código de Defesa do Consumidor.

O reconhecimento da ilegalidade do corte em relação ao serviço essencial é patente, a exemplo da sentença da Juíza Aparecida Oliveira, de Anápolis, Goiás, que expressamente considerou o corte ilegal, porque “a água é de necessidade da população, de consumo imprescindível e não pode ser cortada sob nenhum propósito²³”.

O STJ já se pronunciou a respeito da impossibilidade da interrupção de serviço essencial, *in verbis*:

“Seu fornecimento é serviço público indispensável, subordinado

ao princípio da continuidade, sendo impossível a sua interrupção e muito menos por atraso no seu pagamento²⁴”.

Dessa forma, o acórdão do E. STJ decidiu, por unanimidade, que o fornecimento de água não pode ser interrompido por inadimplência, fundamentando:

“O fornecimento de água, por se tratar de serviço público fundamental, essencial e vital ao ser humano, não pode ser suspenso pelo atraso no pagamento das respectivas tarifas, já que o Poder Público dispõe dos meios cabíveis para a cobrança dos débitos dos usuários”.

Para o Ministro Garcia Vieira, relator do processo,

“a Companhia Catarinense de Água cometeu um ato reprovável, desumano e ilegal. É ela obrigada a fornecer água à população de maneira adequada, eficiente, segura e contínua e, em caso de atraso por parte do usuário, não poderia cortar o seu fornecimento, expondo o consumidor ao ridículo e ao constrangimento”,

casos previstos no Código de Defesa do consumidor.

O Ministro Garcia Vieira afirma ainda em seu *decisum* que, para receber seus créditos, a CASAN deve usar os meios legais próprios,

“não podendo fazer justiça privada porque não estamos mais vivendo nessa época e sim no império da lei, e os litígios são compostos pelo Poder Judiciário, e não pelo particular. A água é bem essencial e indispensável à saúde e higiene da população.

No mesmo sentido, *o fornecimento de energia é serviço essencial*. A sua interrupção acarreta o direito de o consumidor postular em juízo, buscando que se condene a Administração a fornecê-la, sem prejuízo da condenação do fornecedor

pelo dano moral e patrimonial sofrido pelo consumidor²⁵.

Importa assinalar que tal medida judicial tem em mira a defesa de um direito básico do consumidor, a ser observado quando do fornecimento de produtos e serviços (relação de consumo), na forma como prescreve o art. 6º, X, do CDC (adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral), sem prejuízo da reparação dos danos provocados (a teor do art. 6º, VI, do CDC, “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”).

A respeito, claríssima a lição de Mário Aguiar Moura:

“A continuidade dos serviços essenciais significa que devem ser eles prestados de modo permanente, sem interrupção, salvo ocorrência de caso fortuito ou força maior que determine sua paralisação passageira. A hipótese é a de o particular já estar recebendo o serviço. Não pode a pessoa jurídica criar descontinuidade. Serviços essenciais são todos os que se tornam indispensáveis para a conservação, preservação da vida, saúde, higiene, educação e trabalho das pessoas. Na época moderna, exemplificativamente, se tornaram essenciais, nas condições de já estarem sendo prestados, o transporte, água, esgoto, fornecimento de eletricidade com estabilidade, linha telefônica, limpeza urbana, etc²⁶”.

Leciona Mário de Aguiar que

“Uma inovação trazida pela atual Constituição é a extensão do mesmo critério às concessionárias ou permissionárias do serviço público. Assim, no caso dos serviços concedidos de transporte, fornecimento de água, eletricidade etc., as empresas respondem perante terceiro segundo os critérios da responsabilidade sem culpa nas mesmas condições do que ocorre com a pessoa jurídica pública²⁷”.

O ilustre jurista Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, comentando o art. 22, ressalta o seguinte:

“A segunda inovação importante é a determinação de que os serviços essenciais – e só eles – devem ser contínuos, isto é, não podem ser interrompidos. Cria-se para o consumidor um direito à continuidade do serviço.

Tratando-se de serviço essencial e não estando ele sendo prestado, o consumidor pode postular em juízo que se condene a Administração a fornecê-lo”²⁸.

Na esteira do entendimento pretoriano, a jurisprudência tem firmado o entendimento que o corte de fornecimento de energia elétrica é ilegal, conforme julgado da Colenda Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. O r. aresto faz menção ao eminente Desembargador Protásio Leal, afirmando que deve a concessionária aguardar o pronunciamento da Justiça, não podendo exigir de imediato o pagamento do alegado débito sob ameaça de corte de fornecimento de energia elétrica, “sendo o serviço prestado bem indispensável, não pode ser ele suspenso brusca-mente sem motivo justificado”²⁹.

Em idêntica direção, decidiu a Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça Catarinense, em reexame de sentença de Ação de Mandado de Segurança, pela confirmação da sentença *a quo*, fundamentando que se

“houver débito a cobrança deverá ser feita pela via própria. O que não pode é o usuário ser coagido a pagar o que julga razoavelmente não dever sob o teor de ver interrompido o fornecimento de energia elétrica, bem indispensável na vida humana”³⁰.

Apreciando caso semelhante, assim decidiu o Colendo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

Ementa: Mandado de segurança. Ato praticado por concessionária de

serviço público. Ameaça de corte no fornecimento de energia elétrica, por falta de pagamento de fatura. Segurança concedida. Decisão confirmada. Tratando-se de serviço essencial o fornecimento de energia elétrica, para possibilitar a continuidade da empresa-impetrante, o ato da concessionária, que ameaça cortar tal fornecimento por falta de pagamento da fatura, é ilegal e abusivo podendo ser afastado via mandado de segurança³¹”.

Com efeito, não há justificativas para a prática abusiva do corte de energia elétrica por falta de pagamento por parte do fornecedor de energia na cobrança de dívidas, expondo o consumidor a constrangimento, sendo certo que existem mecanismos legais de cobrança, não sendo possível referendar a autotutela.

Há que se referir que aos juízes é permitido o controle das cláusulas e práticas abusivas. Destarte, faz-se necessário a providência jurisdicional, em prol dos consumidores, para que o direito consagrado no Código do Consumidor não seja violado com o corte da energia elétrica, que é considerado *serviço essencial*, coibindo o abuso na cobrança, que deve ser efetuada pelos meios legais em direito admitidos.

Estabelece o art. 5º, XXXV, da CF que: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Se a lei não pode excluir da apreciação do Judiciário a simples ameaça a direito, como admitir-se que o fornecedor de energia elétrica se arrogue o poder de fazer “justiça com as próprias mãos?”

Nos casos de inadimplência, portanto, cabe às rés, com resguardo do Princípio da Isonomia, ingressar em Juízo para cobrar quanto lhe é devido. E, até mesmo, para pedir ao juiz que mande interromper o serviço de fornecimento de energia. Porque o juiz, que representa o Estado e diz o direito (jurisdição), pode determinar

a providência excepcional em procedimento cautelar, se assim lhe parecer.

Por outro lado, o fornecimento de energia é serviço essencial. A sua interrupção acarreta o direito de o consumidor postular em juízo, buscando que se condene a Administração a fornecê-la. Importa assinalar que tal medida judicial tem em mira a defesa de um direito básico do consumidor, a ser observado quando do fornecimento de serviços (relação de consumo), a teor do art. 6º, VI e X, do Código de Defesa do Consumidor.

Notas

¹ Hermam Benjamim afiança que “o Código não disse o que entendia por serviços essenciais. Essencialidade, pelo menos neste ponto, há que ser interpretada em seu sentido vulgar, significando todo serviço público indispensável à vida em comunidade, ou melhor, em uma sociedade de consumo. Incluem-se aí não só os serviços públicos *stricto sensu* (os de polícia, os de proteção, os de saúde), mas ainda os serviços de utilidade pública (os de transporte coletivo, os de energia elétrica, os de gás, os de telefone, os de correios)...” (grifo nosso). Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin et. al. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*, São Paulo : Saraiva, 1991. p. 111.

² Estabelece a Portaria do Ministério da Justiça no item 3: “3. Permitam ao fornecedor de serviço essencial (água, energia elétrica, telefonia) incluir na conta...”.

³ A 106ª Sessão plenária da ONU editou em 9 de abril de 1985 a Resolução nº 39/248, que retrata no art. 1º que o consumidor é parte mais fraca nas relações de consumo.

⁴ O item 4 das conclusões aprovadas pelo Congresso prescreve: “Como direito social, a proteção ao consumidor tem como princípio a vulnerabilidade do consumidor que exige o reconhecimento jurídico de sua desigualdade perante o produtor. Como direito social, a proteção ao consumidor se orienta por mandados de otimização em que a realização progressiva é admissível (aprovada por unanimidade). Conclusões aprovadas no 40º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor realizado entre 8 a 11 de março de 1988 sob o título: “A Sociedade de serviços e a proteção do Consumidor no Mercado Global” – Gramado (RS), painel I, Mercosul, Privatização, Concorrência e Serviços Públicos – Tema Mercosul e Concorrência, item 4, aprovada por unanimidade (anexo).

⁵ Estabelece ainda a lei da concessão do serviço público que a atualidade do serviço “compreende a modernidade das técnicas do equipamento e das

instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço” (§ 2º).

⁶ Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin. *Op. cit.* p. 111.

⁷ *Apud* AMARANTE, Maria Cecília Nunes. *Justiça ou equidade nas relações de consumo*. Rio de Janeiro : Lumem Juris, 1998.

No mesmo sentido, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior afirma em aresto que “o art. 4º do Código se dirige para o aspecto externo e quer que a intervenção na economia contratual, para a harmonização dos interesses, se dê com base na boa-fé, isto é com a superação dos interesses egoísticos das partes e com a salvaguarda dos princípios constitucionais sobre a ordem econômica através de comportamento fundado na lealdade e na confiança”. A Boa-fé na relação de Consumo. *Revista Direito do Consumidor*. v. 14. São Paulo : RT, 1995. p. 22.

⁸ A respeito das teorias sobre a base do negócio, em especial o trabalho da doutrina germânica adotando a teoria da base subjetiva do negócio apresentado por Paul Oertmann contrapondo a Windscheid, que repudiava a correlação entre a pressuposição e a *rebus sic stantibus*; a teoria da base objetiva do negócio e a unitária e a teoria moderna de Karl Larenz. *Op. cit.* em SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos* : do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro : Forense, 1999. p. 133-137.

⁹ Palestra proferida pelo Professor Silvio Capanema no GAMA JUR em 26-4-99, na Universidade Gama Filho, sobre o tema: “Os princípios Contratuais e a Nova Realidade Econômica”.

¹⁰ O 40º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor realizado em Gramado (RS) concluiu, no item 4, que “o CDC, no art. 39, V, adota como causa de revisão do contrato (art. 6º, V) a lesão objetiva, prescindindo do estado de necessidade do consumidor ou do *dolo de aproveitamento* do fornecedor”. Conclusões aprovadas no 40º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor realizado entre 8 a 11 de março de 1988 sob o título: “A Sociedade de serviços e a proteção do Consumidor no Mercado Global” – Gramado (RS), painel V, Serviços Bancários e Financeiros, item 4, aprovada por maioria.

¹¹ *Apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1999. p. 213.

¹² Claudia Lima Marques. *Congresso Mineiro de Direito do Consumidor, sobre Saúde e Qualidade*. Belo Horizonte-MG, realizado em 15 a 17 de maio de 1996. p. 32.

¹³ Estabelece o Código do Consumidor : Art. 6º – São direitos básicos do consumidor: (...) IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços. Sobre práticas abusivas ver art. 39 do CDC.

¹⁴ GAMA, Hélio Zaghetto. *Curso de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro : Forense, 1999. p. 91. Afirma

ainda Hélio Gama que os fornecedores, quando são cobrados, sabem muito bem como contornar as cobranças e, até mesmo, utilizam-se de proteções legais para deixar de pagar as suas dívidas. Já quando são credores, submetem os consumidores a constrangimento. *Op. cit.* p. 91.

¹⁵ *Op. cit.* p. 92.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. *Conflitos de Normas*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 9.

¹⁷ Marcos Maselli Gouvêa. Mestrando da UERJ e Promotor de Justiça da Coordenadoria de Defesa do Consumidor do Rio de Janeiro. Trabalho jurídico apresentado nos autos da ação nº 98.001.047233-1. 5ª Vara de Falência e Concordatas da Comarca da Capital do Rio de Janeiro 10-8-99.

¹⁸ FILOMENO, José Geraldo Brito, et. al. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1997. p. 21.

¹⁹ 40º Congresso do Consumidor, *op cit.* painel I, Mercosul, Privatização. Concorrência e Serviços Públicos. item 8, aprovado por unanimidade. A Constituição Federal assegura, no art. 5º, XXXII, que o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, *assegurando ainda* no art. 60, § 4º, IV, os direitos e garantias individuais como cláusula pétrea.

²⁰ ALVIM, Arruda. et al. *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo : RT, 1995. p. 15.

²¹ Nesse sentido, o Parecer de Marcos Maselli Gouvêa é incisivo ao comentar o princípio da proibição de retrocesso, afirmando: “Em segundo lugar, há que se observar, na seara das garantias fundamentais, o princípio da proibição do retrocesso. Com efeito, se o legislador ordinário, ao elaborar a Lei nº 7.347/85 e a Lei nº 8.078/90, estabeleceu a legitimidade mesmo para os que não são associados, não pode o legislador *teratológico* das medidas provisórias fazer regredir o grau da garantia.” *Op. cit.*

²² Light e Cerj não podem cortar fornecimento de luz. In: *Jornal do Comércio*. Caderno B, Direito e Justiça. Rio de Janeiro : 15-12-99. p. 8.

²³ Publicada na Gazeta Mercantil de 9-3-92.

²⁴ *Apud* decisão unânime da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, que rejeitou o recurso especial da Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – CASAN. Proc. RESP. 201112.

²⁵ A respeito, o doutrinador Benjamin leciona ao comentar o parágrafo único do art. 22 do CDC, que: “o consumidor é legitimado para, em juízo, exigir que sejam as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las. Mas não é o bastante para satisfazer o consumidor, uma vez que a Administração é coagida a cumprir os seus deveres apenas a partir de decisão, ou seja, para o futuro, por isso mesmo, impõe o ressarcimento dos prejuízos sofridos pelos consumidores”. VASCONCELLOS, Antônio Herman de, Benjamin et. al. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo : Saraiva, 1991. p. 111.

²⁶ MOURA, Mário Aguiar. O Poder Público como fornecedor perante o Código de Defesa do Consumidor. In: *Repertório de jurisprudência IOB*. 2. quinzena de abril/92. p. 17.

²⁷ Afiança ainda Mário de Aguiar que,

“dentro da obrigatoriedade de serem tais serviços contínuos e permanentes, vem à baila a regra administrativa de corte de fornecimento, v.g., de água, eletricidade, linha telefônica, no caso de o usuário deixar de pagar as taxas impostas pelo Poder Público. Sou de parecer que tal ação da Administração viola o princípio da continuidade, ofendendo norma cogente de proteção ao consumidor. Será ato contrário à lei e que enseje o remédio da restauração do serviço. Os meios que tem o Poder Público são o de promover a cobrança das taxas impagas na forma da lei. No geral, no caso de descumprimento dos deveres previstos no art. 22, ou seja, se os serviços se mostram inadequados por vícios de qualidade, quantidade, diferentemente das opções que se abrem ao consumidor para a hipótese de ser fornecedor um particular ou uma pessoa jurídica de direito privado, contra o Poder Público deve ser ele compelido a normalizar, restaurar ou conservar os serviços, respondendo, ainda, pelos danos provenientes dos vícios verificados. Essa é a única via, eis que de maior interesse para o particular é a prestação do serviço”.

Mário de Aguiar, *id ibid.*

²⁸ Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin et. *Op. cit.*, p.110.

²⁹ Decisão proferida na Apelação Cível em mandado de segurança (acórdão nº 3.610–Comarca de Joinville, Rel. Des. Nestor Silveira, 4ª Câmara Civil, 29-10-92). A decisão foi motivada em razão da ação de mandado de segurança impetrado contra a empresa concessionária de serviço de energia elétrica Centrais Elétricas de Santa Catarina–CELESC, fundamentando o E. Tribunal de Justiça de Santa Catarina que a empresa concessionária “utilizou de meio coercitivo para o usuário pagar o débito vencido, sendo serviço fundamental que não pode ser interrompido. Violação manifesta a direito líquido e certo. Pedido procedente”, afirmando ainda que o ato praticado pela concessionária retirou do consumidor “o direito de exercitar sua defesa contra eventual cobrança abusiva, do que resulta violado direito líquido e certo (art. 5º, LV, da CRFB)”.

³⁰ Acórdão da 3ª Câmara Civil TJ/SC. Rel. Des. Wilson Guarany. *Jurisprudência Catarinense*. 46/71.

³¹ Trabalho apresentado no Curso de Direito do Consumidor, na Universidade Gama Filho. *Corte no fornecimento de energia elétrica por falta de pagamento*. Jur. 168, Rio de Janeiro : UGF, 3-12-99. p. 4.

Ação civil pública – taxa de manutenção de iluminação pública – suspensão da cobrança – ilegitimidade *ad causam* do Ministério Público – Lei Municipal

Mauro Roberto Gomes de Mattos

Sumário

1. Da legislação aplicável. 2. Relação de consumo não se confunde com contribuinte. 3. Da jurisprudência sobre o tema. 4. Do abuso de direito. 5. Conclusão.

1. Da legislação aplicável

A Lei Federal nº 7.347/85, ao disciplinar a ação civil pública, dispõe, em seu artigo 1º e seus incisos, que se regem por ela, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, bem como causas que identifiquem com qualquer outro interesse difuso ou coletivo e por infração da ordem econômica.

Por igual, a Constituição Federal atual, em seu artigo 127, contempla ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, certo que o seu art. 129, incisos II e III, estabelece como funções institucionais do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia, e promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Mauro Roberto Gomes de Mattos é Advogado no Rio de Janeiro e Vice-Presidente do IADP.

Por sua vez, o artigo 81 e seu parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor¹ estipulam que a defesa dos consumidores e das vítimas em juízo poderá ser coletiva quando se tratar de interesses ou direitos difusos ou de interesses ou direitos coletivos, ou de interesses ou direitos individuais homogêneos.

Além dessas definições, o Código, em seu artigo 82, confere legitimidade concorrente ao Ministério Público para ajuizar ação civil pública.

Finalmente, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público², em seu artigo 25, inciso IV, letra *a*, diz que, além das funções encartadas na Constituição Federal e nos comandos legais citados anteriormente, incumbe, ainda, ao Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei, para a proteção, prevenção e recuperação de danos causados ao meio ambiente, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos, além de o seu art. 27 possibilitar ao MP exercer a defesa dos direitos assegurados na Constituição Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito: I. pelos poderes estaduais e municipais; II. pelos órgãos da Administração Pública Estadual ou Municipal direta ou indireta; III. pelos concessionários e permissionários de serviço público estadual ou municipal.

Como visto, possui o Ministério Público legitimidade para atuar em várias vertentes, sempre em sintonia com os poderes conferidos por lei, para que não ocorra o excesso ou abuso na sua atuação institucional. Essa é a grande garantia da sociedade, qual seja, ter ao seu alcance um órgão altamente qualificado e composto de procuradores, que, cientes das suas obrigações constitucionais, funcionam não só como fiscais da lei, mas também como patrocinadores de lides forenses que visam resgatar a dignidade de vários

segmentos, em especial dos consumidores, parte fraca da relação que desenvolve com o fornecedor do serviço.

Assim sendo, dentro do espectro legal declinado, o membro do *parquet* possui uma verdadeira bússola a guiar a sua atuação, com a finalidade de evitar desvios ou desmandos, que seriam contrários à sua própria essência, que é fiscalizar e promover o cumprimento da lei.

2. *Relação de consumo não se confunde com contribuinte*

Após as cominações iniciais, surge a grande e decisiva indagação: pode o Ministério Público ingressar com ação civil pública visando a declaração de inconstitucionalidade de lei municipal que criou a taxa de iluminação pública?

Outra questão que se afigura como plausível na presente relação processual é se o serviço de iluminação pública e a taxa que o remunera se adequam ao conceito de relação de consumo, pelo que qualquer cobrança ilegal dela afronta os direitos dos consumidores e dos contribuintes, podendo ou não confundirem-se os dois numa só pessoa.

Antes de mais nada, mister se faz deixar bem cristalino que o presente estudo restringe-se apenas à legitimidade *ad causam* do MP como autor de ação civil pública objetivando a imediata suspensão da taxa de iluminação pública, o que nos conduz à objetividade e praticidade do tema, não abordando se a cobrança da mesma é mesmo constitucional, até mesmo porque a matéria foi pacificada pelo col. STF, o que tornaria uma redundância focar-se sobre a constitucionalidade.

Pois bem, deixando de lado a análise de fundo do direito material da taxa de iluminação pública, para responder as indagações levantadas no início deste tópico, faremos algumas reflexões para, após, providenciar as devidas e adequadas respostas.

A Lei nº 7.347/85 se presta a promover ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (inciso IV), todavia, como de curial sabença, o transcrito inciso foi introduzido somente a partir de 1990, pelo art. 110 da Lei nº 8.078 (CDC), a qual dispõe sobre a proteção do consumidor:

“Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos causados:

I – ao meio ambiente;

II – ao consumidor;

III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;”

A proteção a que se refere a Lei ao consumidor teria o condão de equipará-lo ao contribuinte?

Entendemos que não. E para que fique bem claro que a figura do consumidor não se confunde com a do contribuinte, invocamos a lição de De Plácido e Silva³, que faz a devida distinção:

“*Consumidor*: no sentido amplo, consumidor designa a pessoa que consome uma coisa.

Mas, no sentido do Direito Tributário possui o vocábulo significado próprio: entende-se como consumidor toda pessoa que adquire mercadoria de um comerciante, para seu uso ou consumo, sem intenção de revendê-la.

(...) E o ato, que pratica, diz-se um ato de consumo, em acepção lata, pois consumo não compreende simplesmente o gasto ou destruição da mercadoria, pelo seu uso, mas o aproveitamento de sua utilidade o que se pode repetir sem alterá-la em sua substância. Confira Lei nº 8.078/90 (CDC).”

“*Contribuinte*: genericamente, assim se diz de toda pessoa que contribui com a parte que lhe é

atribuída, ou seja, toda pessoa que faz uma contribuição.

No sentido fiscal, designa a pessoa que é cadastrada ou lançada para pagar impostos.”

A clareza solar da distinção das duas figuras inviabiliza a equiparação do consumidor ao contribuinte.

Ademais, o art. 2º do CDC define consumidor como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final e serviço como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. Considerando-se a opção do legislador pela expressa e objetiva conceituação de consumidor, descabe qualquer possibilidade de equiparação entre consumidor e contribuinte.

Corroborando essa assertiva, o artigo 77 do Código Tributário Nacional e o artigo 145, II, da Constituição Federal deixam claro que a taxa (espécie do gênero tributo) se presta para remunerar serviço público, utilizado efetiva ou potencialmente pelo contribuinte.

Utilização potencial opera-se, nos precisos termos dispostos no art. 79, I, *b*, do CTN, “quando o serviço público é posto a disposição do contribuinte, mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento”.

Isso significa dizer que, se o serviço estiver sendo prestado pela administração, utilizado ou não pelo contribuinte, ele é obrigado a pagar! Repita-se: mesmo se não utilizar o serviço terá de recolher tributo, o que, por si só, afasta a assertiva levantada de que o contribuinte da taxa de iluminação pública é consumidor.

Exemplo claro do afirmado é quando o contribuinte da referida taxa viaja ao exterior por um prazo igual ou superior a 30 (trinta) dias, mesmo não utilizando a aludida iluminação pública, ele paga pelo serviço.

Outra hipótese é a do contribuinte que possui casa em um determinado município, utilizando-se apenas alguns períodos do ano, ficando a sua propriedade fechada na maioria dos dias do ano. Mesmo não utilizando o serviço, esse proprietário está obrigado a pagar a taxa de iluminação pública cobrada pelo citado município.

Como igualar, então, o contribuinte ao consumidor?! Ora, na relação tributária, em muitos casos, não ocorre o consumo, já explicitado. Já na relação do consumidor, via de regra, não se poderia exigir um pagamento de todos aqueles que possam um dia vir a utilizar o serviço, tão pouco obrigá-los a utilizar determinado prestador.

Mas não é só. O tributo se caracteriza por ser uma prestação pecuniária compulsória (art. 3º, CTN), cuja distinção dos preços públicos (este sim, tipicamente da relação de consumo) já fora objeto de súmula pelo eg. Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

“Súmula nº 545 – Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu.”

A compulsoriedade, segundo a Corte Extraordinária, é o fator de distinção da legitimidade da exigibilidade – ou não – de uma taxa para remunerar determinado serviço. Se não for compulsória a utilização, torna-se uma relação de consumo em que não se pode taxar.

Logo, não pode prosperar a colocação que o contribuinte equipara-se ao consumidor, pelo fato de também consumir.

Por outro lado, é de sublinhar que o art. 129, III, da CF claramente impõe como função institucional do Ministério Público a promoção de inquérito civil “e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente

e de outros interesses difusos e coletivos”. Sendo que, tanto o § 1º do citado art. 129 como também o art. 127 do mesmo Texto Maior conferem ao órgão fiscalizador da lei a tarefa de ingressar com ação civil pública apenas para as lides de interesses difusos ou coletivos.

Ora, então se pergunta: o questionamento do pagamento da taxa de iluminação pública não é um direito de interesse coletivo ou difuso capaz de merecer o MP a *legitimatío ad causam* para o ingresso de ação civil pública?

Como já dito anteriormente, o contribuinte da taxa de iluminação pública não se equipara ao consumidor, mas, mesmo que ele ostentasse tal rótulo, o que se admite para argumentar, a Constituição Federal não alarga o espectro da ação civil pública para o campo de interesses individuais indisponíveis, que poderiam ser defendidos por outros vínculos legais.

Tanto é verdade que, em pura evidência do que foi afirmado, o inciso IV do art. 25 da Lei nº 8.625/93 é que prevê, na alínea *a*, a promoção da ação civil pública para proteção de danos causados ao direito do consumidor (individuais homogêneos).

Em abono ao que foi dito, nada mais lúcido do que se extrair as sólidas colocações do consagrado tributarista Ives Gandra Martins⁴, que, após analisar o cenário constitucional narrado, ressalta a inconstitucionalidade da inclusão da ação civil pública para as hipóteses de defesa de interesses individuais homogêneos (consumidores):

“... fere o texto constitucional por obrigar o espectro da ação civil pública para o campo de interesses individuais indisponíveis, que poderiam ser defendidos por outros veículos.

Já anteriormente, o Código do Consumidor também alargara o espectro para os direitos dos interesses individuais homogêneos (Lei 8.078/90), a meu ver, em franco

conflito com a Constituição, se o veículo processual for a ação civil pública ou inquérito civil, visto que a Constituição apenas admitiu para a proteção de interesses difusos ou coletivos.

.....
Desta forma, o alargamento do espectro da ação civil pública por força de lei ordinária fere, violenta e macula a Constituição Federal.

Não pode, o Ministério Público, ter forças superiores àquelas que a própria Constituição lhe ofereceu.”

Mais à frente, o citado mestre faz um grave alerta⁵:

“Mais do que isto, em matéria de tributação, a ação civil pública, se mal proposta e mal julgada, pode acarretar consideráveis prejuízos à comunidade, que deixa de obter serviços públicos do Poder competente, inviabilizando em obter receitas, por força de inadequada decisão de efeito vinculatório absoluto.”

Não é outra a postura de Hely Lopes Meirelles⁶:

“A Ação Civil Pública, disciplinada pela Lei nº 7.347, de 24-7-85, é o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 1º), protegendo, assim, os interesses difusos da sociedade. *Não se presta a amparar direitos individuais, nem se destina à reparação de prejuízos causados a particulares, pela conduta, comissiva ou omissiva do réu.*” (g.n.)

Em sentido igual, José dos Santos Carvalho Filho⁷, faz o seguinte alerta:

“Talvez no afã de proteger grupos de indivíduos vitimados por atos lesivos de diversa ordem, vêm alguns setores do Ministério Público, com o apoio de certos doutrinadores

res e julgadores, buscando a tutela de interesses individuais disponíveis, como se a instituição passasse, de repente, a ter a chave de todas as soluções sociais. Há nisso evidente desvio de perspectiva e flagrante inadequação às funções e aos objetivos ministeriais.”

Nessa moldura, registre-se, por oportuno, que o Ministério Público não possui legitimidade para propor ação civil pública com objetivo de ser sustada a cobrança da taxa de iluminação pública.

Outro argumento abonador da presente afirmação é que a pretensão do Ministério Público, se procedente, submeteria toda sistemática do controle de constitucionalidade brasileiro.

Isso porque os efeitos de uma declaração relativa à inconstitucionalidade de uma norma via ação civil pública teriam alcance maior do que a declaração *incidenter tantum* de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal, já que, nesta hipótese, tais efeitos têm aplicação para as partes do pronunciamento judicial; quanto à inconstitucionalidade entender-se-ia, *ex vi* art. 16 da Lei nº 7.347/85, independentemente de qualquer providência de órgão legislativo ou outro qualquer.

Não fosse a impossibilidade jurídica de controle incidental de inconstitucionalidade em sede de ação civil pública, o próprio texto da Lei nº 7.347/85 é o verdugo do MP, pois não lhe autoriza a propor esse tipo de ação com o fito de obstar a cobrança de tributos em nome de contribuintes.

Após a presente exposição, afirma-se com toda convicção que:

a) Não possui legitimidade *ad causam* o Ministério Público para ingressar com ação civil pública em nome do contribuinte da taxa de iluminação pública.

b) Não se confunde a figura do consumidor com a do contribuinte.

Por ser carecedor da via processual *sub examem*, o órgão jurisdicional está dispensado de examinar o mérito da ação. Ou, na feliz e incisiva definição de Moacyr Amaral Santos⁸, condições da ação “são requisitos que esta deve preencher para que se profira uma decisão de mérito”.

3. Da jurisprudência sobre o tema

Incentivado por alguns doutrinadores⁹, notadamente ex integrantes do *parquet*, o Ministério Público vem propondo ação civil pública questionando, em especial, a constitucionalidade da cobrança da taxa de iluminação.

Apesar de não possuir a *legitimatio ad causam*, o Ministério Público encontra eco nas suas postulações em algumas Cortes Superiores, tais como o extinto Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro¹⁰, que teve a oportunidade de enfrentar o tema sobre a seguinte ótica:

“Ação Civil Pública. Legitimidade do Ministério Público eis que a figura do contribuinte se confunde com a do consumidor em face da contra-prestação do serviço público. Cassação da sentença que julgou extinto o processo sem julgamento do seu mérito. Provimento do recurso.”

Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça¹¹ já reconheceu, em julgado único, a legitimidade do MP para o presente caso, por meio do AGRESP 98.286/São Paulo, da sua 1ª Turma, julgado em 15-12-97, cuja ementa do v. acórdão é a seguinte:

“Processual civil. Ministério público. Legitimidade. Ação coletiva. Taxa de iluminação. 1. Conforme disposto na Constituição de 1988, a atuação do Ministério Público foi ampliada para abranger a sua legitimidade no sentido de promover a ação civil pública para proteger interesses coletivos. Não há mais ambiente jurídico para se aplicar,

em tal campo, a restrição imposta pelo art. 1º da Lei nº 7.347/85. 2. Em se tratando de prestação de uma coletividade que se insurge para não pagar taxa de iluminação pública, por entendê-la indevida, não há que se negar a legitimidade do Ministério Público para atuar como sujeito ativo da demanda. Há situações em que, muito embora os interesses sejam pertinentes a pessoas identificadas, eles contudo, pelas características de universalidade que possuem atingindo a vários estamentos sociais, transcendem a esfera individual e passam a ser interesse da coletividade. 3. O direito processual civil moderno, ao agasalhar a ação civil pública, visou contribuir para o aceleração da entrega da prestação jurisdicional, permitindo que, por via de uma só ação, muitos interesses de igual categoria sejam solucionados, pela atuação do Ministério Público. 4. Agravo regimental improvido.”

Todavia, a atual jurisprudência sufraga as decisões citadas anteriormente, em virtude de elas serem anteriores às recentes decisões do STJ.

Nessa moldura, registre-se, por oportuno, o posicionamento tanto da 1ª quanto da 2ª Turma do eg. Superior Tribunal de Justiça, cujos Ministros (em ambos os casos) entenderam, *por unanimidade*, ser parte *ilegítima* o *parquet* para promover ação civil pública, objetivando obstar *precisamente* o pagamento da *taxa de iluminação*, *verbis*:

“Ação civil pública. Preceito cominatório. Taxa de iluminação. Constitucionalidade de lei municipal. Unidade de direito.

Na sentença, declarou-se a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 70/89. Impossibilidade do uso da ação civil pública para substituir a ação direta de inconstitucionalidade

dade. A unidade do direito substantivo é estabelecida pela Constituição. Admitida a ação civil pública para impedir a cobrança de tributo, taxado de sentenças contraditórias com efeitos *erga omnes*, o que é absurdo¹²”.

“Ação civil pública em matéria tributária.

A ação civil pública não pode ser utilizada para evitar o pagamento de tributos, porque, nesse caso, funcionaria como verdadeira ação direta de inconstitucionalidade; ademais, o benefício não seria o consumidor, e sim o contribuinte – categorias afins, mas distintas¹³”.

Não fossem os julgados recentes suficientes para demonstrar o pacífico e unânime posicionamento atual das Turmas de Direito Tributário do eg. STJ, iterativa é a jurisprudência da Corte Especial rechaçando as investidas do Ministério Público relativas à matéria tributária, e, para que não parem dúvidas, seguem os seguintes julgados:

“Ministério público. Ilegitimidade. Ação civil pública. Cobrança de taxa.

O Ministério Público não tem legitimidade para manifestar ação civil pública com o objetivo de ver sustada a cobrança de tributos, como taxa de iluminação.

Recurso conhecido por unanimidade¹⁴.

“Processo civil. Ação civil pública em matéria tributária. A ação civil pública não pode ser utilizada para evitar o pagamento de tributos, porque, nesse caso, funcionaria como verdadeira ação direta de inconstitucionalidade; ademais, o beneficiário não seria o consumidor, e sim o contribuinte. Categorias afins, mas distintas.

Recurso especial não conhecido¹⁵.

“Ação civil pública. Direitos individuais disponíveis. IPTU. Legitimidade do Ministério Público.

A legitimidade do Ministério Público é para cuidar de interesses sociais difusos ou coletivos e não para patrocinar direitos individuais provados e disponíveis.

O Ministério Público não tem legitimidade para promover a ação civil pública na defesa de contribuinte do IPTU, que não são considerados consumidores.

Recurso improvido¹⁶.

“Ação civil pública. Preceito cominatório. Taxa de iluminação. Constitucionalidade de lei municipal. Unidade ao direito.

Na sentença, declarou-se a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 70/89. Impossibilidade do uso da ação civil pública para subsistir a ação direta de inconstitucionalidade. A unidade do direito substantivo é estabelecida pela Constituição. Admitida a ação civil pública para impedir a cobrança de tributo, taxado de inconstitucional, possibilitaria a prolação de sentenças contraditórias com efeitos *erga omnes*, o que é absurdo.

Recurso não conhecido¹⁷.

Espancando qualquer resquício de dúvida, o eminente Min. Hélio Mosimann, “em laço de extrema felicidade”, averba, no Resp. nº 113.326-MS, que a ação civil pública é veículo impróprio ao MP, quando este discute matéria tributária, porque o beneficiário não seria o consumidor, e sim o contribuinte:

“Processo civil. Ação pública em matéria tributária. A ação civil pública não pode ser utilizada para evitar pagamento dos tributos, porque, nesse caso, funcionaria como verdadeira ação direta de inconstitucionalidade; ademais, o beneficiário não seria o consumidor

e sim o contribuinte – categorias afins, mas distintas. Recurso especial não conhecido”¹⁸.

Ecoando sobre as demais Cortes, a jurisprudência dominante do STJ fez com que o Primeiro Tribunal de Alçada de São Paulo adotasse esses sólidos posicionamentos para o caso específico da taxa de iluminação pública, como se observa no seguinte aresto:

“Ementa: Prazo. Recurso. Apelação. Interposição por Prefeitura Municipal. Art. 188 do Código de Processo Civil. Contagem em dobro determinada e Petição de Interposição Protocolizada no Dia Útil subsequente ao Término. Tempestividade Reconhecida. Preliminar Rejeitada.

Ilegitimidade *ad causam*. Ação civil pública. Ajuizamento pelo Ministério Público. Discussão sobre a constitucionalidade de lei municipal que determinou a cobrança de taxa de iluminação pública pelo Município de Itaporanga. Lei nº 24/90. Proteção de interesse de natureza econômica patrimonial, individual e disponível. Inconfundibilidade com interesses coletivos ou difusos. Inadequação da via eleita. Ilegitimidade ativa reconhecida – extinção do processo decreta – Recurso Provido”¹⁹.

No mesmo sentido, o eg. TJSP, na AC nº 192.2481, Rel. Des. Jorge Tannus, 5ª CC, também comungou da mesma hóstia do STJ.

Impende ser ressaltado mais um julgado do STJ:

“Ementa: Ministério Público. Ilegitimidade. Ação civil pública. Cobrança de tributo.

O Ministério Público não tem legitimidade para propor ação civil pública com objetivo de ver sustada a cobrança de tributos”²⁰.

Como visto, a Jurisprudência dominante não permite que se tergiverse sobre a

matéria, tendo em vista que a Corte Superior pacificou que o Ministério Público é parte ilegítima para figurar como autor de ação civil pública que tenha por escopo declarar inconstitucionalidade da taxa de iluminação pública.

E para colocar um ponto final, o STF, por maioria, manteve acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que julgara extinta, sem julgamento do mérito, ação civil pública movida pelo Ministério Público contra a taxa de iluminação pública do Município de Rio Novo, consoante decisão exarada no RE 213.631-MG, que teve a relatoria da eminente Min. Ilmar Galvão²¹.

4. Do abuso de direito

A verdadeira função institucional do Ministério Público é a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis.

Não vai daí, no entanto, um “cheque em branco” para poder traçar o MP sua atuação divorciada da sua competência constitucional, ou, até mesmo, alargar o contexto das hipóteses em que é lícito o seu patrocínio nas ações civis públicas.

Consoante iterativa jurisprudência vista anteriormente, não é parte legítima o MP para ingressar com ação civil pública visando resguardar direitos de contribuintes.

Ora, a insistência ou exercício de um direito não contemplado no ordenamento jurídico caracteriza o abuso de direito.

Em abono ao que foi dito, José Manuel Martins Bernal²² aduz:

“Porque el abuso del Derecho ante y necesariamente que abuso ha de ser ejercido de un derecho subjetivo reconocido por el ordenamiento juridico”.

Assim, pode-se definir o abuso quando o direito legítimo é exercido em determinado caso de maneira que constitua clara ofensa ao sentimento jurídico socialmente dominante, ou, em outras palavras, é

caracterizada essa figura do direito na medida em que o titular de uma ação não possua legitimidade ativa para intentá-la perante o órgão judicial.

O ilustre e culto Caio Tácito²³, invocando os conhecimentos de Orlando, sintetizou o desvio de poder jurisdicional quando há um transbordamento (*stratipamento*) “como modalidade de violação da lei”.

A seguir, o inolvidável mestre, com “pena de ouro”, destaca:

“O excesso de poder judiciário pressupõe, em suma, a atualidade do poder do qual abusa o titular indo além de seu real escopo.”

Carnelluti destaca que o ‘excesso é qualidade ou atitude de poder que existe; a incompetência é expressão do poder que não existe’. Daí por que *non potere e potere eccessivo sono bianco e nero*.

O abuso de direito na hipótese *sub oculis* fica invencivelmente caracterizado quando decorrente de uma capacidade ativa do MP de ser autor de ação civil pública; contudo, o seu exercício para defender direitos de contribuintes é ilegítimo.

A segurança jurídica reside no fato de o fiscal da lei exercer as suas funções dentro das balizas traçadas pela Constituição Federal e legislação inferior.

Não há como se admitir que o intérprete alargue essa orientação legal e camufle o abuso de direito perpetrado de boa-fé pelo ilustre membro do *parquet*.

A segurança jurídica é, antes de mais nada, uma missão do Juiz, que não pode ser relegada pelo fato de o fiscal da lei se insurgir sobre determinado direito material tributário. O abuso de direito se representa como um *standard* jurídico.

Sobre a limitação de poderes, o eminente Ministro Celso Mello, no Mandado de Segurança nº 23.452, neutralizou o abuso de poder perpetrado por um dos Poderes da República “sobre os demais órgãos da soberania nacional”²⁴.

“Com a finalidade de impedir que o exercício abusivo das prerrogativas estatais pudesse conduzir a práticas que transgredissem o regime das liberdades públicas e que sufocassem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se ao Poder Judiciário a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais.”

Nessa moldura, a fim de evitar o abuso de direito do Ministério Público, a jurisprudência pacificou o entendimento de que é ilegítimo o seu patrocínio nas ações civis públicas que envolvam direito material tributário, incluindo-se, neste cotejo, a taxa de iluminação pública.

É de curial importância abrir-se novo parênteses para registrar a autorizada visão do Ministro Celso de Mello²⁵, no MS nº 23.491, em que o ilustre julgador sublinhou a sua preocupação com “núcleos orgânicos investidos de poderes absolutos”:

“Na realidade, o sistema constitucional brasileiro – tendo presente a natureza essencialmente democrática do regime de governo – não admite e nem tolera que se formem, no âmbito do aparelho de Estado, núcleos orgânicos, investidos de poderes absolutos.”

Finalmente entendemos que ocorre *excés de pouvoir* com a caracterização do abuso de direito do MP na ação civil pública que envolve direito dos contribuintes.

5. Conclusão

Por todo exposto, concluímos que o Ministério Público não está legitimado para ingressar com ação civil pública visando a declaração de inconstitucionalidade de lei nuncipal que instituiu a taxa de iluminação.

Notas

¹ Lei nº 8.078/90.

² Lei nº 8.625/93.

³ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, 15. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1988. p. 221.

⁴ Ação civil pública é veículo imprestável para a defesa de direitos individuais disponíveis: A cobrança de tributos municipais não pode ser contestada por ação civil pública. *In: Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 32, mai. 1998. p. 101-103.

⁵ Art. cit. ant., p. 105.

⁶ *Mandado de Segurança*. 15. ed. atua. por Arnaldo Wald. [s.l.] : Malheiros, 1994. p. 118-119.

⁷ Carvalho Filho, José dos Santos. *Ação Civil Pública*. 2. ed. [s.l.] : Lumen Juris, 1999. p. 103.

⁸ *Primeiras linhas*. v. 1, p. 144.

⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sobre a legitimação do Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos. *In: Ação Civil Pública. Lei n.º 7.347/85, RT*, p. 439 ss.

¹⁰ TA-RJ, 7ª C.C., Rel. Juiz Maurício Gonçalves de Oliveira, Ap. Cível nº 9.472/95, julgado em 10-4-96.

¹¹ *DJU* de 23-3-98.

¹² STJ, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, unânime, REsp. nº 134.979/GO, *DJ* 6-10-97.

¹³ STJ, 2ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, unânime, REsp. nº 103.007/GO, *DJ* de 16-11-98.

¹⁴ STJ, REsp. 200.234/SP, Rel. Min. Hélio Mosimann, 2ª Turma, *DJ* 21-06-99, p. 137.

¹⁵ STJ, REsp. 113.326/MS, Rel. Min. Adhemar Maciel, 2ª Turma, *DJ* 15-12-97, p. 66.357.

¹⁶ STJ, REsp. nº 168.415/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, 1ª Turma, *DJ* 10-8-98.

¹⁷ STJ, REsp. nº 134.979/GO/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, 1ª Turma, *DJ* 6-10-97.

¹⁸ STJ, 2ª Turma, Rel. Min. Hélio Mosimann, REsp. nº 113.326-MS, unânime, *DJ* de 15-12-97.

¹⁹ 1ª TA-SP, Rel. Juiz Carlos Alberto Hernandez, 8ª C.C. Ap. Cível nº 527165-6/000, *in JTALex* 153/132.

