

ESCOLA SUPERIOR
DA MAGISTRATURA
DO ESTADO DE ALAGOAS



Revista da ESMAL

1

PUBLICAÇÃO OFICIAL

ANO I . Nº 1 . JULHO/DEZEMBRO 2002

ESPACO
NOSSA LIVRARIA
MACAÏO - RECIFE
F. (82) 336.1344 e 328.3695
www.nossalivraria.com.br

REVISTA DA ESCOLA SUPERIOR DA
MAGISTRATURA DO ESTADO DE ALAGOAS

ANO I
NÚMERO 1

**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE
ALAGOAS**

**Rua Cônego Machado, s/n., Farol
Maceió – Alagoas – Brasil
CEP 57051-160**

**Tel. (0xy82) 221.2928
Fax (0xy82) 326.1466
Home page: <http://www.tj.al.gov.br/esmal/>**

**Catálogo na fonte
Faculdade de Alagoas – FAL
Biblioteca Central**

Revista da ESMAL / Escola Superior da Magistratura do Estado
de Alagoas. – N. 1 (2002)
- Maceió : ESMAL. 2002 –

Semestral

ISSN:

1678-0450

1. Direito – Periódico. 2. Legislação – Periódico.

CDD: 340

**Capa
Thiago Amaral**

**Projeto editorial
Antonio Carlos Marques da Silva**



**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA
DO ESTADO DE ALAGOAS**

DIREÇÃO

Diretor

DESEMBARGADOR JOSÉ FERNANDO LIMA SOUZA

Coordenador Geral de Cursos

JUIZ GUSTAVO SOUZA LIMA

Sub-Coordenadores

JUIZ ALBERTO JORGE CORREIA DE BARROS LIMA

JUIZ MARCELO TADEU LEMOS DE OLIVEIRA

Secretário Geral

FELIPE VASCONCELLOS CAVALCANTE

**REVISTA DA ESMAL
CONSELHO EDITORIAL**

JUIZ ALBERTO JORGE CORREIA DE BARROS LIMA

JUÍZA ANA FLORINDA MENDONÇA DA SILVA DANTAS

JUÍZA MARIA DA GRAÇA MARQUES GURGEL

PALAVRAS DO DIRETOR GERAL

A Direção da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas tem a honra de brindar o mundo jurídico alagoano com o primeiro número da *Revista da Esmal*, tornando assim realidade um projeto esboçado desde a criação da Escola, no ano de 1986.

Fiel à vocação acadêmica, que me vi obrigado a deixar em segundo plano ao abraçar a magistratura, ao alçar o honroso cargo de desembargador do Tribunal de Justiça de Alagoas, jamais deixei de crer que ao magistrado não podia faltar a adequada formação científico-jurídica.

Desse modo, ao assumir a presidência do Tribunal, busquei de imediato tornar realidade essa convicção, reorganizando e prestigiando a ESMAL, podendo afirmar que, na minha gestão, ela recebeu todo o incentivo e apoio possíveis, e dentro dos limitados recursos disponíveis, jamais lhe faltou o necessário para que desse continuidade às suas relevantes tarefas.

Foi, portanto, com muita satisfação que acompanhei a elaboração e, agora, o lançamento da Revista Jurídica da ESMAL, num momento em que a Escola destaca-se como centro referencial de pesquisas e estudos jurídicos, realizando um inegável esforço de qualificação dos magistrados, bem assim de funcionários e serventuários da justiça, preparando ainda aqueles que pretendem ingressar na carreira da magistratura. Esse destaque, por certo, merecia sua recompensa e ela veio com a inauguração, que hoje se faz, das novas instalações físicas da Escola, dotadas do mais moderno aparelhamento, podendo ser dito, com salutar orgulho, que a ESMAL já pode ser incluída no rol das escolas de magistratura mais bem instaladas do Brasil. Tudo isso, aliado ao apoio do Tribunal e ao imprescindível esforço daqueles que estarão à frente de seus rumos, levará a Escola, não tenho dúvidas, a um lugar de destaque entre as instituições congêneres no país.

De nada, porém, adiantaria dotar a Escola de tão adequadas instalações se nelas não se desenvolvessem as atividades intelectuais a que foi destinada, e, por isso, o lançamento da sua revista neste momento é oportuno e emblemático, pois será, sem sombra de dúvidas, o veículo adequado para a divulgação preferencial de artigos, ensaios, resenhas, críticas e comunicações de magistrados, alunos dos cursos de magistratura, sem deixar de contar com a valiosa contribuição de juristas de outras instituições, trazendo a lume o debate científico, ampliando e aprimorando assim o conhecimento, que por certo se refletirá numa melhor e mais qualificada atuação na aplicação do Direito e realização da justiça.

Cabe, aqui, registrar o empenho daqueles que compõem a Escola na consecução do objetivo de tornar realidade o lançamento desta Revista, e especialmente do seu Conselho Editorial que, designado em junho do corrente ano e formado por magistrados estudiosos, que aliam a vocação para a magistratura com a vocação acadêmica, comprometeram-se com a idéia e levaram a causa a bom êxito.

A *Revista da Escola Superior da Magistratura de Alagoas* será certamente um arauto dos cultores da ciência jurídica, magistrados ou alunos da ESMAL, ou ainda outros insígnies juristas que venham colaborar com as suas idéias para seu maior brilho e venham engrandecer ainda mais o Judiciário alagoano naquela que tem sido a sua meta e busca incessante: prestar à sociedade um serviço cada vez melhor, colocando-se à altura de suas expectativas.

Desembargador JOSÉ FERNANDO LIMA SOUZA

Presidente do Tribunal de Justiça

Diretor da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas

APRESENTAÇÃO

É com grande orgulho que a Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas – ESMAL – apresenta o número inaugural da *Revista da ESMAL*, dando assim cumprimento ao prescrito nos artigos 35 e 36 do seu Regimento Interno, aprovado em outubro de 1987.

Se, a princípio, o aparecimento de uma revista jurídica deve ser sempre saudada com júbilo, é necessário registrar que a *Revista da Esmal* vem a público num momento em que se registra uma saudável efervescência no cenário jurídico do nosso Estado, pontilhado pela realização de colóquios científicos, com o lançamento de periódicos por diversas instituições e pela edição de obras técnicas por vários juristas que atuam em Alagoas, cujo renome vem transcendendo as nossas fronteiras para alcançarem reconhecimento alhures, muitos dos quais presença constante em vários encontros científicos de âmbito nacional e internacional.

Cresce, ainda, o número de instituições e a oferta de curso de graduação e pós-graduação na seara do Direito e se é possível objetar que nem sempre a excelência pode ser encontrada em todos eles, é certo que a constante exigência do público a que se destina e do mercado de trabalho irá se encarregar de formar o nível de qualificação desejado. Nesse cenário, nota-se a presença constante de magistrados alagoanos, atuando como fomentadores dessa saudável evolução, em atuação permanente nos eventos e empreendimentos jurídicos, sendo de registrar o crescente número de colegas que atualmente realizam, com êxito, seus estudos de pós-graduação, inclusive mestrado e doutorado.

Desse modo, a *Revista da ESMAL* é editada num dos momentos mais significativos da Escola, quando ela se afirma como centro de pesquisas e estudos, em contínuo esforço de qualificação dos juízes e juízas alagoanos, além do curso preparatório à carreira da magistratura, coincidindo com a

inauguração das suas novas instalações físicas, dotadas dos mais modernos equipamentos necessários ao desenvolvimento das atividades intelectuais a que se destina, propiciando, destarte, as condições técnicas indispensáveis aos seus usuários.

Num tempo em que os valores são freqüentemente reavaliados, contestados e muitas vezes recriados, a reflexão e a crítica têm importância preponderante. Como queria KANT, é preciso que no julgamento da razão, o ser humano não se perca no árido dogmatismo. A complexa realidade brasileira, e especialmente a alagoana, estão sempre a desafiar os que laboram com o Direito em suas proposições e conceitos, diante de objetos e experiências muitas vezes distantes daqueles que levaram à sua formulação.

Diante de juízos universais e necessários que informam a denominada ciência jurídica, seria possível estabelecer critérios adequados à realidade que nos cerca, e com ela se comprometendo? Entendemos que sim, que é possível realizar essa trajetória. Apresenta-se, portanto, longe dos exageros da utopia, a possibilidade do desenvolvimento de uma doutrina jurídica voltada e comprometida com a nossa realidade, conciliadora do sujeito com o objeto, que aproxime cada vez mais o Direito do ser humano, pois, como advertiu HERMOGENIANO, para ele o Direito foi criado e não o contrário.

A revista ora lançada, sem prescindir da colaboração de juristas renomados em outras plagas, pretende enfatizar e divulgar a doutrina local, atenta ao conteúdo do nosso meio social e político, cerceando antagonismos surgidos de uma cultura que resulta da transposição de modelos inadequados. Planeia estimular a pesquisa, a reflexão e a crítica, com a publicação de artigos, ensaios, resenhas e comunicações de magistrados, alunos da Escola e juristas de outras instituições, propondo-se a ser um instrumento de multiplicação de informação e estímulo ao aprofundamento de nossa cultura jurídica, desafiando os amantes do Direito a garantirem a periodicidade semestral definida em seus estatutos e a tomarem viva e abrasada a chama que acaba de ser acesa.

O CONSELHO EDITORIAL

SUMÁRIO

EXTRADIÇÃO E DIREITO INTERNACIONAL PENAL	
Alberto Jorge Correia de Barros Lima	11
O ESTADO BRASILEIRO E SEU DEVER DE REALIZAR O DIREITO SOCIAL À ALIMENTAÇÃO	
Alexandra Beurlen	27
A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR FATO DO FILHO: CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO BRASILEIRO E O DIREITO COMPARADO	
Ana Florinda Dantas	55
DESAFIOS NA APLICAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL PELOS TRIBUNAIS	
Andreas J. Krell	77
JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS CÍVEIS E OS PRIVILÉGIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM JUÍZO	
Felipe Vasconcellos Cavalcante	93
O SUBSISTEMA DO JUIZADO ESPECIAL	
Francisco Wildo Lacerda Dantas	115
A CORRUPÇÃO E A DEMOCRACIA BRASILEIRA	
Frederico Wildson da Silva Dantas	129
A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL	
José Barros Correia Junior	147
O FATO GERADOR DO ICMS NAS OPERAÇÕES COM ENERGIA ELÉTRICA E SEU REFLEXO NA REPARTIÇÃO DE RECEITAS	
Manoel Cavalcante de Lima Neto	169
O TRATAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA ATIVIDADE JURISDICIONAL E SUA REPERCUSSÃO NA PRISÃO PREVENTIVA ILEGAL POR EXCESSO DE PRAZO	
Marcelo Tadeu Lemos de Oliveira	191
O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O INTERVENCIÓNISMO ESTATAL: CONTRIBUIÇÃO DE UM PONTO DE VISTA PARA O <i>CÍRCULO HERMENÊUTICO</i>	
Maria da Graça Marques Gurgel	217

TRANSFORMAÇÕES GERAIS DO CONTRATO	
Paulo Luiz Neto Lôbo	243
EL CÓDIGO TRIBUTARIO NACIONAL: LUCES Y SOMBRAS	
Raymundo Juliano Feitosa	255

EXTRADIÇÃO E DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Alberto Jorge Correia de Barros Lima (*)

Seremos compatriotas e contemporâneos de todos que tenham aspiração de justiça e aspiração de beleza, tenham nascido onde tenham nascido, tenham vivido quando tenham vivido, sem que importem nem um pouco as fronteiras do mapa ou do tempo.

(O Direito ao Delírio, in GALEANO, Eduardo. *De Pernas pro Ar – A Escola do Mundo ao Averso*. Trad. Sérgio Faraco. Porto Alegre, L&PM, 2000, p. 344).

SUMÁRIO

1. Colocação do problema. 2. Tratados e convenções internacionais. 3. Conceito de extradição. 4. Competência para o julgamento da extradição passiva. 5. Fundamentos da extradição. 6. O processo da extradição passiva. 7. Asilo Político. 8. Deportação e expulsão. 9. Direito Internacional Penal. 10. O futuro da extradição.

1. Colocação do problema

O problema da extradição em Direito Penal situa-se no campo de estudo denominado, mais apropriadamente, de Direito Penal Internacional – uma subdivisão do Direito Penal em simbiose com o Direito Internacional Público – que tem por escopo a regulamentação **interna** dos problemas penais havidos na esfera internacional.

(*) Mestre e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Sub-Coordenador da Esmal, Professor Substituto – Assistente I – de Direito Penal da Universidade Federal de Alagoas, Professor Convidado do Curso de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Universidade Federal de Pernambuco, Juiz Presidente do 2º Tribunal do Júri em Macció.

Sabe-se como é importante ter presente a noção de Estado Moderno, aquele Estado que eliminou o pluralismo de instituições menores em que se constituía a sociedade medieval, concentrando em si a supremacia absoluta do poder político, **mais forte de que qualquer poder internamente e, externamente, independente e autônomo** (em relação a outros Estados). Tal supremacia não é outra coisa senão a **soberania**, "que é original, no sentido que não depende de qualquer outro poder superior, e indivisível, no sentido que não pode ser partilhado com nenhum poder inferior"¹. Claro que a noção de soberania deve hoje ser relativizada, máxime pelo fenômeno conhecido por globalização. Todavia, não há como descurar, ao menos em regra, que face à soberania, um Estado não pode interferir na autonomia de outro Estado, tanto que para resolver os problemas, porventura existentes, que digam respeito a dois ou mais Estados Soberanos, a ordem internacional vale-se de tratados, convenções e pactos ou acordos internacionais.

2. Tratados e convenções internacionais

Em verdade, não há uma diferença ontológica entre tratados, convenções e pactos. A convenção internacional é uma modalidade de tratado menos solene e de menor conteúdo, aplicada a situações especiais e, para alguns autores², de caráter não político, ao contrário do tratado. Já o pacto ou acordo é o ajuste sobre pontos específicos, celebrado entre os Estados. Convém esclarecer que todos esses termos são muitas vezes utilizados como sinônimos.

Certo é que, considerado o conceito de soberania, a extradição somente é admitida, entre nós, quando fundamentada em tratado. No entanto, ainda é possível quando o Estado requerente prometer ao Brasil reciprocidade³.

¹ BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Trad. Carlos Nélson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 65-6.

² BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito Público Internacional**. vol. 11. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939, § 163.

³ Vide art. 76 da Lei 6.815 de 19 de agosto e 1980 – Estatuto do Estrangeiro.

3. Conceito de extradição

Extradição é um instrumento jurídico, através do qual, um Estado (requerido) soberanamente entrega à **justiça criminal** de outro Estado (requerente) uma pessoa, porquanto este último tem **jurisdição** para processá-la, julgá-la (extradição processual) ou aplicar-lhe uma sanção penal (extradição executiva). Sob o prisma do Estado requerente, a extradição se diz **ativa**, quanto ao Estado requerido chama-se **passiva**. Fala-se ainda em extradição voluntária, quando há consentimento do extraditando, extradição imposta, quando o extraditando a ela se opõe e *reextradição*, quando o Estado (requerente) que obteve a extradição torna-se requerido por um terceiro Estado, que solicita a entrega da pessoa extraditada⁴.

A extradição tem como raiz o espírito de cooperação internacional na repressão de **determinados crimes**, consistindo em meio capaz de evitar que certos agentes criminosos não alcancem impunidade pelo simples fato de transpor fronteiras, ingressando em territórios os quais não incide a jurisdição do Estado (ou Estados) legitimado a processá-lo, julgá-lo ou aplicar-lhe pena.

O instituto chegou a ser conhecido pelo Direito Romano⁵. No Brasil, a extradição **ativa** ainda continua regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 394 de 28 de abril de 1938. O Juiz responsável pelo processo tem a iniciativa. Deverá provocar o Ministério da Justiça, o qual, examinando o pedido, encaminha-lo-á ao Ministério das Relações Exteriores para formalização da solicitação ao Estado requerido. Já a extradição **passiva** acha-se regulamentada na Lei 6.815 de 19 de agosto de 1980 (arts. 76 – 94), com as modificações introduzidas pela Lei 6.964 de 09 de dezembro de 1981 e ainda, somente no que tange à competência da Polícia Federal para efetivação da prisão do extraditando, pelo Decreto n.º 86.715/81 (art. 110 caput, I, II e parágrafo único).

4. Competência para o julgamento da extradição passiva

Por envolver matéria penal com sérias conseqüências aos direitos fundamentais, mormente o direito à liberdade, a extradição

⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. São Paulo, RT, 1999, p. 116

⁵ MOMMSEN, Teodoro. **Derecho Penal Romano**. Trad. P. Dourado. Bogotá, Temis, 1976.

está pautada por uma série de garantias ao extraditando. Entre nós, a competência para processar e julgar originariamente a extradição solicitada por Estado estrangeiro foi conferida pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, “g” e art. 83 da Lei 6.815/80). Advirta-se, no entanto, que são juridicamente delimitados os poderes do Supremo na esfera da demanda extradicional, eis que, ao efetuar o controle de legalidade do pedido, o STF não aprecia o **mérito** da condenação penal e nem reexamina a existência de eventuais defeitos formais que hajam inquinado de nulidade a persecução penal instaurada no âmbito do Estado requerente. A exigência de respeitar a soberania do pronunciamento jurisdicional emanado do Estado requerente impõe ao Brasil, nas extradições passivas, a observância desse dever jurídico (vide STF – EXTR 524 – DF – T.P. – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 08.03.1991).

5. Fundamentos da extradição

Pauta-se a extradição por vários fundamentos, de cunho internacional, abaixo explicitados.

1º) – O da prevalência dos tratados. Os tratados de extradição são ajustes entre Estados Soberanos que se comprometem, reciprocamente, a entregar certos agentes criminosos, após cumpridas determinadas formalidades. Como os ordenamentos jurídicos dos diversos Estados diferem, o tratado firma um ponto comum entre eles. A ordem internacional afirma a prevalência dos tratados sobre as leis dos Estados. No Brasil, o artigo 5º do Código Penal é expresso quando afirma que os tratados e convenções prevalecem sobre a lei **ordinária**. A proeminência dos tratados justifica-se com base no princípio da especialidade⁶. Embora o Supremo Tribunal Federal, no que concerne à hierarquia das fontes, venha entendendo que os tratados guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado brasileiro, a Corte tem decidido que, no caso de eventual antinomia entre os tratados e as normas infraconstitucionais de direito interno, prevalecerão aqueles, em face do critério cronológico ou da especialidade:

⁶ ANTOLISEI, Francesco. **Manuale de Diritto Penale**, Parte Generale, a cura di Luigi Conti. Milano: Giuffrè Editore, 1997, p. 134.

EXTRADIÇÃO... PARIDADE NORMATIVA ENTRE LEIS ORDINÁRIAS BRASILEIRAS E TRATADOS INTERNACIONAIS – EXTRADIÇÃO E PRESCRIÇÃO PENAL ... 2. Tratados e convenções internacionais – tendo-se presente o sistema jurídico existente no Brasil (RTJ 83/809) – guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado brasileiro. A normatividade emergente dos tratados internacionais, dentro do sistema jurídico brasileiro, permite situar esses atos de direito internacional público, no que concerne à hierarquia das fontes, no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as leis internas do Brasil. A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno brasileiro somente ocorrerá – presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico –, não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. 3. Não se concederá a extradição quando estiver extinta a punibilidade do extraditando pela consumação da prescrição penal, seja nos termos da lei brasileira, seja segundo o ordenamento positivo do Estado requerente. A satisfação da exigência concernente à dupla punibilidade constitui requisito essencial ao deferimento do pedido extradicional. Com a consumação da prescrição penal extraordinária pertinente ao delito de corrupção passiva, reconhecida nos termos da legislação criminal peruana, inviabilizou-se – no que concerne a essa específica modalidade de crime contra a Administração Pública – a possibilidade de deferimento da postulação extradicional. (STF – EXT. 662 – PU – TP – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 30.05.1997)

Para o Supremo pois, os tratados subordinam-se às normas constitucionais, sujeitando-se, assim, ao controle da constitucionalidade⁷;

⁷ Ver STF, HC 77.631-SC de 03 de agosto de 1998, Rel. Min. Gallotti.

2º) – O da promessa de reciprocidade. As promessas de reciprocidade são acordos entre países sem tratados de extradição, pelos quais eles se obrigam pela entrega de um determinado ou determinados agentes criminosos. Nesse caso, como não há ampla regulamentação da matéria, o direito de punir o extraditando é limitado pelas disposições internas do Estado requerido. A faculdade de aceitar ou não a promessa no Brasil é exercida pelo Poder Executivo, mas a decisão de extradição é da competência, como já visto, do STF;

3º) – O da legalidade. As normas que disciplinam a extradição são de duas espécies: a) de Direito internacional – regulação pelos tratados e, porque não dizer, pelos usos internacionais e b) de Direito interno – a extradição, já mencionamos, acha-se regulada pela lei brasileira. O fundamento da legalidade impõe a **não** admissão de outras causas delitivas da extradição a não ser aquelas expressamente previstas na composição normativa do instituto;

4º) – O da não-extradição de nacionais. É de uso difundido pela comunidade internacional a não extradição de nacionais (v.g. art. 26 da Constituição italiana), o instituto pois está pautado para estrangeiros e tanto é assim que no Brasil encontra regulamentação em legislação destinada somente a eles (Estatuto do Estrangeiro – EE – Lei 6.815/80). Porém, na hipótese de brasileiros **naturalizados** é possível a extradição, ainda assim em **somente, duas hipóteses**: a) – quando estiver envolvido em crime comum, praticado antes da naturalização (CF, art. 5º, LI e Lei 6.815/80, art. 77, I) e b) – quando for comprovado seu envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins⁸, na forma da lei (CF, art. 5º, LI).

5º) – O da jurisdição do Estado requerente. É necessário que o Estado requerente comprove no processo de extradição que tem jurisdição para processar, julgar ou aplicar pena ao extraditando,

⁸ Essa permissividade da Constituição em autorizar a extradição para fatos ocorridos **depois do processo de naturalização** cedendo, por certo, o legislador constituinte as pressões americanas relativas a política internacional de drogas, é de se repudiar, ante ao fato de que os brasileiros naturalizados gozam dos mesmos direitos do brasileiro nato. É de registrar, todavia, que a verificação de “comprovado envolvimento”, depende de decisão judicial transitada em julgado, por força do princípio da inocência (CF, art. 5º, LVII).

segundo os fundamentos da territorialidade, defesa ou real, personalidade ativa ou passiva, justiça penal universal e o da representação ou bandeira (vide Lei 6.815, art. 78, I). Além disso, faz-se mister que o juiz ou tribunal responsável pelo julgamento estejam regularmente investidos em suas funções, não se admitindo juízes ou tribunais de exceção (Lei 6.815, art. 77, VIII);

6º) – O da preferência da jurisdição nacional. Em havendo *concorrência de jurisdição* com o Brasil, vale dizer, se além do Brasil outro Estado (ou Estados) também for legitimado a aplicar ao caso sua lei penal, a prevalência é da jurisdição brasileira (Lei 6.815, art. 77, III);

7º) – O da especialidade. Esse fundamento tem por escopo evitar que o extraditando venha a ser julgado por fato anterior diverso daquele pelo qual a extradição foi concedida⁹, ou que lhe seja aplicada pena outra, diferente (mais grave) daquela estabelecida quando da concessão da extradição. O fundamento é uma garantia ao extraditando contra possíveis manobras do Estado requerente tendentes a burlar as regras estipuladas para extradição. Nesse passo dispõe o artigo 91 da Lei 6.815/80, *verbis*:

“Não será efetivada a entrega sem que o Estado requerente assumo o compromisso:

I - de não ser o extraditando preso nem processado por fatos anteriores ao pedido”.

8º) – O da exclusão de crimes não comuns. É habitual na classificação doutrinária dos crimes a divisão destes em **comuns** e **políticos**. Enquanto os primeiros dirigem-se contra os bens ou interesses do indivíduo, da família, da sociedade, os últimos são delitos que atingem a segurança interna ou externa do Estado, direcionando-se contra a *personalidade* deste¹⁰. São exemplos de

⁹ É possível, no entanto, que o Estado requerente formule **pedido de extensão de extradição**, para outros crimes, ao Estado requerido.

¹⁰ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. I, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 44. De observar que os crimes contra a administração pública (Título XI da Parte Especial do CP) são crimes comuns que atingem somente interesses **administrativos** do Estado. A qualificação do delito político é da alçada do Estado requerido e não do Estado requerente.

crimes políticos aqueles que lesam ou expõem a perigo de lesão a integridade do território nacional, a soberania nacional, o regime representativo, a forma de governo, os crimes eleitorais, etc. Não será concedida extradição quando o pedido versar sobre crimes políticos (Lei 6.815, art. 77, VII). Contudo, abrandando, corretamente, essa regra, por força do **critério da preponderância**, a própria legislação admite a extradição quando o fato constituir, principalmente, infração da lei penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal (Lei 6.815, art. 77, § 1º) e vai além, quando confere ao STF o poder, observado o caso concreto, de deixar de considerar crimes políticos os atentados contra Chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem como os atos de terrorismo, sabotagem, seqüestro de pessoas, ou que importem de processos violentos para subverter a ordem política e social (Lei 6.815, art. 77, § 3º)¹¹. No que diz respeito aos crimes de opinião (v.g. propaganda de guerra), o dispositivo antes mencionado não foi recepcionado pela CF de 1988, exatamente em face da previsão contida no art. 5º, LII, *verbis*:

“não será concedida extradição de estrangeiro por crime político **ou de opinião**”. (Grifamos).

Delitos de opinião são aqueles que representam **abuso** na liberdade de manifestação do pensamento (através da palavra escrita ou falada)¹²;

9º) – O do *ne bis in idem*. O fundamento indica que não se pode conceder a extradição, caso **o delito, que a motiva**, já tenha sido julgado, no Brasil, qualquer que tenha sido o resultado do julgamento. O Estatuto do Estrangeiro dispõe ainda que, mesmo que o extraditando esteja **a responder a processo no Brasil**, pelo mesmo fato em que se fundar o pedido, não pode ser concedida a extradição (art. 77, V), como também não será concedida se estiver extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente (art. 77, VI);

¹¹ Consoante faz ver Fragoso (**Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 136) há uma tendência a conter o conceito de crime político, excluindo, principalmente, os atos de violência grave contra a vida, a integridade física e/ou psíquica, a liberdade das pessoas e atos de gravidade capazes de risco coletivo. Nesse sentido, foi taxativa a Convenção Européia para repressão ao terrorismo de 10 de novembro de 1976.

¹² FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Op. cit., p. 136.

10º) – O da limitação em razão da pena (comutação). Ao Estado requerente impõe-se, segundo esse critério, a obrigação de não aplicar penas mais graves de que as máximas previstas no ordenamento jurídico do Estado requerido. Assim, via de regra, não é possível a extradição passiva quando a pena aplicada pelo Estado requerente tratar-se de “pena de morte”, pena corporal, prisão perpétua, ou pena superior a trinta (30) anos de reclusão. Entre nós, o art. 91, III, da Lei 6.815/80, é cristalino quando prescreve que o Estado requerente terá de comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, todavia, quanto essa última, os casos em que a lei brasileira permitir a sua aplicação¹³.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria do entendimento de seus juízes, vem entendendo, no entanto, ser possível a extradição, sem comutação de pena, ainda que a sanção imposta no Estado requerente seja a prisão perpétua. O *leading case*, nesse sentido, é o caso Weisse¹⁴ que consagrou a mudança de postura do Excelso Pretório.

Cumpra observar que não poderá ser concedida a extradição no caso de contravenções penais e nos crimes cuja pena não exceda a um (01) ano de prisão (Lei 6.815/80, art. 77, II e IV). Para nós, a Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, que instituiu os Juizados Especiais na esfera da Justiça Federal, considerando de menor potencial ofensivo

¹³ A Constituição Federal, consagrando o princípio da humanidade (CF, art. 5º III e XLVII) determina que não haverá pena de morte, mas ressalva os casos de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX, ou seja, pelo Presidente da República, com a autorização ou o referendo do Congresso Nacional. Desse modo, somente é possível a aplicação da chamada “pena capital” em tempo de guerra, na forma do artigo 84, XIX da Constituição. Ainda assim, somente para os casos taxativamente previstos em lei anterior (Princípio da Legalidade), como, por exemplo, para os delitos de traição, favor ao inimigo, espionagem, rendição, dano especial, todos previstos, respectivamente, nos artigos 355, 356, 366, 372 e 383 do Decreto-Lei n.º 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar.

¹⁴ Coincidência ou não, a mudança de entendimento do STF ocorreu exatamente no caso Russel Weisse, Extradição 426, em que figurou como Estado requerente os Estados Unidos da América. O argumento para concessão pautou-se na falta de previsão da necessidade de comutação da pena em lei ou no tratado. Não foi considerado o princípio da limitação segundo as penas existentes no nosso ordenamento jurídico. Foi relator o Min. Rafael Meyer.

os delitos cuja pena máxima não ultrapassem a dois (02) anos, derogou o disposto no inciso IV, do artigo 77 acima citado, porquanto teve todos esses crimes como de menor gravidade.

6. O processo da extradição passiva

Como mencionado acima o processo de extradição passiva, entre nós, acha-se regulamentado também na Lei 6.815/80. O Estado requerente deverá observar, quando da formulação do pedido, as exigências do artigo 80 do citado diploma legislativo. O pedido deve ser encaminhado via diplomática ou, na falta de agente diplomático do Estado que a requerer, diretamente de governo a governo, devendo ser instruído com a cópia autêntica ou a certidão da sentença condenatória, da de pronúncia ou da que decretar a prisão preventiva, proferida por juiz ou autoridade competente. Esse documento ou qualquer outro que se juntar ao pedido conterá indicações precisas sobre o local, data, natureza e circunstâncias do fato criminoso, identidade do extraditando, e, ainda, cópia dos textos legais sobre o crime, a pena e sua prescrição. O recebimento dá-se pelo Ministério das Relações Exteriores que encaminha o pedido ao Ministério da Justiça. O Ministério da Justiça elabora o *Aviso Ministerial de Solicitação de Medida de Extradição* ao Supremo Tribunal Federal. No Supremo, o *Aviso* é distribuído a um Ministro-Relator, momento em que termina a fase administrativa e inicia-se a fase judicial do procedimento.

A Lei prevê a prisão administrativa do extraditando (art. 81), após a chegada dos autos ao Ministério da Justiça, decretada pelo Ministro desta pasta. Essa regra, contudo, não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, a qual confere a possibilidade de decretação de prisão somente à autoridade judiciária (CF, art. 5º, LXI). Desta forma, compete deliberar sobre a prisão o Ministro do STF designado relator¹⁵.

¹⁵ O artigo 208 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal é incisivo quando dita: “não terá andamento o pedido de extradição sem que o extraditando seja preso e colocado à disposição do tribunal”. É a chamada prisão processual do extraditando que não se submete aos requisitos da prisão preventiva, porquanto o STF não ingressa no mérito do processo legal estrangeiro, analisando, tão só, aspectos formais do pedido, que vêm a ser as exigências **mínimas** fixadas na lei brasileira.

Já no Supremo, o relator, ao receber o pedido, deverá designar dia e hora para o interrogatório do extraditando e, conforme o caso, dar-lhe-á curador ou advogado, se não o tiver, correndo do interrogatório o prazo de 10 (dez) dias para a Defesa, que será exercida amplamente.

Não estando o processo devidamente instruído, o STF, a requerimento do procurador-geral da República, poderá converter o julgamento em diligência para suprir a falta no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias, decorridos os quais o pedido será julgado independentemente da diligência. Conta-se esse prazo da data da notificação que o **Ministério das Relações Exteriores** fizer à missão diplomática do Estado requerente.

Uma vez concedida a extradição, será o fato comunicado através do Ministério das Relações Exteriores à missão diplomática do Estado requerente que, no prazo de 60 (sessenta) dias da comunicação, deverá retirar o extraditando do território nacional. Se não o fizer, será ele posto em liberdade, sem prejuízo de responder a processo de expulsão, se o motivo da extradição o recomendar.

Negada a extradição, não é admissível novo pedido baseado no mesmo fato.

7. Asilo político

O asilo político pode ser entendido como uma negativa da extradição nas hipóteses que envolvam os denominados crimes de opinião, políticos e outros pertinentes à segurança do Estado, mas que não configurem maltrato ao Direito Penal Comum. O asilo (do grego *ásylon* – lugar inviolável, significando guarida, proteção, abrigo¹⁶) é o acolhimento por determinado Estado de estrangeiro perseguido no país de sua nacionalidade ou em outro, em razão de ser acusado pela prática dos delitos acima referidos.

A lógica da extradição é a ajuda mútua entre os Estados no combate aos crimes havidos como reprováveis em qualquer parte, enquanto o raciocínio para o asilo reside, ao revés, na proteção a determinadas pessoas (v.g. dissidentes políticos) acusadas de

¹⁶ CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1987, p. 75.

cometimento de ilícitos cuja natureza é estritamente política-ideológica.

Alguns autores¹⁷ classificam o asilo em político e diplomático, mas afirmam que o último não é senão uma forma provisória do primeiro. O político é aquele concedido pelo Estado ao estrangeiro que ingressando em seu território requer o benefício, ao passo que o diplomático é o asilo concedido quando do ingresso do estrangeiro em embaixada fixada no país que o persegue¹⁸.

8. Deportação e expulsão

A Extradicação difere da deportação e da expulsão. **Deportação** é a saída compulsória do estrangeiro para país de sua nacionalidade ou procedência ou outro que consinta em recebê-lo. Sucede quando o estrangeiro ingressa ou permanece de forma **irregular** no país (Lei 6.815/80, art. 58). A competência para o procedimento é da Superintendência da Polícia Federal. **Expulsão** é a saída forçada do estrangeiro cujo comportamento prejudica a **conveniência e os interesses nacionais** (Lei 6.815/80, art. 65)¹⁹, conceitos, diga-se de passagem, extremamente indeterminados. Trata-se de medida administrativa, cabe ao Presidente da República deliberar sobre a expulsão. De todo modo, é possível o controle judicial tanto no caso da deportação, como no caso da expulsão, evitando assim possíveis abusos das autoridades administrativas.

¹⁷ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 216-7.

¹⁸ Ibidem, p. 217.

¹⁹ O STF sumulou que é vedada a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro, dependente da economia paterna (Súmula n.º 1). No entanto, também decidiu, escorado nas alterações produzidas pela Lei 6.964/1981, que “o nascimento do filho brasileiro ocorrido posteriormente ao fato que motivou a expulsão não constitui impedimento quer a decretação da expulsão, quer a sua revogação, mormente quando se evidencia que, com ele, procurou-se criar tal impedimento. Precedentes do STF”. (STF – MS 22289 – MG – TP – Rel. Min. Moreira Alves – DJU 17.05.1996).

9. Direito Internacional Penal

Sem embargo da opinião doutrinária mais atual que já não mais cinde o Direito Internacional Penal do Direito Penal Internacional (Direito Interno), o primeiro – preferimos a divisão tradicional – presta-se a compor os ordenamentos de dois ou mais Estados soberanos em matéria criminal e correlata. O desenvolvimento do Direito Internacional Penal deu-se, exatamente, após a instauração dos famosos tribunais *ad hoc* de Nuremberg e de Tóquio para julgar as pessoas tidas como criminosas de guerra. Hodiernamente está ele imbricado, é correto dizer, com o Sistema Internacional dos Direitos Humanos. Esse Sistema, por sua vez, distingue os crimes internacionais em: **a) crimes contra o direito internacional humanitário** (v.g. crimes contra a humanidade, genocídio, crimes de guerra e agressão), sendo competente para o julgamento as cortes internacionais; **b) crimes transnacionais** (v.g. pirataria, tráfico de entorpecentes e lenocínio internacionais), cuja jurisdição está a cargo do Direito interno, competindo aos juízes e tribunais dos Estados o julgamento de tais delitos e **c) as transgressões contra o Direito Internacional dos Direitos Humanos**, onde o agente ativo é o próprio Estado²⁰, o qual se sujeita a julgamento na América

²⁰ O Brasil responde, como sujeito ativo, a setenta e sete (77) processos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Os principais processos devem-se ao massacre do Carandiru em São Paulo, cuja malsinada ação policial gerou a morte de cento e onze (111) prisioneiros; a chacina de Eldorado dos Carajás, contando com dezenove (19) sem-terras assassinados e as execuções perpetradas na penitenciária Urso Branco em Porto Velho, onde 27 reclusos foram mortos. Pertinente ao morticínio no Carandiru, a Corte já condenou o Brasil. Exigiu o fim da superlotação carcerária, além de indenizações para as famílias da vítima. Segundo a revista *Época*, edição 208 de 13/05/2002, Fernando Henrique não quer ser lembrado como presidente de um país em que os direitos humanos não passam de retórica. Antes de deixar o cargo, ele se dedica a resolver as várias pendências do Brasil no que diz respeito aos direitos humanos. Assim, o governo brasileiro vai propor “solução amistosa” para encerrar 70 processos por desrespeito aos direitos humanos a que responde o País. Para isso terá de assumir a responsabilidade por violações que ocorreram nos Estados e geraram processos na OEA. Depois, terá de sentar com as vítimas para acertar compensações, em alguns casos por meio de convênios com os governos estaduais – e com o acompanhamento de mediadores da organização. Tudo, segundo a revista, para livrar o Brasil de um vexame por condenações definitivas da Corte.

Latina pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (San José da Costa Rica) e na Europa pela Corte Européia de Direitos Humanos.

No pertinente aos **crimes contra o direito internacional humanitário**, é de se dizer ainda que existem duas cortes internacionais, na atualidade, para julgamento desses delitos, ambas limitadas em razão dos fatos que as determinaram, ambas cortes *ad hoc*: o Tribunal Internacional Criminal para apurar os crimes contra a humanidade ocorridos na ex-Iugoslávia (1993) e o Tribunal Internacional Criminal para apurar os crimes contra a humanidade ocorridos em Ruanda (1994). Entretanto, no dia 17 de julho de 1998 na cidade de Roma, foi aprovado o texto de criação (conhecido como Estatuto de Roma), em conferência das Nações Unidas, do **Tribunal Penal Internacional – TPI**, instituição permanente, destinada a exercer sua jurisdição (excepcional e complementar) sobre **os indivíduos** com relação aos crimes mais graves de transcendência internacional, expungindo os tribunais de exceção, criados sempre pelos vencedores. O tratado entrou em vigor no dia 1º de julho de 2002. O texto de criação, no entanto, acha-se ainda aberto à assinatura e ratificação por parte de muitos dos Estados e tem, o que é grave, franca oposição dos Estados Unidos da América, que, inclusive, juntamente com a China e mais cinco países (Filipinas, Índia, Israel, Sri Lanka e Turquia) votaram contra a aprovação do Estatuto. O Estado brasileiro não só participou da conferência, como assinou em 07 de fevereiro de 2000 o Estatuto de Roma submetendo-o, em 10 de outubro de 2001, à consideração do Congresso Nacional. O Congresso, mediante promulgação do Decreto Legislativo n.º 112/2002, aprovou no dia 06 de junho do corrente ano o tratado constitutivo do TPI. Em 12 de junho próximo passado, o Presidente da República assinou a Carta de Ratificação, que foi depositada junto ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.

10. O Futuro da extradição

A extradição, como visto, é instrumento resultante da solidariedade internacional no combate ao crime, consoante já ficou assentado no Congresso Internacional de Direito Comparado de Haia de 1932²¹. Todavia, não há como descurar que o crime ou delito é uma

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 124.

produção política do Estado. Ontologicamente o crime não existe, prova disto, emanada formalmente dos Estados democráticos de direito, é a imposição contida no princípio da reserva legal, que impede a existência de infração penal sem lei anterior que a defina. Por isso impende considerar, máxime nos tempos que estão por vir, ante a complexidade já existente na nossa era dita “pós-moderna”, cada vez mais os fundamentos da extradição, devendo eles serem vistos como **garantias** ao direito do ser humano.

Se é verdadeira a assertiva de que a noção tradicional de soberania absoluta do Estado passa a sofrer uma relativização ante o processo de globalização econômica, por outro lado, não deixa de haver relativização da soberania por conta do processo de globalização dos direitos humanos, face a “cristalização da idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de Direito”²².

O Estatuto de Roma, instrumento que criou o Tribunal Penal Internacional (*International Criminal Court*) traz consigo a possibilidade da **entrega** de nacionais, naturalizados ou mesmo natos, à sua jurisdição e, para além, prevê, entre as penas pela Corte aplicadas, a prisão perpétua. A polêmica, nesse ponto, diz respeito à equiparação da **entrega** – *surrender* (art. 89 do Estatuto²³) – à extradição, ou, por outras palavras, a **entrega**, prevista no Estatuto, segue ou não os mesmos princípios da extradição? Acreditamos que não. O Tribunal Penal Internacional tem como missão o julgamento dos crimes contra o direito internacional humanitário (crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão), vale dizer: o Tribunal existe em função da própria proteção aos Direitos Humanos, logo é possível admitir a entrega de nacionais ao TPI, mesmo porque, consoante acima afirmado, a Corte só funciona subsidiariamente, verificada a inépcia, desídia ou burla dos tribunais internos.

²² PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil. In: **O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**, org. Alberto do Amaral Jr. e Cláudia Perrone-Moisés. São Paulo: Edusp – Editora da Universidade de São Paulo, p. 241.

²³ Vide Rome Statute of the **Internacional Criminal Court**, na página <<http://www.un.org/icc>>.

Referente à prisão perpétua, vetada pela Carta Constitucional pátria, o TPI somente a aplicará em casos excepcionais, quando justificada pela extrema **gravidade** do crime, atentatório a Direitos Humanos (registre-se que os DH são primazia na Constituição de 88) e consideradas as circunstâncias pessoais do condenado (art. 77, 1., “b” do Estatuto). Demais, conforme antes mencionado, o Supremo Tribunal Federal já admitiu a possibilidade de extradição para crimes que não se revestem da gravidade daqueles sujeitos à jurisdição do TPI, mesmo com a pena de prisão perpétua anunciada pelo Estado requerente (o precedente é o caso Russel Weisse – Extradição 426).

O Direito Internacional Penal, insisto na denominação, é apenas parte do Sistema Internacional dos Direitos Humanos que, em tempos hodiernos, época de reconhecimento de Direitos Humanos globalizados, flexibiliza, para usar um termo em moda, a noção de soberania conceituada no início desse trabalho, e reafirma a universalidade e indivisibilidade desses Direitos já previstas na Declaração Universal de 1948. Assim é que podemos dizer, agora em paráfrase, que seremos compatriotas e contemporâneos de todos aqueles que tenham aspiração de justiça, de todos que tenham aspiração de beleza, “tenham nascido onde tenham nascido, tenham vivido quando tenham vivido, sem que importem nem um pouco as fronteiras do mapa ou do tempo”²⁴.

²⁴ O Direito ao Delírio, in GALEANO, Eduardo. **De Pernas pro Ar – A Escola do Mundo ao Avesso**. Trad. Sérgio Faraco. Porto Alegre: L&PM, 2000, p. 344.

O ESTADO BRASILEIRO E SEU DEVER DE REALIZAR O DIREITO SOCIAL À ALIMENTAÇÃO

Alexandra Beurlen ^(*)

SUMÁRIO

Introdução. Porque falar em direito à alimentação? 1. Direitos sociais e normas programáticas; 1.1. Contexto sócio-jurídico em que surgem os direitos sociais, econômicos e culturais; 1.2. Normas programáticas – natureza e eficácia: desenvolvimento da teoria no Brasil; 1.3. Os direitos sociais previstos em normas programáticas geram dever jurídico para o Estado? 2. Reconhecimento do direito à alimentação pelo Estado brasileiro; 2.1. Constituições brasileiras; 2.2. Documentos internacionais; 2.3. Direito à alimentação como direito social fundamental. Conclusão. O direito à alimentação é oponível ao Estado brasileiro.

Introdução. Porque falar em direito à alimentação?

Os direitos econômicos, sociais e culturais, embora reconhecidos positivamente pelos instrumentos internacionais desde as primeiras décadas do séc. XX, ainda não lograram dos Estados o respeito que merecem. A sua realização, por demandar, na grande maioria das vezes, uma prestação estatal, geralmente, é negligenciada.

Da mesma forma, o direito à alimentação, reconhecido internacionalmente como direito social desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, tem sido alvo de inúmeras discussões jurídicas e políticas, vez que mais de 800 milhões de pessoas passam fome no mundo.¹

A situação brasileira não é diferente da mundial. O déficit médio de energia/dia das pessoas subnutridas era, entre 1996/1998, de 250 Kcal, dando ao Brasil o quarto maior índice da América Latina e

(*) Promotora e mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco.

¹ World Food Summit. **Rome Declaration on World Food Security**. Roma: FAO, 1996.

Caribe², o que indica que o direito à alimentação no Brasil não é efetivamente assegurado a todos.

Logo, além da atualidade do tema face à situação de miséria em que se encontra a maioria da população brasileira, ganham importância as questões de natureza jurídica pertinentes ao direito à alimentação, a fim de se descobrir se a sua realização pode ser exigida do Estado brasileiro.

Neste sentido, iremos analisar o contexto sócio-jurídico em que surgem, internacionalmente, os direitos sociais, como o direito à alimentação, e tentar perceber as razões pelas quais se consolidaram as doutrinais dogmáticas que questionaram até mesmo a sua juridicidade.

Feito isso, mister se faz avaliar a repercussão dos documentos internacionais na legislação brasileira. Para tanto, tentaremos fazer um panorama dos tratados, pactos e declarações ratificadas pelo Brasil e das Constituições brasileiras até a atualidade, identificando sinais da presença do direito à alimentação em nosso ordenamento jurídico.

Verificaremos se o Estado brasileiro vem comungando com o pensamento internacional sobre o direito à alimentação e se o constitucionalizou, reconhecendo-lhe o *status* de direito fundamental. Se acaso identificarmos o direito social à alimentação como direito fundamental, observaremos a natureza das normas que o prevêm e a sua capacidade de gerar ou não obrigação jurídica para o Estado.

Limitar-nos-emos, no entanto, a vislumbrar se o direito à alimentação é reconhecido pelo Estado brasileiro e se corresponde a uma obrigação de realização por parte deste, fazendo uma leitura da doutrina nacional sobre a eficácia jurídica das normas que porventura o contenham, sem pretensões de esgotar o tema ou de analisar os instrumentos jurídicos, políticos e sociais de garantia porventura postos pela Constituição à disposição do ser humano para assegurá-lo.

² FAO. *El Estado de la inseguridad alimentaria en el mundo*. Roma: FAO, 2000.

1. Direitos sociais e normas programáticas

1.1. Contexto sócio-jurídico em que surgem os direitos sociais, econômicos e sociais

Após a declaração de independência dos Estados Unidos da América e as Revoluções Inglesa e Francesa, criou-se no mundo uma política de tutela às liberdades individuais. O liberalismo econômico se refletiu em uma tendência teórico-jurídica de assegurar o respeito do Estado aos chamados direitos individuais. Para isso, fez-se necessária a eliminação da concentração das funções do Estado nas mãos de uma só pessoa.

Com a “separação dos Poderes” do Estado, na clássica tripartição proposta por Montesquieu, concentrou-se no Poder Legislativo, eleito pelo “povo”, através de voto censitário, por isso “legítimo”, a esperança de imposição de limites ao administrador. As teorias acerca da necessidade de elaboração de Constituição escrita, com dificuldades no processo de alteração, supremacia constitucional e Poder Constituinte, também colaboraram para fazer prevalecer o pensamento liberal-burguês.

Desenvolveram-se teorias jurídicas exegeticas, historicistas e positivistas, todas sobressaltando o Direito enquanto forma, cujo objetivo era o de garantir o primado da supremacia da legalidade, a prevalência do direito estatal (especialmente o escrito), posto que fruto do Poder Legislativo. Com isto, manteve-se o novo padrão social adquirido com a ascensão da burguesia ao Poder.

O final do século XIX e o início do século XX foram marcados por um crescimento econômico muito grande, com concentração de riqueza nas mãos de poucos. O processo de industrialização e a exploração da mão de obra barata parecem ter despertado a população trabalhadora para a inexistência de uma real liberdade.

Neste contexto, começaram a surgir as doutrinas sociais, algumas mais nocivas ao liberalismo econômico e outras menos radicais, mas todas questionando a miséria humana e a falta de dignidade com a qual os trabalhadores vinham sendo tratados. Passou-se a questionar o que seria exatamente a “vontade geral” que a lei pretendia representar; as distorções entre as normas e a realidade

social; a necessidade de conscientização da força da sociedade e de sua organização para o exercício do poder³.

A formação dessas doutrinas sociais, questionando a omissão do Estado e a legitimidade deste, fomentaram as lutas pelo sufrágio universal⁴, pela representação partidária dos trabalhadores e, notadamente, pelos direitos trabalhistas e colocaram em situação de risco tanto a liberdade econômica quanto o próprio capitalismo. Providências eram necessárias para que se mantivesse o poder nas mãos de quem o detinha.

As teorias mais moderadas, que admitiam a necessidade de se observar a realidade social, mas que entendiam merecer prevalecer o formalismo que caracterizava a ciência jurídica como ciência do dever-ser, começaram a surgir e agradar aos governantes⁵.

Os direitos sociais almejados não surgiram de uma hora para a outra, como uma concessão milagrosa e espontânea. Os documentos produzidos pelo constitucionalismo clássico dos fins do século XVIII e início do século XIX, embora imbuídos do espírito individualista, já faziam referência a alguns deles, embora sem os tratar como “direitos sociais” e com pequena (ou nenhuma) repercussão do ponto de vista teórico. Como exemplo, podemos citar as Constituições francesas de 1793 e 1848, e a brasileira de 1824.⁶

O novo modelo de constitucionalismo, que exigia a regulação da vida econômica e social, em contraposição ao liberalismo, surgiu progressivamente, até tornar-se uma constante nos Estados contemporâneos (mesmo influenciados pelo neo-liberalismo globalizante).

Alguns marcos são referidos pelos autores como fontes dos primeiros direitos sociais, dentre eles: a Constituição do México de 1917, a qual trouxe um rol de direitos trabalhistas em seu Título VI (embora ainda de pequena repercussão no mundo europeu, dito

³ LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 10, 12, 14, 34, 37 e 40.

⁴ Mesmo que nem tão universal assim, já que excluía as mulheres

⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 25.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 51.

“civilizado”); a declaração russa de 1918, que pretendia trazer o proletariado ao Poder; e o Tratado de Versalhes, de 1919, no qual se constituiu a Organização Internacional do Trabalho e, conseqüentemente, consagraram-se os direitos do trabalhador.⁷

Observa-se que os direitos sociais, econômicos e culturais, embora tenham surgido como limites a alguns direitos individuais consagrados nas primeiras declarações de direitos (liberdade e propriedade, por exemplo) os complementam, não os excluem.

A partir do período pós-guerra, houve um crescimento da teoria jurídica, deixando-se um pouco de lado o formalismo jurídico. Ao menos alguns juristas assim o fizeram, para trabalhar com os valores constitucionais, com o elemento axiológico da norma jurídica.⁸ O conceito de dignidade humana, envolvendo o direito de acesso ao trabalho e ao trabalho em condições humanas, o direito à educação, à saúde e muitos outros de dimensão coletiva, fez com que alguns autores pensassem, novamente, na “justiça” como integrante do Direito.

Paralelamente, formou-se, contudo, uma discussão sobre os “tipos” de normas constitucionais, já que os direitos sociais, econômicos e culturais exigiam uma postura diferente da que o Estado adotara ao respeitar os direitos individuais liberais, bem como impunham uma limitação a direitos até então absolutos, de titularidade de uma classe que detinha a capacidade de influir no processo legislativo, vez que abastada.

Se é certo que a juridicidade das normas constitucionais que reconheciam direitos sociais, econômicos e culturais foi questionada (e ainda hoje o é), não menos certo é afirmar, a partir do escólio do Prof. Paulo Bonavides⁹, que com as primeiras Declarações de Direitos (liberais, individuais e burguesas), também se indagou acerca da juridicidade de algumas normas, mesmo que sutil e perfunctoriamente.

⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 45-47.

⁸ VERDÚ, Pablo Lucas. **Teoría de la Constitución como ciencia cultural**. Madrid: Dykinson, 1997, pp. 40 e 41.

⁹ BONAVIDES, Paulo: **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997, p.517.

Diferem estes momentos, em nosso entender, sob dois aspectos fundamentais: Primeiramente, as declarações liberais atendiam à necessidade da classe econômica que dominava o exercício do Poder, ao passo que os direitos sociais a afrontavam diretamente, por exigir gasto com a população que não tinha condições de, por si só, alcançar uma existência digna. Como consequência, e em segundo lugar, as primeiras teorias não só foram esvaziadas por serem minoritárias, como não chegaram seus autores a elaborar qualquer tese jurídica que aprofundasse os diferentes níveis de eficácia das normas, enquanto as teorias jurídicas do século XX trataram de distinguir severamente as normas jurídicas constitucionais, das regras políticas e das normas que não estavam aptas à produção de efeitos, embora situadas na Constituição.

Ou seja, nada obstante tenham sido reconhecidos os direitos sociais, econômicos e culturais pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, pelo Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, entre outros, e, mais tarde, alguns Estados tenham incluído esses direitos em suas Constituições, fundamentalizando-os, eles tiveram a sua natureza jurídica questionada e sua força eficaz posta à prova pelos teóricos do Direito.

No Brasil, a primeira Constituição a dar destaque aos direitos econômicos, sociais e culturais, incluindo-os em uma “Ordem Econômica e Social”, foi a de 1934. A Constituição Federal de 1988 distingue a Ordem Econômica da Social e traz direitos sociais prescritos nos direitos e garantias fundamentais¹⁰, apesar de não os reconhecer como intangíveis, como o faz com os direitos civis e políticos, numa autêntica violação, dentre as muitas ocorridas na CF/88, à indivisibilidade dos direitos humanos.

Destaque-se que a indivisibilidade dos direitos humanos é referida pelos constitucionalistas em geral¹¹ que recusam a classificação dos direitos humanos em gerações, porque estas dão idéia de substituição de um grupo de direitos pelo outro, ao invés da complementaridade que lhes é própria. A indivisibilidade, interdependência e complementaridade dos direitos foi reconhecida

¹⁰ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.254.

¹¹ A título de exemplo: Paulo Bonavides, Ingo Wolfgang Sarlet, Antônio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan, dentre outros.

pelo Brasil e demais Estados independentes com a subscrição da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Proclamação de Teerã e da Convenção Americana de Direitos Humanos, pois não fizeram quaisquer distinções entre os direitos civis, políticos, sociais, econômicos ou culturais.¹²

A *contrario sensu*, identifica-se, na prática, não apenas no Brasil, mas internacionalmente, um tratamento constantemente diferenciado entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais, econômicos e culturais, tanto que foram reconhecidos através de pactos internacionais de proteção de direitos humanos distintos, demonstrando então um conflito político-ideológico que sempre influenciou a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais.¹³

Esta análise inicial do contexto sócio-jurídico em que são reconhecidos os direitos sociais, econômicos e culturais como categoria de direitos humanos é necessária para que se perceba que, mais do que para atender aos anseios da população trabalhadora, este reconhecimento formal reflete uma opção do poder político, amparado por uma teoria jurídica que vincula a sua natureza à idéia de norma de eficácia limitada e a sua efetividade à de viabilidade econômica.

1.2. Normas programáticas – natureza e eficácia: desenvolvimento da teoria no Brasil.

Muitos autores estrangeiros do começo do século XX negaram o caráter jurídico de algumas normas constitucionais, aduzindo que se tratavam de meros programas políticos e valores norteadores do exercício do Poder, sem qualquer vínculo de obrigatoriedade que permitisse a exigência de sua implementação e sem sequer constituíam princípios constitucionais¹⁴.

¹² DIAS, Clarence J. "Indivisibility." Anais do **Seminário Direitos Humanos no Início do Século XXI**, realizado no Rio de Janeiro, em 10 e 11 de setembro de 1998. Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, Ministério das Relações Exteriores, <www.mre.gov.br/ipri/abertura.htm>.

¹³ LIMA Jr., Jayme Benvenuto et al. **Direitos Humanos Internacionais – avanços e desafios no início do século XXI**. Recife: Gajop, 2001. O caráter expansivo dos direitos humanos na afirmação de sua indivisibilidade e exigibilidade, p.75-76.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, cit., p.207.

Afirmaram não se tratar de imperativos jurídicos, dentre outros motivos, por não possuírem previsão de sanção correspondente ao seu descumprimento e, por conseguinte, serem inaptas a gerar obrigações exigíveis do Estado ou de terceiros a quem se dirigiam. Até hoje há quem mantenha tal posicionamento: São juristas habituados ao modelo formal de manifestação da norma jurídica.

O italiano Vezio Crisafulli, embora reconhecesse a existência de normas com um conteúdo valorativo acentuado, demasiadamente vago ou indeterminado, que não permitem identificar uma regra de conduta e fazem alguns questionarem a juridicidade do seu objeto, ressalta que tais normas, quando expressas na Constituição, servem, no mínimo, como limite negativo da atuação do Estado e da Sociedade e, conseqüentemente, devem ser consideradas como jurídicas.¹⁵

As normas constitucionais que prescrevem modelos e metas de atuação às pessoas que exercem o poder estatal, embora não possuam em seu corpo sanção, valem-se das demais regras existentes no ordenamento jurídico para se impor. A sua juridicidade está localizada na sua integração e adequação ao sistema jurídico. Isto nem Kelsen discute.¹⁶ Inseridas na Constituição, funcionam, no mínimo, como norte para a hermenêutica e limite de constitucionalidade da atuação do poder estatal. Logo, são normas jurídicas, inclusive sob o aspecto formal.

Quanto ao fato de serem dotadas de um conteúdo valorativo mais forte, tal aspecto não exclui a sua juridicidade, pois toda norma jurídica tem, como conteúdo, um valor social. A discussão quanto à importância, ou não, do estudo desses valores para a ciência jurídica, apesar de importante, não é objeto desta monografia.

Atualmente, no entanto, após a discussão sobre normas materialmente e formalmente constitucionais¹⁷ – que não vem ao caso ser resgatada neste momento – reconhece-se a todas as normas

¹⁵ CRISAFULLI, Vezio. **La Costituzione e le sue disposizioni di principio**. Milão: Dott. A. Diuffrè, 1952. p. 36 e nota de rodapé s/n p.36 e 37.

¹⁶ KELSEY, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p.59-62.

¹⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, T. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 9-12. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2.000, p. 153.

contidas na Constituição, inclusive ao preâmbulo, a juridicidade e a supremacia peculiares à Lei Maior¹⁸.

Superado o tema da juridicidade de todas as normas previstas na Constituição, a doutrina passou a questionar a aplicabilidade e eficácia das normas que se traduziam em comandos ao administrador e ao legislador, notadamente das fixadoras de políticas públicas sociais.

A princípio, os juristas brasileiros se utilizavam das teorias estrangeiras de classificação das normas constitucionais para distingui-las quanto à sua eficácia. Rui Barbosa e Pontes de Miranda, referidos na grande maioria das obras que tratam do tema¹⁹, sofreram influência das doutrinas norte-americana e italiana, respectivamente, e classificaram as normas constitucionais, conforme sua eficácia, em auto-executáveis e não auto-executáveis, o primeiro, e bastantes em si e não bastantes em si, o segundo. Não reconheceram carga eficaz nas normas que, dirigindo-se ao Poder Público, só se aperfeiçoavam com a atuação deste.

Em síntese, dividiam as normas constitucionais entre aquelas que geravam direitos subjetivos passíveis de cobrança contra o Estado, imediatamente, e aquelas outras que somente gerariam direito após a interferência do legislador ordinário ou da atuação do Poder Executivo.

J.H. Meirelles Teixeira foi o primeiro autor brasileiro a criar uma designação específica para tratamento do tema, desvinculando-se dos limites impostos pelas doutrinas estrangeiras, nada obstante analise criticamente a lição dos norte-americanos e italianos. Separa as normas constitucionais em duas categorias: eficácia plena e eficácia limitada e estas em normas programáticas e normas de legislação²⁰.

Todavia, verifica-se no professor paulista a influência da doutrina italiana de Vezio Crisafulli, reconhecendo nas normas

¹⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, cit., p. 217.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, cit., p.215; SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, cit., p. 68, 73-74, 137; BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 238.

²⁰ TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 317 e 323.

programáticas carga eficaz diminuída, ante à ausência de disciplina integral da matéria que regula. Registre-se, no entanto, que ambos concordam que são motivos políticos que fazem com que o constituinte faça opção pela programaticidade de uma norma.

Grande destaque nacional acerca do tema “conceito e eficácia das normas constitucionais”, tem a teoria do prof. José Afonso da Silva, a qual, além de fazer uma releitura das teorias estrangeiras e nacionais existentes e analisá-las criticamente, foge da bipolaridade comum até então e classifica as normas constitucionais em:

- a. normas constitucionais de eficácia plena;
- b. normas constitucionais de eficácia contida; e
- c. normas constitucionais de eficácia limitada (declaratórias de princípio institutivo e declaratórias de princípio programático).²¹

Mantendo a cisão das normas, quanto à eficácia, em normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada (como já se discorria), distingue destas, inusitada e coerentemente, as normas de eficácia contida ou restringível como preferem outros alguns e cuja terminologia nos parece mais apropriada²². Ingo Sarlet, posiciona-se em sentido contrário. Criticando a tripolaridade, aduz que a restringibilidade é nota característica de qualquer direito fundamental, já que não são absolutos, de sorte que o fato de a norma prever, expressamente, a possibilidade de restrição futura não justificaria a formação de uma categoria diferente.²³

Para José Afonso da Silva, as normas constitucionais programáticas, surgidas com o constitucionalismo sócio-econômico, traduzem o conteúdo social da Constituição e sua eficácia depende muito de seu enunciado, dirigindo-se, muitas vezes, ao legislador, outras ao Poder Público em geral e outras, à ordem econômico-social, mas o fato de depender da atuação do Estado não implica, de forma

²¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, cit., p.86.

²² DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1993, p.101. TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 24.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, cit., p.230.

alguma, na inexistência de carga eficaz e tampouco no impedimento de constituírem direito subjetivo.²⁴

Embora outros autores nacionais tenham discorrido acerca do tema e proposto nomenclaturas distintas das oferecidas pelo Prof. José Afonso da Silva, para designar as normas jurídicas que, sem chegarem a ser consideradas princípios, definem objetivos, metas e programas, dirigindo-se aos Poderes de Estado, para concretização de seus preceitos, denominando as normas que ele chamou de programáticas de normas-objetivo (correspondente ao *indirizzo politico* de Crisafulli)²⁵, ou de normas de menor densidade normativa²⁶; ou ainda acrescido à classificação das normas constitucionais as normas de eficácia absoluta (normas constitucionais intangíveis)²⁷, entendemos satisfatória a conclusão do autor, de sorte que nos utilizaremos, nesta monografia, a sua classificação.

As normas constitucionais programáticas, então, são normas jurídicas que estabelecem comandos que orientam a atuação do Estado, definindo em que sentido pode e deve dirigir suas ações. Apesar de localizadas entre as normas de “eficácia limitada”, são dotadas de aplicabilidade e eficácia imediata no tocante à vinculação do poder estatal.

“Per la priorità che indubbiamente caratterizza l’indirizzo politico rispetto allo svolgimento delle altre funzioni statali, a cominciare della funzione legislativa, deve riconoscersi che tutte le norme costituzionali programmatiche sono anzitutto precettive e vincolanti proprio sull’indirizzo politico, che, in esplicazione di esse, verrà di volta in volta adottato dagli organi competenti, per essere poi realizzato attraverso apposita normazione l’ulteriore azione *lato*

²⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, cit., p. 136, 137, 140, 141, 142, 147-150, 152 e 155.

²⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2.000, p. 181.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, cit., p.243

²⁷ DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**, cit., p. 98.

sensu esecutiva o di amministrazione dell'apparato statale".²⁸

1.3. Os direitos sociais previstos em normas programáticas geram dever jurídico para o Estado?

Que as normas programáticas são jurídicas e produzem alguns efeitos imediatos, embora estejam incluídas entre as normas de eficácia limitada, já ficou demonstrado, resta-nos indagar se dentre estes efeitos está o de gerar obrigação jurídica estatal correspondente aos direitos nelas porventura contidos.

Interessante destacar, no que tange à configuração de direitos subjetivos, a lição dogmática do mestre maior do normativismo jurídico Hans Kelsen²⁹. O escólio kelseniano não só admite a existência das normas jurídicas não-autônomas, que não prevêm sanção em seu próprio corpo, mas também reconhece nestas normas a capacidade de gerar dever jurídico para o Estado.

Estariam estas normas incluídas na categoria capaz de gerar direitos subjetivos por ele nomeados "direitos políticos", cujos fundamentos de existência seriam a rigidez constitucional e o controle de constitucionalidade disponível ao indivíduo. À época, o autor citou como exemplo os direitos da liberdade, contudo, a regra, para quem a aceita, deve ser aplicável a qualquer norma jurídica e a qualquer direito que atenda tais fundamentos.

Embora tenhamos percebido que a norma programática tem esta potencialidade, à medida que o ordenamento jurídico oferece, em outras normas, instrumentos políticos, judiciais e sociais para assegurar o atendimento à sua prescrição, entendemos importante registrar a existência de opiniões divergentes.

²⁸ CRISAFULLI, Vezio. **La Costituzione e le sue disposizioni di principio**, cit., p.68. Pela prioridade que, sem dúvida, caracteriza o endereço político, com respeito ao desenvolvimento das outras funções estatais, a começar pela função legislativa, deve-se reconhecer que, todas as normas constitucionais programáticas são, em primeiro lugar, **preceptivas** e vinculantes do seu próprio endereço político que, para explicá-las, será adotado pelo órgão competente, para ser posteriormente, realizado através de norma apropriada a ulterior ação, em sentido amplo, executiva ou de administração do aparato estatal.

²⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, cit., p. 59-62, 153, 155-157.

Alguns autores aduzem que a inexistência de uma ação judicial própria que assegure a contraprestação do dever estatal correspondente ao direito previsto pela norma é a nota característica da norma programática.³⁰ Outros, embora defendam a possibilidade de identificação, nas normas programáticas, de um direito subjetivo em sentido negativo, questionam a existência de um direito subjetivo em sentido positivo, oponível ao dever de realização pelo Estado.³¹

Na realidade, ao definir o *modus operandi* do Estado, a norma programática, por ser norma jurídica, produz inúmeros efeitos imediatos e gera para o cidadão o direito de exigir do Estado que aja conforme os ditames constitucionais³², notadamente porque é parâmetro de controle de constitucionalidade³³. Para isso oferece mecanismos jurídicos e políticos para que se obrigue a parcela inerte do Estado a cumpri-la, a exemplo das ações de controle de constitucionalidade, do mandado de injunção, da arguição de descumprimento de preceito fundamental, da participação da sociedade na formulação de políticas públicas, entre outros. Se estes instrumentos são utilizados ou não, ou se a eles é dada toda a dimensão exigida pelo princípio da efetividade das normas constitucionais, é outra questão.

A problemática da possibilidade de geração de direito subjetivo correspondente ao dever estatal previsto nos “programas” eleitos pelas normas constitucionais, atinge diretamente ao nosso interesse neste estudo porque a grande maioria dos direitos sociais prestacionais está prevista em normas constitucionais programáticas, embora o constituinte nacional de 1988 tenha-se utilizado tanto de normas de eficácia limitada de princípio programático como de normas de eficácia plena para reconhecer direitos sociais.

Por outro lado, verificamos que, mesmo com menor variação, a Constituição Federal de 1988, na definição dos direitos civis e políticos também se utilizou de normas programáticas e, nem por isso,

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, cit., p. 244.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, cit., p.274.

³² CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p.343 e 368.

³³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, cit.,p. 219-220.

os autores questionam a sua capacidade de gerar direitos subjetivos, diante da sua tradição jurídica, o que nos leva a crer que, além da discussão teórica sobre a “eficácia” das normas programáticas, existem outras questões envolvidas na identificação dos direitos sociais como direitos subjetivos.

O ponto central da discussão sobre a capacidade das normas constitucionais programáticas que reconhecem direitos sociais gerarem direitos subjetivos e obrigações estatais, entendemos, não se localiza na natureza técnico-jurídica da regra que o contém, como insistem a doutrina e jurisprudência pátrias, numa postura extremamente conservadora e tradicionalista, mas no conteúdo ideológico do direito fundamental nela previsto e na conveniência política de sua implementação.

O tema remete à discussão teórica levantada por Ferdinand Lassalle, Carl Schmitt, Konrad Hesse, Vezio Crisafulli e tantos outros acerca da imperatividade da própria Constituição e efetividade de suas normas, levando-nos a assumir que são os fundamentos sociais e políticos, muito mais que os técnico-jurídicos, que fazem com que algumas normas constitucionais sejam eficazes e efetivas e outras não.

Teorias consideradas extremistas afirmaram prevalecer sobre o jurídico o caráter político ou social da Constituição, desmerecendo a própria juridicidade da Lei Maior³⁴. Outras, tentaram conciliar a influência da realidade sócio-político-econômica sobre a Carta Constitucional, com a ingerência desta, enquanto texto jurídico, na vida política e social de um Estado³⁵.

Normas constitucionais tidas pelos juristas como de eficácia plena ou auto-executáveis, ou bastantes em si, ou qualquer outro termo que se pretenda utilizar para designar as normas que não delegam ao Estado a competência de constituir o meio de realização do direito, e que disciplinam direitos civis e políticos como a vida e a segurança, carregam o mesmo grau político e jurídico de aplicabilidade e eficácia de normas ditas programáticas, quando estas reconhecem direitos sociais como os direitos à alimentação, à saúde e

³⁴ LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*, op. cit.

³⁵ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, cit., p. 25.

à educação, em virtude do teor do art. 5, § 1º da CF/88.³⁶ Logo, tanto quanto elas, devem ser reconhecidas como aptas a produzir direito subjetivo. Esta é a tendência natural da evolução dos direitos humanos³⁷.

O fato de a norma constitucional do art. 6º da Constituição Federal, ao reconhecer os direitos à saúde e à educação, remeter a outras normas constitucionais e estas (arts. 196 e 205, por exemplo) os tornarem dependentes de políticas públicas que os promovam, não os torna menos jurídicos ou eficazes que o direito à vida ou à segurança, pelo simples fato destes estarem previstos pelo *caput* do art. 5º (norma tida como de eficácia plena e aplicabilidade imediata).

É que o *caput* do art. 5º da CF/88 não esclarece o conteúdo dos direitos nela referidos e tampouco exclui a necessidade de políticas públicas que os promovam, tanto que a própria Constituição trata, em outros dispositivos, da segurança pública e também remete ao legislador ordinário alguns pormenores (arts. 142, 143 e 144 da Lei Maior brasileira, a título de ilustração).

Se é certo que a grande maioria das normas que tratam dos direitos sociais delegam ao legislador ordinário, expressamente, o desenvolvimento dos seus mecanismos de efetividade, não é errado asseverar que, na declaração dos direitos civis e políticos e suas garantias isto também ocorre (art. 5º, XXVIII, XXIX, XLIII, LXXVI, entre outros, da CF/88).

O fato é que ainda não se desenvolveu no Brasil uma história de respeito à Constituição como um todo. Mesmo os princípios constitucionais, que não tutelam situações jurídicas subjetivas e, por isso mesmo prescindem de regulamentação, são desrespeitados³⁸.

Normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata são violadas pelo próprio Estado, corriqueiramente, apesar de reconhecidas, unanimemente, pela doutrina e jurisprudência como capazes de gerar direitos subjetivos e sendo dotadas de instrumentos

³⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, cit., p.325.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p.518.

³⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1035.

judiciais de proteção³⁹. A ausência de realização deste direito, de forma integral, no entanto, não faz com que se lhes negue a juridicidade ou a eficácia.

O problema não é o desrespeito, em si, a um princípio constitucional ou a uma regra constitucional de eficácia plena ou limitada. A grande questão é por que normalmente são violadas as normas que têm conteúdo social mais latente? E mais: Por que o descumprimento do seu preceito leva os constitucionalistas a formular teorias jurídicas justificadoras, ao invés de procurar as soluções jurídicas que permitam assegurar a aplicação da Constituição?

O direito à vida é incluído no ordenamento jurídico brasileiro por norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata indiscutível e é dotado de várias garantias previstas em normas constitucionais com a mesma natureza. Todavia, tem a sua dimensão social constantemente violada. Logo, a norma que o reconhece, apesar de ser classificada juridicamente como de eficácia plena (ou até mesmo absoluta), é inefetiva.

Se há distinção técnica na elaboração das normas e umas remetem a disciplina da matéria ao legislador ordinário e outras não, claro que se deve reconhecer a diferença, mas sempre vislumbrando o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais⁴⁰ e a indivisibilidade dos direitos humanos, pois só assim, ao invés de se tratar as normas programáticas como incapazes de gerar direito subjetivo oponível ao Estado ou ao particular, dar-se-á aos meios judiciais existentes, através das regras de hermenêutica, a força de que precisam para fazer valer a Constituição.⁴¹

Neste sentido, poderíamos concluir, juridicamente, que quando o art. 208, VII, da Constituição Federal de 1988, estabelece que o dever do Estado correspondente ao direito fundamental à educação, será efetivado mediante a garantia de atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, cit., p.58.

⁴⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, cit., p. 1097.

⁴¹ DANTAS, Ivo. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995, p.80.

suplementares de alimentação, está deixando claro que o Estado, em qualquer nível da Federação, deve pautar suas ações no sentido de desenvolver programas de alimentação escolar para os alunos do ensino fundamental.

A criação desses programas é delegada ao legislador ordinário, sem dúvidas, e às políticas públicas formuladas pelo Poder Executivo, mas a obrigação constitucional já está constituída, a norma é dotada de forte carga eficaz.

Se for omissivo o legislador ordinário ou o representante do Poder Executivo, e violar, com isto, os direitos sociais à alimentação e à educação previstos nesta norma programática, imprescindível é a leitura dos instrumentos constitucionais existentes, no sentido de assegurar a eficácia da norma, ao invés de criar teorias que justifiquem a inconstitucionalidade e situem a criação das políticas públicas correspondentes no âmbito da liberdade política daqueles que exercem o Poder.

A eficácia dos direitos sociais, notadamente os contidos em normas programáticas, depende tanto de uma mudança na postura teórica dos juristas atuais, para que passem a ler a Constituição como uma Lei Suprema de fato, exigindo o respeito daqueles que juraram defendê-la, quanto do interesse político dos que exercem o poder estatal.

Isto porque os argumentos teóricos de “reserva do possível”, ilegitimidade de ingerência do Poder Judiciário em assuntos próprios dos Poderes Executivo e Legislativo, “prestação positiva x prestação negativa” trazidos à baila por inúmeros doutrinadores brasileiros⁴² só mereceriam consideração quando, de fato, o “possível” estivesse sendo feito. Ocorre que a ninguém é atribuído, pela maioria dos doutrinadores, o direito de questionar, judicialmente, se os políticos estão, de fato, fazendo o “possível” para atender à Constituição.

Com uma postura voltada à obediência dos ditames constitucionais, ao revés de tratar a Lei Maior como ideal utópico, as teorias jurídicas podem dar aos inúmeros instrumentos constitucionais

⁴² Krell, Andreas. Realização dos Direitos Fundamentais Sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**. Recife: Editora Universitária, n. 10, 2000, p.30.

postos à disposição do cidadão para assegurar a efetividade dos direitos sociais a leitura de que necessitam para garantir a prevalência de princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana e a consecução dos objetivos de construção de uma sociedade justa, livre e solidária, de erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais.

2. Reconhecimento do direito à alimentação pelo Estado brasileiro

2.1. Constituições nacionais

A primeira Constituição do Brasil, como Estado independente, foi outorgada por D. Pedro I, em 1824. Apesar de totalmente influenciada pelo espírito liberal francês, tratou de alguns direitos sociais, a exemplo dos §§ 24, 31, 32 e 33, do art. 179, que falavam do respeito à saúde, da liberdade de emprego e do direito à educação gratuita. Nenhuma menção foi feita ao direito à alimentação, contudo.

Rompendo com a monarquia, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em sua Declaração de Direitos (art. 72) manteve a ideologia liberal e dispôs apenas sobre direitos civis e políticos. Tratou da educação leiga, das instituições de ensino, da liberdade de escolha de profissão, mas não os reconhecia como direitos sociais propriamente ditos.

Todavia, o art. 78 previu que “a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna”, cedendo espaço para a legislação infraconstitucional e os futuros tratados internacionais.

A Constituição de 1934, imbuída do espírito democrático peculiar à época, foi a primeira Constituição brasileira a tratar de direitos econômicos, sociais e culturais como categoria específica e diferenciada de direitos, tanto englobando-os na Declaração de Direitos, como na Ordem Econômica e em várias outras disposições espalhadas pelo texto constitucional.

Na declaração de direitos, tratou dos direitos concernentes à subsistência, assegurando o direito do cidadão de prover a sua subsistência e a de sua família, “mediante trabalho honesto”, em termos que, só mais tarde, apareceram na Declaração Universal dos

Direitos Humanos. Restringiu o direito à propriedade privada ao exercício conforme o interesse social ou coletivo. Determinou a organização da ordem econômica de forma que possibilitasse a todos existência digna, limitando, com isto, a liberdade econômica. Deu ênfase aos direitos sociais do homem trabalhador e ao direito à educação.

Ao tratar do direito à educação como “direito de todos” e atribuir o dever correlato à família e aos Poderes Públicos, a fim de que se desenvolvesse a “consciência de solidariedade humana” (art. 149), previu como obrigação da União, dos Estados e do Distrito Federal, a constituição de um fundo para financiamento da educação, aplicando-se parte dos recursos em assistência alimentar (art. 157, § 2º). Foi a primeira vez que o direito à alimentação foi referido em uma Constituição brasileira, mesmo que de forma indireta, através da indicação de necessidade de políticas públicas e vinculado a um outro direito, este sim, diretamente reconhecido como direito subjetivo.

Muito embora tenha falado em assistência social como competência da União, a Constituição Federal de 1937 representou um retrocesso no reconhecimento dos direitos humanos no Brasil, pois retirou do rol dos crimes de responsabilidade do Presidente da República o desrespeito aos direitos civis e políticos, como era praxe constar; não ratificou o direito à subsistência; e ampliou, novamente, o direito à propriedade, remetendo ao legislador ordinário a faculdade de limitação. Se direitos civis e políticos, proclamados, divulgados e aceitos mundialmente desde o século XVIII foram extremamente cerceados, o que poderíamos esperar com relação aos direitos sociais.

O direito à educação foi mantido no texto constitucional, no entanto, não mais como dever do Estado. O Estado apenas “não lhe será estranho”, recaindo a responsabilidade do adimplemento aos pais e, somente em situação de impossibilidade destes, subsidiariamente, ao Estado.

O único reflexo de direito à alimentação estava na responsabilidade pelas políticas públicas que deveriam assegurar condições “físicas e morais de vida sã” para a infância e juventude, podendo os pais pedir o “auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação de sua prole” (art. 127).

Não obstante a idéia de subsistência tenha permanecido como “um bem que é dever do Estado proteger” (art. 136, *caput*) e se tenha, ainda, mantido a definição do salário mínimo como capaz de assegurar ao trabalhador as suas “necessidades normais” (art. 136, h), ambos contendo o direito à alimentação, a exclusão da necessidade de programas de assistência alimentar do texto constitucional indicou um passo atrás no reconhecimento deste direito pelo Estado brasileiro.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, adotando o regime democrático de governo, considerou crime de responsabilidade do Presidente da República não apenas o atentado contra o exercício dos direitos políticos e individuais, como era comum até então, mas também o ato atentatório aos direitos sociais.

Apesar de não resgatar os direitos de subsistência referidos na Constituição de 1934, reconheceu, expressamente, em sua Declaração de Direitos, o direito à vida, que, obviamente, os inclui (art. 141) e, ao tratar do direito ao trabalho, indicou que tal direito deve possibilitar a “existência digna” (art. 145, parágrafo único) de seu titular, o que demonstrou a preocupação, implícita, com a alimentação.

A justiça social passou a ser princípio norteador da Ordem Econômica e Social. O interesse e o bem-estar sociais foram limitadores da propriedade (arts. 141, §16, c/c 147). Manteve a Constituição a exigência de um salário mínimo, a proteção ao homem do campo e o amparo à infância e adolescência.

Voltou a dar a conotação de dever do Estado de realizar, em conjunto com a sociedade, o direito à educação e a falar em defesa e proteção da saúde, mas não tratou, expressamente, da necessidade de implementação do direito à alimentação, através de políticas públicas. Por outro lado, repetiu a norma de que o rol de direitos expressos na Constituição não exclui outros decorrentes dos seus princípios.

A Constituição de 1967, fruto do regime militar adotado desde 1964, abandonou a democracia, mas continuou a falar em planos nacionais de educação e de saúde; a incluir a violação ao exercício dos direitos sociais como crime de responsabilidade do Presidente da República; e a deferir os direitos civis e políticos na Declaração de Direitos, a qual manteve os termos da Constituição democrática de 1946, com pequenas restrições aparentemente inofensivas.

A Ordem Econômica e Social se utilizou da justiça social como princípio, e a dignidade humana, a função social da propriedade e o salário mínimo nela tiveram assento. No entanto, nada fora referido no que diz respeito ao direito à alimentação, mantendo-se apenas a cláusula de não-exclusividade do rol dos direitos fundamentais expressos na Constituição.

A vigente Constituição, democrática por excelência, estabelece como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, o que, por si só, assegura a qualquer pessoa que se encontre em solo brasileiro o respeito à sua condição de ser humano e a obrigação de respeito, proteção, promoção e realização de todos os direitos essenciais à sua humanidade por todos, inclusive - e principalmente - pelo Estado.

Como objetivos fundamentais, diretamente ligados ao direito à alimentação, prescreve o seu art. 3º a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais.

É certo que a Declaração de Direitos e Garantias Fundamentais, ora situada no incio da Carta Constitucional, não fala nos direitos de subsistência, mas continua reconhecendo o direito à vida (art. 5º, *caput*), as limitações à propriedade (art. 5º, XXIII), o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados (art. 6º).

Ao definir o que queria dizer aquele salário mínimo apto a satisfazer as “necessidades normais” do trabalhador, tantas vezes prescrito em normas constitucionais, esclareceu que deveria atender “às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social...” (art. 7º, IV).

Deixa claro, embora seja bastante exaustiva na declaração de direitos, que os direitos e garantias nela reconhecidos não excluem os “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, § 2º).

Estabelecendo a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, refere-se ao fomento à produção

agrícola, à organização do abastecimento alimentar e ao combate às causas da pobreza (art. 23, VIII e X).

A Ordem Econômica e Financeira, separada da Ordem Social que ganhou título próprio, estabelece que é sua finalidade “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170). Para isto, manteve a desapropriação por interesse social, esclarecendo que seu intuito é a promoção de reforma agrária e detalhando quando um imóvel está cumprindo a sua função social (arts. 184 e 186).

A Ordem Social também estabelece como seu *objetivo o bem-estar e a justiça sociais* (art. 193), assegurando, dentre outros:

- a. direito à saúde, que deve ser garantido, entre outras, por políticas públicas de redução do risco de doença, o que, evidentemente, inclui programas de combate à desnutrição e outras doenças relacionadas à adequação da alimentação (arts. 196 e 200, VI);
- b. direito à assistência social, que será realizado pelo Estado, independentemente de qualquer contraprestação do cidadão, desde que este dela necessite (art. 203);
- c. direito à educação, que será implementado pelo Estado mediante a garantia atendimento em de programas suplementares de alimentação (art. 208, VII);
- d. direito à assistência à família (art. 226, §8º); e
- e. direito à alimentação, com prioridade, da criança e do adolescente (art. 227).

Observamos que a Constituição Federal de 1988 reconhece o direito à alimentação como direito de todos. Não apenas porque decorrente das regras e princípios nela previstos, mas pela absoluta prioridade que assegura ao direito à alimentação da criança e do adolescente, face ao direito à alimentação dos demais seres humanos.

É certo que não trata o direito à alimentação com o mesmo destaque concedido aos direitos sociais ao trabalho, à educação e à saúde. Talvez diante da ligação estreita com o direito à vida, que faz com que se considere o direito à alimentação sua parte essencial, já que é impossível haver vida sem alimentação, ou vida digna sem alimentação adequada.

Da mesma forma, liga-o à necessidade de uma política de reforma agrária, de acesso à terra, de manutenção do homem no campo, de erradicação da pobreza e de direito a um trabalho que permita ao ser humano, por si só, realizar, para si e sua família, os direitos sociais indispensáveis à aquisição da sua dignidade.

Ainda, ao estabelecer que os direitos humanos reconhecidos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil são por ela admitidos, concede ao direito à alimentação, expresso no Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (dentre outros documentos internacionais), *status* constitucional.

2.2. Documentos internacionais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi o primeiro documento internacional adotado pelo Brasil que continha o direito à alimentação (Artigo 25). Embora o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais tenha sido adotado pelas Nações Unidas em dezembro de 1966, contendo, em seu artigo 11, o direito à alimentação, somente foi ratificado pelo Estado brasileiro em 1992. Observe-se que, em ambos, o direito à alimentação aparece como integrante do direito a um “padrão de vida ou nível de vida” adequado. Verificamos que as Constituições brasileiras de 1934 e 1946 já o reconheciam nestes mesmos termos.

Mesmo tendo sido adotada apenas em 1989, a Convenção sobre os direitos da criança foi ratificada pelo Brasil antes do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Porém, tratou do direito à alimentação nos mesmos moldes acima citados, ora como condição indispensável à realização do direito à saúde (Artigo 24, parágrafo 2º, “c” e “e”), ora como necessário a um nível de vida adequado (Artigo 27, parágrafo 3º).

Já a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, por outro lado, adotada pelas Nações Unidas em 1979 e ratificada pelo Brasil em 1984, prevê em seu artigo 12, parágrafo 2º, o direito a uma nutrição adequada durante a gravidez e lactância, dando ênfase ao direito à alimentação enquanto direito propriamente dito e não como integrante de outro, sem qualquer demérito à sua complementaridade e indivisibilidade.

Em 1996 o Estado brasileiro participou da aprovação da Declaração Mundial de Segurança Alimentar e correspondente Plano de Ação, reafirmando o direito de todo cidadão ter acesso à alimentação saudável e nutritiva, bem como de estar livre da fome, comprometendo-se a promover esforços para a erradicação da fome e a diminuição dos alarmantes números de desnutrição humana à metade, até o ano de 2015, bem como reconhecendo a sua obrigação de realizar a segurança alimentar das presentes e futuras gerações.

O plano de ação mundial visando à consecução de uma real segurança alimentar afirma que *“Food security exists when all people, at all times, have physical and economic access to sufficient, safe and nutritious food to meet their dietary needs and food preferences for an active and healthy life”*.⁴³ Extremamente adequado ao espírito constitucional o compromisso firmado pelo Estado brasileiro, nada obstante não tenha sido adotada a forma de tratado internacional.

Por fim, merece destaque o Comentário Geral n.º 12, redigido pelo Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, em seu 20º período de sessões (26/04 a 14/05 de 1999), preocupado com a negligência com que se tem tratado o direito à alimentação e visando à implementação do artigo 11 do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que entende realizado o direito à alimentação adequada “quando todo homem, mulher ou criança, sozinho ou em conjunto, tem acesso físico e econômico a todo o momento a alimentação adequada ou aos meios de obtê-la”⁴⁴

Como se vê, em nível internacional, o direito à alimentação adequada vem sendo reconhecido desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo uma constante, a partir de então, nos tratados e convenções internacionais, bem como nas discussões das assembleias da Organização das Nações Unidas e suas agências, face

⁴³ World Food Summit. **Rome Declaration on World Food Security**, cit. Segurança alimentar existe quando todas as pessoas, a todo o tempo, tenha acesso físico e econômico a alimentação sã, nutritiva e suficiente a preencher suas necessidades diárias e preferenciais, para uma vida ativa e saudável.

⁴⁴ Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *Comentário Geral n.º 12*. Genebra. p. 2 “conteúdo normativo dos parágrafos 1º e 2º do artigo 11”.

ao inadimplemento pelos mais diversos Estados e da situação de fome em que se encontra o mundo.

2.3. Direito à alimentação como direito social fundamental.

O direito à alimentação está presente no ordenamento jurídico brasileiro tanto expressa, ligado a outros direitos fundamentais, como implicitamente, nos fundamentos, objetivos e princípios da República Federativa do Brasil. O próprio teor da Constituição de 1988 seria suficiente para a identificação do reconhecimento do direito social à alimentação pelo Estado brasileiro, mas a inserção deste nas declarações, tratados e convenções de direitos humanos apóia e facilita este reconhecimento.

O longo período de tempo geralmente decorrido entre a adoção dos Pactos e Convenções pela ONU e a ratificação pelo Brasil através dos mecanismos internos, não impediria, teoricamente, a utilização dos documentos internacionais, vez que estes poderiam ter sido considerados, enquanto isso, como princípios gerais do direito ou direito internacional consuetudinário.⁴⁵

Isto porque tais costumes sempre foram adequados ao espírito das Constituições brasileiras do século XX, que ora falaram em justiça social, ora em necessidade de respeito aos direitos de subsistência, ora em dignidade humana. Mesmo quando não correspondia à realidade política nacional.

O contrário tem ocorrido, pois a realização dos direitos sociais tem sido referida como questão de maior conteúdo político que jurídico e as doutrinas jurídicas têm-se escondido atrás das teorias da “ineficácia” das normas programáticas para permitir o desrespeito às normas constitucionais, e esvaziar os meios jurídicos de garantia.

Tornou-se relevante, por conseguinte, a discussão quanto à recepção dos tratados internacionais de direitos humanos, nos termos da cláusula de abertura constante das declarações de direitos das nossas constituições e repetida pelo art. 5, § 2º da Constituição de 1988, pois o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, já

⁴⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional do Direitos Humanos**. Vol. I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p.38.

recepcionado pelo direito nacional, não deixa dúvida sobre a existência do direito a um nível de vida adequado, assegurado pelo “acesso físico e econômico a todo o momento a alimentação adequada ou aos meios de obtê-la...”

Malgrado o Supremo Tribunal Federal venha decidindo de forma a não conferir aos direitos constantes em tratados internacionais e não referidos expressamente no texto constitucional o *status* de direito fundamental⁴⁶, o Superior Tribunal de Justiça⁴⁷ e vários estudiosos dos direitos humanos o consideram como tal⁴⁸ e a eles nos juntamos em respeito ao espírito democrático da Constituição e à necessidade de adequação do direito à evolução social, que justifica sempre a alteração, não apenas no conteúdo dos direitos já reconhecidos aos seres humanos, mas no seu próprio rol.

Por outro lado, o direito à alimentação encontra-se em situação privilegiada, pois não está presente apenas nos tratados internacionais, mas, como vimos, em vários artigos da Constituição Federal, sendo, portanto, impossível negar-lhe a condição de direito social fundamental.

Conclusão. O direito à alimentação é oponível ao Estado brasileiro.

Observando o desenvolvimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, internacional e nacionalmente, identificamos que o direito à alimentação está previsto, na Constituição brasileira, em normas “de eficácia limitada de princípio programático”, pois os dispositivos que o reconhecem determinam ao Estado que o assegure através de políticas públicas e programas de governo.

No entanto, verificamos que o fato de o direito à alimentação estar previsto nestas normas programáticas não impede que se faça valer o seu conteúdo eficaz já presente e se obrigue, individual ou coletivamente, o Estado a realizá-lo.

O reconhecimento do direito social à alimentação pela Constituição da República Federativa do Brasil, *de per si*, faz com que

⁴⁶ H-73044/SP, DJ 20.09.96, p. 34.534.

⁴⁷ HC 3545/DF; DJ: 18.12.1995; p. 44620.

⁴⁸ Neste sentido: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PIOVESAN, Flávia; SARLET, Ingo Wolfgang, entre outros.

ele possa e deva ser considerado como direito subjetivo, oponível ao Estado, mesmo que a sua realização, diante da natureza social prestacional que lhe é inerente, possa sofrer limitação. Até porque, nenhum direito humano, seja civil, político, econômico, social ou cultural é absoluto.

Qualquer indivíduo que esteja no território brasileiro pode exigir do Estado o adimplemento do seu direito humano à alimentação. Para isto, deve utilizar-se dos diversos mecanismos jurídicos, políticos e sociais existentes no nosso ordenamento jurídico, principalmente os constitucionais.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR FATO DO FILHO: CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO BRASILEIRO E O DIREITO COMPARADO

Ana Florinda Dantas ^(*)

SUMÁRIO

1. A responsabilidade dos pais por fato do filho, no Direito brasileiro atual. 2. Considerações sobre o Direito comparado. 2.1. O Direito francês e o alemão. 2.2. O Direito português. 2.3. Outros sistemas: O Direito espanhol, o italiano, o sistema adotado na *Common Law* e o Direito de Quebec. 3. O novo Código Civil. 4. Conclusões.

1. A responsabilidade dos pais por fato do filho, no Direito brasileiro atual

Diante da crescente autonomia conferida aos filhos ainda crianças e adolescentes, notadamente nos diversos sistemas jurídicos ocidentais, especial atenção vem sendo dedicada ao estudo e desenvolvimento dogmático das relações jurídicas existentes entre o pátrio poder e a responsabilidade civil dos pais por fato do filho, até mesmo diante do constante aumento das ocorrências de fatos danosos atribuídos aos jovens ainda sujeitos ao pátrio poder, ensejando os mais diversos debates acerca dos limites dessa responsabilidade.

Embora originalmente o Código Civil brasileiro houvesse adotado na regulação da responsabilidade dos pais por fato do filho o sistema francês, enumerando o art. 1.521 do Código Civil quais as pessoas obrigadas à vigilância (referindo-se o inciso I aos pais) não contemplava a presunção de culpa dos pais.

^(*) Juíza de Direito de Alagoas, Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito de Lisboa, Docente do Centro Universitário de Ciências Jurídicas (CCJUR/CESMAC) e da Escola Superior de Magistratura de Alagoas (ESMAL).

O art. 1.521 era complementado pelo art. 1.523, segundo o qual a responsabilização do pai somente ocorreria se ele concorresse para o dano, com culpa ou negligência de sua parte, e relativamente aos filhos que estivessem sob sua guarda e em sua companhia. Alterações legislativas e a criação jurisprudencial posteriores conduziram, todavia, o Direito brasileiro a adotar soluções muito próximas às do Direito português, como veremos adiante.

Essa regulação era coerente com o pensamento então predominante na doutrina brasileira, de que somente era possível responsabilizar-se alguém pelo critério da culpa. Exemplo dessa doutrina temos em WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, para quem, a partir da herança romana, “o mundo civilizado continuaria fiel à idéia tradicional da culpa”, o que equivalia a dizer que, em princípio, para que se concedesse a reparação, preciso era que o respectivo fato gerador fosse moralmente imputável ao seu autor, originando-se da sua vontade consciente. Na ausência de culpa, que não se deveria presumir, improcederia o pedido de composição de dano formulado pela vítima.¹

Ressalve-se, porém, que o mesmo autor trouxe à discussão a teoria da culpa objetiva, ao destacar que se tratava de uma tendência do direito manifestar-se no sentido de substituir a idéia da responsabilidade pela da reparação, a da culpa pela do risco, e a responsabilidade subjetiva pela responsabilidade objetiva.²

A presunção de culpa dos pais veio a ser estabelecida no ordenamento brasileiro pelo Código de Menores de 1927 (Dec. nº 1.7943-A, de 12/10/1927), relativamente aos atos ilícitos praticados pelos filhos menores de idade, suprimindo-se o requisito de se encontrar menor estar sob o poder e a companhia do pai, e invertendo-se o ônus da prova da culpa, estabelecendo-se portanto regime diverso daquele presente no Código Civil.³

¹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, v. 5, parte 2, 1994, p. 392.

² Ob. cit. p. 397.

³ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: Responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 1997, p. 58-59. Assim dispunha o art. 68, § 4º do referido Código de Menores: “Art. 68 (...) § 4º - São responsáveis pela reparação civil do dano causado pelo menor os pais ou a pessoa a quem incumbia legalmente a sua vigilância, salvo se provar que não houve de sua parte culpa ou negligência”.

Posteriormente, contudo, esse dispositivo foi revogado pela Lei nº. 6.697, de 10 de outubro de 1979, que aprovou outro Código de Menores, mas não restabeleceu o art. 1.523 do Código Civil. Este segundo Código de Menores seria novamente revogado em 1990, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, que, igualmente nada dispôs a respeito.

Toda essa sequência de alterações legislativas, como não poderia deixar de ser, gerou muitas polêmicas que, em suma, resultaram em duas posições doutrinárias distintas acerca da conformação da responsabilidade do pai por fato do filho.

A primeira posição, sustentada pela maioria dos autores, era no sentido de que a responsabilidade dos pais era presumida, mas poderia ser elidida se comprovassem que não agiram com culpa, e que suas condutas haviam sido incensuráveis quanto à vigilância e à educação do filho menor.⁴

A segunda posição era a de que, depois do Código de Menores, a única regra que regia a matéria era a do art. 1521, I, do Código Civil, tratando-se, portanto, de hipótese de responsabilidade objetiva, sem possibilidade de exoneração do pai.⁵

⁴ Por todos, Maria Helena Diniz, **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, v. 3, 1986, p. 510, *passim*.

⁵ Essa posição é sustentada entre outros, por Sílvia Rodrigues, Ob. cit., p. 66-67. Assim escreve o respeitado mestre: "De fato, a Lei n. 6697, de 10 de outubro de 1979, que instituiu um novo Código de Menores, em seu derradeiro artigo, revogou, expressamente e em seu todo, o Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, que dera vigência ao Código anterior. Portanto o art. 64, § 4, acima transcrito, que por sua vez revogara o art. 1.523 do Código Civil se encontra também revogado. Ora, foi aquele dispositivo, cuja vigência agora se extinguiu, que aliviou a vítima do ato danoso praticado pelo menor do encargo de provar a culpa do pai deste, para vê-lo envolvido na obrigação de indenizar. Entretanto, o simples fato de ter o Código de Menores de 1927 perdido a vigência não faz com que o art. 1.523 do Código Civil, por ele revogado, volte e vigorar, pois a lei revogada não se restabelece por ter a lei revogadora perdido a vigência. No Brasil, em tais circunstância não opera a repristinação. Portanto, como estamos agora? Na realidade, com a revogação do art. 1523 do Código Civil e a posterior revogação do Código de Menores, o único texto a reger a responsabilidade dos pais por atos dos seus filhos é a regra do art. 1.521 daquele Código.

Ao registrar ambas as posições doutrinárias, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, esclarece que essa circunstância decorreu da inadvertência do legislador que não anteviu a repercussão ampliativa no quadro da responsabilidade civil, e que

“[...] tendo em vista esta circunstância, é aconselhável que a jurisprudência brasileira se mostre cautelosa ao examinar os problemas concernindo à matéria, e talvez devam os tribunais, aplicando com relativa brandura a lei, admitir a exoneração do pai, quando for manifesto que o dano causado pelo menor ocorreu a despeito de haver seu progenitor agido com a diligência normal cabível na hipótese”.⁶

No nosso entendimento, a interpretação literal do art. 1.521, I do Código Civil não refletiria a realidade do sistema brasileiro vigente, retirando do pai a possibilidade de se exonerar quanto à responsabilidade provando que não havia atuado com culpa. Isso porque a interpretação sistemática, que nos parece a mais adequada, conduz a esse resultado, ainda mais quando o art. 156 do Código Civil exige que o filho de 16 anos, ali equiparado ao maior para efeito da obrigação por ato ilícito, tenha agido culposamente para que venha ser obrigado a indenizar.

Desse modo, seria incoerente que, no mesmo sistema, os pais respondessem por fato do filho relativamente ao qual o próprio filho houvesse sido exonerado, pelo reconhecimento de que não havia atuado culposamente.

Felizmente, a doutrina e a força criadora da jurisprudência brasileira sempre foram fatores de ajustamento da aparente “confusão” legal à nossa realidade social, e assim ocorreu com relação ao tema da responsabilidade paterna.

Assim é que a aplicação, por analogia, da Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal, presumindo a responsabilidade do patrão ou comitente por ato ilícito do seu empregado, passou a ser também adotada à responsabilidade do pai, dando-lhe, por caminhos diversos, conformação semelhante à do atual direito português, segundo a qual

⁶ Ob. cit., p. 68.

a culpa é presumida, podendo, porém, o pai, exonerar-se se provar que foi diligente.⁷

Prevaleceu, portanto, a posição tradicional da doutrina brasileira de identificar na responsabilidade civil paterna a culpa presumida,⁸ apontando para a necessidade de não se deixar o dano sem reparação, mantida contudo a possibilidade de justificação da ausência de culpa, situando-a, portanto, a meio caminho entre a responsabilidade com culpa e a responsabilidade objetiva, embora guardando mais afinidade com essa última.⁹

A partir da evolução registrada na doutrina e na jurisprudência, podemos afirmar que a responsabilidade civil do pai por fato do filho, no Direito brasileiro atual, é colocada no quadro geral das obrigações como responsabilidade delitual, extracontratual ou aquiliana, por decorrer de violação legal a um direito subjetivo ou da prática de um ato ilícito, sem que haja vínculo de natureza contratual entre o lesado e o lesante.¹⁰

⁷ O STF, ao interpretar o art. 1523 do CC, consagrou o entendimento de que a lei presume a culpa do patrão ou comitente pelo ato ilícito de seu empregado ou preposto (Súmula 341). A respeito, Roberto Rosas, em *Direito Sumular*, 9. ed., São Paulo, Malheiros, 1998, p. 133, esclarece que não foi fácil a alteração jurisprudencial do STF no concernente à interpretação do art. 1521, III, do Código Civil, atribuída aos Ministros Orosimbo Nonato e Filadelfo Azevedo. Assim é que, embora também não conste de texto legal a possibilidade da exclusão com a negativa do nexo de causalidade, essa interpretação também já é corrente nos tribunais brasileiros, na aplicação dos princípios gerais da teoria da culpa.

⁸ Criticando o sistema brasileiro de responsabilidade civil, Aguiar Dias observa que o nosso direito, em tese, adota o princípio da culpa como fundamento da responsabilidade, entretanto não se filiou a nenhum sistema, gerando sua instabilidade, impondo-se proceder-se a temperamentos, a exceções, e a derivações que o inutilizam como regra fundamental, e a necessidade da sua revisão. **Da responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1960, p. 56.

⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito das obrigações**. Brasília Jurídica, 1999, p. 130.

¹⁰ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 338.

É, ainda, uma forma de responsabilidade por culpa própria,¹¹ em que alguém responde, indiretamente, por prejuízo resultante da prática de um fato por outra pessoa, em razão de se achar ligado a ela por vínculo legal de responsabilidade.

Verifica-se, portanto, a existência de dois agentes: o causador do dano e o responsável pela indenização. Por isso mesmo, é denominada de responsabilidade complexa ou indireta, ou ainda transubjetiva, porque só indiretamente pode ser vinculada ao responsável, sendo esse vínculo legal entre o lesante e o responsável, ao nosso ver, o pátrio poder, no seu complexo de deveres e direitos. Como se trata de uma exceção à regra ao princípio geral da responsabilidade direta, não admite, igualmente, interpretação extensiva ou ampliativa.¹²

Outra característica da responsabilidade civil do pai por fato do filho é que nela vigora o princípio da inversão do ônus da prova, podendo a pessoa a quem a lei atribui a responsabilidade dela vir a se eximir, se provar que não houve culpa de sua parte, residindo aí sua principal diferença relativamente à responsabilidade objetiva. Quanto ao ofendido, embora esteja isento de provar a culpa do responsável, incumbe-lhe provar o dano, o fato e o nexo de causalidade entre ambos.

Outra questão amplamente discutida por ocasião da promulgação do Código Civil atual foi a da natureza da presunção da

¹¹ Orlando Gomes considera o ponto crucial da questão o reconhecimento de que as pessoas enunciadas no art. 1.521 do Código Civil são responsáveis por culpa própria, e de que o Código admite a responsabilidade de certas pessoas que devem exercer vigilância sobre outras, decorrendo a responsabilidade desse dever, embora por fato de terceiro. Ob. cit., p. 331.

¹² DINIZ, Maria Helena. Ob. cit., p. 509. A denominação responsabilidade transubjetiva é empregada por Paulo Luiz Netto Lôbo, e, segundo o referido autor, ela transcende o próprio sujeito, para responsabilizá-lo não por seus atos, mas por fatos de outros ou de coisas, tendo como fundamento o dever de reparação, que o direito atribui a determinadas pessoas, em virtude de danos provocados por outrem. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Ob. cit., p. 129.

culpa dos pais, se absoluta ou *juris tantum*, consolidando-se afinal na doutrina e na jurisprudência a última posição.¹³

Dentre as hipóteses em que estão os pais sujeitos a essa espécie de reparação, podemos apontar aquelas em que o filho menor de dezoito anos, com a permissão dos genitores, dirige automóvel sem carta de habilitação e provoca acidente de trânsito; a dos pais que não educam e transmitem valores morais e sociais adequados aos filhos, que vêm a prejudicar a terceiros; os que não velam pela segurança do filho, possibilitando-lhe a prática de delitos como incêndio, furto, lesão corporal ou homicídio.¹⁴

Outra característica do Direito brasileiro atual é que, por força do art. 156 do Código Civil, o menor entre dezesseis e vinte e um anos equipara-se ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos em que seja culpado, ensejando novas discussões acerca do fato de que, neste caso, seriam ou não os pais isentos de responsabilidade.

A jurisprudência dominante é, contudo, no sentido de reconhecer, nesses casos, a responsabilidade solidária dos pais, por força do art. 1.518, parágrafo único e 1.521, do Código Civil.¹⁵

No nosso entendimento, a aceitação do pátrio poder, em lugar da guarda e da companhia do filho, como fundamento dessa responsabilidade, explica bem a questão, desde quando, embora maiores de dezesseis anos, esses filhos ainda estão sujeitos ao pátrio poder até os vinte e um anos completos.¹⁶

¹³ Dentre a doutrina favorável a essa tese citamos, por todos, Fábio Henrique Podestá, **Direito das obrigações**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 179, firmando-se o princípio da inversão do ônus da prova. Nesse sentido decidiu o STF em 198: *Responsabilidade civil – Ação de Indenização - Acidente de trânsito - Menor dirigindo automóvel do pai. Acidente de automóvel provocado por menor dirigindo automóvel do pai. Responsabilidade civil deste, salvo se conseguir afastar, de modo completo, sua culpa presumida, para o que não basta a circunstância de o filho ter habilitação legal para dirigir veículo automotor*. STF, 1ª Turma, 26-5-1981, RTJ 100: 665.

¹⁴ Os exemplos são de Washington de Barros Monteiro, ob. cit., p. 399-400.

¹⁵ RT, 346:201, 465:86, 420:143, 404:359, 566:219. RJTJSP, 28:61, entre outros precedentes.

¹⁶ De acordo com o novo Código Civil, a maioria ocorrerá a partir dos dezoito anos. Já é possível encontrarmos várias decisões que relacionam a

2. Considerações sobre o direito comparado

2.1. O direito francês e o alemão

A maioria dos sistemas jurídicos ocidentais adota, na definição dos critérios de imputação da responsabilidade dos pais por fato do filho, ou o critério subjetivo, em que o lesado deverá provar que o autor do dano agiu com culpa, ou o critério objetivo, que tem como fundamento a presunção da culpa do pai.¹⁷

Buscando, através de uma breve incursão no direito comparado, acompanhar a evolução dessas idéias e da formação do sistema brasileiro, parece-nos relevante iniciar por uma breve apreciação do direito francês e do alemão, matrizes da maioria dos sistemas ocidentais, inclusive o de Portugal e o do Brasil.

O Código Civil francês de 1804, no art. 1.384, alínea 4, consagrou o dever do pai responder pelos danos causados pelo filho pelo princípio da culpa presumida do vigilante, assentado na idéia de que o dano é a consequência do fracasso dos pais na vigilância dos filhos. Desse modo, o especial destaque conferido à função vigilância, de inspiração jusnaturalista, teve, na origem, o objetivo de restaurar as antigas relações familiares, dentro do princípio de que a própria natureza impunha a autoridade do pai sobre o filho.¹⁸

culpa do pai aos deveres do pátrio poder, como o acórdão do TJRJ-AC 4.3008/89-8ª Câmara- 03-1-1991 – RJ- 1. 169/150, *JURISINTESE*, 204442298: *Responsabilidade Civil. Obrigação por ato ilícito. Culpa presumida do pai por ato danoso praticado pelo filho, menor púbere. CC, art.1521, 1. Prancha de surfe danificada por menor que a tomou emprestada de outro para efeito de competição. Responsabilidade reflexa do pai, CC, art. 1.521, 1. Carga legal inerente ao pátrio poder.*

¹⁷ Cf. Henrique Antunes, nos países onde vigora o Direito muçulmano, por exemplo, ainda se ignora a responsabilidade do pai por fato do filho menor, salvo se o filho agir por ordem do pai, quando estará obrigado a reparar o dano. *Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância de pessoa naturalmente incapaz*. Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, v.1, Lisboa, 1977, citando Chafik Chehata, *La théorie de la responsabilité civile dans les systèmes juridiques des pays du Proche-Orient*. Ver. Int. de Dir. Comp, Outubro-Décembre 1976, p. 898/906.

¹⁸ Marco Cavina, *Il potere del padre, la configurazione e ius corrigendi: lineamenti essenziale nella cultura giuridica italiana preunitaria*. Milano, 1995, p. 38 e s.

Por sua vez, o sistema alemão, traduzido no § 832 do *BGB* de 1896, embora também tenha por fundamento a culpa, previu uma responsabilidade com culpa presumida das pessoas obrigadas à vigilância de outrem, em razão de menoridade, ou de estado físico ou mental do vigilando, ou por força de lei ou de contrato, dando feição jurídica aos costumes daquele povo, porque, diferentemente da *patria potestas* romana, o *mundt* germânico importava deveres do senhor da casa em relação a todos que nela se encontrassem, sob o seu poder, servos e animais, resultando não só no dever de reparar os danos causados pelos vigilandos, mas também o de evitar a ocorrência dos danos.¹⁹

O sistema alemão repousa, portanto, não só no dever de vigilância, mas também no de coibir a negligência na organização doméstica e no dever de educação.

O direito francês e o alemão apresentam afinidades que vieram, afinal, a servir como parâmetros para diversos sistemas do direito comparado, sendo a principal o fato de que, em ambos, a culpa dos pais é própria e presumida, não só quanto à vigilância, mas também quanto à negligência no dever de educar, desde quando, tanto em França como na Alemanha, passou-se a entender que o dever de guarda abrange não só a vigilância, mas também (e cada vez com maior ênfase) a educação.

Em ambos a culpa pode ser ilidida, com o afastamento do nexo causal entre a falta de vigilância, ou da educação, e o dano. Acresça-se que foi sob a influência do direito alemão que foi redigido o art. 491º do Código Civil português que o Brasil veio, por fim, a adotar parcialmente.²⁰

Outra característica comum é a inimputabilidade absoluta dos menores de sete anos de idade, sob o correto argumento de que, nessa idade, as crianças, por terem conduta naturalmente egocêntrica, não

¹⁹ MERÊA, Paulo. **Estudos de direito visigótico**. Coimbra: [s.n], 1948. Poder paternal na legislação visigótica, p. 2.

²⁰ O art. 491º do Código Civil português tem a seguinte redação: “As pessoas que, por lei ou negócio jurídico, forem obrigadas a vigiar outras, por virtude da incapacidade natural destas, são responsáveis pelos danos que elas causem a terceiro, salvo se mostrarem que cumpriram o seu dever de vigilância ou que os danos se teriam produzido ainda que o tivessem cumprido”.

possuem condições de avaliar o próprio comportamento em relação a terceiros.²¹

As principais diferenças existentes entre o direito francês e o alemão decorrem no fato de que, repetimos, enquanto o primeiro teve por escopo formar padrões de conduta tidos como valiosos pelos legisladores, o segundo teve origem no costume, dessemelhanças conceituais que se projetam tanto no direito positivo como na interpretação dada à matéria pelos tribunais dos dois países.

Fundamentalmente, o direito francês delimita quem são as pessoas obrigadas à vigilância, e que podem ser responsabilizadas- o pai e a mãe - enquanto o alemão presume responsável quem estiver obrigado à vigilância pela lei, em virtude da menoridade, independentemente de ser um dos pais vigilando, estabelecendo uma ampla cláusula de responsabilidade, com fundamento na culpa *in vigilando*, que vem sendo ainda mais alargada pela jurisprudência, com a inclusão da obrigação do vigilante zelar pela segurança dos interesses do vigilando no tráfego jurídico.

Outra diferença relevante é que no direito francês a condição de causa e efeito entre a ação do menor e o dano é o pressuposto da responsabilização, já que a reprovabilidade da conduta do vigilando, a *faute*, deixou de ser exigida, pois a jurisprudência francesa não tem distinguido entre as causas que dão origem à responsabilidade paterna. Já no sistema alemão, destaca-se a exigência do ato antijurídico, aquém do exigido para a segurança no tráfego jurídico.²²

²¹ Art. 488 do *Code Civile* e 828 do *BGB*.

²² Em 1984, no *Arrêt Fullenwarth*, que tratava da hipótese de um menor que havia lançado uma seta na direção de um colega, vazando-lhe um olho, a Corte de Cassação, afastando qualquer qualificação da conduta do menor, considerou que a única condição de responsabilidade dos pais fora a relação de causa e efeito entre a sua ação e o dano. Este caso aproximou a responsabilidade dos pais à responsabilidade por coisas, suscitando numerosas críticas. Mas essa tendência foi confirmada posteriormente, no *Arrêt Bertrand*, em 1997, no qual um menor de 12 anos, conduzindo uma bicicleta, colidiu com uma motocicleta, sendo o pai do menor responsabilizado, embora houvesse negado a *faute* na educação e na vigilância. Cf. Henrique Antunes, dissertação de Mestrado já referida, p. 36-38.

Hoje, a evolução da matéria na Alemanha vem se caracterizando sobretudo pela atenção dispensada ao livre desenvolvimento da personalidade do filho menor, entendendo-se que uma vigilância contínua lhe é prejudicial, apresentando como resultado o alargamento progressivo das hipóteses de prova liberatória da responsabilidade dos pais.²³

Desse modo, a jurisprudência alemã vem se afastando da responsabilidade objetiva, exigindo do lesado a prova de que, no caso concreto, as circunstâncias tornavam exigível e necessária uma particular vigilância sobre os filhos menores (como a manipulação de objetos perigosos ou quando se trata de crianças ou adolescentes com um temperamento difícil) ou de que o comportamento do lesante não estava situado dentro de uma margem de liberdade necessária ao desenvolvimento de sua personalidade.²⁴ Enquanto isso, no sistema francês, a guarda ainda é pressuposto da responsabilização, sendo relevante citar a denominada jurisprudência *Blieck*, fundada em sentença da *Cour de Cassation* em 1991, proclamando a enumeração limitativa das alíneas 4ª a 6ª do art. 1.384, I, do Código Civil, o que vem sendo mitigado pela jurisprudência alemã.

2.2. O direito português

O direito português filiou-se ao sistema alemão, adotando uma cláusula geral na definição dos sujeitos obrigados, e assim, de acordo com art. 491º do seu Código Civil, são responsáveis as pessoas que,

²³ PATTI, Salvatore. **Famiglia e responsabilità civile**. Milano: Giuffrè Editore, 1984, p. 244.

²⁴ Nesse sentido a decisão do *Oberlandesgericht* - OLG, de Dusseldorf, em 1986, que considerou não ser possível responsabilizar os pais de duas meninas, de 11 e 6 anos de idade, que atiravam pedras no terreno vizinho, provocando, com isso, um cão do vizinho. Entendeu o tribunal que, dentro dos padrões legais de educação, não havia como encerrar as crianças para que não incomodassem o vizinho, restando aos pais fazer-lhes ver, progressivamente, as consequências de seus atos, ressaltando o direito do vizinho à indenização, se acaso ocorresse algum dano. Cf. Esther Gómez Calle, *La responsabilidad civil*, citada por Henrique Antunes, dissertação de Mestrado já referida, p. 255.

por lei ou negócio jurídico, forem obrigadas a vigiar outras em virtude da sua incapacidade natural, inclusive os pais pelos filhos menores.²⁵

Uma das questões mais polêmicas reside na conceituação de *incapacidade natural*, um dos critérios de imputação da responsabilidade (o motivo da vigilância).

Parte da doutrina entende ocorrer a *incapacidade natural* nas situações nas quais, tendo o agente entendimento e liberdade, não possui ainda a necessária maturidade e domínio de si,²⁶ questão a ser definida em cada caso concreto, enquanto a maioria dos doutrinadores entende ser a *incapacidade natural* correspondente às presunções legais de incapacidade. A jurisprudência tem apresentado soluções nos dois sentidos, embora venha prevalecendo esse último.²⁷

Como exemplo de aplicação jurisprudencial da primeira corrente doutrinária, o Superior Tribunal de Justiça português, em 1995, considerou que não se aplicava o art. 491º do Código Civil, nem se podia falar em culpa dos genitores, na hipótese de um jovem de mais de dezesseis anos e menos de dezoito que, brincando com dois outros amigos, veio a ferir um deles com um disparo de carabina de pressão de ar, provocando-lhe a perda definitiva da vista esquerda, por entender que o autor do dano já não era naturalmente incapaz, e que o referido comando legal só englobava os atos de natureza não criminal, relativamente aos quais se mantinha a *natural incapacidade*.²⁸

Por outro lado, o mesmo Superior Tribunal de Justiça já havia decidido, em 1992, que havia o dever de vigilância dos pais em relação a atos ilícitos criminais dos menores com mais de dezesseis

²⁵ Sob o poder paternal está o filho que não tenha completado 18 anos e não seja emancipado (Arts. 122º art.129º, 133º e 1.877º do Código Civil). Existe a presunção da inimputabilidade do menor de sete anos, respondendo o pai por fato do filho até os dezoito anos de idade, quando cessa a menoridade (Arts. 489º e 180º, do Código Civil).

²⁶ PESSOA, Jorge. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 334.

²⁷ CORDEIRO, Menezes. **Direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, v. 2, 1980, p. 352. [reimpressão da edição de 1994]. Almeida Costa. **Direito das obrigações**, p. 491 e, ainda, Antunes Varela. **Direito das obrigações**. 9. ed. Lisboa: Coimbra, 1996, p. 612.

²⁸ Acórdão de 2-XI-95, Colect. De Jurisprudência, ano III, 1995, p. 220-226.

anos e menores de dezoito anos, num caso de homicídio praticado por um menor, utilizando-se de uma navalha.²⁹

De um modo geral, pode-se observar que, na apreciação dos casos de responsabilidade civil por fato do filho, a jurisprudência portuguesa tem levado em consideração, na conceituação do ato danoso abstratamente indenizável, um padrão mediano de diligência a ser exigida do lesante em razão da sua natural incapacidade.³⁰

No mesmo prisma, na demonstração do cumprimento do dever de vigilância e educação exigido dos pais, é levada em consideração a idade do lesante, o meio social em que vive, assim como outros fatores determinantes da sua dinâmica de comportamento.³¹

Embora alguns autores entendam que a *culpa in educando* não tem relevância autônoma no direito português, já que a lei fala em dever de vigilância,³² a jurisprudência não só tem relacionado a vigilância à educação, como aceita a falha na educação como

²⁹ Acórdão de 28-X-92, Colect. De Jurisprudência, ano XVII, tomo IV, 1992, p. 36-38.

³⁰ Assim entendeu a Relação de Lisboa, em 1977, no caso de um menor de 14 anos que, informado pela vítima que a espingarda não estava carregada, sem antes disso se certificar, atirou naquela à queima-roupa, causando-lhe a morte. O tribunal entendeu que não se podia exigir do lesante, dada a sua inexperiência, a diligência suficiente para que se certificasse, antes de atirar, se a espingarda estava efetivamente descarregada, e que o fez confiante na inexistência do perigo. Cf. Colect. de Jurisp., ano II, tomo 2, 1977, p. 302.

³¹ No caso de um menor de seis anos que ateou fogo a uma arrecadação, o STJ considerou suficiente a prova liberatória dos pais, que teriam demonstrado haver vigiado e educado a criança de acordo com algumas liberdades "impostas pelos melhores e mais adequados princípios pedagógicos". Cf. Acórdão de 13-II-79, *BMJ* n° 275, abril de 1978, p. 170-173. No caso de um menor de 16 anos, que, num passeio de exploração a uma mata com um amigo, veio a matá-lo com uma navalha de ponta de mola, reconheceu o STJ que os pais cumpriram o dever de vigilância, pois o porte de uma navalha era normal nas circunstâncias, o rapaz era bem comportado e amigo da vítima, não havendo razão que justificasse uma especial vigilância sobre ele. Acórdão STJ de 28-10-1992, Colect. Jurisp. ano 17, tomo 4, 1992, p. 36/38.

³² SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 424.

fundamento de imputação, além de considerar a comprovação genérica da boa educação prestada pelos pais como causa de exoneração da sua responsabilidade civil.³³

É preciso observar, ainda, que o Código Civil português, no art. 128º, embora consagre o dever de obediência dos filhos menores aos pais, no art. 1.879º/2 impõe limitações a esse dever de obediência: os pais, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes, e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida, como, por exemplo, decidir sobre a própria opção religiosa, a partir dos dezesseis anos (art. 1.886º). Parece lógico, portanto, que ao mesmo tempo em que o sistema confere mais autonomia aos filhos, venha a ampliar as possibilidades de exoneração de sua responsabilidade, como vem ocorrendo.

A obrigação de reparar o fato danoso praticado pelo filho sob o pátrio poder (ou poder paternal, para utilizar o termo empregado no direito português), na constância do casamento, é de ambos os pais, e o regime de bens e das dívidas do casamento pode interferir no patrimônio que irá garantir a indenização. Como, diversamente do que ocorre no direito brasileiro, o genitor que não tem a guarda do filho pode também não ter o pátrio poder, a cessação do exercício conjunto do poder paternal e da coabitação do menor exclui a responsabilidade do pai que não tem a guarda nem o pátrio poder, embora, segundo o art. 491º, do Código Civil, o pai que não cumpra o dever de vigiar e educar o filho pode ser condenado a indenizar, se houver um nexo de

³³ A posição da jurisprudência não destoa da maioria da doutrina, que considera o dever de educação compreender o desenvolvimento físico, intelectual e moral do filho, ou seja, tanto a instrução como a dignificação e moralização da personalidade, pela polidez de maneiras e correção de atitudes de palavras e costumes, como explica Luiz da Cunha Gonçalves, na obra *Tratado de direito civil*, p. 364. No caso de um menor de 16 anos, embriagado, que matou um guarda de estação que não lhe permitiu saltar o muro da estação para comprar cigarros, e, consumado o crime, ainda partiu a porta do bar de lá retirando vários maços de cigarros, os pais foram responsabilizados por uma falha no dever de educação, uma vez comprovado que, por sua personalidade frágil e perturbada, o filho necessitava de uma particular prevenção e vigilância (Acórdão de 20-III-92, *BMJ* nº 405, abril de 1991, p. 220-231).

causalidade entre o dano e a educação dada ao filho, hipótese que implica a responsabilidade de ambos os pais.³⁴

Situação diferente é a daquele que tem o poder paternal (exercício comum) mas não tem a guarda, pois estará obrigado a indenizar, cabendo em sede de prova liberatória a comprovação da impossibilidade fática da vigilância e a forma como foi acordado o exercício conjunto do poder paternal.³⁵

Em suma, do mesmo modo que no direito alemão, a responsabilidade do pai por fato do filho no direito português é objetiva, mas com possibilidade de justificação e exoneração dos pais, embora o art. 491º do seu Código Civil não fale diretamente na presunção da culpa, como por exemplo, o faz no art. 492º/1, ao tratar dos danos causados por edifícios e outras obras.

2.3. Outros sistemas: O direito espanhol, o italiano, o sistema adotado pela *Common Law* e o direito de Quebec

Dentro do modelo comum aos ordenamentos europeus de origem romano-germânica, o direito espanhol e o italiano adotam a responsabilidade objetiva dos pais.