²⁰ STJ, 2ª Turma, Rel. Min. Hélio Mosimann, REsp. nº 187.977-Mg, Reg. nº 98.0066297-7, *DJ* de 17-2-99, *in Jurisprudência do STJ*, nº 3, março/99, Ed. Brasília Jurídica, p. 206.

²¹ Acórdão aguardando publicação, julgado em 9-12-99, *in Informativo 174/STF*.

²² BERNAL, José Manuel Martín. *El abuso del Derecho*. Editorial Montécorno S.A., Madrid : 1982. p. 45.

²³ TÁCITO, Caio. Desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. *In: RDP* 4/1993. p. 37.

²⁴ STF, MS nº 23.452, *in RDA* n. 217, p. 202.

²⁵ STF, MS nº 23.491, *in RDA* n. 217, p. 206.

O discurso do legislador de trânsito: uma análise semiótica da linguagem não-verbal normativa

Eduardo Carlos Bianca Bittar

A sinalização viária, além de ser uma das manifestações semiótico-jurídicas mais ricas, é uma demonstração clara e concreta da pluralidade de linguagens¹ no interior das formações de sentido normativas. Se é o pluralismo de linguagens que impera no seio da *juridicidade*, conjunto de práticas jurídico-textuais verbais e não-verbais, é de todo pertinente que a análise se detenha na demonstração do funcionamento de algumas delas, entre as quais se alista a linguagem rodoviária. Nesse plano, não só os *acontecimentos-de-linguagem* rodoviários são de grande importância na análise, mas também o próprio texto normativo que os coloca em cena². Trata-se aqui, sobretudo, de demonstrar como a linguagem normativa se vale dos diversos recursos de linguagem (verbal, não-verbal) para prescrever, o que será feito com um certo assento para a semiótica da imagem.

A Semiótica Jurídica³, em seu empreendimento, avoca, necessariamente, a localização de sistemas prescritivos que veiculem mensagens de vinculação não-adstritas à noção de *língua* propriamente dita. A língua é, de fato, o centro de dispersão de informações e de comandos jurídicos, e é exatamente por esse motivo que a abordagem lingüística é majoritária no estudo da *juridicidade*; esta se vale, majoritariamente, da comunicação lingüística, o que não obstrui a operação de

Eduardo Carlos Bianca Bittar é Doutor pelo Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Professor de Filosofia do Direito, Introdução ao Estudo do Direito e Metodologia da Pesquisa Jurídica.

localização de elementos não-lingüísticos que a compoñam⁴.

Os discursos prescritivos rodoviários, há que se dizer, são os que mais apelo fazem a uma semiótica visual, de modo que a linguagem jurídica se amplia da simples enunciação verbal para a enunciação de outras semióticas, as chamadas não-verbais⁵. São esses signos, ou conglomerados sígnicos, que formam um discurso viário, pois se dispõem de forma tal, e com regras próprias, que a significação do que está prescrito em normas genéricas verbais (Código de Trânsito Brasileiro) ocorre na base de um código específico e complexo. Trata-se de um *poder-fazer-dever* que se estabelece na base da semiótica visual (*acontecimentos-de-linguagem-viária*), por meio de um *poder-fazer-dever* inscrito na base da semiótica verbal (Código de Trânsito Brasileiro).

Para os fins da presente análise, ter-se-á em conta que os elementos que representam as prescrições de trânsito são sinalizações de caráter normativo⁶, substitutivas do discurso prescritivo verbal enunciado pelas estruturas de uso corrente nos meios jurídicos, que são as estruturas lógico-formais, e que se valem de códigos específicos para a formação do significado jurídico. O subsistema jurídico-normativo de prescrições viárias é, sobretudo, a linguagem não-verbal explorada pela legislação e empregada na comunicação de mensagens e comandos normativos relativos à circulação viária. Essa linguagem não-verbal de regulamentação viária se desdobra em: linhas e escritos traçados no solo asfáltico, além de outros materiais de redução de velocidade...; placas diretivas, indicativas, descritivas e proibitivas, com escritos, sinais ou composição de sinais; semáforos e outros recursos de iluminação e disposição de coisas; sinais sonoros⁷; gestos, etc., tudo tendo-se em vista uma comunicação visual fácil, rápida e instrumental para a significação no trânsito de veículos e pessoas⁸. A

elocução, nesse campo, portanto, obedece às necessidades práticas de comunicação, e, nesse sentido, a imagem produz mais efeito que o próprio verbo.

Mais que isso, trata-se de um sistema de significações prescritivas e orientativas de cunho obrigatório, pois a sinalização funciona como condição *sine qua non* para o tráfego, e isso de acordo com a própria previsão jurídica, de modo que não pode haver circulação viária sem sinalização, sob pena de se colocar em risco a segurança e a vida dos usuários do sistema viário. Esse caráter de obrigatoriedade torna a temática semiótica praticamente um mister, pois a informação aqui possui presença necessária⁹. Outra peculiaridade que marca esse campo de pesquisa é que, uma vez presente a sinalização adequada, deve-se perceber que a leitura da mesma pelo usuário é insofismavelmente obrigatória, não se podendo alegar como defesa em seu favor o desconhecimento das regras que presidem a circulação viária. A informação aqui, portanto, tem uma função marcadamente importante: obrigatória para o legislador (produção/codificação) e igualmente obrigatória para o usuário (leitura/decodificação).

Se o dizer do legislador nesse campo pesa como obrigação, por sua vez, a *não-sinalização* (*não-poder-fazer-dever*), a omissão legislativa é, por vezes, representativa do *não-dever* de obediência, por falta de informação. Mas, também, a *não-sinalização* não pode significar para o usuário arbítrio completo, pois algumas regras são inscritas para recobrir inclusive a hipótese de carência de sinalização¹⁰. De modo geral, pode-se dizer que o sistema de aplicação de penalidades com relação à questão da presença/ausência de sinalização funciona nos seguintes termos: a) sinalizado (*poder-fazer-dever*) – situação regrada – obediência – ausência de penalidade; b) sinalizado (*poder-fazer-dever*) – situação regrada – desobediência – aplicação de penalidade; c) não-sinalizado (*não-*

poder-fazer-dever) – situação não-regrada – obediência – ausência de penalidade; d) não-sinalizado (*não-poder-fazer-dever*) – situação não-regrada – desobediência – ausência de penalidade.

Os contornos do sistema *sígnico* viário são dados pelo legislador. De fato, a convenção que dá origem às sinalizações e outros recursos desse tipo não é de caráter social, mas, sim, normativa (que se impõe à sociedade), uma vez que a sinalização é um instrumento de comunicação e orientação do trânsito, mas, também, um instrumento de controle e regulamentação que requer uma autoridade normativa para a instituição de parâmetros legais de uma semântica desse conjunto *sígnico-sistemático* que prescreve condutas na circulação viária. É o mais curioso de notar é que o discurso das linguagens não-verbais (placas, semáforos, indicadores, sinais, ruídos sonoros...) é instalado por um discurso de linguagem verbal, que vem expresso no texto da Lei que regulamenta o comportamento viário e delimita o poder de atuação das autoridades nesses lindes. Linhas e cores (dicionário), fundamentalmente, são os elementos dessa linguagem, ao passo que sua gramática se dá com a disposição normativa sintaticamente ordenada desses elementos (sinal de proibido + sinal de estacionar + regulamento de horários = *É proibido estacionar nos horários...*). Mas essa arquitetura do legislador não é construída *ex nihilo*, pois ele também se vale das categorias da linguagem não-verbal e sua possibilidade de significar (o que não é feito sem um apelo aos cânones já estabelecidos pela linguagem natural, em que, por exemplo, a cor vermelha possui uma entonação semântica tal que, se utilizada no processo de significação, possa chamar a atenção, indicar perigo, advertir...) ¹¹ para estabelecer um grupo de signos arbitrários e convencionais ¹².

A signicidade viária, em relação ao universo das linguagens estudado pela

Semiótica Jurídica, deve ser tomada por um subsistema de linguagem. Porém, por sua vez, se apreendida como uma linguagem independente e sublinhada em sua relação interna com os diversos tipos de signos que a constituem, será então um sistema ¹³ dotado de outros subsistemas viários, quais sejam, o das placas viárias (baseado num complexo denominado *inter-semiótico* de elementos), o dos sinais de trânsito (baseado na diferenciação de cores), o da autoridade de trânsito (baseado na gesticulação padronizada e na emissão de sinais sonoros identificáveis), o das linhas e demais signos inscritos na própria pista de rodagem. Esses são os grandes traços da significação nesse plano de estudos. As noções de *sistema* e *subsistema* aqui ganham relevância, pois o primeiro designa a ordem total dos recursos prescritivos existentes para a regulamentação da circulação viária, enquanto o segundo designa apenas uma facção de signos destacados para compor uma significância viária.

Tendo-se uma autoridade legislativa por fonte normativa, e sistemas de linguagem a dispor, também se tem por fito alcançar um processo significativo sem ruídos semânticos ou, ainda, com poucos ruídos semânticos, tendo-se em vista que o sentido é institucionalizado (sistema viário oficial). A interpretação, dentro desse sistema, é restrita e oferece pouca margem de opções aos trafegantes, uma vez que sua semântica é artificial e previamente constituída, assim como sujeita ao *princípio da não-ambigüidade*. Cada significante ¹⁴ tem um correspondente semântico preciso, tendo, portanto, uma significância restrita de si e por si, sem esboçar qualquer necessidade de uma complementação criativa da mensagem *sígnica* por parte do intérprete. O transplante da informação contida no significante à esfera da significância faz-se dentro dos moldes de um prévio aprendido, e, nesses limites, a pragmática se

reduz a uma mera intervenção do *sujeito-intérprete* na captação da mensagem prescritiva. Mais que isso, a enunciação do texto é feita taquigraficamente, o que representa um desestímulo à formação de ruídos. A ambivalência está proscribida do sistema viário oficial. Nesse sentido, pode-se dizer que, não obstante semioticamente complexos, os signos viários contêm mensagens definidas e interpretáveis nos termos da legislação viária. Os desacordos de sentido na interpretação dos textos viários estão sempre sujeitos ao sancionamento pela autoridade competente¹⁵.

A eliminação da ambigüidade das mensagens viárias se deve ao fato de que a semiótica releva como sendo uma pragmática relacional aplicada à utilização dos sistemas de signos de trânsito. Dá-se que as fontes normativas, que compõem uma pragmática da emissão de normas e mensagens viárias, são determinadas: o *legislador*, como fonte central dos princípios, regras e diretrizes aplicáveis como elementos constitutivos da sintática e da semântica dos signos que *coexistem* ordenadamente, uma vez dada a regra estabelecida convencionalmente; a *autoridade de trânsito*, que tem poderes para revogar circunstancialmente prescrições normativas contidas em placas, e demais signos viários, revogação essa que ocorre situacionalmente, valendo-se dos subsistemas dos gestos, dos sinais sonoros e dos demais recursos de significância no trânsito e na circulação viária, sendo essa uma temporária fonte de prescrições e orientações sobre aquela estabelecida pelas placas e pelos signos permanentes¹⁶.

A legislação viária, que prescreve a conduta dos condutores por meio de signos, entre outros recursos, enquanto legislação, *obriga*, mas não só, pois *limita*, *proíbe*, *restringe*, *adverte*, *alerta*, *indica*, *orienta*. O composto sógnico resultante das prescrições viárias juridicamente está disposto para que consentida seja a circulação regulamentada e ordenada dos

veículos automotores¹⁷ pelas vias públicas. Semioticamente, não obstante a existência de uma teleologia jurídica da legislação viária, a teleologia sistêmica é aquela de formar um conjunto internacionalmente homogêneo e reconhecível, e, portanto, dotado da característica do *convencionalismo*; com isso, a locomoção se unifica para que a comunicação e a circulação de estrangeiros (em geral não-participantes da comunidade lingüística) se faça ainda mais facilmente estabelecida sobre a base da *decodificabilidade* internacional dos chamados, pela semiótica italiana, *segni stradali*. O uso recorrente de símbolos de acesso comum é um dos recursos que permite essa abstração das peculiaridades semióticas de cada comunidade.

Entre os subsistemas constitutivos da totalidade denominada *signicidade viária*, reconhece-se a importância da regulamentação por meio de placas¹⁸, subsistema esse que tem como característica fundamental sua heterogeneidade, uma vez que congrega elementos os mais diversos para a composição daquilo que se pode chamar de um *retículo semiótico*. Toda e qualquer placa de sinalização viária se baseia na pluridimensionalidade dos meios de comunicação visual para atingir seus fins de regulamentação, valendo-se da utilização dos signos verbais escritos, assim como de compostos de coloração, formas geométricas, pigmentação da matéria sobre a qual se inscrevem graficamente os significantes desejados. Há relações intersemióticas marcadas pelos traços da complementaridade e da intersecção dos setores da signicidade visual. Tendo esse repertório de signos como ponto de partida, as prescrições se potencializam a partir do momento em que ganham publicidade e formas sintaticamente concebidas para a transmissão de mensagens discursivas sem que seja mister recorrer ao discurso para que se transmitam informações, ou se indique um sentido, ou se proíba uma ação, ou se

regulamente uma situação. Há sempre aqui presente a idéia de que elementos substitutivos à signicidade verbal sejam utilizados desde que normatizados, conceitualmente definidos e identificados em sua função¹⁹.

Elementos de um repertório podem-se organizar de forma a comporem unidades de significância próprias, diante das quais se obtêm respostas mais ou menos previsíveis para estímulos visuais prescritos em generalidade significativa. Assim é que, como premissa de todo sistema, partindo-se do postulado de que todo sistema de sinalização viária se baseia sobre o princípio do *convencionalismo*, mister se faz estejam as unidades de significância previamente determinadas pela carga semântica que delas se deve destacar.

Para uma linguagem inscrita nesses termos, em que imperam as decisões do legislador, destaca-se sobretudo a institucionalização da sintática e da semântica de cada qual das possíveis linguagens utilizadas, de modo que cada espécie possuirá uma sintática específica e uma semântica também específica. Assim para a linguagem das placas de regulamentação²⁰ ou de advertência²¹, para a linguagem sonora²² e para as demais no mesmo sentido.

Um composto formado pela justaposição de todos os recursos sintáticos e semânticos resulta numa conjunção capaz de veicular imagens discursivas capazes de orientar o tráfego viário. Os elementos de que se vale o legislador, cores, formas e linhas, dispostos de uma certa maneira (sintática dos elementos), trazem como resultante um conjunto semiótico, de maneira que dele emerge a significação (semântica).

O que reforça ainda mais essa idéia é que os elementos não só se dispõem entre si, mas, sobretudo, o que em muito influencia a formação da significação para a sinalização viária, dependem: da localização da sinalização; das dimensões da

sinalização; da funcionalidade; do sistema alfanumérico; do contexto situacional da sinalização²³, entre outras variantes que comparecem em conjunto para dar sustentação à significação dentro desse universo de discurso normativo. De fato, são muitos os recursos visuais, situacionais e contextuais explorados para a significância almejada pelo legislador de trânsito²⁴.

O problema central, a partir do que se disse, é questionar de quais unidades disporia o legislador de tráfego ao compor uma significância a partir da união sintática, lógica e contextual desses elementos. A partir da tripartição peirceana dos signos em *ícones*, *símbolos* e *índices*, é possível concluir, por exemplo, que as placas são *símbolos*²⁵; são *símbolos* na medida em que se estabelecem sobre a *arbitrariedade* das relações entre significante e significado, pois um sujeito interventor as instituiu como dotadas de uma semântica própria, válida apenas dentro de uma determinada conjuntura externa ao sistema – relação essa que coloca o sistema em relação com a realidade exterior para a qual se destina –, nos termos organizacionais internos desse sistema – e aqui se fala em uma sintática do sistema. As placas, por exemplo, são compostos sintáticos de signos, com significância atribuída, imputada (*imputed*), e, por isso, são consideradas símbolos, no sentido peirceano do termo, ou seja, signos dotados de uma carga maior de arbitrariedade, dado o fato de serem a resultante de um complexo de decisões que estabelecem e prefixam a semântica cabível a cada elemento integrante da placa de sinalização.

Porém, se a resultante do processo de amalgamação de vários signos, que é a placa, pode ser identificada como um símbolo peirceano, os signos (elementos do sistema) de que se vale o sistema de símbolos viários não são necessariamente ou, exclusivamente, *símbolos*, mas também *índices* e *ícones*, o que sempre ou quase sempre integra um contexto maior de

significância em que se encontram vários tipos de signos amalgamados para a formação de um composto de comunicação e prescrição viária a ser decodificado pelos receptores destas²⁶.

A complexidade sígnica de caráter prescritivo aqui é apreendida como realidade heterogênea, de denso conteúdo significacional, para o qual correspondem signos de diversa natureza, quais sejam aqueles *icônicos*, aqueles *indiciais* e aqueles *simbólicos*, de acordo com a abordagem semiótica peirceana. Pode uma placa (norma sinalizada numa semiótica visual) conter elementos e recursos de vários sistemas sígnicos interpenetrados, a saber, signos lingüísticos que, combinados com outros icônicos e indiciais, possam apresentar uma proibição em determinadas circunstâncias²⁷, em determinados horários... A utilização de um sistema sígnico dessa forma enunciado é um recurso para a supressão do discurso verbal e que funciona em sua substituição de forma mais eficaz, mais própria e mais célere, de acordo com as necessidades de praticidade comunicacional na circulação dos veículos. Esse amálgama sígnico, portanto, é possível desde que um repertório se disponha na base sintática e que esta se valha dos elementos do repertório para formar uma significação própria e previamente determinada. A resultante é a formação do discurso normativo significativo como resultante da justaposição, como se vê a seguir: placa redonda + orla vermelha + ícone de sinal sonoro + barra lateral de proibição justaposta sobre o ícone sonoro + ícone de hospital = *É proibido buzinar ou acionar sinal sonoro em região hospitalar*. Esse discurso situado em seu contexto permite ao usuário do sistema viário perceber que nas imediações se encontra um ambiente hospitalar, e daí decorre a interdição de buzinar e produzir ruídos excessivos ou desnecessários.

Por que se pode falar de um discurso acoplado em cada placa de trânsito?

Porque é por meio de uma sintática organizacional de *cores*, *formas* e recursos outros, como a *dimensão*, a *altura*, os *caracteres gráficos* a serem adotados, o *material* sobre o qual estes se inscrevem, entre outros, que se pode alcançar determinada semântica regulamentadora de situações de tráfego. Mas, ao mesmo tempo, deve-se dizer, o transporte *inter-semiótico* e interpretativo é uma atividade dependente da atuação dos *sujeitos-usuários* que do sistema se valem. As placas de sinalização, enquanto verdadeiros *textos*, dependem de relações pragmáticas para que formadas estejam as relações com o *interpretante* significacional.

A sinalização pode ser tomada como um verdadeiro plano explicativo da realidade viária a ser utilizada pelo sujeito que por ela se locomove; se destacada for a idéia de linearidade entre as placas, as riscas, os sinais... que se encontram durante um percurso viário qualquer, alcança-se mesmo a noção de *discurso viário*, ou seja, conjunto de prescrições, indicações, proibições que possibilitam a formação de um todo unitário descritivo de um percurso, uma vez tomada a seqüência natural com a qual se distribuem os *acontecimentos-de-linguagem-viária*. Ou melhor, pode-se dizer que o acompanhamento completo da *signalisation routière* consente ao receptor a decodificação de elementos bastantes para formar um composto semântico análogo ao discurso descritivo do percurso de uma via pública sinalizada²⁸.

Feita essa investigação sobre a sinalização viária, dados os traços institucionais indispensáveis, analisados os seus principais contornos e formas de apresentação por diversos sistemas de linguagem, é mister passar-se para um outro campo de estudo igualmente rico nesse contexto, ou seja, o da significação *não-oficial* nas relações viárias, ou seja, aquela construída entre os usuários, em oposição a esta que até o momento se explorou, que apenas

põe em questão o usuário com relação à sinalização oficial. Nesta parte que segue, estar-se-á exatamente a explorar a dinâmica de interação dos usuários nas diversas situações possíveis no uso do sistema.

A faceta receptiva da pragmática normativa da circulação é constituída pelo sujeito ao qual se dirigem as mensagens sígnicas, ou seja, todo aquele que se vale dos meios de transporte viário. Mas, há que se advertir desde já que não se encontra aqui restrita a visualização pragmática, pois, mais do que simplesmente o condutor de veículos, o sujeito receptor da comunicação viária prescricional também é todo aquele que se encontrar no meio de transporte viário que não esteja na posição de condutor. De fato, pois, a mensagem *Reduzir a velocidade em caso de neblina* tem como sujeito receptor o condutor do veículo automotor; porém, esta outra mensagem *É obrigatório o uso de cinto de segurança nas estradas* atinge não só àquele sujeito, como também a todos aqueles que se utilizam do mesmo veículo sem se encontrar na posição de condutor.

De qualquer forma, o que se quer dizer é que, não obstante existir o universo de sentido formado pelas regulamentações oficiais, salvaguardada está a esfera de significação que se produz entre os sujeitos, ou seja, esfera em que prevalece a livre disposição entre as partes que circulam, pois, todo um complexo de outros recursos de comunicação existentes entre os motoristas e condutores (sinalização do automóvel, sinal de braço, buzina...) consente o estabelecimento de relações sígnicas, tendo essa origem entre os próprios usuários que se articulam na circulação viária. Aqui, a fonte emissora das mensagens e comunicações nas relações viárias são as próprias partes que circulam, os usuários do sistema viário e suas codificações e subcodificações²⁹.

O universo da signicidade viária prescritiva, ou seja, aquele que tem como fonte normativa a autoridade, recobre um

campo de significação para o qual a disposição dos particulares não é possível; em havendo regulamentação, não há possibilidade de se negar a regra normativa sem que se incorra em uma conduta constitutiva de um *desvalor*. Porém, se o que é permitido se pode definir negativamente a partir daquilo que não está proibido – reproduzindo-se aqui o célebre postulado de que aquilo que não é proibido é permitido –, pode-se admitir a comunicação entre os particulares como resultante de uma esfera de disposição comunicativa que consente a adequação não-normatizada entre os sujeitos que circulam pelas vias públicas utilizando-se da signicidade para a transmissão de mensagens de trânsito³⁰.

Assim, além dessa comunicação institucional do sistema com o usuário, os usuários entre si também se comunicam intensamente, estabelecendo-se complexas cadeias de comunicação, nas quais também impera a diversidade de recursos, canais e semióticas (gestual, luminosa, sonora, verbal...). Para indicar curva à esquerda, utiliza-se o usuário de setas luminosas piscantes que indicam sua intenção de deslocamento³¹. Para indicar parada do veículo, a disposição de lâmpadas traseiras acesas chama a atenção para a diminuição da velocidade do veículo dianteiro. E, por meio desse sistema simples, podem-se superar inúmeras situações em que se imagine inserido o usuário do sistema viário.

Porém, mais que isso, ainda, por vezes, a simples presença do usuário, e de seu veículo, é significativa e forma, para aquele que a percebe, uma cadeia de significados, que por sua vez motiva atitudes, comportamentos, define estratégias, enfim, influencia no agir. Num primeiro exemplo, pense-se, então, num usuário que escute a presença de outro veículo que se aproxima em alta velocidade, pelo ruído provocado pelo motor; a simples aproximação deste outro veículo já é bastante para que, a partir dessa percepção, o

usuário tome uma decisão, por vezes, absolutamente diversa daquela que estaria a tomar se estivesse só na pista de rodagem ou acompanhado por veículos em marcha lenta. Num segundo exemplo, pense-se que, para locais de intensa passagem e circulação de veículos, marcar presença na pista não é simplesmente estar trafegando, é também enfatizar sua presença, acendendo os faróis, mesmo durante o dia (*a priori* utilizáveis apenas em período noturno, pela carência de iluminação)³², ou, ainda, mesmo chamando a atenção por leves toques de buzina (sinal sonoro). Em ambas as situações assinaladas, está-se, até por segurança, a marcar sua presença de máquina ambulante, em meio a outras, mediante recursos vários existentes no próprio veículo.

Essa questão da semiótica da presença significativa do outro é de suma importância na comunicação, na circulação e nas relações viárias. Aquele veículo que ali está (parado ou em movimento) é, por si mesmo, fonte de informação viva, tilitante; sua só existência e presença *in locu* é estímulo bastante para um outro usuário basear-se nessa presença para tomar uma atitude ou uma postura no tráfego. O *ser* do veículo é mais que sua significação ordinária transmite (veículo de passageiros, dotado de quatro rodas, tipo tal, cor tal, cujo proprietário...), mas é um algo motivante de uma significação de trânsito, de circulação, o que tudo se relaciona com a questão da comunicação viária, uma das possíveis aplicações da Semiótica Jurídica no mister de perscrutação do discurso normativo³³.

E é da teia dessas interações do tipo presença/ausência que se forma uma grande cadeia de comunicação, que, por sua vez, gera novos comportamentos viários e novas atitudes legislativas sobre o tráfego, urbano ou não. Estude-se o caso do trânsito. Chama-se 'trânsito' a um volumoso número de veículos trafegando pela(s) via(s) e diz-se que 'tal via está com trânsito', de modo a gerar expectativas de

conduta sobre os efeitos daquela *macro-presença* viária. Um número considerável de veículos na(s) via(s), portanto, comunica 'trânsito', pela sua simples presença, e isso comunica, por sua vez, 'intrafegabilidade', 'demora', 'atraso no compromisso', 'perda do emprego', significados e variantes de sentido que podem influir no decisionismo personalíssimo de cada usuário do sistema viário, como, por exemplo, 'deixarei de almoçar', 'aumentarei a velocidade', 'ultrapassarei ainda que o semáforo esteja vermelho', 'desviarei pelo atalho', 'remarcarei o compromisso', etc. A cadeia de significação se estabeleceu de forma a determinar comportamentos, e tudo em função da diferença entre ausência/presença. Onde ausência e presença se equilibram, a circulação de veículos é normal, onde se desequilibram (para mais ou para menos), a circulação pode ser boa ou ruim. Não se omita, no entanto, que, da mesma forma que tudo isso é significativo para o usuário, e pode induzi-lo a comportamentos novos diante de situações novas, também o legislador resolve adotar medidas de contenção, proibindo circulação em áreas, horários e dias determinados normativamente. Onde mora o chamado referente, pode-se dizer, mora a semiose.

Dessa forma, percebe-se que a comunicação nesse plano, além de obedecer à complexidade do intercruzamento de inúmeros códigos semióticos (1), também vive, nessa dimensão, a ambigüidade comum a todo código de comunicação (2), assim como aqui a comunicação se desprende da idéia de intenção de comunicação (3). Sequencialmente se estudarão essas três afirmações.

A interpretação da comunicação entre usuários é muito mais fluida, pela carência de um sistema organizado, rígido e oficial, que aquela que ocorre nas relações usuário/sinais oficiais. Assim, por vezes, deve o usuário, para estacionar seu veículo repentinamente junto ao meio-fio, não somente indicar com setas à direita ou à

esquerda sua intenção de estacionar, pois as setas podem indicar intenção de virar num cruzamento ou rua próxima, mas também, e juntamente com aquele código, estabelecer uma comunicação gestual, com movimentos de mão que favoreçam o entendimento da intenção do usuário se dirigir para o local vago para estacionar seu veículo. O contexto, percebido pelos demais condutores envolvidos na situação, favorecerá a re-orientação da conduta e a tomada de novas atitudes (1).

Buzinar é um modo de chamar a atenção do outro usuário, mas, por vezes, e fora do código oficial³⁴, buzinar é repreender o outro usuário (toque sonoro ruidoso, marcante, contínuo e forte), cumprimentar um amigo (toque alto e alegre), avisar o porteiro para abrir a garagem do prédio (combinação de uma seqüência de sons), agradecer um favor prestado por outro (toque leve, suave e rápido), marcar passagem ou ultrapassagem em área urbana...(toque único). Nesse caso, o uso *não-oficial* é bem mais largo que o oficial. Por isso, dentro desse sistema de comunicação, para marcar a semântica de um sinal sonoro do tipo buzina, é necessário saber que dela só se pode utilizar em ocasiões prescritas (é proibido utilizar-se futilmente da buzina, é proibido utilizar-se da buzina diante de hospitais...), para finalidades mais específicas que aquelas regularmente utilizadas pelos usuários e que um toque leve serve mais para indicação de algo, mas um toque contínuo, forte e nervoso é uma repreensão por determinada atitude... A sintática dos sons fornece subsídios suficientes para o delineamento das sutilezas de sentido possíveis (2).

Independentemente do que se pense ou se deseje ao se utilizar de uma das possíveis semióticas na circulação rodoviária, a comunicação se estabelece com parâmetros inimagináveis de significação; por vezes, deseja-se agradecer a um usuário um favor recebido por meio do sinal luminoso, mas outro usuário desligado

daquela situação particular, em seu espelho retrovisor, recebe o sinal luminoso e o compreende como uma repreensão ao seu modo de dirigir, o que retribui com uma ultrapassagem brusca diante daquele primeiro. No caso, a intenção de significar por meio da utilização de sinal luminoso, realizado o *ato-de-linguagem*, desprende-se da intenção do locutor e passa a significar os possíveis sentidos contextuais admitidos por uma comunidade de utentes do sistema viário (3).

É curioso, portanto, notar a densidade semiótica no plano da significação viária. Além de um sistema de regras oficiais (regulamentar), inteiramente disposto para o controle das situações de comunicação entre usuários, existe um outro sistema paralelo, tão eficaz e necessário quanto, que se pode chamar inoficial (*não-regulamentar*), praticado pelos usuários em situações plúrimas de comunicação sobre as rodovias, ruas, estradas, *boulevards*, etc. Portanto, a par o instituído, tudo funciona não somente em função desse único sistema de comunicação, mas pela interação do oficial (regulamentar) com o inoficial (*não-regulamentar*), a exemplo do que ocorre em outras situações de comunicação que envolvam normas (conflitos de terra, comunicação não-institucional das partes entre si no processo, direito das favelas ..., todas com códigos de poder específicos)³⁵. Delinear essas outras dimensões inexploradas ocorrentes sob as vigas do sistema jurídico implantado (oficial) é vislumbrar de mais próximo o que realmente é a prática jurídica. E essa é apenas uma das vertentes de que se pode valer o semioticista para fazê-lo.

Notas

¹ Procedendo-se a um inventário dos inumeráveis sistemas sígnicos existentes, entre os quais se encontra a linguagem verbal (língua), tomando-se o termo 'linguagem' como significando o sistema genérico, a 'língua' só pode ser entendida como sendo apenas um dos subsistemas do agrupamento maior chamado linguagem. Em sede

de lingüística, o signo verbal é o núcleo estrutural do subsistema que se funda na dicotomia fonética *monema-fonema* para explicar a sucessão seqüencial e temporal na elocução do discurso falado. A língua, não só para Saussure, mas também para outros teóricos da lingüística, centraliza os questionamentos semióticos e, sem embargo, esparge seus conceitos formais para outros setores semiológicos de pesquisa, reduzindo-se, com isso, o fenômeno semiótico ao âmbito de aplicação conceitual dos domínios da lingüística. A esse respeito, leia-se a crítica de Georges Mounin (*Introduction à la sémiologie*, 1986, p. 17), que ressalta o caráter marginal que algumas vezes toma a semiótica a partir de uma visão lingüística centralizadora; veja-se: “*Traditionnellement, les ouvrages de linguistique générale accordent une place aux moyens permettant de communiquer sans recourir au langage articulé. Mais cette place reste extrêmement réduite: il s’agit généralement de quelques pages, liées presque toujours à l’histoire de l’écriture plutôt qu’à celle du langage, où se trouvent décrites les écritures pictographiques et les écritures idéographiques, illustrés par quelques exemples bien connus, hiéroglyphes, caractères chinois (...)*”. Ainda quanto ao tratamento da diferenciação linguagem-língua, Hjelmlev se refere à linguagem de signos lingüísticos como sendo a *língua-lingüística* (p. 33), e a seu estudo estrutural chama *glossemática*, derivando esse termo de *ἑλωσσα* (*Ensaio lingüísticos*, 1991, p. 42).

² O que, no presente caso, será feito ilustrativamente por meio da Lei nº 9.503, de 23-9-1997, o Código de Trânsito Brasileiro, do qual se poderá destacar uma análise concreta muito interessante para efeitos do estudo do pluralismo de linguagens no seio da *juridicidade*. O destaque se faz para o Anexo II dessa mesma lei, em que se encontram descritos os meios legais de expressão do significado jurídico por meio da sinalização. É curioso acompanhar o texto da lei e verificar que a sinalização se divide nos seguintes grupos: 1. sinalização vertical (placas); 1.1. sinalização de regulamentação; 1.2. sinalização de advertência; 1.3. sinalização de indicação; 2. sinalização horizontal (sinais sobre a pavimentação); 2.1. marcas longitudinais; 2.2. marcas transversais; 2.3. marcas de canalização; 2.4. marcas de delimitação e controle de estacionamento e/ou parada; 2.5. inscrições no pavimento; 3. dispositivos e sinalização auxiliares (reforço de sinalização ou indicação excepcional); 3.1. dispositivos delimitadores; 3.2. dispositivos de canalização; 3.3. dispositivos e sinalização de alerta; 3.4. alterações nas características do pavimento; 3.5. dispositivos de proteção contínua; 3.6. dispositivos de uso temporário; 3.7. painéis eletrônicos; 4. sinalização semafórica; 4.1. sinalização semafórica de regulamentação; 4.2. sinalização semafórica de advertência; 5. tapumes; 6. gestos; 6.1. gestos de agentes da autoridade de trânsito; 6.2. gestos de condutores; 7. sinais sonoros (art. 87 e Anexo II).

³ “*Contrairement à une opinion assez répandue, la sémiotique n’a pour objet essentiel l’étude des signes: elle vise en fait la construction d’une théorie générale de la signification, et il y a là plus qu’une nuance. C’est à la*

sémiologie qu’il revient, en gros, de décrire les systèmes de signes” (Landowisk, 1986-2, p. 39). Como a análise se debruça sobre o discurso normativo-viário, e suas injunções, destaca-se a análise crítica e construtiva como sendo a busca da significação, tarefa da Semiótica. Daí se identificarem de princípio os elementos que contribuem para a formação da linguagem viária, para depois detectar-se a noção de discurso viário e o sentido do que é dito e do que não é dito pelo legislador, do que é feito como prática oficial e do que é feito como prática inoficial.

⁴ Insurgindo-se contra essa postura teórica de grave ambigüidade entre lingüistas e semiólogos, Mounin, *Introduction à la sémiologie*, 1986, valendo-se da diferenciação existente entre linguagem e língua, aquela como sistema e esta como subsistema, e também se baseando numa apreciação dos subsistemas de comunicação como lingüísticos e não-lingüísticos, aponta a necessidade de formação de um estudo semiológico que se constitua verdadeiramente como tal, ou seja, estudo esse que ganhe autonomia conceitual ao desvincular-se das propostas lingüísticas propriamente ditas; sua análise centra-se fundamentalmente numa visão contemporânea do fenômeno semiológico, que não só se complexizou – e neste sentido sua complexização é diretamente proporcional ao crescimento e ao avanço no uso dos subsistemas de comunicação não-lingüísticos –, como também ganhou maior importância, isso se entendido conceitualmente independente dos reflexos científicos alcançados em sede lingüística.

⁵ A proposta vem na linha de oposição verbal/não-verbal/sincrético, conforme leciona Pais, *Conditions sémantico-syntaxiques et sémiotiques de la productivité systémique, lexicale et discursive*. Paris : Université de Paris- Sorbonne/ Atelier National de Reproduction des Thèses, 1993. Georges Mounin, por sua vez, destaca os inúmeros sistemas não-lingüísticos como componentes de uma esfera larga de comunicação cuja participação é não só ativa, como também determinante na comunicação social. Apontam-se, assim: “*(...) la signalisation routière avec ses disques, ses rectangles et ses triangles, (...) une affiche publicitaire utilisant la forme et la couleur afin d’attirer l’attention sur une marque de lessive, (...) la signalisation des magasins par des enseignes, chapeau, parapluie, tête de cheval, (...)* (Introduction à la sémiologie, 1986, p. 21); ainda, “*(...) une cinquantaine d’idéogrammes à dessin reconnaissable (service-autocar, train automoteur, bar, buffet, restaurant, dimanches et fêtes, sauf dimanches et fêtes) de sigles-idéogrammes (location possible, hotêsse, hotêsse sans bagages, etc.), de sigles idéographiques arbitraires (billets d’avance, arrêt, descente, supplément, etc.)* (p. 22); “*(...) les dates, les adresses, les cotes, les indices, les paginations, les ordinations de toutes sortes, les températures de toutes sortes, les pressions, les vitesses, les consommations d’eau, de gaz et d’électricité, les débits d’essence, les poids des balances automatiques, des prix des caisses enregistreuses (...)*” (p. 24). Todos esses subsistemas sígnicos de

comunicação, e mais as artes cartográficas, imagens artísticas, costumes sociais, sinais de cumprimento, entre outros recursos de utilização social, são relatados como uma pequena ordem de elementos coligidos para que se possa aquilatar a grandiosidade do contato direto, e até inconsciente, com os signos, que se dá quotidianamente com os sujeitos em interação social. Nem se conte ainda a linguagem gestual “(...) *dans la peinture figurative, dans les dessins animés, ceux des speakers à la télévision, ceux des dessins dans les projections de méthodes audio-visuelles, des personnages dans les films surtout muets, des orateurs, pédagogues et conférenciers, des chefs d’orchestre, du ballet, de la pantomime, le code gestuel des sourds-muets, aussi que le rôle des gestes dans les sociétés archaïques*” (p. 170), ou as demais linguagens localizáveis no espectro de estudos de comunicação e de linguagem semiótica.

⁶ A esse respeito: “*Le code de la route se présente comme un ensemble qui n’est d’abord limité que juridiquement*” (Mounin, 1986, p. 155).

⁷ Detenha-se, a esse respeito, o conteúdo do art. 29, VII, a: “os veículos destinados a socorro de incêndio e salvamento, os de polícia, os de fiscalização e operação de trânsito e as ambulâncias ... quando os dispositivos estiverem acionados, indicando a proximidade dos veículos, todos os condutores deverão deixar livre a passagem pela faixa da esquerda, indo para a direita e parando, se necessário”. A sirene, portanto, principalmente como dispositivo sonoro é de grande eficácia na transmissão de informação a longa distância, daí valer-se deste código, além de acoplar a este um sistema de iluminação vermelha intermitente; a composição cromática, a sirene... todos esses códigos são suficientes a identificar a urgência e determinar o comportamento dos demais condutores e usuários em função da necessidade.

⁸ Visa-se, sobretudo, à visibilidade e à segurança, quando se trata de erigir um sistema semiótico para transmitir informações e prescrições normativas de caráter viário, em que se apela para as linguagens não-verbais. De fato: “Sempre que necessário, será colocada ao longo da via, sinalização prevista neste Código e em legislação complementar, destinada a condutores e pedestres, vedada a utilização de qualquer outra. A sinalização será colocada em posição e condições que a tornem perfeitamente visível e legível durante o dia e à noite, em distância compatível com a segurança do trânsito, conforme as normas e especificações do CONTRAN”(par. 1º, art. 80). Deve-se mesmo dizer que, por vezes, a sinalização viária é substitutiva, por antecipação, de situações e obstáculos e dificuldades sobre a pista de rodagem, de modo que, antes que o usuário alcance a situação, ele já esteja precavido (ex.: “Cuidado, obras na pista”; “Reduza a velocidade, meia-pista interditada por desabamento a 100 metros”).

⁹ A Lei é categórica: “Nenhuma via pavimentada poderá ser entregue após sua construção, ou reaberta ao trânsito após a realização de obras ou de manuten-

ção, enquanto não estiver devidamente sinalizada, vertical e horizontalmente, de forma a garantir as condições adequadas de segurança na circulação” (art. 88).

¹⁰ Esse é o caso da velocidade, que, em caso de omissão de sinalização, a informação é pré-dada ao usuário: “Onde não existir sinalização regulamentadora, a velocidade máxima será de: I. Nas vias urbanas: a) oitenta quilômetros por hora, nas vias de trânsito rápido; b) sessenta quilômetros por hora, nas vias arteriais; c) quarenta quilômetros por hora, nas vias coletoras; d) trinta quilômetros por hora, nas vias locais...” (par. 1º, art. 61).

¹¹ A prova de que no sistema semiótico viário-normativo o legislador se utiliza de inúmeros signos motivados, aliás deles se servindo exatamente porque está consciente de que os signos motivados são os que mais fazem apelo ao conhecimento ordinário da sociedade em geral, de modo a facilitar a significação/decodificação, entre os quais se podem citar como exemplos legais: sinalização vertical de serviço telefônico (ícone de telefone), de abastecimento (ícone de bomba de gasolina), de aeroporto (ícone de avião), de área de campismo (ícone de barraca de *camping*), de local para prática de pesca esportiva (ícone de pescador), de local para prática de pesca submarina (ícone de pescador submarino), etc., exemplos esses extraídos do Anexo II da Lei nº 9.503/ 97.

¹² Visto que seu estabelecimento é convencional, para a signicidade viária prescritiva, o Código de Trânsito Brasileiro define, em termos genéricos, quais serão os significantes simbólicos a serem utilizados no território nacional, de modo a criar um sistema dotado de homogeneidade em todos os estados da Federação, inclusive, de acordo com as normas internacionais de sinalização, o que complementa a idéia de que os símbolos utilizados pelo sistema de trânsito são *arbitrários, convencionais e instituídos*.

¹³ Devem-se ler, como referência, estas palavras de Georges Mounin: “*La signalisation routière est donc un système non linguistique riche et complexe, véritablement systématique par le classement des différents signaux en catégories*” (Mounin, 1986, p. 31).

¹⁴ Estar-se-á a articular a relação significante/significado da tradição saussuriana pela praticidade e funcionalidade que apresenta, bem como pela didática que exerce, aliás como também o faz Greimas (*Du sens; Sémantique structurale*), tudo no sentido de favorecer a exposição desta já tão densa reflexão, que em nada reclama maior especificidade vocabular.

¹⁵ A Lei explicita as hipóteses em que não se terão em consideração as penalidades, e a hipótese da má interpretação não está prevista, claramente, pois também aqui se presume do usuário o conhecimento da Lei (*ignorantia legis neminem excusat*) e, ainda mais, a obrigatoriedade de leitura da sinalização. A só hipótese de não-aplicação de penalidade se dá se a sinalização, ela mesma, é falha, incorreta, inconsistente, ilógica, obsoleta, ininteligível. Assim: “Não serão aplicadas as

sanções previstas neste Código por inobservância à sinalização quando esta for insuficiente ou incorreta” (art. 90).

¹⁶ A legislação específica (Lei nº 9.503/ 97) é clara em dizer, em seu Anexo II, no item 06 (Gestos dos agentes da autoridade de trânsito), que: “As ordens emanadas por gestos de agentes de trânsito prevalecem sobre as regras de circulação e as normas definidas por outros sinais de trânsito”. Ainda mais, no art. 89 vê-se inscrita a relação hierárquica entre os códigos, como quer ver o legislador instaurada: “A sinalização terá a seguinte ordem de prevalência: I. As ordens do agente de trânsito sobre as normas de circulação e outros sinais; II. as indicações do semáforo sobre os demais sinais; III. as indicações dos sinais sobre as demais normas de trânsito”.

¹⁷ Na verdade, a questão é mais complexa do que como foi exposta. Não somente para fins de circulação de veículos automotores se regulamenta o trânsito, mas também para pedestres, para os ciclistas, enfim, para a segurança geral no tráfego... A própria legislação é específica em tratar da seguinte forma a regulamentação da matéria: Art. 96: “os veículos classificam-se em: I. quanto à tração: a) automotor; b) elétrico; c) de propulsão humana; d) de tração animal; e) reboque ou semi-reboque; II. quanto à espécie: a) de passageiros: 1. bicicleta, 2. ciclomotor, 3. motoneta, 4. motocicleta, 5. triciclo, 6. quadriciclo, 7. automóvel, 8. microônibus, 9. ônibus, 10. bonde, 11. reboque ou semi-reboque, 12. charrete; b) de carga: 1. motoneta, 2. motocicleta, 3. triciclo, 4. quadriciclo, 5. caminhonete, 6. caminhão, 7. reboque ou semi-reboque, 8. carroça, 9. carro-de-mão; c) misto: 1. camioneta, 2. utilitário, 3. outros: d) de competição; e) de tração: 1. caminhão-trator, 2. trator de rodas, 3. trator de esteiras, 4. trator misto; f) especial; g) de coleção; III. quanto à categoria: a) oficial, b) de representação diplomática, c) particular, d) de aluguel, e) de aprendizagem”.

¹⁸ A interpretação semiótica do subsistema das placas apresenta as diversas facetas do fenômeno <signo> na esfera viária, podendo servir de parâmetro para toda análise semiótica da problemática, o que justifica a escolha operacional de abordagem desse subsistema.

¹⁹ É o de que se ocupam os Anexos I (Dos conceitos e das definições) e II (Sinalização) do Código de Trânsito Brasileiro.

²⁰ Segundo as disposições da Lei nº 9.503/ 97, tem-se, para a linguagem da sinalização viária vertical: 1) forma e cores das placas do sistema de regulamentação: 1.1 circular (fundo branco, tarja vermelha, orla vermelha, símbolo preto, letras pretas); 1.2. triangular (fundo branco; orla vermelha); 1.3. octogonal (fundo vermelho, letras brancas, orla interna branca, orla externa vermelha); 2. dimensões: as dimensões estabelecidas na legislação pertinente padronizam a sinalização, dotando-a de características próprias para cada tipo

de significação; 3. padrão alfanumérico: acerca da utilização de uma grafia unificada para os signos no contexto interno da placa, utilização essa que, para os signos verbais e numéricos, inscreve-se nos exatos termos em que a legislação federal o prescreve; 4. localização: acerca da disposição das placas no contexto das vias públicas.

²¹ Para a linguagem viária da sinalização de advertência, fundamentalmente: 1. sinal: quadrado com diagonal na posição vertical; cores: fundo amarelo, orla interna preta, orla externa amarela, símbolo interno preto; 2. Sinal: retangular; cores: fundo amarelo, orla interna preta, orla externa amarela, seta amarela.

²² Para a linguagem viária por sinais sonoros: 1. Significante: um silvo breve; significado: atenção siga; 2. Dois silvos breves: pare; 3. Três silvos breves: acenda a lanterna; 4. Um silvo longo: diminua a marcha; 5. Um silvo longo e um breve: trânsito impedido em todas as direções; 6. Três silvos longos: motoristas a postos (Anexo II da Lei nº 9.503/ 97). E assim por diante, uma a uma das linguagens possíveis inventariadas no corpo da legislação.

²³ A própria Lei se ocupa de dizê-lo: “Sempre que necessário, será colocada, ao longo da via, sinalização prevista neste Código e em legislação complementar, destinada a condutores e pedestres, vedada a utilização de qualquer outra” (art. 80).

²⁴ São exemplos da contextualização o que a Lei, em seu Anexo II, chama “emprego” dos sinais sonoros. Cite-se que um silvo significa “Atenção siga!” dentro de um contexto preciso, a saber, no ato de o guarda sinaleiro mudar a direção do trânsito; ou que um silvo longo e um breve significa “Trânsito impedido em todas as vias” quando da aproximação do corpo de bombeiros, ambulâncias, veículos de polícia ou de tropa, ou de representação oficial.

²⁵ Para Peirce os símbolos são “[Those] the ground of whose relation to their objects is an imputed character, which are the same as general signs, and these may be termed symbols” (Peirce, 1965: 1.558).

²⁶ Vide Mounin, 1986, p. 157-158.

²⁷ Aquilo que se chama de contextualização do discurso também encontra seu cabimento nesse espaço teórico, uma vez que a polissemia de alguns signos só pode ser determinada uma vez contextualizado o signo. Nesse sentido, por exemplo, “[Le] /rouge/ est (...) polysémique, avec trois ou quatre significés différents sensiblement selon les contextes constitués par les signaux eux-mêmes et les situations routières où ils apparaissent (...)” (Mounin, 1986, p. 152).

²⁸ Cfr. Mounin, 1986, p. 163. Pense-se, assim, na união dos diversos códigos que afetam um usuário num dado momento e num dado percurso de uma rodovia: sinalização intermitente em amarelo por semáforos, sinalização vertical (placa) com sinal indicando curva à esquerda, sinalização vertical de reforço de sentido indicando ainda curva perigosa à esquerda, redutores

de velocidade no solo asfáltico, marcas longitudinais com linhas de divisão de fluxo em barra dupla indicando a proibição de ultrapassagem, tudo isso somado à percepção contextual e sensorial de que se trata de forte curva à esquerda constrói para o usuário a dimensão do sentido, sem mesmo tê-lo ainda experimentado (pois a curva se encontra à frente), de modo que o sentido de perigo e cuidado conduzem a uma redução de velocidade e a maior preparação para a efetuação da manobra.

²⁹ Atente-se para o fato de que, escondida atrás dos comportamentos dos condutores de veículos, está toda uma gama de valores normativos. Não só o Código de Trânsito Brasileiro é o suporte da conduta viária, mas também as disposições do Código Civil, como a do art. 159, de acordo com o *qualquem causar a outrem dano ou prejuízo fica obrigado a reparar...*

³⁰ A dicotomia *direito cogente-direito dispositivo, mutatis mutandis*, aqui pode ser vista como componente das esferas da adequação entre as partes e da prescrição normativa indierrogável, podendo-se visualizá-la como constitutiva de uma sede teórica distintiva dos fenômenos relacionais dentro da esfera do trânsito de veículos.

³¹ É o caso de uma comunicação a quem quer que seja obrigatória, que, se não utilizada, pode ocasionar penalidade ao usuário, conforme dispõe o art. 35 da Lei: “Antes de iniciar qualquer manobra que implique um deslocamento lateral, o condutor deverá indicar seu propósito de forma clara e com a devida antecedência, por meio da luz indicadora de direção de seu veículo, ou fazendo gesto convencional de braço”.

³² De fato: “O uso de luzes em veículo obedecerá às seguintes determinações: o condutor manterá acesos os faróis do veículo, utilizando luz baixa, durante a noite e durante o dia nos túneis providos de iluminação pública” (inciso I, art. 40).

³³ A abordagem já muda de tom se também se muda de universo de discurso, do jurídico para o publicitário. Neste, *opoder-fazer-querer* impera por meio de um *poder-fazer-saber*, e o veículo passa a ser signo de *status*, luxo, riqueza, conforto, segurança, potência/virilidade, aventuras, viagens prolongadas, viagens com toda a família, valores esses todos presentes no universo de consumo de veículos e explorados intensamente pela mídia. Sobre os universos de discurso e suas diferenças constitutivas, cf. Pais, 1984, p. 43-65.

³⁴ No código oficial, o uso da buzina também ganha sentido regulamentar específico, a saber: “O condutor de veículo só poderá fazer uso de buzina, desde que em toque breve, nas seguintes situações: I. Para fazer

as advertências necessárias a fim de evitar acidentes; II. Fora das áreas urbanas, quando for conveniente advertir a um condutor que se tem propósito de ultrapassá-lo” (art. 41).

³⁵ Vide, a respeito do problema da oposição oficial/inoficial, Ferraz Júnior, 1984, p. 103-123.

Bibliografia

- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O oficial e o inoficial: ensaio sobre a diversidade de universos jurídicos temporal e espacialmente concomitantes. In: *Direito de propriedade*. FALCÃO, Joaquim Arruda.(org.) Rio de Janeiro : Editora Forense, 1984. p. 103-123.
- GREIMAS, A. J.. *Semiótica e ciências sociais*. Trad. por Álvaro Lorencini e Sandra Nitrine. São Paulo : Cultrix, 1976.
- GREIMAS, A.J. (coord.). *Analyse sémiotique d'un discours juridique*. Italia : Centro Internazionale di Semiotica e Linguistica, Università di Urbino, n. 7, agosto, 1971.
- LANDOWSKI, Eric. Pour une approche sémiotique et narrative du droit. In: *Droit prospectif. Revue de Recherche Juridique: colloque intenational de sémiotique juridique*. Aix-en-Provence, 11-13 mars, Presses Universitaires de Aix-en-Provence, 1986-2. p. 39-70.
- LANDOWSKI, Eric. Statut et pratiques du texte juridique. In: *Lire le droit: langue, texte, cognition, sous la direction de Danièle Bourcier et Pierre Mackay*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, CNRS. Paris : 1992. p. 441-455.
- MOUNIN, Georges. *Introduction à la sémiologie*. Paris : Les Éditions de Minuit, 1986.
- PAIS, Cidmar Teodoro. *Conditions sémantico-syntaxiques et sémiotiques de la productivité systémique, lexicale et discursive*. Paris : Université de Paris- Sorbonne/ Atelier National de Reproduction des Thèses, 1993.
- _____. Aspectos de uma tipologia dos universos de discurso. In: *Revista Brasileira de Linguística*. I, v. 7, n. 1, 1984. p. 43-65.
- _____. Elementos para uma tipologia dos sistemas semióticos. In: *Revista Brasileira de Linguística*. São Paulo : Editora Duas Cidades, v. 6, 1982, p. 45-60.
- PEIRCE, Charles Sanders. *Collected papers of Charles Sanders Peirce*. Edited by Hartshorne and Paul Weiss. Cambridge- Massachusetts : Harvard University Press, 1965.

A união estável e a família

João Batista Marques

“Vimos que, quando se concede à família um reduzido valor funcional, esta tende a desaparecer mesmo abaixo do nível do tipo conjugal; pelo contrário, se lhe confere grande valor, existe muito acima do nível conjugal. A suposta universalidade da família conjugal corresponde, de fato, mais a um equilíbrio instável entre os extremos que a uma necessidade permanente e duradoura proveniente das exigências profundas da natureza humana”

Lévi-Strauss

Sumário

Introdução. I - A evolução histórica do concubinato até a Constituição Federal de 1988. 1. Na Antigüidade. 2. Sob os auspícios do Direito Romano. 3. Sob a ótica do Cristianismo. 4. No Direito Pátrio até a Constituição Federal de 1988. a) Das Ordenações Filipinas aos projetos anteriores ao Código Civil. b) Com o Código Civil. 5. Após a Constituição Federal de 1988. II - O conteúdo do princípio constitucional contido no artigo 226, § 3º. III - A disciplina legal do art. 226, § 3º (leis que regulamentaram). 1. Primeiro enfoque. 2. A Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994. 3. A Lei nº 9.278, de 29 de maio de 1996. IV - Corrente contrária à regulamentação. V - Efeitos jurídicos da união livre estável no atual ordenamento jurídico: pontos positivos e negativos. VI - Extinção da união livre estável. Conclusão.

Introdução

Não pretende este breve estudo defender nenhuma tese acadêmica ou apresentar postulados científicos inovadores em

João Batista Marques é advogado.

torno do tema proposto. Não se presta, também, a expor minuciosamente as multifacetadas nuances que informam o instituto da União Livre Estável, tão em voga hodiernamente.

Pergunta-se, então, qual a sua finalidade. A que teria vindo à lume, enfim, tal trabalho. Tenciona, em última análise, fazer uma sistematização dos diversos tópicos que dizem respeito à relação entre concubinos, propugnando por dar uma visão a mais ampla possível sobre o tema. Verificar-se-á o fato social no processo evolutivo humano até se atingir a atualidade. De fato social até a final jurisdicização do instituto.

Feitas essas primeiras considerações, é oportuno apontar o panorama geral no qual se desenrolou a pesquisa bibliográfica, o plano atinente ao desenvolvimento do escrito e as conclusões dele extraídas.

No tocante à pesquisa bibliográfica, procurou-se destacar, com maior ênfase, os autores que trataram o assunto pormenorizadamente e cujo tratamento se deu em cunho mais específico. Não obstante essa opção, não se olvidou de uma consulta aos livros mais clássicos, como se há de perceber ao longo da sucinta exposição.

O plano de desenvolvimento da redação obedeceu, basicamente, às indicações, aos parâmetros delimitadores sugeridos para o trabalho. Pareceu ser o mais indicado destrinchar cada um dos itens, a fim de melhor composição, tendo em vista que um tema mais restrito beneficia, sobremaneira, um desenvolvimento do texto com maior precisão e objetividade. A técnica que se procurou imprimir ao curso da exposição textual foi a enunciativa e a argumentativa.

O tema proposto não é extemporâneo. Apresenta-se de uma pertinência ímpar. Ao mesmo tempo em que foi importante verificar a evolução histórica, os preceitos, as doutrinas, tanto mais foi descobrir que o Direito pauta-se pelos comportamentos sociais de cada época.

Para, efetivamente, situar o texto desenvolvido, vale a pena recorrer ao brilhante trabalho de Caio Mário da Silva Pereira¹, que fornece uma espécie de roteiro para o presente trabalho, *in verbis*:

“Ao casamento, como instituição social legítima e regular, contrapõe-se a união livre, mais ou menos duradoura e especialmente o concubinato, cuja quase-estabilidade não deixa de atrair as atenções e despertar os interesses da ordem jurídica. É óbvio que não gera conseqüências iguais às do matrimônio. Mas não deixa de produzi-las mormente no plano econômico. Os amázios devem-se assistência. A companheira é beneficiária dos favores da legislação social e previdenciária. Os filhos têm direito a alimentos e concorrem na sucessão do pai”.

Como não poderia deixar de ser, iniciou-se por apanhado histórico do instituto, dos primórdios do Direito até os dias atuais.

A abordagem dos dispositivos legais teve maior aprofundamento no que pertence ao conteúdo constitucional referente à união livre estável, passando pela disciplina legal do dispositivo constitucional inserto no art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, bem como as matérias que já tramitam no Congresso Nacional.

E, por fim, fez-se um levantamento da doutrina que entende não ser necessária a regulamentação do concubinato sob o enfoque de corrente contrária à regulamentação; e dos efeitos jurídicos, também denominados de efeitos jurídicos positivos e negativos da união livre estável.

I - A evolução histórica do concubinato até a Constituição Federal de 1988

1. Na Antigüidade

É da natureza eminentemente humana o caráter gregário de que se reveste a sua atuação no seio social. O seu inter-re-

lacionamento passa de uma esfera mais global para um núcleo mais próximo de sua sobrevivência, não só do ponto de vista da satisfação das necessidades materiais, como também, se analisadas sob o ponto de vista espiritual, afetivo e emocional.

A constituição de um grupo social de proporções menores, visando ao atendimento das necessidades básicas de sobrevivência pessoal e coletiva, data dos primórdios da humanidade. Não é de hoje que o homem, imbuído de sua existência conjuntural, preocupa-se, ainda, com a sua posteridade.

O próprio grupo social se encarregou de prover condições para a estabilidade das relações acerca desta *celula mater*. Com o advento do Estado, efetivaram-se, de vez, os regramentos familiares.

Dinâmico como é o comportamento do homem, além da convivência regulada pelos princípios que resguardavam a instituição da família, modalidades outras de união sempre houve, mas que nem sempre refletiram a expectativa social. É o caso da relação familiar concubinária.

Como se tem conhecimento, existia já na antigüidade, como bem estão a atestar as Sagradas Escrituras no seu livro que retrata a origem do homem, o Gênesis, e, também, no livro do Deuterônomo, que espelhava a Lei Mosaica. Visível, também, no que se referia ao direito dos antigos Hebreus, a existência de relação distinta daquela tida como aceitável para os fins dos costumes. A união de casais, fora daqueles preceitos, era um fato social.

Cabe um esclarecimento de como se entendia o funcionamento de tais relações. A união poderia efetivar-se entre pessoas (homem e mulher) livres, de qualquer estado civil, ou de homem e mulher que não possuíssem qualquer anterior vínculo. Mas, de qualquer maneira, para os efeitos da época, constituía esse relacionamento irregularidade, imoralidade.

2. Sob os auspícios do Direito Romano

Em primeiro lugar, há de se frisar que, na sociedade romana antiga, podia-se perceber uma pluralidade de situações concorrentes relativas à regulamentação da união de pessoas, sabidamente homens e mulheres: o *jus civile*, que regulava as relações dos cidadãos tipicamente romanos, por meio das *justae nuptiae cum* ou *sine manu*, para legitimação das suas famílias; o *direito* que cuidava das relações entre os peregrinos, cuja convivência era *sine connubio*; um *direito* que regulava as uniões existentes entre os escravos; e um direito que tratava dos concubinos que eram homens e mulheres que, livremente, uniam-se à revelia do chamado *consensus nuptialis*.

Para os fins deste estudo, a última modalidade é que será analisada. Consistia tal modalidade na união com características de estabilidade entre homem e mulher que não possuíssem qualquer outro vínculo, aparentemente convivendo como se casados fossem. Não constituía proibição nem atentava contra a moral da época.

Possivelmente, teria o concubinato sido elevado à categoria de instituto jurídico com o advento da legislação trazida a efeito pelo Imperador Augusto: *Lex Julia et Papia Popaea de Maritandis Ordinibus*. Tal legislação impôs uma variedade de impedimentos bastante inflexíveis à união de homem com mulher que, na escala hierárquica social, fosse-lhe inferior, tendo a *Lex Julia de adulteris* previsto diversas punições a qualquer relação extraconjugal ilícita, quando praticada com mulher *ingenuae et honestae* (refere-se às classes sociais da época). Como bem aclara o abalizado texto de Álvaro Vilaça Azevedo²,

“Essa legislação, como visto, acabou por regulamentar, de modo indireto, o concubinato, contribuindo, grandemente, a difusão do mesmo instituto no período pós-clássico, especialmente à época dos imperadores cristãos”.

O correr do tempo transformou o concubinato ora em aceitável, ora em abominável, conforme o legislador. Imperadores romanos, influenciados pelo pensamento cristão, davam-lhe tratamento de tolerância, mas não deixavam, no entanto, de considerá-lo imoral. Até esse período, embora as novéis transformações introduzidas pelos imperadores, a união extra-casamento legal não propugnava por direitos da paternidade, ressaltando-se, por outro lado, os direitos da mãe.

No Direito Romano da época de *Justiniano*, como bem salienta Pietro Bonfante³, era a relação concubinária uma relação de estabilidade entre um homem e uma mulher, independentemente de sua posição na escala social, sem a *affectio maritalis e honor matrimonii*.

3. Sob a ótica do Cristianismo

Surge na reflexão de Álvaro Villaça Azevedo⁴ a percepção de como os cristãos, reconhecidamente representados pela Igreja Católica, administraram a questão do concubinato:

“Com o advento do Cristianismo, o concubinato foi considerado imoral, tendo o imperador Constantino aplicado, contra ele, sanções, procurando estimular os concubinos a contraírem matrimônio. Por sua vez, o imperador Justiniano, procurando limitar o número dessas uniões concubinárias, proibiu que um homem tivesse mais do que uma concubina e nenhuma se fosse casado”.

O que primeiro se infere no âmbito de abrangência do Direito Canônico, que regula os princípios e normas das relações cristãs, é que, no que pertine ao concubinato, esteve sempre este cercado das devidas preocupações dos elaboradores do Código na espécie, que vige, inclusive, no presente. Tratou o criador normativo de regular, impondo-lhe normas e concedendo-lhe efeitos, com o objetivo de proporcionar o casamento monogâmico, bem como

dar maior relevo a uma relação estável do casal e sua prole.

Nos primórdios da Igreja Católica, o concubinato convivia ao lado do matrimônio sacramental, por tolerância dessa. Porém, ocorreu um estado tal de deformação dos princípios morais combinado a práticas estranhas à atividade do clero que acabou tornando-se realidade dentro dos conventos, imiscuindo-se reis, papas, enfim, o clero.

Diante dessa sorte de acontecimentos, viu-se a Igreja obrigada a coibir os abusos e, a partir do Concílio de Nicéia (325 d.C), editou regras que permitiam aos clérigos a convivência, apenas, em casa que tivesse a irmã, a mãe, a tia ou mulher que não despertasse suspeita alguma da vida concubinária. O Concílio de Nantes (658 d.C) proibiu, em definitivo, de modo absoluto, que o clérigo tivesse em sua companhia qualquer mulher.

Reinou soberana a ordenação editada pelo papa Gregório II (726 d.C) até o século XVI, citada por Adayil Lourenço Dias⁵, que dizia:

“quando um homem tem uma esposa doente, incapaz das funções conjugais, pode tomar uma segunda, contanto que tenha cuidado na primeira”.

O embasamento teórico que fulcrava a união livre, na primeira época do Direito Canônico, era que as próprias pessoas interessadas é que celebravam a união, não carecendo, pois, de nenhuma formalidade. E foi por volta do século XVI, no Concílio de Trento, que a Igreja proibiu em definitivo essa espécie de casamento presumido. Teve-se, daí em diante, inúmeras formalidades que circunscreviam a cerimônia do matrimônio. Quem não as obedecia estava sujeito a penalidades rigorosas. Tais informações estão descritas na consagrada obra de Álvaro Villaça Azevedo⁶, *verbis*:

“(…) estabelecendo-se a obrigatoriedade de celebração formal do matri-

mônio, na presença do pároco, de duas testemunhas, em cerimônia pública. Essas celebrações passaram, então, a ser assentadas em registros paroquiais. Desse modo, condenou-se o concubinato. Foram estabelecidas penalidades severas contra os concubinos que, sendo três vezes advertidos, não terminassem seu relacionamento, podendo ser excomungados e, até, qualificados de hereges”.

Atualmente, a Igreja Católica tem um posicionamento bastante elástico acerca do concubinato, haja vista o disposto no Cânone 1.395, § 1º, do Código Canônico, que estabelece níveis de graduação das penalidades a serem impostas ao clérigo concubinário. Vai de advertências até a exoneração da condição de clérigo, e não mais excomunhão nem qualificação de herege.

O entendimento do termo concubinato para a Igreja Católica obedece à definição contida na Sacra Rota Romana⁷:

“O comércio carnal entre um homem e uma mulher, com o propósito, pelo menos implícito, de permanecerem no mútuo uso do corpo; portanto, pelo concubinato, instaura-se algo semelhante à vida conjugal, mesmo que falte o ânimo marital”.

Afirma, ainda que:

“o concubinato pode existir, de fato, mesmo que um ou os dois concubinos estejam casados com outras pessoas”.

4. No Direito Pátrio até a Constituição federal de 1988

a) Das Ordenações Filipinas aos projetos anteriores ao Código Civil

Um primeiro período posto em questão é o que se estende até a vigência do atual Código Civil. Nesse período, sob a égide das Ordenações Filipinas, o instituto do concubinato não tinha supedâneo na

ordem jurídica. Tão-somente, referiam-se a ele no que tocava à imposição de sanções às relações dele decorrentes, como se pode inferir do que dispunha o art. 66 do 4º do Livro das Ordenações, possibilitando à mulher reivindicar os bens móveis e imóveis doados pelo marido àquela que se encontrava na condição de teúda e manteúda.

Na prática, a legislação genuinamente nacional em torno do assunto só surgiu com a Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, mas que, de certa forma, manteve o mesmo tratamento; se não se considerar que, por outro ponto de vista, agravou a situação da mulher vivente na concubinação, haja vista ter passado a considerar os filhos legítimos, também, capazes para usar do direito de seqüela de todos os bens, móveis e imóveis, havidos em doação pelo marido àquela com quem mantinha *afeição carnal*, direito esse antes concedido apenas à mãe. Também, nessa época, não permitia a lei que a mulher ajuizasse ação sem o consentimento do marido. No que havia distinção, pois, em se tratando de anular aquela doação, desincumbia-se de ter a anuência marital. Essa Consolidação teve vigência no período que vai de 1899 até o ano em que entrou em vigor o atual Código Civil.

Pouco antes da novel ordem introduzida pelo Estatuto Civil, projetos houve das mais experientes lavras que traduziram a *mens legislatoris*, cuidando de inibir a prática concubinária. Dos projetos em tela, pode-se mencionar o de Teixeira de Freitas, que impedia qualquer tentativa que fosse de provocar a dita investigação de paternidade de filho natural, que era aquele filho havido na constância da relação concubinária, não tendo sido este reconhecido voluntariamente por seu pai.

Outro projeto que deveria atender à falta de regulação do tema pelo Império era o de Joaquim Felício dos Santos, que proibia, em qualquer hipótese, a ação de investigação de paternidade resultante da filiação ilegítima.

Por outra forma, o projeto de Antônio Coelho Rodrigues abria duas importantes portas para a mulher casada e para os filhos do relacionamento concubino. A primeira poderia reivindicar, independentemente do consentimento do marido, os bens alienados à outra, ou até mesmo da que tenha tido com ele relação sexual. E, para os filhos naturais, proibia-se a investigação de paternidade desde que não compreendida, ou seja,

“fora dos casos de concubinato e coabitação sob o mesmo teto, de defloramento ou de rapto, quando a data destes fatos corresponder ao tempo da concepção da mulher teúda e manteúda, deflorada ou raptada” (art. 2.152 do Projeto de Código Civil Brasileiro, Imprensa Nacional, RJ, 1893).

Enfim, foram essas as regras que juntaram as relações entre o casamento e o concubinato, anteriormente ao Código Civil, cujo projeto coube ao insigne jurista Clóvis Bevilacqua e que veio a vigorar a partir de janeiro de 1917.

b) Com o Código Civil

Iniciando este subtítulo, convém fazê-lo tomando por premissa o abalizado entendimento de Álvaro Villaça Azevedo⁸:

“(…) o Código Civil não regulamentou o concubinato, não o proibiu, mas a ele se refere, sempre, procurando defender o instituto do casamento ou reproduzindo sanções da velha legislação”.

De certa forma, o Código veio a inovar o direito preexistente no que se refere às doações feitas à concubina, ensejando à mulher casada a possibilidade de reivindicar os bens que são comuns a ela, esposa, e ao marido, se bens móveis; e, se imóveis, exigiu que o bem só poderia, de fato, ser alienado à concubina se tiver a outorga uxória, e quando se tratar, exclusivamente, de bens comuns, vez que, se o imóvel for de propriedade individual do marido, inexistirá tal direito.

Estatui ainda o art. 248, de que se tratava no parágrafo anterior, fazendo referência ao art. 1.177 do Código Civil:

“(…) a doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal”.

O legislador do Código acabou criando confusão, nesse aspecto, descuidando-se dos conceitos de adultério e concubinato, dando-lhes, *in casu*, o mesmo tratamento. Não obstante, precisa haver uma caracterização mais distinta, uma vez que, para se configurar o concubinato, necessariamente, não se faz que a convivência seja embaixo do mesmo teto, podendo ser, inclusive, que tenham convivências separadas, bastando, para se entender que haja concubinato, a vontade inequívoca de relacionamento duradouro; enquanto o adultério deve ser visto como a prática de um relacionamento exclusivamente sexual, fora do casamento, de forma esporádica, e que não possui o menor respaldo em lei, constituindo, portanto, um ilícito.

Além da vigência do Código Civil, a legislação esparsa cuidou de ir acrescentando normas que regulassem beneficentemente a união estável, a citar-se o Decreto-Lei 7.036/44, que estabeleceu a igualdade de direitos entre a concubina e a esposa quando se tratasse de acidente no trabalho, o que veio a se consolidar com a Lei 6.367/76 (Seguros de Acidentes de Trabalho). Com referência à possibilidade do reconhecimento de filhos havidos fora do matrimônio, tem-se o Decreto-Lei nº 4.737/42 e a Lei nº 883/49. Com relação à situação de contribuinte, acerca do tema, tem-se a Lei nº 4.242/63, a Lei nº 4.862/65 e o Decreto nº 85.450/80, que possibilita colocar-se como dependente do Imposto de Renda a concubina que esteja nessa condição por mais de cinco anos. No que diz respeito à Previdência social, há legislação de sobra que acoberta a união estável e lhe

dá guarida como sustentáculo da família. Para esse fim, útil é apenas enunciar a Consolidação das Leis Previdenciárias (Decreto nº 89.312/84).

Para fundamentar esse aspecto da Consolidação das Leis Previdenciárias, Sílvio Rodrigues⁹ preleciona:

“(...) uma torrencial jurisprudência do Conselho Regional de Previdência Social tem ampliado o alcance da norma, permitindo que a companheira, mesmo quando não inscrita como beneficiária, receba a pensão e concorra com os filhos menores de seu concubino, a menos que este determine o contrário”.

A construção legislativa caminhou triplando aquilo que, de certa maneira, a doutrina e a jurisprudência firmavam no decorrer da evolução do instituto na sociedade brasileira. Embora, em nenhuma época, estivesse a união estável erigida em instituto jurídico, jamais descurou a lei de oferecer-lhe amparo.

5. Após a Constituição Federal de 1988

Com o advento do texto constitucional promulgado no ano de 1988, logo após o fim do período de exceção por que vivera o Brasil naqueles últimos anos, viu-se surgir na sociedade um novo espírito democratizante. Revolucionaram-se muitos costumes tidos como arcaicos, reformularam-se conceitos, até então sedimentados num processo de alheamento social, que se baseavam num nacionalismo exacerbado e retrógrado.

E é nessa esteira dos variados e multifacetados acontecimentos que o concubinato galgou o degrau mais alto de sua evolução. Adquiriu o *status* de formador da entidade familiar, merecendo a proteção do Estado, conforme se depreende do dispositivo constitucional contido no bojo do § 3º do art. 226, a seguir transcrito:

“Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável

entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

A Constituição Federal inovou, sobremaneira, na questão da colocação jurídica da instituição da família, colocando ao lado do casamento civil, já previsto no ordenamento jurídico, haja vista o Código Civil em vigor, a união livre de homem e mulher, com caráter de perenidade, embora tenha mantido um certo privilégio à família resultante do casamento civil.

Conforme acentua Arnaldo Rizzardo¹⁰, “a relação de fato passou a integrar o conteúdo de família. Pelos termos da Constituição, protege-se a união estável como entidade familiar, eis que a família não se funda necessariamente no casamento. Para o reconhecimento desta forma de família, há necessidade de dois elementos: a comunhão de vida, envolvendo a comunhão de sentimentos e a comunhão material; e a relação conjugal exclusiva de deveres e direitos inerentes ao casamento”.

O mérito do legislador constituinte reside no fato de reconhecer e colocar no texto da Carta Magna tal figura, uma vez que sua criação já se encontrava delimitada no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

Forçoso é admitir, por outro lado, que a norma constitucional, para regular integralmente a matéria, carece de lei ordinária, apesar de o conteúdo do § 3º do retrocitado artigo possuir carga própria de autoaplicabilidade, como de fato se sucedeu, não havendo questionamentos judiciais com relação ao novo tratamento, quer no que diz respeito ao casamento, quer no que diz respeito ao concubinato.

Muito embora, doutrinadores há que se insurgem contra a necessidade de legislação ordinária, vez que o concubinato inserir-se-ia já no Direito de Família, não requerendo lei nova, pois a jurisprudência já possui posicionamento firme e a doutrina já não mais questiona o instituto.

II - O conteúdo do princípio constitucional contido no artigo 226, § 3º

Tem-se por basilar do termo constitucional a segurança nas relações familiares, vez que o Estado tem especial proteção sobre essa instituição, base da sociedade. Tanto é que não mais e unicamente o casamento é o iniciador da família, mas, agora, a união cuja característica maior é a estabilidade em suas relações é, ao lado daquele, proporcionadora da entidade familiar. Daí afirmar com muita propriedade Basílio de Oliveira¹¹:

“Por isso que a união extramatrimonial, como entidade familiar, se equipara constitucionalmente à instituição do casamento. E por ser duradoura e sólida, configura um fato social e jurídico, a família natural, merecedora, portanto, da tutela jurídica (...). Dentro do novo espírito constitucional, as uniões livres geradoras de organismo familiar estável são, pois, derivadas das relações maritais permanentes, diuturnas e ininterruptas, que, embora eventualmente sem prole, se exsurtem com características extrínsecas de um semimatrimônio e com sólido vínculo conjugal”.

O primado da Constituição Federal resalta, em última análise, da necessidade social a que o Estado se encontra obrigado a atender, de garantias de segurança nas relações familiares, buscando permanentemente o seu aprimoramento, de forma a torná-las harmônicas e pacíficas. Protege o Estado a família como a célula-mãe de toda a sociedade, no seu aspecto mais amplo. Entendimento claro é o de Euclides Benedito de Oliveira e Sebastião Luiz Amorim, juízes do Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo¹²:

“vê-se que a Constituição Federal de 1988 consagrou a definição ampla da família, como base da sociedade garantindo-lhe proteção especial do Es-

tado, independente da forma pela qual tenha se originado a união”.

Outro aspecto que merece análise, no tocante ao princípio constitucional do § 3º do art. 226, é que a união estável a que o texto se refere não se aplica a toda e qualquer união extraconjugal, não se permitindo aí aquela entre pessoas do mesmo sexo, já que o texto exige que a estabilidade da união se dê entre um homem e uma mulher, não se permitindo, também, a união em que pelo menos um dos cônjuges possuía os impedimentos previstos no ordenamento jurídico.

De conformidade com o entendimento dos retrocitados autores, a união protegida pela Constituição é aquela da convivência de homem e mulher, desimpedidos, como companheiros, aparentemente como se casados fossem, e de acordo com aquilo que já vinha sendo reconhecido não só pela doutrina como também pela jurisprudência.

Está, pois, a Constituição não a relegar o casamento civil a um segundo plano, mas a equiparar a união estável a este, com o escopo de bem organizar o grupo-base da sociedade, qual seja, a família, impondo ao legislador que facilite a conversão do concubinato em casamento.

III - A disciplina legal do art. 226, § 3º (leis que regulamentaram)

1. Primeiro enfoque

A Constituição Federal de 1988 erigiu à condição de entidade familiar, merecedora da proteção do Estado, a união estável, não lhe dando, por outro lado, uma definição, deixando, portanto, que se desincumbisse desse encargo o legislador ordinário, definição essa já motivo de algumas leis.

Há de se ressaltar, por oportuno, que a união estável de que se reveste o princípio contido na Magna Carta de 1988, em vigor, não abarca qualquer tipo de união,

como a de homossexuais, bem como outras uniões resultantes de convívios extra-conjugais, mas, tão-somente, aquela entre homem e mulher desimpedidos, com caráter de estabilidade, e que possa a lei lhe ser de fácil conversão em casamento.

A jurisprudência nos tribunais tem sido unânime em reconhecer duas situações de conviventes: a primeira é a de homem casado que tem relações amorosas com outra mulher às escondidas do conhecimento de sua legítima esposa, seria a concubina, e que a lei não deve proteger, e, de outro modo, a companheira, convivente ao lado de homem desimpedido totalmente e que tem o merecimento dos privilégios da lei.

Leis há que disciplinam a matéria e que serão analisadas no decorrer deste item. Todavia, outras leis existem que versam sobre outras matérias, mas que guardam abordagem, enfocando o problema e aplicando soluções, como é o caso da Lei do Inquilinato, em seus artigos 11 e 12 (Lei nº 8.245/91), que possibilitou a sub-rogação nos direitos de locação de imóvel residencial quando morre o companheiro ou se desfaz a relação de concubinato.

2. A Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994

Pela primeira vez na história do Direito Civil, a questão da união estável tem um tratamento voltado a regular de vez o instituto a que a Constituição Federal determina em seu art. 226, § 3º. Essa lei define alguns aspectos importantes para a efetivação das relações concubinárias, como o direito a alimentos, direito à sucessão etc.

Conforme lição de Euclides Benedito de Oliveira e Sebastião Luiz Amorim:

“Sobreveio como notável marco histórico a Lei 8.971, de 29.12.94, dispondo sobre direito de companheiros a alimentos e à sucessão (...) Adianta-se o registro de que a nova lei definiu como ‘companheiros’ o homem e a mulher desimpedidos, com vida em comum por mais de cinco anos, ou com filhos em comum. Po-

derá servir de subsídio para a ‘união estável’ a converter-se em casamento, em consonância com o preceito constitucional pendente de regulamentação”.

Tantos foram os benefícios introduzidos com essa lei, cujo anteprojeto é da lavra do eminente jurista Álvaro Villaça Azevedo, que dela se consolidou muito daquilo que já decidiam os tribunais em torno do tema. Não há que se alongar em demasia nessa enumeração, visto que redundaria improdutivo, pois, em seguida, analisar-se-á a Lei nº 9.278/96, mais moderna e com o justo objetivo de regular as relações decorrentes de uniões estáveis. Porém, apenas para ilustrar, citar-se-ão os direitos que se sedimentaram: alimentos (art. 1º); consolidação da Súmula 380, do Supremo Tribunal Federal, no art. 3º da Lei, que faz previsão da partilha de bens, ou seja, a meação, subsistindo o entendimento de que os bens foram adquiridos com o esforço comum. A indenização por serviços prestados era uma construção jurisprudencial e que galgou o *status* legal, substituindo-se pelos alimentos que são devidos. O artigo 2º abonou o instituto da sucessão entre concubinos, bem como o usufruto e a herança. Ensejou a aplicação de diversas normas processuais, tais como: separação consensual, separação de corpos, cautelar de arrolamento de bens, ação testamentária, direitos previdenciários, patronímico, bem de família (Lei nº 8.009/90).

3. A Lei nº 9.278, de 29 de maio de 1996

A denominada Lei dos “conviventes” surgiu tentando resolver a questão da união estável e regulamentar o dispositivo constitucional previsto no art. 226, § 3º.

Evidentemente que não havia a doutrina estudado por completo a abrangência da Lei nº 8.971/94. A novel lei trouxe confusões e equívocos. Ressalte-se que já existem em tramitação no Congresso Nacional outras proposições que tratam do mesmo assunto.

Denominou-se, também, Lei do “companheirato” a Lei nº 8.971/94, e a esta mais recente deu-se o nome de lei dos “conviventes”.

A primeira observação que se há de fazer com relação ao prazo para ser considerado uma convivência, vez que o citado diploma legal não faz qualquer referência, e como não há esta definição, e que há quem pense que um simples encontro de um homem e uma mulher já seria o bastante para caracterizar uma união estável. Segundo entendimento de Eduardo Carvalho¹³ em seu artigo “Lei da União Estável – a questão do prazo”, publicado na Internet:

“O intuito da Lei nº 9.278/96, a meu ver, é o de transformar o concubinato em uma figura contratual. Tal se depreende, em particular, do exame dos artigos vetados da Lei (como o art. 3º), que previa o acordo escrito entre companheiros, e o art. 4º, que previa o seu registro). Por isso não cuidou a Lei nº 9.278/96 de estabelecer um ‘prazo’ para o concubinato. O companheirismo não é mais uma situação jurídica decorrente de um ‘fato jurídico’ (o decurso do prazo de cinco anos, ou o nascimento de um filho), mas é um ‘acordo de vontades’, que produz, desde logo, os seus efeitos. Assim como o casamento produz efeitos desde a sua celebração, o concubinato produz efeitos (teoricamente) desde o acordo de vontades das partes, no sentido de manter uma convivência nos termos do art. 1º da Lei 9.278”.

Esta lei, também, não definiu o que vem a ser a tal da união estável. Com certeza, não está equiparada ao casamento.

Note-se que o texto legal encontra-se privado de algumas imperfeições no tocante à técnica legislativa, como há de se ver na descrição contida no art. 8º:

“os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, reque-

rer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio”.

Veja-se que o verbo *requerer* e o substantivo *requerimento* denotam, no contexto do dispositivo, uma construção pleonástica, uma vez que quem está a requerer só o fará por via de um requerimento e não por meio de outro expediente, e a vírgula após a palavra casamento encontra-se posta de maneira equivocada.

Outro aspecto que não ficou plenamente esclarecido foi a questão de ter aquela lei revogado a sua similar de nº 8.971/94.

Comentaristas já se pronunciaram a esse respeito, como brilhantemente o fez o Professor Celso Antônio Rossi¹⁴ em seu artigo intitulado “A lei dos conviventes”, publicado na Internet, que argumenta não ter essa lei revogado aquela:

“Embora regule alguns direitos já previstos naquela lei 8.971 (alimentos), a Lei 9.278 não revogou o direito à sucessão, por exemplo, que continua a existir naquelas hipóteses da 8.971”.

De acordo, ainda, com o referido autor, relevante mesmo é o aspecto que a lei estabeleceu que toda a matéria relativa à união estável é de competência do Juízo de Família.

Como referido no início deste item, tramine na Câmara dos Deputados duas proposições legislativas, buscando a regulamentação do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, estabelecendo o prazo de cinco anos, nos casos em geral, e de dois anos, havendo filhos comuns.

IV - Corrente contrária à regulamentação

Embora já represente a união livre estável uma realidade indiscutível do meio social moderno, como de outros tempos, há aqueles que propugnam pela sua não-regulamentação, em face do privilégio de que é investido o casamento tido como legítimo.

Como escreveu o ilustre Procurador de Justiça do Rio de Janeiro Basílio de Oliveira¹⁵, acerca da corrente contrária à regulamentação do concubinato:

“A doutrina protetiva do concubinato se consolidou, apesar do fogo acirrado dos opositores, em passado recente, tanto nos Tribunais como através de vibrantes doutrinadores franceses da estirpe de Josserand, Mazzeaud e Mazzeaud, Nast, Henri, Pierre Voirin, Guinard, Savatier e Demogue. Não obstante, a tese protecionista prevaleceu, pecando a resistência pela generalização e pelo radicalismo, porquanto os opositores não vislumbravam na união livre nenhum sentido humano, senão vícios e imoralidades, como verberaram Henri e Léon Mazzeaud: ‘A união livre é uma instituição perigosa para a sociedade e será nefasto assegurar à concubina qualquer proteção. Os Tribunais devem invocar a imoralidade dos subsídios dirigidos à concubina para rejeitar sempre sua demanda’”.

O posicionamento ideológico em questão tratava de refutar, ainda, o concubinato, atribuindo-lhe um poder de enfraquecer o casamento como instituição jurídica, e que solucionar-se-ia a questão pelo aprimoramento das relações concubinárias, quando de sua transformação efetiva em matrimônio legítimo. Josserand¹⁶, por exemplo, afirmava que está o fato social união estável a prevalecer sobre o jurídico casamento, e que este subvertia a ordem natural das coisas, e acrescentava que os maiores prejudicados com essa subversão seriam os filhos de tal instável união, “pela instabilidade da ligação dos pais, correndo o risco de serem abandonados material e moralmente”.

A última argumentação que foi levantada pugnava pela total ilegitimidade de interesse da mulher achada em condição de concubinação, pelo fato de ser o con-

cubinato uma anomalia, uma imoralidade etc.

V – Efeitos jurídicos da união livre estável no atual ordenamento jurídico: pontos positivos e negativos

Diferente não poderia ser; por conseguinte, havendo uma união de fato entre homem e mulher, é evidente que dela resultarão efeitos, igualmente ao que acontece com o casamento legítimo.

Tornou-se pacífica, tanto na doutrina como na jurisprudência, a existência de efeitos jurídicos específicos da união estável, classificando-se estes em efeitos positivos e efeitos negativos, conforme a condição resultante de tal união para as pessoas que estão envolvidas e que sofrem a ação de tais efeitos.

Por efeitos jurídicos positivos do concubinato entendem-se aqueles que são o resultado favorável à pessoa que o invoca como fato gerador do seu direito. Quanto aos efeitos jurídicos negativos, são aqueles que extinguem ou causam modificações na situação de um direito preexistente, importando, muitas vezes, em sanções a uma ou a ambos os interessados.

A união que gera efeitos jurídicos positivos é somente aquela derivada de união duradoura, com ânimo definitivo, a chamada união livre estável, vez que aquela união esporádica só possui efeitos negativos.

Melhor pensamento é o traduzido por Basílio de Oliveira¹⁷:

“Portanto, somente a convivência concubinária estável, que é a própria imagem do casamento, é que pode atuar na produção de efeitos positivos, nos moldes do postulado constitucional”.

E, ainda, cita Edgar de Moura Bittencourt¹⁸:

“sem recíproca afeição, mais ou menos duradoura, assistindo-se mutuamente e conjugando esforços em benefício de ambos não há como falar em efeitos jurídicos positivos, de

forma a estabelecerem obrigações entre eles. Perante terceiros, ou em situações peculiares em que os direitos pleiteados não se fundem na ligação, a comunhão de vidas e interesses é elemento ocioso”.