No direito espanhol, a responsabilidade do pai por fato do filho é regulada no art. 1.903, parágrafos 2º, 3º, 5º e 6º do Código Civil, sendo os pais responsáveis pelos danos dos filhos que se encontrem sob a sua guarda, considerando-se irrelevante a culpabilidade do menor.

A jurisprudência tem entendido que o art.1.903 tem caráter taxativo, podendo ser citado como exemplo um caso em que o Tribunal Supremo, mesmo diante da comprovada ausência da mãe,

³⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara. Regulação do exercício do poder paternal, cit., p. 440 e s. Esta solidariedade decorre não só da igualdade de direitos e deveres dos pais, e da característica de direito e dever fundamental que possui o poder paternal no direito português, mas também das regras dos arts. 491, 1691 no 1, al. b e c e 1692, alínea “b”, e 1695º nº 1 e 1697º nº 1 do CCP.

³⁵ SOTTOMAYOR, Maria Clara. A responsabilidade civil dos pais por factos ilícitos praticados pelos filhos menores. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. Coimbra: Almedina, v. 71, 1995, p. 439.

imputou-lhe a responsabilidade por dano causado por filho menor que era cuidado e educado pelo avô, interpretando literalmente o parágrafo 2.º do art. 1.903 do Código Civil. Admite-se, contudo, que os pais se eximam da responsabilidade se provarem que foram zelosos e vigiaram o filho, embora na prática a jurisprudência tenha sido bastante rigorosa na exigência dessa prova, privilegiando a satisfação do dano.

A difícil exoneração do pai pode ser vista em outra polêmica decisão do Tribunal Supremo, que, em 1983, no caso de uma criança que provocou queimaduras num colega ao incendiar um avião de aerodelismo, decidiu no sentido de reconhecer a responsabilidade presumida do pai, concluindo que não fora feita rigorosa demonstração do emprego de todas as precauções adequadas para impedir o evento danoso, e da diligência adotada.³⁶

Também no Direito italiano a responsabilidade dos pais por fato do filho é objetiva, como prevê o art. 2.047 do Código Civil, contemplando a presunção de culpa, responsabilizando-os diretamente pelos atos do filho menor, incapaz de entender ou de querer, regulando o art. 2.048 as hipóteses de aplicação ao autor de um dano imputável.

Para se eximirem da responsabilidade, deverão os pais provar que não foi possível impedir o fato, mas a jurisprudência também tem exigido a prova de que foi prestada educação adequada ao filho.

Do mesmo modo que no direito alemão, o art. 2.047 do Código Civil se aplica não só aos pais, mas a qualquer pessoa obrigada, por força de lei ou de contrato, a vigiar pessoa incapaz, sem interessar a natureza do dever de vigilância, mas tão somente pela existência do dever de vigiar.

Esse artigo vem sendo interpretado de maneira muito ampla na jurisprudência italiana, existindo inúmeras decisões que afirmam não só os pais como os prioritários vigilantes, mas inclusive terceiros que assumam a vigilância por mero dever de solidariedade, enquanto que o art. 2.048 se aplica às situações em que o menor esteja

³⁶ Cf. Henrique Antunes, citando Ricardo de Angel Yáguez. *Tratado de responsabilidad civil*. Madrid, [s.n], 1993, p. 329/337. In: Dissertação já referida, p. 71.

coabitando com os pais, e não se verifique a transferência lícita da sua guarda.

A qualidade da educação dispensada ao filho freqüentemente é objeto de apreciação na prova liberatória, havendo a Suprema Corte, em 1985, decidido que a prova liberatória, permitida aos pais, pelo art. 2.048, traduz-se na demonstração de uma sã educação dada ao filho menor, e no exercício de uma vigilância adequada à idade, caráter e índole do mesmo, e que, não sendo possível ou satisfatória essa prova, devem os pais ser condenados ao ressarcimento do dano, se as características do fato ilícito cometido pelo filho revelarem, por si mesmo, uma educação imprópria.³⁷

Geralmente se aponta como exemplos de ordenamentos que aplicam o critério da responsabilidade subjetiva dos pais aqueles que adotam a *Common Law*, como a Grã-Bretanha e os Estados Unidos, nos quais não existe a presunção de culpa dos pais, e a responsabilidade parental depende de prova a ser produzida pelo lesado em cada caso concreto, podendo ser demandado o pai ou o próprio menor.³⁸ No entanto, a crescente incidência de fatos danosos provocados por jovens tem feito com que a jurisprudência venha tendendo à aceitação da responsabilidade objetiva, em situações específicas como, por exemplo, danos provocados com o uso de armas de fogo e em acidentes de veículos, que levaram à construção da *family car doctrine*, segundo a qual sempre é responsabilizado o proprietário de um automóvel que autorize um membro do seu núcleo

³⁷ Cf. Massimo Franzoni, "*Dei Fatti Illiciti*", art. 2043-2059, in *Comm. Scialoja e Branca (a Cura di Galgano)*. Bologna-Roma, 1993, p.368, citado por Henrique Antunes, p. 63. Os critérios de exigência quanto à qualidade da educação têm sido tornados mais severos, o que se pode deduzir, confrontando-se esta decisão com uma outra da Suprema Corte, de 1952, na qual foi considerado que como o menor não tinha demonstrado nenhuma tendência anormal ou deficiências no seu caráter, a obrigação do pai, que lhe tinha dispensado educação correspondente aos critérios comuns e normais, deveria considerar-se cumprida, apesar de o menor cometer, depois, ações delituosas imprevisíveis, mesmo de considerável gravidade. Cf. Res. civ. prev., 1953:129.

³⁸ HEREDA, Carmen López Beltrán de. **Responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos**. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1988, p. 46.

familiar a guiá-lo, e nesses casos não há possibilidade de exoneração da sua responsabilidade.³⁹

Exemplo de um sistema peculiar e interessante é o adotado em Quebec, Canadá, onde o Código Civil, de inspiração francófona, contém uma presunção de responsabilidade dos pais por danos causados pelos filhos menores,⁴⁰ mas que a doutrina e a jurisprudência consideram derivada diretamente do pátrio poder, e não do dever de guarda e vigilância, possibilitando assim que seja feita, de forma muito ampla, a prova liberatória de que não lhes foi possível impedir o fato danoso.

A jurisprudência, outrora muito exigente, vem a cada dia abrandando a responsabilidade dos pais nas hipóteses de fatos danosos provocados por seus filhos menores, em parte pela aceitação do pátrio poder como fundamento da responsabilidade do pai, em parte diante da evolução do seu conteúdo e dos costumes atuais, com a ampliação da autonomia que é conferida aos jovens, havendo até sido proposta pela doutrina uma solução radical de eliminar pura e simplesmente a “arcaica” presunção de culpa dos genitores.⁴¹

Esse sistema nos parece muito adequado porque, além de reconhecer que a responsabilidade dos pais pertence a uma espécie peculiar, que não pode ser comparada à dos demais obrigados à vigilância, possibilita o desenvolvimento da jurisprudência acerca da responsabilização dos pais na mesma direção em que venha a evoluir a conceituação do pátrio poder.

3. O novo Código Civil

O novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com vigência após um ano), na cláusula geral de responsabilidade,

³⁹ LE GALL, Jean-Pierre. Liability for persons under supervision. *International Encyclopedia of comparative law*. Oceania Publications, New York, 1973, v. 11, Torts, Part. I, Chap. 3, p. 26.

⁴⁰ O art. 1504 do Código Civil de Quebec estabelece: “Le père, et après son décès, la mère, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs”.

⁴¹ Como refere Salvatore Patti, *Famiglia e Responsabilità Civile*, ob. cit. p. 241.

prevista no art. 927⁴² contém no seu parágrafo único a previsão da responsabilidade objetiva, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Ao tratar da responsabilidade civil do incapaz, estabelece, no art. 928, que ele responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de o fazer ou não dispuserem de meios suficientes, inovando com a introdução de um parágrafo único, segundo o qual a indenização deverá ser equitativa, não tendo lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem, dispositivo semelhante ao do art. 489º do Código Civil Português, substituindo assim o princípio da irresponsabilidade absoluta da pessoa privada de discernimento pelo da responsabilidade mitigada e subsidiária, e a aplicação da equidade na fixação desse tipo de indenização.

A responsabilidade dos pais pelos filhos menores é prevista no art. 932, I, tendo a sua caput redação igual ao do atual art. 1.521, I,⁴³ reforçando contudo a presunção da culpa no art. 933, quando estabelece que “[...] as pessoas indicadas nos incisos I a III do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”, adotando, assim, a responsabilidade objetiva, sem culpa, pela teoria do risco pela autoridade, não contendo qualquer previsão de justificação dos pais.

Mantém o novo Código a proibição do uso, pelos pais que ressarciram o dano causado pelo filho, da ação regressiva,⁴⁴ aí incluído tanto o absolutamente como o relativamente incapaz.

Ao nosso ver, a falta de previsão de hipóteses de justificação dos pais, contemplando a responsabilidade objetiva na sua forma mais radical, vai de encontro à tendência dos demais sistemas que lhe serviram de matriz, nos quais, como vimos, a possibilidade de exoneração vem sendo ampliada pela jurisprudência.

⁴³ Art. 927: Aquele que, por ato ilícito (Arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo.

⁴³ Art. 932: “São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia”.

⁴⁴ Art. 1.524 do código atual e art. Art. 934 do novo código.

Somente para exemplificar, parece incoerente que a nova regulamentação, que prevê inclusive a exoneração do dono ou detentor de um animal irracional se provada a culpa da vítima ou força maior (art. 396), não especifique em que possibilidades poderão os pais se exonerar da responsabilidade por fatos danosos praticados por seus filhos, despontando a responsabilidade parental no novo Código como uma das mais rígidas categorias de imputação objetiva, quando o nosso ordenamento, por força de dispositivos constitucionais⁴⁵ e da orientação do Estatuto da Criança e do Adolescente, conferiu aos filhos submetidos ao pátrio poder – ou poder familiar – uma autonomia que vem sendo interpretada de forma cada vez mais ampliada, no resguardo de seus direitos fundamentais e da sua dignidade como pessoas em formação.

4. Conclusões

O sistema de responsabilidade civil dos pais por fato do filho brasileiro atual se assemelha, no Direito comparado, ao Direito alemão e ao português, no que se refere à existência de presunção de culpa dos pais, com possibilidade de exoneração quando esses comprovarem que não agiram com culpa, mas deles tenderá a se afastar quando entrar em vigor o novo Código Civil, faltando-lhe instrumentos de aperfeiçoamento, como o reconhecimento da inimputabilidade da criança muito pequena, que poderia ser a do menor de sete anos, a exemplo do Direito alemão e do português. Esse dispositivo seria bem complementado pela eliminação da categoria de *relativamente incapaz*, que é mantido no novo Código para os maiores de dezesseis anos que já podem até votar!

Tomando o nosso Direito, no particular, rumo contrário àquele apontado pelos sistemas ocidentais mais admirados, justamente, pela eficácia na solução dos conflitos sociais envolvendo a responsabilidade civil, restará à jurisprudência encontrar nos princípios formas de mitigar essa responsabilidade, como já foi feito outrora, adequando-a à realidade dos costumes do nosso povo e da exigências de autonomia dos jovens, que não se submetem mais à constante vigilância ou orientação dos pais, o que não pode ser

⁴⁵ A exemplo do art. 229 da Constituição.

desconsiderado no exame dos casos concretos de imputação de responsabilidade civil parental.

Uma questão que nos parece fundamental é que seja bem compreendido que a responsabilidade dos pais por fato do filho, no nosso direito, não tem por fundamento a guarda, a exemplo dos direitos alemão e português, que se referem às *personas obrigadas a vigiar outras*, pois a legislação brasileira é expressa ao vincular a responsabilidade *aos pais pelos filhos menores*, relacionando, evidentemente, a idéia da responsabilidade civil ao pátrio poder, ou poder familiar.

Essa compreensão, que fez evoluir o sistema de Quebec a partir de uma outrora rígida presunção de culpa dos pais, semelhante à presunção *juris et de jure* prevista no novo Código, poderá ser a resposta adequada à compatibilização do novo Direito à nossa realidade social, sem o que veremos continuamente ser desafiada a legitimidade da nova lei, pois não é com a criação de uma rigorosa adoção da teoria do risco com a presunção de culpa absoluta dos pais que resolveremos (quem sabe, agravaremos) problemas surgidos na complexidade das relações familiares, tais como os que envolvem a responsabilidade dos pais por fato do filho.

DESAFIOS NA APLICAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL PELOS TRIBUNAIS

Andreas J. Krell ^(*)

SUMÁRIO

1. Aplicação do Direito Ambiental pelo Poder Judiciário. 2. Os Princípios de proteção ambiental na aplicação do Direito. 3. Os meios processuais na proteção ambiental - A categoria dos interesses "difusos". 4. O Ministério Público e o Direito Penal Ambiental. 5. Conclusões.

1. Aplicação do Direito Ambiental pelo Poder Judiciário

No mundo inteiro, o Poder Judiciário tem tido problemas com a aplicação do Direito Ambiental. O direito moderno sobre a proteção do meio ambiente constitui uma matéria complexa e dinâmica.

Os órgãos legisladores costumam utilizar normas abertas e pouco concisas, muitas vezes fórmulas fruto de compromisso, que precisam ser preenchidas de maneira criativa por parte do Poder Executivo; essa interpretação exige conhecimentos sobre defesa ambiental e até informações técnicas específicas.¹ No Brasil, ainda existem poucas normas executivas (decretos, portarias) que ajudam na definição desses conceitos abertos, fora das resoluções do Conselho Nacional de Meio Ambiente.

As decisões judiciais produzidas pelos tribunais alemães concentram-se no licenciamento de plantas industriais e obras de infraestrutura, bem como nas questões ligadas à gestão dos resíduos sólidos e das águas. No decorrer das últimas duas décadas, chegou-se a uma

^(*) Professor Doutor de Direito Ambiental e Constitucional, Vice-Diretor e Coordenador da Pós-Graduação do Centro de Ciências Jurídicas (CJUR) da UFAL; Professor visitante dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife (UFPE).

¹ FLICKINGER, Hans-Georg/ SUMMERER, Stefan. *Voraussetzungen erfolgreicher Umweltplanung in Recht und Verwaltung*, Göttingen, 1975, S. 165ff.

consolidação da jurisprudência sobre proteção ambiental que ajudou bastante no esclarecimento e na interpretação das normas de defesa ambiental que foram, muitas vezes, criadas de maneira pouco organizada a partir dos anos 70 do século passado. Esse fato reduziu bastante a insegurança jurídica. Na Alemanha, não há uma separação entre a jurisdição federal e estadual. Todos os juízes são funcionários estaduais; somente a última instância de cada ramo da jurisdição é mantida pela União (*Bundesgerichte*), para garantir a unidade jurídica no país.

Autores brasileiros como José E. Faria constataam uma falta de preparo por partes de integrantes do Poder Judiciário para lidar com questões ligadas a interesses coletivos.² Acostumados a pensar e agir nos moldes tradicionais do Estado Liberal, a maioria dos juízes se apegam a fórmulas ultrapassadas que inviabilizam uma interpretação mais moderna da legislação ambiental à altura da Constituição de 1988, que atribuiu aos tribunais brasileiros o papel de solucionar conflitos sociais coletivos.³ Uma expressão dessa atitude é a preferência geralmente dada por parte dos integrantes do Terceiro Poder aos interesses individuais em relação aos públicos e coletivos.⁴

A matéria Direito Ambiental foi introduzida só recentemente na maioria dos cursos de direito no Brasil; maiores conhecimentos normalmente são fruto do interesse pessoal de uma pequena parte dos magistrados. Não existe um ramo do Judiciário especializado em dirimir as lides entre o cidadão e a administração pública, como a Justiça Administrativa alemã (*Verwaltungsgerichtsbarkeit*).⁵

² FARIA, J. E. (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998. Introdução: O Judiciário e o desenvolvimento socioeconômico, p. 18-29.

³ RUFINO, Gilberto d'Ávila. A importância do advogado na defesa do meio ambiente. **Anais da XII Conferência Nacional da OAB**. Porto Alegre, 1988, p. 343.

⁴ ALVES, Moreira. In: CINTRA, Miguel G. de Ulhôa (coord.), A aplicabilidade da nova Constituição. **Revista de Ciência Política**, n. 4, p. 10s., 1989.

⁵ Essa jurisdição administrativa especializada é uma ramificação do Poder Judiciário, onde atuam juízes profissionais, em três instâncias. Além disso, existe a Justiça especial para assuntos financeiros (*Finanzgerichtsbarkeit*) e ligados ao sistema da Previdência Social (*Sozialgerichtsbarkeit*).

A Justiça comum decide sobre todas as questões, do acidente de trânsito até o licenciamento de uma usina nuclear. Nesse ponto, a introdução de câmaras especializadas certamente levaria a uma maior preparação técnica dos julgadores e diminuiria a sua dependência em relação aos peritos da matéria.

Os tribunais alemães, no início dos anos 70, também tinham de enfrentar o desafio de determinar e reavaliar a relação entre os interesses individuais e os coletivos, revertendo a situação da tradicional preferência dos primeiros. Nessa ponderação, os tribunais podem e devem considerar valores sociais gerais e interesses públicos básicos.⁶ Considerando que a maioria dos operadores de qualquer sistema jurídico certamente costuma “olhar o novo com os olhos do velho”, torna-se preciso uma revisão da própria (*pré*)compreensão dos novos textos legais do Estado Social.⁷

Assim, o Brasil ainda está longe de possuir um sistema equilibrado de aplicação das normas constitucionais sobre proteção ambiental (ex.: artigos 170, 225). Segundo o sistema de controle *difuso* de constitucionalidade vigente no país, essa tarefa cabe a qualquer juiz, enquanto o seu colega alemão é obrigado a suspender o processo e remeter os autos ao Tribunal Constitucional federal ou estadual (controle concentrado).

Nesse contexto, o julgador brasileiro pode declarar inconstitucionais normas municipais, estaduais e federais perante princípios das constituições federal e estadual e recusar-se a aplicá-los, ainda que um tribunal superior já tenha confirmado a sua constitucionalidade. A essa formidável liberdade do juiz brasileiro, no entanto, nem sempre corresponde o grau de preparo científico para exercer tal ofício. Por todas essas razões, não se pode alegar que haja uma segurança jurídica nas questões ligadas à proteção ambiental. Por outro lado, onde existir jurisprudência pacífica, essa normalmente não responde às exigências materiais da nova legislação.⁸

⁶ FLICKINGER, H.-G./ SUMMERER, S. Ob. cit., S. 170.

⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica** – Uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 187s.

⁸ Vide a decisão do STF sobre a indenização dos proprietários das Reservas Legais do Código Florestal, Rec. Ex. n.º 134.297-8 – SP, Rel. Min. Celso

No início da década passada, houve desentendimentos públicos entre integrantes do Ministério Público e do Poder Judiciário, sofrendo este críticas por não dar respostas adequadas aos problemas prementes de uma sociedade crescentemente complexa e dinâmica, especialmente na área da defesa do meio ambiente, onde o Terceiro Poder daria preferência aos interesses dos poluidores e especuladores.⁹

A resposta do Terceiro Poder tem sido no sentido de que os interesses públicos em jogo não deviam influenciar o juiz na sua decisão, que teria de ser baseada unicamente no “direito objetivo” composto pelas normas constitucionais, as leis ordinárias, os princípios gerais de direito, da doutrina e da jurisprudência.¹⁰

Muitos dos representantes do Judiciário ainda guardam dúvidas em relação a sua posição no processo da realização dos novos valores sociais consagrados nos textos constitucionais. Através da interpretação de conceitos abertos como “saúdável qualidade ambiental” ou da própria “função social da propriedade”, os tribunais deveriam realizar os mencionados “relevantes interesses públicos” em jogo, o que não significa que a posição pró-ecológica sempre teria de prevalecer.

É de ressaltar, contudo, que o interesse da sociedade brasileira em dispor de um meio ambiente ecologicamente equilibrado não está mais fora ou “além” da ordem legal positiva, mas já foi inserido nela em larga escala. O grande problema ainda reside na elaboração de métodos firmes de procedimento para uma interpretação e aplicação coerentes das normas de proteção ambiental e urbanística em face dos valores consagrados nos textos constitucionais da União e dos estados.

2. Os Princípios de proteção ambiental na aplicação do Direito

O Direito Ambiental tem por base os princípios de prevenção, de cooperação, de responsabilidade, de participação, entre outros,

de Mello, de 13.06.95, in: Revista *Lex*, n. 207, p. 141ss., com a crítica de Antônio Herman BENJAMIN, Desapropriação, Reserva Florestal legal e Áreas de Preservação Permanente. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (org.). **Temas de Direito Ambiental e Urbanístico**. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1998, p. 63ss., 76-79.

⁹ MILARÉ, Édis. *Jornal Estado de São Paulo*, 3.4.1991, p. 17.

¹⁰ DAVIS, Francis. *Jornal Estado de São Paulo*, 12.4.1991, p. 21.

consagrados em convenções e declarações internacionais, nos textos constitucionais, bem como na legislação ordinária alemã e brasileira.

No Brasil, ainda são poucas as propostas doutrinárias da concreta efetuação destes princípios no trabalho diário dos operadores do Direito Ambiental. Em geral, o Poder Judiciário ainda não está acostumado a “trabalhar com princípios”. Por isso, as bases axiomáticas do sistema jurídico dificilmente conseguem influenciar a interpretação da legislação ordinária pelos juízes, que, na sua grande maioria, assumem uma atitude *formalista*.¹¹

No entanto, até hoje, muitos operadores do Direito consideram normas de densidade mandamental reduzida como “normas programáticas”, de efeito meramente ético ou moral, sem causar uma verdadeira vinculação jurídica no ato da aplicação da lei.¹²

Somente haverá uma verdadeira “ponderação de interesses”¹³ por parte do judiciário, onde ficarão à disposição dos julgadores mais critérios objetivos para a interpretação dos interesses públicos envolvidos na proteção ambiental. para tanto, os tribunais necessitariam de uma maior capacidade em avaliar o tamanho e as consequências de decisões concretas dos órgãos administrativos que dizem respeito à proteção do meio ambiente, para que seja efetuada uma interpretação correta dos conceitos legais em questão.¹⁴

Uma das maiores dificuldades parece estar na medição correta da importância e a ponderação adequada dos interesses individuais, coletivos/difusos e públicos envolvidos, que, muitas vezes, não são congruentes. Somente nos últimos anos progrediram o estudo e a discussão sobre os valores constitucionais colidentes da liberdade

¹¹ Cf. FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998. As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais, p. 52ss.

¹² Vide a respeito KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha** – os descaminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 25ss.

¹³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito. In: GUERRA FILHO e GRAU, Eros Roberto (org.). **Direito Constitucional** – Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001, p. 268-283, 277s..

¹⁴ FLICKINGER, H.-G./ SUMMERER, S. Ob. cit., p. 169.

empresarial, do desenvolvimento econômico e da defesa ambiental. Torna-se necessário o exercício de um sopesamento concreto dos interesses sociais envolvidos, para podermos chegar a soluções que correspondem às metas fixadas na legislação.

Assim, pode-se observar um tipo de *ponderação deformada*, na qual os tribunais costumam dar ampla preferência aos interesses públicos “tradicionais”, como a criação e manutenção de empregos, a produção de bens, a geração de tributos etc. Comparados com estes interesses econômicos, os julgadores costumam relegar ao segundo plano interesses *difusos*.

Nesse processo de decisão, não é permissível “jogar” uma geração (ou: dimensão) de direitos contra a outra, nesse caso: a *segunda* (direitos sociais, ex.: emprego) contra a *terceira* (o meio ambiente saudável). Todos os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, “normas principiológicas”, proibindo-se excluir um princípio e aplicar outro, sendo necessária a sua compatibilização.¹⁵

Distinguindo, assim, entre interesses *individuais*, os *coletivos/difusos* e os interesses *gerais* ou *públicos*,¹⁶ é certo que “apenas a harmonização das três ordens de interesses possibilita o melhor atendimento dos interesses situados em cada uma, já que o excessivo favorecimento dos interesses situados em alguma delas, em detrimento daqueles situados nas demais, termina, no fundo, sendo um desserviço para a consagração desses mesmos interesses (...)”, tendo em mente que “interesses coletivos, na verdade, são o somatório de interesses individuais, assim como interesses públicos são o somatório de interesses individuais e coletivos, não se podendo, realmente, satisfazer interesses públicos sem que, *ipso facto*, interesses individuais e coletivos sejam contemplados”.¹⁷

Todos os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, normas *principiológicas*, proibindo-se excluir um princípio e aplicar outro, sendo necessária a sua compatibilização, que somente se torna viável

¹⁵ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2000, p. 161.

¹⁶ Para Lenio STRECK, “a distinção entre interesse público e interesse social se impõe”; cf. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 56s.

¹⁷ GUERRA FILHO, ob. cit., p. 280.

através de um processo de avaliação material dos valores e interesses subjacentes, sejam eles públicos ou privados, na base de um raciocínio de razoabilidade e proporcionalidade.¹⁸

O importante é que nenhum princípio tem, por si, preferência absoluta. A situação concreta pode exigir a interdição imediata de uma fábrica que funciona em desacordo com a legislação ambiental; em outro caso, pode ser razoável manter a empresa funcionando, se os efeitos negativos para o meio ambiente parecem pouco significantes comparados com os efeitos sociais do fechamento.

O problema é que muitos julgadores já exercem este “sopesamento” dos interesses envolvidos *ex ante*, isto é, sem levar em consideração as condições concretas, dando plena preferência aos interesses públicos “primários” (tradicionais).¹⁹

O art. 12, § 1º, da Lei da Ação Civil Pública (n.º 7.347/85), reza: “A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada (...)”.²⁰

Uma pesquisa realizada recentemente em Pernambuco revelou fatos alarmantes: especialmente através do mencionado pedido de suspensão de execução de liminar evitaram-se os efeitos de liminares concedidas contra empresas poluidoras em ações civis públicas, dando-se normalmente plena preferência aos interesses públicos

¹⁸ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p. 75ss.; PEIXINHO, Manoel Messias. **A Interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2. ed., 2000.

¹⁹ Cf. SANTOS, Ana de Fátima Queiroz de Siqueira. **Ação Civil Pública – Função, Deformação e Caminhos para uma Jurisdição de Resultados**. Dissertação de Mestrado em Direito. Recife: UFPE, 1999, p. 59ss.

²⁰ Lúcia Valle FIGUEIREDO nega uma *discrecionarietà* na avaliação da existência desse interesse público pelo juiz. Cf. Ação civil pública – considerações sobre a discrecionarietà na outorga e no pedido de suspensão da liminar, na concessão de efeito suspensivo aos recursos e na tutela antecipatória. In: MILARÉ, Édís (coord.). **Ação Civil Pública (Lei 7.347/85 – Reminiscências e Reflexões após dez anos de Aplicação)**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 329-351, 342s..

primários, em detrimento dos coletivos/difusos que resguardaram as posições em defesa do meio ambiente. Nenhuma outra medida judicial evidencia tão claramente as dificuldades da tutela jurisdicional tradicional aos conflitos transindividuais.²¹

Este comportamento, na verdade, não é juridicamente correto se analisarmos as bases legais ou até lógicas da questão. Onde o legislador previu sanções administrativas ou judiciais como o embargo de atividades poluentes ou a interdição de instalações que (potencialmente) degradam o meio ambiente, não faz sentido o sistema jurídico permitir que sejam desfeitas essas sanções sob o argumento da defesa dos pretensos interesses da sociedade na manutenção dessas atividades.

Correções judiciais em instâncias superiores somente deveriam ser possíveis em casos de manifesta desproporcionalidade das consequências das sanções em relação à gravidade das ameaças ao meio ambiente. Estas hipóteses, no entanto, necessariamente são raras em virtude da crescente importância e melhor inteligência do princípio fundamental do Direito Ambiental, o da prevenção.²²

3. Os meios processuais na proteção ambiental - A categoria dos interesses *difusos*

Durante os últimos anos, houve na Alemanha uma crescente instrumentalização política de direitos processuais contra projetos de infra-estrutura, causada pelo declínio da aceitação de decisões democraticamente legitimadas por partes crescentes da população. Ao contrário, no Brasil, onde encontramos uma falta de conscientização política na maioria das regiões do país, tal “instrumentalização” seria o primeiro passo para uma defesa mais efetiva do meio ambiente.

A demora exagerada da tramitação dos litígios contra a concessão de licenças para grandes projetos de infra-estrutura perante os tribunais germânicos criou um fator de impedimento de investimentos públicos e privados, especialmente nas regiões

²¹ Cf. SANTOS, Ana de Fátima Q. de S. Ob. cit.

²² MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Direito ambiental: o princípio da precaução e sua aplicação judicial. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Ed. RT n. 21, p. 92ss., jan.-mar. 2001

subdesenvolvidas da parte oriental do país. Vale fisar que, antes de poder recorrer ao Poder Judiciário contra um ato administrativo, o cidadão alemão é obrigado a esgotar primeiro todas as instâncias recursais da própria Administração Pública. Depois, a Justiça Administrativa possui três instâncias e em cada nível podem ser impetradas ações cautelares antes do julgamento final da matéria. Depois, ainda existe a possibilidade de uma “queixa constitucional” (*Verfassungsbeschwerde*) perante as Cortes Constitucionais dos estados federados ou da União (*Bundesverfassungsgericht*).

Sendo assim, a realização de um grande projeto (ex.: aeroporto, rodovia, planta industrial, usina) muitas vezes é capaz de provocar, na sua via recursal, nada menos do que *oito* decisões diferentes. Este fato é criticado por muitos autores alemães que o consideram um exagero na efetuação da garantia constitucional de acesso à Justiça do cidadão, em detrimento do legítimo interesse político do Estado e econômico das empresas em realizar obras de desenvolvimento.²³ Além disso, não podemos esquecer que grandes projetos normalmente necessitam de mais do que uma licença, sendo possível impetrar ação processual contra cada uma separadamente.

Como resposta a essa situação, houve tentativas de encurtar as vias processuais contra atos de licenciamento: contra qualquer projeto de obra de transporte (rodovias, estradas, ferrovias) nos cinco estados novos da Alemanha unificada (ex-comunista) somente pode ser impetrada *uma* ação perante o Tribunal Federal Administrativo, como única instância. Aprovando essas normas legais, o parlamento federal julgou o interesse público extraordinário no desenvolvimento econômico dessas regiões como superior à garantia de múltiplas instâncias judiciais para o cidadão. Essa redução de garantias foi acusada de ser a expressão de uma “contra-reforma ecológica”.²⁴

Outro exemplo dessa “racionalização processual” são os chamados “processos de massa” (*Massenverfahren*) contra grandes projetos técnicos, em que foi criada a figura do “processo modelo” (*Musterverfahren*), que influenciará como precedente os outros

²³ KLOEPFER, Michael. *Umweltrecht*, München: Verlag C. H. Beck, 2. Aufl., 1998, S. 505ff.

²⁴ Cf. BENDER, B./ SPARWASSER, R./ ENGEL, R. *Umweltrecht - Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts*, Heidelberg: Verlag C. F. Müller, 3. Aufl., 1995, S. 8.

processos administrativos e judiciais que têm ligação com o mesmo projeto, os quais não podem ser mais questionados separadamente.²⁵

Talvez a maior diferença das teorias vigentes nos dois países a respeito do Direito Ambiental resida no fato de que o sistema jurídico alemão até hoje não aceita a categoria dos interesses “difusos”. Lá, o bem *meio ambiente* está sendo protegido na base dos direitos fundamentais “clássicos”, como a saúde, a incolumidade física, a vida etc. No entanto, essa visão está sendo cada vez mais exposta a críticas, visto que há interesses ecológicos/ambientais da sociedade que não podem ser enquadrados nos interesses individuais (exemplo: os danos às florestas através da “chuva ácida”, poluição marítima).

Outro tema é a grande dificuldade dos integrantes do Poder Judiciário brasileiro na fixação do valor monetário das indenizações por danos ambientais. O sistema germânico, por sua vez, não trabalha com o conceito do direito difuso ao meio ambiente equilibrado, mas calcula as indenizações pecuniárias na base da diminuição de posições jurídicas individuais (propriedade, saúde), inclusive danos morais.

No Brasil, esses valores devem ser pagos a fundos específicos - que existem em todos os níveis governamentais - e têm como parâmetro a restituição do interesse de toda comunidade no respectivo bem ambiental. O dono de uma floresta que manda queimá-la, na Alemanha vai responder a processos de cunho administrativo e penal, mas não a uma ação civil pública, por ser o próprio titular do direito civil de propriedade das árvores.

Lá, também não é aceito um direito genérico do cidadão de reivindicar que os órgãos públicos cumpram as leis; este direito subjetivo nasce apenas no caso de ele conseguir alegar uma diminuição/afetação dos seus direitos individuais. Quando os alemães discutem a introdução de um meio processual comparável à *ação popular* brasileira (art. 5º, LXXIII, CF), representantes do Poder Judiciário normalmente temem uma “avalancha de processos” devida à elevada conscientização de grandes partes da sociedade civil em assuntos ligados à proteção ambiental.

O cidadão alemão não hesita em procurar os seus direitos nos tribunais; lá, as pessoas se sentem facilmente incomodadas e

²⁵ KLOEPFER, Michael. Ob. cit., S. 508.

ameaçadas por obras e atividades industriais ou de infra-estrutura. Ao mesmo tempo, temos que reconhecer que na Alemanha, onde existe uma Administração Pública mais forte e bem estruturada, o próprio cidadão é menos exigido a exercer o papel de “guardião” ou fiscal da legislação ambiental, como é o caso no Brasil.

A intensidade dos direitos processuais do cidadão alemão depende do ramo específico da legislação ambiental. Na área das “imissões” (Immissionen) – como são chamados os impactos ambientais nocivos através de poluição do ar, ruídos, vibrações e fenômenos semelhantes - uma boa parte das normas legais são consideradas “protetoras em relação a terceiros” (*drittschützend*), o que tem a consequência de o indivíduo poder instaurar um processo contra obras e atividades potencialmente degradadoras do ambiente. Onde falta essa característica da norma ambiental, o cidadão não possui o direito à ação judicial, negando-se na Alemanha ao cidadão um “direito subjetivo geral de aplicação das leis” (*allgemeiner Gesetzesvollziehungsanspruch*).

A legislação sobre proteção da natureza e da paisagem (*Naturschutzrecht*), por sua vez, não concede direitos processuais a terceiros (cidadãos); em compensação, a legislação de alguns estados federados (*Länder*) estabeleceu direitos processuais de associações da sociedade civil que podem atuar na defesa desses valores.

Ao lado dos direitos difusos e da realização da sua defesa através da ação civil pública, surge também a pergunta se não seria possível a construção de direitos subjetivos do cidadão, na base do art. 225 CF, para poder exigir do poder estatal a realização de atividades *positivas* como o cumprimento de determinados padrões mínimos²⁶ na proteção do meio ambiente, ou, pelo menos, a melhoria substancial dos serviços básicos de saneamento ambiental, que, em muitas regiões do Brasil, ainda não estão sendo prestados, fato que provoca seríssimos problemas de saúde pública (“lixões a céu aberto” e esgotos sem tratamento).

²⁶ ROCA, Guillermo Escobar. **La Ordenación Constitucional del Medio Ambiente**. Madrid: Ed. Dykinson, 1995, p. 53; KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo W. (org.). **A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000, p. 41ss.

Em nível internacional, podemos observar a tendência da diminuição da realização de interesses de proteção ambiental através de processos judiciais, sendo que sanções penais e ações civis somente possuem um caráter pontual e complementar. Na sociedade industrial moderna prevalece a atitude de que o Direito Ambiental, com suas interdependências entre política ambiental e outros setores vitais da economia e os seus “conflitos de alvo” (*Zielkonflikte*) daí resultantes, deve ser basicamente aplicado e executado mediante atos planejados de órgãos administrativos.

Ao mesmo tempo, deve-se reconhecer que as dificuldades na aplicação da legislação ambiental, no caso do Brasil, justamente decorrem de antigos problemas no desempenho da Administração Pública, como o clientelismo, a corrupção etc., os quais não se enquadram na idéia de uma “sociedade industrial moderna” e uma administração racional e neutra, no sentido de Max Weber.

4. O Ministério Público e o Direito Penal Ambiental

No sistema de proteção ambiental do Brasil destacou-se, na última década, o papel exercido pelo Ministério Público dos estados e da União, que veio a complementar e controlar os órgãos administrativos de proteção ambiental dos três níveis federativos. A sua atuação pode ser preventiva e não somente repressiva, como acontece na Alemanha, por parte da *Staatsanwaltschaft*. Lá, muitas funções que aqui incumbem ao *Parquet*, são exercidas pelos órgãos administrativos setoriais de defesa ecológica.

No Brasil, a promulgação da recente Lei de Crimes Ambientais (nº 9.605/98) expressa uma forte reprovação social dessas condutas²⁷ e declara como “caso de polícia” a poluição e degradação ambiental. Através desse diploma legal, o sistema jurídico tentou reverter e superar a lamentável situação de *impunidade* da grande maioria das infrações administrativas, aproveitando-se da efetividade institucional do Ministério Público nos estados e federal, bem como o rito severo do Código de Processo Penal contra os infratores.

²⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1998, p. 338s.

Na Alemanha, o Direito Penal Ambiental é, na prática, menos relevante e possui, em grande parte, apenas uma função suplementar e *simbólica* para a conscientização da sociedade.²⁸ A grande maioria das violações contra a legislação ambiental é sancionada pelos órgãos administrativos estaduais e municipais, como expressão do princípio da prevenção.

Mesmo assim, foram promulgadas duas Leis de Combate à Criminalidade Ambiental (de 1980 e 1994), que tentaram afiar a consciência pública em relação aos prejuízos sociais causados pelos impactos ambientais, reconhecendo oficialmente os bens ambientais independentes, unificando a matéria e elevando o efeito da prevenção geral dessas normas.²⁹

No entanto, estudos empírico-criminológicos e relatos da prática dos órgãos de repressão mostraram que o Direito Penal Ambiental na Alemanha não alcançou seu objetivo principal de punir melhor os abusos graves contra o meio ambiente. Ainda que o número total dos delitos ambientais apurados sempre tenha sido crescente, a grande maioria desses casos representa infrações pequenas do dia-a-dia profissional e particular. Ao mesmo tempo, muitos delitos graves cometidos por parte de empresas industriais e comerciais, que possuem um verdadeiro *background* de criminalidade econômica (ex.: “turismo de lixo”), continuam impunes.

No entanto, representantes das grandes indústrias normalmente alegam que o efeito de prevenção geral das normas penais seria bastante elevado, visto que nenhuma empresa ainda poderia correr o risco de ser denunciada como “criminoso ambiental” na imprensa, o que resultaria em maiores investimentos para evitar danos.

É importante observar que somente alguns poucos autores alemães defendem a responsabilização penal da própria empresa como pessoa jurídica. Lá, o Direito Penal não é considerado a “ponta-de-lança” da proteção ambiental, mas somente uma complementação às medidas de Direito Administrativo e Civil.

²⁸ KLOEPFER, Michael. *Umweltrecht*, München: Verlag C. H. Beck, 2. Aufl., 1998, S. 470f.

²⁹ BUSCH, Ralf. “Unternehmen und Umweltstrafrecht”; endereço Internet: <<http://www.univerlag.uos.de/books/jura/Einzeltitel/busch/kapitel.htm>>.

A legislação germânica, até hoje, somente prevê a responsabilidade penal de pessoas *naturais* – e não das *jurídicas* –, como os dirigentes e membros de conselhos de corporações. Nessa responsabilidade *linear* sempre é exigida uma culpa na supervisão (*Aufsicht*), organização, controle ou escolha. Ao mesmo tempo, houve uma delimitação da responsabilidade na base de uma “posição de garantia” (*Garantenpflicht*).³⁰

A descentralização de competências internas, a delegação de decisões e a separação de funções nas empresas de grande porte leva a uma separação entre responsabilidade, decisão e ato final de poluição. Alguns falam de uma “barreira organizacional de proteção” (*Organisationsschutzwall*) ou até da “organização da irresponsabilidade”, que torna difícil alcançar qualquer indivíduo dirigente. Somente em situações de “crise ou exceção”, a jurisprudência alemã já aceitou a “responsabilidade penal geral” dos dirigentes da empresa.³¹

Por isso, exige-se na doutrina alemã a fixação legal do direito da polícia de entrar em empresas já por motivos de supervisão, o uso processual de informantes sobre atos de poluição, a criação de novos tipos penais de perigo abstrato e concreto de poluição (*Gefährdungshaftung*), bem como a possibilidade da interdição da empresa por via penal e a publicação da condenação na imprensa.

No entanto, são menores os problemas na aplicação concreta das normas penais. As instalações técnicas, a instrução dos agentes policiais, problemas de cooperação entre diferentes órgãos estatais e as dificuldades técnicas de levantar provas certamente existem, mas não chegam a ser comparáveis aos existentes nos países da América Latina.

No Brasil, a Lei da Natureza (art. 3, lei federal n.º 9.605) introduziu, em 1998, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas em defesa do meio ambiente. O grau de importância dos bens ambientais e o nível de degradação alcançado em várias regiões do Brasil justificam a introdução da responsabilidade penal também das

³⁰ Ob. cit..

³¹ É o caso quando aumentam reclamações de consumidores, não se precisando chegar a uma “catástrofe”.

pessoas jurídicas, visto que normalmente são as grandes corporações empresariais os maiores degradadores do meio ambiente.

Alega-se com razão que já não basta mais a responsabilização que termina num pagamento de uma indenização. É preciso ativar a resposta rígida do Direito Penal, com sua alta carga *simbólica* e estigmatização dos condenados.³² Os órgãos ambientais da burocracia estatal, muitas vezes, estão tecnicamente desparelhados ou não possuem suficiente apoio político para levar os processos administrativos até o seu fim e aplicar as sanções contra grandes empresas.

Por isso, houve um transferência de responsabilidade para o Ministério Público dos Estados e da União, cuja independência institucional é importante ponto de vantagem em relação aos órgãos administrativos, cujos diretores normalmente exercem suas atividades através de cargos em comissão, o que diminui bastante sua liberdade de decisão nos casos de licenciamento e fiscalização de grandes empresas que, normalmente, conseguem influenciar as decisões das instâncias governamentais.

As objeções inicialmente formuladas por alguns autores brasileiros à possibilidade de uma responsabilização penal de pessoas jurídicas encontram cada vez menos ressonância na doutrina. Assim, o antigo argumento que não se pode atribuir *culpa* a uma corporação em si, hoje está sendo rechaçado, visto aceita-se a alteração do próprio conceito da *culpa*, que passa de uma conotação humanista para uma compreensão meramente *funcional*.³³

5. Conclusões

Qualquer estudo jurídico comparativo exige o máximo cuidado, ainda mais quando realizado em relação a dois países tão diferentes como Brasil e Alemanha. O moderno Direito Ambiental

³² FREITAS, Vlademir Passos de. **A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 199.

³³ COSTA NETO, Nicolão Dino de Castro; BELLO FILHO, Ney de Barros; COSTA, Flávio Dino de Castro. **Crimes e Infrações Administrativas Ambientais: Comentários à Lei nº 9.605/98**. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2. ed., 2001, p. 57ss.

possui instrumentos que são aceitos e utilizados em quase todos os países do mundo, sejam eles industrializados (*centrais*) ou *periféricos*, como o licenciamento ambiental, o estudo de impacto ambiental, o planejamento e o zoneamento ambiental, a fiscalização e a sanção administrativa etc.

O que varia bastante são as condições reais de sua aplicação, que condicionam a própria *efetividade social* da legislação ambiental. Assim, a utilização do Direito Penal na defesa do meio ambiente pode se justificar numa sociedade em que as sanções administrativas, por várias razões, não levaram aos resultados almejados.

Ao mesmo tempo, as atribuições abrangentes do Ministério Público brasileiro na área do Direito Ambiental são uma consequência das notórias dificuldades dos órgãos administrativos na aplicação da legislação ambiental, em todos três níveis federativos.

A defesa dos interesses coletivos e difusos da sociedade através de meios processuais próprios torna evidente que aquilo que a Administração estatal, em muitos casos, considera ser o *interesse público* pode colidir de modo inaceitável com os direitos de seus integrantes, o que torna necessária uma correção dos respectivos atos pelo Poder Judiciário. Este, por sua vez, nem sempre tem se mostrado preparado para efetuar uma ponderação dos interesses envolvidos na base da nova legislação material e processual de defesa do meio ambiente.

JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS CÍVEIS E OS PRIVILÉGIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM JUÍZO

Felipe Vasconcellos Cavalcante ^(*)

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Privilégios ou prerrogativas da administração pública em juízo na tradicional legislação brasileira. 3. O tratamento dos privilégios da administração pública e outras inovações proporcionadas pela lei 10.259/2001 4. Considerações finais.

1. Introdução

A ampliação dos serviços judiciais e o melhor atendimento à população têm sido atualmente o grande desafio da justiça brasileira. Nesse sentido, a criação dos Juizados Especiais representou um marco importante para a mudança do perfil histórico do nosso judiciário.

Não restam dúvidas de que a lei 9099/95, que instituiu os Juizados Especiais Estaduais, representou uma mudança no judiciário brasileiro, diante dos reclamos da sociedade a qual não suportava mais os trâmites convencionais do processo, onde, na maioria dos casos, o predomínio do formalismo ocasionava o retardamento das decisões judiciais.

O sucesso das experiências dos Juizados Especiais Estaduais e os problemas e necessidades da Justiça Federal motivaram a criação desses órgãos no âmbito dessa justiça. Assim a inclusão do parágrafo único do artigo 98 veio possibilitar a criação dos Juizados Especiais Federais.

A questão dos Juizados Especiais Federais, como experiência inovadora, tem merecido a atenção dos estudiosos. É um tema relevante, complexo, que pode ser abordado em várias dimensões.

(*) É Secretário Geral da ESMAL e Coordenador do Curso de Direito da FAL. Professor da Universidade Federal de Alagoas (UFAL), da Faculdade de Alagoas (FAL) e da Escola Superior de Magistratura do Estado de Alagoas (ESMAL). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

Neste estudo apenas serão focalizadas duas questões pertinentes à lei dos Juizados Especiais: a análise dos privilégios da administração pública em juízo e as peculiaridades dessa lei no âmbito federal, distintas e inovadoras em relação à lei dos Juizados Especiais Estaduais. As prerrogativas da administração pública serão abordadas em virtude da União, das Entidades Autárquicas Federais ou das Empresas Públicas Federais sempre participarem como parte nos Juizados Especiais Federais. As inovações serão tratadas por significarem um avanço que influenciou todo o Sistema dos Juizados Especiais.

Nessa perspectiva, o que se pretende é verificar como os privilégios tradicionais da administração pública podem ser compatíveis ou incompatíveis com o sistema dos Juizados Especiais Cíveis. Essas peculiaridades dos Juizados Federais não podem ser abordadas nos Juizados Especiais Estaduais, diante da proibição da Fazenda Pública ser parte nesses órgãos de jurisdição especial, como dispõe o art. 3º, § 2º da lei 9099/95.

A redação original do art. 98 da Constituição só permitia à União criar os Juizados Especiais no Distrito Federal e nos Territórios. No entanto, tornava-se necessária a criação dos Juizados Especiais no âmbito de competência da Justiça Federal de modo a dotá-la de condições para melhorar o atendimento de sua demanda, oferecendo resposta célere e eficiente aos seus usuários.

A Emenda Constitucional n.º 22, publicada em 19 de março de 1999, corrigiu um equívoco do legislador Constituinte possibilitando a criação e regulamentação dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal. Essa emenda acrescentou o parágrafo único ao art. 98 da Constituição Federal, determinando que: "Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal".¹

Em 16 de julho de 2001, foi editada a lei 10.259 que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. O Presidente do STJ, Ministro Paulo Costa Leite, ao comentar a importância dessa lei para o judiciário brasileiro, afirmou que "os Juizados de pequenas causas no âmbito da Justiça Federal é o fato

¹ Cf Art. 98 da CF.

mais significativo após a criação, há 11 anos, dos Tribunais Regionais Federais".²

A necessidade de criação dos Juizados Especiais Federais pode ser melhor constatada quando "no ano de 1999, no STJ foram distribuídos 118.977 processos, enquanto nos cinco TRFs foram 543.975".³

Observa-se que esses tribunais recebem anualmente centenas e milhares de novos recursos e por mais que melhorem sua estrutura, não podem atender a essa grande demanda. Assim, fica evidenciada a necessidade de criar mecanismos que "limitem a possibilidade de recursos a esses tribunais, no caso de demandas menos complexas e de menor expressão econômica".⁴

Para o Presidente da Associação dos Juizes Federais (AJUFE), os Juizados Especiais Federais possibilitam vários resultados positivos, porque:

1. Decisões finais serão alcançadas e efetivadas de modo mais célere sobretudo em prol daqueles que normalmente mais precisam de uma Justiça rápida: aposentados e pensionistas do INSS e mutuários do SFH, servidores públicos de menor renda, micro e pequenos empresários.
2. Diminuir-se-á o sistema recursal ao estritamente necessário para minimizar a possibilidade de emissão de decisões equivocadas.
3. Desafogar-se-iam o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Regionais Federais, que poderiam examinar com mais velocidade e mais profundidade as ações de maior repercussão social e complexidade.⁵

² Paulo Costa Leite. STJ aprova Anteprojeto de Juizados Especiais da Justiça Federal. Agência o Globo. Artigo disponível na Internet: <<http://www.webmail.exe.com.br>>.

³ Flávio Dino de Castro Costa. **Juizados Especiais Federais** - Proposta de Regulamentação. Apresentação da proposta dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais da AJUFE, p. 3.

⁴ Ibidem.

⁵ Flávio Dino de Castro Costa. Obra citada, p. 3.

Dentro desse contexto, os Juizados Especiais Federais representam uma nova forma que poderá, entre outros aspectos positivos, diminuir substancialmente a quantidade de processos enviados aos TRFs e STJ. Essa nova forma de fazer justiça e a modificação estrutural do judiciário também vêm fazer com que a justiça não fique distanciada das mudanças que ocorrem na sociedade com as revoluções da tecnologia da informação, causadas pelo desenvolvimento da micro-eletrônica e das telecomunicações.

2. Privilégios ou prerrogativas da administração pública em juízo na tradicional legislação brasileira

O Direito Privado repousa sobre a igualdade das partes na relação jurídica, enquanto o Direito Público assenta em princípio inverso, o da supremacia do poder público sobre os cidadãos, dada a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais

Dentro dessa perspectiva, são atribuídos ao Estado certos privilégios ou prerrogativas. Esses privilégios ou prerrogativas decorrem do interesse e da finalidade pública que deve estar sempre na base de qualquer ato ou providência do Estado, por meio da pessoa jurídica que em seu nome age.

Assim, "são as prerrogativas ou privilégios públicos as circunstâncias favoráveis ou propícias que os sistemas jurídicos atribuem à Administração a fim de que realize ela o interesse coletivo de que é guardiã".⁶

A Administração Pública quando entra em juízo recebe a designação de Fazenda Pública. Essa designação é atribuída à Administração Pública em dois momentos distintos. Primeiro quando a Administração, através de seus órgãos, exerce as múltiplas atribuições derivadas da competência de gerir o seu patrimônio, como a fiscalização tributária e a arrecadação tributária. Segundo, quando a Administração Pública ingressa em juízo por quaisquer de seus órgãos da administração direta, por suas autarquias e fundações públicas, em defesa do seu patrimônio, *stricto sensu*, ou de interesse público maior.

⁶ Wagner Sampaio Palhares. Fazenda Pública: Conceito, Abrangência e privilégios. *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, vol. 2, n. 3, p. 32, out./dez. 1999.

A Fazenda Pública, assim denominada pelo fato de o erário suportar os encargos da demanda, abrange todos os entes dotados de personalidade jurídica de direito público, das três esferas de governo – federal, estadual e municipal – da administração direta e indireta.

Diante disso, a União, como uma das três esferas de governo, possui uma série de privilégios ou prerrogativas em relação aos particulares. Privilégios que derivam da sua condição de personificação fiscal do Estado e do fato de estar em juízo na defesa de seu patrimônio ou do interesse público.

O Procurador Wagner Sampaio Palhares⁷ enumera pelo menos trinta e seis 36 (trinta e seis) privilégios ou prerrogativas da Fazenda Pública em relação ao particular. No entanto, dado ao objetivo deste trabalho, não serão analisadas todas elas. Apenas será feita a análise dos privilégios ou prerrogativas que a União Federal possui quando comparece perante o Estado Juiz na qualidade de demandada das ações de natureza não-tributária, situação em que se encontra na maioria das ações em que comparece a juízo.

Essa delimitação foi efetuada para possibilitar a análise da lei que regulou o Juizado Especial Federal Cível, no que concerne aos artigos que modificam ou extinguem os privilégios de Administração Pública nos Juizados Federais.

Falando-se desse tema é bom ressaltar que alguns juristas não vêem a diferenciação legal da Administração Pública em juízo como privilégio da União. Reforça essa posição o Professor e Procurador da Fazenda Nacional João Carlos Souto:

É lamentável que alguns pensem assim, o que demonstra visão no mínimo embaçada da realidade que acerca as pessoas jurídicas de direito público. Não é por demais repetir que o duplo grau obrigatório, o prazo maior para recorrer, etc. não são nem nunca foram privilégios, no sentido que muitos procuram imprimir ao vocábulo.

Constituem-se, isso sim, numa garantia que o legislador em boa hora conferiu a coisa pública, que não pertence

⁷ Wagner Sampaio Palhares. *Fazenda Pública: Conceito, Abrangência e privilégios*. Obra citada, p. 32 e ss.

ao servidor eventualmente encarregado de administrá-la ou defendê-la, mas a toda sociedade.⁸

2.1. Foro privilegiado

O art. 109 da Constituição Federal reza que compete aos juizes federais processar e julgar as causas, em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à justiça eleitoral e à justiça do trabalho, bem como os crimes políticos e as infrações penais praticadas em interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da justiça militar e da justiça eleitoral.

Dispõe ainda o art. 109 que as causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte (§ 1º), enquanto as causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou ainda, no Distrito Federal (§ 2º).

Prescreve também o art.109, no § 3º, que serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte a instituição de previdência social e do segurado, sempre que a comarca não seja vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

Há, portanto, competência absoluta em razão da matéria em relação às causas de que a União participe.

Nos Juizados Especiais Federais existe ainda a obrigatoriedade do seu processamento nesse órgão de jurisdição especial, caso esteja entre os limites de sua competência como será analisado no item seguinte.

Vale destacar ainda, que é vedada a aplicação da lei 10.259/2001 no juízo estadual. Se o usuário quiser utilizar o rito dos

⁸ João Carlos Souto. **União Federal em Juízo**. São Paulo: Saraiva, 1998, p.175.

Juizados Especiais Federais onde não houver Vara Federal, deverá procurar o foro de domicílio mais próximo ou conformar-se com a aplicação do procedimento comum. Tudo isso de acordo com o artigo 20 da lei citada.

2.2. Prazos especiais para contestar e recorrer

Computar-se-á em quadruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for o Ministério Público ou a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, bem como suas autarquias e fundações.⁹ O referido dispositivo não contempla as empresas públicas e sociedades de economia mista, que são pessoas jurídicas de direito privado.

Esse dispositivo é sem dúvida alguma um dos aspectos mais polêmicos e relevantes a respeito da União Federal na qualidade de sujeito passivo nos processos judiciais. Tal privilégio não constava do Anteprojeto do Código de 1973; contudo o legislador acabou por aquiescer com a necessidade desse benefício em face da complexidade que muitas vezes envolve a defesa da Fazenda Pública em juízo.¹⁰

2.3. Duplo grau de jurisdição obrigatório

O art. 475 do Código de Processo Civil estabelece que está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença proferida contra a União, o Estado e os Municípios. Essa é a tradição processual brasileira que remonta desde a época do império.

A legislação processual civil brasileira acolheu o princípio da remessa obrigatória. Esse instituto jurídico, também denominado de remessa ex officio, duplo grau obrigatório, tem por objetivo resguardar o interesse público.

2.4. Pagamento de seus débitos mediante precatório

A técnica de execução através de precatório-requisitório constitui-se um procedimento específico que integra um procedimento

⁹ Cf. Art. 188 do CPC.

¹⁰ João Carlos Souto, União Federal em Juízo. Obra Citada, p.127.

peculiar da execução por quantia certa.¹¹ Daí submeter a própria Constituição da República no art. 100, disciplina especial, ao pagamento do credor, para o qual, não se contando com o produto da arrematação, como em regra sucede, é necessário recorrer a outros meios.

Diante da inalienabilidade e impenhorabilidade dos bens públicos, os débitos da Fazenda Pública são objeto de peculiar disposição constitucional (art.100, CF/88). Por isso, as entidades de direito público ficam obrigadas a reservar, nos respectivos orçamentos, dotações suficientes para atender, em cada exercício financeiro, aos pagamentos dos débitos que lhes sejam comunicados até o dia 1º de julho do exercício anterior (Constituição Federal, art. 100, § 1º). As dotações orçamentárias e os créditos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias à repartição competente (art. 100, §2º.).

Com a edição da Emenda Constitucional n.º 20, em 15 de dezembro de 1998, foi acrescentado o § 3º ao art. 100 da Carta Magna, excluindo da expedição de precatórios as obrigações definidas em lei como de pequeno valor que as Fazendas Federal, Estadual e Municipal devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

O referido dispositivo permite um tratamento diferenciado para as obrigações definidas em lei como as de pequeno valor, dando margem ao legislador estabelecer parâmetros para o pagamento de obrigações sem a necessidade da demora do precatório.

Verifica-se que a lei que instituiu e regulamentou os Juizados Especiais Federais Cíveis, definiu sua competência cível de acordo com o disposto no § 3º do art. 100 da CF, que será mais bem analisado no item seguinte.

O Professor Francisco Wildo Lacerda Dantas, ao dissertar sobre os dispositivos constitucionais referentes ao Precatório-Requisitório, faz uma reflexão, que, no nosso entender, serve de fundamento para todos os privilégios da Administração Pública em juízo que aqui foram mencionados. Lembra o jurista:

¹¹ Francisco Wildo Lacerda Dantas. **Execução contra a Fazenda Pública - Regime do Precatório**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

Cuidando de tratamento desigual que a lei defere à Administração Pública, é indispensável não se perder de vista que tais dispositivos devem ser interpretados teleologicamente, com vistas a finalidade com que foram criados, e não como um fim em si mesmo, sob pena de deixar de ser uma prerrogativa legítima para tornar-se um privilégio odioso e como tal, inconstitucional, em face da garantia incrustada no caput do art.5º da Constituição Federal.¹²

Enfim, convém que sejam feitas algumas considerações sobre a igualdade, questão essa tão controvertida que desafia a todos e embaralha a mente do legislador e do jurista.

O Professor Sérgio Ferraz, ao explicar sobre a igualdade, afirma:

Na verdade, se a lei desigual, se a sentença desigual, a desigualdade, ao contrário do que pareça, deflui necessariamente do princípio constitucional da igualdade; a desigualdade não é repelida; o que se repele é a desigualdade injustificada.

Tudo resta, portanto, em lançar com nitidez a razão de ser para um fator diferencial. E essa parece ser uma só, são válidas as eleições discriminatórias quando signifiquem o caminho possível, de conexão lógica, para a realização do fim jurídico buscado, desde que esse fim jurídico, por seu turno, tenha agasalho no ordenamento jurídico.¹³

E ainda lembra o jurista:

Repitamos a lição aristotélica: igualdade consiste em tratar igualmente os iguais, desigualmente os desiguais. Quem são os iguais, quem são os desiguais?¹⁴

¹² Francisco Wildo Lacerda Dantas, Execução contra a Fazenda Pública - Regime do Precatório. Obra citada, p. 121.

¹³ Sérgio Ferraz. Privilégios Processuais da Fazenda Pública e Princípio da Isonomia. **RDP** 53-54, 1998, p. 39.

¹⁴ Ibidem.

Portanto, para haver tratamento desigual da Administração Pública em relação ao particular, é necessário que a lei justifique tal diferenciação. Nesse contexto, insere-se a discussão sobre a necessidade ou não do tratamento privilegiado da Administração Pública nos Juizados Especiais Federais Cíveis.

3. O tratamento dos privilégios da administração pública e outras inovações proporcionadas pela lei 10.259/2001

O exposto na primeira parte desse artigo evidencia que os Juizados Especiais Federais representam um novo modelo de judiciário. Tem o mesmo perfil político-filosófico voltado a atender os anseios dos jurisdicionados, principalmente daqueles oriundos das camadas sociais desfavorecidas. O objetivo consiste em dar ao pequeno litigante, no âmbito da Justiça Federal, condições para uma justiça célere, eficiente, simplificada e econômica, conquanto resguardada pelos princípios inseridos na cláusula do devido processo legal.

Nesse sentido, a lei 10259/2001 pretende instituir no âmbito da Justiça Federal uma nova concepção de Justiça para determinadas ações.

A lei que instituiu os Juizados Especiais Federais manteve os preceitos fundamentais da lei 9099/95, evitando-se com isso criar zonas de atrito que poderiam dificultar sua tramitação legislativa. Essa lei, no âmbito federal, reforça a noção de sistema de pequenas causas que já era composto no âmbito da Justiça Estadual pelos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

A Justiça Federal especializada trabalhista adotou também o seu rito para as pequenas causas: o procedimento sumaríssimo, regulado pela lei n.º 9.957/2000. Essa lei alterou o artigo 852 da CLT e instituiu no âmbito trabalhista um procedimento mais célere para determinados conflitos individuais trabalhistas. Assim como a lei 10.259/2001, a Lei n.º 9.957/2000 também foi inspirada na lei 9099/95.

A legislação dos Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais ampliou e sedimentou o Sistema dos Juizados Especiais.

O artigo primeiro da lei 10.259/2001, destaca a noção de Sistema de Juizados Especiais Cíveis quando dispõe:

Art. 1º - São instituídos os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, aos quais se aplica no que não conflitar com a presente lei, o dispositivo na lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995.

É uma lei inovadora no âmbito da Justiça Federal, englobando inúmeras questões e novidades interessantes, não previstas na lei que regulamentou e instituiu os Juizados Especiais Estaduais. O espírito da lei amplo e profundo, abrange a noção de Sistema de Pequenas Causas, não se limitando a se constituir apenas num novo procedimento. Suas inovações inspiram e modificam em alguns pontos todo o sistema processual e material das pequenas lides.

A seguir serão analisadas as novidades referentes à competência, prazos especiais, reexame necessário, comunicações processuais eletrônicas e precatórios.

3.1. Competência

A lei que instituiu os Juizados Especiais no âmbito da justiça federal seguiu a fórmula utilizada pela lei 9099/95, adotando o critério de definir a competência dos Juizados Especiais Federais pelas matérias de menor complexidade. Essas matérias, nos Juizados Especiais Federais Cíveis, podem ser divididas em duas modalidades, seguindo a mesma classificação utilizada pelos doutrinadores que comentam a lei 9099/95. Eles assim subdividem a menor complexidade:

- a) imprópria, ou presumida em razão do pouco valor da causa; e
- b) própria ou real, pela própria espécie de litígio considerado de pouca ou de quase nenhuma indagação jurídica.¹⁵

Nos Juizados Especiais Federais Cíveis, são consideradas causas de menor complexidade as que apresentam valor de até sessenta salários mínimos.

¹⁵ Luiz Gonzaga Santos. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito. 1996, p. 6.

Art. 3º Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.

A lei excluiu explicitamente em seu §1º as matérias de maior complexidade, as quais desvirtuariam a finalidade dos Juizados Especiais Federais Cíveis.

§ 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial Cível as causas:

I - referidas no art.109, inciso II, III, XI, da Constituição da República, as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais, por improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos;

II - sobre bens imóveis da União, autarquias e fundações públicas federais;

III - para anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e os de lançamento fiscal;

IV- que tenham como objeto de impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou de sanções disciplinares aplicadas a militares.

Ainda em relação à competência, a lei estabeleceu que as causas de menor complexidade terão que ser necessariamente processadas nos Juizados Especiais Federais. Portanto, onde estiverem instaladas Varas dos Juizados Especiais Federais, não haverá a controvérsia sobre a obrigatoriedade do processamento das ações nesses órgãos. A lei 10.259/2001 preenche, dessa forma, o espaço deixado pela lei 9099/95 que se omite sobre a questão.

Assim dispõe o § 3º do artigo 3º da Lei n.º 10259/2001:

Art. 3º ...

§ 3º No foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta.

3.2. Prazos especiais

A lei 10259/2001 não acolheu o privilégio da concessão de prazo especial para a União Federal disposto no art.188 do CPC. Sem dúvida, a manutenção dessa prerrogativa desvirtuaria a celeridade processual, princípio basilar do sistema dos Juizados Especiais.

Ainda sobre essa questão, importa realçar o benefício do prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer concedido à União, em virtude da complexidade que muitas vezes envolve a defesa da Fazenda Pública em juízo.

Nos Juizados Especiais Federais, as causas de maior complexidade são excluídas explicitamente no § 1º, do art. 3º da lei, não havendo a necessidade de manutenção desse privilégio.

Art. 9º - Não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive interposição de recursos, devendo a citação para audiência de conciliação ser efetuada com antecedência mínima de trinta dias.

Vale ressaltar que, apesar de não serem concedidos à União prazos especiais para contestar ou recorrer, a mesma dispõe de um prazo razoável de 30(trinta) dias antes da conciliação para se defender.

Importante ainda é o que preceitua o art.11 da lei 10.259/2001:

Art. 11 - A entidade pública ré deverá fornecer ao Juizado a documentação de que disponha para o esclarecimento da causa, apresentando-a até a instalação da audiência de conciliação.

O prazo de trinta dias não serve apenas para as Entidades Federais prepararem-se melhor para a defesa como também para o conciliador e as partes tomarem conhecimento necessário das provas, antes da sessão de conciliação. Essa inovação é importante, na medida em que facilita a conciliação e uma futura instrução probatória, caso necessário.

Não há dúvidas de que o fim dos prazos especiais e as inovações previstas nos artigos acima citados facilitam a concretização da celeridade processual, princípio basilar do Sistema dos Juizados Especiais Cíveis.

3.3. Limitação de recursos e extinção reexame necessário

Como foi abordado na primeira parte deste estudo, os tribunais não podem atender a contento ao volume imenso de recursos que lhes são enviados anualmente. Um dos objetivos dos Juizados Especiais Federais é diminuir a quantidade de processos remetidos aos TRFs e STJ. Há muito que se espera a criação de mecanismos que limitem a possibilidade de recursos a esses tribunais, principalmente das demandas menos complexas e de menor expressão econômica.

A lei 10.259/2001 estabelece a seguinte limitação:

Art. 13. Nas causas de que trata esta lei não haverá reexame necessário.

Rompendo com a tradição brasileira que remonta da época do império, os Juizados Especiais Federais também não acolhem o duplo grau de jurisdição obrigatório e a remessa necessária nas causas proferidas contra as Entidades Federais. Ocorrendo o contrário, esse privilégio iria de encontro à finalidade dos Juizados Especiais Federais.

Nos Juizados Especiais Estaduais, regidos pela lei 9099/95, como o do Rio Grande do Sul, os resultados são os melhores possíveis. No ano de 2000, nesse Estado, foram julgados nos Juizados Especiais 250 mil casos, ao passo que no Tribunal de Justiça foram julgados 90 mil causas. Isso significa que praticamente o número de recurso enviado ao tribunal foi dividido por três. Essa expectativa de produtividade deve acontecer também nos Juizados Especiais Federais.

A lei que regulamentou os Juizados Especiais Federais (lei 10.259/2001) limita a interposição de recursos a apenas três casos: do despacho que defere ou indefere medida cautelar, da decisão que inadimitir recursos e da sentença definitiva.¹⁶

O mais importante é o envio desses recursos às turmas recursais compostas de juízes de primeiro grau. Nos Juizados Federais, elas seguem o disposto na lei 9099/95 a qual inovou o sistema processual brasileiro ao criar essas turmas nos Juizados Especiais Estaduais, desafogando os tribunais de alçada e de justiça dos respectivos Estados.

¹⁶ Lei 10.259/2001, art. 5º.

As turmas recursais servem também como uma forma de valorização dos juízes de primeira instância. Nos Juizados Especiais Federais terão um papel fundamental para diminuir a quantidade excessiva de recursos distribuídos anualmente aos TRFs e STJ.

Os Juizados Especiais Federais inovaram o sistema dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais ao estabelecer a previsão de um novo recurso: o pedido de Uniformização de lei federal que pode ser julgado até pelo Superior Tribunal de Justiça.¹⁷

Infelizmente tal novidade contraria o princípio da celeridade, quando prevê, inclusive, a concessão de medida liminar, a pedido ou de ofício pelo Relator no STJ, suspendendo os processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida¹⁸. Mais grave ainda é o fato de estabelecer uma verdadeira súmula vinculante nos Juizados Especiais Federais. Essa novidade deve ser atribuída ao modelo burocrático hierarquizado do Judiciário brasileiro que ainda vacila nas grandes inovações.

3.4. Das comunicações processuais eletrônicas

O Juizado Especial Federal trouxe inovações ao instituto de comunicações processuais de acordo com o disposto na lei 10.259/2001 que assim dispõe:

Art. 7º As citações e intimações da União serão feitas na forma prevista nos arts. 35 e 38 da lei Complementar 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Parágrafo Único ...

Art 8º [...]

§ 2º Os tribunais poderão organizar serviços de intimação das partes e de recepção de petições por meio eletrônico.

Importante destacar a inovação propiciada por esse dispositivo que possibilita ao juízo praticar atos por fac-símiles e e-mail, quando a lei n.º 9.800/99 apenas permitia às partes praticarem tais atos.

Nada mais natural que qualquer pessoa possa propor uma ação ao Juizado Especial por meio da internet. A rede mundial de

¹⁷ Lei 10259/2001, art. 14.

¹⁸ Lei 10.259/2001, art. 14, § 5º.

computadores ainda será útil quando as secretarias dos Juizados Federais tiverem de informar as partes sobre uma determinada audiência.

O advogado Omar Kaminshi, editor de internet e tecnologia da revista Consultor Jurídico, afirma que:

[...] a informática e a internet finalmente alcançam a esfera judicial. A morosidade e as custas(muitas vezes elevadas, dificultam o acesso à justiça) talvez sejam os principais vilões do judiciário hoje.¹⁹

Interessante ainda ressaltar a novidade prevista no artigo 14, § 3º da lei 10259/2001 para lembrar o uso da tecnologia pelo judiciário. O referido dispositivo dispõe que “a reunião dos juizes domiciliados em cidades diversas será feita pela via eletrônica”.

Para garantir a informatização nos Juizados Especiais Federais, o STJ vai lutar para inserir recursos financeiros no orçamento da União, respaldados nesses dispositivos.

3.5. Os precatórios

O surgimento do precatório ganhou tanta importância que passou a ser disciplinado no texto constitucional. Para que se entenda o estudo desse instituto de criação genuinamente brasileira, é necessário que se apreciem suas raízes históricas e o conceito de dívida passiva da Fazenda Pública.²⁰

Para Américo Luis Martins da Silva,

[...] a dívida da Fazenda Pública é a soma de dinheiro que a Fazenda Pública é devedora à pessoa física ou jurídica de direito privado ou, ainda, a outra pessoa jurídica de direito público.²¹

¹⁹ Justiça Moderna. Tramitação dos processos nos Juizados pode ser pela Web. Revista Consultor Jurídico, 20/12/2001. Notícia disponível na internet no site <www.conjur.com.br>.

²⁰ Francisco Wildo Lacerda Dantas, Execução contra a Fazenda Pública - Regime do Precatário. Obra citada, p. 51.

²¹ Américo Luis Martins da Silva. **Do Precatário-Requisitório na Execução contra a Fazenda Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 8.

O Professor Vladimir Souza Carvalho esclarece que o sistema Precatório surgiu inicialmente como uma forma de pagamento estabelecido pela prática forense, em virtude da omissão legislativa, levando-se em consideração que

[...] de um jeito ou de outro, o Estado teria que pagar o seu débito. O precatório era o instrumento idealizado para tal escopo, instrumento que se plasmava pela essência direta da democracia do direito.²²

A disciplina legal do precatório da forma que se conhece atualmente, foi contemplada pela primeira vez pelo Decreto nº 3084, de 05/11/1889, que o valorizou ao aponta-lo como um dos artigos que consolidava a Justiça Federal.

Acontece que o precatório tem servido como instrumento de rolagem de dívidas da administração pública. Na prática o pagamento do precatório demora vários anos, o que leva alguns juristas a afirmarem que esse sistema é anacrônico e deveria imediatamente ser substituído.

A Emenda Constitucional n.º20/98, ao excluir a expedição de precatórios às obrigações definidas em lei como de pequeno valor, começa a dar uma resposta satisfatória aos pequenos credores da fazenda pública.

Nesse contexto seria incompatível com os princípios e escopos processuais dos Juizados Especiais Federais Cíveis manter o sistema de precatório como forma de satisfação dos débitos da Administração Pública nas causas de sua competência.

Nos Juizados Especiais Federais Cíveis, a União, autarquias, fundações e empresas públicas federais só funcionam como parte demandada. Seria um contra-senso se a celeridade pregada nos juizados fosse abandonada pela longa espera do pagamento dos precatórios. Por isso, a lei contempla as seguintes inovações:

Art. 17 - Tratando-se de obrigação de pagar quantia certa, após o trânsito em julgado da decisão, o pagamento será efetuado no prazo de sessenta dias,

²² Vladimir Souza Carvalho. Iniciação ao Estudo do Precatório. Separada da *Revista de informação legislativa do Senado Federal*, p.327.

contados da entrega da requisição por ordem do juiz, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil, independentemente de precatório.

§ 1º - Para os efeitos do § 3º, do art. 100, da Constituição Federal, as obrigações ali definidas como de pequeno valor, a serem pagas independentemente de precatório, terão como limite o mesmo valor estabelecido nesta lei para a competência do Juizado Especial Federal Civil (art. 3º, caput);

§ 2º - Desatendida a requisição judicial, o Juiz determinará o seqüestro do numerário suficiente ao cumprimento da decisão.”

Vale ressaltar que os Juizados Especiais Federais não só ampliam o acesso ao judiciário mas também poderão transformar-se num órgão verdadeiramente efetivo em suas decisões. O não-pagamento no prazo estipulado pela legislação acarretará o seqüestro do valor correspondente à condenação imposta ao ente público.

O Ministro Ruy Rosado, relator original no STJ do anteprojeto de lei dos Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais, lembra que,

[...] como as próprias autoridades do executivo participaram da elaboração da proposta que resultou da Lei dos Juizados Especiais Federais, a expectativa é de que não sejam criados problemas com a quitação dos débitos judiciais. Eu notei que há um empenho para que a experiência der certo.²³

Na forma como está prevista em lei, quem ganha leva imediatamente ou em um curto espaço de tempo, o que não é comum nos outros órgãos jurisdicionais, inclusive nos Juizados Especiais Estaduais.

A forma proposta para o funcionamento dos Juizados Especiais Federais é simples, procurando romper com o formalismo

²³ Dever de Casa. Juizados Federais garantem cumprimento de decisões. **Revista Consultor Jurídico**, 19/12/2001. Notícia disponível na Internet no site: <www.conjur.com.br>.

antigo. O legislador preocupou-se em implantar inovações simplificadoras do processo, estabelecendo um importante recurso no desenvolvimento técnico ao observar os princípios da oralidade e informalidade, com o objetivo de conseguir efetividade e maior celeridade da atividade judicante.

Dessa forma, verifica-se que a lei aprovada pretende instituir no âmbito da Justiça Federal uma nova concepção de Justiça para determinadas ações. Há o reconhecimento de que são incompatíveis os privilégios e prerrogativas da Administração Pública em juízo nos Juizados Especiais Cíveis Federais.

4. Considerações finais

A lei sobre os Juizados Especiais Federais veio representar, no âmbito da Justiça Federal, a ruptura entre o formalismo exacerbado, a burocracia e a lentidão dos processos contribuindo para um judiciário célere e eficaz.

Por isso a expectativa é que, além de proporcionar uma solução rápida para os conflitos judiciais, possa contribuir para a redução do volume de processos em curso na Justiça Federal de primeira instância e, conseqüentemente, no número de recursos examinados pela segunda instância nos TRFs e pelo próprio STJ.

Um estudo realizado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região (com sede em Recife), tomando como base as causas propostas em junho e julho de 2001, demonstrou as vantagens dos Juizados Federais, gerando entusiasmo nos meios jurídicos.

Segundo o levantamento do TRF, caso os Juizados Especiais Federais já estivessem atuando com a plenitude de sua competência, eles absorveriam 53% das causas cíveis da primeira instância federal em seis Estados nordestinos. A redução seria de 45% no Ceará, 96% na Paraíba (onde a maioria dos processos é de natureza previdenciária), 33% no Rio Grande do Norte, 59% em Pernambuco, 62% em Sergipe e 44% em Alagoas.²⁴

Os Juizados Especiais Federais podem também representar a possibilidade de ampliação dos serviços jurisdicionais, beneficiando

²⁴ Notícias do Superior Tribunal de Justiça. Comissão receberá sugestões de juízes federais para organizar Juizados Especiais. Disponível na internet desde 03/08/01 no site: <www.stj.gov.br>.

as camadas populares excluídas da prestação jurisdicional, quanto à previdência, financiamento habitacional, entre outros.

Os Juizados Especiais Federais, mesmo com competência limitada, podem contribuir para a recuperação da credibilidade do judiciário frente à população. Há o reconhecimento no âmbito da justiça federal que parcela da população não pode esperar longos anos para o recebimento de seus créditos.

A análise de alguns artigos da lei que instituiu os Juizados Especiais Federais Cíveis, leva à conclusão de que sua autonomia reflete no sistema processual vigente. Também nessa lei, há o reconhecimento explícito de que os privilégios históricos da Administração Pública são incompatíveis com o sistema dos Juizados Especiais. Evidencia também que o pequeno litigante frente à Fazenda Pública é merecedor de uma atenção especial nessa nova forma de fazer justiça.

Há a percepção de que o desigual, na relação em Juízo com a Fazenda Pública, em grande parte dos casos é o particular. Por isso, não há a necessidade de tratamento especial para a Administração Pública, sob pena de contrariar o artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Em face do exposto, a implantação gradual dos Juizados Especiais Federais tem sido considerada pelos mais otimistas como a maior revolução da história na Justiça Federal.

Os Juizados Especiais Federais Cíveis tendem a ser mais efetivos do que os Juizados Especiais Estaduais. Nos federais, não se deve ter o problema enfrentado pelos Juizados Estaduais no momento da execução dos processos. Como foi visto, as Entidades Federais terão 60 (sessenta) dias para pagar o seu débito, após o trânsito em julgado da sentença, sob pena de seqüestro em sua conta do numerário suficiente.

Outro fator importante para apontar a possibilidade de êxito dos Juizados Federais é a organização da Justiça Federal que comparada à maioria das Justiças Estaduais, apresenta uma melhor estrutura organizacional.

No entanto, não se pode deixar de considerar que, apesar de todos os avanços em relação à justiça tradicional e até mesmo aos Juizados Especiais Estaduais, uma série de problemas históricos e

estruturais do Poder Judiciário brasileiro pode dificultar o acesso ao judiciário nos Juizados Especiais Federais. Entre esses destacam-se:

- a) concentração das Varas Federais nas capitais e nas grandes cidades do país praticamente inexistindo política de interiorização da justiça federal;
- b) precariedade de funcionários e de juizes federais, uma vez que o orçamento da Justiça Federal inibe a realização de novos concursos públicos;
- c) a falta de reforma no Poder Judiciário.

Espera-se que a sedimentação do funcionamento dos juizados no âmbito federal venha a inspirar reformas nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Assim, a luta constante por maiores recursos para o Judiciário brasileiro poderá ter êxito, diante de sua nova legitimidade.

O SUBSISTEMA DO JUIZADO ESPECIAL

Francisco Wildo Lacerda Dantas ^(*)

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O direito como sistema. 3. O enquadramento do processo no sistema do direito: visão moderna. 4. Os novos subsistemas processuais: a) Características do processo individual; b) Características do processo coletivo; c) Características do processo dos Juizados Especiais. 5. Conclusão.

1. Introdução

Na introdução à obra de CLAUS-WILHEL CANNARIS, que traduziu para o vernáculo, o Prof. ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO realizou trabalho, que, pela excelência, se tornou tão importante ou mais importante para os estudiosos do direito que a própria obra traduzida, ao analisar as várias posturas que o negam como ciência, sobretudo a partir da premissa de que o direito não poderia se apresentar como um sistema, como o afirma Viehweg, para quem isso não poderia acontecer em razão da impossibilidade que se apresentaria em quatro planos decisivos: 1º - seria arbitrária a escolha dos princípios de base e de seus conceitos; 2º - haver extensões, restrições, assimilações, concentrações e passos similares das proposições; 3º - há necessidade de recorrer-se à linguagem, sempre multi-significativa, o que impossibilitaria as derivações; e 4º - escaparia ao sistema a apreensão da matéria de fato, condicionante de qualquer sistema, com o que o direito revelaria uma natureza tópica: dado um problema se chegaria a um solução.

Tomando como premissa de sua abordagem a idéia de sistema utilizada por CANNARIS, que remonta a KANT – *sistema é a unidade, sob uma idéia, de conhecimentos diversos ou, se se quiser, a*

(*) Professor dos cursos de graduação e de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas (UFAL), Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e doutorando pela Faculdade de Direito de Lisboa.

ordenação de várias realidades em função de pontos de vistas unitários – esse autor revela que o direito apresenta certos pontos de vista unitários como a repetição, a medida ou a própria estabilidade das relações que formam o Direito, de molde a satisfazer a fórmula kantiana, que atribui ao Direito a lógica mínima que o distingue do arbítrio puro e afirmar que, sob esse enfoque, *o sistema existe, quer dele se tenha, quer não, uma específica consciência*¹.

2. O direito como sistema.

Foi com os pandectistas que se levou a cabo o primeiro esforço de sistematizar o direito. Nesse sentido, ao proceder à revisão crítica do conceito de pessoa jurídica, na criteriosa análise que levava a cabo sobre o poder de controle nas sociedades anônimas, FÁBIO KONDER COMPARATO fez importante observação. Assinalou que a sistematização do direito, em que se pretendeu reduzir à unidade uma multiplicidade de elementos – tal como na fórmula kantiana já mencionada – se operou, sobretudo, com o esforço dos pandectistas que levaram essa idéia ao extremo. Para isso, elaboraram uma sistemática jurídica do tipo hierárquica, tendo criado o conceito de direito subjetivo – alçado ao cume da pirâmide do sistema – de que se derivou o conceito de pessoa jurídica.

Recepcionavam-se – a partir dessa concepção – as idéias mestras da filosofia das luzes, em decorrência do que se passou a entender que o verdadeiro direito não seria a norma imposta pelo Estado absolutista e condenada pela razão natural, mas os direitos inatos de todos o homem, enquanto manifestações de sua liberdade essencial².

RENÉ DAVID analisou – em obra clássica – os grandes sistemas do direito contemporâneo – família romano-germânica, família *da common law*, família do direito hindu, muçulmano e judaico e família do Extremo Oriente, além de outras concepções com a do direito soviético – para concluir que a família do direito romano-germânica, a que pertencemos, surgiu, do ponto de vista científico, no

1 Cf. Introdução à obra **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. XLVI.

2 Cf. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 3 ed. revista, atualizada e corrigida. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983, p. 258-259.

século XIII, destacando que isso se dera pela doutrina – que o dominou por cinco séculos, o que, para nós, corresponde ao período de dominação dos pandectistas – passando, num seguinte momento, a sofrer a influência da Escola do Direito Natural, e, posteriormente, experimentou uma fase de expansão para fora da Europa³.

Em obra que resume as lições proferidas no 3º ano dos Cursos Jurídicos da Faculdade de Direito de Coimbra e da Universidade Autónoma de Lisboa, nos anos de 1977/1985 e 1988/1998, respectivamente, o Prof. ALEXANDRE MÁRIO PESSOA VAZ resumiu os sistemas processuais dos últimos séculos, encarados sob o ângulo do progressivo aumento das garantias judiciárias – que preferido denominar de processuais – fundamentais dos cidadãos, aos seguintes:

a) Sistema do *processo comum* europeu ou medieval (dominante até fins do século XVIII) – que se caracteriza como um processo que assenta em privilégios de classe do tipo feudal (justiça privilegiada, desigualitária e patrimonial) e se reveste de natureza secreta, escrita e mediata, descontínua e de grande duração, onde se consagra o regime da prova legal (verdade formal) e as sentenças imotivadas. Corresponde a uma justiça autoritária, opressiva e arbitrária;

b) Sistema do *processo liberal* (introduzido pela Revolução Francesa) – que se revela como um processo que assenta na supressão das jurisdições privilegiadas e, no princípio da igualdade de todos os cidadãos perante a lei e os tribunais, mas cria uma *igualdade puramente formal*, inspirada no princípio individualista do *laissez faire, laissez passer*. Reveste-se de natureza pública, oral, imediata e concentrada. Consagra os princípios da livre convicção do juiz na apreciação da prova, da garantia do segundo grau de jurisdição (apelação), da documentação da prova e da motivação das sentenças. Adota o conceito do *juiz passivo* (*princípio dispositivo*), em razão do que reveste um caráter privatístico, em que ostenta um conceito duellístico, agonístico ou desportivo (*Sporting Theory* ou *Adversary System* entre os anglo-saxões);

c) Sistema do *processo social* (expressão do socialismo europeu do século XIX, consagrado na Ordenação Processual

³ Cf. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p.27.

Austríaca de 1895, de Franz Klein) – que se mostra como um processo em que se consagra, de maneira rigorosa e efetiva os princípios da oralidade e da imediação, da concentração e da publicidade. Assenta no princípio da livre apreciação da prova e reconhece as garantias do recurso de apelação (com renovação da prova oral em segunda instância), na motivação exaustiva das sentenças, na rigorosa documentação da prova.

Inscribe-se, no princípio do juiz ativo, responsável e assistencial (que visa criar entre as partes uma igualdade real e efetiva e não meramente formal, pelo auxílio que o juiz concede à parte econômica e culturalmente mais débil e desfavorecida), construindo-se uma estrutura processual com caráter acentuadamente publicístico, dominado pelo princípio da *investigação oficiosa* da verdade material pelo juiz (princípio inquisitório ou de investigação *Forchungsprinzip*), estrutura que o próprio KLEIN denominou de “um instituto de bem estar social (*Wohlfahrtseinrichtung*)”⁴;

d) Sistemas dos *processo socialistas* (resultante da Revolução Russa e que dominou nos países sob a influência soviética da Europa Oriental – que revela as mesmas características do sistema antecedente, mas atribui maior força aos princípios do juiz ativo e assistencial, da igualdade efetiva das partes, da descoberta da verdade material ou objetiva, da fiel documentação da prova oral produzida em juízo e de constante estímulo à participação do público às audiências⁵.

3. O enquadramento do processo no sistema do direito: visão moderna

Escrevendo sobre a natureza jurídica da ação, Hugo Alsina – Professor Titular de Direito Processual da Faculdade de Direito e

⁴ Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover acentuou, com a costumeira proficiência, que a concepção menos individualista e mais dinâmica do contraditório *postula a necessidade de a equidistância do juiz ser adequadamente temperada, mercê da atribuição ao magistrado de poderes mais amplos, a fim de estimular a efetiva participação das partes no contraditório e, conseqüentemente, sua colaboração e cooperação no justo processo*, o que corresponde à figura do juiz ativo, no texto. Cf. **Novas Tendências do Direito Processual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 7.

⁵ Cf. **Direito Processual Civil** (Do Antigo ao Novo Código). Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 50-131.

Ciências Sociais da Universidade de Buenos Aires – faz referência à observação de Calamandrei de que a presença no processo de dois litigantes frente ao juiz criava o seguinte dilema: ou se vê no processo um serviço que o Estado presta ao indivíduo proporcionando-lhe o meio para atuar seu direito subjetivo, ou bem se o considera como um serviço que o cidadão presta ao Estado, proporcionando-lhe a oportunidade de fazer atuar o direito objetivo. Disso dependerá não só o enquadramento do processo no sistema do direito como também o próprio papel que, nele, o juiz irá desempenhar. Na primeira postura, tem-se a visão privatística do processo, em que a ação é vista desde o ponto de vista das partes. Nessa visão, as partes não somente não somente determinam a questão a decidir, como fixam, também, o material de conhecimento e o juiz se reduz a um mero *espectador* da contenda. Na segunda, tem-se a visão publicista do processo, em que se o vê do ponto de vista da jurisdição, como um instrumento indispensável a seu exercício. Nessa concepção, as partes somente atuam como auxiliares do juiz, que se converte, numa visão mais extremada, em um *ditador* do processo⁶.

Entre nós, Cândido Dinamarco já havia feito crítica à postura anterior, por entendê-la individualista, num sistema jurídico brasileiro marcado pelo publicismo. Em segundo lugar, a tendência de colocar a ação no centro do sistema do processo revela preocupações restritas ao processo civil, sem consideração com a teoria geral.

Eis porque, na visão moderna e atual do processo – em que se o concebe em sua instrumentalidade – dentro de um sistema que se apresenta em si mesmo como instrumental, ele é o instrumento por excelência, prestando-se ao exercício de uma função que também está a serviço de certos objetivos exteriores ao sistema.⁷

Evidente que não se pode conceber o processo como um instrumento da jurisdição e, com essa visão, atribuir-lhe um papel secundário, a ponto de afirmar-se que, para fazer justiça, pode-se atropelar, passar por cima das normas processuais. Não é assim. Não

⁶ Cf. *Naturaleza Jurídica de la Acción*, artigo inserto na obra coletiva *Acción, Pretensión y Demanda*, coordenada por Juan Morales Godo. (Fundamentos Doctrinarios del C.P.C.), Centro Iberoamericano de Estudios Jurídicos y Sociales, p. 135.

⁷ Cf. **A Instrumentalidade do Processo**. 3. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 77-79.

sendo o direito algo que se produz na natureza, mas algo criado pelo homem, o processo de criação do direito – qualquer que seja ele, consistente em normas gerais que caracterizam o processo legislativo, ou em normas individuais, que caracterizam o processo administrativo, em suas várias espécies, ou o processo jurisdicional, o processo será sempre – como advertiu Calmon de Passos – algo que integra o próprio ser do produto, e que, por isso, tem com o direito uma relação orgânica, tanto que se pode concluir que o direito é o que dele faz o processo de sua produção.⁸

Tem-se, pois, que o processo se integra ao sistema do direito não só como instrumento indispensável ao exercício da jurisdição, quando deverá ser conduzido por um juiz diretor – por dirigi-lo com o auxílio das partes – e não mero espectador, segundo a visão privatista, já superada, muito menos como um *führer* – ou ditador – em que atuaria como o dono absoluto da relação processual, investido de poderes autoritários, que atuaria de maneira inquisitiva, livre da iniciativa das partes, tal como o proclama o art. 125 do nosso CPC⁹, mas também como técnica indispensável à criação do direito, tendo em vista que, como revelou Kelsen a criação do Direito – que se dá com a criação de normas – é sempre aplicação do Direito e todo ato é, normalmente, ao mesmo tempo, criador de Direito e aplicador de Direito e a forma como isso se dá constitui o processo¹⁰.

4. Os novos subsistemas processuais

a) Características do processo individual

O processo civil brasileiro se apresenta com três subsistemas que formam um todo, compreendendo o sistema maior, de que os outros fazem parte. O primeiro deles é o subsistema de processo individual, que sempre se apresentou como o processo clássico. Com base nele, foi-se construindo os novos subsistemas, nomeadamente o do processo coletivo e o do processo dos Juizados Especiais Cíveis.

⁸ Cf. **Direito, poder, justiça e processo** (julgando os que nos julgam). Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 24-25.

⁹ Tal como o demonstra Vicente Miranda, **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 147-149.

¹⁰ Cf. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo/Brasília, Martins Fontes./Universidade de Brasília, 1990, p. 137.

O processo civil individual se caracteriza por ser informado por institutos como o direito subjetivo, a personalidade jurídica, de que decorre, no processo, a legitimação e a coisa julgada. Toda a disciplina processual desse subsistema assenta nesses institutos. Bem revelador dessas características é a norma do art. 6º do CPC. Nesse subsistema de processo tutela-se o direito individual, por excelência e se busca satisfazer o direito subjetivo, que é o cerne do sistema.

É um subsistema de característica marcadamente burguês, em que se tem por ideal a satisfação do direito subjetivo a qualquer custo, com exclusão do atendimento das necessidades dos outros. Bem se ajusta ao ideário defendido por Rudolf von Ihering, que representa a ideologia reinante nesse tipo de justiça¹¹.

b) Características do processo coletivo

Já o subsistema do processo coletivo, por sua vez, se apresenta com características distintas. Aqui, o sistema não está centrado no direito subjetivo. Contemplam-se outras situações, até então deixadas à margem pelo direito, em que a satisfação de uma necessidade não implica a exclusão dos demais, até porque os interesses que se buscam tutelar são interesses metaindividuais: que são de todos e não é de ninguém, especificamente. Nessas condições,

¹¹ Embora afirme que o fim do direito é a paz, o meio de atingi-lo a luta, esse autor defende que o interesse individual – que se encontra protegido pela norma – e, por isso, caracteriza o direito subjetivo, de caráter individual (o autor afirma, em sua obra, *Passo a tratar da luta pelo direito subjetivo ou concreto*) – deva ser satisfeito, pois o desatendimento ou a resistência é considerado uma afronta ao nosso direito, que ofende a própria personalidade, ou seja, constitui uma ofensa pessoal, gerando para o titular um dever – para consigo mesmo – de defendê-lo, por representar um dever para a comunidade, *pois só através de tal defesa o direito pode realizar-se*. O caráter absoluto que atribui à satisfação do direito subjetivo bem se revela na crítica candente que faz à solução encontrada pelo juiz veneziano de reconhecer o direito de Shylock extrair uma libra de carne do seu devedor – como pagamento –, contanto que o fizesse sem derramamento de sangue. Cf. **A Luta pelo Direito**. Tradução de Richard Paul Neto. Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1983, p. 14, p. 29, p. 78-80.

já se reconheceu ser indispensável criar-se um novo subsistema de processo, pois a noção de direito subjetivo não serve para isso¹².

A partir daí pode-se apontar como características desse subsistema o de tutelar interesses metaindividuais, que tem por objeto um bem da vida coletivo, insuscetível de divisão, de tal maneira que a satisfação de um interessado implica necessariamente a satisfação de todos, ao mesmo tempo em que a lesão de um deles implica a lesão de toda a coletividade, ou, como preferem os americanos, toda a *class*¹³. O processo coletivo, próprio da chamada *class action* tem por escopo alargar o acesso à justiça e promover economia processual, tendo se firmado como o instrumento processual por excelência para resolver as controvérsias que afetam um grande número de pessoas¹⁴.

Por influência dessas características, que atuam como nota determinantes do subsistema, os institutos do subsistema anterior passam a receber disciplina própria.

Realmente, a personalidade jurídica (onde atua com mais vigor a teoria dos *disregard* ou desconsideração), a legitimação, a distribuição do ônus da prova e, mesmo, a coisa julgada, não podem

¹² Ada Pellegrini Grinover observa, em respeito à tutela dos interesses difusos, que são o objeto – ao lado dos interesses coletivos – da tutela proporcionada pelo subsistema de processo coletivo, que o conceito clássico de direito subjetivo, que a autora identifica como centro de todo o sistema clássico burguês, por investir o indivíduo do exercício de direito subjetivos, titularizados claramente em suas mãos, e legitimava o prejuízo causado a quem de outro direito subjetivo não fosse titular, soçobra, por não servir para instruir esse subsistema. Cf. “A Problemática dos interesses Difusos”, artigo inserto na obra coletiva **A Tutela dos Interesses Difusos**, por ela coordenada, São Paulo, Ed. Max Limonad, 1984, p. 29-45, mais precisamente p. 31.

¹³ Como observou José Rogério Cruz e Tucci, a *class action* foi criada, originariamente, no direito inglês pela *Bill of Peace*, em fins do século XVII, sendo apenas admitida diante da *Court of Chancery*, em juízos de equidade, tendo sido – depois da fusão dos sistemas da *law e da equity*, em decorrência do *Court of Judicature Act*, de 1893, estrutura com características modernas, passando a ser utilizada nos demais países em que vigora a *common law*. Cf. **Class Action e Mandado de Segurança Coletivo**. São Paulo, Saraiva, 1990, p. 11-12.

¹⁴ Como também demonstrou José Rogério Lauria Tucci, na mesma obra citada na nota anterior, às p. 9-11.

ser encaradas da mesma forma num subsistema de processo que não busca privilegiar o indivíduo, mas a tutela de interesses metaindividuais. Reclama-se uma disciplina diversa, o que bem caracteriza esse processo como integrante de um subsistema específico, com identidade própria, em que embora os institutos do outro subsistema de processo possam ser utilizados recebem uma disciplina distinta, ajustada ao subsistema em que são empregados.

c) Características do processo dos Juizados Especiais

O Juizado Especial tanto pode ser Cível como Criminal, mas aqui se examina apenas o Cível. Este também se submete a princípios e se apresenta com uma disciplina própria, específica, que revela de igual modo constituir um novo subsistema de processo.

Em primeiro lugar, o Juizado Especial construído entre nós a partir da experiência dos chamados Juizados de Pequenas Causas (Lei nº 8.640/93), evoluiu para essa forma desde que, previstos no art. 98, I da atual CF/88, se procurou atender ao princípio proclamado no Preâmbulo da mesma Constituição de comprometimento com *a solução pacífica das controvérsias*. Em função disso, editou-se a Lei nº 9.099/95 que disciplinaria esses Juizados, consagrando-o como um novo subsistema de processo civil. Tenha-se em mira que o dispositivo constitucional estabelece, em respeito aos Juizados Especiais Cíveis, *verbis: juizados especiais, providos por juízes togados, togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade*.

Competente integrante do Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Juiz Auxiliar da Corregedoria-Geral da justiça de Pernambuco, um dos Estados em que melhor se desenvolveu esse subsistema de processo, Demócrito Ramos Reinaldo Filho observou que a introdução dos então chamados Juizados Especiais de Pequenas Causas havia sido *a maior obra de arquitetura jurídica dos últimos tempos, podendo ser encarado como o marco de uma significativa onda de renovação dos serviços judiciários*. Esses Juizados haviam sido construídos centrados em três vetores principais – isenção de taxas e de custas, desnecessidade de representação por advogado e celeridade processual – e muito embora apresentassem elevado índice de conciliações, cedo se percebeu que necessitava de certo ajustes,

notadamente na atribuição para que esses juízos executassem os próprios julgados¹⁵.

Agora, com a nova roupagem dos Juizados Especiais, passou-se a dar cumprimento exato ao que dispõe o art. 98, I do atual texto constitucional que define a competência desses Juizados Especiais para *a conciliação, o julgamento e a execução* (dei destaque).

À míngua de qualquer estudo a respeito – pelo menos do conhecimento do autor – procedo a um resumo das características marcantes do que considero o subsistema processual do Juizado Especial Cível.

Ressalta-se, em primeiro lugar, que esse subsistema está voltado para a conciliação, o processo, o julgamento e a execução das causas de sua competência, di-lo o art. 1º da Lei nº 9.099/95 – considerada a Lei Geral dos Juizados Especiais.

Este dispositivo que se encontra repetido no art. 3º da Lei nº 10.259/2001 que, depois da Emenda Constitucional nº 22/99, o criou no âmbito da Justiça Federal.

O processo desse subsistema é essencialmente oral. Nesse sentido, o art. 2º da Lei Geral dos Juizados (Lei nº 9.099/95) estabelece os critérios que o orientarão, a saber a oralidade, a simplicidade, a informalidade, a economia processual e a celeridade, buscando sempre que possível, a conciliação e a transação.

Esses critérios integram o princípio da oralidade que é o princípio maior que deve ser seguido nos procedimentos e se encontra conexo com vários outros princípios, a saber: da imediação, que recomenda ser o próprio juiz que recolheu diretamente as provas que profira a sentença, tal como acolhido pelo art. 446, II, do CPC; o da identidade física do juiz, que recomenda manter-se o mesmo juiz desde a propositura da ação, não se lhe modificando a competência ainda que se tenha operado modificações do estado de fato ou direito, salvo quando alterarem a competência do órgão em razão da matéria ou da função, como refere o art. 87 do CPC e como complementa o art. 132 do CPC. Também conexo com o princípio da oralidade está o princípio da concentração que impõe a reunião de todas as atividades

¹⁵ Cf. **Juizados Especiais Cíveis** (Comentários à Lei nº 9.099, de 26.9.95). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 1-2.

processuais destinadas à instrução e à marcha da causa (provas e discussão da provas) numa só e mesma audiência ou em poucas audiências contíguas¹⁶.

Outra característica marcante é a opção. O Juizado Especial Cível é opcional. Quem busca esse juízo está ciente de que receberá uma tutela jurisdicional diferenciada, voltada para a conciliação e transação. Não é um juízo voltado para a satisfação do direito subjetivo a qualquer preço como defendia Rudolf von Ihering, bem resumido no brocardo latino *Fiat justitia pereat mundus*, por estar-se atento à solidariedade que, segundo Leon Duguit, constituía um valor fundante do direito¹⁷, em razão do que os próprios romanos já haviam reconhecido, em outro brocardo: *summum jus, summa injuria*.

Essa característica está bem definida no art. 3º, § 3º da Lei nº 9.099/95, que estabelece: *A opção (pus em ressaltado) pelo procedimento previsto nesta Lei importará em renúncia ao crédito excedente ao limite estabelecido neste artigo, excetuada a hipótese de conciliação*. Não opção, no entanto, quando se trata de Juizado Especial da Justiça Federal tendo em vista que se estabeleceu, no art. 3º, § 3º : *No foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta*. A razão é simples: se a competência é absoluta, as partes não podem dispor de forma contrária, segundo a inteligência do art. 111 do CPC e se as partes não podem modificar essa competência, segue-se que não há opção.

O Juizado Especial Cível no âmbito da Justiça Federal foi criado em atendimento ao projeto formulado pela Associação dos Juízes Federais (AJUFE), que apresentava quatro linhas básicas:

- 1ª - possibilidade de conciliação;
- 2ª - igualdade entre as partes;
- 3ª - informalidade no procedimento;
- 4ª - pagamento das condenações ou das importâncias fixadas nos acordos ou nas transações imediatamente, ou no prazo máximo de 60 dias.

¹⁶ Tudo isso compõe princípios que formam o que se convencionou denominar processo oral, segundo o magistério de Chiovenda. Cf. **Instituição de Direito Processual Civil**, vol. I. Tradução da 2ª edição italiana por J. Guimarães Menegale, acompanhada de notas do Prof. Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1942, p. 91-92.

¹⁷ Como o refere Sílvio de Macedo, no verbete *Solidariedade*, Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 70, p. 415.

Muito embora o Executivo houvesse tomado como modelo o projeto de lei do Superior Tribunal de Justiça, em que pontificou a figura do Ministro Rui Rosado de Aguiar Jr., certo é que foram mantidas as linhas básicas planeadas pela mesma AJUFE que, levado ao Legislativo, foi aprovado, sem, contudo, atender-se às solicitações em respeito à dotação de pessoal, tem-se que a Lei nº 10.259/2001 é boa, de modo geral, por introduzir profundas mudanças, em favor do jurisdicionado, com vista a uma prestação jurisdicional mais ágil e eficiente, cujas conquistas se apresentam, também, como características desse novo subsistema de processo, aqui resumidas:

a) eliminação de prazo diferenciado para as pessoas jurídicas de direito público (art. 9º);

b) eliminação do reexame necessário nas causas da competência do Juizado Especial Cível (art. 13);

c) admissão apenas de apelação, exceto se houver concessão de medidas cautelares ou a requerimento das partes, somente cabíveis *para evitar dano de difícil reparação* (art. 4º e 5º);

d) previsão para cumprimento imediato de obrigação de fazer imposta em acordo ou em sentença com trânsito em julgado, apenas com a apresentação de ofício do juiz com cópia do acordo ou da sentença (art. 16);

e) previsão para pagamento das obrigações por quantia certa constantes de sentenças com trânsito em julgado no prazo máximo de sessenta dias contados da entrega da requisição por ordem do juiz, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil (art. 17);

f) possibilidade de seqüestro do numerário suficiente para o cumprimento da decisão se for desatendida a requisição judicial (art. 17, § 2º)

5. Conclusão

Os Juizados Especiais devem ser encarados como um novo subsistema de processo, mais do que um novo procedimento processual, na esteira do procedimento sumário – antigo procedimento sumaríssimo. Essa visão, inteiramente descompromissada com o ser do processo, se encontra arraigada naqueles que vêem o processo como um procedimento, a ponto de referir-se ao CPC como Código de Ritos, privilegia mais o continente do que o conteúdo.

Como havia observado J. J. CALMON DE PASSOS, o Direito nada mais é o que dele faz o processo de sua produção, pois o Direito não é algo dado, pronto e acabado, preestabelecido ou pré-produzido para o consumo, que se adquira em qualquer botequim ou colhido diretamente da natureza para consumo imediato.

Segundo o magistério desse autor “O direito é produzido em cada ato de sua produção e subsiste com sua aplicação e somente é enquanto está sendo produzido ou aplicado”¹⁸.

Nos Juizados Especiais, tem-se uma nova espécie de Direito. A produção se dá através de princípios novos – em que sobreleva a conciliação, a *justitia coesistente* a que se refere CAPPELLETTI, em que sobreleva o valor solidariedade sobre o valor individual. A concepção da justiça social sobre a da justiça burguesa, de sabor acentuadamente individual, quando se ensinava *Fiat justitia pereat mundus*, segundo a obra de Rudolf von Ihering que cantava a luta pelo direito como o momento culminante da civilização ocidental – representada na Inglaterra – onde o direito se identificava como parte integrante da personalidade do indivíduo.

Nesse novo subsistema, busca-se a realização de uma justiça harmônica, não com a exclusão da outra parte, mas com a participação dela. Procura-se o direito, mas não através da luta. Pretende-se realizar o direito, mas com pacificação, como ensina CÂNDIDO DINAMARCO. Afinal, essa nova visão revela aquilo que, segundo Duguit, seria o valor fundamente do direito – solidariedade – e mais se ajusta à natureza mesma do povo brasileiro – herdada dos nossos colonizadores¹⁹ – segundo registrado no Preâmbulo da Constituição, e que se encontra comprometido *com a solução pacífica das controvérsias*.

¹⁸ Cf. Direito, poder, justiça e processo (julgando os que nos julgam), cit., p. 25.

¹⁹ Como se sabe, desde as Ordenações Filipinas havia, no processo civil que se herdou dos portugueses, a recomendação de que *no começo da demanda dirá o Juiz a ambas as partes, que antes que façam despesas, e se sigam entre elles os ódios e dissensões, se devem concordar e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre he duvidoso*. Manteve-se a grafia da época. Cf. **Ordenações Filipinas**, Livros I e II, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, reprodução “fac-simile” da edição feita por Candido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro, 1870, 1985, p. 587.

A CORRUPÇÃO E A DEMOCRACIA BRASILEIRA
Considerações sobre a questão da corrupção na formação social
brasileira e sua repercussão no regime democrático ^(*)

Frederico Wildson da Silva Dantas ^()**

“Não procede a afirmação de alguns, acerca do brasileiro, de que ‘somos todos corruptos’. Não é o povo, muito menos o brasileiro, que é corrupto, mas o poder que domina esse povo. O poder não só é fonte, como estuário da corrupção. Para ele convergem todas as formas de interesses e vantagens.”

(Sérgio Habib, Brasil: quinhentos anos de corrupção)

SUMÁRIO

1. Introdução: a recente história política brasileira, a instabilidade democrática e o impacto da corrupção sobre a legitimidade do poder.
2. A corrupção como fato social. 2.1. O que é corrupção? 2.2. Possíveis causas sociológicas da corrupção.
3. A corrupção no Brasil. 3.1. Enfoque histórico. 3.2. Corrupção institucional e relações sociais.
4. Breves considerações acerca da democracia.
5. Possíveis efeitos da corrupção sobre o regime democrático brasileiro.

^(*) Artigo elaborado a partir de monografia apresentada no Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

^(**) Juiz Federal Substituto da Seção Judiciária de Alagoas, Professor do Centro de Ciências Jurídicas de Maceió (CCJUR/CESMAC) e mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

1. Introdução

A recente história política brasileira, a instabilidade democrática e o impacto da corrupção sobre a legitimidade do poder

A corrupção política faz parte do cotidiano dos brasileiros. Para sabê-lo basta folhear os jornais e as revistas semanais, ou atentar para os noticiários de rádio e de televisão. Cada escândalo é divulgado e explorado exaustivamente até ser substituído por outro evento, mais recente, que lhe roube a atenção da mídia e, desse modo, do público. Os casos dos “anões do orçamento”, das letras, dos precatórios, dos Bancos Marka e Fontecidam, da SUDAM/FINAM, do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT (desvio de verbas), do DNER (precatórios), da OAS, da “Pasta Cor de Rosa” e da sede do TRT em São Paulo, são fatos extraídos da recente história nacional, que bem demonstram a regularidade do fenômeno. Não olvidando o caso PC Farias, que se tornou paradigmático ao desembocar na renúncia, e posterior condenação perante o Senado Federal, do então Presidente da República, Fernando Collor de Melo.

A corrupção e os graves problemas que acarreta não se limitam, evidentemente, ao Brasil. Em 1996 a Organização dos Estados Americanos – OEA criou a Convenção Interamericana contra a Corrupção, a primeira de seu gênero no mundo. Recentemente, durante a 31ª Assembléia Geral da OEA em Heredia, Costa Rica, representantes de vinte e dois países membros assinaram acordo para estabelecer um mecanismo de continuação dos avanços na luta contra a corrupção no continente. Também em países europeus tem-se notícia de diversos instrumentos destinados a combater a corrupção, a exemplo da lei francesa nº 93-122, de 29 de janeiro de 1993, relativa à prevenção da corrupção e à transparência da vida econômica e dos procedimentos públicos. A luta contra a corrupção, portanto, é objetivo comum a diversas nações o que significa, a *contrariu sensu*, ser esse um problema difundido mundialmente.

Tal situação gera insatisfação na sociedade, provocando uma descrença generalizada nas instituições, no processo político e, em última análise, na própria democracia. Pesquisa realizada pelo IBOPE entre 17 e 21 de agosto de 2000 demonstra que entre, dez instituições, os políticos são os que merecem menos confiança da população. Nela 61% dos entrevistados declararam não confiar no Congresso Nacional; 76% não confiam nos partidos políticos e 82% não confiam nos

políticos de uma maneira geral. Em outra pesquisa, também do IBOPE, realizada entre 15 e 20 de março de 2001, demonstrou-se que para 51% dos brasileiros a corrupção aumentou no Governo Federal nos últimos dois anos; em relação às esferas Estadual e Municipal 41% e 40% dos entrevistados, respectivamente, compartilham a mesma opinião enquanto 39% e 36% acham que a corrupção continua igual. Mostrou-se, também, que para 61% da população existe muita corrupção no governo, para 26% existe um pouco e apenas 6% considera que não existe corrupção no governo; 8% não dos entrevistados não quiseram opinar.

A história política brasileira mostra uma lenta e tortuosa evolução no sentido da democratização do poder, entrecortada por avanços e retrocessos, verdadeiros ciclos democráticos e autocráticos, o que pode ser verificado numa breve análise da história constitucional do Brasil. A primeira Constituição nacional foi outorgada por um Imperador com poderes quase absolutos. Segue-se a primeira Constituição republicana, inspirada no ideário norteamericano, que traz o federalismo e a descentralização do poder. Em 1926 opera-se sua reforma, com o aumento do poder central com a criação de novas hipóteses de intervenção federal. Em 1930 a Revolução promete uma nova conformação do poder, o que se frustra em 1937, por ocasião do Estado Novo. Em 1946 nova onda democrática, que dura até a Revolução Vitoriosa, de 1965, e suas Constituição autoritária, de 1967 e, posteriormente, pela Emenda Constitucional nº I de 1969, outorgada pelos Ministros das Forças Armadas. Por fim, em 1988 surge a promessa de uma nova ordem democrática, baseada na Constituição “cidadã”.

Desse modo, pode-se afirmar que o regime democrático brasileiro passa por um momento delicado, de consolidação de suas instituições. Sem embargo, com a virada do século completaram-se treze anos, apenas, desde a redemocratização do país. Não há muito tempo estava o Governo sob o jugo de militares e as liberdades públicas sofriam toda ordem de restrições. O poder necessita se legitimar sob pena da instabilidade, daí a necessidade do regime político se compatibilizar com a realidade material (=política, social, econômica e cultural) onde vigora. Com efeito, não apenas argumentos éticos, políticos ou ideológicos justificam a importância do combate à corrupção. Subjazem também razões de cunho pragmático, como a manutenção do equilíbrio nas relações sociais e

da estabilidade das instituições. Cumpre analisar, portanto, a corrupção na formação social brasileira e seu impacto no regime democrático: eis o objetivo fundamental deste trabalho.

2. A CORRUPÇÃO COMO FATO SOCIAL

2.1. O que é corrupção?

Para os juristas, a corrupção é um crime que pode se materializar em duas espécies de conduta: 1- corrupção passiva, tipificada pelo art. 317 do Código Penal Brasileiro, consistente em “solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.”; e 2- corrupção passiva, tipificada no art. 333 do mesmo diploma legal, como “oferecer ou promover vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.”

O objeto deste estudo, contudo, demanda outro tipo de enfoque. É preciso examinar a corrupção antes de tudo como um fato social. O conceito jurídico de corrupção é propriamente um dogma – verdade pressuposta – que não se limita a descrever um fato desde já atribuindo-lhe um juízo de valor, ou melhor, um desvalor, ao cominar-lhe uma pena. Quer-se aqui delimitar um conceito de corrupção como dado da realidade, na medida do possível despido de preconceitos e resistindo à reação valorativa na fixação de seu significado.

Como o objetivo mesmo deste tópico é a obtenção de uma definição, parece incoerente começar por apresentar algo já pronto e acabado, ao invés de construir uma definição examinando exemplos específicos da realidade. Todavia, não se pode negar a importância da contribuição da literatura existente sobre o tema, a exemplo do conceito, bastante citado, elaborado por J. S Nye¹:

Corrupção é o comportamento que se desvia dos deveres formais de uma função pública devido a interesses privados (pessoais, familiares, de grupo

¹ J. S. Nye. Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis. *American Political Science Review* 51:417-29 (junho de 1967) *apud* KLITGAARD, Robert E. **A corrupção sob controle**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, p. 40.

fechado) de natureza pecuniária ou para melhorar o status; ou que viola regras contra o exercício de certos tipo de comportamento ligados a interesses privados.

O termo corrupção é polissêmico, tendo origem na palavra latina *corruptus*, significando decomposição, desmoralização, depravação, devassidão. Refere-se tanto ao comportamento político quanto ao sexual, traduzindo sempre uma noção de mal em oposição ao reto, probo, correto, justo. Tem um cunho moral, portanto.

Trata-se aqui, especificamente, da corrupção política, inserida no conceito antes mencionado de desvio dos deveres de uma função pública devido a interesses privados. A corrupção, nesse sentido, é uma espécie de influência exercida ilicitamente pelo agente no exercício de uma função pública. O fato de que tal influência é tida como ilícita, por outro lado, não significa que não seja empregada no âmbito das relações pessoais e tenha, até mesmo, relativa legitimação social.

A esse respeito, interessante observar que o clima de tolerância, de elasticidade de princípios e conceitos e permissividade leva ao que Celso Barroso Leite chama de desonestidade de pessoas honestas². Defende o autor que a falta de uma referência segura para orientar a conduta das pessoas faz com que pessoas honestas ajam desonestamente, abrindo exceções à sua própria maneira de ser para praticar atos de discutível legitimidade, sem sequer se dar conta disso. Daí por que é importante observar que a desonestidade deve ser considerada objetivamente e não subjetivamente, ou seja, os atos valem por si mesmos e não pela pessoa.

Há quem defenda, também, que a ausência de uma referência segura decorre da crise dos valores cristãos do Ocidente, que se enlaça diretamente com o sentimento de obrigatoriedade em nossa sociedade. Argumenta-se que a causa ideológica da crise de valores está na extensão do relativismo moral e da concepção unitária da felicidade:

O relativismo moral é um produto do individualismo extremo, isto é, do egoísmo. Não existe instância superior à minha consciência, sou eu quem decide o que é bom e o que é mau, o que está bem e o que está mal. O bom não é bom porque seja bom em si, senão

² LEITE, Celso Barroso (org.). **Sociologia da Corrupção**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, p. 35-60, 1987. Desonestidade de pessoas honestas.

porque *eu decido* que é bom em virtude de minhas próprias razões, que são aquelas que me convencem.”³

Com efeito, a concepção de que não existe um padrão objetivo de moral leva a uma relativização dos valores e conduz, ao menos em boa parte das situações, à falta de parâmetros claros e firmes para avaliação de condutas. Partindo desse pressuposto (=inexistência de uma moral objetiva), poder-se-ia considerar que o moralmente correto para uma categoria de pessoas não o seja para outras. Assim, por exemplo, a ética do cidadão não seria necessariamente a ética do político, isto é, pela situação especial em que este se encontra seria válido aceitar-se nele comportamentos que em geral não seriam aceitos em outras pessoas.

Ainda no que concerne à literatura sobre a corrupção, cabe mencionar a classificação proposta por Getúlio Carvalho⁴, distinguindo quatro correntes com distintas abordagens, que será objeto de um sucinto exame na busca de uma melhor compreensão do fenômeno.

A primeira, denominada de tradicionalista, considera o fenômeno isoladamente, cuidando dos fatos como ocorrências individualizadas, patológicas. Não se trata de algo sistêmico, senão um desvio, uma exceção, que, uma vez afastado ou “solucionado” não gera outras conseqüências, retornando o sistema à situação de normalidade. Ignora-se, desta maneira, as nuances contextuais e os fatores sociais que contribuem para sua ocorrência.

Uma segunda corrente, funcionalista, se detém na função social da corrupção. Os aparentes desvios são, em boa verdade, o reflexo de determinada realidade social. Os padrões de conduta exigidos como decorrência de um determinado sistema político e de organização social, quando aplicados a sociedades diferentes, porque inadequados, geram aparentes disfunções que, na realidade, são mera

³ PÉREZ, Jesús González. Administración pública y moral. Madrid: Civitas, 1995, p. 21-22, citando também Gregório Robles. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Cuadernos Civitas, 1992, p. 84 (traduzido livremente do espanhol).

⁴ Getúlio Carvalho. Da contravenção à cleptocracia. In: LEITE, Celso Barroso (org.). *Sociologia da Corrupção*. Op. cit., p. 61-82.

decorrência das diferenças sociais. A corrupção, portanto, tem uma função específica na sociedade, de adaptação das relações sociais. Por exemplo, o recurso ao nepotismo e à distribuição de cargos públicos a cabos eleitorais constitui importante fator de institucionalização dos partidos políticos, sem os quais o controle sobre a burocracia é inviável.

Diferentemente, o pensamento evolucionista se preocupa com as mudanças sócio-econômicas e suas causas. A idéia fundamental que inspira essa corrente é a de que as mudanças econômicas institucionais não são necessariamente acompanhadas por mudanças nos valores sociais, que têm uma dinâmica própria. A corrupção, portanto, decorre da desconexão entre as mudanças institucionais e os valores da sociedade.

A quarta e última, ético-reformista, entende que embora se reconheça que fatores estruturais diversos se combinam com valores favoráveis à corrupção nos países subdesenvolvidos, não há dúvida de que nada promove mais a ação desonesta que a garantia oficial da impunidade. Os cientistas sociais ora mencionados concentram seus estudos na corrupção como sistema.

2.2. Possíveis causas sociológicas da corrupção

Dentre as correntes antes mencionadas, parece mais interessante a funcionalista. A corrente tradicional peca por ignorar que a corrupção é, antes de tudo, um fato social; já Durkheim demonstrara que o fato social é também produto dos condicionamentos e pressões da sociedade, de modo que fenômenos como a criminalidade ou, no caso, a corrupção, não são apenas manifestações isoladas de uma patologia ou “doença social”, mas consequência de fatores determinantes de origem histórica, econômica e cultural, verdadeiro reflexo de uma realidade social. Por sua vez, a denominada corrente ético-reformista se afasta da postura científica para se engajar na busca de mudanças e soluções, perdendo em objetividade. Já a concepção evolucionista parte do pressuposto de que a sociedade evolui, o que é o mesmo que aceitar a existência de “leis” a orientar o desenvolvimento das sociedades humanas.

Daí por que entender-se que a corrupção tem uma função na sociedade, como resultado da necessária adaptação das relações de determinado grupo ao sistema institucional, ao menos na perspectiva

deste estudo, serve melhor para explicar o fenômeno do que para atuar sobre ele, demonstrando a existência de causas sociológicas para a corrupção, cuja compreensão se busca.

Procurando determinar as causas sociológicas, ainda que sem a pretensão de esgotar a problemática de tema tão complexo como a corrupção, Antônio Evaristo de Moraes Filho⁵ chega ao que se pode resumir em duas conclusões, que serão agora objeto de análise. A primeira é de que a eleição da fortuna material a valor supremo, ainda quando obtida por meios ilegítimos, faz com que a corrupção seja apenas mais um dos meios para se obter o sucesso na vida. A segunda é que a impunidade é fator determinante para a corrupção. Merecem reflexão as assertivas. Sabe-se que sociedade elege objetivos como padrões de referência para o sucesso: ter um carro do importado, usar roupas de marca etc., ao mesmo tempo estabelece os meios institucionais para se obter tais metas: estudar, trabalhar, produzir. Algumas pessoas rejeitam as metas em si, v. g. os hippies, outras querem as metas mas, por diversas razões, rejeitam os meios. Assim, é razoável concluir que somente num sistema social em que o trabalho seja dignificado é que a corrupção pode ser tida como algo excepcional, patológico.

Por outro lado, é evidente que a certeza da impunidade, em qualquer caso, será um estímulo para a prática da corrupção. O que merece destaque é a impunidade como fator institucional, isto é, como uma realidade histórica e cultural, cuja prática é admitida como algo até certo ponto natural e, pois, relativamente legítimo, nas relações de poder. Este sim é um fator determinante círculo vicioso da corrupção, o que será melhor analisado adiante. Na realidade, por ser um problema disseminado mundialmente, a corrupção tem causas gerais identificáveis em todas as sociedades. Por outro lado, ainda no que toca à corrupção, deve-se reconhecer que cada sistema possui fatores iminentes e próprios daquela formação social em particular, que interferem e delineiam o fenômeno, a merecerem uma análise diferenciada.

⁵ Antônio Evaristo de Moraes Filho. O círculo vicioso da corrupção. In: LEITE, Celso Barroso (org.). Sociologia da Corrupção. Op. cit., p. 21-34.

3. A CORRUPÇÃO NO BRASIL

3.1. Enfoque histórico

Um dos instrumentos mais importantes para se compreender a dinâmica da corrupção no Brasil é a sua análise histórica. Não se encontrará aqui um exame metuculoso da história brasileira, o que aliás não atenderia aos objetivos do estudo, mas apenas um breve esboço histórico a partir de informações obtidas da pesquisa realizada por Sérgio Habib⁶, em obra que trata mais especificamente do tema, para onde se remete o leitor que busque um estudo histórico mais aprofundado.

Já no período do Brasil-Colônia se tem notícia de “casos”⁷ de corrupção. É interessante a referência feita à primeira carta de Pero Vaz de Caminha, datada de Porto Seguro da Ilha de Vera Cruz, a 1º de maio de 1500, que muito embora não seja propriamente um caso de corrupção ao menos dá ensejo a algumas especulações, em cujo final solicita favores para o genro, nos seguintes termos:

E pois que, Senhor, é certo que tanto neste cargo que levo como em outra qualquer coisa que de Vosso serviço for, Vossa Alteza há de ser de mim muito bem servida, a Ela peço que por me fazer singular mercê, mande vir da ilha de São Tomé a Jorge de Osório, meu genro – o que d’Ela receberei em muita mercê...