Após longo estudo, chegou-se à conclusão de que os efeitos jurídicos não são simplesmente aqueles reconhecidos em virtude da invocação de quem detinha legítimo interesse, mas todo e qualquer direito que originou a família de fato, desde que em conformidade com a moral e os bons costumes sociais, e, naturalmente, são inerentes ao matrimônio.

Poder-se-ia desenvolver cada um dos direitos imanentes aos efeitos positivos. No entanto, tornaria o trabalho por demais extenso. Tomar-se-á do autor Basílio de Oliveira¹⁹ a feliz síntese dos referidos efeitos:

- “a) a prole regularmente constituída da entidade familiar;
- b) os direitos e deveres recíprocos dos concubinários no âmbito da sociedade conjugal;
- c) os direitos e deveres do pátrio poder;
- d) do direito ao patrimônio, fruto do esforço comum;
- e) a partilha dos bens e dos aques-tos;
- f) os direitos assegurados pela legislação fiscal e previdenciária em favor dos concubinos”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) criou mais uma possibilidade de efeito jurídico positivo: é possível aos concubinos promoverem a adoção.

Em relação aos efeitos jurídicos negativos da união estável, são, geralmente, conseqüências adversas ao interesse dos concubinos, visto que acarretam extinção ou modificação de direitos que já existiam e que já eram usufruídos por um ou por outro.

Em regra, esses efeitos decorrem das uniões que se protraem no tempo, independentemente se são essas estáveis ou não.

O Código Civil apresenta três possibilidades de efeitos negativos do concubinato adúltero: a doação feita ao cúmplice no adultério (art. 1.171); instituição de seguro de vida em benefício do concubino adúltero (art. 1.474, 1.181 e 1.183); e, por fim, a liberalidade *mortis causa*, não se podendo nomear a concubina como herdeira ou legatária (art. 1.719, III).

Todo esse aparato legal visa dar à união estável um caráter de similitude com o matrimônio, se não o tornando legal, pelo menos aferindo-lhe preceitos normativos que auxiliem a resguardar a união de fato entre os concubinos como se matrimônio fosse.

VI – Extinção da união livre estável

Sinteticamente, a união estável pode ter o seu termo obedecendo a uma das três possibilidades: a primeira resulta do evento morte para um dos conviventes, que redundará em acontecimentos outros, carentes de verificação de como se deu a morte. De qualquer maneira, um estará com seus direitos resguardados.

A segunda forma de extinção é a que se caracteriza pelo consenso em findar aquela relação, ou seja, os interessados concluem, por suas vontades, de não mais conviverem, e desse acordo deve resultar o equilíbrio dos direitos.

A terceira possibilidade é a resultante do casamento de ambos os concubinos entre si, vez que, se o casamento de um se der com outra pessoa, também desimpedida, a antiga união tornar-se-á adulterina frente à nova situação jurídica. Mas, sendo o matrimônio dos concubinos entre si, verificar-se-á a vontade constitucional, que predispõe como obrigação da lei facilitar a conversão do concubinato em matrimônio. Bem assevera Basílio de Oliveira²⁰:

“acrescente-se, de resto, que a união matrimonial entre os concubinos sempre foi louvada pelos juristas, legisladores, a ponto de ser alvo da preocupação constitucional, com

vistas na sua facilitação. Realmente, interessa aos filhos, beneficia o casal na regularização da vida civil e atende a própria sociedade como um todo, justificando uma campanha de incentivo à legalização das uniões ditas ilegítimas, no campo da boa política social”.

Deve a lei cuidar, principalmente, de assegurar facilidades, subsídios à convalidação do concubinato em matrimônio. Deve expor nítidos traços a impedir a dissolução da sociedade conjugal, buscando, ao contrário, disponibilizar vantagens, a fim de que se cumpra a expectativa do texto constitucional, e finalmente seja a situação legalizada.

Conclusão

A família como realidade social sempre representou a preocupação central da humanidade. Se, por um lado, significava a continuidade da espécie pela procriação, de outro lado, instrumentalizava o aparato relativo à convivência harmoniosa do grupo.

Com o surgimento do Estado, consolidou-se a família como uma verdadeira pedra angular daquele, surgindo daí uma simbiose perfeita. O Estado a protege e esta o legitima.

Como fator de proteção da família pelo Estado, criaram-se regramentos para essa instituição, a fim de torná-la forte e resistente ao tempo. O casamento legitima, nesse momento, exclusivamente, a família.

Independentemente de todo o aparelhamento de leis circundando a célula básica social, sempre foi realidade a existência de relações entre homem e mulher que não estavam acobertados pelos preceitos legais. A tal situação convencionou-se denominar união livre estável, que era a união, com fins perenes, entre pessoas de sexos diferentes, que não se casavam, simplesmente porque não era de suas vontades, haja vista não existir qualquer impedimento de ordem legal.

Há que se verificar a evolução por que passou a união estável, também denominado concubinato.

Especificamente no Direito Pátrio, a evolução dos princípios foi, de certa maneira, grandiloquente. Atingiu, no ordenamento jurídico, sobretudo em se tratando de assento constitucional, um grau de abertura até então inimaginado.

O concubinato tem, hoje, igual responsabilidade na formação da entidade familiar, ao lado do casamento, conforme o disposto no art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

A legislação superveniente infraconstitucional já desponta reguladora do concubinato, notadamente as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96. Além dessas leis, tramitam proposições legislativas outras que vêm regulamentar, sobremaneira, a realidade social que é a união estável entre homem e mulher.

Não se trata, no entanto, de ocultar tal fato social, mas de dar-lhe as devidas condições, oferecendo-lhe as respostas que se fizerem necessárias ao convívio harmônico da sociedade. Tanto é que, finalmente, a Constituição Federal deu-lhe destaque importantíssimo, reconhecendo sua existência e seu valor no seio social. Todavia, não se deve desprezar o valor da instituição do casamento como mola-mestra da união entre homem e mulher, que dão origem à família, ao lado, agora, da união estável.

Notas

¹ *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

² *Do Concubinato ao Casamento de Fato*. Belém: CEJUP, 1986. p. 20.

³ *Corso di Diritto Romano. Diritto di Famíla*. Milano: Giuffrè, v. 1. 1963.

⁴ *Op. cit.*, p. 24.

⁵ *A concubina e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

⁶ *Op. cit.*, p. 27.

⁷ *SRRF* 22, 1930. n. 66, p. 624; 34, 1942, n. 48, p. 517.

⁸ *Do conceito ao casamento de fato*. Belém: CESUP, 1986.

⁹ *Direito Civil, Direito de Família*. São Paulo : Saraiva, v. 6, 1980.

¹⁰ *Direito de Família*. Rio de Janeiro : Aide Editora, 1994.

¹¹ O concubinato e a Constituição atual. Rio de Janeiro : Aide Editora, 1993. p. 24.

¹² OLIVEIRA, Euclides Benedito de, AMORIM, Sebastião Luiz. Concubinato, companheiro: novos rumos. In: ALVIM, Tereza Arruda (coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo : RT, 1995.

¹³ Artigo publicado na *Revista Travelnet Jurídica*.

¹⁴ *Revista Travelnet Jurídica*.

¹⁵ Op. cit., p. 42.

¹⁶ *Derecho Civil*, v. 1, Tomo 1, p. 313.

¹⁷ Op. cit., p. 54.

¹⁸ Concubinato. 3. ed. São Paulo : Livraria e Ed. Universitária, 1985.

¹⁹ Op. cit., p.55.

²⁰ Op. cit., p. 225.

Bibliografia

ALVIM, Tereza Arruda. (coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, Civis e Processuais*. São Paulo, RT, 1995.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Do concubinato ao casamento de fato. Belém : CEJUP, 1986.

BRASIL. *Constituição*. 1988. Brasília : Subsecretaria de Edições Técnicas, Senado Federal, 1996.

LEVI-STRAUSS. *A família : origem e evolução*. Porto Alegre : Vila Martha, 1980.

OLIVEIRA, José F. Basílio de. *O concubinato e a Constituição Federal*. Rio de Janeiro : Aide Editora, 1993.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1995.

RIZZARDO, Amaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro : Aide Editora, 1994.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. São Paulo : Saraiva, 1993.

O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana

Edilson Pereira Nobre Júnior

Sumário

1. A dignidade da pessoa e sua consagração constitucional. 2. O conteúdo do princípio. 3. A igualdade entre os homens. 4. A impossibilidade de degradação do ser humano. 4.1. Dignidade da pessoa humana, direito e processo penal. 4.2. Dignidade da pessoa humana como limite à autonomia da vontade. 4.3. A tutela dos direitos da personalidade. 5. Direito a uma existência material mínima. 6. Palavras finais.

1. A dignidade da pessoa e sua consagração constitucional

Instituição em torno da qual, desde os mais remotos tempos, sempre gravitou a experiência jurídica das comunidades foi a personalidade. Significa a possibilidade de conferir-se a um ente, humano ou moral, a aptidão de adquirir direitos e contrair obrigações.

Na atualidade, é pacífica a sua titulação por todos os homens. Observando-se a longa evolução por que passou a humanidade, vê-se que tal nem sempre aconteceu. A escravidão, bastante arraigada nos hábitos dos povos clássicos da Grécia e de Roma, implicava a privação do estado de liberdade do indivíduo, sendo reputada como a *capitis deminutio* máxima.

Coube ao pensamento cristão, fundado na fraternidade, provocar a mudança de mentalidade em direção à igualdade dos seres humanos. Essa luta, que teve seu lugar ainda no final do Império Romano, com a proibição de crueldades aos esca-

Edilson Pereira Nobre Júnior é Juiz Federal, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (ESMARN) e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

vos, imposta pelo Imperador Constantino, continuara com o ressurgimento da escravidão, provocado pelas navegações, de modo a merecer censura do Papa Paulo III, por meio da bula *Sublimis Deus*, de 1537, somente cessando com o triunfar dos movimentos abolicionistas do século XIX e do alvorecer da centúria que acaba de findar-se¹.

Na atualidade, pauta a tendência dos ordenamentos o reconhecimento do ser humano como o centro e o fim do Direito. Essa inclinação, reforçada ao depois da traumática barbárie nazi-fascista, encontra-se plasmada pela adoção, à guisa de valor básico do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana.

A Constituição da República italiana, de 27 de dezembro de 1947, pareceu propender a esse respeito quando, no pórtico do seu art. 3º, inserido no espaço reservado aos princípios fundamentais, afirmou que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”.

Porém, a iniciativa pioneira nesse manifestar é admitida como pertencente à Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, responsável por solenizar, no seu art. 1.1., incisiva declaração: “A dignidade do homem é intangível. Os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e protegê-la”. O preceito recolhe sua inspiração na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948, sem olvidar o respeito aos direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, propugnados pelos revolucionários franceses mediante a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789².

Nessa linha, a Constituição da República Portuguesa, promulgada em 1976, acentua, logo no seu art. 1º, inerente aos princípios fundamentais, que: “Portugal é uma República soberana, baseada, entre outros valores, na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenha-

da na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Da mesma forma, a Constituição da Espanha, advinda após a derrocada do franquismo, expressa: “A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos outros são fundamentos da ordem política e da paz social”. Na França, malgrado a sua tradição na proteção dos direitos individuais, não se encontra o princípio explicitado no sucinto texto da Constituição de 1958, tendo sido, como nos informa Franck Moderne³, objeto de extração pelo labor hermenêutico do Conselho Constitucional, servindo de *arrêt de principe* a decisão 94-343-344 DC, proferida em 27 de julho de 1994.

Com a derrocada do comunismo no leste europeu, as recentes constituições dos países que outrora se filiaram a essa forma de governo totalitária passaram a cultivar, entre as suas diretrizes, a dignidade do ser humano. Assim se verificou nos textos seguintes: Constituição da República da Croácia, de 22 de dezembro de 1990 (art. 25); Preâmbulo da Constituição da Bulgária, de 12 de julho de 1991; Constituição da Romênia, de 8 de dezembro de 1991 (art. 1º); Lei Constitucional da República da Letônia, de 10 de dezembro de 1991 (art. 1º); Constituição da República eslovena, de 23 de dezembro de 1991 (art. 21); Constituição da República da Estônia, de 28 de junho de 1992 (art. 10º); Constituição da República da Lituânia, de 25 de outubro de 1992 (art. 21); Constituição da República eslovaca, de 1º de setembro de 1992 (art. 12); Preâmbulo da Constituição da República tcheca, de 16 de dezembro de 1992; Constituição da Federação da Rússia, de 12 de dezembro de 1993 (art. 21).

O nosso constitucionalismo, que, a partir de 1934, vem sofrendo forte influxo germânico, não ficou alheio ao tema⁴. O Constituinte de 1988 deixou claro que o Estado Democrático de Direito que instituíra tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

Traçada essa exposição inicial, volveremos nossa abordagem em direção à identificação do âmbito de conformação material do princípio para, em seguida, apontar as conseqüências de maior relevo que resultam do seu reconhecimento em nossa Lei Maior.

2. O conteúdo do princípio

O postulado da dignidade humana, em virtude da forte carga de abstração que encerra, não tem alcançado, quanto ao campo de sua atuação objetiva, unanimidade entre os autores, muito embora se deva, de logo, ressaltar que as múltiplas opiniões se apresentam harmônicas e complementares.

Karl Larenz⁵, instado a pronunciar-se sobre o personalismo ético da pessoa no Direito Privado, reconhece na dignidade pessoal a prerrogativa de todo ser humano em ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência (a vida, o corpo e a saúde) e de fruir de um âmbito existencial próprio.

Por sua vez, Ernesto Benda⁶ aduz que a consagração, no art. 1.1. da Lei Fundamental tedesca, da dignidade humana como parâmetro valorativo evoca, inicialmente, o condão de impedir a degradação do homem, em decorrência de sua conversão em mero objeto de ação estatal. Mas não é só. Igualmente, esgrime a afirmativa, de aceitação geral, de competir ao Estado a procura em propiciar ao indivíduo a garantia de sua existência material mínima.

Mais completo, Joaquín Arce y Flórez – Valdés⁷ vislumbra no respeito à dignidade da pessoa humana quatro importantes conseqüências: a) igualdade de direitos entre todos os homens, uma vez integram a sociedade como pessoas e não como cidadãos; b) garantia da independência e autonomia do ser humano, de forma a obstar toda coação externa ao desenvolvimento de sua personalidade, bem como toda atuação que implique a sua degradação; c) observância e proteção dos direitos ina-

lienáveis do homem; d) não-admissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou da imposição de condições subumanas de vida. Adverte, com carradas de acerto, que a tutela constitucional se volta em detrimento de violações não somente levadas a cabo pelo Estado, mas também pelos particulares.

Vistas essas posições, lícito proceder às suas conciliações mediante a decomposição alvitrada pelo último dos autores. É que este, ao desmembrar os diversos pontos de reflexo do princípio analisado, demais de encampar a opinião dos doutrinadores antes referidos, ampliou o raio de ação demarcado à dignidade da pessoa humana.

Com base na sistematização de Joaquín Arce y Flórez – Valdés, podemos, mediante as adaptações necessárias, revelar o substrato material da dignidade da pessoa humana em nossa ordem jurídica.

Disso resulta que a interferência do princípio se espraia, entre nós, nos seguintes pontos: a) reverência à igualdade entre os homens (art. 5º, I, CF); b) impedimento à consideração do ser humano como objeto, degradando-se a sua condição de pessoa, a implicar a observância de prerrogativas de direito e processo penal, na limitação da autonomia da vontade e no respeito aos direitos da personalidade, entre os quais estão inseridas as restrições à manipulação genética do homem; c) garantia de um patamar existencial mínimo⁸.

Prosseguindo, examinaremos, pormenorizadamente, cada um dos aspectos mencionados.

3. A igualdade entre os homens

A consagração da dignidade da pessoa humana, como visto, implica considerar-se o homem, com exclusão dos demais seres, como o centro do universo jurídico. Esse reconhecimento, que não se dirige a determinados indivíduos, abrange todos os seres humanos e cada um desses indi-

vidualmente considerados, de sorte que a projeção dos efeitos irradiados pela ordem jurídica não há de se manifestar, a princípio, de modo diverso ante duas pessoas.

Daí seguem-se duas importantes consequências. De logo, a de que a igualdade entre os homens representa obrigação imposta aos poderes públicos, tanto no que concerne à elaboração da regra de direito (igualdade na lei) quanto em relação à sua aplicação (igualdade perante a lei). Necessária, porém, a advertência de que o reclamo de tratamento isonômico não exclui a possibilidade de discriminação, mas sim a de que esta se processe de maneira injustificada e desarrazoada. Assim bem explanou Celso Antônio Bandeira de Mello, em excelente monografia⁹, corroborado pela ensinança de Carmen Lúcia Antunes Rocha¹⁰.

Em segundo lugar, emerge a consideração da pessoa humana como um conceito dotado de universalidade. Inviável, portanto, qualquer distinção de direitos entre os nacionais e estrangeiros, salvo quanto àqueles vinculados ao exercício da cidadania.

Assim é que deve ser entendido o *caput* do art. 5º da Lei Maior, de maneira que a titularidade dos direitos que enuncia se volte a todos aqueles que se encontrem vinculados à ordem jurídica brasileira, deles não se podendo privar o estrangeiro só pelo fato de não residir em solo pátrio. Seria, *verbi gratia*, inadmissível o não-conhecimento pela jurisdição de *habeas corpus* impetrado em favor de alienígena que esteja de passagem pelo território nacional em virtude de neste não manter residência.

Sem razão José Afonso da Silva¹¹ quando propõe que a limitação dos destinatários dos direitos individuais pelo Constituinte de 1988, a exemplo das cláusulas constantes nas constituições pretéritas, há de acarretar consequências normativas. Melhor se nos afigura a postura assumida por Pontes de Miranda¹², ainda quando vigente o art. 153, *caput*, da Constituição

de 1969, e, nos dias atuais, por Celso Ribeiro Bastos¹³ e Nagib Slaibi Filho¹⁴.

A esse respeito, importante salientar o relato de Joaquín Arce y Flórez – Valdés¹⁵, ao mencionar que o Tribunal Constitucional Espanhol, por meio de decisão prolatada em 30 de setembro de 1995, entendeu que os direitos pertencentes à pessoa, enquanto tal, não abrangem somente os espanhóis, mas, igualmente, os estrangeiros e que tais direitos, como frisado na anterior deliberação de 23 de novembro de 1984, são aqueles imprescindíveis à garantia da dignidade da pessoa humana.

4. A impossibilidade de degradação do ser humano

Outra vertente de relevo pela qual se espraia a dignidade da pessoa humana está na premissa de não ser possível a redução do homem à condição de mero objeto do Estado e de terceiros. Veda-se a coisificação da pessoa. A abordagem do tema passa pela consideração de tríplice cenário, concernente às prerrogativas de direito e processo penal, à limitação da autonomia da vontade e à veneração dos direitos da personalidade.

4.1. Dignidade da pessoa humana, direito e processo penal

Aqui se está a garantir que o Estado, ao manejar o *jus puniendi* em benefício da restauração da paz social, atue de modo a não se distanciar das balizas impostas pela condição humana do acusado da prática de crime. Por mais abjeta e reprochável que tenha sido a ação delituosa, não há como se justificar seja o seu autor privado de tratamento digno.

Abordando o tema à luz do arts. 1.1 e 103.1, ambos da Constituição alemã, Ernesto Benda¹⁶ afirma que a dignidade da pessoa humana, no campo penal, traduz ao acusado o direito de poder defender-se mediante ativa participação no processo, como também a não ser forçado a falar contra a sua vontade, excluindo-se a utili-

zação de meios psicológicos ou técnicos (narcoanálise ou detector de mentiras), a fim de se averiguar a veracidade das declarações daquele.

Linhas adiante¹⁷, aduz que o art. 1.1 da Lei Fundamental de 1949 proíbe penas desproporcionais e cruéis, tendo em vista a necessidade de se respeitar os pressupostos básicos de uma existência individual e social do condenado, estando a licitude da prisão perpétua a depender de se reservar àquele a possibilidade de liberdade, uma vez cumprida parte considerável da pena. Quanto à sanção capital, sustenta que a sua imposição, por meio da reforma do art. 102 da Constituição, enfrentaria os limites do poder constituinte derivado, impostos pelo art. 1.2, em virtude de pressupor que o Estado se subtrairia à missão de ressocializar o delinquente.

A esse respeito, não restou omissa o direito constitucional brasileiro. A Constituição de 1988, no rol de direitos individuais do seu art. 5º, trouxe a lume importantes exigências que o Estado, no desenrolar de sua função punitiva, há de observar, sob pena de desrespeitar a dignidade da pessoa humana¹⁸. Assim sendo, podemos descortinar, no referido dispositivo, garantias inerentes à: a) vedação em submeter qualquer pessoa a tratamento desumano ou degradante (inciso III), assegurando-se ao preso o respeito à integridade física e moral (inciso XLIX); b) observância do devido processo legal (inciso LIV)¹⁹ com todos os seus consectários, entre os quais o contraditório e a ampla defesa (inciso LV), o julgamento por autoridade competente (inciso LIII), a não-admissibilidade de provas obtidas por meio ilícito (inciso LVI), a proscrição de júzos ou tribunais de exceção (inciso XXXVII) e a consideração de que ninguém será reputado culpado senão antes do trânsito em julgado de sentença condenatória (inciso LVII), importando esta última em pressupor que a segregação do acusado, antes da sentença irrecorrível, somente se legitima em situ-

ações proporcionais previstas em lei; c) legitimidade material do direito de punir, tais como a reserva legal da definição de crimes e cominação de penas (inciso XX-XIX), a individualização destas na medida da culpabilidade do infrator (incisos XLV e XLVI), a interdição de determinadas sanções, tais como a pena capital, a prisão perpétua, os trabalhos forçados, o banimento e as penas cruéis (inciso XLVII); d) movimentação da competência prisional (incisos LXI a LXVI e LXVIII); e) execução da pena (incisos XLVIII e L)²⁰.

Os preceptivos citados servem para ilustrar a grande preocupação dispensada ao princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de impedir que a atividade punitiva do Estado, manifestada sob o interesse de velar pela segurança da coletividade, resulte como justificativa à depreciação do indivíduo.

4.2. Dignidade da pessoa humana como limite à autonomia da vontade

Valor que, amparado na igualdade formal das partes, granjeou enorme prestígio com o Estado Liberal foi o da autonomia da vontade, de modo que o art. 1.134 do Código Civil de Napoleão, promulgado em 1804, solenizava o preponderante papel da força geratriz do consentimento, afirmando fazer o contrato lei entre as partes.

Essa concepção sofrera forte mitigação com o triunfar do Estado prestacionista, calcado na constatação de que substancialmente as pessoas apresentam desigualdades, e, por isso, a manifestação volitiva há de encontrar pontos de contenção.

Nessa abordagem, não nos deteremos na carga limitativa que os mandamentos legais, no intuito de compensar a qualidade de hipossuficiente de alguns contratantes, encetam para delimitar as faculdades jurídicas decorrentes da vontade. A nossa atenção será dispensada àquelas situações em que um dos contratantes é reduzido à condição de mero objeto da pretensão con-

tratual, com o desrespeito à sua condição de pessoa, tal como se verifica nas hipóteses de risco de vida, ou em que a execução da prestação importe para o pactuante em sua exposição ao ridículo.

Questão interessante é a das obrigações cujo cumprimento envolve risco de vida. Luis Díez - Picazo e Antonio Gullón²¹, demais de afirmarem que a maioria das legislações que se têm ocupado sobre o assunto consideram inexigíveis as prestações capazes de implicar a realização de atos excepcionalmente perigosos para a vida ou integridade física do obrigado, sustentam que, em tais situações, a cuja enumeração exaustiva é impossível proceder, há a autoridade social de servir-se da consciência social, com vistas a verificar com que intensidade se possa estimar o contrato como contrário à ordem pública e aos bons costumes.

Em nosso direito, não se pode perder de vista o art. 82 do Código Civil, ao inserir, como condição objetiva de validade do negócio jurídico, a liceidade de seu objeto, o qual não poderá contrariar a ordem pública, a moral e os bons costumes.

Nessa linha, pode-se citar o art. 7º, XXIII, da CF, que, no intuito de preservar a saúde do laborista de tenra idade, proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer labor a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz e, mesmo assim, a partir de quatorze anos.

Dessarte, vindo a lume um contrato em que uma das partes se obrigara a cumprir prestação consistente em ato suscetível de acarretar-lhe, em condições anormais, risco de vida ou capaz de impor séria ofensa à saúde, tem-se a ocorrência de maltrato à ordem pública e, como conseqüência, a invalidade do negócio jurídico (art. 145, II, CCB). Aqui a ordem pública é ferida independente da eventual desigualdade econômica das partes, mas em razão do objeto da relação jurídica obrigacional traduzir menoscabo à índole humana do indivíduo.

Outras hipóteses aptas a gerarem desrespeito à dignidade do ser humano se centram naquelas contratações em que o contratado, durante a execução do seu objeto, encontra-se ante situação capaz de submetê-lo ao ridículo, ou melhor, a tratamento degradante.

Ilustra bem o assunto o comentário, levado a cabo por Joaquim B. Barbosa Gomes²², de decisão do Conselho de Estado da França, de outubro de 1995, responsável por acarretar sensível reviravolta na noção de ordem pública como retora do exercício do poder de polícia.

O fato, largamente presente nos noticiários, remontou ao final do ano de 1991, sendo patrocinado por empresa do ramo de entretenimento para jovens, ao lançar, em algumas discotecas da região metropolitana de Paris e arrabaldes, uma não-usual atração, conhecida como “arremesso de anão” (*lancer de nain*), consistente no lançamento pela platéia de um indivíduo de pequena estatura (um anão) de um ponto a outro do estabelecimento, tal como se fosse um projétil.

Interditada a prática por ordem do prefeito de *Morsang-sur-Orge*, sob a alegativa de violação ao art. 131 do Código dos Municípios, bem assim com fundamento no art. 3º da Convenção Européia de Direitos Humanos, tal decisão foi anulada pelo Tribunal Administrativo de *Versailles*.

Levado o caso ao Conselho de Estado, este, decidindo recurso, reformou a decisão de primeiro grau da jurisdição administrativa, com vistas a manter hígido o ato administrativo impugnado, declarando que o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da noção de ordem pública, cabendo à autoridade administrativa, no uso do poder de polícia, interditar espetáculo atentatório a tão importante valor. Da deliberação algumas constatações ainda podem ser destacadas: a) a dignidade da pessoa humana, como lastro do poder de polícia, representa uma limitação à liberdade individual, mais pre-

cisamente à liberdade de contratar, tutelando, assim, o indivíduo contra si próprio; b) no escopo de definir o que se deve entender por tratamento degradante, o Conselho de Estado hauriu noção da Corte Européia dos Direitos Humanos (caso *Tyer*), ao apontar aquele na atitude “que humilha grosseiramente o indivíduo diante de outrem ou o leva a agir contra a sua vontade ou sua consciência”.

Considerando-se que, na França, a dignidade da pessoa humana foi reverenciada pela jurisdição administrativa, a despeito de não constar expressa na Lei Fundamental²³, com maior razão há de se concluir pela necessidade de sua observância nestas plagas, onde inserida como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), de modo que se há de concluir pela ilegitimidade das disposições, constantes em negócios jurídicos, que produzem situações de aviltamento do ser humano. A manifestação volitiva, nessas situações, expor-se-á a censuras do Judiciário e da Administração, calcadas, quanto a esta, na competência de polícia.

4.3. A tutela dos direitos da personalidade

Conatural ao reconhecimento jurídico da dignidade da pessoa humana decorre a salvaguarda dos direitos da personalidade. Estes, consoante a precisão conceitual de Carlos Alberto da Mota Pinto²⁴, configuram “um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa”, incidentes sobre a sua vida, saúde e integridade física, honra, liberdades física e psicológica, nome, imagem e reserva sobre a intimidade de sua vida privada. Dessa enumeração emanam questões relativas à vida em formação, aos novos métodos de reprodução da pessoa humana, à manipulação genética da pessoa²⁵, às situações de risco de vida, ao transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, entre outras de patente atualidade.

Notabilizam-se por serem: a) de natureza extrapatrimonial, embora o seu mal-

trato possa implicar reflexos econômicos; b) direitos absolutos, com eficácia *erga omnes*, pois o seu respeito é imposto a todos (Estado e particulares); c) irrenunciáveis, não podendo o seu titular deles abdicar; d) intransmissíveis, restando inválida a sua cessão a outrem, mediante ato gratuito ou oneroso; e) imprescritíveis, uma vez que o transcurso do tempo, sem o seu uso pelo titular, não lhe acarreta a extinção.

Entre essas características, duas delas guardam íntima vinculação ao tema sob enfoque, quais sejam a irrenunciabilidade e a intransmissibilidade. É que essas impedem que a vontade do titular possa legitimar o desrespeito à condição humana do indivíduo. Isso não quer significar que tornem, de todo, irrelevante o consentimento nessa seara. Apenas limitam a liberdade de sua manifestação quando contrária à ordem pública. Exemplificando, de nenhuma valia se afigura o consenso capaz de importar na supressão do bem da vida. Diferentemente, assoma admissível, observados certos parâmetros, uma limitação voluntária do direito à integridade física, como se vê no consentimento para intervenções médicas (dispensável em casos de estado de necessidade), submissão a operação plástica de cunho estético, participação em jogos esportivos violentos, etc.

Impondo balizas à expressão volitiva, o art. 81 do Código Civil português de 1966 assevera que o consentimento do titular não poderá contrariar a ordem pública, ficando-lhe assegurado o direito de revogá-lo a qualquer tempo. Por seu turno, a hispânica Lei 25, de 20 de dezembro de 1990, denominada Lei do Medicamento, disciplina, nos seus arts. 59 e seguintes, que o assentimento para a realização de experiências clínicas há de ser prestado de modo expresse, mediante escrito, após o interessado haver recebido informação precisa sobre a natureza da intervenção, seu alcance e risco, podendo, a qualquer tempo, ser revogado sem invocação de causa.

No nosso direito positivo, o art. 82 do Código Civil, ao mencionar os requisitos indispensáveis à validade dos atos jurídicos, é incisivo em dizer que esta requer objeto lícito, de modo a afastar as disposições ofensivas à ordem pública. No que concerne à revogabilidade do consentimento, tem-se, na recente Lei nº 9.434/97, a disciplinar a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, que o doador, estando vivo, poderá a qualquer instante revogar a doação, desde que o faça antes desta (art. 9º, § 5º). Quanto à doação *post mortem*, a MP nº 1.718 – 3, de 30-12-98, inseriu § 4º ao art. 4º, dispondo que o pai, a mãe, o filho ou o cônjuge poderão manifestar-se contrariamente à doação, o que será prontamente acatado pelas equipes de transplante e remoção.

Necessário, assim, ter em conta que a observância das conseqüências jurídicas decorrentes dos direitos de personalidade é imprescindível ao respeito da dignidade do ser humano, porquanto a sua idealização, com ênfase para a jurisprudência alemã, formada ao depois da segunda conflagração mundial, teve em mira evitar que o indivíduo fosse submetido a qualquer sorte de menosprezo, quer pelo Estado ou pelos demais indivíduos.

5. *Direito a uma existência material mínima*

Além das facetas apontadas, a consagração constitucional da dignidade da pessoa humana resulta na obrigação do Estado em garantir à pessoa humana um patamar mínimo de recursos, capaz de prover-lhe a subsistência.

Na Alemanha, informa-nos Ernesto Benda²⁶, passou-se a entender, após a superação da anterior orientação do Tribunal Constitucional (*BverfGE* 1,97 (104), que o art. 1.1 da Lei Fundamental de 1949 impunha, além da perspectiva do indivíduo não ser arbitrariamente tratado, um respeito cada vez maior pela sua sobrevi-

vência. Assim, de acordo com tal preceito, afigura-se inadmissível que o administrado seja despojado de seus recursos indispensáveis à sua existência digna, de sorte que a intervenção estatal na propriedade, pela via fiscal ou não, não deverá alcançar patamares capazes de privá-lo dos meios mais elementares de subsistência. De modo igual, o citado art. 1.1 traduz, em detrimento dos poderes públicos, a obrigação adicional de prover ao cidadão um mínimo existencial.

Entre nós, o cenário descortinado pelo art. 1º, III, da CF não é diverso. A privação da propriedade, por ato emanado do Estado, subordina-se à observância de interesse público, previsto no ordenamento jurídico, com a garantia ao particular de indenização prévia (art. 5º, XXIV). A obrigação do administrado de contribuir para os encargos coletivos guarda vinculação ao parâmetro da não-imposição de tributo com efeito de confisco (art. 150, IV).

Doutro lado, o direito à existência digna não é assegurado apenas pela não-absorção do Estado em afetar a esfera patrimonial das pessoas sob a sua autoridade. Passa também pelo cumprimento de prestações positivas. Não foi à toa que a nossa Lei Fundamental impôs, ao Estado e à sociedade, a realização de ações integradas para a implementação da seguridade social (art. 194), destinada a assegurar a prestação dos direitos inerentes à saúde, à previdência e à assistência social.

Disso decorre que ao Estado cabe organizar e manter sistema previdenciário, com vistas a suprir os rendimentos do trabalhador por ocasião das contingências da vida gregária (art. 201), englobando: a) cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; b) proteção à maternidade, especialmente à gestante; c) proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes do trabalhador de baixa renda; e) pensão por morte.

Da mesma forma, àqueles não-filiados à previdência social, incumbe-se ao aparato estatal a prestação de assistência social quando necessitarem (art. 203), consistindo nas seguintes prestações: a) proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; b) amparo às crianças e adolescentes carentes; c) promoção da integração ao mercado de trabalho; d) habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiências, com a sua integração à vida em comunidade; e) garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, tendo sua regulamentação advindo com a Lei nº 8.742/93.

Não esquecer, ainda, as ações no campo da saúde, realizadas mediante políticas sociais e econômicas que colimem a redução dos riscos de doença e de outros agravos, garantindo-se o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196).

Esses parâmetros protetivos não se exaurem na província das relações Estado – indivíduo. Absolutamente. Avançam suas fronteiras, de sorte a evitar o empobrecimento sem causa por ato atribuível ao particular. Dois exemplos constitucionais centram-se no: a) rol do art. 7º, I a XXXIV, da Lei Maior, estabelecendo a porção mínima de direitos assegurados ao empregado, urbano ou rural; b) respeito à defesa do consumidor nos vínculos contratuais de massa (arts. 5º, XXXII, e 170, V). E não é só. O art. 170, *caput*, da Lei Máxima, ao fincar as pilastras em que se ancora a ordem econômica, consistentes no concerto entre a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, assinala como finalidade daquela garantir a todos existência digna, em compasso com os ditames da justiça social.

Feitas essas considerações, realçando o caráter de princípio fundamental fruído pela dignidade da pessoa humana, de no-

tar-se que o mais importante, aqui como nos demais tópicos analisados, é a sua atuação como diretriz hermenêutica. Nesse sentido, são dignas de destaque algumas manifestações de nossa jurisprudência.

Inicialmente, não se pode deixar de mencionar o brilhante aresto do STF no HC 45.232 – GB²⁷. Nesse se questionava a constitucionalidade do art. 48 do Decreto-Lei nº 314/67, então Lei de Segurança Nacional, que, em havendo flagrante delito ou o recebimento da denúncia, encontrava-se prevista, em detrimento do preso provisório ou denunciado, a suspensão do exercício de profissão, de emprego em entidade privada ou de cargo ou função na administração pública, direta e indireta.

Concedendo a ordem, a Excelsa Corte ressaltou a posição de antagonismo constitucional que se encontrava no dispositivo legal, cuja execução o remédio heróico buscava evitar, contrariando o direito à vida, enunciado no art. 150, *caput*, da Constituição de 1967. O voto do eminente relator, Min. Themístocles Brandão Cavalcanti²⁸, no que foi acompanhado pelos seus pares, forte salientou que o ato de tornar-se impossível o desempenho de uma atividade profissional que permita ao indivíduo obter os meios de subsistência é o mesmo que lhe tirar um pouco de sua vida, porque esta não prescinde dos meios materiais para a sua proteção. Embora não concluindo pelo dever do Estado em proporcionar recursos ao indivíduo, sustentou que aquele não pode, sem que haja uma decisão judicial legítima, privar alguém do exercício de atividade lícita com a qual garanta a sua manutenção, partindo da premissa de que a vida não constitui apenas um conjunto de funções resistentes à morte, mas, numa perspectiva mais ampla, a afirmação positiva das condições voltadas a assegurar ao ser humano, bem como à sua família, os recursos indispensáveis à sua subsistência.

Somente ficou incólume à eiva de incompatibilidade vertical a previsão de sus-

pensão do exercício de cargo ou função pública, tendo em vista que a legislação de regência assegurava, em casos que tais, a percepção pelo servidor de uma parte de seus vencimentos.

É certo que, no voto-condutor do julgado, não fora mencionada a expressão dignidade da pessoa humana, até porque ainda não incorporada ao nosso constitucionalismo. No entanto, pode-se, com certeza, frisar que a veneração ao princípio não passou despercebida. A garantia à vida, erigida como fundamento basilar da concessão do *writ*, teve como razão de ser a enorme estima que, àquela época, o nosso ordenamento tributava à pessoa humana como tal.

Outras remissões pretorianas podem ser invocadas. Ei-las nas hipóteses abaixo: a) na concessão de mandado de segurança para liberar cruzados novos retidos, permitindo que o impetrante pudesse utilizar os ativos financeiros de sua propriedade, a fim de conjurar grave enfermidade que se abatera em detrimento de sua genitora²⁹; b) desconsideração, para fins de renda mensal vitalícia à mulher casada, da percepção de aposentadoria por seu marido, em valor um pouco superior ao mínimo legal³⁰; c) deferimento de aposentadoria por invalidez, denegada pela não comprovação de carência, em favor de segurado que deixara de continuar a sua atividade laborativa em virtude de enfermidade de que fora acometido³¹; d) manutenção de liminar que determinara o restabelecimento de benefício, suprimido na via administrativa, a partir da mera suspeita de fraude³²; e) confirmação de decisão interlocutória que determinara o pagamento parcelado de dívida previdenciária, em benefício de segurado em estado de saúde grave, sem a necessidade de expedição de precatório³³.

Apesar de nossa ainda escassa experiência na judicatura, tivemos, por duas vezes, que nos defrontar com o postulado da dignidade da pessoa humana, utilizando-o

como bússola interpretativa, com vistas a ajustar a fria invocação da legalidade, erigida como fator determinante da intervenção administrativa na esfera patrimonial do cidadão.

A primeira das situações esteve materializada no Mandado de Segurança nº 98.5591-6/RN³⁴, impetrado por aposentada da previdência social, no intuito de que os descontos de valores recebidos indevidamente, em face de benefício anterior anulado, fossem efetuados em parcelas não superiores a 30% do montante mensal da nova aposentadoria, ao invés de uma só vez, como dispunha o art. 227, § 2º, do Decreto nº 2.172/97, para os casos de comprovado dolo, fraude ou má-fé. Restou considerado que, tratando-se a impetrante de beneficiária rural de avançada idade, sem outros meios de subsistência, o desconto integral das importâncias outrora percebidas fraudulentamente implicaria privar aquela, por vários meses (aproximadamente nove), dos recursos indispensáveis à sua manutenção. Desse modo, foi deliberado que a reposição fosse efetuada em parcelas, como requerido na inicial.

Noutra ocasião, retratada pelo Mandado de Segurança nº 98.5266-6/RN³⁵, impetrado por proprietário de imóvel rural declarado de interesse social, para fins de desapropriação para reforma agrária, com imissão de posse efetuada por decisão na ação expropriatória, no afã de combater decisão do Superintendente Regional do INCRA, que indeferira seu pleito de assentamento em um dos lotes, a recair preferencialmente sobre a sede do imóvel, conforme dispõe o art. 19 da Lei nº 8.629/93. Examinando-se que, de há muito, o impetrante tinha como único meio de vida a exploração do referido imóvel, o desrespeito ao preceito contido no citado diploma legal, que secunda comando do Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64, art. 25, I), entra em conflito com a imposição constitucional de dignidade da pessoa humana.

6. Palavras finais

Ao cabo das breves considerações expendidas, percebe-se que o Constituinte de 1988 plasmou, à guisa de fundamento da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, retratando o reconhecimento de que o indivíduo há de constituir o objetivo primacial da ordem jurídica. Dito fundamental³⁶, o princípio – cuja função de diretriz hermenêutica lhe é irrecusável – traduz a repulsa constitucional às práticas, imputáveis aos poderes públicos ou aos particulares, que visem a expor o ser humano, enquanto tal, em posição de desigualdade perante os demais, a desconsiderá-lo como pessoa, reduzindo-o à condição de coisa, ou ainda a privá-lo dos meios necessários à sua manutenção.

Notas

¹ Relato minucioso acerca da escravidão se colhe de LACOMBE, Américo Jacobina. *Escravidão. Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília: ano 41, n. 171, jan.-mar. 1988, p. 17-32.

² É preciso deixar claro que o liberalismo não plasmara a concepção de que a dignidade da pessoa humana constituísse incumbência do Estado, até porque a felicidade do indivíduo estaria mais garantida quanto mais este estivesse imune à ação estatal. Isso explica o motivo pelo qual a idéia em foco ganhou maior relevância com o Estado Social, porque na sociedade moderna a pessoa depende, de maneira mais intensa, das prestações a cargo do Poder Público.

³ MODERNE, Frank. La dignité de la personne comme principe constitutionnel dans les constitutions portugaise et française. In: MIRANDA, Jorge. *Perspectivas constitucionais nos vinte anos da constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, v.1, 1996. p. 226.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 288, et seq, distingue, com clareza, três fases de nossa história constitucional: a primeira, influenciada nos modelos francês e inglês do século XIX, teve sua realização com a Constituição de 1824; a segunda, inaugurada pela Constituição de 1891, representa uma aproximação com o exemplo norte-americano; a terceira, ainda em curso, baseia-se na presença dos traços inerentes ao perfil alemão do século XX, cujo início fora marcado pela Constituição de 1934.

⁵ *Derecho civil: parte general*. Madri: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978. p. 46.

⁶ Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: BENDA, Ernesto et alii. *Manual de derecho constitucional*, Madri: Marcial Pons, 1996. p. 124-127.

⁷ *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*. Madri: Editorial Civitas, 1990. p. 149.

⁸ Louvado na tradição doutrinária e jurisprudencial alemã, VAZ, Manoel Afonso. *Lei e reserva da lei: a causa da lei na constituição portuguesa de 1976*. Porto: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 1992. 515 p. Tese de Doutorado. p. 190, vislumbra na dignidade da pessoa humana a qualidade de princípio ético, de caráter hierarquicamente superior às normas constitucionais e, portanto, vinculativo do poder constituinte, de modo que qualquer regra positiva, ordinária ou constitucional, que lhe contrarie padece de ilegitimidade. Esse é, entre nós, o pensamento de TALAMINI, Eduardo. *Dignidade humana, soberania popular e pena de morte*. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: [s.n.], n. 11, 1995. p. 178-195, ao defender a impossibilidade, em face da consideração da dignidade da pessoa humana como valor suprapositivo, da instituição da pena de morte.

⁹ O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. *Revista dos Tribunais*, 2. ed., São Paulo, p. 49, 1984.

¹⁰ *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Editora Lêr S/A, 1990. p. 39-40.

¹¹ *Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 177.

¹² Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969. *Revista dos Tribunais*. 2. ed. São Paulo RT, Tomo 4, 1974, p. 696.

¹³ *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1989. p. 4.

¹⁴ *Anotações à constituição de 1988: aspectos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 198.

¹⁵ *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madri: Editorial Civitas, 1990. p. 148-149.

¹⁶ Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: BENDA, Ernesto et alii. *Manual de derecho constitucional*, Madri: Marcial Pons, 1996. p. 127.

¹⁷ *Ibid.*, p. 127-128.