De uma maneira geral, a forma de ocupação das terras brasileiras serviu como estímulo à corrupção. Como se sabe, o interesse primeiro da Coroa Portuguesa residia apenas na exploração das riquezas naturais do país, a ponto de D. João VI dizer que o Brasil “era a vaca leiteira de Portugal”, de modo que a colonização só veio a ser implementada três décadas depois, com a missão colonizadora de Martim Afonso de Souza de 1531, como meio de proteger a Colônia dos constantes saques à sua costa.

⁶ HABIB, Sérgio. **Brasil: quinhentos anos de corrupção**. Porto Alegre: SAFE, 1994. Vale consultar também a obra de Pedro CAVALCANTI: **A corrupção no Brasil**. São Paulo: Siciliano, 1991.

⁷ As aspas pretendem indicar que a corrupção não é fenômeno isolado, individual, senão um fato social que reflete na realidade uma série de fatores das mais diversas naturezas.

São fatores que contribuíram para a corrupção no Brasil-Colônia a falta de uma moral própria da colonização, uma vez que as pessoas que vinham para o Brasil, ao menos em sua maioria, não tinham maiores perspectivas em Portugal, buscando fazer fortuna além-mar⁸. Já aqui se tem as origens da chamada de lei Gérson, pela qual as pessoas querem “levar vantagem em tudo”. Isto porque, cada um valia por sua capacidade de obter maiores vantagens da terra e se apropriar de suas riquezas.

Com a independência do Brasil, segue-se nova fase na História. Num primeiro momento, relatam os historiadores que houve uma fase de modernidade e progresso, em virtude dos investimentos culturais e para as melhorias das áreas de saúde, habitação e economia. Sem embargo, mesmo a leitura da crônica dos escândalos da monarquia parece indicar uma austeridade maior, não faltando depoimentos sobre políticos de uma honestidade exemplar⁹.

Ainda assim, persistia a corrupção. À época eram alvos de críticas as concessões de títulos em troca de favores, de modo que se chegou a elaborar projeto de lei propondo a proibição de membros do Poder Judiciário de receberem, com exceção das hipóteses autorizadas legalmente, concessão graça, título, distinção ou condecoração do Poder Executivo, sob pena de perda do emprego e sem direito a aposentadoria.

A corrupção grassou principalmente no fim do segundo reinado, pela impunidade decorrente da falta de um governo forte, vez que já D. Pedro II estava doente e enfraquecido politicamente. Nesse sentido, Emília Viotti da Costa¹⁰ menciona artigos escritos por Fernando de Barros, sob o pseudônimo de Pacheco e Silva, em “A Província de São Paulo”, de onde se colhe a seguinte passagem:

Como não será bonito quando São Paulo puder mandar anunciar no Times ou no New York Herald e

⁸ Cf. BUENO, Eduardo. **Náufragos, traficantes e degredados**: as primeiras expedições ao Brasil. Rio de Janeiro: Objetiva, 1998 (Coleção Terra Brasilis).

⁹ CAVALCANTI, Pedro Rodrigues de Albuquerque. A corrupção no Brasil, op. cit., p. 46-47.

¹⁰ Emília Viotti da Costa. Da Monarquia a República: momentos decisivos. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, s.d. *apud* HABIB, Sérgio. Brasil: quinhentos anos de corrupção, op. cit., p. 24.

outros jornais do antigo e novo mundo o seguinte: A província de São Paulo, tendo liquidado os seus negócios com a antiga firma *Brasil Bragantino Corrupção e Cia.* declara que constitui-se em Nação Independente, com a sua firma individual...”

Na República Velha contribuem para os maiores problemas concernentes à corrupção, entre outros fatores, o coronelismo, campo adequado para o desenvolvimento do tráfico de influência, apadrinhamento e protecionismo. Nesta fase cresce, principalmente, a corrupção eleitoral com as fraudes praticadas no interesse da oligarquia dominante.

O Estado Novo, por sua vez, ao assumir os contornos de um Estado Social, acaba por ensejar toda uma nova sorte de instrumentos de corrupção, haja vista a necessidade de intervenção estatal nas ordens econômica e social, o que propicia uma maior liberdade para que os atores políticos façam uso de sua influência para satisfazer a interesses privados. Aliás, a experiência tem mostrado que os regimes autoritários regra geral favorecem à impunidade da corrupção, qualquer que seja o sistema econômico do Estado¹¹.

O fim da ditadura, em 1945, não trouxe alterações substanciais. Até os anos 50 e a ascensão de Juscelino Kubitschek os índices de corrupção eram tão grandes que as campanhas eleitorais traziam o combate à corrupção como mote. Até os anos 60 a corrupção continua presente na realidade nacional, principalmente na política, funcionalismo público e negócios envolvendo interesses de estrangeiros no país, tanto assim que Jânio Quadros assumiria o poder baseando sua campanha eleitoral com a promessa de recuperar a moralidade.

Com o golpe militar, renova-se a lição de que o autoritarismo contribui para a impunidade da corrupção. O regime militar interferia propositalmente na imprensa, nos tribunais e na legislatura, conduzindo a uma falta de transparência que evidentemente favorecia ao aumento da corrupção. Nos dizeres de Sérgio Habib, estudioso cujo trabalho serviu em grande parte como fonte para o desenvolvimento dessa perspectiva histórica do estudo:

¹¹ Antônio Evaristo de Moraes Filho. O círculo vicioso da corrupção. Op. cit., p. 32.

Nenhuma outra fase do Brasil-República, decerto, terá suplantado a que se instalou a partir dos anos sessenta, chegando aos dias atuais, tal o nível de corrupção a que se atingiu e tamanha a indignação popular, face à postura cínica dos que nela se envolveram.

Não se trata de utilizar o argumento de autoridade, mas apenas de ressaltar que a falta de transparência do regime militar, fator determinante na impunidade dos corruptos, contribuiu de forma determinante no aumento da corrupção. O que, por outro lado, não explica por que com o restabelecimento da democracia ao invés de diminuir a corrupção ascende mais ainda, ao ponto de casos escandalosos de corrupção se tornarem corriqueiros no dia-a-dia do brasileiro, o que será melhor examinado no próximo item.

3.2. Corrupção institucional e relações pessoais

A corrupção, como fato social, no Brasil de hoje, pode ser analisada a partir de duas perspectivas: a institucional e a social. A institucional aborda os fatores estruturais do sistema político que contribuem para a prática da corrupção. Já a social procura estudar as causas do fenômeno mais ligadas às relações pessoais e sua interferência na atuação da pessoa que exerce uma função pública.

No que concerne à primeira perspectiva, deve-se mencionar que o Brasil passou recentemente por uma fase de transição de um regime autoritário. O processo de redemocratização do país teve que enfrentar diversos obstáculos de natureza política mas, notadamente, os de natureza institucional. Explica-se.

Durante a experiência autoritária, houve uma mudança substancial na sociedade brasileira, que adquiriu uma complexidade crescente. Não era possível o simples retorno às condições pré-existentes ao regime militar. A nova estrutura política criada a partir da Constituição Federal de 1988 era acusada de gerar a ingovernabilidade gerando o que Carlos Ayres Brito denominou de desestima constitucional.¹² Por outro lado, até então os militares se justificavam dizendo que conseguiam governar, enquanto os

¹² Tese defendida em palestra proferida no II Congresso Alagoano de Estudos Constitucionais, realizado entre 29 de agosto de 1º de setembro de 2001, no auditório da Justiça Federal, Maceió.

democratas haviam fracassado¹³. O fato de que o Brasil se encontrava em um momento especialmente difícil de sua história econômica contribuiu, ainda, para que a transição fosse especialmente delicada.

Bárbara Geddes e Artur Ribeiro Neto¹⁴ sustentam a tese de que as mudanças na legislação eleitoral e na Constituição aumentaram a probabilidade de corrupção no Brasil porque: a) diminuíram a capacidade do Executivo para forjar coalizões estáveis e assegurar a fidelidade de seus seguidores no Congresso; e b) aumentaram o poder do Congresso, favorecendo práticas corruptas e clientelistas.

Partem os autores da idéia de que em todos os sistemas ocorre a manipulação de poder e recursos governamentais em busca do apoio político e da comunidade de negócios. Daí por que a diminuição da autonomia do Executivo deve levar, naturalmente, ao aumento dessa manipulação e, conseqüentemente, favorecer à prática da corrupção. Ainda que politicamente incorreta, pois parte da premissa de que um Legislativo forte, longe de coibir a prática da corrupção, acaba por contribuir para seu aumento, a tese tem pontos de argumentação bastante consistentes. Efetivamente, uma das fontes institucionais da corrupção no Brasil é seu sistema político, e para percebê-lo basta examinar o custo de uma campanha eleitoral.

Seria ingênuo admitir que a contribuição de empresários para a eleição de um candidato não implique um vínculo deste com os interesses de quem o financiou. Além disso, as trocas consistentes na “compra” de apoio político pelo Executivo no Congresso, bem como de apoio financeiro pela comunidade de negócios, como defendido pelos mencionados autores, é um dado facilmente perceptível.

Ademais, o aumento da corrupção está ligado à forte intervenção estatal na economia, que gera mais oportunidades para a manipulação do poder e recursos governamentais. Tome-se como exemplo o caso dos “anões do orçamento”, onde se demonstrou que parlamentares estabeleceram uma complexa rede de corrupção com

¹³ Thomas Skidmore. A queda de Collor: uma perspectiva histórica. In: ROSENN, Keith S.; DOWNES, Richard (org.). **Corrupção e reforma política no Brasil: o impacto do impeachment de Collor**. Trad. Roberto Grey. Rio de Janeiro: FGV, 2000, p. 23-46.

¹⁴ Bárbara Geddes e Artur Ribeiro Neto. Fontes institucionais da corrupção no Brasil. In: ROSENN & DOWNES (org.), op. cit., p. 47-79.

grandes empreiteiros, destinando verbas públicas a instituições inexistentes e financiando obras superfaturadas. Por outro lado, o fortalecimento do Congresso não deve ser isoladamente considerado como fator de aumento da corrupção. Embora tal consequência seja fruto de falhas do sistema político, parece razoável admitir que uma reforma no sentido de aumentar a vinculação dos parlamentares a seus partidos, limitando a liberdade e prerrogativas dos congressistas, possa servir como freio para as práticas descritas.

Ainda quanto ao quadro da corrupção no Brasil, cabe analisar a perspectiva social, assim denominada aquela que se detém sobre as relações pessoais determinantes da prática da corrupção. Nesse sentido, existe um estudo de Marcos Otávio Bezerra¹⁵ que reflete sobre condições sociais que contribuem para a prática da corrupção. Em linhas gerais, o autor sustenta que a obtenção de vantagens de forma corrupta se funda em relações pessoais, isto é, contatos que se estabelecem em razão de laços familiares, amizade, conhecimento etc. que, no entanto, não obedecem a um modelo mercantil de troca mas sim ao que denomina de lógica pessoal. Significa dizer que as relações de obrigação pessoal têm características próprias que as distinguem de outras relações sociais.

A lógica pessoal decorre do fato de que, em primeiro lugar, as relações pessoais não são instantâneas, isto é, não se realizam em um momento específico, mas sim estendem-se no tempo. Deste modo, existe um espaço entre a prestação de um favor e sua retribuição. Além disso, a utilização de tais relações fundadas na lógica pessoal são estratégias socialmente aceitas, de maneira que as pessoas formam uma espécie de “capital social” ao qual podem recorrer. Como, por exemplo, garantir o acesso a vantagens e pessoas, benefícios etc. Na perspectiva das relações pessoais, é perfeitamente aceitável que uma pessoa peça favores e seja atendida, mesmo no exercício de funções públicas, haja visto que essa não abstrai a pessoa de suas relações pessoais.

O que ocorre é que o exercício de uma função pública, ao invés de levar ao rompimento das relações sociais, diferentemente, faz com que a atuação da pessoa seja permeadas por elas. As relações

¹⁵ BEZERRA, Marcos Otávio. **Corrupção: um estudo sobre poder público e relações pessoais no Brasil**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará / ANPOCS (co-edição), 1995.

corrupção: a maneira pela qual a influência corrupta, tão útil a pessoas e grupos desejosos de mudar processos e decisões políticas, pode dificultar mudanças nos sistemas e sociedades como um todo. Esse efeito decorre da natureza da corrupção como forma de influência que depende no seu uso da posse de recursos escassos e distribuídos de maneira desigual.

Defende, em síntese, que a corrupção na maioria dos casos tende a reforçar as desigualdades, privilégios e distribuição de forças existentes no sistema como um todo, antes fazendo com que uma sociedade resista às reformas e adaptações necessárias. Sugere que, se admitimos que a influência corrupta é utilizada em seu próprio benefício pelos que possuem tais recursos, a corrupção ajuda caracteristicamente os que “têm” a proteger e ampliar as vantagens de que já disponham. A corrupção que envolve recompensas muito grandes pode não só alargar a brecha entre os que “têm” e os que “não têm”, numa sociedade, mas também transtornar completamente as acomodações e arranjos entre as elites. Nesses termos, a corrupção pode muito bem atingir seriamente, ou até derrubar, sistemas e instituições políticos, evitando que eles façam adaptações necessárias.

O regime democrático apresenta, ainda, peculiaridades. Da necessária legitimidade do poder político decorrem, como características, o uso da crise internacional para salvar o poder interno e a difamação como arma política. Isto porque a imagem, cresce em importância como fator de legitimidade.

Assim, a corrupção contribui em grande escala para o esvaziamento da legitimidade da democracia, o que leva à desestabilização do regime. São nesse sentido as reflexões feitas por Robert Klitgaard²⁰, para quem a corrupção muitas vezes conduz à alienação e a instabilidade políticas. É que sua disseminação leva à desilusão pública com o governo. Com efeito, as promessas de combater a corrupção são politicamente populares exatamente porque existe um repúdio generalizado à corrupção, como fontes de dificuldade da nação. Ora, se o descrédito do governo é fator de instabilidade para qualquer regime político, quanto mais para o regime

²⁰ KLITGAARD, Robert E. A corrupção sob controle. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, p. 60 e ss.

democrático, que se legitima exatamente na soberania e participação popular. Em razão disso Jean-François Revel²¹ chega a afirmar que:

A corrupção “cresce na razão inversa da democracia”,
“onde a democracia não existe, a corrupção é um dos
mais duros obstáculos ao seu nascimento”, e onde ela
existe “é um dos mais perniciosos meios de violá-la”.

No que concerne ao sistema brasileiro cabem, finalmente, duas considerações finais. Primeiramente é um dado muito positivo o fato de que se obteve notável sucesso ao conseguir afastar um presidente (e mais recentemente três importantes senadores) sem violência nem violação da legalidade, casos até então inéditos na história do país, de modo que a crise fez com que a democracia brasileira saísse fortalecida. Em segundo lugar, deve-se sempre levar em conta que, nas palavras de Thomas Skidmore²², a paciência do Brasil com a democracia não é infinita, nem é o autoritarismo estranho aos seus impasses políticos.

²¹ REVEL, Jean-François. Corrupção, ameaça à democracia. O Estado de São Paulo, 17.8.1986.

²² Thomas Skidmore. A queda de Collor: uma perspectiva histórica. Op. cit., p. 46.

**A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NA ORDEM
ECONÔMICA CONSTITUCIONAL**
**(Fundamentos constitucionais da teoria da desconsideração da
personalidade jurídica)**

José Barros Correia Junior^(*)

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Ordem Econômica Constitucional; 2.1. Noções gerais; 2.2. Princípios constitucionais. 3. Propriedade privada. 4. Função social da propriedade. 5. Função social da empresa (fundamentos constitucionais da teoria da desconsideração da personalidade jurídica).

1. Introdução

O direito à propriedade por gerações foi tratado como direito absoluto e incontestável do indivíduo. No entanto, esta garantia exacerbada da propriedade fez com que determinados indivíduos passassem a abusar deste direito, em especial no que pertine às relações econômicas.

A despeito de ter perdido grande parte da sua condição absoluta com o término do Estado Liberal e advento do Estado Social, a propriedade ainda tem muita importância no Estado capitalista sendo, se não mais o único e absoluto, mas um dos principais meios de subsistência do indivíduo.

Para tanto, deve a propriedade cumprir com sua função social; somente então ela poderá ser considerada verdadeiramente legítima. A exigência do cumprimento da função social não ilide o direito à propriedade, apenas faz com que este direito seja utilizado em prol de uma coletividade ao invés de contra ela, como possibilitava o Estado Liberal.

^(*) Advogado, Professor de Direito Comercial da Universidade Federal de Alagoas (UFAL), da Faculdade de Alagoas (FAL) e da Escola Superior de Magistratura de Alagoas (ESMAL); mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

Entretanto, inobstante a exigência do cumprimento de uma função social, não se tem utilizado o direito à propriedade como determinado pela Constituição Federal, especialmente no que pertine à atividade empresarial. A grande maioria dos empresários nacionais e multinacionais, em especial as pessoas jurídicas, não tem respeitado normas básicas relativas à proteção do comércio, da economia, do consumidor, do meio ambiente e, principalmente, do trabalhador. Destarte, torna-se necessária a existência de sanções contra o proprietário que não faça com que sua propriedade atenda a sua função social, seja qual for a espécie da propriedade.

Partindo deste ponto de vista, este capítulo, assim como boa parte do trabalho, busca fazer uma análise acerca dos princípios e finalidades da Ordem Econômica constitucional, fixando-se especialmente na propriedade privada e na sua função social. Somente então será possível concluir que a atividade empresarial e, conseqüentemente, as pessoas que a exercerem tem o dever de cumprir sua função social que, quando não atendida, possibilita a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

Destarte, procuramos fazer uma análise acerca dos princípios e finalidades da Ordem Econômica constitucional, fixando-se especialmente na propriedade privada e na sua função social, não analisada estaticamente, mas sim na sua forma dinâmica, ou seja, no exercício da empresa.

2. Ordem Econômica Constitucional

2.1. Noções Gerais

Até o termino da primeira guerra mundial, as Constituições tratavam de dispor quase que exclusivamente sobre a organização política de seus Estados, fora isto, primando pela garantia das liberdades individuais e da propriedade. Era o Estado Liberal. A partir da Revolução Comunista na Rússia em 1917 o mundo capitalista amedrontado com o ideais socialistas passou a desenvolver um novo sistema econômico. Quem deu início às modificações foi a Constituição do México de 1917, no entanto, sua influência imediata nos demais textos foi tímida uma vez que a primeira guerra mundial ainda ardia na Europa.

Foi logo após o término da primeira grande guerra que as Constituições deram início às discussões sobre a ordem econômica constitucional, destacando sobremaneira a Constituição alemã de Weimar de 1919 e a espanhola de 1931.

Surge então uma necessidade de se assegurar, através do plano econômico e social, condições de desenvolvimento das instituições políticas e democráticas, fortalecendo-se, com isso, o Estado e a própria democracia. Isto não importa em dizer que houve uma socialização dos textos constitucionais ocidentais, mas sim que a economia capitalista ocidental passou a ser encarada, organizada e sistematizada de uma nova forma, sob um novo ponto de vista.

Destarte, pode se dizer que a economia continuou sendo capitalista a despeito do intervencionismo estatal. Como será visto mais adiante, houve, portanto, uma transição de um estado de economia totalmente liberal, que dava às liberdades do indivíduo e à propriedade mais importância do que a quaisquer outros valores, para um estado social intervencionista tendente a garantir a valorização do trabalho humano, assegurando a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social sem, contudo, abrir mão da livre iniciativa e da economia de mercado, características inerentes ao capitalismo.

Pode se afirmar então que a transição da ordem econômica liberal para uma ordem econômica social intervencionista tratou de corrigir a “desordem”¹ criada no sistema anterior preservando as mais profundas características do modo de produção capitalista. Como bem afirma José Afonso da Silva, a primeira trata-se de um estatuto negativo onde se procura proteger o indivíduo contra os abusos de poder do Estado-leviatã de Hobbes, enquanto a segunda pretende suavizar as injustiças, opressões econômicas e sociais formadas no decorrer do estado liberal.

Com isso, podemos definir três períodos históricos de grande influência para o Direito. O Estado Absoluto onde o monarca tinha poder absoluto em suas mãos e na maioria dos estados acabava absorvendo todas as suas funções. O soberano era o legítimo representante de Deus na Terra. Este período é bem representado nas célebres frases “l'État c'est moi” e “the king can do no wrong”.²

¹ Conferir mais adiante as noções sobre ordem e desordem.

² “O Estado sou eu”, do Rei Luiz XIV da França, e “O rei não pode errar”.

Contra os abusos perpetrados na concentração absoluta ou quase que absoluta das funções do Estado surge o Estado Liberal no sentido de garantir ao cidadão as condições de liberdade individual limitadas no regime anterior. Era o conhecido Estado mínimo. O indivíduo passa a ter a garantia que o estado não irá intervir em suas relações pessoais como se fazia anteriormente.

Ocorre que o Estado mínimo, a garantia plena das liberdades individuais e a garantia quase que absoluta da propriedade privada acabou por trazer imensas injustiças sociais que desaguaram nas guerras, revoluções e movimentos dos séculos XIX e XX. Tornou-se necessária a criação de um novo sistema econômico-estatal que se equilibrasse entre o Estado máximo e o Estado mínimo. Surge, assim, o Estado Social que modifica a ordem econômica mundial passando a buscar uma efetiva justiça social.

No Brasil, a primeira Constituição a consagrar a ordem econômica foi a de 1934. No entanto, assim como a maioria dos textos constitucionais posteriores³, a referida Carta Constitucional trazia, sob o Título “Da Ordem Econômica e Social”, determinados direitos e garantias sociais mesclados a certas garantias e diretrizes de ordem econômica, tratando como um tema único e indissociável direitos relativos à ordem econômica e direitos relativos à ordem social. Isto se deu em razão de que, até a primeira guerra mundial, as constituições preocupavam-se somente com a organização política. Somente após o término da primeira guerra mundial é que começou a se tratar a nível de direito constitucional sobre temas como ordem econômica e ordem social. Desta forma, até então inexistiam estudos profundos sobre a matéria que verificassem a autonomia destas ordens⁴.

Quase todas as demais Constituições seguiram a mesma linha sem grandes mudanças até o advento da Constituição Federal de 1988 que trouxe profundas modificações, não só nas disposições do próprio texto, mas também na forma de interpretação de algumas disposições já antigas. Com isso, somente com o advento da Carta de 1988 é que foram separadas a ordem econômica e a ordem social, passando a ordem social, na maior parte das suas disposições a constar Dos

³ A exceção da Constituição Federal de 1937 que tinha como título apenas “Da Ordem Econômica”.

⁴ CAVALCANTI, Temístocles Brandão et al. **Estudos sobre a Constituição de 1967**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968. *Passim*.

Direitos e Garantias Fundamentais. Mas o que seria a ordem econômica? O que ela pretende disciplinar? Primeiramente, torna-se interessante uma prévia análise da própria expressão “ordem econômica”.

Como ensina com extrema propriedade Eros Roberto Grau⁵, a expressão ordem é rica em ambigüidade, pois se oporia conceitualmente à expressão desordem, no entanto, como ensina Gofredo da Silva Telles Junior⁶, a desordem não representa outra coisa senão uma ordem com a qual não se está de acordo.

Destarte, a defesa de determinada ordem não passaria uma tendência dirigida teleologicamente à manutenção do *status quo*, preservando-se aquilo que está posto. Assim, pode se afirmar que a ordem econômica seria uma parcela da ordem jurídica posto que esta seria composta de uma ordem pública, uma ordem privada, uma ordem econômica e uma ordem social. A ordem econômica seria então a parcela da ordem jurídica representante do conjunto de regras ou normas regentes dos fenômenos econômicos e materiais, bem como do comportamento dos sujeitos econômicos, garantido, com isso, uma determinada forma de organização e funcionamento da economia.

2.2. Princípios constitucionais

Antes de declinarmos acerca dos princípios constitucionais relativos à Ordem Econômica Constitucional, torna-se importante uma prévia e genérica análise do que seriam os princípios.

O ordenamento jurídico não é formado apenas de regras, dele também fazem parte determinados princípios jurídicos⁷. Para Paulo de Barros Carvalho princípio “é uma regra portadora de núcleos significativos de grande magnitude, influenciando visivelmente a orientação de cadeias normativas, às quais outorga caráter de

⁵ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Malheiros, 2000. *passim*.

⁶ TELLES JUNIOR, Gofredo da Silva. **O Direito Quântico**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1980, p. 245.

⁷ Vale aqui ressaltar que não se tem a pretensão de discutir a diferença entre regras e princípios como espécies do gênero norma jurídica, apenas como já dito dar uma mera noção acerca dos princípios jurídicos.

unidade relativa, servindo de fator de agregação de outras regras do sistema positivo”⁸.

Por sua vez, para Roque Carrazza, “*princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam*”⁹.

Como aduzido por Gomes Canotilho e Vital Moreira princípios são “*núcleos de condensações, nos quais confluem valores e bens constitucionais*”. Ademais, “*os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional*”¹⁰.

Destarte, princípio seria então a verdadeira estrutura basilar de um dado sistema jurídico, formando um alicerce que irradia a todo o edifício formado por normas jurídicas o seu espírito, criando, com isso, um conjunto harmônico e racional. É, como já foi mencionado, sobre a maior parte destes princípios que as normas jurídicas serão formadas, compreendidas e interpretadas.

Todos os ramos do Direito são formados pelos seus princípios específicos. O ramo do Direito que mais se destaca não só em razão do número de princípios a ele aplicados mas também pela importância e força destes princípios é o Direito Constitucional. A Constituição Federal tem distribuído por todo o seu texto inúmeros princípios, cada um aplicado a um fato específico.

Desta forma, o Artigo 170 da Constituição Federal de 1988 insculpe alguns dos princípios norteadores da Ordem Econômica brasileira. Torna-se de bom alvitre relembrar que este trabalho está restrito à análise da função social da propriedade de bens de produção,

⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. Sobre os Princípios Constitucionais Tributários. **Revista de Direito Tributário**, n. 55. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 55, p. 149, 1991.

⁹ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Editora Malheiros, 1993, p. 27.

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 49.

assim, passaremos de forma rápida pelos demais princípios fazendo uma análise mais detida destes, tratando-os em capítulos próprios.

Além das disposições relativas à valorização do trabalho humano, à garantia de uma existência digna seguindo os ditames da justiça social que serão os fins de todas as relações de ordem econômica, deverão estas se nortear pelos seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País¹¹.

O primeiro princípio disposto pelo Artigo 170 da Carta Magna é o da soberania nacional. Este é um princípio mencionado na Constituição desde o seu Artigo 1º, com isso, a primeira vista poderia se pensar que a sua repetição no título referente à Ordem Econômica seria despidendo. No entanto, o princípio disposto no inciso I do Artigo 170 trata sobre a soberania nacional econômica, buscando a maximização do desenvolvimento e da modernização econômica fortalecendo o Estado e a democracia como já afirmado, rompendo com a dependência econômica existente entre o Brasil e as nações economicamente desenvolvidas.

Princípio outrora considerado de maior importância para qualquer espécie de Ordem Econômica capitalista é o da liberdade de concorrência, corolário de outro princípio, o da livre iniciativa. Assim, a livre iniciativa seria um desdobramento do direito de liberdade aqui encarado da forma mais ampla possível, garantindo uma liberdade de iniciativa econômica¹².

Como defende Eros Roberto Grau, a livre iniciativa teria uma dupla face, subdividindo-se em dois princípios: o da liberdade de exercício de atividade comercial e industrial e o da livre concorrência¹³.

¹¹ Inciso com redação dada pela Emenda Constitucional nº 06/95.

¹² Parágrafo único do Art. 170 da Constituição Federal de 1988: "*É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei*".

¹³ GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. Ob. Cit., *passim*.

O livre exercício de atividade comercial e industrial seria uma garantia contra as ingerências do Estado no domínio econômico, facultando a possibilidade de criação e exploração de uma dada atividade econômica, não encontrando em seu caminho qualquer restrição, salva as previstas em lei. Por sua vez, a livre concorrência seria o tratamento igualitário e, mais do que isto, neutro dado pelo Estado aos seus administrados, bem como a liberdade na conquista da clientela sem maiores barreiras, salvo, é claro, no caso de concorrência desleal.

Pode se dizer que até bem pouco tempo a livre iniciativa, até mesmo em virtude da sua amplitude conceitual, era encarada por alguns de forma quase que absoluta. Não que a liberdade de iniciativa tenha sido algum dia absoluto, porém chegou a ser tratada como tal. Contudo, nos últimos tempos, graças aos abusos desta garantia, o princípio perdeu boa parte da sua força, havendo um maior intervencionismo estatal com o objetivo de coibir tais abusos, comumente perpetrados nas relações econômicas¹⁴. Não se está aqui se pregando que a livre iniciativa e a liberdade de concorrência foram suprimidas, ou mesmo que deveriam ser, mas que, em razão do abuso do poder econômico, estas liberdades sofreram uma sensível diminuição em prol da preservação do modo de produção capitalista.

Princípios de extrema importância nos dias atuais especialmente no que pertine à Ordem Econômica são o da defesa do consumidor e do meio ambiente. A colocação destes princípios no Artigo 170 da Carta Magna tem o cunho de demonstrar a importância dos dois na nova Ordem Econômica capitalista que tem como objetivo e princípio a livre iniciativa e a liberdade de concorrência sendo, porém, estas pautadas no respeito ao consumidor e ao meio ambiente. A previsão destes princípios no Artigo 170 teria então a função de se evitar, respectivamente, o abuso do poder econômico contra uma figura economicamente mais fraca que é o consumidor, bem como certas práticas de exploração predatória de recursos naturais.

Outros dois princípios que se completam são o princípio da redução das desigualdades regionais e sociais e o princípio da busca

¹⁴ Parágrafo 4º do Art. 173 da Constituição Federal de 1988: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”, bem como a Lei n.º 8.884/94 que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

do pleno emprego. Com base nestes princípios as relações de ordem econômica buscaram erradicar, ou ao menos diminuir, a pobreza e a marginalização social. Desta forma, o desenvolvimento econômico e o fomento de criação de novos postos de emprego nas regiões mais pobres fomentará a diminuição das desigualdades regionais e sociais, assegurando a todos, com isso, uma “*existência digna, conforme os ditames da justiça social*”.¹⁵

O último princípio arrolado pelo Artigo 170 da Constituição Federal de 1988 é o do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Este princípio transparece a intenção do legislador constituinte em proteger o capital nacional, em especial aquelas empresas brasileiras que não tenham condições de enfrentar uma concorrência de empresas estrangeiras em decorrência de uma indústria nacional sucateada e da falta de mão de obra especializada.

3. Propriedade Privada

Como mencionado tanto o princípio da propriedade privada como da função social da propriedade serão tratados de forma separada, cada um tendo seu capítulo próprio. Não se busca aqui uma análise exaustiva do instituto da propriedade, mas sim meros apontamentos necessários ao entendimento deste princípio norteador da Ordem Econômica constitucional.

O direito de propriedade, tratando em termos de Direito Civil, iniciou como uma absurda relação existente entre uma pessoa e um objeto. Com o passar do tempo esta teoria foi deixada de lado uma vez que as relações jurídicas somente se operam entre pessoas, nunca entre pessoas e coisas. Passou-se então a encarar a propriedade como o direito de um indivíduo contra todo um universo de pessoas, devendo estas pessoas respeitar o direito de propriedade daquele indivíduo, abstraindo-se de violá-lo. Esta teoria também não logra êxito ao conceituar de forma extremamente parcial o regime jurídico da propriedade. Destarte, continuando ainda com a análise civilista, a propriedade seria um direito subjetivo dirigido teleologicamente a assegurar a um determinado indivíduo o monopólio da exploração de

¹⁵ Caput do Art. 170 da Constituição Federal de 1988.

um determinado bem, fazendo valer esta faculdade contra as demais pessoas que porventura possam se opor a ela. É justamente o que dispõe o artigo 524 do Código Civil de 1916 ao assegurar “*ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua*”, garantindo a este proprietário um domínio exclusivo e ilimitado.

Entretanto, este conceito é um conceito que não se coaduna, senão na sua totalidade mas pelo menos em parte, com o conceito de propriedade trazido pela Constituição Federal de 1988. Do ponto de vista constitucional a propriedade é encarada de uma forma bem mais ampla vez que existe uma diversidade de propriedades e cada uma deve ser encarada, tratada e protegida de uma forma diferente. Por este motivo é que a Carta Magna no seu artigo 5º insculpe a proteção à propriedade sem, contudo, defini-la.

Esta diversidade de propriedades vai desde a mais simples e comum (propriedade de bens corpóreos) até a mais abstrata (propriedade intelectual, artística ou industrial). Desde a primeira Constituição brasileira (de 25 de março de 1824) já existia esta visão múltipla da propriedade, sendo “*garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude*”, da forma mais ampla possível, assim como de forma específica em razão da propriedade intelectual¹⁶. O mesmo acontece com as Cartas subsequentes.

O trato e até mesmo a proteção destas múltiplas espécies de propriedade dada pela legislação, seja constitucional, seja infraconstitucional, não pode ser o mesmo. Para cada bem existirá uma espécie diferente de propriedade, não sendo esta, portanto, uma instituição única, mas sim o conjunto de várias instituições. Com isso, o proprietário de um imóvel (propriedade do solo) não terá exatamente os mesmos direitos, faculdades e obrigações estabelecidas a um inventor (propriedade industrial) ou mesmo a um empresário (propriedade de bens de produção).

Como um todo o instituto da propriedade (ou institutos de propriedades) costuma ser encarado em conformidade com a estrutura política do país que se analisa. Até o início do século XX, a maioria dos países capitalistas adotava o sistema liberal, sendo a propriedade uma garantia individual e absoluta. Com o surgimento do Estado

¹⁶ Constituição Federal de 1824, Artigo 179, números 22 e 26.

Social e da socialização das constituições o direito à propriedade foi flexibilizado, passando a se exigir que a propriedade atendesse à uma determinada função social.

4. Função social da propriedade

O direito como um todo, em especial o Direito Constitucional, consagra a propriedade como direito individual. Todavia, como visto no capítulo anterior, o atual conceito de propriedade não tem mais a sua concepção absoluta, romanística, mas sim de uma propriedade vista como uma função eminentemente social. Deixou-se de lado, então, idéias e disposições absurdas como a feita pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que considerou a propriedade como um “*direito inviolável e sagrado*”¹⁷, dando mais importância que à segurança e à resistência à opressão.

No entanto, cabe aqui ressaltar que não há que se falar em função social de propriedade pública ou estatal, apenas função social da propriedade privada. Não se deve fazer alusão à função social da propriedade pública ou estatal uma vez que esta já é exercida em uma função pública, consubstanciando tal afirmação um verdadeiro pleonismo¹⁸.

No Brasil, a primeira Constituição a tratar sobre a função social da propriedade, mesmo que de forma implícita, foi a Carta de 1934 ao dispor que é “*garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar*”¹⁹. A Constituição de 1937 não chega a fazer menção à função social, nem implicitamente como a anterior, mas prevê que a lei disporá sobre “*o seu conteúdo e os seus limites*”²⁰. Por sua vez, a Constituição Federal de 1946, no seu artigo 147, condicionava o uso da propriedade e ao “*bem-estar social*”, sendo claramente mais explícita que as Cartas anteriores.

¹⁷ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, Art. 12.

¹⁸ GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. Ob. Cit., p. 253.

¹⁹ Constituição Federal de 16 de julho de 1934, Art. 113, n.º 17.

²⁰ Constituição Federal de 10 de novembro de 1937, Art. 122, n.º 14.

A primeira Constituição Federal a tratar expressamente sobre a função social da propriedade foi a Carta de 1967 que já arrolava como princípio norteador da ordem econômica a função social da propriedade (Art. 157, inciso III). O mesmo ocorre com a Constituição de 1969 (Emenda Constitucional n.º 01/1969) em seu artigo 160, inciso III, dispunha também sobre a função social da propriedade.

Somente a partir da Constituição Federal de 1988 é que a função social da propriedade ganhou tamanho, passando a figurar entre o rol dos Direitos e Garantias Fundamentais assim como o próprio direito à propriedade. Até então estava restrito ao Título relativo à Ordem Econômica. Figurando entre os Direitos e Garantias Fundamentais a função social passa a ser aplicada de forma genérica a todas as espécies de propriedade, ressalvada as modificações referentes a cada espécie de bem.

Assim, a própria função social da propriedade garantida pela Constituição Federal deverá ser encarada de acordo com cada espécie de propriedade a qual deverá ela ser aplicada. Da mesma forma que a Constituição garante de maneira ampla e genérica em seu artigo 5º a propriedade o faz com a garantia ao atendimento da função social. Nestes termos, a exigência ao atendimento da função social deverá se adaptar a cada tipo propriedade.

Vista de forma ampla, a função social traz profundas modificações ao direito de propriedade que antes era encarada como o único e melhor meio de garantir a subsistência individual e familiar, passa a fazer parte de um rol, do qual constam a garantia de emprego e salário justo, a previdência e assistência social, a saúde, a educação, a formação profissional, a habitação, o transporte e o lazer²¹.

Portanto, a função social é o princípio pelo qual se repudia a concepção da propriedade como mera fonte de um poder individual, passando a impor ao proprietário o dever de exercer seu direito objetivando o benefício de outrem e não apenas de exercê-lo sem prejuízo de outrem, como antigamente se encarava a propriedade.

²¹ COMPARATO, Fábio Konder. A função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 63, p. 73, 1986.

2. Disciplinamento constitucional

A Sistemática adotada pela Constituição Federal de 1988, de acoplar ao antigo ICM cinco impostos de naturezas diferentes para formar um único tributo, o ICMS, fez surgir uma multiplicidade de situações em que, somente com razoável esforço interpretativo, se pode chegar a uma solução que guarde relação direta com a finalidade da construção normativa constitucional. A introdução da tributação da energia elétrica no ICMS é uma delas.

Com efeito, para adequar o imposto sobre energia elétrica na transferência de competência aos Estados, através do ICMS, fixou a Constituição que sobre tais operações o imposto incidiria apenas uma vez, conforme entendimento que se extrai do art. 155, § 2º, X, b e § 3º e do art. 34, § 9º, do ADCT).

Apesar da mudança de competência do imposto que passou da União para os Estados e também de nomenclatura, procurou-se manter a mesma forma de instituição e arrecadação, agora constituindo a energia elétrica uma das hipóteses de incidência do ICMS, dentre várias outras (inserida no conceito de mercadoria). Para tanto, em vista da superposição de competências estaduais, eliminou-se a tributação nas operações interestaduais com a edificação de uma não-incidência qualificada constitucionalmente. Esta não-incidência qualificada¹, que é

¹ Em igual sentido professa o Ministro Ilmar Galvão ao comentar o art. 155, § 2º, X, da Constituição Federal, em voto proferido no Recurso Especial no 198.088-5/SP: “É patente, entretanto, que não se está, no caso, diante de imunidade propriamente dita, mas de **genuína hipótese de não-incidência do tributo** – como, aliás, se acha expresso no inc. X do § 2º, do art. 155 da CF –, restrita ao Estado de origem, não abrangendo o Estado de destino, onde são tributadas todas as operações que compõem o ciclo econômico por que passam os produtos descritos no dispositivo em enfoque, desde a produção até o consumo. Não beneficia, portanto, o consumidor, mas o Estado de destino do produto, ao qual caberá todo o tributo sobre ele incidente, até a operação final. Do contrário, estaria consagrado tratamento desigual entre consumidores, segundo adquirissem eles os produtos de que necessitam, no próprio Estado, ou no Estado vizinho, o que não teria justificativa.” Possibilidade de aproveitamento, pela geradora, dos créditos de ICMS pelas entradas de insumos e bens do ativo afetados à produção de energia elétrica vendida com diferimento. O caso do Pará. Sacha Calmon Navarro Coêlho. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 74, p. 135-136, nov. 2001.

O FATO GERADOR DO ICMS NAS OPERAÇÕES COM ENERGIA ELÉTRICA E SEU REFLEXO NA REPARTIÇÃO DE RECEITAS

Manoel Cavalcante de Lima Neto ^(*)

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Disciplinamento constitucional. 3. Estrutura do ICMS da Energia Elétrica. 3.1. Fato gerador – elementos temporal e espacial. 3.2. Os sujeitos da relação jurídica tributária. 4. Repartição da receita do ICMS da energia elétrica. 5. Referências a casos concretos. 5.1. Município de São Simião x Secretário da Fazenda – GO. 5.2. Município de Andradina x CESP (Município de Pereira Barreto. 5.3. Do caso Delmiro Gouveia (AL) X Paulo Afonso (BA). 6. Conclusão.

1. Introdução

O presente trabalho aborda tema pouco cuidado na doutrina, que tem se manifestado de forma quase que somente casuística, mas revela-se de extrema relevância na arrecadação do ICMS para os Estados e na repartição de receitas dos Municípios. Como elemento central aparece uma relação de natureza tributária que se reporta à definição do fato gerador nas operações com energia elétrica, e, como reflexo da primeira, uma outra relação de feição financeira implicada na distribuição da receita auferida com o imposto, ambas interrelacionadas.

A visão apresentada traz uma inovação no tratamento da matéria, especialmente considerando a postura administrativa das Fazendas Estaduais e também de decisões judiciais, com destaque para o Superior Tribunal de Justiça. Segue-se a trilha da especificidade da tributação com operações relativas à energia elétrica, identificando-se o tratamento diferenciado concedido constitucionalmente para conceber a estrutura jurídica articulada para o novo fato gerador do ICMS, com a sua introdução no conceito de mercadoria.

^(*) Juiz de Direito (3ª. Vara da Fazenda Estadual – Maceió-AL). Mestre e doutorando em Direito Público pela UFPE. Professor de Direito Tributário, CCJUR - CESMAC.

Destarte, sempre que um dos princípios dispostos no Art. 170 da Carta Magna vigente for infringido, seja qual for a forma de infração, desrespeito aos Direitos do trabalhador ou do consumidor, dano ao meio ambiente, poderá o Poder Judiciário desconsiderar a personalidade jurídica de uma determinada sociedade para possibilitar a completa efetividade da decisão a ser prolatada e, conseqüentemente, forçar o cumprimento da função social que têm os bens de produção que vistos dinamicamente representam a empresa.

Como ensina com extrema propriedade Nelson Saldanha, “*o enorme desenvolvimento dos negócios, que o capitalismo propiciou, exigiu novas formulações no Direito privado (e no público também): novos tipos de contratos, novas garantias para operações bancárias, e até novos modos de fraude. A aceleração do ritmo das transformações impõe por toda parte, à legislação, um trabalho intenso, e ao Poder Judiciário igualmente. As seculares categorias do Direito romano se mantêm na terminologia e na técnica dos juristas, mas a cada passo os problemas da economia privada e da pública (sempre mais ligadas) necessitam conceitos novos*”³⁵.

Desta forma, com a evolução do Estado Liberal para o Estado Social e com o desenvolvimento de novos objetivos econômicos impostos pelo capitalismo moderno, além da criação de novos métodos fraudulentos, como bem acentua Nelson Saldanha, surge a necessidade de novas interpretações das normas jurídicas vigentes por parte do Judiciário e da elaboração de um corpo normativo mais moderno e efetivo pelo Legislativo abrindo caminhos cada vez maiores para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

³⁵ Nelson Saldanha. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999, p. 109-110.

Não atenderá sua função social a empresa age em inobservância aos fins e princípios da Ordem Econômica constitucional, contrariando os mandamentos do Art. 170 da Carta vigente. A função social da empresa deve se pautar nos preceitos do Art. 170 da Constituição Federal, a inobservância de um dos fins ou princípios nele dispostos faz com que a empresa não atenda a sua função social, tornando-se passível de aplicação de sanção prevista na legislação constitucional e infraconstitucional.

Deve, portanto, a empresa, utilizando-se do direito à propriedade, da livre iniciativa e da liberdade de concorrência, atuar no sentido de garantir a valorização do trabalho humano, uma existência digna a todos, a soberania nacional, a defesa do consumidor e do meio ambiente, o pleno emprego e a diminuição das desigualdades regionais e sociais. Por este motivo é que Athos Gusmão afirma que *“se é em verdade uma outra pessoa que está a agir, utilizando a pessoa jurídica como escudo, e se é essa utilização da pessoa jurídica, fora de sua função, que está tornando possível o resultado contrário à lei, ao contrato, ou às coordenadas axiológicas fundamentais da ordem jurídica (bons costumes, ordem pública), é necessário fazer com que a imputação se faça com predomínio da realidade sobre a aparência”*³⁴.

Assim, torna-se extremamente necessária a existência de instrumentos de sanção que tenham força suficiente para impor à empresa o respeito aos princípios e fins da Ordem Econômica constitucional. Atendendo a este apelo e seguindo quase o mesmo texto do Art. 28 do Código de Defesa do Consumidor a Lei 8.884/94 que dispõe acerca da proteção da ordem econômica brasileira passou a determinar em seu Art. 18 que *“a personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”*.

³⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o 'contrato consigo mesmo' e a disregard doctrine. CD-ROM Jurisíntese, n. 30, jul./ago. 2001.

deste princípio faz com que a empresa não cumpra sua função social e, conseqüentemente, torne a personalidade jurídica da sociedade da qual se reveste passível de ser afastada.

Da mesma forma ocorre com o direito do trabalhador. Ao descumprir tal direito a empresa contraria o princípio do pleno emprego e a finalidade precípua da Ordem Econômica que é a valorização do trabalho humano e a garantia de uma existência digna, com isso, passa a não atender à sua função social, tornando-se passível de sanções como a desconsideração da personalidade jurídica. Nestes termos, a Justiça do Trabalho tem aplicado constantemente a teoria da desconsideração contra as empresas que desrespeitam os direitos dos seus empregados e não tenham capital suficiente para saldar suas dívidas trabalhistas com base na aplicação analógica do disposto pelo Artigo 2º, § 2º da CLT.

No caso do Direito Ambiental prevê a Lei n.º 9.605/98, mais especificamente o Art. 4º, que será possível a desconsideração da personalidade jurídica de uma sociedade sempre que a responsabilidade dos sócios prejudicar o adimplemento de obrigações previstas no mencionado diploma legal. Ocorre que a Lei n.º 9.605/98 trata exclusivamente de infrações administrativas e criminais ambientais, deixando de fora a responsabilidade civil que é regida de forma geral pela Lei n.º 6.938/81. Entretanto, se a Lei n.º 9.605/98 considera possível a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no campo do Direito Criminal onde vigem regras e princípios rígidos como garantia do acusado, sem sombra de dúvida, seria plenamente possível a aplicação da mesma teoria na responsabilização civil.

A despeito de algumas previsões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a inaplicabilidade da teoria da desconsideração à responsabilização civil, acreditamos ser plenamente possível fundamentar esta no Art. 4º da Lei n.º 9.605/98, mesmo sendo ela uma legislação que trata exclusivamente de responsabilidade criminal e administrativa. Ademais, basta analisar os Artigos 3º e 4º do mencionado diploma legal para se constatar que os mesmos são extremamente genéricos, abrangendo as três espécies de responsabilidade.

empregados, desrespeitam o consumidor e ainda utilizam recursos naturais sem a devida atenção à legislação ambiental, causando danos ao meio ambiente.

Como já mencionado, para cada propriedade existe uma função social e para o não cumprimento desta função social existe uma sanção. No caso das empresas revestidas de personalidade jurídica societária onde os sócios tenham responsabilidade limitada, a inobservância da função social possibilitaria a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica³³.

É justamente através desta teoria que se busca coibir as ilegalidades, as fraudes e os abusos perpetrados pelos sócios e administradores de pessoas jurídicas de direito privado, responsabilizando-os financeiramente através de seu patrimônio particular. Afasta-se a regra geral da lei societária e, com isso, a “máscara” da personalidade jurídica, atingindo o patrimônio particular de sócio e administradores que não atuem no sentido de fazer com que a sociedade que integram cumpra com a sua respectiva função social.

Prova da plena aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica como sanção para aqueles que não cumprirem com sua função social está no fato de que cada um dos princípios ali protegidos já tem uma norma jurídica que possibilite a aplicação da *disregard doctrine*.

O Art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, permite ao Judiciário a desconsideração da personalidade jurídica daquela sociedade que, em detrimento do consumidor, abusar do Direito, exceder poder, infringir a lei, ou mesmo violar os estatutos ou o contrato social. Sendo a defesa do consumidor princípio basilar da Ordem Econômica, necessário ao cumprimento da função social da empresa (Art. 170, inciso V da Constituição Federal), a inobservância

³³ Também conhecida por *disregard doctrine*, *disregard of legal entity*, *lifting the corporate veil*, *piercing the corporate veil*, ou *cracking open the corporate Shell*, como teoria do superamento della personalità giuridica na doutrina italiana, como teoria da penetração – *Durchgriff der juristischen Personen* – do direito germânico, e como o “abus de la notion de personnalité sociale” ou “mise à l’écart de la personnalité morale” do direito francês.

Toda vez que uma propriedade não cumpre com sua função social, o seu proprietário torna-se passível de determinadas sanções impostas pela legislação constitucional e infraconstitucional. Quanto à propriedade de solo rural, por exemplo, a Constituição prevê que ao não cumprir a função social esta se tornará passível de desapropriação³¹. O mesmo ocorre com a propriedade de solo urbano que não cumpra sua função social.

Em virtude disto, cada propriedade terá uma função social específica, tornando-se passível, quando não cumprida esta função social, de uma sanção específica, que irá variar conforme o bem objeto do direito de propriedade. Em sendo assim, todas as vezes que uma pessoa jurídica empresária no uso dos seus bens de produção e, em consequência, no exercício da empresa ofender os princípios inerentes à Ordem Econômica constitucional, ela não estará cumprindo sua função social e, com isso, poderá sofrer determinadas sanções.

Um dos principais problemas que gira em torno da atividade empresarial é a regra geral aplicada às sociedades que tenham sócios, ou acionistas, com responsabilidade limitada. Nos últimos anos, a grande maioria dos empresários, mais especificamente 98% das sociedades criadas³², ao constituir suas atividades tem dado preferência à utilização de sociedades nas quais os sócios tenham sua responsabilidade limitada.

Até este ponto não existe qualquer problema. No entanto, o que tem marcado a constituição das empresas revestidas por esta espécie de sociedade é o fato de que seus sócios buscam burlar a lei ou mesmo seu estatuto ou contrato social escudados na autonomia patrimonial e na limitação de sua responsabilidade. É o caso muito comum da sociedade pobre de sócios ricos, onde o capital empresarial pertencente à sociedade é mínimo enquanto o patrimônio particular dos seus sócios é monumental. Acobertados pela regra geral da lei deixam de pagar tributos relativos à atividade empresarial, desrespeitam os direitos trabalhistas e previdenciários de seus

³¹ Art. 186 da CF de 1988 combinado com o Art. 2º da Lei n.º 8629/93 que dispõe que “a propriedade rural que não cumprir a função social prevista no Art. 9º é passível de desapropriação, nos termos desta Lei, respeitados os dispositivos constitucionais”.

³² Dados obtidos no site do Departamento Nacional de Registro do Comércio <<http://www.facil.dnrc.gov.br>> em outubro de 2001.

empresarial é através de sociedades em virtude da sua autonomia existencial e patrimonial, além da possibilidade de irresponsabilidade ou limitação da responsabilidade dos seus membros face às obrigações da pessoa jurídica.

Destarte, observando a empresa como bens de produção em dinamismo e, portanto, uma propriedade privada, para que a função social prevista no Artigo 170, inciso III da Carta vigente seja efetivamente cumprida, deve a empresa, através de seus administradores ou proprietários, buscar a valorização do trabalho humano e do pleno emprego, o respeito aos direitos do consumidor e ao meio ambiente, bem como uma existência digna a todos conforme os ditames da justiça social, minimizando, assim, as desigualdades regionais e sociais. A garantia da propriedade privada, a livre iniciativa e a liberdade de concorrência são dirigidas à consecução da função social da empresa, garantindo que esta não sofra qualquer ingerência por parte do Estado ou mesmo de qualquer indivíduo. O problema é quando a empresa utiliza a liberdade de iniciativa e de concorrência, bem como a própria propriedade de forma exacerbadamente individualista, contrariando a própria Ordem Econômica constitucional.

Isto se assevera nas palavras de Comparato que entende que *“no mundo jurídico, enquanto o homem pode ser considerado apenas estaticamente - pois ele vale para o Direito pelo que é, em si e por si (o seu ser já é valer) - as chamadas pessoas jurídicas só podem ser consideradas dinamicamente, ou seja, pela função que exercem”*²⁹. Somente no exercício das suas atividades é que as pessoas jurídicas teriam importância para o Direito.

Decerto, como mencionado, a grande maioria das empresas, esteja ela revestida³⁰ de um empresário individual (pessoa física), esteja revestindo uma sociedade (pessoa jurídica), não têm cumprido com sua função social, desrespeitando os princípios inerentes à Ordem Econômica. Dentre os princípios mais desrespeitados pelo abuso do poder econômico estão o Direito do Consumidor do trabalhador e o respeito ao meio ambiente.

²⁹ COMPARATO, Fábio Konder. O Poder de Controle na Sociedade Anônima. Ob. cit., p. 283.

³⁰ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 1993, p.. 262.

não cumpre com sua função social a empresa que busca caminho contrário ao determinado pelo Artigo 170 da Carta vigente.

A falta de conscientização da função social da empresa como verdadeira vertente da Ordem Econômica faz com que surjam os abusos do poder econômico pelo desrespeito aos princípios elencados no Artigo 170 da Constituição Federal. Tais abusos e desrespeitos são perpetrados pelo empresário, pessoa natural ou jurídica. No caso das pessoas jurídicas surgem certos agravantes como a autonomia existencial e patrimonial²⁶, além da limitação de responsabilidade dos sócios e administradores.

O desrespeito a um princípio supera em muito o desrespeito a uma norma jurídica qualquer, pois, como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello²⁷, a desatenção de um princípio não ofende apenas uma disposição legal específica, mas “*todo um sistema de comandos*”, e, *in casu*, toda a Ordem Econômica. Destarte, como mencionado, somente estaria cumprindo com sua função social aquela empresa que respeitasse e seguisse os princípios e finalidades inerentes à atual Ordem Econômica. Em virtude disto é que se pode afirmar que é justamente na empresa que a função social da propriedade mais se destaca.

Ao contrário do que vulgarmente se pensa, o poder econômico tem como função social o serviço à coletividade²⁸, nunca o contrário. Se é através da empresa que o poder econômico se exterioriza e da função social daquela decorre a sua própria, o poder econômico deve ter como finalidade das suas ações a consecução da justiça social e a busca de uma existência digna para todos.

Um empresário que através das suas atividades desrespeite, por exemplo, determinados direitos do consumidor ou mesmo que atue em exploração predatória do meio ambiente estará indo de encontro aos princípios da Ordem Econômica, deixando, com isso, de cumprir com a função social de sua atividade empresarial. Como vimos, a melhor, mais moderna e segura forma de se exercer atividade

²⁶ Artigo 20 do código Civil de 1916.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 1996, p. 545-546.

²⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993, p. 398.

rompimento com a arcaica produção artesanal e a adoção de atividades de exploração organizada do trabalho alheio com o intuito teleológico de lucro. Empresário por sua vez é a pessoa natural ou jurídica que irá exercer a empresa em seu nome, por sua conta e risco. E, por fim, estabelecimento é conjunto de bens corpóreos e incorpóreos a serem utilizados no exercício da empresa.

Os três conceitos a despeito de serem diversos são interdependentes. Assim, os bens de produção que compõem o estabelecimento somente passam a ter determinada importância para o Direito a partir do momento em que são visualizados na sua forma dinâmica, ou seja, no exercício da empresa. Em função disto é que se pode afirmar sem qualquer sombra de dúvidas que os bens de produção só cumprirão a sua função social se a empresa também cumprir. Isto, porém, depende unicamente da vontade do empresário.

A partir desta atribuição de uma função social à empresa, pode-se afirmar que esta, através de sócios, administradores e empresários, para ser considerada legítima²⁴ deverá cumprir e respeitar as finalidades e os princípios norteadores da Ordem Econômica, valorizando o trabalho humano, respeitando o consumidor e o meio ambiente, buscando o pleno emprego e a redução das desigualdades regionais e sociais.

A empresa como atividade organizada dos meios de produção e circulação de bens ou serviços é o centro polarizador da atividade econômica moderna²⁵, através dela age o poder econômico e através dela se realizam as relações econômicas, convergindo sobre ela inúmeros interesses que vão desde o interesse do próprio empresário (pessoa física), do sócio ou acionista (pessoa jurídica) até o interesse dos trabalhadores, consumidores e da própria comunidade.

Decerto, como visto em capítulo anterior, na atual Ordem Econômica ainda vige o princípio da livre iniciativa e da liberdade de concorrência, entretanto, estes princípios, assim como a própria empresa, só se legitimam quando aplicados em conformidade com os ditames da justiça social que é o fim da Ordem Econômica. Portanto,

²⁴ Uma vez que a propriedade só se legitima quando cumprida a sua função social.

²⁵ Conceitua-se empresa pelo disposto no Art. 966 do Código Civil de 2002 que delimita a figura do empresário.

5. Função social da empresa (fundamentos constitucionais da teoria da desconsideração da personalidade jurídica)

Como já visto, a propriedade deve ser encarada como um conjunto de instituições e não de forma unitária como geralmente se faz. Desta forma, para cada espécie de bem existirá uma propriedade diferente, impondo a existência de direitos, garantias e obrigações diferentes, específicas a cada uma delas. Existem, portanto, diversas espécies de propriedade, por exemplo: a de valores mobiliários, a literária e artística, a industrial, a do solo, que se subdividiriam entre urbana, rural e do subsolo e a referente aos bens de produção²².

Dentre estes exemplos de propriedade destaca-se a propriedade dos bens de produção que tem íntima ligação com os fins e princípios da Ordem Econômica Constitucional. A função social da propriedade prevista no Artigo 170, inciso III da Constituição Federal vigente sobressai-se pela sua aplicabilidade à propriedade dos bens de produção quando vista em movimento.

Assim, vista de forma dinâmica, a função social da propriedade dos bens de produção é justamente o exercício da atividade empresarial imputada especialmente à figura do empresário, pessoa natural ou jurídica. Isto se dá em razão de ser a empresa uma atividade que tem como finalidade precípua a obtenção de lucro através de uma produção organizada e massificada, sendo, portanto, o principal instrumento de dominação econômica empresarial. Desta forma, da função social da propriedade dos bens de produção decorre a função social da empresa, das pessoas que a exercem, bem como do próprio poder econômico²³.

Torna-se, entretanto, de suma importância a delimitação prévia de alguns conceitos que o moderno Direito Empresarial não permite mais confundi-los. Empresa, empresário e estabelecimento são conceitos inconfundíveis. A empresa é a atividade econômica organizada de produção ou circulação de bens ou de serviços. É o

²² GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. Ob. cit., p. 257.

²³ Exemplo de disposições legais relativas à função social da empresa pode ser encontrado na Lei n.º 6.404/76 (Lei das sociedades por ações) Artigos 116, parágrafo único e 154, *caput*, que obrigam o acionista controlador e o administrador da S/A a cumprir a função social da empresa.

liberal, quando se destaca a *volonté generale* de Rousseau¹⁷, a democracia de então trazia implícita a idéia de que o poder era exercido de acordo com a vontade e o interesse geral. É lícito concluir, portanto, que na democracia o poder político, entendido como o poder que dispõe do uso exclusivo da força num determinado grupo social, precisa ser justificado, representar a vontade geral, porque pressupõe a idéia de consenso, de legitimidade. E o que é legitimidade? A legitimidade é a justificação do poder, é se dizer que o poder é o que o poder deve ser. O problema da legitimidade pode ser resumido à seguinte pergunta: Por que obedecer?¹⁸

Todo regime democrático tem evidente necessidade de justificar o poder, muito embora esta não seja indispensável para caracterizar um ordenamento como jurídico ou não. Tal exigência decorre do fato de que no regime democrático o poder pertence ao povo e deve ser exercido em seu interesse e de acordo com sua vontade, real ou presumida; logo, a justificação do poder democrático, sua legitimação, se expressa pelos princípios da soberania popular e da participação política. A legitimidade, além de ser inerente ao processo democrático, é fator marcante em sua evolução. Com efeito, essa exigência é vetor de incorporação dos novos valores da sociedade, pois a democracia pressupõe um poder justo ou ao menos justificado. Pergunta-se, então, qual o impacto tem a corrupção em um regime como esse.

5. Possíveis efeitos da corrupção sobre o regime democrático brasileiro

Seja qual for o regime político a corrupção repercute de alguma forma sobre ele, valendo mencionar a respeito o que diz Michel Johnston¹⁹. O autor examina o que denomina de paradoxo da

¹⁷ A *vontade geral*, é uma categoria utilizada por Rousseau para representar a vontade do povo. Esta, para que seja geral, “nem sempre é necessário que seja unânime, mas é preciso que todos os votos sejam contados”. **Do Contrato Social**, Livro Segundo, Coleção Os Pensadores, v. XXIV, p. 62 e ss.

¹⁸ FARIA, José Eduardo. **Poder e Legitimidade**. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 19.

¹⁹ Michel Johnston [traduzido pelo organizador]. O paradoxo da corrupção: efeitos grupais e sistêmicos. In: LEITE, Celso Barroso (org.). *Sociologia da Corrupção*. Op. cit., p. 138-152.

personais determinam a realização de trocas entre a pessoa que exerce a função pública e as que com ela se relacionam, o que acaba por fortalecer ainda mais o vínculo.

Conclui, o autor, que:

As práticas designadas como corruptas e corruptoras estão fundadas em princípios de ação associados à lógica pessoal que, apesar de não oficialmente incorporados às representações oficiais ou às análises sobre o Estado, estão, todavia, presentes, orientam e regulam, tanto quanto os procedimentos formais e em combinação com estes, as ações daqueles que são responsáveis pelo seu funcionamento e das pessoas que com ele interagem.¹⁶

A tese, muito bem articulada, tem o mérito de explicar o mecanismo social das relações de corrupção, notadamente pela formulação da noção de lógica pessoal. Não obstante, é de se considerar que um fenômeno de tal complexidade demanda sejam considerados fatores das mais variadas ordens para sua maior compreensão.

4. Breves considerações acerca da democracia

Para se compreender a repercussão da corrupção no regime democrático cabe, antes de mais nada, tecer algumas considerações acerca da democracia. *Democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo*, expressão cunhada por Lincoln que consegue traduzir de maneira concisa o sentido que o homem comum dá hoje à palavra democracia. Mas nem sempre foi assim. O conceito de democracia é histórico, verdadeiro legado da civilização ocidental, fruto da evolução de uma idéia que teve como berço a Atenas da Grécia Antiga.

A idéia de democracia implicou sempre a de consenso. Desde sua origem mais remota as decisões políticas representavam a vontade da coletividade, e em Atenas o poder era exercido diretamente pelos cidadãos, em comum acordo. O consenso acompanhou a concepção

¹⁶ BEZERRA, Marcos Otávio. Corrupção: um estudo sobre poder público e relações pessoais no Brasil. Op. cit., p. 186.

sempre tratada por imunidade, porém, não é meramente formal, ela tem um sentido que é a manutenção da mesma sistemática de cobrança do antigo imposto sobre energia elétrica, adaptada as peculiaridades do ICMS e da competência estadual.

Daí que não ocorre o fato gerador do tributo nas operações interestaduais, somente possuindo relevância as operações internas destinadas ao consumo, onde efetivamente nasce a obrigação de pagar o imposto. Significa a adoção, na ordem interna, de princípio aplicável no Direito Internacional Tributário - o princípio do país de destino, que aqui assume o princípio do Estado de destino. **O fato gerador tem a sua concretização na operação de consumo da energia.** As operações intermediárias não possuem relevância para a definição do fato gerador como operações autônomas. Assim, além do Estado de destino destaca-se a operação em que fornecida a energia para consumo (única etapa do processo de fornecimento que recebe tributação pelo ICMS). É que, em relação ao comércio exterior, pode incidir o imposto sobre importação ou exportação.

Em tema de natureza jurídica semelhante, a Emenda Constitucional nº 33/2001, ao disciplinar operações com lubrificantes e combustíveis derivados de petróleo, deixou clara a opção pela tributação no destino (art. 155, § 4º, I, da CF), embora tenha optado pela tributação na origem em relação ao gás natural e seus derivados e combustíveis e lubrificantes não incluídos na previsão genérica do artigo acima mencionado, quando destinados a não contribuinte e, numa terceira modalidade, quando destinados a contribuintes, pela repartição entre Estado de origem e de destino, na forma genérica do ICMS (art. 155, § 4º, II e III, da CF).

Cabe enfatizar, em verdade, que a Constituição Federal não erigiu uma imunidade ao cuidar das operações interestaduais com energia elétrica, como é ordinário dizer-se, conforme já adiantado. Ao disciplinar que a incidência acontece na última etapa, aquela em ocorre o consumo e para que não fossem tais operações incorporadas na sistemática tradicional do ICMS (que reflete a autonomia, para efeito de incidência do imposto, de cada operação direcionada ao consumo) definiu expressamente que nas operações interestaduais não haveria incidência do ICMS. Com tal proceder, apenas fixou com maior nitidez uma norma que complementa a incidência única, pois, se única a incidência e na operação de consumo (última etapa), seria desnecessário

afirmar que as operações intermediárias não teriam autonomia para fazer incidir o imposto. Certamente para evitar tensões entre contribuintes e Estados e deixar assentado literalmente a inexistência de fato gerador do imposto, é que surgiu a norma que assume a feição de uma não-incidência qualificada constitucionalmente. Por outra face, imunidade existiria se com a retirada da norma houvesse a incidência do imposto, a exemplo das operações para o exterior de produtos industrializados (155, § 2º, X, a, da CF). Tal não acontece com as operações com energia elétrica, apesar dos atropelos exegéticos que tem grassado no panorama nacional.

3. Estrutura do ICMS da Energia Elétrica

Os instrumentos normativos que cuidaram da energia elétrica como inclusa no campo de incidência do ICMS, teceram regulação que peca pela falta de clareza, situação que impõe, como já dito, esforço exegético para certificação, especialmente, dos elementos de tempo e lugar em que concretizado o fato gerador do tributo.

O comando constitucional é de que só pode haver uma única incidência, ou seja, no processo de geração, distribuição e consumo, somente uma dessas etapas pode ser gravada pelo tributo.

Com efeito, para se chegar a construção que permite estabelecer a relação jurídica obrigacional é preciso efetivar a ligação das normas sobre a operação com energia elétrica, o que significa a montagem da regra matriz de incidência.

3.1. Fato gerador – elementos temporal e espacial

Somente uma etapa pode ser gravada e esta etapa é a do consumo. Chega-se a tal conclusão pela indicação de várias disposições normativas. Logo ao mudar de competência da União para os Estados, o Imposto Único sobre Energia Elétrica, mesmo sendo inserido no campo de incidência do ICMS, manteve a base de sua anterior estrutura.² A finalidade constitucional pautou pelo acréscimo de mais um tributo para os Estados, sem desfigurar por inteiro a

² Não obstante o antigo texto do CTN facultasse à lei ordinária escolher como fato gerador a produção, importação, circulação, distribuição ou consumo (art. 74, I, II, IV, V), com uma única incidência (§2º), a escolha foi acentuada nesta última etapa.

conformação que ele guardava anteriormente. Assim, motivado pela ausência de clareza nas novas disposições normativas, de curial importância revela-se um recurso à interpretação histórica, com a utilização das normas que regulavam o Imposto Único, a fim de que elas norteiem o caminho e facilite a construção da estrutura obrigacional da nova hipótese de incidência do ICMS.

Nesse desiderato, confere-se que o art. 3º da Lei nº 2.308, de 31 de agosto de 1954, definia a incidência do imposto da seguinte forma: *"Art. 3º A energia elétrica entregue ao consumo é sujeita ao imposto único, cobrado pela União sob a forma de imposto de consumo, pago por quem a utilizar"*.

No processo de geração, distribuição e consumo de energia elétrica, o imposto alcançava a última etapa, exatamente aquela representativa do fornecimento para o consumidor final. A passagem para o ICMS não alterou essa realidade. A Constituição Federal, para manter a incidência única, em razão de o imposto ser de competência estadual, eliminou a tributação nas operações interestaduais (art. 155, § 2º, X, 'b', CF). Em complemento, a Lei Complementar nº 87/96 (art. 2º, § 1º, III e art. 11, I, "g") assentou que a entrada no Estado do adquirente de energia elétrica estava inserida como momento de ocorrência do fato gerador quando não destinada à industrialização ou comercialização. Esse preceito, embora não o faça de forma clara, procura evitar a invocação indevida de imunidade (ou não-incidência, como classificamos) nas operações interestaduais para fazer com que a tributação atinja àquelas que se destinem a consumidores finais, ou seja, tenciona evitar, o que de fato aconteceu, que consumidores finais de um Estado (normalmente de grande porte) adquiram energia elétrica de fornecedor de outro Estado (operação interestadual) para se beneficiarem da regra de não-incidência e assim eliminarem totalmente a tributação do ICMS em suas aquisições.

Demais, se a tentativa for para adotar a sistemática tradicional da exteriorização do fato gerador pelo local da saída, a complexidade das situações relativas ao fornecimento de energia dificultam sobremaneira uma definição a respeito de onde efetivamente se concretiza a saída, ou seja, se ela se aperfeiçoa na saída da hidrelétrica ou nas demais passagens intermediárias até chegar à distribuidora e finalmente ao consumidor.³

³ Nesse sentido registramos neste trabalho distinção técnica feita pela Ministra FÁTIMA NANCY que esclarece bem a complexidade das operações.

A incidência do ICMS na energia elétrica, porém, não pode ser analisada como se ela fosse uma mercadoria de corpo sólido qualquer, com comprimento, largura e altura. Definir, com a tradicional feição do fato gerador do antigo ICM, exteriorização pelo local onde se dá a saída, evidentemente não satisfaz para um fornecimento que possui complexas operações intermediárias e que não estão dotadas de relevância jurídica tributária em face da *opção constitucional pela incidência única, no destino e na operação de consumo*.⁴

Com efeito, o ICMS da energia elétrica tem modelagem própria e não se insere no sistema ordinário do imposto com a instalação da mecânica de compensação (não-cumulatividade) nas operações intermediárias direcionadas ao consumidor final. Somente uma operação recebe a incidência do imposto e esta é a do consumo,⁵ do contrário haveria colidência com a norma constitucional de incidência única.

Para fechar o cerco hermenêutico, convém enaltecer que o art. 34, § 9º, do ADCT/CF, traz elementos que confirmam a incidência na última operação (consumo) e que o imposto é devido no local do acontecimento da etapa final (Estado e Município). Vale transcrever e descrever o preceito normativo.

§ 9º Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na **operação final** e assegurado o seu **recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local onde deva ocorrer essa operação**. Destaque nosso.⁶

⁴ Art. 34, § 9º, do ADCT/CF.

⁵ Situação diversa é saber se o consumidor enquanto contribuinte do imposto por outras operações pode se creditar do valor pago para abatimento nas demais operações que realiza.

⁶ Preceito similar encontra-se fixado no art. 9º, § 1º, II, da Lei Complementar nº 87/96.

A opção constitucional é pela operação final (consumo - elemento de tempo),⁷ sendo o imposto devido ao Estado onde ocorrer esta última operação (lugar - elemento temporal). Na relação de repartição de receita ganha importância o Município do Estado em que efetivada a operação de consumo (distribuição da receita pelo produto da arrecadação). Reforça esse entendimento o recurso à interpretação histórica que sempre definiu a operação destinada ao consumidor como fato gerador do antigo Imposto Único sobre Energia Elétrica.

Contrariamente à posição defendida, há entendimento que define o fato gerador como concretizado no local em que situado o estabelecimento de quem promove a venda de energia, *a distribuidora*⁸ e, de forma mais acentuada, que indica o *lugar da geração da energia*.⁹

3.2. Os sujeitos da relação jurídica tributária

Concebendo-se a operação de consumo como aquela que dá ensejo a instalação da relação obrigacional, os sujeitos ativo e passivo

⁷ Contrária é a opinião de **Sacha Calmon** que, apesar de fazer uma incursão histórica nos antecedentes da tributação sobre energia elétrica, e de ressaltar a necessidade de tratamento especial para tais operações, acabou por encampar a posição tradicional da circulação de mercadorias ao admitir a possibilidade de existência de mais de um fato gerador do imposto nas sucessivas etapas entre a geração e o consumo mesmo reconhecendo sua artificialidade. A opção constitucional, para o autor, foi a de estabelecer a distribuidora como substituta tributária em duas modalidades: para trás, em relação ao ICMS correspondente à venda da geradora para a distribuidora, e para frente, no tocante às eventuais vendas a outras distribuidoras ou à venda direta ao consumidor final. Possibilidade de aproveitamento, pela geradora, dos créditos de ICMS pelas entradas de insumos e bens do ativo afetados à produção de energia elétrica vendida com diferimento. O caso do Pará. **Revista Dialética de Direito Tributário**, cit., p.130/143.

⁸ “...Como quem promove a venda de energia elétrica gerada pela Usina Hidroelétrica de Três Irmãos é a CESP, cujo estabelecimento situa-se no Município de Pereira Barreto, em face do disposto no art. 127, II do CTN, não há como fugir à conclusão de que o fato gerador do ICMS ocorre no território desse Município.” KİYOSHI HARADA. O ICMS gerado por usinas hidroelétricas e o problema de seu rateio entre os municípios. Universo Jurídico. Internet.

⁹ Conforme posição do STJ lançada nesta decisão.

são extraídos com observância desse contexto. Em primeiro lugar, figura no pólo ativo da obrigação o Estado de destino, nas operações interestaduais, ou aquele cujo fornecimento para consumo se dá em seu território, nas operações internas. Em segundo lugar, **no lado passivo da obrigação está o consumidor final que é substituído na relação jurídica**¹⁰ pelo distribuidor (responsável por substituição).

Em pensamento que enlaça os itens abordados (etapa em que ocorre o fato gerador e sujeitos da relação tributária), é precisa a doutrina de ROQUE CARRAZA:

Logo, o tributo levará em conta todas as fases anteriores (produção, circulação, distribuição) que tornaram possível o consumo da energia elétrica. **Estas fases anteriores, entretanto, não são dotadas de autonomia suficiente para ensejar incidências isoladas, mas apenas uma, tendo por sujeito passivo o consumidor final da energia elétrica.** Esta idéia foi abonada pelo próprio constituinte, quando, no já mencionado art. 34, § 9º, do ADCT, estatuiu que as empresas distribuidoras “serão as responsáveis” pelo pagamento do ICMS, “desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final.”¹¹ Destaque nosso.

3.3. O fornecimento de energia elétrica como fato gerador do ICMS. Alternativa hermenêutica

A legislação poderia optar, de forma explícita, pela atribuição do fato gerador do ICMS à operação de *fornecimento para consumo*. Com isso estaria a manter a estrutura de uma única incidência, visto que, entre as operações de geração, distribuição e consumo, apenas o fornecimento para consumo seria gravado com o ônus tributário, o que atenderia ao comando constitucional, além de alcançar com nitidez tanto o fornecimento em operações interestaduais (sob o ponto de vista do Estado receptor) como em operações internas, desde que voltadas para o consumo, desprezando-se a multiplicidade de operações intermediárias.

¹⁰ De acordo com o art. 34, § 9º, do ADCT, da Constituição Federal.

¹¹ ICMS. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 142.

A distribuidora, por sua vez, assumiria a condição de contribuinte do imposto, figurando diretamente no pólo passivo, sem atribuição de responsabilidade por tributo devido por terceiro,¹² postura que também encontraria amparo constitucional.¹³

O problema maior dessa construção, porém, está na definição do lugar onde se considera ocorrido o fato gerador. Pensamos no sentido de que, tratando-se de operação direcionada ao consumo, o fornecimento se concretiza no lugar de recebimento dessa prestação pelo usuário ou beneficiário dos serviços *e não no local onde está localizado o estabelecimento do fornecedor*.¹⁴

Vale ressaltar que o STJ tem atribuído interpretação a preceitos normativos que cuidam do ISS, a provocar uma verdadeira reviravolta na concepção do tributo, no instante em que define que o fato gerador se concretiza no lugar da prestação dos serviços e não naquele em que fixado o estabelecimento do prestador.¹⁵

Equiparada à mercadoria, para efeito do ICMS, a energia elétrica em essência apresenta-se como fornecimento de serviço prestado ao usuário. Como registrado adiante neste trabalho, é complexo definir de onde sai a energia elétrica,¹⁶ mas, com certeza, é possível definir com precisão quem utiliza dos serviços (quem consome) ou, para atender a ficção montada na legislação, quem adquire a mercadoria energia elétrica para consumi-la.

¹² Nesse ponto parece amoldar-se ao arcabouço genérico do ICMS, cujo sujeito passivo, de uma certa forma, sempre está a substituir aquele que em tese sofre o encargo tributário (contribuinte de direito e de fato).

¹³ art. 34, § 9º, do ADCT.

¹⁴ Caso definido o lugar da operação como aquele em que situado o estabelecimento fornecedor, ocorre contradição com a previsão constitucional em eventual fornecimento (venda de energia) para consumidor localizado em Estado diverso daquele do distribuidor (sob o ponto de vista do Estado remetente). É que, se o fato gerador se concretizar na distribuição o imposto é devido ao Estado em que localizado o Distribuidor (remetente). Por outro lado, se concretizado o fato gerador com o consumo, cabe o imposto ao Estado de destino.

¹⁵ Igual reviravolta poderá provocar o STJ se eventualmente recepcionar as teses que aqui são defendidas.

¹⁶ E essa operação não desfruta da acentuação constitucional.

Cabe arrematar, assim, que mais uma vez estaria cumprido o roteiro constitucional para contemplar com o recolhimento do imposto o Estado de destino, aquele em que realizada a operação de consumo, e, conseqüentemente, o Município onde localizado o usuário dos serviços (adquirente da mercadoria), na repartição de receitas pelo produto.

3.4.A geração de energia elétrica como fato gerador do ICMS

Na ausência de um disciplinamento coerente quanto à energia elétrica, algumas decisões judiciais têm firmado posição pela ocorrência do fato gerador na geração. Esta aparenta ser a posição dos Fiscos Estaduais e a posição prevalecente no STJ. É que a Lei Complementar nº 87/96 não definiu explicitamente, a nível de regra, o Estado destinatário ou lugar do consumo, como aquele em que se tem como lugar da operação (art. 11). Apenas fez essa menção quanto às operações interestaduais (art. 11, I, "g"). O entendimento tem sido feito por exclusão, se não houve disciplinamento expresso e diferente para a energia elétrica, ela entraria no cômputo geral do lugar onde situado o estabelecimento promotor da saída da mercadoria.¹⁷

Conforme enfatizado em várias oportunidades neste trabalho, não se pode definir com precisão o lugar de onde sai a energia elétrica,¹⁸ mas sim aquele lugar em que ela é consumida. Esta sempre

¹⁷ Pensamos, no entanto, que a Lei Complementar nº 87/96 não disciplinou taxativamente a hipótese prevista no art. 34, § 9º, do ADCT, permanecendo válido o dispositivo.

¹⁸ Sobre essa particularidade, calha citar trecho de consulta efetivada e que gerou o parecer de IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, intitulado: *A hipótese de imposição do ICMS nas operações com energia elétrica. Peculiaridades nas operações interestaduais*. "Pelos critérios adotados no Setor Elétrico Brasileiro, o Gerador, ao colocar sua unidade de geração em funcionamento, deve providenciar um contrato de conexão com a concessionária de Transmissão/Distribuição, no qual o gerador assume o compromisso de entregar a energia na qualidade estabelecida pelo Poder Concedente (representado pela ANEEL). Se a usina estiver conectada na Rede Básica celebra, também, um contrato de uso do Sistema de Transmissão com o Operador Nacional do Sistema (ONS), caso contrário, o contrato de uso é celebrado com a concessionária local. Em assim procedendo, o Gerador tem a garantia de que a energia disponibilizada pela sua usina tem trânsito garantido no submercado ao qual está

foi a lógica do Imposto Único e que, penso, não mudou com a introdução da energia elétrica no ICMS. Aliás, a regra na prática milita pelas operações interestaduais, pois dificilmente uma

conectado. Deverá assinar, também, o Acordo de Mercado, o que lhe garante usufruir dos benefícios da operação otimizada do Sistema Elétrico. O Gerador poderá, então, comercializar a energia assegurada de seu parque gerador hidráulico (montante fixado pela ANEEL) e a disponibilidade líquida de seu parque térmico. O comprador, por sua vez, ao firmar um contrato de compra e venda de energia com o Gerador, assina, também, o contrato de uso do Sistema de Transmissão com o ONS para ter a garantia que as quantidades contratadas serão disponibilizadas no ponto de conexão. Cumpridas essas formalidades, o comprador sempre receberá do Sistema a energia contratada e o Gerador sempre receberá o valor correspondente, já que tem obrigação de entregar energia ao Sistema nos níveis estabelecidos pela operação otimizada do ONS. Quando não o fizer, outras usinas do Sistema Elétrico o farão sob a coordenação do ONS e, se for o caso, com a penalização por parte do MAE. **Vê-se, então, que é impossível identificar qual é a origem da energia que está suprindo determinado comprador, já que todos os geradores entregam a energia ao Sistema Elétrico e os compradores recebem a energia deste mesmo sistema. O Gerador receberá pela energia contratada independentemente do nível de geração de suas usinas. Pode vender até o limite de sua energia assegurada, o qual é estabelecido, como direito, pela ANEEL. Isto é, o Gerador vende um direito e não um produto físico efetivo. Ao obter o direito, tem como contrapartida a obrigação de gerar de acordo com o programado pelo ONS.** Como o ICMS é um imposto sobre circulação de mercadoria, pressupõe um bem produzido em um determinado ponto e entregue num ponto definido, ou seja, a circulação física da mercadoria. No caso da energia elétrica é possível identificar fisicamente quanto foi produzido e quanto foi entregue ao Sistema, que não são necessariamente iguais, mas não é possível identificar qual a produção de cada usina que foi entregue a determinado comprador. A energia para atender o contrato que assinamos com a empresa industrial, por exemplo, poderá estar sendo fisicamente gerada pela geradora do Estado, ou por qualquer outra geradora de outro Estado que esteja conectada ao Sistema. Desta forma, existirá o fato gerador jurídico, decorrente da assinatura dos contratos, e um fato gerador físico caracterizado pela circulação da mercadoria. Neste contexto, é correto afirmar que, para efeito de fato gerador do ICMS, devemos considerar o local da disponibilidade ao comprador da energia de acordo com o ajustado nos contratos, para definirmos o tratamento de circulação interna ou interestadual?". Destaquei.

Hidrelétrica fornece energia apenas para um Estado.¹⁹ Assim, se em tais operações não há fato gerador do imposto, pela não-incidência qualificada constitucionalmente, o fato se concretiza ordinariamente no lugar do consumo.

Do contrário, se a ocorrência genérica não for na etapa do consumo, mas na saída da energia do estabelecimento gerador, o crucial problema que aqui se enfrenta, qual seja, o fracionamento do fato gerador, terá que ser recepcionado. Não pode ficar sem importância o trabalho que exprime a subestação transformadora, assim como, não poderá ficar de fora do bolo tributário o Estado e o Município que tenha parte relevante do complexo hidrelétrico situado em seus respectivos territórios. A questão quando abordada em sede de compensação financeira não enfrenta os entraves conceptuais de quando ela está posta na relação de tributação. Dizer simplesmente que as operações de transferências se concretizam no lado de apenas um Estado e correspondente Município, não resolve o problema por não ser critério jurídico para definição do fato gerador. Basta uma eventual mudança de gestão administrativa para alterar esse quadro. As peculiaridades das operações com energia elétrica tornam inaplicáveis certos conceitos tradicionais do ICMS sem que haja uma adaptação, um deles é o do próprio fato gerador instantâneo. É certo que o fracionamento traria dificuldades, mas é ainda mais certo que isso só acontece por se tentar implantar a estrutura tradicional do ICMS para um tipo de operação que requer tratamento diferenciado. Segundo o entendimento que se defende realmente o caso é de uma espécie de fato gerador monofásico dentro da estrutura do ICMS. Não sendo assim entendido, é de assumir-se todos os atropelos conceptuais já apontados e suas respectivas consequências, inclusive a que se reporta ao fato gerador complexo.

Outro inconveniente de porte aparece com o fato de conceber-se as operações interestaduais como imunizadas; baseada na visão

¹⁹ Nesse caso, em se cuidando se operações internas, o Estado poderia até disciplinar (sem nossa anuência) que haveria o fato gerador tanto na geração quanto na distribuição para consumo, já que de qualquer forma o imposto lhe seria devido. Porém, mesmo assim, teria problemas na repartição de receita para os Municípios, porquanto teria que considerar a saída da geração e a saída da distribuição, além de atentar contra a sistemática do imposto.

tradicional do fato gerador pela saída do estabelecimento. Nessa hipótese, por força de norma expressa (art. 3º, § 2º, II, da Lei Complementar nº 63/90), tais operações devem ser consideradas para cálculo do Valor Adicionado na distribuição de receita do ICMS. Mesmo que nenhuma receita tributária advenha das operações, o Município onde instalada a geradora de energia será beneficiado. Contudo, essa regra não se compadece com a correta interpretação constitucional da imunidade, como se tem enaltecido nesta decisão e encontra apoio em voto do Ministro Ilmar Galvão do STF.

4. Repartição da receita do ICMS da energia elétrica

A Constituição Federal não traçou uma distribuição específica entre Estado produtor e consumidor para o imposto incidente sobre energia elétrica, como o fez recentemente em relação ao gás natural e seus derivados e lubrificantes e combustíveis não previstos na regra geral do art. 155, § 4º, I.²⁰

Daí que a receita tributária auferida pela incidência nas operações com energia elétrica entra no cômputo geral das demais operações cuja repartição obedece aos critérios fixados na Lei Complementar nº 63/90.²¹ A relação de ordem financeira concernente à repartição das receitas para os Municípios, está em parte (no mínimo 3/4) interligada às operações de saída e entrada no território do Município beneficiário do repasse. No caso da energia elétrica em que o fato gerador se concretiza no lugar do consumo,²² o Município onde está localizado o sujeito passivo (consumidor) é que deve ser objeto do cômputo do valor adicionado e consequentemente beneficiário do

²⁰ Preceito introduzido pela Emenda Constitucional nº 33, de 11/12/2001.

²¹ Do total da receita do ICMS, 25% deve ser distribuído para os Municípios, sendo 3/4, no mínimo, na proporção do valor adicionado e 1/4 conforme dispuser a lei estadual (art. 3º, I e II). O valor adicionado corresponderá, para cada Município, ao valor das mercadorias saídas, acrescido do valor das prestações de serviços, no seu território, deduzido o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil (art. 3º, § 1º). No cálculo do valor adicionado é levado em consideração operações que estejam acobertadas por imunidade, isenção ou outras objeto de exclusão ou extinção do crédito tributário (art. 3º, § 2º, I e II).

²² Sendo o distribuidor substituto e o consumidor o contribuinte ou o distribuidor contribuinte e o consumidor apenas aquele que sofre o encargo (contribuinte de fato).

repassé de parte da receita do imposto, na modalidade de distribuição pelo produto da arrecadação.²³

Diante dessa constatação, o questionamento sobre a posição territorial das hidrelétricas nos Municípios perde relevância para efeito de distribuição da receita do ICMS, mas a feição defendida ganha pela clara assunção de evidente justiça financeira, ocasionada por uma racional definição do fato gerador do imposto. Concebendo-se que o fato gerador se concretiza no fornecimento para o consumidor, a distribuição da receita pelo Fundo de Participação dos Municípios fará revelar uma maior e mais equilibrada participação de acordo com o volume de consumo de cada unidade municipal.

A par disso e para enaltecer o sistema equitativo de distribuição da receita gerada pelo consumo de energia, parcela da arrecadação poderia ser distribuída, mediante interferência legislativa, para o local da produção ou até mesmo àqueles que tivessem suas terras alagadas pela formação das hidrelétricas, no espaço aberto pela Lei Complementar n. 63/90 (art. 3º, II). Aliás, esse entendimento apenas faz ressaltar a antiga estrutura do tributo²⁴ que parece esquecida com a mudança de competência para os Estados, mesmo que em essência pouco se tenha mudado, salvo a capacidade ativa para a cobrança.

Demais, importa aferir que nas operações interestaduais com energia elétrica não há registro no valor adicionado por conta de imunidade constitucional. Primeiro porque não há imunidade, mas não-incidência qualificada, como já se afirmou, segundo porque o sentido que se extrai dos dispositivos que inserem no cômputo valor adicionado, operações imunes, isentas ou com qualquer outro benefício fiscal, é de compensar os Municípios em razão da renúncia operada pelo ente detentor da competência,²⁵ ao que se acresce a extinção do crédito por compensação ou transação, devendo ficar

²³ O Protocolo n. 33/93, em que signatários os Estados de Alagoas, Bahia, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Piauí e Sergipe, sugere uma distribuição da receita do ICMS pelo lugar de produção (Municípios), considerando a operação de saída do fornecedor (hidrelétrica) como constituidora do fato gerador do ICMS.

²⁴ Art. 1º. § 1º, “d”, da Lei n. 2. 944, de 8 de novembro de 1956.

²⁵ Art. 3º § 2º I e II da Lei Complementar n. 63/90.

garantido o repasse da parcela devida aos Municípios,²⁶ sendo que, no caso das operações interestaduais, não há o que compensar ao Município onde localizado o fornecedor exatamente porque não há fato gerador do ICMS.²⁷

5. Referências a casos concretos

5.1. Município de São Simião x Secretário da Fazenda - GO

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 9704 – GOIÁS – STJ. O tribunal conheceu esse caso onde o Município de São Simião – GO, no qual está localizado uma Hidrelétrica que gera energia para a CEMIG – MG, cujo pleito judicial endereçou-se contra Secretário da Fazenda do Estado de Goiás que desconsiderou as operações interestaduais de saída de energia para cálculo do valor adicionado que beneficiaria o ente político impetrante na repartição de receitas do ICMS.

Defendeu-se que o fato gerador do ICMS aconteceria em São Simião (local da hidrelétrica), não sendo recolhido o imposto por causa da não-incidência ou imunidade por razões de economia nacional, isso nas operações de saída para a CEMIG.

Em posição bastante aproximada da esposada neste texto, merece ser transcrito trecho do Voto-vista da Ministra FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, no julgamento de ROMS nº 9704 - GOIÁS, julgado em 20 de junho de 2000, cuja decisão foi publicada no DJ em 11 de setembro de 2000, improvido por unanimidade:

Observado o funcionamento do sistema verifica-se que a geração física de energia elétrica não é direcionada à este ou àquele Estado, mas, obrigatoriamente, coordenada por operador nacional, que, depois de centralizar toda a produção e determinar as funções comerciais, venderá para todas as companhias estaduais de energia elétrica, estas sim

²⁶ Art. 4º, § 1º, da Lei Complementar n. 63/90.

²⁷ Não obstante esse entendimento que se pauta na interpretação constitucional da não-incidência nas operações interestaduais com energia elétrica, a Lei Complementar nº 63/90 refere-se expressamente à utilização de tais operações no cômputo do Valor Adicionado (art. 3º, § 2º, II).

encarregadas de fazer chegar a energia elétrica até os consumidores finais do produto.

Assim, a geração de energia nas usinas não é fato gerador capaz de servir de base para a tributação do ICMS, mas, apenas, a sua distribuição, pelas companhias de energia elétrica estaduais, é que tem a estrutura de fato gerador para fulcrar a incidência do ICMS.

Com efeito, duas razões técnicas conduzem a afirmar, com segurança, que não ocorre fato gerador de incidência do ICMS no Município de São Simão/GO: a primeira, porque, tecnicamente, não há como enquadrar a energia elétrica gerada pela turbina da Hidrelétrica de São Simão como mercadoria, por sua incompatibilidade para o uso a que se destina; e, a Segunda, porque a energia produzida pela Usina de São Simão/GO é comercializada pela CEMIG, somente após definido o fluxo de energia pelo Operador Nacional do Sistema de Energia Elétrica, órgão técnico responsável pela distribuição de energia para todo o país.

Incide, na espécie, o disposto no art. 3º, § 1º da Lei Complementar nº 63/90, salientando-se que, na hipótese vertente, não há operação jurídica que constitua fato imponible do ICMS; portanto, não há valor há ser adicionado ao Fundo de Participação dos Municípios.”

De suma coerência o argumento da Ministra FÁTIMA NANCY ANDRIGHI que mostra, inclusive, impropriedades técnicas para a configuração do fato gerador no local da geração da energia: primeiro porque a geração física de energia elétrica não se direciona a qualquer Estado, mas sim ao Operador Nacional do Sistema – ONS; e o segundo porque a energia produzida pela Usina para que se torne adequada ao consumo, antes tem que passar por uma estação elevadora, pela linha de transmissão ou subestação de rebaixamento de tensão para daí chegar aos postes das ruas e adentrar as unidades consumidoras (industrial, comercial, residencial). Reflete a complexidade das operações, geração, distribuição, consumo, já

referenciada, e que atribui uma circunstância toda especial para a energia elétrica.

Da conclusão do acórdão, no entanto, o que se percebe é que se exigiu que no território do Município beneficiário da repartição da receita aconteça as operações mercantis com transferência de titularidade de mercadoria para desencadear o fato gerador do imposto. No caso introduziu-se também uma objeção à ocorrência do fato gerador por pertencer à mesma companhia, tanto a Hidrelétrica quanto a Distribuidora, o que impediria a transferência de propriedade e consequentemente o fato gerador do tributo. Encampou-se a tradicional feição do antigo ICM, esquecendo que esta foi forjada para operações com mercadorias comuns e não para energia elétrica que só pode ser considerada mercadoria por equiparação e com uma boa dosagem de artificialismo que ao direito se permite ao criar suas próprias realidades.

Em que pese a força e importância do órgão prolator da decisão, o voto da Ministra FÁTIMA NANCY ANDRIGHI explica melhor a situação, baseado que está na especificidade das operações com energia elétrica e não em tese tradicional da estrutura jurídica do imposto, que a nosso ver não se aplica à espécie. Só faltou o arremate de que o fato se concretiza na etapa do consumo, quando, ao que parece, deixou entrever a ocorrência no fornecimento pela distribuidora.²⁸

Com efeito, parece que o entendimento do tribunal trilha pelo lugar da geração. Nessa linha encontram-se as decisões seguintes:

a) Recurso Especial n. 331.876 – MG (2001/0093919-6) – 1ª. Turma. “Energia elétrica. O fato gerador do ICMS é a sua saída do estabelecimento do produtor. Não influencia para a formação dessa situação do lugar onde está formado o lago para produzir energia”.

b) ROMS n. 5823/MG, 1ª. Turma, Rel. Min GARCIA VIEIRA, DJ de 04/09/1995). ICMS – GERAÇÃO DE

²⁸ Poderia ser uma opção legislativa para discriminar a hipótese de incidência do imposto: o fornecimento de energia elétrica para o consumo, cabendo o imposto ao Estado onde este se efetivar. Nessa hipótese o distribuidor figuraria como contribuinte ao invés de substituto, conforme já explicado.

ENERGIA – LOCAL DO FATO GERADOR – COMPENSAÇÃO. O fato gerador é a saída do estabelecimento produtor de energia elétrica e não a formação do lago. A compensação aos municípios, pela perda de seus territórios, é feita através de “royalties”. É inconfundível a usina geradora de energia elétrica com o reservatório de água.

5.2. Município de Andradina x CESP (Município de Pereira Barreto)

Outro caso interessante relata KIYOSHI HARADA, acontecido no Estado de São Paulo. Novamente se discute o local do fato gerador da energia elétrica. Explica que a Usina Hidrelétrica de Três Irmãos fica localizada no Município de Andradina e que a CESP (distribuidora), é quem adquire da fornecedora e vende a energia ao consumidor, sendo que seu estabelecimento está situado no Município de Pereira Barreto. Ao declinar que “o fato gerador do ICMS não é complexo ou continuado, como no caso do imposto sobre a renda, mas, instantâneo em virtude da relevância conferida, pela legislação, ao seu aspecto temporal, o que faz a obrigação tributária nascer no exato momento da saída da mercadoria (venda ou distribuição de energia elétrica) do estabelecimento do contribuinte (art. 116, I do CTN, art. 1º do DL nº 406/68, art. 2º do Convênio nº 66/88, art. 12, I da LC nº 87/96 e art. 2º da Lei nº 6.374/89 e do Decreto nº 33.118/91, ambos do Estado de São Paulo).”²⁹

Pretende-se, nesse exemplo, caracterizar como fato gerador a saída da distribuidora (CESP) para o consumo e não a saída da usina geradora (Três Irmãos), como tem sido a posição do STJ.

5.3. Do caso Delmiro Gouveia (AL) X Paulo Afonso (BA)

5.3.1. Argumentações do Município de Delmiro Gouveia

O Município de Delmiro Gouveia ingressou com ação ordinária visando primeiro uma condenação da CHESF para que partilhe o valor adicionado relativo às Usinas Paulo Afonso I, II-A, II-B, III e IV, entre os Municípios de Paulo Afonso - BA e Delmiro Gouveia – AL. Em paralelo, também pediu que o Estado de Alagoas fosse condenado a elaborar o Índice de Participação dos Municípios

²⁹ KIYOSHI HARADA. O ICMS gerado por usinas hidroelétricas e o problema de seu rateio entre os municípios. Universo Jurídico. Internet.

considerando os valores acrescentados em decorrência do acolhimento do pedido inicial e a pagar os valores correspondentes aos últimos cinco exercícios.

O fundamento do pedido central está no fato de que as usinas citadas possuem parte de sua estrutura localizada em Paulo Afonso e outra parte, particularmente os geradores, em Delmiro Gouveia, mais precisamente as subestações elevatórias. Defende-se que o complexo energético fica nos dois Municípios e que as subestações transformam a energia que efetivamente são direcionadas ao consumo, pois não é a energia gerada diretamente pela Usina que é vendida às concessionárias mas a energia comercializada. A energia geradora do ICMS é a transformada pelas subestações elevatórias que se situam em Delmiro Gouveia, assim como a distribuição para as concessionárias.

Com o beneficiamento (aumento de tensão) adiciona-se o valor ao bem originalmente produzido pelo complexo Paulo Afonso (energia elétrica em tensão reduzida), na medida em que se transforma a energia recebida (que não serve ao consumo das concessionárias). Em Delmiro Gouveia, assim, a energia transformada passa a ter um valor adicionado, sendo que o fato gerador do ICMS dá-se também nos limites do Município autor, o que implica na repartição do valor adicionado entre os dois Municípios. A transformação que se efetua em Delmiro Gouveia constitui ato jurídico de geração do ICMS.

Para a Lei complementara n° 63/90 o que importa não é o local da arrecadação, mas onde ocorre a operação jurídica (passagem da propriedade da Usina para as Distribuidoras), por isso a constituição fala em valor adicionado e não em valor do tributo, pois é o valor adicionado nas mercadorias que chegaram até a produção daquele tributo.

Como paradigma judicial cita acórdão do STJ (caso ITAIPU), dizendo que os municípios do caso não obtiveram êxito porque não detinham parte da Hidrelétrica instalada em seus territórios.

5.3.2. Análise das teses expostas

Em sentença que proferi tive oportunidade de enfrentar a questão com a fundamentação que segue:³⁰

³⁰ Sentença lavrada no Processo n° 9580-0/2000, em tramitação na 3ª Vara da Fazenda Estadual, Comarca da Capital – AL.

Ao que parece não há dúvidas quanto à localização do complexo industrial que se localiza entre os Municípios de Paulo Afonso e Delmiro Gouveia. As consequências jurídicas que se possam extrair desse fato, porém, é que merecem detidas ponderações e vão direcionar a decisão do caso.

A decisão judicial paradigma reflete a posição prevalecente no STJ, apegada à visão tradicional do ICMS quanto ao fato gerador que se concretiza com a circulação de mercadorias, sem averbar, é certo, as peculiaridades da energia elétrica enquanto inserida nesse contexto de mercadoria para a legislação do imposto.

A condenação da CHESF para inserção do valor adicionado, quanto ao Município autor, assim como a imposição para que o Estado calcule o Índice de Participação dos Municípios no sentido de majorar os percentuais, depende de uma definição a respeito da ocorrência de fato gerador no território do Município que ainda não tenha sido computado. Somente a partir daí é que ingressa a possibilidade de acolhimento do terceiro pedido relativamente ao ressarcimento do montante não partilhado nos últimos cinco anos.

O STJ tem negado a tese que o autor está a defender. Com a alusão de que em seu território ocorre parte da operação necessária à comercialização da energia elétrica, em face especialmente do trabalho das subestações que transformam o produto originário para torná-lo apto à distribuição para as concessionárias, procura-se imprimir a existência de fato gerador complexo no âmbito do ICMS, enquanto a posição do STJ é de que só prevalece o fato gerador instantâneo, ou seja, aquele que se concretiza de uma só vez, sem espaço para fracionamento, em contrariedade às conclusões extraídas pelo autor.

Num outro enfoque, o autor declara que a transformação operada em seu território importa em adicionar um valor à mercadoria, somente isso seria

passível de gerar direito à repartição da receita do ICMS. A interpretação que deve prevalecer, porém, não é bem nesse sentido. Valor adicionado é conceito que está inteiramente relacionado com a ocorrência de fato gerador no território do Município, nos precisos termos do art. 3º, § 1º, da Lei Complementar nº 63/90. Não se trata de qualquer entrada ou saída de mercadoria que possui relevância para a repartição de receita, mas aquela que constitua fato gerador do imposto, acrescendo-se, de forma compensatória, as operações imunes expressamente citadas, as isentas ou detentoras de qualquer benefício tributário (art. 3º, § 2º, I e II, da Lei Complementar nº 63/90). Assim, a transformação operada pelas subestações, por si só, não é suficiente para que se declare a existência do direito à repartição de receita,³¹ antes deve ficar definido se em razão dessa transformação o fato gerador ocorre no território do autor (Delmiro Gouveia) ou se há um fato gerador complexo integrado por uma fase que acontece em Paulo Afonso (geração) e outra que se configura em Delmiro Gouveia (transformação para venda).

Penso que a controvérsia da repartição de receita entre os Municípios litigantes esbarra precisamente na configuração do fato gerador que não se concretiza na geração, mas no consumo, como já ficou enfatizado. Pela ordem jurídica atual, segundo a concepção exposta nesta decisão, cada Município tem direito à incluir no campo das receitas do ICMS a serem repassadas, aquela quantia efetivamente consumida em seu território e não aquela produzida.

7. Conclusão

Pelo que ficou registrado, a controvérsia sobre a ocorrência do fato gerador nas operações com energia elétrica transparece de forma acentuada. No nosso sentir tanto a tese da ocorrência na saída do *lugar*

³¹ A afirmativa é válida para o ICMS na concepção do fato gerador concretizado no consumo. Outra abordagem merece no espectro da compensação financeira onde o fato possui inteira relevância.

da geração como na saída do lugar da distribuição (sem as ressalvas que fizemos), pecam por erro na premissa básica. Na legislação do ICMS não só existe o fato gerador na saída de mercadorias ou na saída que importe em transferência de propriedade, como querem muitos sem a nossa anuência.³² A importação, o fornecimento de alimentação com prestação de serviços, a arrematação em leilão, a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, as prestações onerosas de serviços de comunicação e o fornecimento de energia elétrica para consumo; todas constituem operações sujeitas à incidência do imposto, independentemente de representar saídas. Porém, em se mantendo a estrutura de saída, aquela que possui relevância para o ICMS é a que representa a última etapa do processo e que se volta para o consumo. Mas não a saída de uma sede fixa, como declinou KIYOSHI HARADA, porém aquela que efetiva o consumo, e isso só acontece onde está localizado o destinatário do fornecimento, o consumidor. Em suma, o lugar da concretização do fato gerador é o lugar do consumo; o Estado onde este ocorrer é sujeito ativo da obrigação tributária e o Município o beneficiário da repartição da receita.

³² Conforme postura que tomamos no livro **Substituição Tributária: Uma Visão do Instituto no Ordenamento Jurídico Brasileiro e sua Aplicação na Esfera do ICMS**. Curitiba: Juruá, p. 31-37.

**O TRATAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE
CIVIL DO ESTADO PELA ATIVIDADE JURISDICIONAL E
SUA REPERCUSSÃO NA PRISÃO PREVENTIVA ILEGAL
POR EXCESSO DE PRAZO**

Marcelo Tadeu Lemos de Oliveira ^(*)

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Responsabilidade Civil do Estado. 3. Evolução histórica do sistema de Responsabilidade Civil do Estado no Brasil: da irresponsabilidade à responsabilidade. 4. Teorias publicistas da responsabilidade civil do Estado. 5. Irresponsabilidade do Estado por ato jurisdicional. 6. Responsabilidade do Estado-Juiz. 7. A demora da prestação jurisdicional: a prisão preventiva e o excesso de prazo. 8. Conclusão.

1. Introdução

No âmbito do Judiciário brasileiro, em matéria de lides penais, freqüentemente ouvimos: Fulano passou dois anos preso, quando julgado, foi absolvido; Beltrano permaneceu quatro anos encarcerado, quando da condenação, garantiu sua liberdade pela pena fixada que não comportava pena privativa de liberdade; Sicrano permaneceu na prisão três anos, condenado, a pena aplicada foi inferior ao tempo de sua permanência no cárcere. São situações de pessoas que, submetidas às ações penais, foram presas cautelarmente, cujas decisões judiciais, ainda que lícitas – atendidos os pressupostos e requisitos de seu cabimento – tornaram-se materialmente injustas pela demora da prestação jurisdicional.

Para elas está claro que resultaram prejuízos morais e materiais causados pela atividade judiciária, uma das funções do Estado, criando-lhes direito à indenização, para o Estado dever de indenizá-las. Mas o Judiciário reconhece esse direito? A positividade

^(*) Juiz de Direito, especialista em Direito Processual e mestrando em Direito Público.

está vinculada à admissibilidade da responsabilidade civil do Estado ser extensiva à função judicial, e mais ainda nos casos de retardo da prestação jurisdicional.

Assim, propomo-nos no presente trabalho a fazer uma abordagem da responsabilidade civil do Estado pelo exercício da prestação jurisdicional deficiente pela lentidão, particularizando os atos judiciais que resultam na prisão cautelar. Para tanto, faremos uma breve descrição da responsabilidade civil do Estado Brasileiro em geral, passando por sua evolução histórica, as teorias existentes na matéria e as que foram recepcionadas no ordenamento jurídico presente, e sua repercussão no âmbito do Estado-Juiz.

2. Responsabilidade civil do Estado

O instituto da responsabilidade civil cresce na sua aplicação tanto nas relações de direito privado quanto nas relações de direito público, acentuando-se em maiores proporções o da responsabilidade civil do Estado, sendo certa a observação de que “constitui fato notório (convém insistir), conhecido e reafirmado, que um dos campos em que a evolução jurídica se fez mais presente é o da responsabilidade civil. Cada vez mais a consciência se impregna daquela proposição de George Ripert, ao enunciar que a idéia de reparação é uma das mais velhas idéias morais da humanidade”.¹

No contexto da vida jurídica hodierna, em que ganha relevância os direitos da pessoas humana, inevitável restou à civilística moderna depositar atenção máxima aos estudos da personalidade, com preponderância que se dá à proteção ao nome, à imagem, à intimidade, à integridade na esfera existencial humana. Acentua-se mais a importância quando os põe frente ao gigantismo do Estado, exigindo-se fixação de princípios que destes o indivíduo possa se valer para defendê-los.

A responsabilidade civil é um instituto jurídico em virtude do qual uma pessoa que cause, injustamente, danos de natureza patrimonial, e às vezes morais, a outrem, obriga-se a repará-los. Quando o Estado afeta a esfera juridicamente protegida do indivíduo,

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 127.

decorrente de comportamento unilateral lícito ou ilícito, comissivo ou omissivo, nasce para ele a obrigação de indenizar. Como o Estado constitui-se uma abstração, forçoso verificar que ele, concretamente, se manifesta em ação, por intermédio de seus agentes públicos.

Assim, a 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 desempenhá-las.

Isso deve-se ao fato de que o Estado, a despeito de entidade abstrata, é dotado de personalidade jurídica (titular de direito e obrigação), com efeito, a vontade e a ação se manifestam, necessariamente, pela atividade de seus agentes, cujos atos por eles praticados, são atos do próprio Estado. Diz-se de uma imputabilidade direta².

3. Evolução do sistema da responsabilidade civil do Estado no Brasil: da irresponsabilidade à responsabilidade

A Administração Pública viveu diferentes fases na teoria da responsabilidade, das quais deparamo-nos com três teorias, quais sejam: fase da irresponsabilidade, fase civilista e fase publicista.

A fase da irresponsabilidade se fez no período dos Estados absolutistas, em que se negava a obrigação de indenizar os prejuízos gerados pelo agente do Estado, no desempenho de suas funções, aos administrados. Os particulares, assim, deviam suportar os prejuízos causados pelos servidores públicos. Vigia a teoria da irresponsabilidade estatal, como corolário da idéia de Soberania.

Entendia-se que o Estado não podia praticar atos contrários ao Direito e que sua atuação era inabalável. Muito bem assevera Augusto do Amaral Dergint que essa teoria, calcada no fundamento da

² “Assim como o Direito constrói a realidade(jurídica) pessoa jurídica, também constrói para ela as realidades(jurídicas) vontade e ação, imputando o querer e o agir dos agentes à pessoa do Estado. A relação entre a vontade e a ação do Estado e de seus agentes, é uma relação de imputação direta dos atos dos agentes do Estado”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de Melo. **Elementos de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: RT, 1992, p. 370.

soberania, traduzia que o Estado dispõe de autoridade incontestável perante os súditos; ele exerce a tutela do direito, não podendo, por isso, agir contra ele, daí os princípios regalengos de que o Rei não pode errar e de que tudo que agrada ao príncipe possui força de lei³.

No Brasil, segundo anota Bruno Luiz Weiler Siqueira, a teoria da irresponsabilidade (regaliana ou feudal) foi trazida para o Brasil-Colônia, entretanto, foi negada e combatida, pois o administrado suportava sozinho os danos originários da ação ou omissão estatal⁴.

No período imperial, a carta política de 1824, no art. 178, item 9, estatuiu: “os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis os seus subalternos”. Esse texto foi reproduzido na carta política de 1891, repetindo, assim, o princípio da irresponsabilidade estatal, cabendo a imputação ao próprio empregado a título de culpa ou dolo.

Interessante anotar que nesse período leis ordinárias existiram prevendo a responsabilidade do Estado, que excepcionavam, digamos assim, a irresponsabilidade, mas isto não a eliminou, sendo prevalente⁵.

A fase civilista marcou-se pelo individualismo liberal do século passado, em que procurou-se resolver o problema da responsabilidade civil do Estado por intermédio dos princípios do Direito Civil. Distinguiu-se entre atos de império e atos de gestão do

³ DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo, RT, 1994, p. 36.

⁴ Cf. O nexo de causalidade na responsabilidade patrimonial do Estado. **Revista de direito administrativo**, vol. 219, p. 94, jan./mar. 2000.

⁵ O autor lista as seguintes legislações: Decreto n. 451-B de 31.5.1890 (registro de torrens) em que obrigava a fazenda pública indenizar os danos em que alguém sofresse pela inscrição indevida de imóvel ou direito real em favor de outrem; Decreto n. 847 de 11.10.1890 (código penal) que ao tratar da reabilitação, atribuiu ao Estado a responsabilidade direta pelos danos provenientes de erro judiciário, reconhecido em sentença de reabilitação; Decreto Legislativo n.1.151 de 5.1.1904, que disciplinando o serviço federal de higiene, responsabilizou o Estado por atos ilegais da autoridade sanitária. AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da prestação jurisdicional no Brasil. **Revista da Ajuris**, S. D.

Poder Público. Por aqueles, tidos como manifestações da vontade soberana do Estado, escapariam ao domínio do Direito Privado, não sendo responsabilizado o Estado. Por estes, o Estado equiparar-se-ia ao particular na gestão patrimonial, daí, submetendo-se ao regime do Direito Comum. Admitia-se, pois, quanto aos atos de gestão, a composição de danos, que se fundava na culpa, conforme conceituada pelo Direito Civil⁶.

Mesmo superada a distinção de atos de império e de gestão, o que resultou com efeito na eliminação da visão dicotômica do Estado, ora “pessoa-pública”, ora “pessoa-empresa”, o embasamento da responsabilidade civil estatal centrou-se na culpa civil, sob o argumento da relação de preposição entre o agente público e o Estado, nos mesmos termos da responsabilidade do preponente por ato do preposto; vale dizer, haveria responsabilidade do Estado todas as vezes que, por culpa do funcionário, fosse afetado direito do administrado.

Haveria, pois, responsabilidade civil do Estado desde que ficasse caracterizada a “culpa de serviço” (ato danoso impessoal, imperícia do agente), ou a “culpa pessoal” (negligência ou imprudência do agente), ou a culpa *in eligendo* ou a culpa *in vigilando*. Nesta fase, diferentemente da primeira, o cidadão lesado pela atuação do agente público estava autorizado a acionar diretamente o poder estatal, porém, obrigava-se a demonstrar, além do dano, a atuação culposa do agente público.

No Brasil, essa fase é retratada pelo Código Civil nos termos do art. 15: “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 ao dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”.

Nota-se que a expressão “são civilmente responsáveis” viabilizou o ingresso da ação indenizatória de forma direta em face do Estado. A expressão “contrário ao direito” permite a idéia de culpa ou dolo do agente público, logo, exigia-se do cidadão a comprovação do agir doloso ou culposos. Devido ao caráter de subjetividade, denominou-se a teoria da “culpa civil” como “subjetiva”.

⁶ DERGINT, Augusto. Ob. cit., p. 38.

A fase publicista coincide com o advento do Estado Social⁷. Nessa nova concepção, o absentéismo estatal, propugnado pelo liberalismo clássico, é substituído pelo intervencionismo. A intervenção estatal é fruto da própria complexidade da sociedade contemporânea, que já não se satisfaz apenas com a proteção da esfera jurídica individual frente ao Estado, dele exigindo maior participação de maneira que possa libertá-la da fome, da miséria, da insegurança. Ao lado dos direitos individuais, arrolam-se os direitos sociais, não como limitadores à ação estatal, como os foram os primeiros, por necessidade de se combater os déspotas do absolutismo monárquico, mas de exigi-la como direitos a prestações concretas.

O Constitucionalismo contemporâneo afasta-se da direção do individualismo liberal e envereda pelos caminhos do social, visando não apenas garantir os direitos fundamentais do homem perante o Estado (princípio liberal), mas também sua participação na formação da vontade do Estado (princípio democrático), de forma a conduzir o aparelho estatal a uma democracia efetiva, em que os poderes públicos possam proporcionar ao indivíduo uma gama cada vez maior de favores concretos.⁸

Nessa mudança de paradigma, a responsabilidade extracontratual do Estado liga-se ao moderno Estado Social de Direito, que põe à disposição de todas as pessoas os instrumentos de garantia para todos os direitos e, na medida que a intervenção estatal se amplia e a administração se desenvolve, a teoria da responsabilidade aumenta seu aspecto assegurador, de modo a manter um razoável equilíbrio entre os poderes do Estado e os administrados. Muda-se a natureza do Estado e do serviço público, que forçosamente impuseram-no a reger a responsabilidade sob a ótica dos princípios de Direito Público, capazes de assegurar, nesse campo, a realização da justiça material.

Um dos princípios básicos é a sujeição de todas as pessoas (privadas ou públicas) à ordem jurídica, de maneira que a lesão a bens jurídicos de terceiros resulta na obrigação de seu causador repará-la. Com efeito, o poder público, como qualquer outro sujeito de direito, encontrando-se em situação de causador de prejuízo a outrem, estará

⁷ DERGINT, Augusto. Ob. cit., p. 40.

⁸ BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 295.

obrigado a recompor os prejuízos provenientes da ação (ato positivo) ou omissão (abstenção) lesiva⁹.

A resolução da questão da responsabilidade do Estado por intermédio dos princípios de Direito Público fez surgir as teorias da “culpa do serviço (‘culpa administrativa’, ‘acidente administrativo’ ou falta do serviço)” e a teoria do “risco”.

O ordenamento jurídico brasileiro orientou-se dentro dessa nova concepção teórica, a partir da Constituição de 1946, seguindo no mesmo sentido, a de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1 de 69, não sendo diferente o texto constitucional de 1988, em vigor. A “culpa civil” que fundamentava a obrigação estatal de indenizar eventual dano sofrido pelo administrado é banida, permanecendo o elemento “culpa” para efeito de ação regressiva¹⁰.

4. Teorias publicistas da responsabilidade civil do Estado

Sem que tenhamos a pretensão de levar à exaustão os fundamentos das teorias construídas sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado, surgidas no período do “Estado de Direito”, razão de serem consideradas publicistas, porém, nos impõe discorrer sobre quais alicerces elas se sustentam, já que resvalam no nosso sistema legal.

⁹ DERGINT, Augusto. Ob. cit., p. 39.

¹⁰ O texto da Constituição de 46 prescrevia no art. 194: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros”. Parágrafo Único – “Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.” O art. 107 da Constituição de 67, sendo reproduzido na Emenda Constitucional nº 1 de 69 rezava: “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 terceiro, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” A Constituição de 1988, no seu art. 37, § 6º, estatui: “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 terceiro, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Como anotado, a incompatibilidade da responsabilidade civil do Estado basear-se no princípio de direito privado (“culpa civil”) foi sentida pelo ônus que era depositado ao lesado de demonstrar a culpa do agente estatal causador do dano. Chamava-se de responsabilidade subjetiva, porque a identificação da “culpa” centrava-se no elemento humano, noção tipicamente civilista que define responsabilidade subjetiva como a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao direito – culposo ou doloso – consistente em causar um dano a outrem ou deixar de impedi-lo quando obrigado a isto.

Dispensa-se para efeito de deflagrar-se a responsabilidade do Estado a identificação de uma culpa individual, que é ultrapassada pela idéia da “falta de serviço”, originada de França, denominada *faute du service*. Tem-se, agora, a responsabilidade civil do Estado decorrente da “falta de serviço”, também denominada “culpa administrativa” ou “acidente administrativo”. Registra Augusto Dergint que a teoria da “culpa do serviço” criada pela jurisprudência do *Conseil d’Etat*, “leva em conta a irregularidade no funcionamento do serviço para dele inferir a responsabilidade estatal. O fato gerador desta é, pois, o funcionamento defeituoso do serviço que independe de culpa do agente público”¹¹.

Da funcionalidade defeituosa do serviço retiram-se três modalidades. Ocorre a “culpa do serviço” ou “falta do serviço” quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Esta tríplice modalidade foi consagrada pela jurisprudência francesa, que reflete o caráter anônimo ou amplo da “culpa do serviço”, contudo, a subjetividade que era inerente a “culpa civil” não se elimina; em nenhuma dessas situações anônimas, nas quais não se identifica o agente público causador do dano, há um deslocamento de aferição da culpa, que antes se fixava no elemento humano, passando para além dele, para a esfera da engendragem do próprio serviço público. O lesado haverá de comprovar o funcionamento deficiente do serviço, de maneira que se configure a responsabilidade do Estado que tem o dever de prestá-lo¹².

¹¹ Ob. cit., p. 39.

¹² DERGINT, Augusto. Ob. cit., p. 41. A tríplice modalidade de culpa administrativa, compreende na análise de Paul Duez e Guy Debeyre: 1ª o serviço funcionou mal (culpa *in comittendo*); 2ª o serviço indevidamente não funcionou (culpa *in omittendo*); 3ª o serviço funcionou tardiamente.

Nessa visão, deixa-se de considerar esta teoria como objetiva, porque, como registra Osvaldo Aranha Bandeira de Melo, “sendo baseada na culpa, para que surja a responsabilidade estatal não é suficiente a objetividade de um dano ocasionado no exercício de um serviço público, deve ocorrer ainda a culpa (a caracterizar a responsabilidade subjetiva estatal) do serviço”¹³. Contrapondo-se aos que vêem como teoria objetiva, Celso Antônio Bandeira de Melo, aponta dois fatores, que segundo ele, são responsáveis pelo equivocado entendimento.

A responsabilidade objetiva corresponde a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito, que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Basta para sua configuração a mera relação causal entre o comportamento e o dano, ou seja, o nexo de causalidade é o elemento caracterizador da objetividade, que constitui o elo entre a atividade estatal e o dano produzido contra terceiro.

A teoria do “risco” que usualmente chama-se de “risco administrativo” propugna que a obrigação de indenizar o dano causado a terceiro decorre apenas do ato lesivo praticado pelo Estado. Prescinde-se de indagar sobre a culpa do serviço ou a de seus agentes. A idéia de culpa é substituída pelo nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço e o prejuízo sofrido. “Indiferente para esta teoria, que tenha ou não havido culpa, ou irregularidade no funcionamento do serviço. Importa somente verificar se há nexo causal entre tal funcionamento e o dano suportado pelo cidadão”¹⁴. Daí porque caracterizá-la de “responsabilidade objetiva” ou “sem culpa”, como escreve Bandeira de Mello, “saber-se se o Estado agiu ou não culposamente (ou dolosamente) é questão irrelevante, relevante é a perda da situação juridicamente protegida”¹⁵.

Seu fundamento está no princípio democrático da igualdade dos ônus e encargos sociais, pelo qual o Estado deve resguardar a absoluta igualdade dos administrados diante dos ônus e encargos públicos. Sendo possível o Estado pela sua atividade provocar danos, certo é que, em ocorrendo, provocará uma situação de desigualdade

¹³ Ididem, idem, p. 45.

¹⁴ Ibidem, idem, p. 43.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Ob. cit, p. 337.

para o cidadão lesado, justificando-se a distribuição do ônus suportado por este a todos.

Sobre este princípio, Bandeira de Mello, diz que ele implica a distribuição por toda a coletividade das conseqüências danosas do funcionamento do serviço público: “se a sociedade, encarnada juridicamente o Estado, colhe os proveitos, há de arcar com os gravames econômicos que infligiu a alguns para o benefício de todos”¹⁶.

Ainda sobre a teoria em comento, importa anotar a existência de entendimento que a bifurca em teoria do “risco administrativo” e teoria do “risco integral”. Em síntese, pela primeira, nas situações de dano, ao Estado é permitido demonstrar a culpa do lesado, para excluir ou atenuar a indenização, enquanto na segunda, não. Observa Augusto Dergint que a teoria do “risco integral” não tem razão de ser, porque seria admitir que o Estado estaria obrigado a indenizar todo e qualquer dano, ainda que decorrente de dolo ou culpa da vítima, o que constituiria um abuso, levando à iniquidade social¹⁷.

Além disso, os que a sustentam, que é minoria na doutrina, reconhecem as causas excludentes de responsabilidade – culpa da vítima, culpa de terceiros ou força maior. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, lança que essa divisão assume feição apenas terminológica, uma vez que todos parecem estar de acordo com o caráter objetivo da responsabilidade estatal, reconhecendo que determinadas circunstâncias a excluem ou mitigam¹⁸.

Retornando ao ordenamento jurídico brasileiro vigente, a leitura do art. 37, § 6º visualiza a aceitação da teoria objetiva (risco administrativo), e dessa maneira se posiciona José Afonso da Silva: “Não se cogitará da existência ou não da culpa ou dolo do agente para caracterizar o direito do prejudicado à composição do prejuízo, pois a obrigação de ressarcir-lo por parte da Administração ou entidade equiparada fundamenta-se na doutrina da teoria do risco administrativo”.¹⁹

¹⁶ Ibidem, idem, p. 338.

¹⁷ DERGINT, Augusto. Ob. cit, p. 47.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 359.

¹⁹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. São Paulo, Malheiros, 1997.