¹⁸ CARVALHO, Pedro Armando Egydio de. O sistema penal e a dignidade humana. In: HÖER, Gilberto Aguiar, SARAIVA, Heleno Tregnago. (coords). *Coletânea Doutrinária*. [s.l.]: Editora Plenum, s.d. Formato em CD-ROM.

¹⁹ O STF (1ª T., ac. un., rel. Min. Celso de Mello, DJU de 28-8-92, p. 13.453) extraiu da cláusula *due process of law* o direito de o acusado permanecer em silêncio, representativo de tutela contra a auto-incriminação.

²⁰ O TRF – 3ª Reg. (5ª T., ac. un., rel. Juíza Suzana Camargo, DJU - II de 15-8-98, p. 467) vislumbrou na dignidade da pessoa humana como fundamento para reputar inválida, na condenação por tráfico de entorpecentes, delito tido como hediondo, a proibição de progressão prisional, imposta pelo art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90. Esse entendimento, contudo, não fora par-

tilhado pelo STF, conforme se infere de precedente líder (Pleno, HC 69.657 - SP, mv, rel. Min. Francisco Rezek, DJU de 18-6-93, p. 12.111) e decisões posteriores (Pleno, HC 76.371 - SP, mv, rel. desig. Sydney Sanches, DJU de 19-3-99, p. 10; 1ª T., RE 246.693 - SP, ac. un., rel. Min. Moreira Alves, DJU de 1-10-99, p. 54).

²¹ *Instituciones de derecho civil*. 2. ed. Madri: Editorial Tecnos, v.1, 1998. p. 217.

²² O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa. *Revista Jurídica TravelNet*, página principal, 20 jul. 1996.

²³ Anote-se que o Conselho Constitucional, quando do citado precedente na DC 94 - 343 - 344, de 27 de julho de 1994, louvou-se, para descortinar a juridicidade da imposição de tratamento digno à pessoa, no Preâmbulo da Constituição de 1946, primeira depois do segundo pós-guerra, ao proclamar a proteção contra toda forma de escravização e degradação do ser humano.

²⁴ *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 207.

²⁵ Chamou-nos a atenção impressionante relato de GARRAFA, Volnei. Questões sobre bioética. *Revista CEJ*. Brasília: [s. n.], n. 8, 1999; p 104-108. acerca da publicação de denúncia de que empresas norte-americanas expuseram à venda DNA de índios suruí e caritianas, o qual possui, no mercado internacional, elevada cotação, tendo em vista se cuidar de matéria-prima da maior importância para a fabricação de novos imuno-derivados e vacinas.

²⁶ Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: BENDA, Ernesto et alii. *Manual de derecho constitucional*. Madri: Marcial Pons, 1996. p. 126.

²⁷ Pleno, mv, rel. Min. Themístocles Cavalcanti, DJU de 17-6-68, p. 02228.

²⁸ Conferir a íntegra do voto na RTJ, v. 44., jun. 1968. p. 322 et seq.

²⁹ TRF - 4ª Reg., 2ª T., ac. un., MS 24.633 - 9 - RS, rel. Juiz Oswaldo Alvarez, DJU de 23-9-92, p. 29.643.

³⁰ TRF - 3ª Reg., 1ª T., ac. un., AC 53.325 - 7 - SP, rel. Juíza Ramza Tartuce, DOE de 18-10-93, p. 119.

³¹ TRF - 3ª Reg., 1ª T., ac. un., AC 37.590 - 8 - SP, rel. Juiz Oliveira Lima, DJU - II de 2-12-97, p. 104.300.

³² TRF - 3ª Reg., 2ª T., ac. un., AI 42.695 - 2 - SP, rel. Juiz Aricê Amaral, DJU - II de 20-5-98, p. 266.

³³ TRF - 4ª Reg., 6ª T., ac. un., AG no AI 1.08.0073 - 4 - RS, Juiz Carlos Sobrinho, DJU - II de 14-4-99, p. 979.

³⁴ Cf. inteiro teor de sentença publicada no Diário Oficial do Estado, edição de 18/11/98, p. 24.

³⁵ Cf. inteiro teor de sentença publicada no Diário Oficial do Estado, edição de 26/6/99, p. 18.

³⁶ Interessante a leitura de DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e de interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995. p. 86-90, quando afirma que os princípios fundamentais formam o núcleo central da Constituição, a irradiar o seu conteúdo sobre esta como um todo, ostentando hierarquia ante os princípios gerais, que dirigem a sua carga eficaz para subsistema determinado.

Bioética e Direito

Tereza Rodrigues Vieira

Muito se tem ouvido falar nos últimos anos acerca do termo *bioética* na abordagem de diversos assuntos polêmicos; mas, afinal, qual o seu significado e qual a sua importância para o Direito?

Bioética indica um conjunto de pesquisas e práticas pluridisciplinares, objetivando elucidar e solucionar questões éticas provocadas pelo avanço das tecnologias biomédicas. A *Encyclopedia of Bioethics* define a bioética como um estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências biológicas e da atenção de saúde, sendo essa conduta examinada à luz de valores e princípios morais, constituindo um conceito mais amplo que o da ética médica, tratando da vida do homem, da fauna e da flora. Portanto, seu estudo vai além da área médica, abarcando Direito, Psicologia, Biologia, Antropologia, Sociologia, Ecologia, Teologia, Filosofia, etc., observando as diversas culturas e valores.

As pesquisas biomédicas têm ganhado cada vez mais impulsos, e muitas vezes ficamos assustados com os resultados. Clonagem de seres humanos, aborto eugênico, direito de morrer, transexualidade, transplantes de órgãos, esterilização de doentes portadores de anomalias graves, experimentos em seres humanos, segredo médico em face das determinações da saúde pública são alguns dos assuntos em que as discussões ainda não estão serenadas, carecendo de maior reflexão,

Tereza Rodrigues Vieira é Doutora em Direito pela PUC-SP e Pesquisadora das Universidades Unicastelo (SP), UniABC (SP), Unipar (PR) e Cesumar (PR).

sobretudo, por parte dos estudiosos do Direito. Será que o Direito teria *direito* de intervir nesses avanços, procurando determinar até onde a Ciência pode ir?

Percebemos que a Ciência está caminhando mais rápido que a reflexão ética por parte da sociedade. A humanidade ainda não encontrou respostas para diversas questões éticas. Muitos requerem a discussão e a elaboração de leis sobre a bioética para legitimar a sua prática ou para proibir experiências julgadas abusivas. No entanto, com o progresso veloz das pesquisas biológicas, corre-se o risco de já estarem defasadas no momento da sua promulgação.

Philippe Le Tourneau¹ recusa a idéia de legislar. Segundo ele, os grandes princípios do Código civil são suficientes para regulamentar as situações. Se formos legislar, acrescenta o professor da Universidade de Toulouse I, é preciso ser muito prudente, dando à matéria grandes princípios sem querer tratar detalhadamente todas as questões. Ademais, a moral não deve ser considerada como um conjunto de restrições, mas um caminho de liberdade e de felicidade.

A lei deve assegurar o princípio da primazia da pessoa, aliando-se às exigências legítimas do progresso do conhecimento científico e da proteção da saúde pública. A propósito desses casos, mesmo diante da inexistência de uma lei específica, cabe ao Juiz dizer o direito, baseando-se em princípios gerais, determinando os limites.

Num ponto, contudo, estão assentes os poucos doutrinadores que se ocupam desse assunto: é preciso uma maior aproximação entre o cidadão e as tecnociências, facilitando o diálogo com a coletividade acerca do desenvolvimento coletivo. Todavia, adverte Francisco de Assis Correia², a ética não deve ser entendida apenas como solução de problemas intelectuais, mas como aquisição de hábitos, de qualidade de caráter.

Bem a propósito, Englert³ assevera que a bioética representa a esperança de uma terceira via, com o fim de conciliar o desenvolvimento e a democracia. A escola deve considerar o campo da bioética essencial à aprendizagem da vida em sociedade, pois ela permite manter o controle democrático de todos sobre as escolhas políticas de amanhã.

A bioética deve priorizar a proteção do ser humano, não as corporações biomédicas. A ciência deve existir como esperança e não como uma ameaça à vida humana. Contudo, não podemos impedir as pesquisas ou queimar os pesquisadores com o rigor da Inquisição. O ponto de vista da Igreja deve ser observado, no entanto, sem nenhuma imposição de caráter religioso.

Uma vez a Ciência tendo avançado, não mais é possível o seu retrocesso, pois os conhecimentos novos que ela traz ficam incorporados definitivamente ao saber da humanidade, o Direito ganha maior importância na definição dos contornos de sua liberdade de ação. Não se pode simplesmente coibir a Ciência de dar prosseguimento às suas pesquisas, nem tampouco podemos determinar preliminarmente, com absoluta certeza de acerto, os limites que ela deve observar.

Pode-se dizer ainda que milhares de outras conquistas da Medicina e da Ciência de um modo geral, com grandes proveitos para o Homem, ocorridas nesses últimos séculos, teriam deixado de existir caso fossem os cientistas cerceados em sua liberdade de busca incessante. Já sabemos que não basta o Direito determinar onde a Ciência deve ir para que ela avance, pois, se as suas conquistas têm caráter irreversível, não é possível promover esse avanço pela simples vontade do Homem. Pesquisar ele pode, mas nem sempre é evidente que se conseguirá sucesso. Aliás, muitas das descobertas são obtidas ao acaso, procurando por outros resultados. Muitas descobertas são inesperadas – como, então, o Direito impor um ritmo a elas ou

poder impedir que suas conclusões sejam obtidas? Além disso, aquilo que é ético ou moral hoje, amanhã poderá não ser mais, ou vice-versa.

Esse conflito de interesses, colocando de um lado o frágil equilíbrio da vida, o qual é submetido a novas provações a cada momento em que a Ciência promove novas descobertas, e de outro as novas exigências e expectativas que são impostas à Ciência no sentido de que ela promova conquistas para a superação dos problemas que cercam a vida do próprio Homem, obriga-nos a assumir uma posição de alerta permanente, e, talvez, a posição mais razoável para superar esse conflito seja o surgimento de mais um desafio, cujo preço que temos para pagar seja os novos rumos da Ciência, sem cercearmos seus avanços, mas também sem permitir que sejam simplesmente

incorporados à nossa vida os novos conceitos e descobertas sem submetê-los a um rigoroso juízo de interesse moral e ético para a Humanidade. Em outras palavras, podemos permitir que a Ciência avance, mas devemos limitar a entrada em vigor daquilo que, naquele momento, ainda oferece mais riscos que soluções⁴.

Bibliografia

- ¹ LETOURNEAU, Philippe. *De la bioéthique au bio-droit*. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1996, p. 169-170
- ² CORREIA, Francisco de Assis. Alguns desafios atuais da bioética. In: *Fundamentos da bioética*. São Paulo : Paulus, 1996. p. 47.
- ³ ENGLERT. Les comités de bioéthique. In: *Bioéthique: jusqu'où peut-on aller?*. [s.l.] : Éditions de l'Université de Bruxelles, 1996. p. 51.
- ⁴ VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e Direito*. São Paulo : ed. Jurídica Brasileira, 1999.

A instituição do ombudsman: aspectos da maturidade

Daisy de Asper y Valdés e Gerald Caiden

Sumário

1. Aspecto político.
2. Aspecto jurisdicional.
3. Aspecto orçamentário.
4. Aspecto da credibilidade.
5. Aspecto do profissionalismo e da consistência.
6. Aspecto da burocratização.
7. Conclusão.

No seu ciclo de desenvolvimento, toda a instituição humana passa por um estágio de maturidade quando já foi aceita, mas tem ainda de consolidar sua posição na ordem social. Já passou pelo estágio inicial de inauguração e superou qualquer euforia subsequente. Tem, porém, de realizar seus propósitos enquanto seu potencial não é totalmente utilizado e ainda subestimado. Encontrou seu espaço, mas não seu lugar definitivo. Permanece a ambivalência. O crédito que lhe é dado é duvidoso. As instituições rivais tentam eclipsá-la, adotando uma postura defensiva. Enquanto isso, tenta conter obstáculos não previstos e superar dificuldades não antecipadas para atuar efetivamente. Esse parece ser o caso da instituição do Ombudsman ou das Ouvidorias*, no Brasil¹.

Apesar da crescente crítica do desempenho governamental em todo o mundo, a presença do ombudsman ou ouvidorias tem, de todos os modos, melhorado a confiança do público na administração pública. O Estado anônimo operado por burocratas impessoais, tão elogiados pelos especialistas em eficiência, tem-se huma-

Daisy de Asper y Valdés, PhD, é Subprocuradora-Geral da República Aposentada e Coordenadora do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Público e Desenvolvimento da AEUDF.

Gerald Caiden, PhD, é Professor Titular de Administração Pública da Universidade do Sul da Califórnia.

nizado. As queixas dos cidadãos encontram meios de serem ouvidas e têm provocado respostas em tempo hábil, com explicações detalhadas e alguma retificação quando se verificam erros. As pessoas estão menos temerosas de lidar com a burocracia que, coincidentemente, parece mais atenta e solícita. O fato de que a maioria das queixas não são válidas ou não têm fundamento confirma que os servidores públicos fazem bem o seu trabalho. Quando erros são apontados, existe a instituição para corrigi-los, e, em pequena percentagem, revelam graves injustiças ou sérias falhas administrativas. O ombudsman (ou ouvidoria) assegura o interesse público e estimula a confiança dos administrados de que os erros ou a má administração serão corrigidos².

Mas nada disso é surpreendente. O ombudsman é um instrumento democrático que foi amplamente adotado pelos países democratas que têm interesse genuíno na melhoria do relacionamento entre o Estado e o cidadão. A instituição foi implementada não tanto para transformar o espírito da administração pública, mas para acrescentar à variedade de mecanismos de salvaguarda pública e agências de fiscalização, visando assegurar que se minimizem os erros na conduta dos servidores públicos como também fornecer ao indivíduo um outro canal de representação, acessível e simples, quando insatisfeito quanto à ação oficial. A própria existência do ombudsman ou ouvidoria é simbólica de um desejo social autêntico de ver que a administração pública é bem conduzida e que os indivíduos são tratados de forma adequada, como uma afirmação de dignidade humana, boa vontade e respeito mútuo. Além desse relevante valor, a instituição também tem um grande significado prático: a evidência preponderante indica que tem tido um efeito cautelar sobre os servidores públicos sujeitos à sua jurisdição. As queixas revelam ignorância, má per-

cepção e mágoas individuais que, mesmo que demonstrem pouca substância, de fato indicam alguma tensão entre o Estado e o cidadão, o funcionário e o cliente, e a necessidade de aprimorar as relações, a educação e a própria administração pública³.

Mas a real justificativa para a instituição está nos erros cometidos pela burocracia em geral, que por ela foram verificados e que escaparam dos outros controles administrativos. Todas as agências têm lidado com erros importantes, alguns, às vezes, de natureza trivial, mas de natureza crucial para os que sofreram conseqüências. Ademais, tais erros apontaram para políticas equivocadas, má administração e procedimentos negligentes que também feriram outros que não reclamaram. Isso é particularmente importante para os membros mais desafortunados da sociedade, já em desvantagem e mais sujeitos à exploração. De fato, é o esquecido, o negligenciado, que tem menos acesso a canais alternativos de representação, que deve apoiar-se no ombudsman para defendê-lo de uma burocracia autoritária e impessoal. Ao proteger os direitos e a dignidade do mais fraco socialmente, e ao representar a voz da razão e da justiça, o ombudsman não se faz popular ou necessariamente bem vindo no domínio público. Mas qualquer instituição que tenha como missão a melhoria da qualidade de vida do cidadão, que vise a reforçar o valor moral na sociedade, dificilmente pode ser tida como dispensável ou sem utilidade. Ao mesmo tempo, é dever de qualquer pessoa comprometida com a instituição mostrar, por palavra e ação, que o ombudsman é mais do que a voz da razão e da consciência, que ele tem valor prático para o governo, para o funcionalismo e para o cidadão.

Quase quatro décadas após a adoção mundial da instituição, os governos dizem que não podem arcar com tantas demandas, ao que os críticos respondem que

devem é investir mais, e não menos, no intuito de restaurar a confiança do público no desempenho governamental e na proteção do cidadão. O ombudsman tornou-se parte indispensável do governo democrático. É uma força pela justiça, proteção e confiança na atuação do estado administrativo contemporâneo. Por todo o mundo, a instituição tem feito trabalho substancial, provendo satisfação pessoal ao corrigir e humanizar equívocos administrativos para cidadãos prejudicados por erros burocráticos. Como tudo na vida, não obstante quão bem possa o ombudsman desempenhar-se, algumas vezes dirão que poderia ter feito melhor.

Até a recessão econômica mundial, na década de 80, houve um crescimento imprevisto na adoção da instituição. Embora continue espalhando-se, principalmente nos países da América do Sul e alguns países do sul da Europa, muitos governos refrearam a operacionalidade de suas agências. Algumas, ligadas ao Poder Executivo, foram fechadas e outras tiveram suas atividades bastante reduzidas, tanto na Europa quanto nos Estados Unidos. Seus oponentes clamavam que ela se tornara um entrave financeiro. Diziam que, além de provocar custos desnecessários ao governo, ainda incentivava o cidadão a reclamar sem razão aparente. Ademais, interferia indevidamente com o trabalho continuado da administração, ressaltando a atenção do público e da mídia para uma diminuta margem de erro, o que caracteriza desvirtuamento da função fiscalizatória e, em termos de custo-benefício, não compensa o esforço. O ombudsman compromete a imagem do setor público ao acentuar erros excepcionais enquanto ignora a imensa quantidade de negócios públicos bem conduzidos.

Esses críticos esquecem que trabalham em conjunção com o ombudsman por uma causa comum, especificamente fazer com que a justiça se cumpra e assegurar que a má administração seja minimizada ou

corrigida. Isto é, o ombudsman atua para afirmar que o governo opera com adequado respeito aos direitos humanos, com humanidade, simpatia e compaixão. Desse modo, os governos e os indivíduos têm de ser constantemente esclarecidos quanto à relevância, o valor da instituição, sua essencialidade para a proteção da dignidade humana, para a promoção de governos mais efetivos, para o incentivo de melhor desempenho burocrático, que se refletem na melhoria da qualidade de vida para todos. Neste trabalho, discutem-se seis aspectos essenciais ao desempenho do ombudsman, fruto das variadas experiências de implementação da instituição pelos diversos países que a adotaram.

1. Aspecto político

Todas as organizações governamentais – não importa quão independentes ou livres de controle externo – estão expostas ao escrutínio público e sujeitas à influência política. Ademais, quão mais essenciais à política pública, mais riscos correm de serem envolvidas em disputas políticas. Como um corpo periférico, o ombudsman raramente poderia estar sujeito à controvérsia política. Muitas das suas agências evitam publicidade, preferindo trabalhar veladamente de modo conjunto com todas as partes envolvidas. Mas, com frequência, uma queixa ou reclamação abre uma “caixa de Pandora” da administração defeituosa, da ilegalidade ou da má conduta dos servidores, que atrai um foco de publicidade em detrimento do governo em exercício.

O aspecto político tem sido percebido nos últimos anos pela absorção das agências de ombudsman de novos papéis e funções, como: proteção dos direitos humanos, guardiães da liberdade de expressão, defensores da privacidade do indivíduo e mesmo da igualdade de oportunidades para todos – que podem representar papéis incompatíveis com os deveres originais do ombudsman. Todas

essas atividades têm colocado as agências de ombudsman mais ao centro das políticas públicas, logo, do debate político, em que cada movimento e cada ação é avaliada pelos partidos políticos para justificar sua natureza pública. Com a escassez de recursos públicos e gerenciamento universal para a diminuição de gastos no setor público, essas agências não podem ser tão ativas quanto gostariam, como, por exemplo, incrementando os contatos externos. Assim, limitada por privações, a instituição vai-se tornando mais um instrumento da classe média. Tentativas de compensar esse desequilíbrio buscando ativamente participantes entre os desfavorecidos, os mais fracos politicamente e nas classes mais baixas, mais sujeitas à discriminação, têm sido taxadas de partidário político.

Qualquer movimento do ombudsman no sentido de fortalecer sua agência, aumentar sua influência e implementar recomendações – particularmente ao forçar o governo a compensar as vítimas da má administração – será sempre interpretado, em alguns círculos políticos, como tentativa de interferir com as prerrogativas governamentais⁴.

Seus rigorosos argumentos, longe de obter algo, podem apenas conseguir fortalecer a resistência dos funcionários e do governo. Uma vez que o ombudsman enfraqueça sua influência, corre o risco de tudo perder, e os agentes responsáveis, não obstante quão eminentes, podem não ser exatamente do tipo de pessoa que projete influência sobre políticos inflexíveis e burocratas radicais. Talvez esses agentes possam ser fortalecidos politicamente se o processo de indicação para o cargo e nomeação incluir designação pela maioria dos partidos políticos com formação de consenso quanto à escolha de indivíduo não-partidário, com estabilidade garantida quanto ao tempo de exercício, em agência autônoma, com flexibilidade gerencial quanto a seu pessoal, com recursos previstos em orça-

mento anual e supervisão por um comitê suprapartidário a quem o ombudsman se reporte anualmente. Mas todas essas propostas põem o ombudsman mais no centro das políticas públicas do que na periferia.

2. Aspecto jurisdicional

Muitas das agências do ombudsman, particularmente as filiadas ao Poder Executivo, têm entusiasticamente interpretado sua jurisdição com bastante liberalidade, acolhendo qualquer queixa ou reclamação, seja ela feita formal ou informalmente. Assumem o papel de solucionadores de conflitos. Onde detectam um vácuo no governo, correm para cobri-lo⁵. Com boas intenções, são desejosos de dar suporte a qualquer causa justificável ou razoável que tenha, segundo suas opiniões, sido insuficientemente considerada pelo sistema. Assim agindo, tornaram-se ativistas políticos em benefício do mais fraco e discriminado, despertando a atenção pública e competindo com outras instituições políticas. Incrementou-se a instituição do ombudsman além da defesa e proteção do cidadão para advogar sua causa, cruzando assim o âmbito administrativo do governo para um campo público controverso. Além de politizar a agência, o perigo de tal comportamento é o de que seus agentes se coloquem acima das autoridades públicas para avaliar e julgar, não apenas as ações oficiais, mas o desempenho total do governo. A menos que as agências de ombudsman tenham confiança no apoio político e oficial, arriscam-se às retaliações e às atitudes de não-cooperação de burocracias rivais, que tentam limitar suas ações. De outro modo, a agência pode tornar-se uma ponta de lança para a carreira política ou partidário diferenciado, bem distante do projeto inicial da instituição, que foi construído com o propósito de evitar envolvimento político e influência partidária em servidores públicos⁶.

Contraditoriamente, outras agências reduziram sua jurisdição e assumiram postura autoritária, desencorajadora de apresentação de reclamações pelo cidadão comum. A impressão é a de que não recebem de boa vontade as queixas, que envolvem os queixosos em rituais burocráticos e que buscam, de pronto, uma interpretação legal que coloque tais reclamações fora de sua jurisdição. Quando investigam, na realidade se posicionam a favor dos burocratas e raramente obtêm resposta ou indenização ao postulante quando a queixa é válida. O sinal que enviam é o de que não querem ser incomodados com queixas triviais, nem querem interferir indevidamente no trabalho importante do governo só para o benefício de indivíduos queixosos, que nada de melhor têm a fazer do seu tempo senão cuidar de problemas freqüentemente imaginários. Se o ombudsman é tão legalista, tão burocrático, tão oficioso, tão descomprometido e tão desestimulado, as pessoas começam a questionar o porquê de sua existência.

De alguma forma, há conflito inevitável entre o espírito da instituição e as leis sob as quais as agências de ombudsman operam. Por um lado, o espírito da instituição é o de encorajar o cidadão com legítimas queixas contra a burocracia a que se posicione e ver que os responsáveis por tais queixas delas se conscientizam e que tentam seriamente retificá-las. Após tantos anos de experiência, sabe-se que para cada reclamação fundamentada existem duas ou três sem qualquer substância. Todas têm de ser atendidas pelo que parecem até que possam ser analisadas de todos os ângulos, considerando ambas as partes-querelante e querelado. Nem todas as queixas são imaginárias, inválidas ou triviais: entre elas se encontram erros graves, injustiças constantes que podem até ter causado distúrbios emocionais no que reclama⁷.

Por outro lado, as leis sob as quais o ombudsman exerce sua atividade podem ser deliberadamente restritivas, como resultado de batalhas políticas iniciais para implementar a agência. A lei resulta de compromisso sem o qual a agência não existiria, confinando-a apenas ao que lhe permitem fazer. Desse modo, algumas agências não podem receber queixas diretamente do público e têm de lidar com reclamações trazidas por intermediários, normalmente membros da legislatura. Se o intermediário lidar com a questão ele mesmo, então a agência tem apenas uma função de reserva⁸.

Outras agências foram postas entre fogos cruzados de órgãos governamentais rivais e ficaram restritas a um só nível de governo, limitadas à área específica e, mesmo nessa área, excluíram-se várias empresas e órgãos públicos de sua supervisão. Restringiram-nas ainda a só aceitar reclamações ocorridas num determinado período de tempo ou a recebê-las apenas de determinada categoria de reclamantes (cidadãos, residentes permanentes, adultos, presos, etc.), que devem apresentá-las pessoalmente quando diretamente afetados pelo comportamento burocrático objeto da queixa. Com freqüência, exige-se que a reclamação se relacione apenas com matérias “administrativas”, embora em administração pública se reconheça que não há limites claros entre matéria política e matéria administrativa ou gerencial, particularmente na prestação de serviços públicos e nos contatos diários entre o funcionalismo e seus clientes⁹.

A dificuldade operacional em promover o espírito da instituição é, de algum modo, incentivada por práticas adotadas por determinadas agências. Ao invés de facilitarem o acesso de queixosos potenciais, não aceitam reclamações feitas por fax, por telefone ou mesmo pela Internet e insistem no depoimento pessoal do seu autor. Exigem o registro formal da queixa

plenamente identificada, o que pode desencadear revides se não for confirmada. Não fazem investigações pessoalmente, nem diretamente no local, nem questionam terceiros. Produzem apenas relatórios reduzidos de sua atuação ao queixoso e raramente se preocupam em saber se foram bem compreendidos ou se foram efetivos nos resultados. Esse próprio modo de tratar o queixoso é por si só causa de reclamação.

Afortunadamente, poucos agem dessa forma para desacreditar a instituição. Para promover sua missão, muitas agências encontram fórmulas dentro das restrições legais e adotam práticas que encorajam os queixosos na divulgação da agência e no que ela pode fazer para ajudar aos que foram atingidos pelo comportamento inadequado do servidor público. Não obstante, a jurisdição deve ser obedecida. Se a lei é muito restritiva, o ombudsman deve lutar para ampliá-la. A experiência tem mostrado que, uma vez que as batalhas iniciais tenham diminuído e que a agência tenha operado por algum tempo, propostas de mudança na lei para possibilitar que atuem de modo mais eficaz são vistas com simpatia. As agências de ombudsman que usam a lei para justificar sua jurisdição limitada não estão servindo bem nem à instituição nem a si próprias¹⁰.

3. Aspecto orçamentário

Na realidade, o mais importante aspecto da instituição para poder desempenhar-se eficazmente é o de obter suficientes recursos. Muitas agências não têm agora os recursos necessários para uma administração adequada. Tentar ampliar sua jurisdição sem o correspondente recurso seria exacerbar essa difícil situação. Todas as organizações públicas reclamam, justificadamente, que não possuem recursos suficientes. Se, há alguns anos, os governos poderiam simpatizar com seus reclamos, isso agora não mais é verdadeiro. A recessão econômica mundial

encolheu os recursos disponíveis e lida-se com uma escassez generalizada. No escambo por parcelas de um orçamento público restrito, as agências de ombudsman não foram capazes de sustentar posição favorável¹¹. Algumas agências ligadas ao Poder Executivo desapareceram completamente. Outras tiveram cortes orçamentários substanciais ou tiveram negados fundos para futura expansão. Poucas gerenciaram para manter as suas necessidades atendidas. Em alguns casos, foram severamente apontadas em suas carências por opositores, que assim esperavam verem-se livres de seus rivais tornando-os inoperantes.

Essas restrições orçamentárias provocaram resultados esperados. O volume de trabalho aumentou. Os encarregados deveriam trabalhar mais, produzir melhor, para não acumular a cada mês mais atrasos. As investigações tornaram-se mais morosas. Qualquer folga na agenda desapareceu. Tempo para refletir tornou-se luxo. Planos futuros foram arquivados, sem possibilidade de se promoverem programas externos ou publicidade. Mesmo pedidos justificados de alterações no quadro de pessoal, ou qualquer contratação, foram recusados. Se houve ocasião para simplificação e moderação nos gastos, esse foi o momento. É a oportunidade para rever procedimentos internos e agir com criatividade para lidar com o excesso de trabalho, com menos recursos, sem afetar a qualidade do serviço e do desempenho. Entre as idéias que surgiram, estão a possibilidade de empregar voluntários, entre a comunidade de aposentados ativos, para auxiliar os reclamantes no preenchimento de formulários e trabalhos gerais nas agências; o maior uso dos meios públicos de comunicação para prestar serviços como agências, voltadas para atendimento ao cidadão, e também o uso de outros órgãos públicos, como os correios, bibliotecas e escolas, para a divulgação de informações sobre a agência do ombudsman ou ouvidorias¹².

Paralelo ao problema de escassez de recursos, paira um outro desafio à instituição: o preconceito de que o ombudsman é dispensável: logo, sua exclusão eliminaria gastos públicos, diretamente na sua organização e indiretamente nos outros órgãos governamentais que têm que responder às investigações. O mesmo argumento de economia pode ser utilizado para qualquer outra instituição pública, e a contra-argumentação é também semelhante: que apenas se deslocarão os gastos para outras áreas; que diminuir gastos não significa eliminar a necessidade do serviço; que o valor de atividades públicas não pode apenas ser medido em termos de mercado, e que o que se poupa não compensa o efeito político. O foco dessa fundamentação concentra-se em valores. Mais particularmente, valor por dinheiro, valor em termos de objetivos políticos e ideológicos da sociedade. Todas as agências de ombudsman, ou ouvidorias, precisam certificar-se de que podem ser convincentes nessas questões¹³.

A impropriedade dos recursos para investigar efetivamente as reclamações – que em muitos casos podem envolver demorada, custosa e detalhada investigação – significa para os responsáveis mais uma carga na tomada de decisões: talvez se tenha de dispensar algumas reclamações ou desestimulá-las, em geral, para que a agência possa concentrar-se em matérias complexas que questionem princípios ou valores básicos; talvez se tenha de suspender atividades externas, educacionais, promocionais, prejudicando o acesso de determinados grupos que ainda desconhecem a instituição, e efetivamente afetando seus direitos, a fruição de benefícios ou a capacidade de exercitar a cidadania em conjunto ou individualmente; ou até mesmo de interromper investigação já iniciada, se parecer que não haverá uma solução adequada ou que existe tentativa de obstrução ou indevida reação de algum órgão que proposita-

damente prolonga seu desfecho. Desse modo, o propósito da instituição é minado. Talvez se tenha de aceitar informações dos próprios investigados, esperar que forneçam as respostas eles mesmos, não exatamente dentro dos moldes da instituição, ou aos olhos dos que reclamam, que tendem a ver o incumbente ombudsman (ou ouvidor) como irmanado à burocracia. Finalmente, pode-se ter de abreviar as respostas aos reclamantes e nos relatórios públicos, privando o cidadão de muita informação valiosa, denegatória de seu direito de saber ou de estar informado, o que fere na essência os princípios de transparência e publicidade. Existe, então, o perigo real de que um orçamento restrito conduza a agência a perder seu público, e, com demoras recorrentes, investigações superficiais e corte em pessoal, termine por desaparecer sua própria *raison d'être*¹⁴.

4. Aspecto da credibilidade

A instituição é credora de vários sucessos, acima e além da retificação diária de erros funcionais ou de esclarecer os reclamantes que tiveram suas queixas atendidas. Os governos pouparam-se de ações judiciais ou de envolverem-se em demoradas disputas legais. Falhas sérias em procedimentos ou políticas públicas foram reveladas e corrigidas. Burocratas rudes ou arrogantes foram remanejados de seu contato direto com o público. Frequentemente, uma investigação é focalizada pela imprensa e chama a atenção do público, que vibra quando uma pessoa comum tem seus direitos reivindicados em face da poderosa máquina governamental, ou consegue despertar a humildade do burocrata impessoal. É a instituição, então, tida como heróica e o nome do ombudsman (ouvidor) veiculado na mídia. Recebe, então, o crédito que lhe é devido¹⁵.

Mas isso também estimula a inveja ou o ciúme. O burocrata anônimo, que acha o seu trabalho de maior importância e que, a seu modo, é melhor defensor do cidadão

e protetor do interesse público, ressentido a publicidade em torno da instituição rival, que, segundo acredita, é tanto parte da burocracia quanto o seu próprio órgão. Ademais, o sucesso do ombudsman faz-se às expensas dessa burocracia anônima, senão em seu descrédito. Veladamente, o burocrata afirmará que o ombudsman (ou ouvidor) busca publicidade para brilhar no sensacionalismo engendrado pela caça a fantasmas, que o servidor é sempre o mais visado, mesmo que os fatos apontem para outros vilões. Mesmo que intimamente não acreditem nisso, deixarão registrado que não se lhes deu suficiente oportunidade para lidar com as reclamações de um modo mais eficaz e discreto, que um incidente – entre milhares de outros – foi-lhes retirado do contexto e distorcido, e que o ombudsman falhou quanto a agir com imparcialidade. Ou seja, o ombudsman não está respeitando as convenções normais que governam a conduta da coisa pública. Como dizem os ingleses, o ombudsman “vira o barco”. Traz as questões para discussão pública. Retrata o serviço público com cores esmaecidas. Não pode ser levado a sério!

Os servidores públicos não são os únicos afetados pelas declarações do ombudsman e pela publicidade que ele recebe. Outras instituições rivais também reclamam esses créditos. Se o ombudsman se torna muito popular, isso afeta o seu próprio desempenho. Essa é provavelmente a razão principal por que certos políticos – que alegam exercitar seu próprio papel como ombudsman – relutam em estabelecer uma agência independente.

Na verdade, o próprio sucesso do ombudsman pode colocar em risco sua atuação. Membros do governo e da elite burocrática podem juntos decidir que o ombudsman é muito falastrão, muito insolente, muito desabrido para ser aceito e que estarão melhor servidos com uma pessoa mais dócil, ajustada, mais acomodada. É uma reflexão para os incumbentes

saber quão longe podem ir ao executar seu trabalho antes de arriscar suas carreiras ou comprometer sua agência.

5. Aspecto do profissionalismo e da consistência

Mas, longe de colocar em risco suas carreiras, os ombudsmen bem sucedidos têm, geralmente, fortalecido seu *status* na sociedade, como evidenciado por várias jurisdições ampliadas e pela expansão de seus papéis e atividades. Foram-lhes dadas tarefas extras porque mostraram excelência na sua atividade. Os agentes que vacilaram em seu desempenho acabaram perdendo o prestígio ou tiveram suas recomendações rejeitadas, afetando sua agência e sua função na sociedade.

A variedade das reclamações é tão ampla que é difícil manter consistência de julgamento. Os incumbentes ombudsman não podem ser excelentes em todas as áreas, todo o tempo; deve haver lapsos ocasionais, devido a troca de pessoal, pressões do momento, qualidade variável da investigação ou idiosincrasias pessoais. Um mau julgamento, particularmente um que seja impopular, pode afetar a credibilidade e confiança na instituição. Enquanto o escopo do governo se expande em novas atividades, e, com ele, a jurisdição do ombudsman, a sua habilidade para agregar a necessária especialidade – no intuito de manter um grau consistente de alta qualidade de desempenho – pode diminuir.

Alan Kerr diz que isso é particularmente verdadeiro em reclamações relacionadas com empresas públicas, órgãos de consultoria do governo, atividades de pesquisa técnica e científica e uma variedade de áreas de legislação delegada e de poder discricionário¹⁶. Nesses casos, o julgamento de um generalista, como é o caso do ombudsman, é contraposto ao julgamento de especialistas treinados e experientes, que sustentarão que sua avaliação é consistentemente superior, por

anos de acumulada experiência, que seu conhecimento especializado está resguardado de interferências externas e que são obrigados a defender suas fontes de informação e suas relações confidenciais com os clientes.

Normalmente, o ombudsman não substitui seu julgamento pela opinião especializada de determinadas autoridades. Ocorre que todos, mesmo os funcionários mais especializados, experientes ou preparados, cometem erros e nem sempre agem de acordo com bem estabelecidas normas e padrões exigidos. Permanece a necessidade de uma supervisão independente, não intrinsecamente envolvida na questão, que não tem interesses próprios e que considera um aspecto mais amplo, que reflete os valores gerais da comunidade. Comumente, o ombudsman pede uma segunda opinião de outros especialistas antes de contrapor seu próprio julgamento. Mas parecem existir duas áreas-problema em que seus especialistas são relutantes em questionar o julgamento de seus colegas: geralmente os profissionais do serviço público e as corporações policiais. Não gostam que suas decisões sejam questionadas e relutam em comentar a decisão de companheiros de profissão. Relutam também em admitir que muitos profissionais com poder de decisão são, de fato, ou altamente subjetivos ou desconsideram padrões aceitos comumente, particularmente ao lidar com pacientes, ao avaliar estudantes, ao aconselhar em questões pessoais ou ao recomendar uma estratégia legal. Em todos esses campos profissionais, o ombudsman é solicitado a examinar o mérito do julgamento de outros funcionários, em que sua autonomia deve ser reconhecida, para avaliar não apenas a justiça, a equanimidade, dos processos e procedimentos pelos quais as decisões foram feitas, mas também do próprio mérito da decisão¹⁷. Por que o cidadão clama que a decisão é insatisfatória? Ou, mais importante ainda: que critério deve utilizar o ombudsman

para julgar a decisão como sendo insatisfatória, mesmo que os especialistas a considerem satisfatória? Um exemplo atual é a compra equivocada de arte contemporânea em galerias de arte públicas. Que julgamento deve prevalecer? As agências de ombudsman têm sido solicitadas a agir como fiel da balança em disciplinas cada vez mais esotéricas e em conflito com a cultura popular.

As profissões militarizadas ou paramilitares são a categoria de servidores públicos que mais ressentem qualquer interferência externa com a sua disciplina interna¹⁸. Comungam de um código corporativo, um *esprit de corps*, e, quase sempre, de uma conspiração comum fundada em um silêncio peculiar. Resistem à jurisdição do ombudsman. As forças policiais são paramilitares e sua competência para efetuar prisões é limitada. Mas concentram grande poder discricionário e estão em contato constante com o público. Invariavelmente, os policiais estão sujeitos a queixas da população por abusos de autoridade e por conduta imprópria resultantes de decisões arbitrárias. A polícia, como outras profissões, prefere lidar com seus problemas, mesmo quando colocada sob a jurisdição do ombudsman. Insistem em tratar a seu modo as reclamações do público, por meio de seus próprios procedimentos internos. Evitam cooperar com investigações externas, as quais usualmente concluem que a polícia se favorece com o benefício da dúvida e que transforma a reclamação numa charada, particularmente em que existe corrupção sistêmica¹⁹. Oficiais corruptos opõem-se diretamente aos investigadores ou adotam uma postura apática, não-cooperativa ao seu trabalho e, por isso, algumas autoridades podem mostrar-se temerosas de criar conflitos com a corporação em matérias de denso confronto.

A tarefa para o futuro é estabelecer um sistema de reclamações que assegure a credibilidade do público no papel do ombudsman ao lidar com questões de

juízo profissional e que, ao mesmo tempo, seja equânime o bastante para não afetar adversamente ou moralmente servidores públicos competentes, preservando-os de falsas acusações ou de suspeitas infundadas.

6. Aspecto da burocratização

O exercício de um contínuo juízo de alta qualidade tem sofrido atualmente o desafio da crescente burocratização das agências de ombudsman, na medida em que seu papel se alarga a novas áreas, como a proteção ambiental e a liberdade de informação. Em resposta, o número de ombudsmen em exercício tem aumentado, de modo que, ao invés de uma pessoa, existe agora uma comissão ou um comitê que exerce supervisão sobre determinado número de representantes especializados da agência²⁰. A redução de operações provocada pelos cortes orçamentários envolve crescente despersonalização, eliminando o “toque pessoal”, que é tão importante ao lidar com sensíveis problemas pessoais. O ombudsman tem de evitar tornar-se mais um funcionário do governo, mais uma burocracia impessoal²¹.

Por outro lado, os ombudsmen em exercício não têm a possibilidade de envolverem-se pessoalmente com todas as reclamações, investigações e relatórios. O ombudsman necessita de um certo desligamento e deve evitar mudar seu papel de “defensor do cidadão” para o de “advogado do cidadão” – que é tão prejudicial quanto mudar da imparcialidade para preferência oficial²².

O aumento do número de agências da instituição gera problemas de pessoal. A personalização da instituição requer um quadro permanente de profissionais de carreira com continuidade, agregação de conhecimento e experiência na área, e que, por isso, são procurados pelos reclamantes. Mas alguns ombudsmen em exercício, enquanto reconhecem as virtudes do pessoal leal à instituição, preferem assistir

a altos níveis de mobilidade entre seus empregados. Contratam pessoal talentoso onde os encontrar, oferecem bons salários aos eventualmente contratados, diversos do pessoal permanente, a quem delegam larga margem de responsabilidade pessoal, e encorajam seus próprios funcionários a avançar na carreira, mesmo fora de sua agência. Segundo sua visão, procuram, dessa forma, evitar a estafa de seu pessoal. Essa é uma possibilidade real quando se lida, ano após ano, com queixosos. Outros agentes evitam atrair profissionais que possam lidar com os casos de modo demasiado pessoal, revestidos do papel de cavaleiros armados em luta contra um governo selvagem. Entretanto, a alta rotatividade de pessoal demonstra inexperiência, bem como provoca aumento de custos operacionais, e tudo isso termina por se refletir em investigações mais demoradas e menos eficientes.

Um desafio à eficácia das agências de ombudsman é a mudança na natureza dos procedimentos, mais particularmente a crescente automatização e informatização do trabalho, o processamento de mensagens eletrônicas, de transações financeiras ou até mesmo de efetivação de procedimentos médico-cirúrgicos com especificações *on-line*. As máquinas são imperfeitas. As instruções que as alimentam podem estar em desacordo com os programas²³. Qualquer que seja a razão, as queixas derivadas de ações atribuíveis a servidores públicos podem não ser fruto de erro humano ou mesmo de serem retificáveis por ação humana. Se antes os funcionários lidavam diretamente com o público, agora pode ser mais certo afirmar que os servidores públicos servem às máquinas que servem ao público. Como o incumbente ombudsman investiga queixas contra máquinas, reclamações que reportam a computadores impessoais – que, por sua vez, podem conduzir a um componente defeituoso – ou até mesmo à elucidação de um crime cibernético ou a um *hacker*? Não somente as agências de ombudsman

devem adotar as novas tecnologias para lidar com a carga crescente de trabalho com menos recursos, mas também devem tornar-se mais sofisticadas tecnologicamente para investigar a administração pública e as atuais conseqüências da era da informatização²⁴.

O perigo do excesso de burocratização pode ser corrigido por ordenamentos governamentais que visem a reavaliar periodicamente a instituição e suas diversas operações. O governo transparente exige que também o ombudsman não deva estar protegido por desnecessário sigilo – é ponto crítico encorajar o criticismo. O escrutínio periódico deve ser usado como oportunidade para o ombudsman verbalizar preocupações e dificuldades, para estimular avaliação independente, procurar soluções para problemas identificáveis e para explorar tarefas futuras, como a possibilidade, por exemplo, de estender a jurisdição até a fiscalização da administração judiciária; de formas de dar maior assistência às minorias; de preencher vácuos da legislação administrativa e de assegurar justa e equânime compensação para as vítimas de erros administrativos ou da má administração. Na ausência dessas revisões periódicas, Kirby sugere que cada agência contrate consultor especializado para avaliar seu desempenho e conduzir pesquisas para saber qual a utilidade efetiva que a agência tem para a população qual a percepção do público quanto ao efetivo desempenho do ombudsman²⁵.

7. Conclusão

Cada organização ou agência do ombudsman deve chegar às suas próprias respostas quanto aos seis aspectos abordados neste estudo, pois cada uma opera sob diferentes condições e duas agências não são exatamente idênticas.

Da maior importância deve ser a preocupação de demonstrar relevância. Se o ombudsman se concentra somente em lidar com as reclamações, permanecerá

como um diminuto órgão periférico, sem realizar toda a sua potencialidade. Se o ombudsman não luta denodadamente pela efetivação dos direitos do cidadão, e aceita o compromisso e a fraterna relação de trabalho com os órgãos públicos sob sua guarda, então irá enfraquecer sua credibilidade perante o público, transformando-se em mais uma agência da burocracia, manipulável por interesses outros que não o verdadeiro interesse público. Se o ombudsman não usa seus amplos poderes de investigação e se demora a enfrentar as diferentes patologias burocráticas – das quais as reclamações são meros sintomas superficiais –, então tornar-se-á mais outro alvo de críticas da opinião pública. Se o ombudsman falha no intuito de conseguir justa compensação para vítimas da má administração e se contenta com a simples retratação ou com um pouco mais, então seus clientes podem questionar o valor do recurso aos seus préstimos.

Funcionários temerosos podem prontamente apresentar escusas ou justificativas para evitar a ocorrência de uma investigação mais profunda ou a revelação pública de um erro, e podem prometer uma atuação mais apurada – enquanto não pretendam mudar nada – ou mesmo podem ignorar as falhas cometidas, inclusive a outros que não reclamaram. O ombudsman tem de forçar o governo responsável a prestar contas de seus atos, com resposta pronta, compassiva, significativa, isto é, com resposta eficaz. Esse é o real fundamento e razão de existir do ombudsman.

Notas

* Ao conceito clássico de Ombudsman (Ombudsmen, no plural)— “um comissário do Poder Legislativo para a investigação de reclamações dos cidadãos sobre abusos da burocracia”(Encyclopedia Britannica, 1972, XVI, p.960)— agregamos as diversas formas de sua implementação pelo mundo: Ombudsman Executivo, Quase-Ombudsman e especializados (militar, universitário, penitenciário, empresarial (Corporate Ombudsman) e Ouvidor-Geral, no Brasil.

¹ DANET, Brenda. Toward a Method to Evaluate the Ombudsman Role. In: *Administration and society*. [s.l. : s.n.] 1978, v. 10, p. 3.

² KIRCHHEINER, H. H. The National Ombudsman in a Democratic Perspective. In: *The Ombudsman Journal*, n. 6, 1987.

³ NEBENZAHL, I.E. The Direct and Indirect Impact of Ombudsmen. In: *International handbook of the ombudsman: evolution and present function*. CAIDEN, Gerald (org.). Westport - Connecticut : Greenwood Press, 1983.

⁴ CASTLES, Ian. Recommending pecuniary remedies— ex gratia and compensation based on fairness: some comments. In: *Canberra Bulletin of Public Administration*. [s.l. : s.n.], n. 12, 1985, p. 4.

⁵ FRANK, Bernard. The ombudsman and human rights—revisited. In: *Israel Yearbook on Human Rights, Faculty of Law, Tel Aviv: Tel Aviv University*, v. 6, 1976, p.134.

⁶ CAIDEN, Gerald. Ombudsmen in developing democracy: comment. In: *International Review of Administrative Sciences*. v. 03, n.3, 1984., p.224.

⁷ Ibidem, p. 225.

⁸ HILL, Larry. The self-perceptions of ombudsmen: a comparative survey. In: *International handbook of the ombudsman: evolution and present function*. CAIDEN, Gerald (org.). Westport - Connecticut : Greenwood Press, 1983. p. 45. Hill acentua que a maior limitação imposta em termos de acessibilidade ao ombudsman é a exigência estabelecida na França e na Inglaterra de que qualquer reclamação seja interposta diretamente pelos legisladores.

⁹ FRIEDMANN, K. A., MILNE, A. G. The federal ombudsman legislation: a critique of Bill C-43. In: *Canadian Public Policy*. n.6, v.1, 1980. Os autores criticam a perpetuação da linguagem dicotômica “política-administração” nos estatutos canadenses que estabelecem as agências de ombudsman.

¹⁰ MIEWALD, Robert. Ombudsman and citizen: a critique. In : CAIDEN, Gerald (org.). op. cit., p. 56.

¹¹ ZAGORIA, Sam. *The ombudsman: how good governments handle citizens' grievances*. Seven Locks Press, Cabin John : Maryland, 1988. p.68.

¹² BLICK, W. J., HUNT, C T. An unequal struggle: meeting objectives with reduced resources. In: *Canberra Bulletin of Public Administration*. n° 12, v.04, 1985, p.242.

¹³ Sandler, Ake. An ombudsman for the United States. In: PEEL, Roy V. (ed.). *The ombudsman or citizen's defender: a modern institution*. [s.l.] : American Academy of Political and Social Science, 1968. p. 110.

¹⁴ BLICK, W. J., HUNT, C T, ibidem, p 248. Acentuam as decisões difíceis que têm que ser feitas em termos de abreviar respostas—que ao gosto inglês devem ser explanatórias—simplificando os procedimentos, e correr o risco de se transformar em mais uma “caixa postal” entre a agência e o reclamante.

¹⁵ SEROTA, Baroness B. The evolution of the role of the ombudsman: Comparisons and Perspectives. In : CAIDEN, op. cit., p. 41.

¹⁶ KERR, Alan G. New frontiers, Recommending Pecuniary Recompense: ex gratia and compensation based on fairness. In : *Canberra Bulletin of Public Administration*. n. 12, 1985. p. 4.

¹⁷ O dever dos administradores de agirem com justiça é construção assente na jurisprudência Britânica, com precedentes famosos que alargaram a doutrina da “justiça natural” até o conceito de “equidade”. As decisões clássicas são: Wiseman v. Borneman [1971] AC.297; R. v. Liverpool Corporation [1972] 2 Q.B. 299; Maxwell v. Department of Trade [1974] Q.B.523.

¹⁸ JORDAN, J.C. The defence force ombudsman: genesis, expectations and realisations. In : *Canberra Bulletin of Public Administration*. n. 12, 1985. p. 4.

¹⁹ TRUELSON, Judith. Blowing the whistle on systemic corruption. Dissertação. Mimeografado. [s.l.] : Universidade do Sul da Califórnia, 1990.

²⁰ ROWAT, Donald C. A public complaints commission. In : *Policy Options*. n. 3, 1982. p. 2.

²¹ KAUFMAN, H. Red tape: its origins, uses, and abuses, brookings institution. Washington : [s.n.], 1987.

²² HILL, Larry. *Reform, justice and the ombudsman*. In : International Ombudsman Institute. Canadá : University of Alberta, Edmonton, 1983. Occasional paper n° 17.

²³ Um estudo da “American Bar Association Task Force (TF1984)” concluiu que 55% das perdas nos sistemas de informação devem-se a erros, acidentes, e omissões feito por pessoas dentro da organização.

²⁴ Um estudo sobre o sistema de relatórios criminais computadorizados do FBI (Agência Federal de Investigação), por exemplo, mostrou que um total de 54,1% dos arquivos na Sistema Central de Informação Nacional de Crimes (NCICS) eram inacurados, ambíguos, ou incompletos, e que 74,3% dos relatórios no FBI Sistema da Divisão de Identificação semi-automatizada exibiam significantes problemas de qualidade (Laudon, 1996)

²⁵ KIRBY, Michael. Ombudsman—the future?. In: *Canberra Bulletin of Public Administration*. n. 12, 1985. p. 4.

O nexó de causalidade na responsabilidade patrimonial do Estado

Bruno Luiz Weiler Siqueira

Sumário

1. Introdução. 2. Considerações Gerais. 2.1. Fundamento da responsabilidade estatal. 2.2. Evolução histórica da responsabilidade patrimonial do Estado. 3. Nexó de causalidade. 3.1. Causas excludentes e atenuantes da responsabilidade do Estado. 3.1.1. Força maior. 3.1.2. Culpa exclusiva da vítima ou de terceiro. 3.1.3. Culpa concorrente da vítima ou de terceiro. 3.2. Dano reparável. 3.3. Responsabilidade objetiva do Estado. 4. Conclusão.

1. Introdução

Este trabalho procura evidenciar o nexó de causalidade como um dos requisitos que enseja ou exime a responsabilidade imputada ao Estado.

A relação de causalidade é o vínculo entre o dano produzido e a atuação do Estado. Na hipótese da demonstração da existência de tal vínculo, o Estado, que possui personalidade jurídica, responde pelo prejuízo causado à vítima, com direito de regresso contra o agente causador. O Estado indenizará a vítima e posteriormente poderá ingressar com ação regressiva contra o causador do dano. Quando não existir o nexó causal, o Estado não responde pelo dano em casos de dolo ou culpa do agente.

O dano para ser reparável precisa ser certo, especial, anormal, ferir uma situação protegida pelo sistema jurídico brasileiro, além de possuir um valor economicamente apreciável.

Bruno Luiz Weiler Siqueira é Juiz do Trabalho Presidente da Segunda Vara do Trabalho de Cuiabá-MT – Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região, pós-graduado e mestrando em Direito pela Universidade de Cuiabá – UNIC, Conveniada à UNESP/SP.

A principal questão de análise deste artigo é mostrar que o nexos de causalidade e o dano são os requisitos básicos para fixar a responsabilidade patrimonial do Estado ou retirá-la.

Por fim, busca demonstrar que o Estado, para realizar suas funções, desmembra-se em órgãos e organismos, utiliza-se de aparelhagens complexas, além dos seus agentes. Ao desempenhar suas atividades, pode causar danos aos administrados, denominada responsabilidade extracontratual do Estado, a qual designa a obrigação de reparar danos causados a terceiros em face de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos imputáveis aos agentes públicos.

2. Considerações gerais

O termo nexos significa o vínculo, ligação, união; enquanto causalidade é a relação de causa e efeito.

Nexos de causalidade expressa a ligação entre a atividade do Estado e o dano produzido ao administrado.

Responsabilidade Patrimonial do Estado é a obrigação de reparar danos patrimoniais causados a terceiros por agentes públicos no desempenho de suas funções, ou ainda a pretexto de realizá-las.

A responsabilidade estatal por condutas geradoras de danos, seja por atos lícitos ou ilícitos, seja pelo comportamento do Executivo, Legislativo ou Judiciário, é imputada ao Estado, o qual possui personalidade jurídica, e nunca à Administração Pública.

Faz-se necessário diferenciar a responsabilidade patrimonial do Estado em dois aspectos: (a) *contratual*, em que existe uma cláusula contratual que vincula o Estado à reparação patrimonial; (b) *extracontratual*, em que o Estado tem a obrigação de reparar, em face do próprio sistema jurídico, por comportamentos comissivos ou omissivos, lícitos ou ilícitos.

O nexos de causalidade é um aspecto novo nas teorias da responsabilidade

brasileira. Ele surge com a Constituição de 1946, art. 194, substituindo a teoria subjetiva, baseada na culpa civil pela teoria objetiva fundamentada no nexos de causalidade entre o dano produzido e a atuação estatal. É a responsabilidade direta do ente estatal, fator esse conservado pela Constituição Federal de 1967 e pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969, ou Constituição Federal de 1969, e ainda pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 37º, § 6º, atribuindo o direito estatal em ação regressiva contra o agente causador do dano, nos casos de dolo ou culpa.

2.1. Fundamento da responsabilidade estatal

O fundamento da responsabilidade patrimonial do Estado baseia-se no princípio da igualdade de situação dos indivíduos perante os encargos públicos, nas atividades lícitas, e no princípio da legalidade, nas atividades ilícitas.

A responsabilidade, regida por normas de Direito Público, serve como garantia da invulnerabilidade dos direitos básicos do indivíduo diante da atuação da Administração Pública.

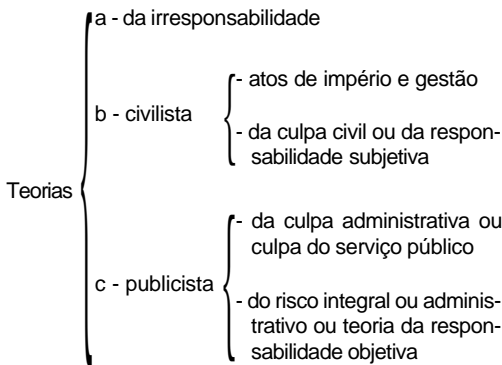
Diógenes Gasparini afirma que, nos casos dos atos lícitos, como a construção de um calçadão que impede a utilização de um prédio, construído e regularmente usado como garagem, o fundamento é o princípio da distribuição igualitária dos ônus e encargos a que estão sujeitos os administrados. Alega que, se o serviço ou a obra é de interesse público, porém causa dano a terceiro, toda a comunidade deve responder por ele, por meio da indenização, a qual é paga com os tributos recolhidos de todos, inclusive do prejudicado.

O referido autor afirma que, no caso dos atos ilícitos (descumprimento da lei), o fundamento é a própria violação da legalidade, como ocorre quando o Estado se apossa de área particular em nome do interesse público, acontecendo o esbulho, e, por ter praticado ato ilícito, vê-se na

contingência de ressarcir a vítima, no caso o proprietário espoliado. Observe-se que o agente público autor do ato ou comportamento ilícito é obrigado a recompor, à custa do seu, o patrimônio público, desfalcado com o ressarcimento dos prejuízos sofridos pela vítima¹.

2.2. Evolução histórica da responsabilidade patrimonial do Estado

A Administração Pública viveu diferentes fases na teoria da responsabilidade, através das quais deparamo-nos com três teorias, quais sejam:



No Brasil, a análise da evolução da responsabilidade patrimonial estatal oferece as seguintes fases: irresponsabilidade, civilista e no próprio plano do direito público.

A *Teoria da Irresponsabilidade do Estado* – destacou-se no período dos Estados Absolutistas, negando a obrigação de indenizar os prejuízos gerados pelos agentes do Estado no desempenho de suas funções aos administrados.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que essa teoria repousava na idéia de soberania, em que o Estado dispõe de autoridade incontestável perante o súdito; ele exerce a tutela do direito, não podendo, por isso, agir contra ele; daí os princípios de que o Rei não pode errar e de que aquilo que agrada ao Príncipe possui força de lei. Qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo

nível que o súdito, em desrespeito à sua soberania².

A teoria da irresponsabilidade do Estado (Regaliana ou Feudal) foi trazida para o Brasil-Colônia, entretanto foi negada e combatida por muitos juristas e legisladores, pois o administrado suportava sozinho os danos originários da ação ou omissão estatal.

No período Imperial, segundo José Carlos de Oliveira, a responsabilidade patrimonial do Estado é caracterizada por disposições normativas referentes à responsabilidade civil do Estado; a Carta Magna brasileira de 1824, em seu artigo 179, inciso 29, determinava a *responsabilidade dos empregados públicos* em face dos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções, exceto o Imperador (art. 99), que gozava do privilégio da irresponsabilidade³.

As Cartas Magnas de 1824 e 1891 previam a responsabilidade do funcionário nas hipóteses de abusos ou omissões, entretanto não estabeleciam a responsabilidade estatal. Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que nessa fase havia leis ordinárias prevendo a responsabilidade do Estado, recebidas pela jurisprudência como sendo solidária com a dos funcionários, como, por exemplo, os danos causados por estrada de ferro, por colocação de linhas telegráficas, pelos serviços de correio⁴.

O Código Civil Brasileiro, Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916, em seu artigo 15, dispunha que

“as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo direito regressivo contra os causadores do dano”.

Nota-se que a expressão “modo contrário ao direito” possibilita a idéia de culpa ou dolo do funcionário, logo, exigindo

do administrado tal comprovação (*responsabilidade subjetiva*).

A Constituição de 1934, artigo 171, estabelece que os funcionários são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal por quaisquer danos originários de negligência, omissão ou abuso no exercício de suas funções. Esse aspecto será conservado pela Constituição de 1937, retirando apenas os dois parágrafos do texto constitucional anterior que determinava a citação do funcionário como litisconsorte e a execução regressiva contra o funcionário causador do dano.

A Constituição de 1946, no art. 194, determinava que as pessoas jurídicas de direito público interno eram civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causassem a terceiros, estipulando a ação regressiva contra os funcionários causadores do dano quando tivesse havido culpa destes.

O elemento culpa só é previsto para assegurar a ação regressiva. A teoria subjetiva fundada na culpa civil é, pelo novo texto constitucional, substituída pela *teoria da responsabilidade objetiva*, em que a responsabilidade do Estado é direta, baseada na relação de causalidade entre o dano sofrido pelo administrado e a atuação da Administração Pública causadora do dano.

A Constituição de 1967 repete a determinação da Constituição Federal de 1946, seguindo a mesma linha a Emenda Constitucional nº 01 de 1969, conhecida como Constituição Federal de 1969. A autora referida, ao analisá-las, concluiu que, a partir da Constituição de 1946, ficou consagrada a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, sendo que se o dispositivo só exige culpa ou dolo para o direito de regresso contra o funcionário é porque não quis fazer a mesma exigência para as pessoas jurídicas. Afirma ainda que no dispositivo constitucional estão compreendidas duas regras: a da *responsabilidade*

objetiva do Estado e a da *responsabilidade subjetiva do funcionário*⁵.

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 37, § 6º:

“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

A obrigação de reparar o dano pelo Estado existirá quando ficar demonstrado o nexo de causalidade entre o dano sofrido e o ato da administração, independente de culpa do servidor. Porém, não são todos os danos que ensejam responsabilidade; nos atos lícitos, responde quando houver imputação, nexo de causalidade e o dano for certo, não-eventual e possível, bem como anormal e especial; nos atos ilícitos, fundamentado no princípio da legalidade, bastando o preenchimento dos requisitos da imputabilidade e do nexo de causalidade, todos os danos certos, não eventuais e possíveis serão indenizados; além disso, existem circunstâncias em que o Estado atua com extrema potencialidade de risco, logo, se houver danos, responderá por eles, como é o caso de paiol de munição do Exército ou usina nuclear.

Celso Antônio Bandeira de Mello estuda os danos dependentes de situação produzida pelo Estado diretamente propiciatória e alega que, sem ser o gerador imediato do dano, entra decisivamente em sua linha de causação. O caso mais comum, embora não único, é o que deriva da guarda, pelo Estado, de pessoas ou coisas perigosas, em face do que o Poder Público expõe terceiros a risco. Servem de exemplos o assassinato de um presidiário por outro presidiário; os danos nas vizinhanças oriundos de explosão em depósito militar em decorrência de um raio; lesões radioativas oriundas de vazamento em central nuclear cujo equipamento protetor

derrocou por avalanche ou qualquer outro fenômeno da natureza. Em todos esses casos, o dano liga-se, embora mediamente, a um comportamento positivo do Estado. Sua atuação é o termo inicial de um desdobramento que desemboca no evento lesivo, incindivelmente ligado aos antecedentes criados pelo Estado⁶.

Analisando a Constituição Federal de 1988, art. 37, § 6º, Hely Lopes Meirelles revela que foi estabelecido para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independente da prova de culpa na produção do dano. Firmou, portanto, o princípio objetivo da *responsabilidade sem culpa* pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados⁷.

Na responsabilidade objetiva do Estado, ocorre a substituição da responsabilidade individual do servidor pela do Poder Público, por sua ação ou omissão.

As causas excludentes ou atenuantes, como a força maior, culpa exclusiva ou concorrente da vítima ou de terceiros, são utilizadas pelo Estado como forma de eximir-se ou diminuir sua responsabilidade sobre o dano ao mesmo imputado.

3. *Nexo de causalidade*

Nexo de causalidade é o vínculo, o elo entre a atividade estatal e o dano produzido ao terceiro. Ele surge da obrigação extracontratual entre o sujeito estatal e o particular.

A reparação desse prejuízo causado pela Administração Pública a terceiros por meio de seus agentes pode ser obtida *amigavelmente* ou mediante a *ação de indenização*. A Constituição Federal de 1988, art. 37, § 6º, determina que, uma vez imputado o dano ao Estado, e este julgado responsável, indenizará a vítima, porém fica com o direito de ação regressiva contra o servidor que tiver agido com culpa ou dolo.

Verifica-se que a pessoa jurídica é o Estado e não a Administração Pública; assim, o Estado responde perante a vítima e esse tem o direito de regresso contra seu agente que tenha agido com dolo ou culpa.

Segundo Yussef Said Cahali, o prejuízo de que se queixa o administrado precisa ter consequência direta ou indireta da atividade ou omissão do Poder Público:

“a responsabilidade da Administração Pública, desvinculada de qualquer fator subjetivo, pode, por isso, ser afirmada independentemente de demonstração de culpa – mas está sempre submetida, como é óbvio, à demonstração de que foi o serviço público que causou o dano sofrido pelo autor” (RJTJSP, 68:145)⁸.

Assevera o doutrinador acima referido que a causa geradora do dano poderá ser representada por uma atividade lícita, normal, da Administração Pública, como também por ato anormal, ilícito, de seus agentes; para a determinação da responsabilidade civil do Estado, exige-se, porém, a presença de um nexo causal entre o dano e a atividade ou omissão da Administração Pública, ou de seu nexo com o ato do funcionário, mesmo que lícito ou regular. Demonstrado o liame causal, a decorrência do dano à causa da atividade ou omissão da Administração Pública, ou de seus funcionários, exsurge daí o dever de indenizar (RT, 484:68, 539:174).

3.1. *Causas excludentes ou atenuantes da responsabilidade do Estado*

Ao ser imputado um dano ao Estado, este pode utilizar-se das causas excludentes para eximir-se da responsabilidade ou para atenuá-la, por meio das quais deverá demonstrar a ocorrência exclusiva ou concorrente de força maior, culpa exclusiva ou concorrente da vítima ou de terceiro. Caso inexista a relação de nexo entre o prejuízo e a ação estatal está descaracterizada sua responsabilidade.

3.1.1. Força maior

A força maior é um acontecimento externo, estranho à vontade humana, imprevisível e inevitável.

José Carlos de Oliveira cita casos como o das águas do Rio Ribeira (SP), que atingiram 10 metros acima do nível normal do rio, deixando mais ou menos 400 famílias desabrigadas e muitos prejuízos. Em 1937, acontece a maior enchente da história do município, atingindo 14 metros acima do nível normal. Em Cuiabá, o rio atinge 9,60 metros acima do normal, ocasionando desabrigo à população ribeirinha. Nesses casos, diferentemente das enchentes ocasionadas por obstrução ou insuficiência de vazão das galerias coletoras de águas pluviais, o administrado deve questionar sobre a existência de possibilidade da atuação estatal para minorar as conseqüências do evento. Não existindo meios para evitar o que já se tornou previsível, o Poder Público libera-se da obrigação de recompor o patrimônio do cidadão. Trata-se de fenômeno inevitável.

Registre-se, como leciona o ilustre autor, que

“a força maior, quando é a única causa ensejadora do dano, libera sempre e integralmente o erário. Mas se a culpa do poder público concorreu com a força maior na realização do prejuízo, a vítima tem sempre direito a uma reparação”.

3.1.2. Culpa exclusiva da vítima ou de terceiro

A culpa exclusiva da vítima ou de terceiro ocorre quando a vítima ou o terceiro é o próprio causador do prejuízo e não o Estado, não existindo a relação causa e efeito entre o dano e a ação estatal.

Colhe-se da jurisprudência, *verbis*:

“Para a obtenção de indenização da Fazenda Pública basta que o autor da ação demonstre o nexo causal entre o fato lesivo imputável

à Administração e o dano, sem que reste comprovado que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso”(TJSP – 7ª C – Ap. – Rel. Leite Cintra – J. 23-6-93 – JTJ – LEX 148/75)⁹.

“Ocorrendo culpa exclusiva da vítima que sofreu o dano, deixa de existir o imprescindível nexo causal justificador da atribuição da responsabilidade objetiva do Estado”(STF – 1ª T – RE – Rel. Moreira Alves – J. 25-5-93 – JTJ – LEX 145/274)¹⁰.

3.1.3. Culpa concorrente da vítima ou de terceiro

A culpa concorrente da vítima ou de terceiro não é motivo suficiente para comprovar a ausência do nexo causal entre a atuação do Estado e o dano ocorrido, sendo que, na referida hipótese, fica autorizada a redução do valor da indenização a ser paga pelo Estado, como é exemplo o seguinte julgado, *verbis*:

“Responsabilidade civil – Fazenda Pública – Vítima que veio a ser tombada na galeria de águas pluviais – falta de sinalização evidenciando perigo – vítima que tinha consciência do perigo a que se expunha, mas mesmo assim se arriscou a passar no local – conseqüência de culpa – indenização devida pela metade (Yussef Said Cahali, responsabilidade civil do Estado, nº 14, p. 44-5, Revista dos Tribunais, 1982; 2ª Turma do STF, 4-5-1970)”¹¹.

O *caso fortuito* é considerado aquele evento interno, acidente decorrente do próprio serviço, imprevisível, o qual não teve a participação do Estado ou do homem. Não é considerado como causa que possa eximir ou diminuir a responsabilidade do Estado, como é o entendimento do ilustre jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem

“... o caso fortuito não é utilmente invocável pois, sendo um acidente cuja raiz é tecnicamente desco-

nhecida, não elide o nexo entre o comportamento defeituoso do Estado e o dano assim produzido. O porquê da incorreta atuação do Estado não interfere com o dano objetivo relevante, a saber: ter agido de modo a produzir a lesão sofrida por outrem...”¹²

Nesse mesmo sentido é a lição de Rui Stoco, para o qual

“... sendo o caso fortuito um acidente decorrente de causa desconhecida, não tem o condão de elidir o nexo entre o comportamento defeituoso do Estado e o dano produzido”¹³.

E ainda os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que leciona

“... já na hipótese de *caso fortuito*, em que o dano seja decorrente de ato humano, de falha da administração, não ocorre a mesma exclusão; quando se rompe, por exemplo, uma adutora ou um cabo elétrico, causando dano a terceiros, não se pode falar em força maior...”¹⁴

Observa-se ainda o *Concurso de Causas ou Concausa*, quando concorrem mais de uma causa para a produção do dano, logo, o Estado será responsabilizado também quando colaborar para a realização do dano.

Concorrência da responsabilidade objetiva e subjetiva:

“Responsabilidade objetiva do Município, provado o nexo de causa e efeito, pela explosão em pedreira de sua propriedade, que vitimou um menor a 500 m de distância. Ocorrência também de responsabilidade subjetiva, em virtude de culpa da Administração Pública (TJRS – 3ª C – Ap. Rel. Galeno Lacerda – RT 575/227)¹⁵.

Comprovado que não existe o nexo causal entre o dano gerado e a atividade da Administração Pública, inexistente igualmente a responsabilidade estatal em indenizar a vítima. O Estado não é obrigado a

indenizar se não deu causa ao dano. Demonstradas também as causas excludentes, pode-se eximir ou atenuar a obrigação do Estado pelo dano produzido.

3.2. Dano reparável

Nem todos os danos são reparáveis. Atualmente existe a teoria da responsabilidade patrimonial por todos atos ilícitos, lícitos e em alguns casos por risco integral.

Na responsabilidade por atos lícitos, fundamentada no princípio da igualdade, são ressarcidos os danos que além de serem certos, não-eventuais e possíveis, também sejam anormais e especiais, desde que exista o nexo de causalidade e a imputação.

Na responsabilidade por atos ilícitos, fundamentada no princípio da legalidade, todos os danos certos, possíveis e não-eventuais serão indenizáveis, enquanto na teoria do risco integral ou excepcional, todos os danos serão indenizáveis, tendo em vista a própria atividade do Estado de alta potencialidade de risco, como é o caso de usina nuclear, paiol de munição do Exército, sendo nesta descartada a possibilidade das excludentes ou atenuantes.

Diógenes Gasparini alega que o dano só é reparável pela Administração Pública causadora do evento danoso se for *certo* (possível, real, efeito, presente – exclui-se, pois, o dano eventual, *i. e.*, o que poderá acontecer), *especial* (individualizado, referido à vítima, pois, se geral, configuraria ônus comum à vida em sociedade), *anormal* (excedente aos inconvenientes naturais dos serviços e encargos decorrentes do viver em sociedade), *referente a uma situação protegida pelo direito* (incidente sobre uma atividade lícita; não são protegidos, por exemplo, os danos decorrentes da destruição de uma plantação de macocha) e de *valor economicamente não apreciável* (não tem sentido a indenização de dano de valor econômico irrisório).

O dano que não apresentar, ao mesmo tempo, essas características não é reparável pelo Poder Público que lhe deu causa¹⁶.

A indenização do dano, segundo Hely Lopes Meirelles, deve abranger o que a vítima efetivamente perdeu, o que despendeu e o que deixou de ganhar em consequência direta e imediata do ato lesivo da Administração, ou seja, o dano emergente e os lucros cessantes, bem como honorários advocatícios, correção monetária e juros de mora, se houver atraso no pagamento. A liquidação desses prejuízos será realizada conforme os preceitos comuns (CC, arts. 1.059 a 1.064, e CPC, arts. 603 a 611). Liquidados os danos ou fixados na própria sentença condenatória, o que é sempre conveniente, para evitar as delongas da execução, segue-se a requisição do pagamento devido pela Fazenda Pública (arts. 730 e 731 do CPC combinado com o art. 100 da Constituição Federal de 1988). O não-atendimento dessa requisição autoriza o seqüestro da quantia necessária, depois de ouvido o chefe do Ministério Público, e, se frustrada essa providência, o caso será de intervenção federal na entidade devedora, por descumprimento da ordem ou decisão judicial.

Na hipótese de não existir verba para o cumprimento da condenação, o ilustre autor leciona que a autoridade competente do Executivo, ou o dirigente da autarquia, deverá providenciar imediatamente a obtenção de crédito especial para o pagamento devido, sob pena de incidir pessoalmente no crime de desobediência a ordem legal (CP, art. 330), sem prejuízo da providência constitucional¹⁷.

3.3. Responsabilidade objetiva do Estado

A teoria da responsabilidade objetiva surge com a Constituição Federal de 1946, substituindo a subjetiva baseada na culpa do serviço. O texto constitucional de 1946 estabelece a responsabilidade direta do Estado, exigindo culpa ou dolo do funcionário apenas para estabelecer o direito regressivo do Estado contra seu agente.

A Constituição Federal de 1988 determina que a pessoa jurídica de direito público responderá toda vez que comprovar o nexo de causalidade entre o ato da administração e o prejuízo gerado, independentemente de culpa.

O nexo de causalidade e o dano, conforme José Carlos de Oliveira, são requisitos para estabelecer a responsabilidade da pessoa jurídica. Compete ao autor a prova de que a atividade ou a omissão a um dever estatal foi a causa que produziu os prejuízos injustamente suportados, em que o administrado foi lesado em seu direito, que não estava legalmente obrigado a suportar, ocasionando um dano certo.

Para caracterizar a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado, é necessário demonstrar quando seu comportamento foi causa do dano e quais as características do dano que lhe podem ser imputadas¹⁸.

A *objetividade* da responsabilidade patrimonial do Estado expressa a ausência/exclusão do elemento subjetivo baseado na culpa e, segundo a Constituição Federal de 1988, art. 37, § 6º, exige: pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviços públicos; a prestação de serviços públicos; a existência de um dano causado a terceiros por agentes estatais e que o agente gere o dano naquela qualidade.

Pode-se compreender que, dentro dessa teoria da responsabilidade objetiva do Estado, existe uma subdivisão:

a) *Responsabilidade por ato lícito.*

Dano certo e não-eventual, possível e, ainda, anormal e especial; imputabilidade e nexo de causalidade;

b) *Responsabilidade por ato ilícito.*

Princípio da legalidade; indeniza todo dano certo, não-eventual e possível; imputabilidade e nexo de causalidade;

c) *Responsabilidade por risco integral.* Em algumas situações nas quais a Administração Pública atua com

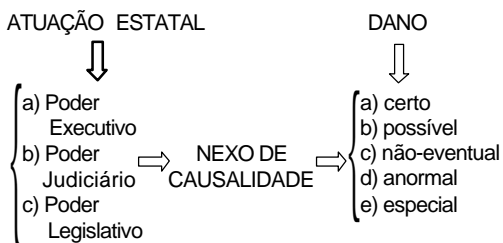
alta potencialidade de risco (ex: usina nuclear); imputabilidade e nexo de causalidade.

Almiro do Couto e Silva, diz que a noção da responsabilidade objetiva estabelecida na Constituição Federal de 1988, art. 37, § 6º, demonstra dupla vantagem: dá tratamento unitário à responsabilidade extracontratual do Estado, eliminando a distinção tradicional entre responsabilidade por atos lícitos e ilícitos, acolhida pelo Código Civil, e supera as diferentes espécies de responsabilidade conhecidas (por culpa individual, por falha ou culpa do serviço, por risco, pela distribuição desigual dos encargos públicos), apagando ou pelo menos empalidecendo a importância de cada uma delas para fundi-las em conceito mais abstrato e dilatado, de modo a proporcionar, assim, o maior amparo possível à vítima. Esta só não será reconhecida caso tenha culpa exclusiva na produção do evento ou o dano resulte exclusivamente de força maior ou de fato de terceiro, portanto, se não existir nexo de causalidade entre a ação ou omissão do Estado e o dano.

Leciona o referido autor que, verificado o dano, a vítima terá apenas de demonstrar que é indenizável (certo e não-eventual) e a existência de nexo de causalidade entre ele e a ação ou omissão da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica da administração pública indireta prestadora de serviço público, para que fique caracterizada a responsabilidade. Dispensável, pois, será que comprove ou até mesmo que alegue, por exemplo, a culpa do agente do Poder Público. O Estado é que, para eximir-se da responsabilidade ou atenuá-la, terá de provar a culpa exclusiva ou concorrente da vítima ou de terceiro, ou a ocorrência exclusiva ou concorrente de força maior, conforme o caso. Sendo objetiva a responsabilidade, nada lhe adiantará provar que não teve culpa. A discussão sobre a culpa do agente só é pertinente na ação de regresso que o Estado contra ele propuser¹⁹.

Eduardo Enterria e Tomas-Ramon afirmam que

“La existencia de una relacion de causa a efecto entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido es, lógicamente, una condición indispensable para que pueda atribuirse a aquélla el deber de rasorcir dicho daño. Es, pues, necesario en este momento analizar el problema de la relación de causalidad, es decir, precisar los criterios en base a los cuales pueda afirmarse que una determinada actividad (en nuestro caso la actividad administrativa a la que se refiere la fórmula legal ‘funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos’) es la causa de la lesión patrimonial”²⁰.



Outro aspecto polêmico é a participação de entes públicos no dano. José Carlos de Oliveira afirma que, existindo outros entes públicos responsáveis pela calamidade, todos eles são solidariamente responsáveis. A indenização pode ser exigida integralmente de qualquer deles, porquanto nesses casos a responsabilidade decorrente da culpa anônima do serviço se aproxima da culpa, como anotou o Ministro Themístocles Cavalcanti, em julgado do STF, pela omissão em tomar as providências exigidas para a segurança do serviço (RTJ 1969, v. 47, p. 381).

O ilustre autor afirma ainda que, no plano da responsabilidade das pessoas de direito público, vigora a solidariedade pelo dever de reparação, de modo que o ente mais diretamente ligado ao evento pode ser demandado pelo total da indenização e posteriormente voltar-se contra as outras

entidades públicas eventualmente responsáveis pelas conseqüências reparatorias do fato danoso²¹.

É notório que, para ensejar responsabilidade estatal, faz-se necessária a existência de um comportamento injusto do Estado em qualquer dos três poderes ou atividade, podendo o dano advir de uma conduta lícita (certo, possível e não-eventual e, ainda, anormal e especial), ilícita (certo, possível e não-eventual), comportamento omissivo ou comissivo, além de apresentar o nexo de causalidade entre o dano produzido e a participação do Estado de forma global ou parcial na lesão de um direito da vítima.

Atos lícitos ⇨ Ressarcimento ⇨ Responsabilidade satisfatória

Atos ilícitos ⇨ Indenização ⇨ Responsabilidade reparatoria

Transcrevo o seguinte julgado, *verbis*:

“*Responsabilidade Civil – Indenização – Ação contra Municipalidade – Desmoronamento de muro por invasão de águas – Má conservação de córrego – Muro lateral de propriedade vizinha construído sem observação das exigências técnicas – Concorrência de culpa – Indenização devida por metade (Sydney Sanches, presidente e relator, nº 270.087 reexame, S. Paulo, 28/Maio/1980, 6ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil)*”²².

Juary C. Silva analisa o nexo de causalidade e a conseqüência na responsabilidade no plano naturalístico, normativo e filosófico, afirmando que a responsabilidade se reveste desses aspectos em face da sua dualidade básica: primeiro o *nexo causal*, operante no mundo fático, entre o ato cometido e o dano. Depois o *vínculo jurídico* (ou pelo menos social), emergente da constatação do dano provocado e da sua imputação à pessoa do agente. Este segundo não é naturalístico, porém social ou jurídico, operante no plano cultural.

O referido autor assegura que, sendo a responsabilidade uma conseqüência sócio-jurídica da falta cometida, pode o grupo social aplicá-la ou não, ainda que patente o dano e identificado o autor. Assim, as coisas não acontecem no plano naturalístico, do ser, e sim no normativo, do *dever-ser*, motivo pelo qual a sanção não tem o caráter de necessidade e sim de *contingência*, tanto podendo suceder como não²³.

Entende-se que a reparação de um dano baseia-se na delimitação do nexo causal do dano ressarcível e não do fato que o produziu. E ele será ressarcível quando for anormal, especial, certo, não-eventual, possível e lesar um direito da vítima.

Celso Antônio Bandeira de Mello analisa o assunto, dizendo que não basta para caracterizá-lo a mera deterioração patrimonial sofrida por alguém. Não é suficiente a simples subtração de um interesse ou de uma vantagem que alguém possa fruir, ainda que legitimamente. Importa que se trate de um bem jurídico cuja integridade o sistema normativo proteja, garantindo-o como um direito do indivíduo.

O festejado autor menciona como exemplo o caso da mudança de uma escola pública, de um museu, de um teatro, de uma biblioteca, de uma repartição, que podem representar para comerciantes e profissionais instalados em suas imediações evidentes prejuízos, na medida em que lhes subtrair toda a clientela natural derivada dos usuários daqueles estabelecimentos transferidos. Não há dúvida de que os comerciantes e profissionais vizinhos terão sofrido um dano patrimonial, inclusive porque o “ponto” ter-se-á desvalorizado. Mas não haverá dano jurídico²⁴.

O ilustre professor de Direito Administrativo Almiro do Couto e Silva²⁵ leciona que, pela responsabilidade objetiva do Estado, verificado o dano, a vítima terá apenas de demonstrar que é indenizável (que não é, por exemplo, incerto ou

eventual) e a existência de nexo de causalidade entre ele e a ação ou omissão da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica na Administração Pública indireta prestadora de serviços públicos, para que fique caracterizada a responsabilidade. Registrando-se ser dispensável, que comprove ou até mesmo que alegue, por exemplo, a culpa do agente do poder público. O Estado é que, para excluir-se da responsabilidade ou diminuí-la, terá de provar a culpa exclusiva ou concorrente da vítima ou de terceiro, ou a ocorrência exclusiva ou concorrente de força maior, conforme o caso. Tratando-se de responsabilidade objetiva, de nada adiantará ao Estado provar que não teve culpa, visto que a discussão sobre a culpa do agente que, nessa qualidade, causar danos a terceiros só é pertinente em eventual ação de regresso que o Estado contra ele ajuizar.

Temos, portanto, a responsabilidade objetiva do Estado e a responsabilidade subjetiva do seu agente.

4. Conclusão

A Constituição da República Federativa do Brasil, por meio do seu artigo 37, § 6º, estabelece que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A responsabilidade objetiva fixada pelo texto constitucional exige como requisito para que o Estado responda pelo dano que lhe for imputado a fixação do nexo causal entre o dano produzido e a atividade funcional desempenhada pelo agente estatal. Responde o Estado pela indenização ou ressarcimento, pois é ele que possui a personalidade jurídica para tal e não a Administração Pública, recompondo o patrimônio lesado, e tem o direito de reembolso daquilo que despendeu, por meio da ação regressiva contra o agente

causador do dano nos casos de dolo ou culpa daquele.

Observa-se que a responsabilidade objetiva do Estado surge com a Constituição Federal de 1946, sendo mantida nas constituições seguintes. Estabelecido o liame causal e o dano for indenizável/ressarcível, ou seja, certo, possível, não-eventual, especial e anormal, estabelecer-se-á a obrigação estatal de indenizar a vítima nos casos de atos ilícitos e ressarcir nas hipóteses dos atos lícitos, sendo que, para os danos decorrentes de atividades de risco integral, basta a imputabilidade e a demonstração do nexo de causalidade.

Cabe ao Estado, para eximir-se de suas responsabilidades sobre o dano ou atenuá-las, utilizar-se das causas excludentes (força maior exclusiva ou concorrente, culpa exclusiva ou concorrente da vítima ou de terceiro).

É evidente que pode acontecer dano suscetível de reparação estatal não apenas na ação como na omissão, a qual poderá estar presente em qualquer dos três poderes do Estado.

Conclui-se que o nexo causal e o dano indenizável são requisitos essenciais para ensejar a responsabilidade patrimonial do Estado, cabendo à vítima apenas demonstrar que o comportamento estatal foi a causa única ou concorrente do dano, logo a relação de causa e efeito é indispensável para imputar ao Estado a obrigação de ressarcir ou indenizá-la.

Notas

¹ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1993. p. 618.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo : Atlas, 1995. p. 409-410.

³ OLIVEIRA, José Carlos de. *Responsabilidade Patrimonial do Estado*: danos decorrentes de enchentes, vendavais e deslizamentos. Bauru : Edipro, 1995, p. 21.

⁴ DI PIETRO, op. cit., p. 413.

⁵ DI PIETRO, op. cit., p. 414.

⁶ MELLO, Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1996. p. 585-595.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1995. p. 561.

⁸ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1988. p. 376.

⁹ Oliveira, op. cit., p. 48.

¹⁰ STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997. p. 379.

¹¹ Cahali, op. cit., p. 393.

¹² MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo : Malheiros Editores, p. 597.

¹³ Stoco, op. cit., p. 383.

¹⁴ Di Pietro, op. cit., p. 415.

¹⁵ Stoco, op. cit., p. 379.

¹⁶ Gasparini, op. cit., p. 623-624.

¹⁷ Meirelles, op. cit., p. 565.

¹⁸ Oliveira, op. cit., p. 45.

¹⁹ SILVA, Almiro do Couto e. A responsabilidade extracontratual do Estado no Direito. *Revista do Direito Administrativo*. Rio Janeiro : Livraria e Editora Renovar Ltda, v.1. 1991. p. 23.

²⁰ ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *Curso de Derecho Administrativo II*. [s.l.] : Civitas, p. 394.

²¹ *Revista dos Tribunais*. a. 70, v. 550, ago. 1981. p. 106.

²² *Revista dos Tribunais*. São Paulo : RT, a. 70, v. 550, ago. 1981. p. 106.

²³ SILVA, Juary C. *A responsabilidade do Estado por atos judiciais e legislativos: teoria da responsabilidade unitária do poder público*. São Paulo : Editora Saraiva, 1985. p. 10-12.

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Responsabilidade extracontratual do estado por comportamentos administrativos*. São Paulo : Revista dos Tribunais, n. 552, s.d. p. 18.

²⁵ Silva, op. cit., p. 23.

Bibliografia

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1988.
CRETELLA JÚNIOR, José. *Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1988.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *Curso de Derecho Administrativo II*. [s.l.] : Civitas, s.d.

FRIEDE, Reis. *Curso de Direito Administrativo: em forma de perguntas, respostas e diagramas explicativos*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1996.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1993.

LAZZARINI, Álvaro. Nova dimensão Direito Administrativo. In: QUADROS, Cerdônio (org.). *Reperatório de Estudos Doutrinários e Jurisprudenciais*. v.1. São Paulo : Editora NDJ, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1995.