Sua consagração no Direito Brasileiro também é vista por Caio Mário da Silva Pereira, realçando que o art. 37, § 6º repete a política legislativa adotadas nas disposições constitucionais anteriores, ao estabelecer que a pessoa jurídica de direito público responde, sempre, uma vez que se estabeleça o nexo de causalidade entre o ato da Administração e o prejuízo sofrido. “Não há que cogitar se houve ou não culpa, para concluir pelo dever de reparação. A culpa ou o dolo do agente somente é de determinar para estabelecer ação de *in rem verso* da Administração contra o agente”²⁰.

Contudo, a aceitação dessa teoria não implica uma responsabilidade sem limite, como se o Estado em qualquer circunstância estivesse obrigado a reparar um dano. Se assim fosse, estar-se-ia diante da teoria do “risco integral”, que não foi admitida no sistema jurídico brasileiro.

Nesse sentido, pondo às claras os aspectos integradores da teoria objetiva da responsabilidade civil do Estado, a partir da disposição constitucional, Ruy Rosado de Aguiar Junior revela os seguintes:

- a) o agente (servidor, empregado ou funcionário) é representante da pessoa jurídica de direito público, daí que a responsabilidade desta decorre diretamente da ação do agente, como órgão, não como se fosse representante, no mo regulado pelo art. 15 do CC;
- b) O Estado responde sempre que do seu funcionamento regular ou irregular decorrer prejuízo para o terceiro, independente de se questionar sobre a existência de culpa do serviço, bastando o fato do serviço, exceto quando comprovada a culpa exclusiva ou concorrente do lesado;
- c) a responsabilidade objetiva estende-se aos atos comissivos. Quanto aos atos omissivos, duas situações, uma em que o Estado era obrigado a praticar uma ação e não a presta, dessa omissão resultando imediatamente o dano (o Estado deixa de prestar o serviço que estava obrigado, e indústria paralisa, sofrendo danos); outra

²⁰ Ob. cit., p. 133.

em que o Estado tinha o dever de evitar o resultado e omite-se, sendo o dano provocado diretamente pela ação de terceiro ou fato da natureza (o Estado não garante a segurança do presídio, sendo a vítima morta pela ação do réu foragido). No primeiro caso suficiente o fato do serviço, a omissão da prestação devida, no segundo caso, além da omissão, impende demonstrar que o Estado estava obrigado a evitar o resultado danoso, ocupando a posição de garantidor do bem e que concorreu para o resultado através de sua omissão culposa (culpa administrativa, falta do serviço);

d) há as causas excludentes de responsabilidade que são aquelas que decorrem do comportamento exclusivo da vítima, de terceiro e força maior”²¹.

Na verdade, convivem as duas teorias no ordenamento jurídico brasileiro, o que facilitou o administrado buscar a tutela jurisdicional em face do Estado, quando este, por ação ou omissão, provoca danos nas situações juridicamente protegidas, ora bastando para gerar o “dever de reparação”, o fato do serviço (o nexo causal entre a conduta do Estado e o dano provocado), ora a falta do serviço (funcionou mal, não funcionou ou funcionou precariamente),-sendo que, nesse caso, exige-se além do nexo causal, a demonstração de que o serviço não atendeu aos padrões normais de eficiência de modo a evitar o evento danoso, recaindo sobre o Estado o ônus da prova em benefício do lesado.

O importante é que a legislação e a jurisprudência brasileiras estão assentes na responsabilidade civil extracontratual do Estado, responsabilidade “sem culpa”, resultante dos atos comissivos, omissivos, lícitos ou ilícitos, materiais ou jurídicos, em que o Estado assume a responsabilidade pela atuação ou omissão dos agentes públicos, em razão da “falta anônima do serviço”, o que sem sombra de dúvida, está na seara dos riscos que a administração toma para si em prol da realização do interesse público.

Porém, como veremos a seguir, os atos administrativos oriundos da administração pública, aqui entendida a função executiva estatal, provocadores de danos aos administrados, são os que podem

²¹ Ob. cit., p. 32.

ser imputados ao Estado para efeito de responsabilidade civil, conforme a doutrina e jurisprudência pátrias, ficando de fora os atos jurisdicionais vistos pela jurisprudência, já que a maior parte doutrina os vê como ensejadores de responsabilidade estatal, quando promotores de danos.

5. Irresponsabilidade do Estado por ato jurisdicionais

Na órbita do Poder Judiciário, podemos identificar os atos resultantes da atividade jurisdicional propriamente dita, que se expressam por meio da decisão judicial (atos tipicamente jurisdicionais) e de tantos outros que são praticados em direção à prestação jurisdicional (decisões interlocutórias, despachos), bem como aqueles de natureza administrativa em que o juiz, ou mais freqüentemente, o Presidente de um Tribunal atua como agente administrativo quando contrata a prestação de serviço ou publica edital para realização de concurso para provimento de cargo, atos que se equiparam aos da administração pública. Percebe-se que uma fórmula genérica a caracterizar os atos judiciais consiste na definição *ex ratione materiae* e não *ex ratione personae*.

Os atos emanados do Judiciário de natureza não jurisdicionais são suscetíveis de responsabilidade civil do Estado, porque nivelados àqueles produzidos na administração pública. Os atos jurisdicionais, que correspondem aos praticados pelo juiz no exercício da função jurisdicional, não é pacífica a idéia de que eles geram responsabilidade civil do Estado, nas situações de causação de danos, excetuando-se nos casos expressamente previstos em lei.

Dentre os vários fundamentos que construíram a doutrina da irresponsabilidade estatal por atos judiciais, destacam-se a soberania exercida pelos juízes; a incontestabilidade da coisa julgada; a independência da magistratura.

Propugnam pela irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais porque a função jurisdicional é uma manifestação da soberania estatal. Coloca-se o Poder Judiciário numa posição *supra legem* não se admitindo pela atuação jurisdicional, pretensão ressarcitória. Nessa posição, com efeito, ficam os juízes que são qualificados como órgão da soberania, não como órgão destinado a cumprir uma função estatal definida.

Convém anotar que a soberania é um atributo da pessoa jurídica Estado, numa concepção de unidade, de indivisibilidade, de inalienabilidade. A soberania é uma qualificadora do Poder Estatal, que se manifesta “como a capacidade de impor a vontade própria em última instância, exatamente, na relação de igualdade com outros Estados”²². Ela é indispensável à manutenção da unidade do Estado pois a “vida do Estado consiste numa perpétua reafirmação da própria unidade.”²³ Justifica-se a soberania do Estado como forma de exercício da supremacia em face dos indivíduos que o compõem, pois do contrário não seria Estado, e sua unidade não se reparte entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, embora seja por intermédio desses órgãos e de seus agentes que o Estado desempenha suas funções específicas.

Em suma, soberano é o Estado como um todo, não o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, que são mais propriamente funções do que poderes do Estado, “cada qual exercendo a soberania, nos limites constitucionalmente traçados, não havendo uma manifestação mais forte no ato jurisdicional do que no ato administrativo, e se ela não se opõe à responsabilidade do Estado-administrador, não há razão para que se oponha à responsabilidade do Estado juiz”²⁴. Arrematando, o juiz não se qualifica como órgão da soberania, nem o Poder Judiciário com esse atributo se situa em plano superior aos demais poderes, uma vez que cada qual, pelos seus agentes, desempenha papéis definidos.

Aliás, reforçando a contra-ideia do fundamento da soberania, que na opinião de José Augusto Delgado representa um marco decisivo para consagrar a responsabilidade civil do Estado-Juiz, foi a decisão do STF que reconheceu a responsabilidade civil do Estado por ato legislativo, cuja ementa é a seguinte: “O Estado responde civilmente pelo dano causado em virtude do ato praticado com fundamento em lei declarada inconstitucional”²⁵.

O Estado não pode ser responsabilizado civilmente por atos jurisdicionais devido à força da coisa julgada. Cuida-se de um

²² FERREIRA, Pinto apud AGUIAR, Ruy Rosado. Ob. cit. p. 28.

²³ DEL VECCHIO, George apud AGUIAR, Ruy Rosado. Ob. cit., p.28.

²⁴ DUIGUT, Léon apud DERGINT, Augusto. Ob. cit., p. 537.

²⁵ DELGADO, José Augusto. Responsabilidade Civil do Estado pela demorada prestação jurisdicional. **Revista Ajuris**, s.d., p. 26.

fundamento forte e liga-se diretamente ao ato jurisdicional típico (decisão judicial transitada em julgado), mas que não encerra a discussão, eis que continuam no desenvolvimento da responsabilidade estatal, nos atos preparatórios das decisões judiciais (decisões nos procedimentos preventivos, preparatórios, decisões interlocutórias), nos atos não jurisdicionais (jurisdição voluntária) e nos atos de execução dos julgamentos postos sob o controle da autoridade judiciária.

A coisa julgada se revela instrumento de garantia da estabilidade das relações sociais, quando levadas ao crivo do judiciário para uma solução conflituosa. Por ela, impede-se a reprodução de lides (relações sociais conflituosas já decididas), oferecendo segurança jurídica aos envolvidos. Constitui a coisa julgada um atributo eficaz de força de lei à sentença. O legislador constitucional optou pela segurança jurídica, quando no art. 5º, XXXVI dispôs: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

De fato, os efeitos de uma sentença com a qualidade da coisa julgada, que sinaliza para sua imutabilidade, ainda que danosos, jamais poderão ser alvo de responsabilidade do Estado nem do juiz pessoalmente, porque seria um antagonismo insustentável o sistema conviver, de um lado, com uma decisão criminal que mantém preso o condenado, e uma outra que ordena o Estado a indenizar o réu pelo fato de sua condenação.

Evidente que removida a eficácia da coisa julgada pela revisão criminal (art. 622 do CPP), ou da ação rescisória no juízo cível (art. 485 do CPC), o impedimento indenizatório desaparece: “Uma coisa é admitir a incontrastabilidade da coisa julgada, outra é erigir essa qualidade como fundamento para eximir o Estado do dever de reparar o dano”.²⁶

A independência da magistratura, do ponto de vista político, objetiva resguardar o Poder Judiciário como um todo da influência dos demais poderes, e a seus órgãos, entre esses, os magistrados, que se manifestam no autogoverno do poder, nas garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos de que gozam os juízes e na vedação de determinadas atividades. Tudo isso está

²⁶ ARAÚJO, Edmir Netto. Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional apud DERGINT, Augusto. Ob. cit., p.194.

inserido na Constituição Federal nos arts. 95, caput, incisos I, II e III e Parágrafo Único, incisos I, II e III; art. 96.

Do ponto de vista jurídico, Ada Pellegrini Grinover aduz que a “independência jurídica retira o magistrado de toda subordinação hierárquica no desempenho de suas atividades funcionais: o juiz sujeita-se a lei, sendo inteiramente livre na formação de seu convencimento e na observância dos ditames de sua consciência”.²⁷

Tanto um como o outro aspecto corporificou o fundamento da independência dos juízes, na liberdade que haveriam de dispor em face das pressões externas, tradicionalmente atribuídas aos poderes político e econômico-privado, e as pressões internas, originadas do próprio funcionamento do poder judiciário. A necessidade de “certo grau de liberdade” empresta suporte à imunidade da responsabilidade civil, porque do contrário, os juizes se sentiriam retraídos no exercício da função jurisdicional, pelo medo de propiciar responsabilidade ao Estado e a si mesmos.

O Supremo Tribunal Federal consignava nesse sentido: “Domina, pois, nesse âmbito, o princípio da irresponsabilidade, não só em atenção à autoridade da coisa julgada, como também à liberdade e independência dos magistrados, que se sentiriam tolhidos, a cada passo, na sua função de dizer o Direito, que lhe é afeta, pelo temor de engendrar responsabilidade, para si e para o Estado que representam”.²⁸

Não se mostra razoável negar a responsabilidade estatal por atos jurisdicionais fundada na independência da magistratura. Embora represente um valor fundamental, ele não é absoluto, devendo-se coadunar com outros valores também fundamentais. Se de um lado, lhe é conferido “certo grau de liberdade” na atividade jurisdicional, que é atestada pela flexibilidade de escolher o melhor conteúdo decisional, dentre as várias alternativas possíveis, doutro lado a escolha encontra limites no próprio ordenamento jurídico, que inclusive protege o próprio magistrado, quando dele exige que a escolha da decisão deverá ser fundamentada (art. 93, IX).

Acresça-se que a independência não é depositada ao juiz simplesmente, mas em prol dos destinatários que têm direito a um julgamento nos limites fixados. Se os juízes exorbitam os limites

²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini apud DERGINT, Augusto. Ob. cit., p.151.

²⁸ *Revista Forense*, 194/159.

quando da realização de um ato jurisdicional, como ocorre com os atos administrativos, nasce a responsabilidade do Estado, “estabelecendo-se saudável convivência entre os dois interesses coletivos: a responsabilidade do Estado por atos danosos de seus agentes e a independência do juiz”²⁹.

Parece-nos que os fundamentos da soberania, da força da coisa julgada e da independência da magistratura não se sustentam para efeito de negar a responsabilidade do Estado pelos atos jurisdicionais causadores de danos aos jurisdicionados.

6. Responsabilidade do Estado-Juiz

A doutrina, no sentido reverso da irresponsabilidade, que no máximo aceitava a responsabilidade pessoal do juiz, passa a defender a responsabilidade do Estado-Juiz pelos danos que os atos judiciais causem ao jurisdicionado.

Fundamento premente, de ordem política, repousa na noção do Estado de Direito, onde não há espaço para concessão de privilégios de classes e de pessoas que resultem em poderes injustificáveis sob a égide do Estado moderno, igualitário e solidário. Pelo Estado de Direito, todos estão submetidos ao Direito, inclusive os poderes públicos, por seus órgãos funcionais, que no exercício de seus papéis específicos, engendram a responsabilidade estatal por suas atividades danosas, “decorrência do princípio igualitário, exprimindo que o Estado-Juiz é tão responsável quanto o Estado-Administrador ou o Estado-Legislador”.³⁰

²⁹ CAPELLETTI, Mauro apud AGUIAR, Ruy Rosado. Ob. cit., p. 152. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, fazendo observar a exarcebação à garantia da independência da magistratura, desmestifica: “As garantias de que se cerca a magistratura no direito brasileiro, previstas para assegurar a independência do Poder Judiciário, em benefício da justiça, produziram a falsa idéia de intangibilidade, inacessibilidade e infalibilidade do magistrado, não reconhecida aos demais agentes públicos gerando o efeito oposto de liberar o Estado de responsabilidade pelos “danos causados” àqueles que procuram o Poder Judiciário precisamente para que seja feita justiça.” Direito Administrativo .Ob. cit., p.365.

³⁰ DERGINT, Augusto. Ob. cit., p. 160.

De ordem jurídica, temos que o Estado, um ente dotado de personalidade jurídica, é sujeito de direitos e obrigações, como fruto de criação artificial, sua manifestação se dá pelos órgãos criados para cumprir as tarefas que lhe são impostas, diferindo entre eles, os tipos de tarefas atribuídas, que se resumem às funções executiva, legislativa e judiciária, todas direcionadas à realização do bem comum. Todas integram o serviço público.

Sucedee dessa maneira que, ontologicamente, o ato estatal praticado pelo órgão do judiciário, por intermédio de seu agente (o juiz), não difere das demais atividades do Estado, não se justificando, juridicamente, imputar somente aos atos da Administração Pública o caráter indenizatório, que, além de quebrar a igualdade perante a lei, avilta o cidadão lesado por atos judiciais danosos. Ruy Rosendo de Aguiar evidencia, nesse sentido, a irracionalidade jurídica quando demonstra que “o Estado-Juiz é uma fração do poder público que pode, através de seu agente, causar dano injusto, não havendo razão jurídica para impor ao lesado o sofrimento do prejuízo dele decorrente. A necessidade de realizar a justiça material, finalidade que deve presidir o sistema jurídico estatal não se satisfaz com o sacrifício individual injusto, mesmo quando consequência de ato jurisdicional.”³¹

Também é injustificável juridicamente, para efeito de se colocar o Estado-Juiz à margem do dever indenizatório, considerar o magistrado, no enfoque funcional, um servidor público especial, principalmente depois do texto constitucional vigente. Sabemos que as Constituições de 46, 64, 67 e 69 consagraram a expressão “funcionário” (público) e dada a especialidade da carreira da magistratura, não faltou quem argumentasse que os juízes não estariam dentro do conceito de funcionário inserido nas normas referidas, e assim sendo desapareceria um dos requisitos da imputação indenizatória ao Estado-Juiz.

Mesmo na vigência delas, a expressão “funcionário” haveria de ser tomada em sentido amplo, como sinônimo de agente público que alcançaria aos juízes. Muda-se a expressão de “funcionário” para “agente” prevista no art. 37, § 6º da CF *infra* ainda assim, há quem

³¹ AGUIAR, Ruy Rosado. Ob. cit., p. 160.

diga que nesta expressão não se enquadram os juízes nem os parlamentares, porque são agentes políticos³².

Elucida com muita propriedade Di Pietro não obstante não censure a categoria de agentes políticos atribuída aos juízes, não escapa ao conceito genérico de “agente”: “ Quanto a não ser o juiz funcionário público, o argumento não é aceitável no Direito Brasileiro, em que ele ocupa cargo público criado por lei e se enquadra no conceito legal desta categoria funcional. Ainda que se entendesse ser ele agente político, seria abrangido pela norma do art. 37, § 6º da Constituição Federal, que emprega precisamente o vocábulo “agente” para abranger as categorias de pessoas que, a qualquer título, prestam serviços ao Estado”³³.

Podemos dizer que o Direito Positivo Brasileiro, partindo da Constituição Federal, precisamente do art. 37, § 6º, consagra a responsabilidade civil direta do Estado pelos atos executivos, jurisdicionais e legislativos causadores de danos, assegurando-lhe direito de regresso em face do agente causador do dano, nos casos de dolo ou culpa. Conquanto se aponte generalidade dos atos praticados em qualquer das esferas funcionais estatais, a maioria da doutrina confere aos atos jurisdicionais típicos ou *strictu sensu*, localizados na sentença de mérito, apta a ter eficácia de coisa julgada, como os únicos idôneos de gerarem a obrigação reparatória estatal, quando por consequência causarem danos.

Trata-se de uma posição que continua sob o influxo do erro judiciário criminal do art. 630 do CPP, cuja verificação se desenvolve sobre uma sentença de mérito, norma erigida em direitos fundamentais, constante do art. 5º, LXXV da Constituição Federal e de outras infraconstitucionais, afora que necessariamente visualizam de maneira errônea a função jurisdicional, como que ela se restringisse à sentença.

A sentença representa o ponto culminante da dinâmica da atividade jurisdicional. Ela não se constitui de um ato isolado, vários atos convergem na sua direção e a embasam, de maneira que todos os atos praticados pelo juiz no processo, mesmo que não tenham

³² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 15. ed. São Paulo, Ed. RT, 1990, p.703

³³ Ob. cit., p. 364.

conteúdo decisório, são jurisdicionais. Podemos resumi-los no gênero “atos judiciais”.

Não é somente a sentença que altera posições jurídicas, resultando em perdas e vantagens às partes: os atos de administração do processo e vários outros de conteúdo decisório, estes resolvendo questões de fato e de direito, durante o curso da demanda, tanto no processo de conhecimento como no processo cautelar e no de execução, têm o mesmo predicamento. Assim, a função jurisdicional, que pode acarretar a responsabilidade do Estado, não se localiza no ato judicial *strictu sensu* (sentença a ter eficácia de coisa julgada), englobando a atividade desenvolvida pelos juízes tanto antes como depois da sentença, acrescente-se ainda a atividade que o Estado desenvolve para dar cumprimento ao dever de prestar a jurisdição, pelos funcionários cartorários.

O art. 5º, LXXV da Constituição Federal estabelece: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o preso que ficar além do tempo fixado na sentença”; O art. 133 do CPC dispõe: “Responderá por perdas e danos o juiz, quando: I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte”; A Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar nº 35, de 14.3.79) no art. 56, prevê casos de expurgação funcional do juiz que for negligente e incapaz para o trabalho.

A leitura de todas estas normas nos faz concordar com a posição de José Cretella Júnior, que defende a revogação dos dispositivos das leis infraconstitucionais que contrariam o princípio da responsabilidade direta do Estado³⁴. De fato, a responsabilidade do Estado é sempre primária e diretamente frente ao lesado. Caber-lhe-á, contudo, ação regressiva contra o agente causador do dano, nos casos de dolo ou culpa.

Pelo art. 5º, LXXV da Constituição Federal verificam-se as hipóteses do dever indenizatório do Estado pelo exercício da função jurisdicional, por erro judiciário criminal, que pode decorrer de falta

³⁴ CRETELLA JUNIOR, José. Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais, RDA, 1970, 99/13 apud Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ob. Cit. p. 32.

grave do juiz ou não, emergente da atividade jurisdicional na essência, exercida pelo juiz na sentença, e por excesso de prazo na prisão, em que o condenado permaneceu além do tempo que a pena determinou, que pode ocorrer pela atividade do juiz, dos funcionários cartorários e da própria atividade administrativa estatal.

Esta última hipótese, além de reforçar o princípio da responsabilidade direta do Estado, sinaliza com o dever indenizatório estatal por conta de falha no serviço judiciário individual (do juiz, dos auxiliares da justiça) ou anônima (do próprio funcionamento do serviço público judiciário ou administrativo), elimina a idéia de que só por erro judiciário criminal o Estado pode ser responsabilizado e direciona para os demais atos judiciais compreendidos na função jurisdicional (pré-sentença e pós-sentença).

Ruy Rosado, ao dizer que esta norma é especial em relação à do art. 37, § 6º, pois explicitou o que já nesta continha, serviu para realçar dois casos de responsabilidade estatal erigidos em direito fundamental do cidadão, assinala as hipóteses que de fato podem dar causa ao dever do Estado de indenizar pelo exercício da função jurisdicional: servem de suporte à indenização: 1) a falta do juiz na atividade jurisdicional; 2) o erro judiciário; 3) a falta de serviço anônima.³⁵

Agora, dificilmente aplica-se a teoria objetiva do “risco” à responsabilidade civil do Estado-Juiz, pela qual basta verificar a existência de um dano (efeito) decorrente do funcionamento do serviço (causa), para gerar o dever de indenizar, porque fundada na repartição das cargas públicas entre os membros da coletividade (princípio da igualdade), torna-se temerária, na medida em que “sempre, ou quase sempre, da atuação do juiz na jurisdição contenciosa resultará alguma perda para uma das partes. Se esse dano fosse indenizável, transferir-se-ia para o Estado, na mais absoluta socialização dos prejuízos, todos os efeitos das contendas entre os particulares”.³⁶

A mais sugerida é a teoria da “culpa do serviço” fundada na violação de dever jurídico (princípio da legalidade) e que por ela pode cumular-se à responsabilidade do Estado (por não funcionamento,

³⁵ Ob. cit, p.36.

³⁶ Ibidem, idem, p. 36.

mau funcionamento ou retardo no funcionamento do serviço) a culpa pessoal do juiz, cabendo àquele agir regressivamente. Lembramos que a noção de “culpa do serviço” ou “culpa administrativa” está na mais ampla de *faute du service*, que inclui as situações danosas eventualmente não identificadas (falta anônima do serviço), e concluímos que a inviabilidade da teoria objetiva do “risco”, não deixa os jurisdicionados desprotegidos, uma vez que nos casos de “falta anônima” do serviço, embora exija-se do lesado a comprovação da não prestação, má prestação, ou retardada prestação do serviço, o ônus da prova é invertido. Em qualquer caso, o lesado aciona o Estado diretamente.

7. A prisão preventiva e o excesso de prazo

Ninguém discorda que o Estado, ao ter para si o monopólio da prestação da justiça, se comprometeu em prestá-la de forma satisfatória, inclusive de evitar violação a direito que assumiu proteger. Contudo, a realidade hodierna detecta a quebra do pacto social, quando se vê direitos, reconhecidos como fundamentais, de valor preponderante no moderno Estado Democrático de Direito, vilipendiados pelo próprio Estado. O direito à liberdade é um desses direitos com uma carga valorativa absoluta frente ao Estado, justificando a perda do *status libertatis* somente nos casos excepcionalíssimos estabelecidos no Ordenamento Jurídico Brasileiro, que é a prisão somente cabível em flagrante delito ou decorrente de ordem emanada da Autoridade Judiciária competente, devidamente fundamentada nos princípios e normas constitucionais.

A importância do direito fundamental à liberdade confirma-se quando é imposto ao Estado o dever de reparar o dano ao cidadão que permaneça na prisão além do tempo determinado na sentença, como também no casos de erro judiciário. Além disso, o Estado Brasileiro reconheceu o direito do preso a ser julgado em um prazo razoável sem se admitir dilações indevidas quando ratificou o Pacto de San José da Costa Rica, prescrito no artigo 7º, inciso 5º, 2ª parte, mas não emitiu norma que objetivamente estipulasse o prazo para a prisão cautelar, como fizeram Portugal, Itália e Espanha.

A produção do direito nesse sentido, no Brasil, fica a cargo da jurisprudência, que traça parâmetro pela aplicação de lei

infraconstitucional que dá cunho de ilegalidade à prisão cautelar, quando verificado o excesso de prazo, e, pela dificuldade de preencher o conceito “excesso de prazo”, detectamos profundas oscilações nos julgados³⁷.

O fato é que milhares de cidadãos encontram-se encarcerados provisoriamente no aguardo de julgamento resultante da demora da prestação jurisdicional, que pode ser atribuída ao juiz ou ao mau funcionamento, genericamente, cujas causas principais seriam falta de pessoal de apoio, falta de juízes, número exacerbado de demandas, sendo, por sinal, esta última muito utilizada pelos juizes brasileiros como excludente de responsabilidade administrativa nos procedimentos instaurados para apurar a conduta retardadora que objetivou o excesso de prazo.

Pois bem. Nada obstante o art. 5º, LXXV responsabilizar o Estado-Juiz pelo excesso de prazo da prisão que venha ocorrer, verificado no tempo que exorbitou o estabelecido na sentença, senda clara a intenção do legislador de preservar o direito fundamental à liberdade, não há razão jurídica de não aproveitar à prisão provisória, ato judicial direcionado para o clímax da função jurisdicional que é a sentença criminal.

Prejuízos irreversíveis são impostos ao cidadão custodiado, provocados pelo Estado ante a demora na prestação jurisdicional, que cai no conceito de serviço imperfeito, ora por culpa determinada (falta do juiz), ora por culpa anônima (falta de serviço), vale dizer, “quer que ela seja por indolência do juiz, quer que ela seja por o Estado não prover adequadamente ao bom funcionamento da justiça³⁸”.

Embora silenciando quanto ao ato judicial que resulta da prisão cautelar, Carlos Mário da Silva Velloso defende a tese da responsabilidade por atos judiciais, quando escreveu: “também achamos que o Estado é responsável, civilmente, pelos atos de seus juizes, não só em razão do comportamento desidioso destes, mas, e

³⁷ Art. 647, CPP. Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar; Art. 648, CPP. A coação considerar-se-á ilegal: II – Quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei.

³⁸ DELGADO, José Augusto. Ob. cit, p. 24.

sobretudo, pelo mau funcionamento do serviço, assim em razão da falta do serviço”.³⁹

Reportando-nos às hipóteses lançadas na introdução desse trabalho, é admissível que o Estado se exima do dever de indenizar aquele que provisoriamente permaneceu dois anos preso tendo sido absolvido? Aquele que passou três anos preso, e a pena aplicada não admitia privação da liberdade? Aquele que ficou encarcerado quatro anos e a pena fixada restou aquém do tempo da prisão provisória?

Antes de tudo, devemos afirmar que são hipóteses que no cotidiano da justiça ocorrem e que a remoção dessa triste realidade dependerá, fundamentalmente, na ausência de norma expressa, da construção do Direito pela jurisprudência, de uma parte, fomentando o direito à liberdade, como um valor que, no plano axiológico, se sobrepõe aos demais, reduzindo ao máximo o tempo cronológico da prisão a integrar o conceito de excesso, de outra parte, acolhendo a tese da responsabilidade estatal por atos judiciais nos moldes apresentados; a expressão da liberdade, na justa expressão de José Joaquim Gomes Canotilho, “não tolera (...) um tratamento mais desfavorável que a expropriação da propriedade”, referindo-se o jurista ao condicionamento da expropriação da propriedade privada pelo Estado, ao prévio pagamento da justa indenização, que exorta a solução do grave problema a ser dada pelos próprios órgãos encarregados, ao advertir “o tempo da prisão, os danos que dela resultaram para a integridade física e psíquica do cidadão, a situação familiar de lesado, e sua posição profissional, etc. tudo isto serão índices a manejar pelos órgãos encarregados de solução da questão”.⁴⁰

Com tudo isso, mesmo assim, a jurisprudência não vem admitindo a responsabilidade estatal por atos judiciais, exceto nos casos expressamente previstos, afirmação colhida das obras pesquisadas, em que todas elas citam como referência, em sentido contrário, o voto histórico do Ministro Aliomar Baleeiro, que não conseguiu convencer a maioria do STF, quando do Recurso Extraordinário 70.121 de 13.10.71, no qual defende a tese da responsabilidade direta do Estado em razão da desídia do Juiz que

³⁹ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Responsabilidade Civil do Estado, **Revista de Informação Legislativa**, n. 96, 1987, p. 251.

⁴⁰ CANOTILHO, J. J. apud DERGINT, Augusto. Ob. cit., p. 180.

manteve adormecido consigo, por mais de dois anos, os autos de um processo de réu preso⁴¹.

8. Conclusão

O ordenamento jurídico brasileiro consagra o princípio da responsabilidade objetiva do Estado. O Estado obriga-se a reparar danos praticados por seus agentes públicos, não sendo relevante para o cidadão lesado, comprovar a existência de dolo ou culpa do agente, mas apenas o nexo de causalidade entre a ação e o resultado dela decorrente. Os elementos subjetivos – dolo e culpa – serão importantes para efeito da ação regressiva do Estado em face de seus agentes que deram causa ao dano reparável.

Este princípio retirado da norma descrita no artigo 37, § 6º da Constituição Federal tem amparo na teoria do “risco administrativo”, baseada na socialização igualitária dos ônus e encargos públicos, não se devendo concluir pela responsabilidade ilimitada. De toda sorte, jamais se poderá condicionar o dever reparatório do Estado à verificação da culpa ou dolo de seus agentes, sejam decorrentes de atos comissivos ou omissivos, lícitos ou ilícitos, bastando se constatar a “falta anônima do serviço”, responsável pela perda de situações juridicamente protegidas.

O alcance desse princípio tem sido delimitado pela jurisprudência aos atos inerentes à função executiva estatal, bem como aos atos praticados na esfera judiciária e legislativa, quando revestidos de atributos dos atos administrativos propriamente considerados, ficando de fora os atos jurisdicionais, exceto nos casos expressamente previstos em lei, como ocorre com o erro judiciário criminal e o tempo de prisão superior ao estabelecido na decisão judicial.

O exercício da função jurisdicional engloba não só os atos jurisdicionais *strictu sensu* (decisão judicial), mas todos aqueles praticados na sua direção, podendo cada um deles resultar prejuízos aos demandantes ou demandados. Não só o erro judiciário criminal ou o tempo de prisão superior ao fixado na decisão judicial é capaz de gerar danos irreparáveis, também a prisão preventiva reconhecida ilegal pelo excesso de prazo.

⁴¹ RTJ, 64/689.

O excesso de prazo na prisão preventiva tem a mesma conotação do excesso de prazo na execução da pena privativa de liberdade (artigo 5º, LXXV da Constituição Federal), porque o direito fundamental que se protege é o da liberdade física do indivíduo. Os prejuízos resultantes são os mesmos. Ambas as situações configuram demora na prestação jurisdicional e podem decorrer da falha no serviço individual (do juiz) ou da falha anônima (do próprio funcionamento do aparelho judiciário).

O Poder Judiciário não pode continuar tergiversando com as normas de proteção e garantias aos direitos fundamentais, desconsiderando, de um lado, o direito do preso provisório a julgamento rápido, ao permitir a manutenção da prisão cautelar por tempo exacerbado. De outro lado, negando o direito à indenização daqueles que suportaram todos os efeitos negativos de uma prisão provisória por período além do razoável, sobretudo quando a decisão judicial teve como provimento a absolvição, a fixação de regime de cumprimento de pena que não tenha repercutido na segregação da liberdade e a sanção privativa de liberdade for inferior ao tempo da prisão provisória.

O ordenamento jurídico brasileiro protege a liberdade física individual, autoriza o Estado restringi-la, entretanto, veda a restrição imposta por provimento judicial cautelar que ultrapasse o tempo além do limite do razoável e garante ao indivíduo segregado, nas situações referidas, o direito à indenização frente ao Estado. Não há, portanto, razões de ordem jurídica que justifiquem o Poder Judiciário, por intermédio de suas instâncias judiciais, negá-lo. A postura dos órgãos jurisdicionais é, pois, puramente ideológica.

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O INTERVENCIONISMO ESTATAL: CONTRIBUIÇÃO DE UM PONTO DE VISTA PARA O *CÍRCULO HERMENÊUTICO*

Maria da Graça Marques Gurgel ^(*)

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Considerações sobre o intervencionismo estatal. 2.1. O modelo; 2.2. Críticas; 2.3. A retomada à subsidiariedade e o neoliberalismo. 3. O princípio da proporcionalidade e o círculo hermenêutico; 3.1. O princípio da proporcionalidade; 3.2. O círculo hermenêutico. 4. O princípio da proporcionalidade e o intervencionismo estatal: a criação judicial a serviço da constituição. 4.1 Bem Estar Social; 4.2 Decisões. 5. À guisa de conclusão.

1. Introdução

Há uma situação em que os Estados nacionais vivem um Estado de Necessidade Social que emerge, com principalidade, nos chamados países periféricos, em que a concretização do bem estar social encontra-se incompleta, por força de políticas de retraimento do Estado, onde se tem inferido implicações em vários setores de prestação de serviços e bens essenciais.

Os resultados são mensuráveis tanto pelos indicativos oficiais da *débacle* do que viria a ser um Estado Social Democrático, formalmente presentes na maioria das constituições do Cone Sul, quanto na percepção empírica de que nesses países tem havido um aumento do empobrecimento geral dos cidadãos resultante do desemprego e suas conseqüências.

Ações e responsabilidades sociais que sempre partiram do Estado em direção à Sociedade, sob o suposto de sua desregulação e retraimento, têm provocado a diminuição e vulnerabilidade de políticas sociais sob o manto de que o mercado econômico necessita de se auto-regulamentar, afirmando-se ainda a crença de que por esse trilhar as complexidades sociais são diminuídas.

^(*) Juíza de Direito de Alagoas, Mestra e doutoranda em Direito pela UFPE, Professora da Escola Superior da Magistratura de Alagoas (ESMAL).

Com o Estado Mínimo, há uma série de efeitos que vão ao encontro aos direitos sociais dependentes da ação prestacional oficial, o que vem inquietando sociólogos, economistas, juristas e cientistas políticos em estudos que, em face de suas diversidades de objetos transitam multidisciplinarmente.

A importância do tema na seara jurídica reside justamente na apuração dessas ciências com aspectos da realidade sociocultural. A interpretação jurídica inclui no círculo hermenêutico um lado empírico inarredável, em que o sujeito da interpretação passa a perceber as várias lesões no meio ambiente social dos chamados países periféricos, que se enfrentam a partir dos anos 70, não numa relação sujeito-objeto, mas supondo-se como de fato é, sujeito desse objeto,

Essa posição do intérprete torna-se uma exigência, em países subdesenvolvidos, como o Brasil, em que o modelo econômico oscila entre o perfil periférico e projetos de crescimento econômico dependentes do capital internacional, trazendo como consequência um ressentimento muito mais intenso, que nos países centrais cujo nível de desenvolvimento liberou mais prestações sociais.

Em que pese os motivos denotados pelos discursos da globalização econômica¹ contemplarem outras soluções alternativas ao Estado neoliberal, este, no entanto, permanece nos países subdesenvolvidos, como o discurso mais hegemônico, gerando resultados com vistas ao maior empenho na acumulação e a administração das complexidades do meio ambiente, independentes de riscos que desviam aos supostos fins do Estado Constitucional democrático.

¹ André Noël Roth em seu artigo *O Direito em Crise: Fim do Estado Moderno* menciona que além da alternativa socialista e social democrata de centralização, há o direito reflexivo em que o Estado atuaria ao lado de outros atores quando incapaz para formular decisões sobre problemas complexos, introduzindo, como em Habermas a idéia de uma razão discursiva, permitindo um consenso sob esse procedimento. Além disso, menciona o projeto neo-liberal que reputa com riscos de tendências *centrífugas e desintegradoras*. V. FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Globalização Econômica: Implicações e Perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 22 e ss.

Dentre os sintomas da alternativa do Estado Mínimo, a inefetividade dos chamados direitos fundamentais sociais, e mesmo com relação a direitos individuais (que, apenas por questão metodológica, crê-se apartados dos anteriores), retratam baixíssimo índice de qualidade de vida de um contingente cada vez maior de cidadãos despojados e excluídos do desenvolvimento econômico.

Ao impedir o acesso às condições mínimas de dignidade, restringindo o exercício de direitos sociais conquistados pela humanidade, o próprio Estado recria uma ordem marginal que se desaparta e degrada, pragmaticamente, dos valores remanescentes da ordem constitucional positiva, de forma arbitrária e anticonsensual.

Para isso, lança mão de mecanismos cujo figurino refoge aos procedimentos formais, promovendo retrocessos em direitos e garantias sociais: desconstitucionalização de garantias constitucionais, dejuridificação informal, neocolonialismo do direito, expressões que dão sentido jurídico a situações fáticas que se passam no meio ambiente social, as quais, traduzidas no contexto empírico envolvem cidadãos sem acesso à justiça, sem direito a alimentação, sem moradia, contribuintes sem contraprestação estatal, mortalidade infantil, desemprego, falta de assistência social a crianças e idosos, trabalhadores sem emprego, sistema de saúde pública em decadência, ensino público e sua estrutura física sucateados.

Esse problema tem sido bastante discutido na instância do Direito, sob matizes de ideologias diversas, propondo-se esse trabalho a visitar algumas de suas teorizações, levando-se em conta países subdesenvolvidos.

É que, fazendo o contraponto, há uma inquietação significativa que apresenta o prenúncio crítico do projeto neoliberal, propondo uma retomada positivista a racionalidade da justiça distributiva em face das complexidades cada vez mais crescentes.

A reação a essas constatações pressupõe uma análise objetiva da proporcionalidade dos efeitos decorrentes do citado projeto, onde é possível se distinguir que entre o retraimento estatal e o seu intervencionismo, pairam a exigência de limites, o que de qualquer forma recai em um problema digno de hermenêutica e atuação no âmbito da Teoria do Direito.

Sem qualquer consolidação aporética, a situação fática vivenciada pelos desvios que levam sujeitos de direitos sem direitos a um *Estado de Necessidade*, não mais individual, porém, social, merece ponderação com vista ao alargamento das possibilidades de propostas alternativas, o aspecto que aos conceitos ideais, soma-se a articulação necessária e contingente em torno de suas próprias crises, no seu tempo e ser.

2. Considerações sobre o intervencionismo estatal

2.1. O modelo e seus antecedentes

A partir da segunda metade do século XVI e pelos próximos séculos seguintes, com o aparecimento das máquinas e de nova organização de produção, houve um inegável crescimento da burguesia detentora dos meios de produção e da força de trabalho advinda do proletariado urbano e rural.

Essa mudança na relação de produção, debita-se a retirada dos utensílios dos artífices, levando à falência as suas cooperativas, além da expropriação das terras dos pequenos produtores rurais, tendo como consequência para esses contingentes populacionais a miséria que os colocou, na expressão de Gramsci, como *classes subalternas*.

Daí a ofertarem sua mão de obra a preços aviltantes em relação a sua produção, para se manterem vivos, o caminhar foi progressivo nos sentidos de sua exploração e decadência, o que permitiu à classe dominante a acumulação de lucros com base na desproporcional exploração da compra da força de trabalho do proletariado pelo capitalista (Lei de bronze: Lassalle; Mais Valia: Marx).

A confirmar essas consequências recorre-se a Manfred, que registra que Eduardo VI, já em 1547, estabelecia sanções gradativas ao proletariado oriundo do campo a partir de denúncias de que não estariam trabalhando. Nas ausências ao trabalho, e na reincidência, aplicando-lhe progressivas sanções que culminariam com o trabalho escravo, a admoestação moral da gravação do “S” (slave:escravo) no corpo do faltoso e, por último, a morte por enforcamento.²

² Manfred, A. Z. **Do Feudalismo ao Capitalismo**. Tradução de Maria Luísa Borges. São Paulo: Global Editora, 1992, p. 53-57.

A crise sobrevinda com a ascensão da burguesia ao poder político, seguida, em momento posterior, da organização da classe operária, são pontuadas por movimentos que lhe seguiram em quase toda a Europa Central: ressalta-se o movimento dos operários ingleses, o qual favoreceu a conscientização e, mais adiante, a organização social da classe trabalhadora, somada à revolta da burguesia alemã liderada por Lutero

A existência das classes sociais burguesa e proletária, a exploração incisiva que a primeira exerceu sobre a segunda que, em princípio teria sido minimizada pela construção do Estado de Direito (orgânico, simétrico e formalista), não conseguiram manter, por esse simulacro de igualdade, as evidentes e cruciais contradições provocadas com a Revolução Industrial, deixando patenteada a sua insuficiência e inadequação à resolução dos conflitos entre essas duas classes.

Não prosperava mais o pensamento burguês hegeliano de que a sociedade estaria no espaço abstrato das liberdades, tampouco que as forças sociais fossem igualadas, no livre jogo do espírito humano em evolução.

A doutrina do materialismo histórico, formulada por Marx e seus próceres, adotava novos fundamentos. Ao explicar a inconciliabilidade entre a classe dominante e a classe dominada, fomentando a luta de classe e a expropriação dos bens de produção pelo proletariado, pugnou pela extinção à propriedade privada e a desnecessidade, ao final, do Estado.

A Igreja Católica, através do Papa Leão XIII, dedicou-se a alertar os capitalistas da necessidade de compensar as enormes injustiças resultantes da exploração entre capital e trabalho, numa evidente alternativa a uma ruptura na relação de produção e na propriedade privada, propostas pelo socialismo, sendo emblemática a encíclica *Rerum Novarum* (1891), pelo tratamento dado às questões entre patrões e empregados, o que vem sendo sintomaticamente renovado pela Igreja, nas crises entre o capital e o trabalho e aderentes expectativas de insatisfação.

Sob tais influências, o Constitucionalismo do Estado de Direito liberal-burguês transmuta-se em Constitucionalismo Social, sendo incluído suas pautas nas Constituições Mexicana (1917), Weimariana (1919), Polonesa (1921), Yugoslava (1921) e Austríaca

(1920), com formulações de direitos sociais trabalhistas que contemplavam limites a exploração capitalista.

Contribuindo, destarte, a esse novo perfil do Estado e da sua correspondente ordem, o chamado socialismo de cátedra formulou em seus escritos e manifestações discursivas a idéia de que a figura imperativa da lei e do Direito não poderia ser exclusivamente conceitual e abstrata como se baseavam as escola de Gerber e Laband, posteriormente aperfeiçoada por Kelsen, na sua Teoria Pura do Direito.³

Assim é que, como expoente do socialismo de cátedra, a figura de Lassale, subsidiou sociologicamente a ordem constitucional, fazendo-lhe a diferença entre a dimensão externa das Constituições e os fatores que conduziam os homens a dominar o poder e a riqueza do Estado. Com os exemplos espirituosos demonstrou que a Constituição de papel (escrita) nada valia, se as forças que dominavam o poder político não lhe permitissem efetividade, considerando, com explicações empíricas que, a retórica hipostasiada na literatura de uma constituição *não é*, quando *deve ser*, mas quando tais forças lhe *permitem ser*.

2.2. Críticas

Essas transformações do Estado e do complexo meio ambiente social (sociedade) assentam-se em reais contradições. Em antagonismos e constantes conflitos, pressupondo-se ao Estado um papel em que a força e demais mecanismos de controle social, (onde se inclui o Direito), colocam-se sobre complexo social com vistas às reduções das tensões que ali subjazem.

No entanto, como é de se supor, o símbolo do Estado, a força e qualquer outro mecanismo de sujeição do complexo social à obediência, têm, marcadamente na história, demonstrado que não possuem o condão de desvencilhar os “nós” produzidos nos conflitos reais a ponto de evitar a resistência do complexo social, por completo.

Em determinadas situações, apenas maquiavam possíveis sublevações contingentes, através de medidas compensatórias, cujo fim é demover resistências que venham a se opor à desenvoltura da

³ KUHN, Helmut. **El Estado: uma exposición filosófica**. Madrid: Edições RIALP, 1979, p. 41.

política estabelecida, tendo, por isso como fins desde a estabilidade social até o domínio total de qualquer reação indesejada.

No Estado Social, desiderato material do Estado de Direito, o que se tem é mais uma formulação compensatória do poder dominante estatal ou de particulares que participam da política estatal que constituem a classe hegemônica.

Assim, no Estado Social a “força” estatal dimana do sistema político, traduzindo-se em um poder de administração interventivo para a ação, ao contrário da função interventiva à abstenção presente no Estado Liberal crítico que lhe antecedeu.

Diferentemente do Estado de Direito Constitucional Liberal, no Estado Social o que se objetiva é o desvio da expectativa de ruptura do capitalismo, da revolução social, ou mesmo do capitalismo liberal que não vingou como esperada a política do *laissez faire*, *laissez passè*, em face da derrocada financeira consistente na desvalorização monetária, nos altos índices de desemprego, na queda da produção industrial, na organização sindical do proletariado o que gerou a reação da classe operária emergente em face do esgarçamento de um sistema de grande injustiça e exploração social dessa classe.

Esse colapso econômico engendrou um novo Estado, o Estado Social, cujas providências de intervenção possuem o *telos* da redução da complexidade social que não mais suportava as agruras econômicas resultantes de duas catastróficas guerras que denodaram o ideal do liberalismo no aspecto econômico.⁴

Do Estado mínimo do liberalismo clássico à intervenção, a par de uma vitória de classe, houve também uma estratégia capitalista de auto-manutenção da hegemonia. Suas políticas sociais foram igualmente um meio, até certo momento histórico exitoso de compensar as insatisfações da classe operária levada a questão social, os efeitos foram os aumentos na produção, e um Estado prestacional às classes menos favorecidas.

⁴ Bonavides acentua essa idéia ao afirmar que o *velho liberalismo*, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise. Veja-se a esse respeito Paulo Bonavides, **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 188.

Essa “conciliação”, não se fez, como se poderia supor do Estado para o complexo social: é que, da mesma forma como ocorreu no Estado Liberal, foi o complexo social com a nova classe emergente que exigiu a transformação do Estado. De forma que, enquanto no Estado Liberal as transformações foram decorrentes de uma nova produção histórica, fruto das conquistas da classe burguesa, o Estado Social foi consequência da pressão social exercida pela classe obreira. Ambas, em seu tempo efetivaram um corte histórico por não permitirem mais ao poder dominante a legitimação necessária a governabilidade.

Ao contrário, os conflitos acirrados, com as respectivas demarcações ideológicas precisaram a necessidade de mudanças, voltadas à conservação do poder.

O capitalismo, então, manteve-se com o Estado Social⁵. Permaneceu o modo capitalista nas relações de produção. O diferencial foi o afastamento das ortodoxias liberais que, por suas próprias contradições iniciou-se por ser atingido, chegando ao seu ápice, quando da Grande Depressão.

O que se tem, então, no Estado Social é uma ordem modificada, onde a retórica privatística e individualista voltou-se para um fundamento social, ético, que pugna a redução de conceitos de propriedade individual, com influência nos negócios jurídicos, os direitos até então “ilimitados”, passam a se nortear-se por função social que revela o novo paradigma valorativo.

Como produção jurídica emblemática tem-se as Constituições Mexicanas e Weimariana. No Brasil, a influência do Estado intervencionista se fez presente desde a Constituição de 1934 até as subseqüentes, atribuindo-se à administração poder regulador no exercício do poder de polícia das atividades e políticas socio-econômicas, bem como, das atividades motivadoras para o desenvolvimento do equilíbrio social proposto.

⁵ Cláudio Gurgel afirma que a *diferença entre o deprimido quadro das economias capitalistas liberais da época e a expansiva econômica industrial soviética, fazia do socialismo um modelo que encantava e simultaneamente assustava*. V. Crises do Capital e Administração Flexível. **Administração e Sociedade**. Niterói (1): Ed.UFF, 1999, p.84.

A par das aspirações coletivistas postas nessas constituições delinear-se, por parte dos cientistas do direito, também uma clivagem na tradição jurídica, produzindo uma *opinio juris* vinculada a essas conquistas, conferindo direitos subjetivos não só na dimensão individual e social de regras, mas, sobretudo, ancoradas em normas principiológicas, programáticas, multifuncionais, como veremos, adiante.

Essa doutrina desenvolve-se em diversos argumentos onde se pontuam um poder político a ser exercido pela sociedade civil, contribuindo a um rol de exigência de novos direitos e políticas públicas, alguns deles, conquanto não divisem sanções ao inadimplente, impendem tornar devedor quem officie na criação do direito (seja o legislador, executivo ou judiciário), no seu reconhecimento e na sua concretização.

A protagonização das tendências advindas do fascismo, da nacional democracia, ao contrário do socialismo, conseguiu subverter os regimes liberais-democráticos. Pois, é de se reconhecer a refração história a que imputa aos regimes totalitaristas as derrotas das democracias liberais centrais, enquanto que, nos países latino-americanos, endereçam-se aos caudilhos de extrema direita ou adeptos da democracia elitista em face dos golpes e reformas autoritárias por esses produzidos.⁶

2.3 A Retomada a Subsidiariedade e o Neoliberalismo

O princípio da subsidiariedade, que toma por base o retraimento do Estado e a maior intensificação do livre mercado nas prestações ao meio ambiente social, sintetiza o discurso de uma

⁶ Hobsbawm afirma que: "O fascismo era triunfantemente antiliberal. Hostil como era, em princípio, à herança do Iluminismo e da Revolução Francesa do século XVIII, o fascismo não podia formalmente acreditar em modernidade e progresso, mas não se acanhava em combinar um lunmático conjunto de crenças com uma modernidade tecnológica em questões práticas, exceto quando ela comprometia sua pesquisa científica básica feita em premissas ideológicas. Os judeus estavam presentes em quase todo lugar e podiam simbolizar com facilidade tudo o que havia de mais odioso num mundo injusto, inclusive seu compromisso com as idéias do Iluminismo e da Revolução Francesa que os tinham emancipado e, ao fazê-lo os haviam tornado mais visíveis." Veja-se a esse respeito Eric Hobsbawm, **A Era dos Extremos: O breve século XX – 1914-1991**. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Cia das Letras, 1995, p. 122 e ss.

formulação racional do poder que reduz a intervenção do Estado, tendo como ponto em comum com o capitalismo mais recente sua diminuição nas políticas e atividades antes reservadas ao Estado, sua desregulação jurídica.

Isso por que o pensamento econômico embasador do neoliberalismo encontra no livre mercado o caminho para a produção do ordenamento nas sociedades diferenciadas, sendo no entender desse pensamento a ordem planejada, dirigida ou coletivista uma via para a servidão, para o totalitarismo.⁷

O neoliberalismo enquanto doutrina política se arroga de que é o mercado o centro regulador do desenvolvimento, como um dado possível de ser universalizado, abstraindo, contudo os interesses financeiros dos oligopólios econômicos e fazendo crer que com a privatização dos serviços públicos e desregulamentação jurídica favorável a economia se reconstrói no mundo pós-moderno.

Por tal princípio, o planismo ou dirigismo do Estado é rechaçado sob o discurso da necessidade de "[...]convivência das estruturas nacionais, com a supranacional"⁸ aponta-se a diversas situações em que o mercado livre pode atender aos consumidores, sem que haja a intervenção estatal.

Como arremata Baracho *"A Constituição nem sempre responde a apenas uma ideologia, mas pode conter diversidade de elementos ideológicos, nem sempre estáveis"*.⁹

Para melhor compreensão, considera-se, por exemplo, que a Constituição brasileira de 1988, ao agregar ideologias diferentes gera, tanto uma constituição elástica nas suas idealizações normativas, quanto uma constituição tensa nas relações e situações jurídicas dela

⁷ Milton Friedman em seu livro **Capitalismo e Liberdade** (1962), afirma que: "o mecanismo do mercado é suficiente para regular a maioria dos problemas econômicos e sociais de nosso tempo. O poder do Estado deve ser reduzido ao mínimo e descentralizado, sendo a liberdade da empresa o fundamento da liberdade política." Apud Plauto Faraco de Azevedo. **Direito, Justiça Social e Neoliberalismo**. São Paulo: RT, 2000, p. 98.

⁸ Ibidem, p. 29.

⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio de Subsidiariedade: Conceito e Evolução. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, Revista dos Tribunais (19): 1997, p. 16 e ss.

dependentes, o que repercute na sua própria interpretação e aplicação ao sabor do predomínio das forças políticas do momento.

O referido princípio da subsidiariedade, no entanto, em tese não teria a pretensão de converter o Estado em Estado Mínimo, sua finalidade é um Estado cuja presença se dirigiria a *orientar e articular as atividades humanas*¹⁰, reordenando-as.

É que, embora tenha afinação com as políticas neoliberais, estas são ações específicas para aumentar o lucro do Capital. Por suas diversidades, pode-se afirmar que não se subsumem ao princípio da autonomização do Mercado, sendo, contudo, esse um dos seus discursos justificador.

Segundo Baracho o princípio de subsidiariedade apesar de se vincular interna e internacionalmente, não contradiz o planejamento democrático¹¹. No entanto, quando o autor reconhece que a *aceitação do princípio de subsidiariedade, em organismo supranacional e infranacional, levará a correta captação das divergências e o respeito das variedades, que o esquema de unidade centralizada e absorvente leva à homogeneidade, através do condicionamento dos créditos, em empréstimo fornecidos pelas instituições financeiras internacionais*¹², dimensiona, embora omita-se de assim afirmar que, na prática, os organismos internacionais financiadores convertem-se em co-gestores das políticas internas dos Estados dependente dos seus recursos.

Acompanhando Baracho, porém em conclusão diferenciada, Zainaghi acrescenta que o referido princípio defende *a idéia do Estado mínimo, no sentido de somente atuar onde os particulares não queiram, não saibam ou não possam atuar*.¹³

¹⁰ Ibidem. p.36.

¹¹ Washington Peluso Albino de Souza afirma que "Se o objetivo a atingir é o crescimento, o desenvolvimento, o tipo de distribuição de riquezas e a qualidade de vida ou qualquer outro, o Direito Econômico cuida das normas que levam ao resultado almejado, sem formular juízos de valor a seu respeito, mas procurando ajustar as medidas de política econômica à ideologia." Apud Baracho. Ob. cit., p.31.

¹² BARACHO. O Princípio de Subsidiariedade. Ob. cit., p. 29.

¹³ ZAINAGHI, Diana Helena de Cássia Guedes Mármora. O Princípio da Subsidiariedade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo (33): 2000, p. 140.

Ora, não querer, não saber ou não poder atuar, são afirmativas possíveis de serem feitas em Estados cujas decisões autônomas, independentes e por isso, autopoieticas¹⁴ as tornam legítimas. Em contrapartida, se essas decisões são tomadas em Estados cuja falta de autonomia econômico-financeira, os fazem dependentes de outros sistemas sociais estranhos ao seu ambiente social, as decisões tomadas, obviamente, não são resultados de um não querer, um não saber ou da impossibilidade de atuar por suas próprias contingências e complexidades porque essas não são alternativas suas e sim, resultado de interferências externas e falta de condições de promover sua auto-diferenciação.¹⁵

Como consequência dessas desigualdades, tem-se que os resultados são diversos: ao se aplicar o princípio da subsidiariedade em países autônomos, cujos subsistemas sociais que o conformam são dotados de procedimentos eficazes e respostas às complexidades sociais, tornam-se coerentes com os *topois*¹⁶ internos.

Não sendo, entretanto, de igual avaliação a aplicação desse princípio em relação a países em que os direitos fundamentais não atingiram o garantismo¹⁷ necessário ao exercício de poder livre de soluções e que desapontem os procedimentos constitucionais. Nesta hipótese concreta, é de se buscar outras alternativas com vistas as especificidades dessas sociedades que, reconhecidamente, complexas, não são, nas suas complexidades, semelhantes.

¹⁴ "Etmologicamente, a palavra grega **poiesis**, que nos chegou através do latim **poesis**, designa a ação de criar, especialmente a atividade poética; autos (próprio, o mesmo) e allos (outro) completam as expressões." V. Maurício Adeodato, Uma Teoria (Emancipatória) da Legitimação para Países Subdesenvolvidos. **Anuário do Mestrado em Direito**. Recife (5): 1992: nota 10, p. 212.

¹⁵ Ibidem. p. 212.

¹⁶ Na acepção que lhe dá L. Ferrajoli como ponto de vista interno. **Que és Garantismo? Derecho y Razón**. Madrid: Trota, 1995, p. 851 e ss.

¹⁷ Cf. Ferrajoli: garantismo em uma primeira acepção *designa um modelo de ordenamento jurídico dotado de meios de invalidação de todo o exercício do poderem contraste com normas superiores ditadas pela tutela dos direitos fundamentais*. Apud Maria Isabel Pereira da Costa. **Constitucionalismo ou Neoliberalismo: o que interessa e a quem?** Porto Alegre: Síntese, 1999, p.63.

No Brasil, portanto faz-se necessário o implemento da Constituição na resolução das suas complexidades, não se podendo tomar de empréstimo, como acode Adeodato e Krell¹⁸ modelos que são inadequados de serem transpostos para países subdesenvolvidos.

No entanto o pensamento neoliberal sustenta-se na sua própria irreversibilidade e, entre promessas que como menciona AZEVEDO, *figuram o equilíbrio orçamentário mediante cortes de subsídios (ainda que praticados nos países dominantes), combate a inflação, para o que se entende indispensável o congelamento dos salários (particularmente do funcionalismo estatal, eleito bode-expiatório da desdita econômico-financeira), ajuste fiscal (cujo ônus, mostra a experiência, em pouco ou nada recaem sobre os setores privilegiados, onerando a classe média, inviabilizando a poupança popular e levando à concentração da renda)*¹⁹, *privatizações de bens públicos (sobretudo os rentáveis, depois de saneados com recursos estatais, contribuindo ao aumento da dívida interna.*²⁰

¹⁸ Uma Teoria Emancipatória, ob. cit., p221 ess. Em outro sentido, o da lógica do possível, Andréas J.Krell em **Direitos Sociais e Controle Judicial No Brasil e Na Alemanha**, lembra os equívocos da transposição de modelos de países centrais para países periféricos em que o Estado Social não atingiu a efetivação dos seus pressupostos básicos, às vezes sequer por razões advindas do fático, p. 51 ess.

¹⁹ Paul Singer afirma que a tese de que a inflação é decorrente do déficit público, não se aplica aos Estados contemporâneos, os quais, diferentemente dos Estados do passado tinha o déficit justificado pela emissão de moeda para prover-se a todo custo de recursos em busca de vitória. Na atualidade o aumento de preços é muito mais provocado por disputas intersetoriais do mercado. A opção de ajuste fiscal e políticas monetárias restritivas, segundo o autor é ideológica. Resultam em estabilidade dos preços pela queda da demanda efetiva, *sem que o estado e os setores organizados tenham que monitorar e controlar a variação dos mesmos*, levando a contingência de recessão e da retomada do desenvolvimento. V. aquele Autor em **A raiz do desastre social: a política econômica de FHC**, p. 30 e **O Desmonte da Nação**. Ivo Lesbaupin (org) e Outros. Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 1999.

²⁰ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, Justiça Social e Neoliberalismo**. Ob. cit., p. 107.

3. O princípio da proporcionalidade e o círculo hermenêutico

3.1. O princípio da proporcionalidade

Contribuindo ao caráter eficaz da normatividade dos princípios constitucionais, Crisafulli conceitua a norma-princípio, afirmando que as normas dessa natureza *sono le norme fondamentali da cui derivano logicamente (e in cui sono pertanto già contenuto implicitamente) le norme particolari regolanti immediatamente rapporti e situazione specifiche della vita reale*²¹, dando o sentido normativo e eficaz em uma virada principiológica que se iniciou após a segunda guerra mundial, não como marco original, desde que as Cartas liberais já eram dotadas de princípio, mas, no campo de sua eficácia normativa.

Entre nós, Pontes de Miranda criticava a jurisdição constitucional de não relevar a hierarquia normativa quando afirmou que: *É pena ver-se a Justiça, principalmente a sua cúpula, esperar que as leis ordinárias, isto é, os atos do Poder Legislativo, preencham as lacunas dos textos constitucionais (confessando-o, por vezes, na discussão do julgamento) ou, o que é pior, soltando a interpretação que dera, volver sobre as próprias pegadas para se conformar com o que pareceu melhor ao legislador ordinário.*²²

Bonavides, ressaltando a ascensão das normas principiológicas no Estado Democrático Social, traça um caminho histórico em que os princípios gerais são alçados a positivação constitucional em fases que passam desde o jusnaturalismo, para o positivismo, chegando a fase pós-positivista.

Atribui a primeira fase uma dimensão valorativa, uma postulação de justiça que, com o advento do positivismo passou a ter um função meramente declamatória, exortativa e subsidiária. Contudo, em sua terceira fase, os princípios retomam (a teor do que se transcreveu da conceituação de Crisafulli), ou seja, na dimensão lógica das demais normas jurídicas positivadas.²³

²¹ Cf. CRISAFFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: Dott. Giuffrè Editore, 1952, p. 38.

²² Ver *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº1 de 1968* – Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1987, pp. 300/301.

²³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998, p.228 e ss.

Sob outro prisma, Grau observa que, em cada ordenamento jurídico posto (positivado) há um direito latente (pressuposto), cujo resgate faz emergir outros direitos.²⁴

Os princípios, pois, inobstante o sentido que a doutrina expresse (sejam pautas, programas, normas de textura abertas), podem vir expressos ou não nas constituições, de tal forma que, na linguagem utilizada por Eros, os princípios podem ser postos, ou derivar-se do direito pressuposto, ocasião em que embora não providos de enunciado textual, estariam conectados aos direitos positivados.²⁵

No entanto, uma das características dos princípios é que, diferentemente das regras, na hipótese de colisão entre princípios, a eleição de um, não resultará na morte normativa de outro, apenas na menor normatividade eventual.