MELLO, Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamento administrativo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 55L. s.d.

OLIVEIRA, José Carlos de. *Responsabilidade patrimonial do Estado - danos decorrentes de enchentes, vendavais e deslizamentos*. Bauru : Edipro, 1995.

PELLICER, José A. López. *Lecciones de Derecho Administrativo II*. Murcia : DM/PPU, 1989.

QUADROS, Fausto de. *Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública*. Coimbra : Livraria Almedina, 1995.

Revista dos Tribunais. São Paulo : RT, ano 70. v. 550. Ago. 1981.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Observações sobre a Responsabilidade Patrimonial do Estado*. Brasília : Revista Informativa Legislativa: a. 28. n. 111. jul./set., 1991.

SILVA, Almiro do Couto e. A responsabilidade extracontratual do Estado no Direito. *Revista do Direito Administrativo*. v. 1. Rio de Janeiro : Livraria e Editora Renovar Ltda., 1991.

SILVA, Juary C. *A responsabilidade do Estado por atos judiciais e legislativos: teoria da responsabilidade unitária do poder público*. São Paulo : Saraiva, 1985.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997.

O parcelamento de dívidas tributárias ou contratuais e suas cláusulas de confissão, desistência da ação e renúncia do direito de contestar o crédito – natureza e efeitos processuais

Walney A. Diniz

Sumário

Introdução. 1. Parcelamento de dívidas e natureza da contratação. 2. Confissão de dívidas - natureza processual e efeitos. 3. Parcelamento – tratamento processual em face da execução. 4. Da cláusula de desistência da ação – eficácia e efeitos processuais. 5. Da cláusula de renúncia a qualquer contestação – efeitos processuais, constitucionalidade

Introdução

Invariavelmente encontra-se em meio às múltiplas questões de cunho processual a serem deslindadas pelo Magistrado e manipuladas pelas partes, segundo seus interesses na lide, aquelas referentes à confissão extrajudicial de dívidas e a irradiação de seus efeitos lá junto ao direito material e, conseqüentemente também, no âmbito do processo respectivo, além de outras condições impostas pelo credor, com o claro fim de resguardar o seu crédito, que são aceitas pelo devedor quando de uma novação de dívida ou de uma moratória.

O fato, deveras, não é incomum e é mesmo de regra quando se trata de lides em que estão envolvidas as Fazendas Públicas visando cobrança judicial de créditos tributários ou não tributários. É que nesses casos, quase sem sombra de variação, tais entidades vinculam os parcelamentos de seus créditos à confissão de dívidas pelo devedor, consubstanciado em contratos de adesão (formulários de ter-

Walney A. Diniz é Procurador do INSS em Minas Gerais, Bacharel em Psicologia e especializando em Direito Empresarial pela UFU/MG.

mo de parcelamento), além de outras cláusulas cautelares do crédito, as quais variam de pessoa jurídica para pessoa jurídica, e que serão abordadas adiante.

Entretanto, a questão é bem mais ampla vez que não só aí na vara das execuções fiscais, mas também no âmbito da execução comum, muitas vezes, deparamo-nos com cobranças levadas a cabo por financeiras, bancos, consórcios e congêneres ou simples estabelecimentos comerciais que, na maioria das vezes, para receberem o que lhes é devido, vêm-se na contingência de ter de recorrer ao expediente do parcelamento de seus créditos, impondo, em contrapartida, aos devedores cláusulas assecuratórias várias no contrato de moratória.

Os temperamentos da matéria tratados nesta singela peça são plenamente aplicáveis, como ver-se-á adiante, tanto na seara do direito público quanto do direito privado, respeitando-se a natureza das obrigações e as particularidades de cada ramo, apesar de, como já dito, ocorrerem mais freqüentemente em feitos versando sobre créditos fazendários.

1. Parcelamento de dívidas e natureza da contratação

O parcelamento de dívidas por parte de um ente público ou mesmo entre particulares consubstancia-se um acordo de vontades, formal, oneroso e comutativo.

O acordo e seus efeitos jurídicos regulares não são um problema quando efetuados entre particulares, porém, quando em um dos pólos figura um ente público na condição de exequente e que, por isso mesmo, é quem redige e orienta as cláusulas do contrato de adesão do parcelamento de dívidas, dúvidas pairam sobre as prerrogativas da administração pública as quais desbordam do direito privado, as denominadas cláusulas exorbitantes. E é importante tratar aqui desse assunto vez que as conclusões lançadas mais adiantes dependem da conceituação da natureza

do contrato de parcelamento, principalmente para verificação da possibilidade de a Administração Pública utilizar das prerrogativas próprias dos contratos administrativos típicos, podendo alterar o contrato de parcelamento unilateralmente ou rescindi-lo aleatoriamente, ou alegar a *exceptio non adimpleti contractus*.

Com efeito, o acordo do parcelamento, apesar de ter natureza contratual e de ter em um dos pólos um ente estatal, não atribui à Administração Pública a titularidade daquelas cláusulas exorbitantes próprias de um contrato administrativo típico.

A ascendente administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro (p. 212 e ss), trata do tema situando os contratos da Administração pública em dois campos: os contratos de direito privado (como a compra e venda, a doação, o comodato a locação, etc.) e os contratos administrativos, que se subdividem em tipicamente administrativos e os que têm paralelo no direito privado.

O objeto do contrato privado da Administração há de ser aquele que não se refere diretamente à consecução de um interesse geral, senão que interesse mais de perto aos interesses do particular. À pág. 214, aquela autora assim expressa-se:

“Ao contrário, quando a administração celebra contrato cujo objeto apenas indiretamente ou acessoriamente diz respeito ao interesse geral (na medida em que tem repercussão orçamentária, quer do lado da despesa, quer do lado da receita), ela se submete ou pode-se submeter ao direito privado;”

Realmente, o interesse público apenas reflexamente é tangenciado num contrato de parcelamento, notando-se que esse interesse geral está consubstanciado no fato de que haverá maior incremento da receita pública com a adesão de devedores em situação financeira difícil e que, doutro modo, nunca pagariam suas dívidas para com o erário. Porém, há do outro

lado da equação contratual um patente interesse particular do devedor nas facilidades oferecidas.

Referindo-se à presença de algumas cláusulas exorbitantes em contratos de direito privado, a autora acima ainda aduz:

“Quando a Administração celebra contratos de direito privado, normalmente ela não necessita dessa supremacia e a sua posição pode nivelar-se à do particular, excepcionalmente, porém, algumas cláusulas exorbitantes podem constar, mas elas não resultam implicitamente do contrato; elas têm que ser expressamente previstas, com base em lei que derroge o direito comum.”
op. cit., p. 213.

Todavia, ainda assim entendemos que tais estipulações em contratos desse jaez malfeririam o princípio da isonomia das partes contratantes além de arrostar o princípio da razoabilidade, vez que o devedor que se compromete a pagar regularmente as parcelas, confessa a dívida, renuncia a recursos e é obrigado a desistir de ações interpostas não pode ainda ser compelido a submeter-se a um regime prejudicial como esse que assegura à Administração o poder de utilizar-se daquelas cláusulas acima referidas. Tal estipulação desborda da proteção do interesse coletivo e configura um abuso do Poder Público.

O parcelamento de dívidas é moratória e vem regulado de forma genérica nos arts. 152 e seguintes do CTN, sendo certo ainda que cada ente público tem os seus próprios regulamentos.

Entendem alguns que o parcelamento não configura uma moratória, vez que esta seria, tecnicamente, apenas um novo prazo para pagamento do tributo. Entretanto, pela leitura atenta do art. 153 do CTN, vê-se que o código exige que a lei discipline necessariamente I – o prazo; II – as condições; III – número de prestações e seus vencimentos, etc. Ora, é claro que o parcelamento de dívidas é uma moratória e

está subordinado aos ditames dos artigos acima referidos. O fato de o art. 155 dicionar que a moratória poderá ser revogada de ofício não elide a possibilidade de se ter o parcelamento em conta de moratória, vez que no mesmo artigo há a ressalva que tal (revogar-se a moratória) é permitido apenas quando se constatar que o contribuinte não satisfazia ou deixou de satisfazer as condições para a moratória. É evidente! Se o devedor deixou de satisfazer as condições para assegurar a moratória (ou o parcelamento), deve mesmo ser ela revogada, entendendo-se o “de ofício” aí como dever da Administração em face do não-cumprimento de uma das cláusulas do contrato.

Ademais, o entendimento dos tribunais é de que o parcelamento realmente se coaduna com a hipótese prevista no inciso I do art. 151 do CTN (moratória) para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Confira-se:

AG 1998.01.00.096201-1 /MG;

AGRAVO DE INSTRUMENTO

JUIZ OLINDO MENEZES

TERCEIRA TURMA

DJ 29 /10 /1999 P.220

TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO SEM GARANTIA. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO.

1. Tendo o contribuinte obtido o parcelamento do débito, assiste-lhe o direito à certidão negativa, expressiva da sua real situação jurídica, pois, enquanto se mantiver adimplente com as prestações, não tem débito vencido.

2. Não representa obstáculo à pretensão o fato de ter sido o parcelamento concedido sem garantia, pois, ainda assim, é causa suspensiva da exigibilidade do crédito (art. 151, I - CTN). O preceito do CTN, em razão da sua maior hierarquia, deve prevalecer sobre a vedação de lei ordinária.

3. Improvimento do agravo de instrumento. Agravo regimental prejudicado. Negar provimento ao agravo de

instrumento e julgar prejudicado o agravo regimental, à unanimidade.

26/05/1999

Assim pois, existe uma base legal de autorização para o Poder Público permitir o pagamento dos seus créditos de forma parcelada. Porém, isso não basta para permitir a ilação de que então a Administração poderia agir na conformidade do que permite um contrato administrativo típico, derogando e exorbitando do Direito Comum.

“A Administração pode realizar contratos sob normas predominantes do Direito Privado – e freqüentemente os realiza – em posição de igualdade com o particular contratante, como pode fazê-lo com supremacia do Poder Público. Em ambas as hipóteses haverá interesse e finalidade pública como pressupostos do contrato, mas, no primeiro caso, o ajuste será de natureza semipública (contrato administrativo atípico, como já conceituou o extinto TFR), e somente no segundo haverá contrato administrativo típico”. (Meireles, p. 196).

O acordo de parcelamento configura ato de gestão de seus créditos em que a Administração Pública declina do seu plano hierárquico superior para igualar-se ao administrado no tocante ao disciplinamento das responsabilidades de ambos os contratantes. Não pode, por exemplo, efetuar alterações unilaterais como não pode valer-se da inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido, que no caso seria quando o devedor parasse de pagar as parcelas alegando que a Administração Pública também não cumpriu a sua parte do acordo. Seguindo o raciocínio desenvolvido até aqui por nós, tal alegação por parte do devedor seria inteiramente procedente e justa!

Aliás, oportuno que se registre aqui que os tribunais à unanimidade têm proclamado, a exemplo do que se afirmou

acima, que, se o Poder Público admitiu um parcelamento de dívidas sem exigências de garantias, não pode depois, quando da concessão de Certidão Negativa de Débito (CND), exigir a mesma do devedor sob pena de indeferimento daquela certidão. E tudo por quê!? Porque entende-se que a Administração Pública estaria inovando o contrato de forma irregular.

O fato de existir expressa autorização legal (CTN e demais leis ordinárias relativas a cada entidade pública) para fins de concessão da moratória ou parcelamento não aniquila a natureza de contrato administrativo atípico do parcelamento. Antes são uma exigência do princípio estrutural de que a Administração Pública só age se, quando e na forma em que a lei autorizar. Carlos Ari Sundfeld toca neste preciso ponto de forma magistral, *in verbis*:

“Inexiste poder para a Administração Pública que não seja concedido pela lei: o que ela não concede expressamente nega-lhe implicitamente. Por isso, seus agentes não dispõem de liberdade – existente somente para os indivíduos considerados como tais – mas de competências, hauridas e limitadas na lei. No dizer de Seabra Fagundes: ‘administrar é aplicar a lei de ofício’...”

(Sundfeld, p. 29).

Logo, mais do que lógico que necessitasse mesmo a moratória de previsão legal. A existência dessa autorização expressa só realça o interesse e a finalidade pública do ato administrativo, todavia não é incompatível com a natureza de contrato administrativo atípico, aquele em que a Administração não detém as prerrogativas acima mencionadas. Resumindo: uma coisa não exclui a outra.

Aliás, aqui exatamente queremos aproveitar o ensejo para dizer que o mesmo administrativista mencionado no tópico retro aduz em sua obra mencionada que o Poder Público em sua atividade fomentadora não age com a supremacia que

permeia as suas outras atividades ordenadoras da sociedade. Por fomento é importante ressaltar que quer significar aquelas atividades voltadas para propiciar oportunidade de progresso aos administrados ou simplesmente para direcionar as atividades dos administrados em determinado rumo político/econômico/social. Quer nos parecer que o parcelamento é uma destas atividades fomentadoras que visam permitir o desenvolvimento econômico, oferecendo uma ponte de ouro para os devedores desenlaçarem-se de suas dívidas para com o Fisco. Há mesmo um incentivo para que os devedores quitem seus débitos para com a Fazenda Pública, não só porque tal engordaria a receita mas, por outro lado, porque também extirpar-se-ia do seio da sociedade esse cancro que é a inadimplência generalizada.

Portanto, discorrendo sobre atividade de fomento da Administração Pública, aquele autor aduz:

“O fomento é atividade não autoritária, por três razões concorrentes. De um lado, porque nada impõe aos administrados. De outro, porque implica a outorga de prestações a serem realizadas pelo próprio Poder Público, criando assim vínculo tipicamente obrigacional; ao desenvolvê-la, o Estado atua de modo semelhante ao do direito privado...” (op. cit. p. 42)

Para concluir este tópico, resumimos o que dissemos acima dizendo que o contrato de parcelamento é um contrato administrativo, no aspecto subjetivo, porém destituído daquelas prerrogativas que exorbitam do direito comum em favor da Fazenda Pública e, *ipso facto*, não pode a Administração invocá-las em seu proveito.

2. Confissão de dívidas - natureza processual e efeitos

A confissão, seja ela judicial ou extrajudicial, é um dos meios de prova admiti-

dos pelo CPC, art. 353 c/c art. 136, I, CC, sendo importante lembrar que o referido artigo do CPC preceitua que aquela confissão feita por escrito e apenas entre as partes, como sói acontecer, tem o mesmo valor da confissão judicial, sendo acompanhada da firma de duas testemunhas.

Portanto, deve ser aceita judicialmente aquela confissão feita entre as partes, mesmo que fora do processo, não podendo o Juiz desconsiderá-la em caso algum, pena de subtrair vigência à Lei Processual, o que já estaria a inspirar remédio constitucional específico.

De fato, não há empeco algum em recepcionar-se a confissão extrajudicial, após seu regular processamento nos autos, com força de prova judicial. Devidamente apresentada no bojo de um processo, a tempo, mediante o crivo do contraditório, e ainda formalmente constituída (firmada por quem de direito, cláusulas legais e mediante documento escrito, subscrita por duas testemunhas. etc.), não há por que injuriar a confissão de dívida extrajudicial. Ela tem aptidão para firmar o convencimento do Juiz e atende plenamente aos imperativos formais de um processo regular.

Irrelevante que a confissão ou a prova da mesma tenha sido constituída antes ou durante o processo, vez que o *Có-dex* adjetivo não faz alusão à distinção no tocante à sua aceitação; o que apenas interferirá com os seus reflexos processuais, será o fato de ser irretratável e se vier acompanhada do parcelamento do débito (que é o mais comum), conforme discorreremos adiante.

Começamos por dizer que a confissão não pode situar-se entre as formas de reconhecimento do pedido previsto no art. 269 do CPC, com reflexos na esfera de disponibilidade do patrimônio do devedor, acarretando assim o julgamento do mérito da ação. Deveras, a confissão não é meio próprio para se reconhecer a justeza do pedido do autor.

O pedido do credor na execução substancia-se numa pretensão em que se

procura justamente a satisfação do seu crédito e a confissão feita no curso de um processo abre ensanchas apenas a que o Juiz se convença da verossimilhança do pedido e dos fatos alegados pelo credor e nada mais.

É dito isso aqui porque há daqueles que pretendem ver na confissão de dívidas uma forma de reconhecimento do pedido; entretanto obsta a tal conclusão o fato infosismável de que a confissão é apenas um meio de prova, isto é, apenas um ato tendente a comprovar ou demonstrar a existência de um fato, do qual, aí sim, decorrerá o direito do credor.

Feita a ressalva, prossigamos.

Firmada a confissão da dívida antes da lide, isto é, antes que houvesse ação de execução intentada, e aparelhada com o parcelamento (ou, mais propriamente, por causa dele!), merece observação o fato de que o pagamento parcelado, de *per si e exclusivamente*, já opera a ausência de interesse processual com espeque no art. 267, inc. VI, do CPC, figurando a confissão de dívidas aí como mera garantia decorativa da dívida já que, de regra, a confissão feita nesses contratos de adesão não são irretratáveis, isto é, não é ressaltado pelo credor que aquela confissão seja inexorável. E quando assim acontece (como já dissemos: na maioria dos casos!), é de se ver que residualmente é conferido ao devedor o poder de retratar-se de sua confissão. E como dar-se-ia isso?! Com a rescisão do parcelamento pelo credor, isto é, do acordo donde constavam várias cláusulas, inclusive aquela relativa à confissão de dívidas, restando expressamente desfeita tal cláusula.

Sendo a confissão feita no acordo de parcelamento de forma irretratável, então sim poderíamos concordar que a confissão teria de valer mesmo após a rescisão do contrato de parcelamento, vez que a cláusula de irretratabilidade seria inócua se não tivesse o condão de irradiar seus efeitos mesmo para depois de desfeito o contrato.

De conseqüência, deve-se admitir que então, havendo rescisão do parcelamen-

to, no mesmo processo executivo ou ainda em outro processo em que se vier a discutir o débito, poderá o devedor opor-se ao direito do exequente, sem que este possa, por seu turno, alegar em seu favor que a presunção de certeza e liquidez do crédito já é objeto de prova pré-constituída (a confissão), porque é óbvio que aquela confissão, constante como cláusula do contrato de parcelamento, não mais vige entre as partes.

Aqui cabe um parêntese para ponderar que o leitor mais desavisado pode estar perguntando-se como poderia o devedor “contestar novamente” o crédito se os embargos à execução, de regra, têm lugar uma vez, se e quando, garantido o juízo. Acontece que o crédito pode ser debatido também em ação anulatória/mandado de segurança ou, ainda, quando há lugar para mais de um embargo em a penhora sendo insuficiente, ação rescisória ou, ainda, quando a Fazenda Pública substituir a Certidão de Dívida Ativa na execução fiscal ensejando novos embargos (art. 2º, § 8º, da, Lei de Execuções Fiscais – Lei 6.830/80).

A confissão de dívidas feita, portanto, antes ou depois de iniciada a execução, tanto faz, opera apenas os efeitos de um mero instrumento probatório. O parcelamento adimplido da dívida, sim, opera a ausência de interesse de agir enquanto não rescindido, é claro, na forma estabelecida no acordo, que via de regra condiciona a vigência do contrato ao pagamento regular das parcelas.

O TRF 1ª região e o Egrégio STJ, por sua vez, já decidiram que, praticado ato administrativo pelo réu pessoa jurídica de direito público reconhecendo o direito pleiteado pelo autor na ação judicial, há verdadeiro reconhecimento do pedido e não apenas ausência de interesse; confira-se aplicando-se, *mutatis mutandis*, ao caso em tela:

“Se o réu, no curso da demanda, pratica ato administrativo *interna corporis*, reconhecendo o direito plei-

teado pelo autor na ação judicial, há o reconhecimento jurídico do pedido, acarretando, como consequência, o julgamento de procedência da pretensão (TRF 1ª Região – STJ 43/361)”.

Entretanto, é de se observar que aqui no presente estudo o ato que se tem por praticado é um acordo entre as partes e não propriamente um ato que se exaure em si mesmo, vez que os acordos/contratos são feitos, é óbvio, para serem cumpridos, mas comportam, pela sua própria natureza, desfazimento. E sendo assim, não é correto aduzir que um parcelamento configure um reconhecimento do pedido da forma como estabelecido no CPC – art. 269, inc. II, principalmente porque enquanto o parcelamento está em dia, a ação de execução fica suspensa, aguardando-se o seu termo final.

Ela pois, a confissão de dívida, no âmbito de um acordo de parcelamento de débitos, é cláusula perfeitamente legal e mesmo de conveniência para a segurança do credor, que está também, por seu turno, abrindo uma concessão ao devedor para receber o que lhe é devido *longissimus temporis*, via de regra.

Portanto, não há desequilíbrio na relação contratual ou ofensa ao princípio da razoabilidade. Tratando-se de direito patrimonial, como se pode ver a teor do art. 351 do CPC por exemplo, disponível por excelência, como é o caso, nem se discute da sua legitimidade. Porém o temperamento que o assunto merece é o seguinte: na quase totalidade dos acordos de parcelamento de dívidas, a cláusula da confissão de dívidas não ressalva que a mesma tenha a natureza de confissão irretratável, pelo que, nessas circunstâncias, sendo rescindido o acordo, a mesma perde sua vigência, pois a presunção relativa é de que a confissão é sempre retratável, inexistindo interpretação prejudicial para o devedor em cláusula em que não se mencione o caráter da confissão.

Logo, para maior garantia dos exequentes, devem os mesmos fazer constar

do acordo a expressa menção de que a confissão é irretratável, espargindo assim seus efeitos para além do acordo de parcelamento. Assim consta, por exemplo, no regulamento do ICMS do Estado de Minas Gerais, via da Lei Estadual nr. 13.243, de 23-6-99, em seu art. 30, a seguinte expressão, se bem que tratando do assunto de dação de pagamento, mas perfeitamente cabível aqui:

Art. 30 – a dação em pagamento, judicial ou administrativa, importa confissão irretratável da dívida e da responsabilidade tributária.

3. Parcelamento – tratamento processual em face da execução

Alguns ainda situam a confissão de dívidas e o parcelamento entre as causas que impossibilitariam o pedido, naturalmente quando o devedor manejasse a ação de embargos ou ainda em outra ação para desconstituir a dívida como vimos, em tópicos retro.

Porém, não parece ser essa a solução mais indicada se olharmos para o instituto tecnicamente, como convém. A impossibilidade do pedido concentra-se na imprevisão do ordenamento jurídico de tutela para o caso apreciado, o que não é o caso estudado. O parcelamento de dívidas não anula a possibilidade expressamente prevista de poder ser efetuada a contestação do direito pleiteado pelo credor. Aqui merece lembrar que a ação, enquanto direito subjetivo público, tem nascedouro em sede constitucional e a inviabilidade da demanda, no caso que estamos tratando, reside única e exclusivamente na esfera volitiva do sujeito e não propriamente em uma característica do ordenamento jurídico, eis que, como já dissemos, prevê a Carta de Outubro o direito a acionar o Poder Judiciário sempre que houver lesão ou ameaça de lesão de direito.

Antônio C. de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco, (Cintra, p. 229), aduzem que, “às vezes,

determinado pedido não tem a menor condição de ser apreciado pelo Poder Judiciário, porque já excluído *a priori* pelo ordenamento jurídico sem qualquer consideração das peculiaridades do caso concreto”. Não parece ser dessa natureza o caso *sub examine*. E, ainda que fosse, é mister ainda nos ombrearmos com a doutrina mais moderna, que tenta restringir ao máximo as hipóteses de impossibilidade jurídica do pedido, objetivando privilegiar aquele princípio maior vazado na nossa Carta Capital em que se diz que o acesso ao Judiciário deve ser o mais amplo possível. Nesse tom se expressaram também os eminentes processualistas acima mencionados na mesma obra, pág. 230: *Constitui tendência contemporânea, inerente aos movimentos pelo acesso à justiça, a redução dos casos de impossibilidade jurídica do pedido (tendência à universalização da jurisdição)*.

Já o interesse de agir, outra condição da ação, só tem razão de ser por causa de uma pretensão resistida, pretensão essa extraída de um dispositivo de direito substancial que se torna então exercitável por meio do instrumental próprio que é o processo, afastada aquela doutrina vetusta que misturava a pretensão de direito material com a própria ação na qual ela se veiculava, em um verdadeiro amálgama carente de logicidade.

Nessa linha de consideração, reconhecendo o devedor a procedência da dívida – *sua legitimidade* –, seu valor – *liquidez* – e sua exigibilidade – *juridicidade/certeza* – e havendo começo de pagamento, como poderia remanescer ainda qualquer interesse processual?!

Note-se que o interesse de agir não se confunde com a própria pretensão, a qual os alemães denominam *anspruch*, como anota Santiago Sentis Melendo no prólogo da tradução argentina da monumental “Der Feststellungsanspruch” de A. Wach, com o título de “La Pretensión de Declaración”, figura essa que não tem merecimento de nossa doutrina a atenção que de-

manda como meio de reforçar a estrutura do arcabouço científico-processual, tornando-o mais lógico e consistente. Essa pretensão pode ser veiculada tanto judicialmente quanto extra-judicialmente, também recebendo a nomenclatura, nesses casos, de “processual” ou “material” respectivamente, vez que traduz-se em “exigibilidade” ou “poder de exigir” (*Reale, 1981, p. 257*). Carnelluti diz que é a “exigência” de subordinação de um interesse alheio a um interesse próprio (Carnelluti, 1936, p.122).

Entretanto, para ser a pretensão veiculada por meio da ação (direito de acionar o Poder Judiciário), deve a mesma imprescindir do uso desta, deve redundar em utilidade para quem pede e deve ainda ser adequadamente manejada (trilogia do interesse de agir: necessidade/utilidade/adequação).

E mais: o interesse de agir é aferido em Juízo inicial de análise da peça madrugadora em consonância com os fatos narrados pelo autor.

Logo, situando-nos agora dentro de um processo executivo com embargos interpostos, se já no curso destes embargos, e não no momento inicial, em que reside a perquirição do interesse de agir, o embargante pratica ato incompatível com a contestação do débito, vertida no corpo do processo, tal atitude merece ser considerada como reconhecimento do pedido, observando ainda que, segundo a melhor doutrina, esta pode ser tácita ou expressa.

Então temos assim que a moratória requerida pelo réu durante uma ação de embargos do devedor deve ser considerada como caracterizadora do reconhecimento do pedido. Entretanto, se ao entrar com os embargos o parcelamento estiver em curso, hipótese de difícil ocorrência, deve ser decretada a carência da ação, porque na análise prolegomenal da ação constatou-se a ausência do interesse de agir, pois o pagamento já está sendo feito e não há pretensão resistida a amparar a ação.

Isso é assim porque no disciplinamento do processo de execução previsto no nosso Código de Ritos a defesa do executado é manobrada por meio de uma outra ação de cunho declaratório-desconstitutivo, a qual exige para a sua admissibilidade as mesmas condições da ação previstas para as demais do gênero, entre elas o interesse de agir.

Veja-se que a pretensão veiculada pelo devedor em embargos à execução ou ação anulatória perde inteiramente sua substância se a pretensão do credor é reconhecida pelo devedor adredemente, pois o corolário lógico disso é que, neste lado da equação processual, resta subtraído da pretensão do devedor aquele caráter de inconformismo e de oposição que dá ânimo de vida e legitimidade (art. 3º do CPC c/c art. 76 do CC) à ação encartada nos processos mencionados.

Tão imperiosa, em verdade, é a verificação do interesse de agir no início do processo que, para a interposição de recursos, também prevê o CPC a inexistência de causa que importe na aceitação da pretensão da parte contrária que ficou vazada na sentença judicial (o que os doutrinadores, em sua maioria, têm classificado como pressuposto objetivo – ausência de fato extintivo ou impeditivo do direito de recorrer). É o que se deduz da leitura atenta do art. 573 do CPC e seu parágrafo único. A existência de ato incompatível com a pretensão de recorrer fere de morte o recurso interposto. Este interesse de agir exposto neste quadrante do Código (parte geral dos recursos) não é outro, e nem de outra natureza, senão aquele também vertido lá no seu início, legitimador de qualquer tipo de ação.

Ressalve-se porém que, evidentemente, não queremos excluir da esfera de ação do devedor as ações relativas àqueles fatos que ofendem o direito não disponibilizado no acordo de dívidas com o credor, como por exemplo a correção monetária equivocada ou o acréscimo indevido de

componente do crédito como multas não-previstas anteriormente etc. Contudo, muitas vezes os exequentes querem dar àquele reconhecimento do pedido ou renúncia do direito de contestar o crédito uma valência que o mesmo não detém, pois pode, naturalmente, o devedor levantar-se contra ofensa de direitos que não foram transacionados, como por exemplo forma de correção monetária, periodicidade do pagamento, inclusão de multa e outros itens mais.

Vê-se pois, sem dúvida, que a ilação imediata da ausência de uma das condições da ação – interesse de agir – consequencializa a não-admissão do pleito.

O anterior reconhecimento da dívida pelo devedor, de forma expressa, objeto lícito para um contrato, diga-se de passagem, assinado pelo próprio ou por seu representante legal, sendo portador de capacidade para tanto, vai chocar-se de frente com o pedido de improcedência do crédito tributário, seja em embargos ou ação anulatória.

E mais: o parcelamento destitui também de todos os seus fundamentos a figura da exceção de pré-executividade (art. 586/618 do CPC), construção jurisprudencial e doutrinária que pretende atribuir ao devedor a faculdade de debater-se contra o crédito em situações excepcionais, sem necessidade de garantir o juízo e fora da senda dos embargos à execução, como por exemplo no caso da ineficácia do título executivo.

A função do Juiz é fazer valer a Lei, e a mesma diz, é lógico, que os contratos foram feitos para serem cumpridos (*pacta sunt servanda*), caso contrário o credor poderia também, mesmo com o parcelamento/moratória deferida, ajuizar e/ou dar continuidade a execução contra a outra parte.

Mas não é assim que se sucede, pois, em curso uma moratória, não se reportam mais as partes à antiga dívida e seus termos, suspendendo-se mesmo qualquer

medida executiva com respeito a ela. E tudo por quê? Porque naturalmente falta ao credor, nessas circunstâncias, também o interesse de agir, já que, em curso uma moratória, o mesmo está vendo ser satisfeito paulatinamente o seu crédito, o qual concordou em receber parceladamente.

Não considerar o acordo do parcelamento/moratória tanto fere o princípio de que os pactos devem ser observados tal qual acordados, como também aquele que propina ser o contrato *LEX INTER PARTES* (art. 81/135/1.080 CC c/c arts.568,inc.I/585,inc.VII/591 CPC).

Mister mencionar mais uma vez a ministrarção do saudoso Prof. Hely Lopes Meirelles quando nos fala da vigência dessas cláusulas dentro de um contrato administrativo.

“Todo contrato – privado ou público – é denominado por dois princípios: o da lei entre as partes - *lex inter partes* – e o da observância do pactuado – *pacta sunt servanda* –. O primeiro impede a alteração do que as partes convencionaram; o segundo obriga-as a cumprir fielmente o que avençaram e prometeram reciprocamente” (op. cit., p.194).

Entretanto, ressalve-se que, uma vez rescindido o acordo de parcelamento, retornam as partes ao seu *status quo ante*, inexistindo óbice a que o devedor apresente em Juízo agora o seu interesse em debater o débito, resguardados os casos em que há confissão irretratável de dívidas, em que, apesar de ser mero meio de prova, subtrai do devedor qualquer interesse de agir, como já dissemos linhas atrás.

O pagamento parcial feito, ou o início de pagamento efetuado, não obsta a que o devedor discorde a qualquer tempo da natureza, do valor, dos acessórios e da legitimidade da dívida, pois não existe vinculação entre o pagamento anteriormente feito e o interesse de agir para contestar novamente o débito, bastando ver que, em se tratando igualmente as partes –

credor e devedor –, que ao credor não falece interesse de agir se, concordando com o pagamento parcelado, ao depois, intenta ver paga a dívida de uma vez na execução - prova maior de que os termos do acordo não geram efeitos para além da vigência do mesmo.

Uma outra forma de analisar a questão é lembrar que a aferição do interesse de agir é matéria de matiz processual e não deve ser olhada pelo caleidoscópio do direito privado, mais especificamente pelo ramo das obrigações contratuais. Logo, é de ver-se que o interesse de agir verificasse no momento mesmo em que o autor está pleiteando a tutela jurisdicional e não em momento pretérito no qual, em virtude do pagamento parcelado, não detinha mais o interesse de agir.

4. Da cláusula de desistência da ação – eficácia e efeitos processuais

De fato, outra cláusula muito cediça nesses contratos de parcelamento é aquela na qual o devedor concorda em desistir das ações interpostas contra o crédito ou qualquer tipo de recurso objetivando contestá-lo.

Inclui-se, é óbvio, na esfera de disponibilidade do devedor o fato da desistência da contestação ou recurso interposto contra o crédito. Em verdade, essa cláusula é muito mais recomendável do que a mera confissão de dívidas ou a renúncia a qualquer contestação contra o débito, vez que esta exaure-se em um só ato do devedor, quando este peticiona ao Juízo desistindo da ação de embargos ou recurso interposto.

Ao Juízo então cabe apenas, estando regularmente processado o pedido por quem de direito (necessidade de procuração específica – art. 38 do CPC), acatar o pedido, homologando-o (art. 158, par. único, do CPC), impingindo, conforme o caso, os honorários advocatícios. É uma das medidas mais eficazes exigida pelo credor como forma de resguardar os seus créditos em Juízo.

Todavia, vale ressaltar o seguinte: a desistência da ação não subtrai do devedor o direito material que o mesmo detém quando contesta o débito, vez que a isso somente poderia induzir a renúncia ao direito pleiteado que é causa para extinção do processo com julgamento do mérito. Observamos ainda que, em havendo rescisão do parcelamento e em se tratando de embargos à execução, inviável se torna a renovação dos mesmos, vez que é imprescindível a garantia do juízo, a qual já foi feita por ocasião dos primeiros embargos interpostos dos quais se desistiu.

O Prof. Moacir Amaral Santos, com a percuciência e didatismo que lhe é peculiar, explica:

“Na desistência da ação há apenas ato extintivo do processo, não da pretensão, do direito material do autor. Este libera o réu de sua sujeição ao juízo e dispensa o juiz de prestar a tutela jurisdicional que lhe fora pedida. A desistência da ação não impede que o autor, por outra ação, suscite decisão sobre sua pretensão.” (Santos, p.260).

Talvez, porém, a contestação possa ser manobrada numa outra ação, ou anulatória ou mandado de segurança, mas já com chances reduzidas de êxito devido ao fato de que, na execução, já se estaria partindo para a fase licitatória.

5. Da cláusula de renúncia a qualquer contestação – efeitos processuais, constitucionalidade

Outra cláusula de figuração quase obrigatória nesses contratos de parcelamento é aquela que busca restringir o direito de contestar o débito em juízo, consubstanciando-se geralmente nos dizeres: “o devedor renuncia a qualquer contestação quanto ao débito nr. tal....”. É diferente da cláusula de desistência da ação, pois aqui o devedor apenas se compromete, dentro do acordo feito, a não contestar o débito, quando na desistência o credor ge-

ralmente exige que o devedor apresente a petição de desistência já protocolizada.

Vale aqui dizer, antes de começar a digressão, que as ponderações quanto à cláusula de confissão de dívida, sobre ser retratável ou não, aplicam-se na mesma medida para com a cláusula da renúncia à constestação do débito, vez que esta também só teria validade enquanto em curso o acordo estabelecido.

Não é, entretanto, de se concluir afoitamente aqui que o devedor esteja impedido de adentrar os pórticos do Judiciário para pleitear qualquer coisa, eis que, aí sim, importaria em supressão do direito constitucional de acesso ao Judiciário. Tanto é assim que, na consideração desta cláusula em processo de embargos do devedor ou outra ação contra o crédito executado, não se deve equivocar na decretação da impossibilidade jurídica do pedido, mas tão-somente se reconhecer a falta de interesse processual de agir.

O devedor, nesses casos, por livre e espontânea vontade, deliberou renunciar a um direito certo que detinha (contestar o crédito), em prol de uma renegociação de sua dívida, *vale dizer que lucrou alguma coisa com a renúncia ao direito de interpelar o débito...* Se lucrou, deve arcar, por sua vez, com o ônus que lhe é imposto, para que não incorra em locupletamento ilícito ou desequilíbrio na relação contratual, ferindo, até mesmo, o princípio da igualdade dos contratantes.

Aqui cabe até mesmo traçar um breve paralelo com o direito de recorrer estipulado no CPC, vez que, como já dito alhures, o direito de recorrer nada mais é do que o próprio direito de ação já em outra fase de processamento, e, assim sendo, pode-se cotejar os temperamentos que ambos os institutos sofrem quanto à admissibilidade da renúncia.

Nelson Nery Jr., citado por Nelson Luiz Pinto, (1999, p. 38) defende a tese da possibilidade da renúncia prévia ao recurso, visto que o poder de recorrer é faculdade

das partes, não se colocando a questão da duplicidade de graus de jurisdição. O direito de recorrer nasce com a propositura da ação, e não com a prolação da decisão, como defendem os doutrinadores da tese contrária. Entretanto, a renúncia antecipada deve ser interpretada restritivamente (Nery Jr. p. 328-352). Descreve, ainda, como fatos extintivos do poder de recorrer a renúncia ao recurso e a aquiescência, enquanto os impeditivos do mesmo poder são a desistência, o reconhecimento jurídico do pedido e a renúncia ao direito em que se fundamenta a ação (op. cit. p. 329).

Barbosa Moreira Lima entende que a renúncia prévia ao recurso é mesmo que renunciar a um direito que não se tem e, a rigor, nem sequer se sabe se nascerá (Lima, p. 340). Ainda faz distinção entre desistência e renúncia: “Não se confunde a desistência com a renúncia ao recurso: aquela pressupõe recurso já interposto, nesta, ao contrário, o renunciante abre previamente do seu direito de impugnar a decisão” (op. cit., p. v/V328).

Ora, é curial que os recursos são nada mais, nada menos do que verdadeira extensão do direito de ação e, por isso mesmo, emprenha-se de lógica a assertiva de que o próprio direito de atuar poderia ser renunciado pelo indivíduo, exclusivamente, é claro, em se tratando de direitos disponíveis como são os de ordem patrimonial.

Tal é muito comum em novações de dívida, como é o caso, *ex vi*, do artigo 999 do Código Civil, importando em confissão da dívida e a renúncia a qualquer objeção quanto à sua cobrança posterior.

Aliás, já aqui merecer ver, quando se está diante de uma execução fiscal, que o caimento da incidência relativa ao termo de parcelamento não tem lugar no regulamento do Código do Consumidor, subsunção errônea atribuída por alguns, já que aqui estamos tratando de relações de direito público e não de relação de consumo, sendo que alguns arriscam-se a dizer

que o Poder Público estabelece cláusulas leoninas nestes casos e, portanto, nulas.

O contrato-tipo de adesão pode muito bem ser utilizado pela Administração Pública, importando, porém, lembrar que a natureza do acordo, qualificado pela presença de ente público num dos pólos, é informada pelos plexos de fatos regulados pelo direito público, pelo interesse coletivo em si, pela normas cogentes de indisponibilidade do bem público, etc.

Tanto é assim que quem regula os contratos de adesão na relação entre consumidor e fabricante/revendedor/fornecedor é, com certeza, este último. Porém, já em se tratando de acordos firmados com entes estatais e suas autarquias, a norma de disciplinamento do acordo é feita, em última análise e necessariamente, pela Lei e de forma impessoal, já que a Administração Pública está inexoravelmente junta ao princípio da legalidade estrita.

Sendo assim, descabe dizer que nesses casos o interesse primordial é só do Poder Público (INTERESSE PRIMÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO!), em prejuízo daquele contribuinte que concordar com o parcelamento e suas cláusulas, já que, considerando-se subsunta a matéria à Lei, depreende-se que presente também no estabelecimento das regras está o inescandível interesse público, interesse esse que, indiretamente, também está afeto ao próprio devedor.

Tanto faz admitir-se ou não que o devedor, nesses casos, tivesse apenas o parcelamento, com a respectiva obrigatoriedade de assinar a confissão de dívida, como opção para participar de licitação pública ou outro ato previsto em Lei (livrar o nome do SPC, CADIM, etc.), vez que tal instituto – o parcelamento aparelhado com o termo de confissão de dívida e renúncia ao seu direito de contestar o débito – apenas existe a título de liberalidade excepcional do Legislador, vale dizer: trata-se de norma de caráter excepcional que visa permitir apenas e tão-somente a prática

de alguns poucos atos jurídicos, estes, diga-se de passagem, sempre expressos em Lei.

É excepcional porque a regra é o normal cumprimento das obrigações (de natureza tributária ou não), conforme já tivemos oportunidade de indicar mais acima, os dispositivos legais obrigam as partes a cumprir, em primeiro plano, as suas obrigações da maneira como foram inicialmente estabelecidas, seja por meio de um contrato ou por meio da Lei que instituiu a exação, em se tratando de tributo.

O caráter excepcional dessa norma retira a possibilidade de estender os seus efeitos para além do previsto estritamente em lei, por exemplo como quando o Magistrado admite que possa ignorar o pactuado entre as partes, olvidando-se que o credor somente admitiu o parcelamento dos débitos sob a condição de o devedor renunciar a qualquer constestação contra o mesmo.

A adução do argumento de que a necessidade imperiosa de participar de licitações ou financiar créditos provenientes dos cofres públicos, ou praticar outro ato qualquer que dependa de Certidão Negativa de Débitos, é que leva o devedor a firmar o contrato nada tem que ver com a possibilidade ou impossibilidade futura de contestar o débito. Sentença judicial que vinculasse a necessidade circunstancial de parcelar seu débito, acompanhado de todas aquelas cláusulas já mencionadas, a uma ofensa ao direito de acesso ao Poder Judiciário estaria fazendo tábula rasa do pacto oficial firmado, bem como do princípio estrutural que diz que o pactuado entre as partes deve ser observado (*pacta sunt servanda!*).

Normalmente o devedor afirma categoricamente que anuiu ao termo de parcelamento premido por injunções circunstanciais de mercado. Todavia, como tem reconhecido o próprio Tribunal Regional Federal da primeira Região, da confissão de dívida deflui-se regularmente o desiderato do assinante de não mais tergiversar

sobre a mesma, a não ser em comprovados casos de vício da vontade.

Emissor: Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Referência: EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL N.º 95.01.13009-8/DF (TRIB)

Relator: EXMO. SR. JUIZ EUSTÁQUIO SILVEIRA

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Embargados: CORDIAL - COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA E OUTRO

Publicado em: 11/09/95 Pág.: 590.956

TRIBUTÁRIO. CONFISSÃO DE DÍVIDA. ALEGAÇÃO DE TER SIDO FEITA "SOB PRESSÃO". PROVA QUE INCUMBE A QUEM ALEGA.

1. Confessada a dívida, presume-se a sua existência, se a interessada não comprovou que o ato foi praticado com vício resultante de erro, dolo, coação, simulação ou fraude.

2. Embargos acolhidos.

2ª Seção.

Julgamento em 08/08/95

Embargos divergentes acolhidos, por maioria.

Logo, ao argumento solitário de que a dívida foi confessada por obra de coação ou expediente desse jaez deve-se sempre acompanhar a respectiva demonstração probatória.

A confissão de dívida e a renúncia a qualquer tipo de contestação, pois, entram no rol daqueles direitos do devedor sobre o qual pode livremente dispor, vez que a Constituição os assegura no âmbito do exercício da ampla defesa a ser delimitado pelo próprio devedor, em face do princípio dispositivo, e, além disso, é de lembrar-se que outro princípio constitucional a ser respeitado é o de que ninguém será obrigado a fazer ou não fazer nada a não ser que a própria Lei o obrigue.

Assim, cabe ver se na própria Constituição há dispositivo que obrigue o deve-

dor a não abrir mão do direito ali mesmo assegurado. Os direitos realmente indisponíveis, como tem consagrado a doutrina, são aqueles referentes aos direitos transcendentais à norma positivada, ou seja, a própria vida, a honra, a dignidade humana e, assim mesmo, não sem algum temperamento.

Entretanto, a utilização dos meios de defesa dos seus interesses, principalmente os de ordem patrimonial, em que há ampla e irrestrita permissão para disposição, situa-se naquela esfera de análise privada de conveniência do sujeito.

A pensar-se num possível antagonismo de princípios constitucionais, entre o acesso universal ao Judiciário, o princípio da legalidade e os direitos relativos à ampla defesa, seria de lembrar-se a lição magistral de J. J. Gomes Canotilho, para quem tal fato não é incomum no estudo do direito constitucional e plenamente contornável:

“O facto de a constituição constituir um sistema aberto de princípios insinua já que podem existir fenômenos de tensão entre os vários princípios estruturantes ou entre os restantes princípios constitucionais gerais e especiais...”

Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade atrás exposta, de aceitar que os vários princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma ‘lógica do tudo ou nada’, antes podem ser objeto de ponderação e concordância prática, consoante o seu ‘peso’ e as circunstâncias do caso.”(Canotilho, 1993, p. 190).

A ponderação sobre a prevalência de um princípio sobre o outro dá-se caso a caso, não se aplicando a lógica simplista do tudo ou nada (ou de que este princípio exclui aquele...), antes merece o sopesamento de várias circunstâncias especiais de que se reveste cada caso.

O próprio Autor, em linhas mais a frente, em sua obra, discorre sobre as técnicas de interpretação da constituição e, assim também, de conciliação de supostas antinomias principiológicas (op. cit., p. 226 e ss.).

Para não delongar muito, basta referirmo-nos que a amplitude do princípio da legalidade (norma de envergadura muito maior dentro do nosso sistema jurídico do que qualquer outra), que diz que ninguém é obrigado a não fazer nada a não ser que a Lei lhe obrigue, e aqueloutro da ampla disposição dos seus bens patrimoniais do sujeito, no presente caso, sobrepujariam, à evidência, aquele princípio do acesso universal ao Judiciário, segundo se considere:

1) o princípio da unidade da constituição que coaduna os diversos dispositivos constitucionais num verdadeiro exercício de entendimento sistemático. Aqui é de ver que, se o acesso universal ao Poder Judiciário tivesse a latitude que querem alguns, não poderia, em caso algum, o sujeito abrir mão do seu direito de acioná-lo, consubstanciando um direito intangível até mesmo por vontade do próprio titular do direito, o que é um entendimento desarrazoado, pois sabe-se que, em se tratando de direito patrimonial, a disponibilidade é ampla, também por força da mesma Constituição.

2) o princípio da concordância prática ou harmonização – em que a ponderação do constituinte nem sempre está livre de carga política (Canotilho, p. 228), vale dizer: o Legislador optou politicamente em permitir que o parcelamento fosse admitido apenas por meio da anuência do devedor e por isso mesmo deve essa vontade (direito subjetivo) ser respeitada.

Admite-se então que, havendo rescisão do parcelamento, no curso de um processo executivo ou em outro processo em que se debata o crédito, poderá o devedor opor-se ao direito do credor, sem que este possa alegar a sua falta de interesse de

agir, porque aí então a renúncia à contestação do débito, constante como cláusula do contrato de parcelamento, não mais vige entre as partes. De fato, assim como o devedor livremente decidiu outrora dispor do seu direito de contestar o crédito, antes da ação de execução, agora, porém resolve retomar o seu direito para contestá-lo novamente, sem qualquer impedimento, já que os direitos disponíveis podem ser ignorados ou retomados a qualquer tempo.

Finalmente note-se que, no termo de parcelamento, geralmente consta que a exigibilidade do crédito fica suspensa durante o cumprimento do acordo de parcelamento, não podendo o credor cobrar o crédito durante a sua vigência. Tem, então, o credor a obrigação de, na esfera judicial, requerer a suspensão do feito executivo.

Pois bem, se se admitir que o devedor poderia violar o termo de parcelamento (durante sua vigência), porque poderia contestar o débito, para o qual renunciou a qualquer oposição, também dever-se-ia então, pelo princípio da isonomia das partes, e pelo princípio do equilíbrio contratual, admitir que pudesse o credor, ao invés de suspender as execuções, dar continuidade a elas, mesmo diante do parcelamento, o que seria, entretanto, além de iníquo, absurdo.

E o pior de tudo é que o argumento do credor seria o mesmo do devedor: é que não lhe está vedado o recurso ao Poder Judiciário!

A propósito, Luciano Amaro explica sobre a moratória que:

“Se, por exemplo, em razão de calamidade pública, ou outro motivo legalmente definido (situação financeira do sujeito ativo etc.), o prazo para pagamento é dilatado, o sujei-

to ativo é obrigado a respeitar o prazo adicional e, nesse período, fica impedido de exercer qualquer ato de cobrança que pudesse ser lastreado no inadimplemento do devedor.” (Amaro, p. 357).

Por isso tudo, o correto a se dizer é que, na vigência do acordo, ambas as partes estão vinculadas pela “lei do contrato”; ao depois, porém, havendo rescisão contratual, como já dissemos, retornam a seu *status quo* podendo “reinvestirem-se” das pretensões antagônicas que antes apresentavam: o credor em receber integralmente e de imediato o seu crédito e o devedor em discutir o débito em toda a sua extensão.

Bibliografia

- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, s./d. p. 357.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra : Almeida, 1993, p. 190.
- CARNELLUTI. *Sistema di Diritto Processuale Civile*. [s. l.] : Padova, v.1, n. 122, 1936. p. 345.
- CINTRA, Antônio C. de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini et. AL... *Teoria Geral do Processo*. 7. ed. [s.l.] : RT, p. 229.
- LIMA, Barbosa Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. [s.l. : s.n.], v. 5, s./d. p. 340.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18. ed. [s.l.] : Malheiros, s./d. p. 196.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos recursos*. [s.l.: s.n.], s./d. p. 328-352.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 8. ed. Atlas, s./d.
- PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. [s.l.] : Malheiros, 1999, p. 38.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 9. ed. São Paulo : Saraiva, 1981, p. 257.
- SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras Linha de Direito Processual Civil*. 14. ed. São Paulo : Saraiva, v. 2, s./d. p. 260;
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. [s.l.] : Malheiros, s./d. p. 29 e 42.

Isenções tributárias em face do princípio da isonomia

Marlon Alberto Weichert

Sumário

1. Considerações preliminares. 2. O conteúdo do princípio da isonomia. 2.1. Alcance do princípio. 2.2. A identificação dos equivalentes para fins de desigualação. 3. Isonomia no sistema tributário nacional. 4. A isonomia tributária em face das isenções fiscais. 5. Isenções fundamentadas e isenções odiosas: critérios para identificação. 6. Conclusão

“... a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa.” (Silva, 193).

“A igualdade é o mais importante dos princípios jurídicos e o que oferece a maior dificuldade de compreensão ao jurista e ao filósofo do direito.” (Torres, p. 260).

1. Considerações preliminares

O presente trabalho teve origem na constatação de que existem vários casos de concessão de isenção tributária no Brasil que, aparentemente, não encontram fundamento relevante.

Esse é o caso, por exemplo, da isenção concedida a serviços de radiodifusão de sons e imagens por assinatura (TV a cabo). É, ainda, prática observada na legislação do ICMS de São Paulo, que contempla algumas isenções para empresas específicas.

Marlon Alberto Weichert é Procurador da República em São Paulo, desempenhando atualmente a função de Procurador Regional dos Direitos do Cidadão. Ex-Procurador da Fazenda Nacional e ex-advogado. Professor de Direito Tributário em cursos preparatórios para concursos públicos e mestrando pela PUC/SP na área de Direito Constitucional.

Essas isenções, à primeira vista, conflitam com o princípio da isonomia, que impõe tratamento igual a todos os contribuintes. É o tema a ser enfrentado, ressaltando-se, desde já, que não se cuidou, na espécie, de uma análise de casos específicos, mas apenas dos requisitos genéricos de admissão das isenções tributárias.

2. O conteúdo do princípio da isonomia

2.1. Alcance do princípio

Nas constituições modernas, a igualdade, ou isonomia, é princípio fundamental. No entanto, ocorre de só ser positivada no seu sentido formal, de igualdade perante a lei, conforme, aliás, começou por fazê-lo o constituinte brasileiro: *Todos são iguais perante a lei* (Constituição de 1988, art. 5º, *caput*).

Não obstante, a igualdade formal não satisfaz. Pelo contrário, o tratamento igualitário *perante a lei* é a perfeita justificativa para o efetivo tratamento não-isonômico. De fato, a administração, vinculada à legalidade, concretizará o comando abstrato da norma. E, se residir nesse critério posto na lei o cerne da discriminação, o agente cuidará tão-somente de, *perante a lei*, aplicá-lo igualmente, ou seja, desigualar conforme a lei.

Canotilho (p. 563) lembra que *hoje* o princípio da igualdade condensa uma *grande riqueza de conteúdo*, mas

“a afirmação – ‘todos os cidadãos são iguais perante a lei’ – significava, tradicionalmente, a exigência de igualdade na aplicação do direito. Numa fórmula sintética, sistematicamente repetida, escrevia Anschütz: ‘as leis devem ser executadas sem olhar às pessoas’”.

A verdadeira igualdade, porém, não é aquela obtida pela aplicação da lei igualmente entre os homens. Só há efetiva igualdade quando a própria lei observa, na escolha dos critérios de discriminação, elementos que encontrem fundamento em

valores pertinentes ao objetivo da norma e compatíveis com aqueles acolhidos pela Constituição. Trata-se, assim, de haver uma igualdade *na lei*.

“Ser igual perante a lei não significa apenas aplicação igual da lei. A lei, ela própria, deve tratar por igual todos os cidadãos. O princípio da igualdade dirige-se ao próprio legislador, vinculando-o à criação de um direito igual para todos os cidadãos.” (Canotilho, p. 563).

Com efeito, de que adianta a aplicação isonômica da lei, se é a própria lei que distingue onde não poderia?

No Brasil, apesar de o art. 5º, *caput*, da Constituição iniciar por determinar uma igualdade *perante a lei*, o Constituinte inseriu esse *valor isonômico* em diversos outros dispositivos, em contextos que não deixam dúvidas quanto à obrigação de ser observado *na* formulação da lei. É assim que o preâmbulo registra ser o Estado brasileiro constituído sob *o valor supremo da igualdade*, ao lado da liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento e justiça.

É, ademais, objetivo da nossa República a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção de todos sem preconceitos ou discriminações (art. 3º, III e IV).

O próprio *caput* do art. 5º, após determinar que “*todos são iguais perante a lei*”, garante aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do *direito à igualdade*. Não se trata aqui de apenas ser tratado igualmente perante a norma, mas sim de *um direito à igualdade que precede à norma*.

José Afonso da Silva adverte que, no Brasil, ao contrário do estrangeiro, a doutrina e a jurisprudência já antes da Constituição de 1988 não distinguiam a igualdade *perante a lei* da igualdade *na lei*:

“Entre nós, essa distinção é desnecessária, porque a doutrina como a jurisprudência já firmaram, há

muito, a orientação de que a igualdade perante a lei tem sentido que, no estrangeiro, se dá à expressão igualdade na lei, ou seja: o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei.” (Silva, p. 197).

O mestre paulista registra, ainda, com espreque em Francisco Campos, que:

“o legislador é o destinatário principal do princípio, pois se ele pudesse criar normas distintivas de pessoas, coisas ou fatos, que devessem ser tratados com igualdade, o mandamento constitucional se tornaria inteiramente inútil, concluindo que, nos sistemas constitucionais do tipo do nosso não cabe dúvida quanto ao principal destinatário do princípio constitucional de igualdade perante a lei. O mandamento da Constituição se dirige particularmente ao legislador e, efetivamente, somente ele poderá ser destinatário útil de tal mandamento”. (Silva, p. 197).

Não há, pois, dúvidas sobre o alcance do princípio da isonomia no Brasil: ele abrange tanto o processo de criação e instituição das normas como o de aplicação. Ou, como prefere Celso Antônio Bandeira de Mello:

“... o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia”. (Mello, p. 9).

O próprio Supremo Tribunal Federal registra a existência de conteúdo material no princípio, que, inclusive, implica a inconstitucionalidade da norma infraconstitucional dele inobservadora:

“O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa.

Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório.

A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade”¹.

Nesse sentido, aliás, já era a advertência de Rui Barbosa:

“A regra da igualdade não consiste senão em quinhão desigualdade aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. *Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real*”. (Barbosa, p. 55)

2.2. A identificação dos equivalentes para fins de desigualação

Firmado o entendimento de que a isonomia opera principalmente na construção da norma jurídica abstrata, depara-se o intérprete com a maior dificuldade na

aplicação do princípio, que consiste em separar os critérios legítimos de diferenciação dos elementos de discriminação odiosa.

Ricardo Lobo Torres é de opinião de que a primeira dificuldade resulta da impossibilidade de polarizar os valores igualdade e desigualdade, pois...

“Enquanto nos outros valores (justiça, segurança, liberdade) a polaridade significa o momento da sua negação (injustiça, insegurança, falta de liberdade), na igualdade o seu oposto não a nega, senão que muitas vezes a afirma. Aí está o paradoxo da igualdade.” (Torres, p. 261).

De fato, o princípio da igualdade impõe que, muitas vezes, se desiguale para que se o observe. Ao contrário, aplicar um tratamento igualitário quando se deveria desigualar é, também, antiisonômico.

Mas não é só, quando se está diante de situações não-equivalentes impositivas de desigualação, a isonomia só será alcançada se o tratamento desigual for proporcional ao desnível das situações.

Buscando-se, pois, a essência do princípio, pode-se formular a seguinte regra:

(a) situações realmente iguais obrigam a um tratamento isonômico direto;

(b) situações realmente distintas obrigam a um tratamento desigual, como *instrumento* de isonomia;

(c) o tratamento desigual, no entanto, deverá ser proporcional às diferenças cuja anulação se pretende e, ainda, compatível com a natureza da situação que se deseja igualar.

O cerne da questão, portanto, reside, em primeiro lugar, em identificar situações equivalentes. Constatando-se a igualdade da situação, a questão está resolvida, pois bastará o tratamento equivalente.

No entanto, caso sejam identificadas situações distintas, surgirão um segundo e terceiro problemas: qual deve ser o critério para a distinção das situações e em

que proporção devem ser desigualeados os tratamentos?

Canotilho registra que, para resposta dessa questão, o princípio da *proibição do arbítrio* funciona como um limite, mas não a soluciona por inteiro:

“A fórmula ‘o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente’ não contém o critério material de um juízo de valor sobre a relação de igualdade (ou desigualdade). A questão pode colocar-se nestes termos: o que é que nos leva a afirmar que uma lei trata dois indivíduos de forma igualmente justa? Qual o critério de valoração para a relação de igualdade?

Uma possível resposta, sufragada em algumas sentenças do Tribunal Constitucional, reconduz-se à proibição geral do arbítrio: existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (*proibição do arbítrio*) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O arbítrio da desigualdade seria condição necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade. Embora ainda hoje seja corrente a associação do princípio da igualdade com o princípio da proibição do arbítrio, este princípio, como simples *princípio de limite*, será também insuficiente se não transpor já, no seu enunciado normativo-material, critérios possibilitadores da valoração das relações de igualdade ou desigualdade. Esta a justificação de o princípio da proibição do arbítrio andar sempre ligado a um critério material objetivo. Este costuma ser sintetizado da forma seguinte: existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se

basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem fundamento razoável “.

(Canotilho, p. 565).

Fixa, portanto, o mestre lusitano critérios para detectar a arbitrariedade e, em consequência, a desigualdade, consistente na falta de fundamento sério, legítimo e razoável. Mais adiante, todavia, salienta que a razoabilidade não funciona apenas como um critério negativo, devendo atuar também na análise da natureza, do peso, dos fundamentos ou motivos justificadores de soluções diferenciadas.

Ricardo Lobo Torres trabalha o princípio da igualdade por um prisma apenas de vedação à desigualdade. Para tanto, utiliza o critério da razoabilidade, enquanto não-arbitrariedade, para identificar situações iguais:

“*Só a razoabilidade na escolha do legislador é que pode afastar a arbitrariedade em que radica a desigualdade.* O Tribunal Constitucional alemão estabeleceu alguns princípios para detectar a desigualdade: antes, na década de 50, aderira ao critério material, influenciado por Leibholz, afirmando que ‘a regra da igualdade é ferida quando não se encontra um fundamento racional, material ou derivado da natureza das coisas (*Natur der Sache*) para a diferenciação ou igualação da lei’, ou, recentemente, na década de 80, desenvolveu a argumentação apelidada de novo formalismo (*neue Formal*), baseada em comparação intersubjetiva, dizendo que a norma constitucional que prevê a igualdade de todos perante a lei é desrespeitada ‘quando um grupo de destinatários da norma (*eine Gruppe von Normadressaten*) em comparação com outro grupo de destinatários seja tratado de modo diferente, apesar de inexistir diferença de qualquer

qualidade ou peso (*von solcher Art und solchem Gewicht*), que justifique o tratamento desigual’. O constitucionalismo americano vem afirmando que a igualdade que penetra nas cláusulas dos *privileges and immunities equal protection, due process, domrant commerce e eminent domain* repele as ‘nuas preferências’ (*naked preferences*), isto é, as preferências destituídas de razão ou de fundamento nos direitos individuais.

O princípio constitucional da igualdade, por conseguinte, significa sobretudo proibição de arbitrariedade, de excesso ou de desproporcionalidade (= não-razoabilidade). (Torres, p. 263-264).

De fato, a identificação de uma arbitrariedade por si só alerta para a existência de algo antijurídico. No entanto, a definição da igualdade apenas por um conceito negativo não atende ao reclamo de uma conceituação precisa, assim como ocorre com a remessa dos limites de detecção da desigualdade a um critério de razoabilidade somente.

Buscando critérios claros para a fundamentação da desigualação isonômica, entendemos, antes de tudo, que ela deverá decorrer de fundamentos constitucionais. Em outras palavras, a desigualdade há de ser compatível com os valores constitucionais. Sem respaldo constitucional, não se tratará de desigualação como instrumento de isonomia, mas sim de discriminação.

Celso Antônio Bandeira de Melo já assim dissera:

“36. O último elemento encarece a circunstância de que não é qualquer diferença, conquanto real e logicamente explicável, que possui suficiência para discriminações legais. Não basta, pois, poder-se estabelecer racionalmente um nexo entre a diferença e um conseqüente diferenciado. *Requer-se, demais disso, que o vínculo demonstrável seja cons-*

titucionalmente pertinente. É dizer: as vantagens calçadas em alguma peculiaridade distintiva hão de ser conferidas prestigiando situações conotadas positivamente ou, quando menos, compatíveis com os interesses acolhidos no sistema constitucional.

37. Reversamente, não podem ser colocadas em desvantagens pela lei situações a que o sistema constitucional empresta conotação positiva.

Deveras, a lei não pode atribuir efeitos valorativos, ou depreciativos, a critério especificador, em desconformidade ou contradição com os valores transfundidos no sistema constitucional ou nos padrões ético-sociais acolhidos neste ordenamento. Neste sentido se há de entender a precitada lição de Pimenta Bueno segundo a qual *‘qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania’.*” (Mello, p. 42).

Destarte, o ponto central para a desigualação fundada na isonomia é a adequada fundamentação do elemento de discrimen, de modo a que seja compatível com o sistema constitucional.

Não basta, no entanto, seja o fundamento adequado, importa também seja a desigualação manipulada de maneira proporcional, sob pena de, ao pretexto de distinção na lei para igualar materialmente, terminar criando-se uma nova situação antiisonômica, só que invertida.

Impõe-se aí o manejo das desigualdades com atenção ao princípio da proporcionalidade, assim definido pelo Tribunal Constitucional alemão:

“O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter

escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental”. (Bonavides, p. 372).

Finalmente, deve haver na desigualação uma pertinência lógica entre o elemento de discrimen e o bem jurídico que se pretende aplicado igualmente aos destinatários da norma.

“Então, no que atina ao ponto central da matéria abordada procede afirmar é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto.

Cabe, por isso mesmo, quanto a este aspecto, concluir: o critério especificador escolhido pela lei, a fim de circunscrever os atingidos por uma situação jurídica – a dizer: o fato de discriminação – pode ser qualquer elemento radicado neles; todavia, necessita, inarredavelmente, guardar relação de pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta. Em outras palavras: a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que, se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia”. (Mello, p. 38-39).

Pode-se concluir, portanto, que a isonomia material é assegurada por meio de critérios de desigualação fixados na norma e que:

(a) encontrem fundamento compatível com os valores postos no sistema constitucional;

(b) guardem pertinência lógica entre as situações identificadas como desiguais e o bem jurídico que se pretende aplicado isonomicamente aos destinatários da norma;

(c) sejam manejados razoável e proporcionalmente em face das situações que se pretende desigualar e do fim da desigualação. Ou seja, o tratamento atribuído às situações não pode, a pretexto de igualar, acabar por criar uma nova situação antiisonômica.

É interessante notar que não se situa a razoabilidade no fundamento da desigualação. Pelo contrário, o fundamento deve estar solidamente justificado em valores constitucionais. A razoabilidade, na verdade, opera no último momento, concernente à definição da intensidade na conferência do tratamento desigual. A razoabilidade diz respeito, portanto, à intensidade da diferenciação, e não ao seu motivo.

De qualquer forma, é importante frisar que a isonomia revela duas faces: a primeira, negativa, implica a vedação da arbitrariedade; a segunda, positiva, não se contenta com a isonomia *formal* e exige que se desiguale situações distintas, mediante critérios razoáveis e proporcionais, como meio de alcançar a igualdade real.

3. Isonomia no sistema tributário nacional

O princípio da isonomia é geral e constitui direito fundamental. Dessa forma, encontra expressão em todos os ramos do direito, inclusive no Direito Tributário.

Diversos são os preceitos constitucionais impregnados por esse princípio no campo tributário, podendo-se citar o disposto no artigo 151, pelo qual veda-se à União instituir tributo não-uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, salvo no caso de

incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País.

Também o artigo 152, ao proibir os Estados, o Distrito Federal e os Municípios de estabelecerem diferença tributária entre bens e serviços em razão de sua procedência ou destino.

E, ainda, o artigo 153, § 2º, inciso I, estipulando seja o Imposto sobre a Renda geral, universal e progressivo, e os artigos 153, § 3º, e 155, § 2º, inciso III, ao exigir e autorizar, respectivamente, para o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI e para o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, a observância da seletividade, enquanto critério de desigualação do encargo tributário a partir de uma presunção de renda em face da natureza do consumo.

Todas essas normas são corolários do princípio da igualdade em sede tributária. No entanto, o princípio da isonomia é postulado geral, expressamente consagrado mediante uma regra de limitação ao poder de tributar e uma de imposição de gradação dos encargos segundo a capacidade econômica.

O artigo 150, inciso II, é tido pela doutrina como o princípio da isonomia tributária propriamente dito e está vazado nos seguintes termos:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II – instituir tratamento desigual entre os contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;”

Esse dispositivo representa, todavia, apenas uma face da isonomia, consistente na *vedação do arbítrio*.

Isso porque somente com a conjugação desse preceito com o do artigo 145, § 2º – que consagra o princípio da capacidade contributiva, segundo o qual “os impostos serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte” –, é que se tem a norma da isonomia real.

De fato, o preceito do artigo 150, inciso II, por si só, é representação expressa da igualdade material, vedando a instituição *na lei* de tratamentos desiguais entre contribuintes na mesma situação. Apenas esse dispositivo deixaria em aberto, no entanto, a possibilidade de tratamento igual a contribuintes que se encontrem em situações desiguais.

Incide, nesse ponto, o princípio da capacidade contributiva, para tornar claro que a norma da isonomia tributária *exige* o tratamento desigual dos contribuintes que, com base em um critério de capacidade econômica, estejam em situações distintas.

A norma da isonomia em matéria tributária, destarte, é composta de dois preceitos: o do artigo 150, inciso II, de conteúdo negativo, fixando a isonomia-vedação do arbítrio; e o do artigo 145, § 2º, de conteúdo positivo, exigindo a isonomia-capacidade contributiva.

A Constituição, portanto, fixou como elemento principal de *discrímén* para a isonomia tributária a capacidade econômica dos cidadãos. Assim, a sociedade deve repartir os encargos do Estado proporcionalmente às possibilidades econômicas de cada um.

É verdade, porém, que a igualdade tributária com base em elementos de capacidade contributiva não é facilmente aplicável a todos os tributos. Por esse motivo, a Constituição admite que taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios, contribuições sociais, contribuições de intervenção no domínio econômico e contribuições de interesse de categorias profissionais e econômicas relevem essa norma, pois são tributos que

consideram mais diretamente outros valores, especialmente o da contraprestação e o do interesse econômico das categorias e do Estado.

A isonomia, para esses casos, atuará mais fortemente na vertente ‘vedação do arbítrio’, relativizando-se a isonomia-capacidade contributiva. Note-se, todavia, que não se trata de simplesmente afastar a capacidade contributiva, mas de compatibilizá-la com outros valores.

Assim, a instituição de taxas e contribuições de melhoria poderá ser influenciada por critérios relacionados com a natureza que possuem de tributo contraprestacional. As contribuições de intervenção no domínio econômico sofrerão influxo da finalidade de instrumento governamental de atuação naquele segmento econômico específico. E assim por diante.

Mas, de qualquer forma, *havendo possibilidade de conciliação* das peculiaridades desses tributos com a isonomia na distribuição dos encargos, não temos dúvida em afirmar que *a lei deve graduar o tributo* em face das possibilidades econômicas do contribuinte.

Em matéria de impostos, todavia, a isonomia na vertente capacidade econômica é imperativo inafastável, exceto naqueles casos em que a natureza do tributo não permita.

Nesse particular, e adotando-se a classificação dos impostos em pessoais e reais, os impostos pessoais sempre permitem e, por conseguinte, atraem insuportavelmente a graduação segundo a capacidade econômica.

Em se tratando de impostos reais, todavia, algumas observações são necessárias. De fato, até concordamos que algumas vezes eles não permitem a graduação segundo a capacidade econômica. No entanto, não se trata de regra geral, como aparentemente fez crer o Supremo Tribunal Federal², pois o bem tributado pode ser um forte indicador de riqueza.

Corolário dessa constatação é a própria seletividade do IPI e do ICMS, que, aliás, vem-se aplicando, apesar da falta de previsão constitucional, ao ISS e, de forma compatibilizada com as suas peculiaridades extrafiscais, também ao Imposto de Importação e ao Imposto de Exportação.

Nesse sentido, inclusive, não identificamos óbices à progressividade, devidamente fundamentada em critérios de capacidade econômica, no imposto sobre a propriedade de veículos automotores ou de transmissão *inter vivos* de bens imóveis.

Podemos, portanto, afirmar que o artigo 150, inciso II traz a isonomia como um limite negativo, de vedação de discriminação, de distinções arbitrárias: situações iguais não podem ser tratadas diferentemente.

Já o princípio da capacidade contributiva traz um conteúdo positivo, de imposição de um tratamento diferente a quem se encontre em situação econômica desigual.

É a articulação, o cotejo dessas duas normas, com as ressalvas antes expostas, que faz o Sistema Tributário Nacional ter como um dos seus principais pilares a isonomia material.

Nesse particular, também a opinião de José Afonso da Silva:

“O princípio da igualdade tributária relaciona-se com a justiça distributiva em matéria fiscal. Diz respeito à repartição do ônus fiscal do modo mais justo possível. Fora disso a igualdade será puramente formal. Diversas teorias foram construídas para explicar o princípio, divididas em *subjetivas* e *objetivas*.

As *teorias subjetivas* compreendem duas vertentes: a do *princípio do benefício* e a do *princípio do sacrifício igual*. O primeiro significa que a carga dos impostos deve ser distribuída entre os indivíduos de acordo com os benefícios que desfrutam da atividade governamental:

conduz à exigência da tributação proporcional à propriedade ou à renda; propicia, em verdade, situações de real injustiça, na medida em que agrava ou apenas mantém as desigualdades existentes. O princípio do sacrifício ou do custo implica que, sempre que o governo incorre em custos em favor de indivíduos particulares, esses custos devem ser suportados por eles. (...) Esse critério de sacrifício igual redundante, na verdade, numa injustiça, porque, numa sociedade dividida em classes, não é certo que todos se beneficiem igualmente das atividades governamentais.

As *teorias objetivas* convergem para o *princípio da capacidade contributiva*, expressamente adotada pela Constituição (art. 145, § 1º), segundo o qual a carga tributária deve ser distribuída na medida da capacidade econômica dos contribuintes...

Não basta, pois, a regra de isonomia estabelecida no *caput* do art. 5º, para concluir que a igualdade perante a tributação está garantida. O constituinte teve consciência de sua insuficiência, tanto que estabeleceu que é *vedado instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos* (art. 150, II). Mas também consagrou a regra pela qual, *sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica dos contribuintes* (art. 145, § 1º). É o princípio que busca a justiça fiscal na distribuição do ônus fiscal na capacidade contributiva dos contribuintes, já discutido antes. *Aparentemente as duas regras se chocam. Uma*

veda tratamento desigual; outra o autoriza. Mas em verdade ambas se conjugam na tentativa de concretizar a justiça tributária. A graduação, segundo a capacidade econômica e personalização do imposto, permite agrupar os contribuintes em classes, possibilitando tratamento tributário diversificado por classes sociais, e, dentro de cada uma, que constituem situações equivalentes, atua o princípio da igualdade". (Silva, p. 201-203).

4. A isonomia tributária em face das isenções fiscais

A isonomia tributária é corolário do princípio da igualdade perante os encargos do Estado. Isso significa que todos devem igualmente contribuir com o Estado, seja financiando a sua atuação, seja suportando os ônus decorrentes das suas atividades.

Nesse sentido, registra Canotilho:

“Uma outra manifestação do princípio da igualdade é a que os autores designam por *igualdade perante os encargos públicos (égalité devant les charges publiques, Lasten-gleichheit)*. O seu sentido tendencial é o seguinte: (1) os encargos públicos (impostos, restrições ao direito de propriedade) devem ser repartidos de forma igual pelos cidadãos; (2) no caso de existir um sacrifício especial de um indivíduo ou grupo de indivíduos justificado por razões de interesse público, deverá reconhecer-se uma indemnização ou compensação aos indivíduos particularmente sacrificados”. (Canotilho, p. 568)

Os tributos – enquanto fonte de receita derivada do Estado – devem, portanto, ser distribuídos isonomicamente entre os cidadãos, especialmente por meio da universalidade e da graduação conforme a capacidade econômica.

Essa tarefa foi inicialmente cumprida pelo próprio constituinte, na medida em que distribuiu os impostos entre as várias

bases imponíveis que expressam capacidade econômica, notadamente as rendas, o patrimônio e o consumo.

Mas, como fica ao legislador complementar e ordinário a definição das hipóteses de incidência de cada um dos tributos, opera o princípio da isonomia (via vedação de tratamento arbitrário do art. 150, II, e via capacidade contributiva do art. 145, § 2º) como limitador e ao mesmo tempo orientador dessa atividade. Vale dizer, o legislador fica adstrito à igualdade-vedação de arbítrio e à igualdade-capacidade contributiva na definição das hipóteses de incidência e na instituição dos tributos.

Logo, o legislador não é livre para desigualar contribuintes com capacidades econômicas equivalentes ou igualar contribuintes com capacidades distintas, exceto quando a própria natureza do tributo não o permita (hipótese em que opera plenamente apenas a isonomia-vedação do arbítrio, mas não a isonomia-capacidade contributiva).

Ora, é justamente nesse contexto que são recebidas as isenções tributárias. A isenção, como se sabe – e indiferentemente da natureza jurídica que se lhe atribua –, implica renúncia pelo Estado à receita de determinado tributo. *Trata-se, pois, de uma exceção à regra da universalidade na tributação, corolário da igualdade.*

Ao conceder uma isenção, total ou parcial, o Estado abre mão de recursos públicos em favor de um particular ou um grupo de indivíduos. É o mesmo que uma subvenção, só que, ao invés de influir nas despesas, acarreta uma redução das receitas.

Não é a toa, aliás, que o constituinte determinou o mesmo tratamento orçamentário à subvenção e à isenção, ao dispor no parágrafo 6º do art. 165 que o projeto de lei orçamentária deve ser acompanhado de demonstrativo do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrentes de isenções, anistias, remissões, subsídios

e outros benefícios tributários, financeiros e creditícios.

Sempre que se concede a uma pessoa ou a um grupo de pessoas benefício fiscal, o ônus do tributo não pago é assumido pelo restante da sociedade. Todos os demais contribuintes deverão, pois, pagar tributos mais elevados para compensar o que deixou de ser arrecadado em função de isenção concedida.

E, se o benefício não encontrar sólido fundamento, que justifique adequadamente essa desigualdade, o Estado estará discriminando todos os demais cidadãos.

A regra, portanto, é que a concessão de isenção atenta contra a igualdade e, com isso, afronta a Constituição. No entanto, se ela for fruto da ponderação de outros valores constitucionais, será admitida, sobrepondo-se à isonomia tributária fundamentada na divisão dos encargos do Estado conforme a capacidade econômica. É o caso, por exemplo, da isenção concedida com o intuito de incentivar o desenvolvimento regional, ou seja, no contexto de redução das desigualdades regionais (art. 3º, III, da Constituição).

Logo, somente quando admitida pela própria Constituição, como instrumento de preservação ou promoção de valores por ela positivados, será tolerável a isenção.

Lapidar, nesse particular, a assertiva de Ricardo Lobo Torres:

“O Estado ofende a liberdade relativa do cidadão e o princípio da isonomia quando cria, na via legislativa, administrativa ou judicial, desigualdades fiscais infundadas, através dos privilégios odiosos ou das discriminações” (Torres, p. 276).

5. Isenções fundamentadas e isenções odiosas: critérios para identificação

A princípio não se admitem isenções, pois, como visto, elas atentam à igualdade tributária, em especial nas vertentes da universalidade e da graduação dos tributos segundo a capacidade econômica. No entanto, caso sejam fundamentadas em

valores consagrados constitucionalmente, podem ser admitidas, enquanto fruto da ponderação de vários valores situados no mesmo plano (o constitucional).

Logo, fora das hipóteses de consagração no plano fiscal de direitos ou interesses abraçados constitucionalmente, toda isenção será um privilégio odioso, repellido pelo nosso sistema jurídico.

Ricardo Lobo Torres pondera que:

“A odiosidade do privilégio, como qualquer desigualdade inconstitucional, decorre da falta de razoabilidade para a sua concessão. Se o privilégio não atender ao ideal da justiça, se se afastar do fundamento ético, se discriminar entre pessoas iguais ou se igualar pessoas desiguais, se for excessivo, se desrespeitar os princípios constitucionais da tributação será considerado odioso.” (Torres, p. 288).

Com efeito, na concessão de isenção se opera uma desigualdade na distribuição dos encargos do Estado, fundada não necessariamente no princípio da capacidade econômica. O elemento de discriminação para a concessão do benefício fiscal reside, normalmente, em outros valores.

Ou seja, enquanto a aplicação do preceito genérico da isonomia tributária impõe a adoção da capacidade econômica como elemento de discriminação, na concessão de isenção o cerne da desigualdade dá relevo a outros valores constitucionais.

Pode-se, dessa forma, fixar os seguintes critérios para a identificação da juridicidade da isenção: (a) ter fundamento na proteção de um valor econômico ou social consagrado constitucionalmente; (b) haver pertinência lógica entre o seu fundamento e os elementos que atinge na obrigação tributária; (c) ser concedida por meio de mecanismos razoáveis e em valores proporcionais ao fim buscado.

(a) Fundamento em um valor econômico ou social consagrado constitucionalmente

Com efeito, sendo a igualdade um princípio fundamental, somente mediante a

influência de outros princípios constitucionais poderá ser mitigada a sua aplicação. Em outras palavras, é o cotejamento dos valores constitucionais que sinaliza quem, quando e em quais situações podem receber tratamento de desoneração tributária – por meio da isenção.

Isso porque, como demonstrado, o valor capacidade contributiva é a base da igualdade material tributária. *A priori*, portanto, é ela que define as situações equivalentes e norteia as desigualdades, enquanto instrumento de isonomia tributária. No entanto, a igualdade-capacidade contributiva poderá sofrer interação com outros valores, não só econômicos como sociais, postos também no plano constitucional, passíveis de serem alcançados por meio de um tratamento tributário diferenciado.

Exemplificativamente, seguem alguns preceitos constitucionais indicativos de valores justificadores do afastamento ou da mitigação da capacidade contributiva como elemento de discrimen na fixação da carga tributária e que, desse modo, poderiam fundamentar a concessão de isenções:

- a *proteção ao mínimo existencial*, que, apesar de também ser alcançada por meio do princípio da capacidade contributiva, antecede qualquer consideração sobre a existência dessa capacidade. É corolário de um dos fundamentos do Estado brasileiro: a dignidade da pessoa humana (artigos 1º, III, e 3º, III). Os impostos diretos colocam em risco essa proteção, quando incidem indiscriminadamente sobre produtos integrantes do rol necessário à subsistência (ex.: arroz, feijão). No mesmo vício incorrem tributos, como a CPMF, que alcança todos os cidadãos indistintamente, inclusive nos seus rendimentos mínimos. Para esses casos, aliás, o legislador deve ou instituir uma isenção ou criar instrumentos de compensação (v.g., compensar o encargo da CPMF com aumento do salário mínimo);

- a *redução das desigualdades sociais* (art. 3º, III), inclusive como instrumen-

to acessório nas ‘ações afirmativas’, propiciando facilidade de acesso a bens e serviços públicos (imagina-se, aqui, v.g., a isenção de custas judiciais para facilidade no acesso à Justiça a determinados grupos sociais usualmente discriminados, como os quilombolas);

- a *redução das desigualdades regionais*, mediante incentivo ao desenvolvimento regional (art. 3º, III, art. 43, § 2º, III, e art. 151, I), tais como os concedidos a empresas instaladas na área da SUDENE;

- *os direitos sociais*, notadamente a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados (art. 6º). É o caso das isenções de imposto sobre a renda concedidas a portadores de algumas doenças crônicas (AIDS, cardiopatias, ...) ou a quem realiza doações a instituições de amparo às crianças e adolescentes;

- o incentivo ao *pleno emprego e às pequenas e microempresas* (art. 170, VIII, IX, e art. 179). Fundamenta, atualmente, o tratamento favorecido dado às microempresas e às pequenas empresas, por meio do ‘SIMPLES’;

- estímulo ao *cooperativismo* (art. 174, § 2º);

- *desenvolvimento agrícola* (art. 187). Autoriza que o imposto sobre a produção rural seja inferior ao da produção industrial;

- o incentivo à *produção de bens e valores culturais* (art. 216, § 3º). Há, nesse sentido, o incentivo fiscal à cultura, mediante deduções no imposto de renda;

- o fomento do *desporto* (art. 217, II);

- o investimento em *ciência e tecnologia* (art. 218, § 4º); e

- o estímulo à *guarda de criança ou adolescente órfão ou abandonado* (art. 223, § 3º, VI). Nesse particular, seria o caso

de instituir isenções de imposto sobre a renda para aqueles que promovessem a guarda das crianças ou adolescentes referidos.

É oportuno ressaltar que os valores fundamentantes do sacrifício da igualdade tributária variam historicamente, assim como em função da cultura dos povos. Dessa forma, o valor que no Brasil de hoje autoriza a isenção não será necessariamente o mesmo do Brasil de ontem ou de amanhã, da mesma maneira que não precisa coincidir com o vigente em outros países.

Imagine-se, por exemplo, uma isenção na venda de perfumes no Brasil e na França. No Brasil, não teríamos dúvida em afirmar a odiosidade dessa isenção, em face da notória superfluidade do produto no hábito e nas necessidades do nosso País. O mesmo, todavia, não poderíamos firmar com relação à França, onde se diz não ser comum o banho diário. Lá o perfume pode assumir até mesmo ares de bem relacionado com o mínimo existencial e, com isso, justificar tratamento tributário favorecido.

(b) *Pertinência lógica entre a isenção concedida e o fundamento da concessão*

Evidentemente que a isenção deve estar intimamente relacionada com o fundamento que lhe deu causa. Isso diz respeito tanto ao contribuinte beneficiado (critério *subjetivo*) como à renda, bem ou atividade desonerada (critério *objetivo*). Não se concebe, por exemplo, uma isenção fundada na busca do pleno emprego sendo concedida a uma empresa que não tenha planos de contratação de mão-de-obra ou sem projeto de abertura de novos postos de trabalho (vício no critério *subjetivo*). Ou que um incentivo fundamentado no mínimo existencial implique a isenção do imposto incidente sobre a venda de automóveis (vício no critério *objetivo*).

(c) *Proporcionalidade entre a isenção e o bem jurídico que visa garantir*

A pretexto de se proteger algum daqueles valores colhidos pelo constituinte, não

pode a isenção gerar ao contribuinte benefício desproporcional ao seu esforço. Assim, por exemplo, uma empresa não pode ser isentada do pagamento *de todo o seu imposto* sobre a renda em virtude de aplicar *parte dos seus lucros* no fomento ao desporto.

A proporcionalidade, portanto, assim como ocorre quando se trata da graduação da desigualação enquanto instrumento de isonomia (vide o item 1 *supra*), deve ser observada na definição do quanto a isenção vai afetar a obrigação tributária originária, para que não se transforme em benefício exagerado.

Gilmar Ferreira Mendes já registrou que

“A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o *princípio da proporcionalidade*.”

Essa nova orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (Gesetzesvorbehalt) no *princípio da reserva legal proporcional* (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a *adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (Geeignetheit) e a necessidade de sua utilização (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit)*. Um *juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito)*”. (Mendes, p. 475).

Em sendo a isenção uma relativização da isonomia tributária, está, pois, circunscrita às medidas adequadas e necessárias a se alcançar o fim proposto. De fato, a isenção não pode afetar o direito à isonomia tributária além do necessário ao alcance do seu objetivo.

6. Conclusão

Do acima exposto, podemos extrair as seguintes conclusões:

1. No Brasil, o princípio da igualdade não é simplesmente formal, ou apenas perante a lei. Pelo contrário, ele é essencialmente material e está voltado para a atividade de produção legislativa.

2. O princípio da igualdade tem um conteúdo negativo e um positivo. O conteúdo negativo implica a vedação à arbitrariedade. O conteúdo positivo determina seja dado tratamento desigual a situações desiguais.

3. A desigualação, no entanto, deve (a) ser fundamentada em critérios constitucionais, (b) estar manejada de forma razoável e proporcional, e (c) guardar pertinência lógica com o bem jurídico que se deseja aplicado igualmente.

4. A isonomia é um dos pilares do sistema tributário nacional. Ela implica (i) a vedação da discriminação e (ii) a graduação dos tributos, sempre que possível, com base na capacidade econômica dos contribuintes. A capacidade contributiva é, portanto, o elemento de *discrimen* em matéria de igualdade tributária material.

5. Considerado apenas o valor constitucional da isonomia tributária, não haveria isenções, pois implicaria discriminação dos cidadãos que pagam regularmente os seus tributos. No entanto, a isenção é admitida enquanto fruto da

ponderação de outros valores constitucionais, afetados pela incidência tributária ou que dela se utilizam como instrumento.

6. A isenção, para ser constitucional, além de ter fundamento na proteção de um valor econômico ou social consagrado na própria Constituição, deve (a) ser razoável e proporcional ao fim que busca garantir e (b) guardar pertinência lógica entre o seu fundamento e os elementos que atinge na obrigação tributária.

Notas

¹ Mandado de Injunção nº 58 – DF, Rel. p/ acórdão Ministro Celso de Mello, RTJ 134:1025.

² RE nº 204.827-SP, no qual se decidiu pela inconstitucionalidade do IPTU progressivo.

Bibliografia

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 7. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, [199?].
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- DWORKIN, Ronald. Ação afirmativa. In: *O Estado de São Paulo*. 30.08.97.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o Poder Legislativo. In: *RT*, 1970.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: *Repertório IOB de Jurisprudência* 23/94, p. 475.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.