Para Vieira de Andrade, o Princípio da Proporcionalidade se presta a execução da concordância prática entre princípios. Por essa acepção, a proporcionalidade torna-se uma decorrência do sentido metodológico exercitado na ponderação da concordância prática quando da colisão de princípios, o que, na prática não lhe reconheceria uma auto (própria) –normatividade. Dessa forma, o autor alinha que, no sacrifício de determinado valor constitucional, comparecem a necessidade e a adequação para que se justifique o princípio do sacrifício, sendo a soma dessa operacionalidade a própria proporcionalidade estrita o caminho a ser seguido pelo intérprete.²⁶

Essa redução, no entanto, é oportunamente criticada por Pontes, quando explicita que enquanto método é caminho de escolha interpretativa, o Princípio da Proporcionalidade é norma de direito constitucional aplicável nos ordenamentos que o tem posto ou pressuposto (Eros), como na forma implícita da nossa ordem constitucional. Nessas condições, acrescenta o autor, a ausência de sua aplicação nada mais é que um ato inconstitucional, o que sem dúvida

²⁴ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros. 1998. p. 41.

²⁵ Ibidem.

²⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 222-224.

não o inscreve, tão só como um método, pelo Direito brasileiro, mas como norma constitucional implícita.

Na verdade, sendo uma decorrência do Estado Democrático de Direito e, portanto, tendo este como pressuposto o cumprimento da norma da proporcionalidade, ainda que se lhe reconheça uma capacidade multifuncional, é dotado de normatividade em si, em face da ponderação normativa já referida.

Uma de suas funções é fornecer base a concordância prática dos princípios em conflito, não maculando os seus valores de forma a ab-rogar qualquer dos princípios em jogo.

Divisando a dimensão desse princípio como norma contra o arbítrio, nesse sentido sob uma função negativa, aduz Pontes que se soma essa função uma outra: no sentido positivo de afirmação da normatividade, da concretização dos princípios constitucionais, tratando-se de princípio detentor de função dúplice que o autor arremata por ser *limite e fim da atuação estatal*.²⁷

Como leciona Guerra Filho o mencionado princípio busca uma *solução de* compromisso com a permanência dos valores positivados constitucionalmente em face da necessidade e adequação de eventual escolha da prevalência de um dos valores, procurando-se ao desvelar da proporcionalidade estrita abalar, no mínimo possível, o valor normativo preterido.

Isso demonstra um tipo de validação que o autor chama de *validação tópica*,²⁸ realizada nos conflitos concretos, dando um salto do ápice da pirâmide kelseniana a solução do problema concreto, demonstrando por esse aspecto que a normatividade principiológica tanto pode ser vista por aquele ângulo quanto pode estar na base da citada pirâmide, quando da chamada norma individual.²⁹

²⁷ Apud Eros Roberto Grau, ob. cit.

²⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito. Ob. cit., p. 269.

²⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 1984, p.328.

3.2. O Círculo Hermenêutico

Durante muito tempo, creditou-se (na tradição do discurso brasileiro, ainda se acredita) que interpretar é conhecer o texto jurídico em todas as suas expressões, relacionando-o, sistematicamente, com os demais textos (contextualizando-o), a fim de extrair com a maior clareza possível o sentido do enunciado, aplicando-o ao caso concreto desde que preenchido os pressupostos fáticos.

Essa operação em muito se assemelha a formulação silogístico-aristotélica, partindo da premissa maior (o texto jurídico, formal, abstrato) em relação a premissa menor (o fato típico, a situação em exame), chegando-se a conclusão da incidência (ou não) do texto jurídico aplicável ao fato.³⁰

É evidente que essa “compreensão” interpretativa é um método, que um dos caminhos na modernidade dos iluministas justificativas palpáveis. Sim, porque com esses, houve uma ênfase na objetividade técnica, que, segundo o iluminismo levaria a verdades objetivas, demonstráveis, matemáticas.

O direito, ao absorver essa projeção teve no normativismo kelseniano a mais elaborada tentativa de sistematização e pureza do ordenamento tão em agrado àquela época, passando a interpretação a compor com as demais ciências formais, com técnicas próprias de se selecionar a decisão interpretativa mais segura, com base nos textos legais, sua clareza advinda da lógica analítica.

Segundo Coelho, a virada da Hermenêutica Jurídica se deu após a segunda metade do século XX, passando *o elemento valorativo a ser o fator decisivo na compreensão do universo da juridicidade*.³¹

³⁰ Francesco Ferrara, em seu **Interpretação e Aplicação das Leis** (1921), já afirmara: “O juiz é a viva vox iuris. O juiz, porém, está submetido às leis, decide como a lei ordena, é o executor e não o criador da lei (...) Decerto o juiz nem sempre pode dar satisfação às necessidades práticas, limitando-se a aplicar a lei; algumas vezes se encontrará em momentos trágicos de ter de sentenciar em oposição ao seu sentimento pessoal de justiça e de equidade, e de aplicar leis más.” Apud Margarida Maria Lacombe Camargo, **Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, nota de rodapé nº 5, p. 4/5.

³¹ Cf. COELHO, Luis Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 5.

Com Husserl e Heidegger, a hermenêutica passa a ser vista em uma compreensão muito mais extensiva que as limitadas categorias sujeito-objeto, uma vez que compreender tem o sentido de estar inserido no próprio ser, ao seu tempo.³²

Saindo da objetividade do historicismo, (as razões do legislador) o círculo hermenêutico reconstrói a história efetiva, atual, presente, circunstancial, interpretando o existencial posto em questão (o problema), através de uma crítica que exerce na sua própria pré-compreensão, feita a partir do texto enunciado, sua experiência da situação, colocando-se sempre, no dizer de Camargo, *os pré-juízos formados sob as bases da tradição*.³³

Passa a interpretação a ser um diálogo de perguntas e respostas, numa lógica material em que a construção é um procedimento informativo entre o sujeito e o texto, sua experiência e sua realidade, como também todas as possibilidades do texto.

A escolha, que é o fim pragmático do direito, passa a ser uma decisão de compreensão, onde a razão do texto entra na pré-compreensão do sujeito, de forma tópica a par de outras pré-compreensões e é retomado, ao final, após a descoberta de todas as suas virtudes, (também os defeitos, adequações, inadequações), no que se extrai a melhor compreensão que o texto, antes silente e inócuo, agora eloquente e preenchido se faz, existe, é criado.

A contribuição do *Círculo Hermenêutico* é significativa à compreensão das complexidades fáticas e da articulação do Direito. Novo encanto se extrai, como uma superação da tradição, ainda que topicamente presente.

O novo des-valor apóia o existir do homem e da Norma, do Direito e da Sociedade, da Liberdade e da Igualdade, não como uma panacéia conceitual, mas como uma instância problematizante, muito adequado à superação do Estado Liberal e Estado Social, que é o projeto do Estado de Direito Democrático.

³² Cf. Gadamer, "[...] o estar aí é, na realização do seu próprio ser, compreender. [...] Gadamer defende a idéia de que não é tarefa da hermenêutica descobrir métodos para uma correta interpretação, mas refletir sobre o acontecer da própria interpretação." Apud. Margarida Maria Lacombe Camargo. Ob. cit., p. 28-29.

³³ Ob. cit. p. 30.

4. O princípio da proporcionalidade e o intervencionismo estatal: a criação judicial a serviço da constituição

4.1. Bem Estar Social, Estado de Necessidade Social

A função de Bem Estar Social resulta da transposição das nomeadas escalas de preferência individual para as escalas de preferência social, segundo os economistas Bérghson (1938) e Samuelson (1947), logo criticada por Arrow (1951) em face da dificuldade de se estabelecer ideais universais de bem estar social por parâmetros individuais, nos quais, além de se ter que admitir que as preferências seriam ditatoriais, haveria sempre uma inadequação quantitativa e qualitativa: um conflito, seja no plano da igualdade, da liberdade ou mesmo da ética (*Teorema da Impossibilidade*), chegando-se a outros métodos de escolhas sociais, igualmente falíveis.³⁴

No tocante a justiça social Rawlsiana, por exemplo o princípio da escolha social estaria satisfeito desde que consideradas as condições **Max-Min**, em que fossem satisfeitas as condições de bem estar da pessoa menos favorecida³⁵, preservando-se, com isso o princípio da diferença e conservando-se a igualdade e liberdade materiais.

O Estado de Necessidade Social é analogia metafórica do Estado de Necessidade Individual, transposição do direito penal e do direito civil³⁶ no seu cerne normativo de circunstância excludente de crime e de culpa, respectivamente, transpostas as contingências do homem no seu meio social, em face de situações de defesa, garantias e direitos sociais.

Trazendo à realidade temática do presente trabalho a semântica do Estado de Necessidade Social encontra-se indissociável ao reconhecimento de sintomas paradoxais com a ordem constitucional a ser concretizada.

³⁴ OUTHWAITE, William e BOTTOMORE, Tom. **Dicionário do Pensamento Social do Século XX**. Trad. Eduardo Francisco Alves e Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p.43.

³⁵ "Dentro de um determinado mínimo, una persona tiene derecho a una libertad igual, em la misma medida que cualquier outra. In Teoria de la Justicia." Trad. Maria Dolores Gonzales. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 559.

³⁶ V. Código Penal brasileiro, art. 24. V. também Código Civil brasileiro, arts. 1519-1520.

Esses sintomas são os problemas, que são produzidos na complexidade social. Tratam-se de conflitos co-existenciais e existenciais que se passam no meio ambiente social e que exigem decisões assecuratórias da estabilidade esperada pela supraestrutura .

É que, ainda que modernamente, os Estados Nacionais venham definindo seus programas, fins e procedimentos, através da Constituição – enquanto instrumento de governo- os dados, porém, que mensuram a efetividade das Constituições nem sempre acompanham as expectativas delineadas.

Esses dados, no Estado de Bem Estar, por seus conteúdos preponderantemente fáticos, superam qualquer tentativa conceitual do que seja bem estar social. Há sempre a possibilidade de serem dimensionados em fatores significativos da realidade sobre a situação dos cidadãos e, de outra parte, também há dados que demonstram o cumprimento das tarefas, fins e programas do Estado.

Naturalmente, isso implica em vulnerabilizar símbolos.:por exemplo, uma constituição e legislação social que tragam uma compreensão prática sob um perfil denotativo de geração de bem estar social, que, no entanto, em face da apuração dos dados reais que conflitem com esse perfil, possa ser considerada nominal (Lowenstein) ou simbólica (Neves).

Tudo isso, decorrente do fato de que os interesses envolvidos desse bem estar social dos textos são diversos em suas conotações. Envolvem decisões versadas na economia, nas finanças, na segurança pública, no meio ambiente, na saúde, na habitação. Adota-se, porém, para todos, a possibilidade do julgamento jurídico de sua constitucionalidade, do julgamento político de sua legitimidade e do julgamento ético da escolha feita. Este último, fundado nas apreensões de justiça ou injustiça sociais.

4.2. Decisões

No tocante a questão da injustiça, no âmbito das decisões judiciais há uma clara importância no cruzamento dessa comunicação com o que se idealiza como Estado Social. Via de consequência, registrando-se que muitas injustiças sociais são mantidas pelos órgãos decisórios, numa flagrante desfuncionalidade da função fazer justiça social assegurada constitucionalmente. Ante essa desfuncionalidade a

proliferação de injustiças, em órgãos que criam normas jurídicas, positivam o Estado de Necessidade Social.

Como é intuitivo, o sentido da injustiça social impregna a idéia de Estado de Necessidade Social. É que, para o reconhecimento desse estado, fazem-se necessário alguns pressupostos, dentre esses o de que o homem e sua dignidade peculiar possuem necessidades inatas que, conquistado os direitos e garantias ao seu exercício, as ações ou omissões contrárias são tidas como dano social .

O marco semântico do Estado de Necessidade Social, está na dimensão histórico-social da repercussão do dano produzido ao coletivo de cidadãos afetados e na sua não-participação ou concorrência a esse dano. Portanto, guarda-se especial importância a três aspectos: 1. o da subjetividade dos ofendidos em face de seus interesses, direitos e bens; 2. o da objetividade da ofensa praticada sem concorrência dos ofendidos e, por último, 3. o da repercussão da ofensa que se dimensiona na história, temporal e espacialmente

Portanto, ao contraponto do bem estar social, as lesões ou danos produzidos por ações ou omissões que contrariam as necessidades sociais básicas do homem recaem na idéia de um suposto Estado de Necessidade Social.

Inferre-se que essas necessidades sociais básicas podem ser deduzidas do particular para o geral. Como esclarece Barrington Moore Jr, há a possibilidade de se listar: “as necessidades e os desejos humanos comuns à maioria das sociedades conhecidas”,³⁷ o que revela a existência de uma necessidade social básica, obviamente constatável e irrefutável.

Afirmando que essas necessidades básicas têm suas origens na natureza bio-psíquica do homem. Exemplifica o citado autor através de uma lista em que aparecem tanto os fatores de sobrevivência física (alimentos, abrigo ao calor e frio...), quanto os de sobrevivência psíquica (humilhações, torturas, exclusão), na compreensão de que esses fatores, por sua generalidade, dão o caráter universal das necessidades tipicamente humanas.

³⁷ MOORE JR., Barrington. **Injustiça: as bases sociais da obediência e da revolta**. Trad. de João Roberto Martins. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987, p. 22-23.

O autor acrescenta que, as necessidades sociais básicas do homem, contém elementos que lhe são essenciais à configuração. Anotam-se, os que se seguem: *a noção da causalidade com a ordem temporal invertida* que admite o perigo do dano futuro se a necessidade social não for atendida; *a inevitabilidade na escolha* de se atender a necessidade social, sob pena do acirramento da crise dos interesses em jogo; *a incidência fatal* de que as escolhas (decisões sobre as necessidades sociais) acarretarão em algum ponto a sujeição de um julgamento ético.³⁸

Relativamente ao nomeado julgamento ético, este não é necessariamente aferido sob a perspectiva moral conceitual, podendo ser mensurado sob a perspectiva da teoria econômica do bem estar social em que as avaliações passam por aferições materiais objetivas e relacionais com as necessidades vitais mencionadas por Barrington.

De tal forma, a análise das decisões do Estado não podem ser descuradas do custo-benefício, da mensuração de pobreza, do desemprego da população adulta, do nível das desigualdades sociais e políticas sociais públicas, sendo essa a proporcionalidade a ser aferida nas decisões que criam direito.

As lesões das ações ou omissões do Estado, que afetam as necessidades sociais, também podem ser vistas sob outras orientações, uma vez que os danos se expressam pelos vários sistemas sociais existentes na complexidade social.

No âmbito da legitimidade contratual do Estado o dano provocado pode partir de premissas não consensualizadas pelos grupos afetados, em desconstitucionalização da escolha social efetivada na pré-história e história constitucional do Estado, em deslegitimação da Constituição na sua preferência ética- normativa, na deslegitimação dos procedimentos empregados, em cooptação dos poderes institucionais a grupos dominantes nacionais e internacionais, na corrupção dos poderes em sua autonomia funcional, além da referenciada injustiça social mensurável subjetiva e objetivamente.

Com pertinência as decisões judiciais, objeto deste trabalho, reconsiderando que o cruzamento do jurídico com o político (Canotilho) se intermedia no Direito com a Constituição, é forçoso se

³⁸ MOORE JR., Barrinton. Ob. cit., p. 28.

concluir que o desvio dessa constitucionalidade potencializa o Estado de Necessidade Social.

O mais gravoso é que isto acontece por conduto de quem, posta a sua autonomia funcional- institucional, deveria oferecer um provimento judicial a essa situação no sentido reparatório e com assento constitucional, o que torna essa pontuação em mais um paradoxo entre a ordem e a complexidade social.

Como apura Pereira da Costa, as decisões judiciais devem se subordinar ao Direito e a Política que produz o Direito. No entanto, têm que partir de um pressuposto funcional em que *a Política a qual o Juiz deve submeter-se é a estabelecida na Constituição*.³⁹

Como consequência é que, para se reagir a essa dieta política judicial, torna-se necessário o resgate de um ativismo judicial no controle de leis e políticas que contrariem a normatividade constitucional, por se entender que essas se indispõe com o propósito do implemento do bem estar social.

5. À guisa de conclusão

Que o intervencionismo estatal, nos dias atuais encontra-se desgastado pelo discurso neoliberal hegemônico, não se duvida. No entanto, é próprio das ciências não se abandonar novos questionamentos, ainda que lançados sobre eventos antigos.

De fato, ao se reconhecer que o projeto de acumulação capitalista se internacionalizou, o discurso crítico sobre os custos dessa globalização (suas decorrentes transferências ao capital particular, sob forma de tributação), a vulnerabilização sofrida pelo exaurimento do Estado de Bem-Estar Social em face das demandas sociais mais complexas, a corrupção política sob as expressões do clientelismo estatal, nepotismo, desvios de finalidades nos investimentos, praticadas pelos administradores do poder e setores privados, torna-se um problema a ser estudado multidisciplinarmente, multifuncionalmente e poliarquicamente, não se resumindo a um problema de mercado.

³⁹ Cf. **Constitucionalismo ou Neoliberalismo**: o que interessa e a quem? Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 83.

É que, não se pode olvidar que as críticas ao modelo do Estado Social omitem a fase em que mercado, sociedade e estado usufruíam de um certo bem estar, ainda não alcançado pelos países subdesenvolvidos.

Essa tensão não se encontra desfeita, como pretendem alguns, de forma irreversível, imutável.

Ao contrário, na Teoria do Direito, não são poucos os que se ocupam em reservar-se ao estudo de novas racionalidades, na busca do enfrentamento dos conflitos sociais que emergem dessa tensão.

Esse trabalho, se cumpriu o feito de juntar-se aos que lideram a crítica de que é possível, na instância criadora do direito se encontrar uma pluralidade de ideologias buscadas no direito interno, informadas pelo mundo global, e sintonizada com a crise de distributividade de riquezas e escassez das sociedades em particular, da-se por satisfeito.

Essa refração ganha importância, quando se toma países subdesenvolvidos como o Brasil em que sua constituição alberga ideologias liberal e social, permitindo com isso que o sujeito criador da norma jurídica atente para a historicidade contextual do texto maior, revele as possibilidades de suas políticas, inclua a justiça material necessária ao problema a ser enfrentado.

Esses juízos valorativos são intrínsecos a uma ciência cultural, voltada para o homem, cujos fatos, pela suas diversidades não podem fornecer um *standard* interpretativo restritivo. Ao contrário, mister se faz que se articulem os intérpretes na inteireza de sua experiência, despindo-se de pré-conceitos e até de conceitos em busca de soluções a um mundo tão complexo.

Por outro lado, a propósito da complexidade social, tenta-se mostrar que, nos países subdesenvolvidos, suas complexidades e contingências são diferentes, merecendo, na linguagem luhmanniana uma *diferenciação funcional do Direito*, específica.

Isso por que, não se pode transportar as funções de um sistema jurídico autônomo para um sistema jurídico não-autônomo, em face de que, se assim se fizer, os resultados não são os mesmos (Adeodato/Krell).

Países como o Brasil, em que o Estado Social não foi impulsionado ao ponto de obter os ganhos de bem-estar alcançados pelos países centrais, podem encontrar também (e não exclusivamente) razões jurídicas que expressem a concretização das normas de direitos sociais.

Coerente com essa perspectiva, toma-se o princípio da proporcionalidade como princípio normativo bi-funcional (Pontes, Guerra Filho): constitui-se em um princípio de controle da constitucionalidade do fim do Estado (em atos, omissões, práticas e situações jus-políticas submetidas a exame, também de limites do Estado (nas mesmas posições referidas), no exame de sua exasperação ou desvio estatais contra a Sociedade.

Se o intérprete não se assenhora de si, do texto normativo, da realidade concreta em que se situa o problema posto, é evidente que se desvia na sua função criadora da norma jurídica, seja ela uma produção geral (legislativa, administrativa ou mesmo nas normas vinculantes do STF) ou particular (judiciário).

Esse entrosamento se dá por um caminho aberto no final do século XX, com a filosofia fenomenológica e existencial (Husserl e Heidegger), mas que deve o seu mérito, a tese da hermenêutica Gadameriana, porque abriu as portas a uma nova hermenêutica.

Ocupada com o direito positivo, mas agregando as decisões o existir e o histórico, tenta-se afastar o arbítrio, o maniqueísmo, considerando-se a razão lógico-formal como mais um ponto de vista e, a compreensão do estado do ser, do seu tempo e dos seus problemas uma realidade a ser normada pelo intérprete.

Por essa compreensão, a hermenêutica não é nem descendente da norma para o objeto, nem ascendente, do objeto para a norma, mas é preenchida sem planos, numa circularidade em que a construção dialética não reproduz no vazio das formas, porque ao menos se permite fazer a diferenciação dos desiguais, da diversidade e dos problemas.

Essa conjectura se torna uma alternativa importante em face do que se chamou de Estado de Necessidade Social, focos encontrados na periferia em que os direitos fundamentais básicos a existência e coexistência não se sedimentaram, suficientemente, em que pese as suas positivações no texto constitucional.

TRANSFORMAÇÕES GERAIS DO CONTRATO

Paulo Luiz Neto Lôbo (*)

SUMÁRIO

1. Sentido evolutivo do contrato. 2. Liberdade e autonomia na concepção do contrato. 3. Paradigma tradicional do contrato: o modelo liberal. 4. Paradigma do passado: o modelo romano. 5. Paradigma do presente: os direitos sociais e econômicos. 6. Morte do contrato? 7. Declínio do contrato tradicional. 8. Transformações e tendências.

1. Sentido evolutivo do contrato

É quase um lugar comum a afirmação de que o contrato ou o direito contratual é a parte do direito menos afetada pela mudança social. Atribui-se ao direito das obrigações (especialmente o contratual) uma certa estabilidade milenar, porque, mais que os outros ramos juscivilísticos, perpetuaria os princípios que nos legaram os romanos, assegurando a raiz comum do grande sistema jurídico romano-germânico.

Com efeito, o contrato jurisdiciza o fenômeno mais freqüente do cotidiano das pessoas, em todas as épocas. Na sociedade atual, a cada passo, o cidadão ingressa em relações negociais, consciente ou inconscientemente, para satisfação de suas necessidades e desejos e para adquirir e utilizar os bens da vida e os serviços. Até mesmo quando dormimos poderemos estar assumindo obrigações contratuais, como se dá com os fornecimentos de luz ou de água.

A sociedade de massas, neste final de século XX, multiplicou a imputação de efeitos negociais a um sem número de condutas, independentemente da manifestação de vontade dos obrigados. A globalização econômica utiliza o contrato como instrumento de exercício de dominação dos mercados e de desafio aos direitos nacionais, especialmente mediante condições gerais predispostas, que apenas são

(*) DOUTOR EM DIREITO, PELA USP.

vertidas (quando o são) aos idiomas locais. A Administração pública tem abdicado dos clássicos instrumentos de soberania e *imperium* para desenvolver políticas públicas contratualizadas, como os contratos de gestão, em fenómeno que foi tido como “a fuga para o direito privado”¹. A relação contratual de consumo, na dimensão que transcende os interesses dos figurantes e alcança a cidadania, está provocando uma das mais profundas transformações do direito, principalmente a partir da última década do século XX, no estalão da interdisciplinaridade.

O contrato é, pois, fenómeno cada vez mais onipresente na vida de cada um. No entanto, não é e nem pode ser categoria abstrata e universalizante, de características inalteradas em face das vicissitudes históricas. Em verdade, seus significado e conteúdo conceptual modificaram-se profundamente, sempre acompanhando as mudanças de valores da humanidade.

2. Liberdade e autonomia na concepção do contrato

O direito contratual que se toma como paradigma, tanto para a formação como para a prática dos operadores do direito, é o que se desenhou durante a hegemonia do Estado liberal, corporificando nas codificações a concepção iluminista da autonomia da vontade.

No Estado liberal, o contrato converteu-se em instrumento por excelência da autonomia da vontade, confundida com a própria liberdade, ambas impensáveis sem o direito de propriedade privada. Liberdade de contratar e liberdade de propriedade seriam interdependentes, como irmãs siamesas.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, em 1789, proclamou a sacralidade da propriedade privada (“Art. 17. Sendo a propriedade um direito sagrado e inviolável...”), tida como exteriorização da pessoa humana ou da cidadania. Emancipada da rigidez estamental da Idade Média, a propriedade privada dos bens económicos ingressou em circulação contínua, mediante a instrumentalização do contrato.

Autonomia da vontade, liberdade individual e propriedade privada, transmigraram dos fundamentos teóricos e ideológicos do

¹ Título da obra de Maria João Estorninho, Coimbra: Almedina, 1996.

Estado liberal para os princípios de direito, com pretensão de universalidade e intemporalidade.

Considere-se o mais brilhante dos pensadores da época, Kant, especialmente na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*² onde distingue o que entende por autonomia de heteronomia. A autonomia é o campo da liberdade, porque os seres humanos podem exercer suas escolhas e estabelecerem regras para si mesmos, coletivamente ou interindividualmente. A heteronomia, por seu turno, é o campo da natureza cujas regras o homem não pode modificar e está sujeito a elas³.

Assim, o mundo ético, em que se encartaria o direito, seria o reino da liberdade dos indivíduos, enquanto tais, porque a eles se dirige o princípio estruturante do imperativo categórico kantiano. Na fundamentação filosófica kantiana, a autonomia envolve a criação e aplicação de todo o direito. Posteriormente, os juristas deram feição dogmática estrita ao princípio da autonomia, significando o espaço de auto-regulação dos interesses privados, de onde emerge o contrato.

Como se vê, ao longo da história, a liberdade saiu do espaço coletivo (sentido positivo) para o individual (sentido negativo). Em famoso discurso proferido em 1819, Benjamin Constant intuiu a distinção que se tornou célebre entre a liberdade dos antigos e a dos modernos, título aliás como se tornou conhecido o discurso⁴. Em suma, a liberdade dos modernos, que ele valoriza, é entendida como não impedimento à ação individual, como desimpedida fruição dos bens privados, enquanto a dos antigos, que não conheceram a liberdade na dimensão individual, era o *status* político ou ação política, ou seja, o

² KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.

³ Em suas próprias palavras (p.94): "A necessidade natural era uma heteronomia das causas eficientes; pois todo o efeito era só possível segundo a lei de que alguma outra coisa determinasse à causalidade a causa eficiente; que outra coisa pode ser, pois a liberdade da vontade senão autonomia, isto é a propriedade da vontade de ser lei para si mesma?"

⁴ *De la liberté des anciens comparé a celle des modernes*, Paris: 1819, donde se extrai o seguinte e expressivo trecho: «le droit de choisir son industrie et de l'exercer; de disposer de sa propriété, d'en abuser même».

poder de governar e decidir a *res publica*, ou a vida privada dos cidadãos⁵.

Os não livres não eram cidadãos; eram escravos ou *alieni juris*. Assim, para os antigos, a idéia de autonomia individual era incogitável.

Mas, afinal, o que estas variações históricas e ideológicas têm a ver com a evolução do contrato?

3. Paradigma tradicional do contrato: o modelo liberal

Entendo ser impossível pensar o sentido e a função do contrato, em nossa atual sociedade de massas, e mais ainda, segundo a experiência do Estado social, que se consolidou no século XX, sem uma análise rigorosa do paradigma contratual que o nosso direito, ou melhor, o senso comum dos juristas, insiste em ter como invariável.

Refiro-me ao contrato estruturado no esquema clássico da oferta e da aceitação, do consentimento livre e da igualdade formal das partes. O contrato assim gerado passa a ser lei entre as partes, na conhecida dicção dos Códigos Civis francês e italiano, ou então sintetizado na fórmula *pacta sunt servanda*. O contrato encobre-se de inviolabilidade, inclusive em face do Estado ou da coletividade. Vincula-se o contratante ética e juridicamente; vínculo que tanto é mais legítimo quanto fruto de sua liberdade e autonomia. Esta visão idílica da plena realização da justiça comutativa, que não admitia qualquer interferência do Estado-juiz ou legislador, pode ser retratada na expressiva petição de princípio da época: quem diz contratual, diz justo.

⁵ Em nossa época, Hannah Arendt (**Entre o passado e o futuro**, São Paulo: Perspectiva, 1979, p. 188-220) retoma essa interessante temática, para demonstrar que o campo original da liberdade era o âmbito da política, entre os antigos; livre era o titular da ação política, entendida como fato da vida cotidiana; era o governante entre governantes, movendo-se entre iguais. A liberdade interior, como livre arbítrio, surgiu depois com os medievais, preparando o caminho para a liberdade dos modernos. A grande antinomia reside no fato de que a liberdade, enquanto relacionada à política, não é um fenômeno da vontade. Observa Arendt que o liberalismo, não obstante o nome, colaborou para a eliminação da noção de liberdade no âmbito político.

Os paradigmas do passado e do futuro desmentem a concepção universalizante do modelo liberal do contrato.

4. Paradigma do passado: o modelo romano

O direito romano não conheceu o contrato como categoria geral, até porque inexistia o direito subjetivo como os modernos desenvolveram. A tipicidade romana das *actiones* não comportava uma figura genérica a que se conduzissem, por subsunção, as espécies contratuais. Se o pretor não admitia a *actio* para determinadas convenções, elas simplesmente não existiam como contratos; eram *pactos nus* (*pacta nuda*).

O consentimento, que é o elemento nuclear do contrato moderno, apenas foi admitido ulteriormente, pelo *jus gentium*, em certos tipos de contratos celebrados com estrangeiros, mediante ação concedida pelo pretor peregrino. Os contratos formais (reais, verbais e literais) desconsideravam o consentimento e obrigavam, apesar ou contra ele. E mesmo os contratos inominados, que depois passaram a ser admitidos, dependiam da concessão *da actio praescriptis verbis*.

Portanto, não ancora a teoria moderna ou liberal do contrato na autoridade do direito romano, o que bem demonstra que é fruto do devir histórico.

Essa é a compreensão clara que se deve ter do contrato, como de resto de qualquer categoria ou instituto jurídico, sob pena de instituir como ciência o que não passa de conservantismo ideológico de um determinado modelo que prevaleceu enquanto existiu historicamente o Estado liberal e a visão de mundo a partir dos interesses individuais. Os juristas são vítimas freqüentes destas armadilhas, mercê do hábito tendencial de atuar e refletir sobre o que já se realizou, o sistema jurídico positivo, mais que divisá-lo no processo histórico e da transformação da sociedade.

5. Paradigma do presente: os direitos sociais e econômicos

O modelo liberal do contrato também não resiste ao paradigma que se desenvolveu no futuro imediato, e se desenvolve na atualidade, principalmente por conta de dois macrofatores: o Estado social e a sociedade de massas.

Agora, as referências para o contrato não são mais nem o *pater familias* ou *sui juris* romano nem o indivíduo proprietário da burguesia liberal; nem a liberdade coletiva dos antigos nem a liberdade individual desimpedida dos modernos; nem o formalismo nem a autonomia de vontade.

O Estado social caracteriza-se justamente pela função oposta à cometida ao Estado liberal mínimo. O Estado não é mais apenas o garantidor da liberdade e da autonomia contratual dos indivíduos; vai além, intervindo profundamente nas relações contratuais, ultrapassando os limites da justiça comutativa para promover não apenas a justiça distributiva mas a justiça social.

O Estado liberal assegurou os direitos do homem de primeira geração⁶, especialmente a liberdade, a vida e a propriedade individuais. O Estado social foi impulsionado pelos movimentos populares que postulam muito mais que a liberdade e a igualdade formais, passando a assegurar os direitos do homem de segunda geração, ou seja, os direitos sociais. O contrato de trabalho passa a ser protegido, afastando-se da ilusão da liberdade formal dos contratantes. Liberdade ilusória, sim, fazendo irresponsável a afirmação atribuída a Lacordaire, de que entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta. A liberdade contratual transformou-se nas mãos dos poderosos em instrumento iníquo de exploração do que se presume vulnerável. O maior golpe foi desferido quando entrou em cena os direitos de terceira geração, de natureza transindividuais, protegendo-se interesses que ultrapassam os dos figurantes concretos da relação negocial, ditos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. A experiência que mais avança nesta área é a dos direitos do consumidor. Nestes casos, a teoria tradicional do contrato foi desprezada, não por modismo mas porque seus pressupostos são distintos e inadequados.

⁶ Sobre a evolução histórica dos direitos do homem, na escatologia dos direitos de primeira (liberdades individuais), de segunda (direitos sociais), de terceira (direitos transindividuais) e de quarta (direitos à integridade biológica) gerações, v. o excelente **A era dos direitos**, de Norberto Bobbio. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992, *passim*.

A Constituição garantidora das liberdades formais incorpora a promoção da justiça social e de regulação da atividade econômica. Além das funções de organização do Estado, delimitando o poder político, e da garantia das liberdades individuais decorrentes, a Constituição do Estado social incorpora outra função, que a identificará: a de reguladora da ordem econômica e social.

A regulação da atividade econômica afeta diretamente o contrato, que por sua vez se delimita pela função social. O artigo 170 da Constituição brasileira adota como princípio estruturante da atividade econômica justamente a justiça social, que por sua vez matriza os princípios específicos decorrentes, em especial os da redução das desigualdades sociais e regionais e da proteção do consumidor.

6. Morte do contrato?

Assim, é absolutamente imprestável e inadequado o modelo liberal do contrato, porque incompatível com uma função que ultrapassa a autonomia e o interesse dos indivíduos contratantes. Muito menos com uma legislação que tende a intervir na relação contratual, para proteger uma das partes, até mesmo contra sua vontade.

A transformação dos pressupostos do contrato, segundo o modelo que nos legou o Estado liberal, causou uma rica discussão entre os juristas, nos últimos anos, havendo quem prenunciasse a morte do contrato⁷.

Contudo, parafraseando a tradição inglesa, é mais rigoroso afirmar-se: o contrato está morto; viva o contrato!

Morto por consumpção e senectude ou caído no letargo que precede a morte, e ainda não percebido por muitos juristas, é o paradigma liberal do contrato, que não consegue ressuscitar apesar do admirável esforço realizado pelos pandectistas de ontem e de hoje. A escola pandectista, especialmente a alemã, desenvolveu a figura abstrata

⁷ Cf. Grant Gilmore. **The death of contract**. Columbus: Ohio State University Press, 1974, *passim*, especialmente a parte conclusiva, que reflete criticamente a evolução do específico elemento do contrato no direito de *common law*, a *consideration*, e a tendência da unificação do ilícito contratual e do ilícito extracontratual (*tort*), renunciando um tipo unitário: o *contort*.

do negócio jurídico. Reflexo do espírito da época, de ter a liberdade contratual formal como um bem em si mesmo, o negócio jurídico é a teoria científica da forma e da estrutura, aplicada aos atos negociais, sem qualquer preocupação com o conteúdo material ou com os figurantes.

A teoria do negócio jurídico, enquanto exclusivamente forma e estrutura, adapta-se residual e limitadamente apenas aos contratos paritários, em que há igualdade efetiva de *bargain power* entre as partes, mas é completamente imprópria para os contratos de adesão e contratos de consumo, regulados e protegidos pelo legislador, que absorvem quase todas as atividades econômicas de relevo.

O esforço dos novos pandectistas da insistente prevalência intemporal e universal da teoria do negócio jurídico, em ambiente sócio-econômico inteiramente diferente e oposto ao de século XIX, só se consegue em prejuízo dos pressupostos fundantes da teoria, especialmente o da autonomia da vontade. A ampliação da categoria para absorver realidades e exigências diferentes desfigura-a e a torna inútil.

Que utilidade haveria para a compreensão das complexas relações negociais de nossa época, a disputa que envolveu tantos espíritos de escol entre a teoria da vontade e a teoria da declaração, se a própria manifestação da vontade é desconsiderada largamente, imputando-se efeitos negociais a condutas sociais típicas?⁸

7. Declínio do contrato tradicional

O cerco à cidadela do contrato tradicional começou muito antes. Quando o formalismo pandectista parecia inabalável, a dimensão social do contrato ingressou paulatinamente na legislação e na doutrina pela via dos princípios da função social, da boa-fé objetiva e da equivalência material.

O avanço maior deu-se pelo crescente controle jurídico do contrato, para realização dos três princípios sociais referidos, intervindo o legislador em vários setores da atividade negocial, utilizando-se principalmente de uma tríplice técnica de limitação da liberdade contratual, a saber:

⁸ Cf. LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Ed. Rev. de Der. Privado, 1958, p.57 e segs.

I. limitação da liberdade de escolha do outro contratante, sobretudo nos setores de fornecimento de serviços públicos (água, luz, telefone, transporte etc.), ou monopolizados;

II. limitação da liberdade de escolha do tipo contratual, quando a lei estabelece os tipos contratuais exclusivos em determinados setores, a exemplo dos contratos de licença, concessão ou cessão no âmbito da lei de direitos autorais, e dos contratos de parceria e arrendamento no âmbito do direito agrário;

III. limitação da liberdade de determinação do conteúdo do contrato, parcial ou totalmente, quando a lei define o que ele deve conter de forma cogente, como no exemplo do inquilinato, dos contratos imobiliários, do contrato de turismo, do contrato de seguro e dos planos de saúde.

8. Transformações e tendências

Vários estudiosos têm prenunciado o fim do Estado social, determinando seu atestado de óbito no curso da década de oitenta do século XX, tendo em vista o esgotamento de sua capacidade de resposta às demandas sociais crescentes. Todavia, em crise encontra-se o modelo de Estado provedor, pois as receitas públicas não conseguem mais atender ao projeto de solidariedade social ou de democracia social. Crise não significa fim, mas pode significar consciência dos limites e de como lidar com eles. Sob o ponto de vista do direito, especialmente do direito constitucional, todavia, não há crise do Estado social, pois este, como vimos, revela-se pela ordenação e regulação da ordem econômica e social ou do poder econômico e não apenas das liberdades públicas e dos limites do poder político. No chamado Estado regulador, que para muitos teria sucedido o Estado social, o processo de intervenção legislativa e controle estatal e social da atividade econômica, paradoxalmente, cresceu. Os serviços públicos, que antes eram prestados diretamente pelo Estado, ao serem transferidos para a iniciativa privada passaram a exigir o aumento da regulação, no interesse social, como ocorreu no Brasil. Os contratos com a massa de contratantes consumidores necessitam de tutela, para evitar o abuso do poder econômico, vergastado pelo art. 173, § 4º, da Constituição Federal.

Talvez uma das maiores características do contrato, na atualidade, seja o crescimento do princípio da equivalência. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e onerosidade excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária.

Outro interessante campo de transformação da função dos contratos é o dos contratos, negociações ou convenções coletivas, já amplamente utilizadas no meio trabalhista. À medida que a sociedade civil se organiza, o contrato coletivo se apresenta como um poderoso instrumento de solução e regulação normativa dos conflitos transindividuais. O Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, prevê a convenção coletiva para regular os interesses dos consumidores e fornecedores, através de entidades representativas.

Na perspectiva do pluralismo jurídico, acordos são firmados estabelecendo regras de convivência comunitária, desfrutando de uma legitimidade que desafia a da ordem estatal.

Na economia globalizada, o contrato, em seu modelo tradicional, converte-se em instrumento de exercício de poder, que rivaliza com o monopólio legislativo do Estado. As condições gerais dos contratos, verdadeiros códigos normativos privados são predispostos pela empresa a todos os adquirentes e utentes de bens e serviços, constituindo em muitos países o modo quase exclusivo das relações negociais. A legislação contratual clássica é incapaz de enfrentar adequadamente esses problemas, o que tem levado todos os países organizados, inclusive os mais ricos, a editarem legislações rígidas voltadas à proteção do contratante juridicamente vulnerável, apesar da retórica neoliberal.

O Código Civil brasileiro, de 2002, apesar de ter utilizado o texto básico do Código individualista de 1916, o que em grande medida condicionou suas diretrizes, corresponde à mudança de paradigmas da contemporaneidade, nos artigos introdutórios ao Livro destinado aos contratos, especialmente os arts. 421 a 424. Os três princípios sociais do contrato estão contemplados, sendo explícitos os da boa-fé e da função

social. O princípio da equivalência material teve implicitamente consagração no tratamento atribuído ao contrato de adesão, nomeadamente quanto à interpretação favorável ao aderente e à nulidade de cláusulas abusivas, para além da igualdade formal das partes contratantes. O contrato de adesão nas relações de consumo já tinha sido regulado no Código de Defesa do Consumidor; a partir do novo Código Civil, o contrato de adesão entre não consumidores também passou a ser considerado, no interesse do aderente, que, em qualquer circunstância, tem-se como juridicamente vulnerável.

A doutrina costumava classificar os contratos de direito privado segundo dicotomias conhecidas, a saber, consensual ou real, oneroso ou gratuito, unilateral ou bilateral, de execução instantânea ou de execução duradoura, comutativo ou aleatório, típico ou atípico. Na atualidade, impõem-se pré-classificações, ou seja, enquadramentos que antecedem as classificações. Assim, o contrato é de consumo ou comum; é de adesão ou paritário, como pré-requisitos para o afazer hermenêutico e para a definição das normas jurídicas de regência. São modelos legais distintos que exigem conceitos e categorias distintos. A grande dicotomia contratos civis e contratos mercantis perdeu a consistência, pela tendência de unificação das obrigações, como se deu no Código Civil de 2002. Muito mais importantes são as categorias ancoradas no poder contratual.

Em suma, o sentido e o alcance do contrato reflete sempre e necessariamente as relações econômicas e sociais praticadas em cada momento histórico. O modelo liberal e individualista, inclusive sob a forma e estrutura do negócio jurídico, é inadequado aos atos negociais existentes na atualidade, porque são distintos os fundamentos, constituindo obstáculo às transformações sociais e econômicas. O conteúdo conceptual e material e a função do contrato mudaram, inclusive para adequá-lo às exigências de realização da justiça social, que não é só dele mas de todo o direito.

EL CÓDIGO TRIBUTARIO NACIONAL: LUCES Y SOMBRAS

Raymundo Juliano Feitosa^(*)

RESUMEN

Introducción. 1. El Código Tributario como complemento de la reforma tributaria del 1965. 2. El código tributario nacional en el marco de la codificación en América Latina. 3. Conclusión.

Introducción

A los efectos de un examen detallado de la cuestión tributaria en Brasil, estimamos necesario proceder a un análisis del Código Tributário Nacional.

El objetivo específico es presentar algunos aspectos fundamentales del "universo" de un planteamientos teóricos y de hechos concretos que marcaron y siguen marcando un largo período de la historia fiscal de Brasil.

1. El Código Tributario como complemento de la reforma tributaria del 1965

Al aproximarnos al análisis del significado del Código Tributario Nacional,¹ no hay duda que es indispensable detenerse en un

^(*) Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Professor Visitante na Universidade de Salamanca/Espanha (Centro de Estudios Brasileños). Consultor do CNPq.

¹ Debe recordarse que el hoy denominado Código Tributario Nacional, tiene sus orígenes en la Ley N° 5172 del 25 de octubre de 1966 y recibió este título a través del Acta Complementaria N° 36 del 13/03/67, art. 7°; incorpora los cambios resultantes de la Constitución de 1967 y de la Enmienda Constitucional N° 1 del 17/10/69. Hasta esta fecha, -12/06/92- no fue promulgada la Ley Complementaria que exige el artículo 146 de la Constitución de 1988 cuyo objeto es el mismo del código, esto es: "I- Decidir sobre conflictos de competencia en materia tributaria entre la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios; II- Regular las limitaciones constitucionales a la potestad de imponer tributos; III- Establecer normas generales en materia de legislación tributaria...". No

aspecto recurrente en muchos intentos de interpretarlo: la concepción de que su papel fundamental era complementar la reforma de 1965 y más bien establecer los contornos jurídicos de ella.

Entre los comentaristas de la reforma operada por la Enmienda Constitucional Nº 18/65 que otorgan gran importancia a la consideración aquí expuesta, se incluye OLIVEIRA, que señala al respecto "...fue entretanto la ley Nº 5.172 del 25/10/66, creadora del Código Tributario Nacional (CTN) que dejó explícitos, de forma cristalina, sus contornos jurídicos, estableciendo patrones que deberían ser observados por los tres niveles gubernamentales en materia de tributos."² Otro autor que sostiene la misma opinión es GERSON AUGUSTO DA SILVA, el cual expresa que "las directrices básicas de la Reforma fueron consustanciadas por la Enmienda Constitucional Nº 18 con pequeños cambios cristalizados en la Constitución vigente. Se ha atribuido todavía a la Ley Nº 5.172 del 25 de octubre de 1966 (CTN) en su libro primero, la explicación de los contornos jurídicos de la reforma proyectada, estableciendo pautas a ser obedecidas por los legislativos federal, estatal y municipal."³

Resulta equívoco suponer que el Código Tributario Nacional fue sólo un complemento de la Reforma tributaria de 1965 o, como quieren otros, la verdadera faceta jurídica de dicha reforma. De cualquier modo el argumento antes expuesto no deja de ser atractivo y de presentar también alguna consistencia, aunque insuficiente, para apreciar la cuestión en toda su dimensión.

obstante, es preciso advertir que para muchos juristas brasileños esta Enmienda Constitucional Nº 1/69, debido a la tajante transformación que opera en la Constitución de 1967, suele ser considerada como otra Constitución, así lo concibe ALVES, Francisco de Assis, "As Constituições do Brasil", Revista de Direito Constitucional e Ciencia Política, São Paulo, 1980, pág. 69-70. La doctrina mayoritaria, como SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo. 6. ed. São Paulo, RT, 1990, págs. 77-78, aunque con matices, llega a decir que puede ser considerada otra constitución. desde un punto de vista estrictamente técnico.

² Vid. OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. A reforma tributária de 1966 e a acumulação de capital no Brasil. São Paulo: Brasil Debates, 1981, pág. 44.

³ Vid. SILVA, Gerson Augusto da. "Reforma Tributária de 1966: seus propósitos, condicionamentos de ordem econômica na reformulação dos tributos". Revista de Finanças Públicas. Brasília, nov. 1967, págs. 1-2.

Partiendo de la realidad histórica, debe hacerse referencia a un marco donde la idea del código encuentra su justa ubicación, esto es, el "movimiento codificador en América Latina"⁴ que, a grandes rasgos, trataremos en el apartado siguiente.

Luego de esta breve advertencia se hace necesario tener en cuenta, como lo afirmara BALEEIRO,⁵ que en 1953 el Sr. Osvaldo Aranha asumiendo la titularidad del Ministerio de Hacienda, resolvió promover la codificación del Derecho Fiscal brasileño y para esto encargó al Profesor de la Universidad de Sao Paulo Rubens Gomes de Sousa, la elaboración de un anteproyecto, que fue concluido y presentado a la Cámara de los Diputados en 1954.

Como señala IVES GANDRA MARTINS,⁶ el propio perfil de la Enmienda N° 18/65 refleja, en cierta medida, la estructuración del anteproyecto original del profesor Sousa, aunque no sea correcto establecer una estrecha vinculación entre la Enmienda citada y la labor de Rubens Gomes de Sousa. No obstante, en cuanto a la Ley N° 5.172/66 -que se convirtiera después en el Código Tributario Nacional- existe un reconocimiento unánime en Brasil que, incluyendo las modificaciones que introdujeron GERSON AUGUSTO DA SILVA y ALIOMAR BALEEIRO y las que resultaron del proceso de discusión y elaboración legislativa, mantiene, en líneas generales, el modelo delineado por el profesor de la Universidad de Sao Paulo.⁷

No es exagerado decir, después de esbozar estas consideraciones, que el Código Tributario Nacional tiene un significado

⁴ Sobre la importancia y significación de la codificación tributaria en América Latina entre otros, puede consultarse a GIULIANI FONROUGE, Carlos M. Derecho Financiero, Vol. I, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1970, págs. 36-50 y del mismo autor, "Realidad y perspectivas de la codificación tributaria" en Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública, Vol. XIV, N° 54, junio de 1964, Madrid, págs. 241-268 y VALDÉS COSTA, Ramón, "La codificación tributaria en América Latina" en Civitas-Revista Española de Derecho Financiero, N° 3, enero/marzo 1982, Madrid, pág. 95 y ss.

⁵ Vid. BALEEIRO, Aliomar. Uma introdução à Ciência das Finanças. 7. ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1971, pág. 206.

⁶ Vid. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sistema tributário na Constituição de 1988. São Paulo, Saraiva, 1989, págs. 21-23.

⁷ Sobre este punto véase con detenimiento MARTINS, Ives Gandra da Silva. Op. cit., 1989, págs. 22-28.

mucho más amplio que la dimensión, asignada por la doctrina, de ser un simple instrumento complementario de la reforma.

En efecto, su trascendencia a nivel de la regulación jurídica de los ingresos tributarios adquiere aún mayor relieve y esto lo han entendido muy claramente los profesores MARTINS y BASTOS,⁸ para quienes "...ninguna duda existe de que el Código Tributario Nacional representó un sensible marco en la evolución del Derecho Tributario en el país, debiéndose, en gran parte, la considerable producción doctrinaria y jurisprudencial de los últimos veinte años, a su implantación como sistema vehiculador de la imposición fiscal."

Toda esta evolución, de la que tan solo hemos trazado una pincelada necesita, para una mejor comprensión, ser examinada ahora en su dimensión jurídica, señalando ante todo, como afirma GIULIANI FONROUGE⁹ "...que codificar las normas tributarias no significa únicamente depurar y aglutinar textos dispersos pues esto, aunque conveniente, no satisface exigencias racionales. Codificar importa, en esencia, crear un cuerpo orgánico y homogéneo con principios generales regulatorios de la materia tributaria en los aspectos sustancial, ordinario y sancionatorio, inspirado en la especificidad de los conceptos y que debe servir de base para la aplicación e interpretación de las normas."

Pues bien, el Código Tributario Nacional atiende concretamente a estas exigencias de GIULIANI FONROUGE. Su estructuración contempla dos libros; el primero de ellos contiene el sistema tributario nacional, es decir, está dedicado al sistema constitucional tributario y, en términos genéricos, bajo seis títulos recoge temas como: concepto de tributo, impuesto, tasa y contribuciones por mejoras derivadas de obras públicas; potestad tributaria, destacando todos los impuestos federales, estatales y municipales; limitaciones a la potestad tributaria y la distribución de los ingresos tributarios. A su vez, el libro segundo trata de las normas generales de Derecho Tributario y se subdivide en cuatro títulos: la legislación tributaria -vigencia, aplicación, interpretación e integración-; la obligación tributaria -hecho imponible, sujeto pasivo, responsabilidad tributaria-; el crédito tributario -constitución, suspensión,

⁸ Vid. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Ibidem.*, pág. 34.

⁹ Vid. GIULIANI FONROUGE, Carlos M. "Realidad y perspectiva de la codificación tributaria". *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, Núm. 54 - Junio-1964, Madrid, págs. 242.

extinción, exclusión, garantías y privilegios y, finalmente, dispone sobre la administración tributaria.¹⁰

Resulta claro que el fundamento jurídico positivo del Código Tributario Nacional fue el parágrafo 1º del artículo 18 de la Constitución de 1967, tras la Enmienda Constitucional N° 1/69 donde, en efecto, disponía que la "Ley Complementaria establecerá normas generales de derecho tributario, dispondrá sobre los conflictos de competencia en esa materia entre la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, y reglamentará las limitaciones al poder de tributar."

Por otro lado, la Ley N° 5.172/66 (CTN) en su disposición preliminar, después de señalar sus fundamentos -referido en el parágrafo anterior-, afirma que "...establece, con fundamento en el artículo 5º, XV, b, de la Constitución Federal, las normas generales de derecho tributario que serán aplicadas a la Unión, a los Estados, al Distrito Federal y a los Municipios, sin perjuicio de la respectiva legislación complementaria, supletoria o reglamentaria." Es de destacar muy especialmente, que a partir de ahí comienza una discusión en la doctrina sobre el texto, que provocó una querella que ha llegado hasta nuestros días. Veamos dos cuestiones básicas sobre ésta: en primer lugar, queda en el aire una respuesta satisfactoria sobre lo que concretamente son las normas generales de derecho tributario; la segunda cuestión, que también atormentaba a muchos hasta la vigencia de la Constitución de 1988, estaba planteada en los siguientes términos: ¿cuántos y cuáles son los objetos, o finalidades exclusivas, de esa Ley Complementaria?

Sin embargo, la controversia señalada por la posible oscuridad e imprecisión jurídica que acarreaba la doctrina, según estimamos, encuentra en el debate entre RUBENS GOMES DE SOUSA (autor del anteproyecto del código), GERALDO ATALIBA E PAULO DE BARROS CARVALHO,¹¹ una aportación importante, por no decir decisiva, en su

¹⁰ Acerca del contenido y estructura del Código Tributario Nacional desde una perspectiva general, vid: PAES, P.R. Tavares, *Comentários ao Código Tributário Nacional*. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 1986; COELHO, José Washington. *Código Tributário Nacional Interpretado*. Rio de Janeiro, Editora Correio da Manhã, 1968 y MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Op.cit.*, 1989, págs. 21-36.

¹¹ Vid. SOUSA, Rubens Gomes de, ATALIBA, Geraldo e CARVALHO, Paulo de Barros, *Comentários ao Código Tributário Nacional*. (Parte Geral). São Paulo: EDUSP e Editora Revista dos Tribunais, 1975. Sobre

labor de ofrecer los razonamientos interpretativos que las cuestiones planteadas exigían, en los límites del dogmatismo jurídico.

Ahora recordaremos algunas cuestiones básicas sobre el Código Tributario Nacional que, a nuestro juicio, serán recurrentes en casi todos los debates sobre cuestiones jurídico-tributarias.¹² Estas consideraciones nos llevan a presentar ahora los principales rasgos de las tesis elaboradas por la doctrina en torno a las llamadas "normas generales de derecho tributario." En este sentido, y sin embargo con alguna que otra discordancia de fondo, desde un punto de vista dogmático la cuestión encuentra una precisa síntesis en el trabajo de SOUTO BORGES¹³ que lleva el título de "Normas Generales de Derecho Tributario" y en el cual la definición misma de tales normas se constituye en un "asunto tormentoso" cuyo origen está en una enmienda de ALIOMAR BALEEIRO a la Constitución de 1946, aunque hace la salvedad de que hubo intentos desde 1938 pero su expresa configuración sólo fue posible ocho años después.

este libro nos permitimos insistir en su significación para el estudio y comprensión del Código Tributario, especialmente su parte general, hasta el artículo 18, donde enfoca cuestiones centrales como: el fundamento jurídico positivo, los objetivos o finalidades de las normas generales, la definición de tributo, potestad tributaria, limitaciones a la potestad tributaria y la definición de impuesto.

¹² Sin embargo cabe señalar aquí, corroborando lo que hemos dicho, que el Simpósio sobre o Sistema Tributário Nacional, realizado por la Comisión de Hacienda de la Cámara de los Diputados el 15, 16, 17, 23 y 24 de septiembre de 1981 en Brasília, incluyó en su temario la discusión del Código Tributario Nacional, invitando a presentar conferencias a los profesores Geraldo Ataliba, César Vieira de Resende Y Osiris de Azevedo Lopes. En el mismo sentido, la Comisión Especial sobre la Reforma Tributaria del Senado Federal realizó un "Simpósio sobre um Novo Sistema Tributário" en Brasília, entre los días 4 y 8 de junio de 1984, y a su vez, estableció el temario, en el cual el Código Tributario fue objeto de estudio y cuyos participantes fueron: Gilberto de Ulhoa Canto, Osiris de Azevedo Lopes Y Francisco Dornelles.

¹³ Vid. BORGES, José Souto Maior. Normas Gerais de Direito Tributário. In: ATALIBA, Geraldo (Coord.). Elementos de Direito Tributário. São Paulo, RT, 1978, págs. 121-172. Este texto fue elaborado a partir de notas taquigráficas de una clase del Profesor de la Universidad Federal de Pernambuco en el III Curso de Especialização in Direito Tributário, realizado por la Pontificia Universidade Católica de São Paulo, en 1972.

La pregunta que debemos formular ahora es ¿dónde está el centro del problema que esas normas generales conllevan? La respuesta, según palabras del profesor SOUTO BORGES, surge ante las dificultades de "compatibilizar esa competencia indiscriminada entre las autonomías de los gobiernos locales en materia tributaria"¹⁴; a su vez, SOUSA recuerda que "se trata de un otorgamiento de competencia legislativa que la Constitución hace a la Unión y que sólo se justifica porque, en caso contrario, la Unión no tendría esa competencia (...) no es una competencia estructural de la Unión legislar sobre derecho financiero, ya en el plano de las normas generales, ya en un plano más amplio o más restringido..."¹⁵ Tratando también de señalar las dificultades para establecer la delimitación del alcance o contenido de la expresión "normas generales de derecho tributario" observa SACHA CALMON COELHO¹⁶ que la doctrina ha fallado por entero en el intento de conceptualizar el mentado instituto de modo satisfactorio y, al igual que SOUTO BORGES, reconoce que "...el asunto se complica por el hecho de existir el reparto de las competencias legislativas entre las personas políticas."¹⁷ Por otro lado GERALDO ATALIBA,¹⁸ en un planteamiento más radical, entiende que al Congreso Nacional no le cabría dictar norma alguna de derecho ni financiero, ni tributario, de carácter nacional, puesto que esta potestad es un derecho privativo de la legislación de las personas jurídicas autónomas: Unión, Estados y Municipios.

Es evidente que los argumentos presentados hasta aquí son muy parecidos; es decir, todos han hablado de las dificultades para hacer más

¹⁴ Vid. BORGES, José Souto Maior. Op.cit., pág. 124 donde aduce que "En la formulación de la Constitución de 1946, la competencia para la edición de normas generales era muy amplia, en el sentido de que, según el art. 5º, Nº XV, b, competía a la Unión "legislar sobre normas generales de derecho financiero". A continuación en pág. 125, manifiesta que "Esa competencia, para legislar sobre derecho financiero, envuelve todo el campo material a ser cubierto por la finanza pública. El derecho financiero es la ordenación jurídica de las actividades financieras del Estado"(el subrayado es nuestro).

¹⁵ Vid. SOUSA, Rubens Gomes de, ATALIBA, G. e CARVALHO, Paulo de Barros. Op. cit., pág. 3.

¹⁶ Vid. COELHO, Sacha Calmon Navarro. Comentários à constituição de 1988: sistema tributário. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1990, pág. 128.

¹⁷ Vid. COELHO, Sacha Calmon Navarro. Op. cit., pág. 128.

¹⁸ Vid. SOUSA, Rubens G. de, ATALIBA, Geraldo e CARVALHO, Paulo de Barros. Op. cit., pág. 2.

precisa la expresión "normas generales de derecho tributario" pero no han logrado obtener una solución al problema que ellos mismos plantearon. De esta manera, aunque se reconozcan los esfuerzos emprendidos, es del todo cierto que los resultados han dejado la cuestión casi, en el mismo punto de partida. Así, parece que nos encontramos ante un problema jurídico, y pasados más de veinte años la doctrina ha razonado en un tono, por así decirlo, tautológico, como puede verse a través de afirmaciones de los más destacados autores.

Nos parece útil en este punto poner de relieve la labor del profesor SACHA CALMON COELHO, que en su detenido intento por dilucidar lo que se entiende por "normas generales de derecho tributario", concluye en que existen dos notables esfuerzos en este sentido personalizados, en primer lugar por el profesor Carvalho Pinto que llegó a definir lo que no era norma general, pero no fue más allá; y en segundo lugar RUBENS GOMES DE SOUSA, para quien la doctrina no elaboró aún la norma general que permitiría llegar al concepto de normas generales de derecho tributario.¹⁹ Así, puede decirse que esta indagación sigue aún sin tener una respuesta más fiable en términos doctrinales, por lo menos a nivel del Derecho financiero y tributario de Brasil.²⁰

La segunda de las cuestiones aludidas en relación al tema de las normas generales -y que según el mandato constitucional sólo pueden

¹⁹ Vid. COELHO, Sacha Calmon Navarro. Op. cit., 1990, págs. 128-130. No obstante, en los razonamientos aquí señalados, este mismo autor tratando sobre el tema afirma que "Uma boa indicação do que sejam normas gerais de direito tributário, para sermos pragmáticos, nos fornece o atual Código Tributário Nacional (lei Nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 e alterações posteriores), cuja praticabilidade já está assentada na 'vida' administrativa e judicial do País. O CTN, especialmente o Livro II, arrola inúmeros institutos positivados como normas gerais" (el subrayado es nuestro).

²⁰ Parece oportuno señalar que sobre este punto -normas generales- en un nivel teórico más amplio hay un buen número de trabajos fundamentales, sobre todo vid: ESSER, Josef. Principios y normas en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado. Traducción de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona, Bosch Editores, 1961, págs. 3-182; Díez-PICASSO, Luis. Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho. Barcelona, Editorial Ariel, 1983; y GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica. 2. ed. São Paulo: RT, 1991., págs. 92-134.

ser dictadas a través de Ley Complementaria²¹- es aquella que busca conocer cuáles son sus objetos o contenidos. Una vez realizado el análisis de las dificultades para establecer el concepto de normas generales de derecho tributario y señalada nuestra posición con la proclamación de la insuficiencia de las construcciones doctrinales que surgieron como consecuencia directa e inmediata de la polémica alrededor de la exigencia de categoría normativa con tal rango, ya podemos realizar el análisis de esta segunda cuestión. De ahí que el objetivo de este punto sea trazar, a grandes rasgos, los planteamientos doctrinales sobre el real contenido u objeto de estas "normas generales". En este sentido, parece útil tener como referencia del debate la excelente exposición de SOUTO BORGES²². Él parte de la premisa que frente al concepto de autonomía municipal y estatal que la Constitución asegura a estas entidades de la federación, "...se tiene que concluir por el carácter absolutamente estricto de las normas generales de derecho tributario"²³ (el subrayado es nuestro).

Como puede apreciarse, esta interpretación restringida del contenido y alcance de esas normas generales es también admitida por

²¹ Debe advertirse que otra cuestión ha sido objeto de un debate de considerable importancia y se refiere a las llamadas Leyes Complementarias. Sobre el asunto hemos de hacer constar que tal categoría normativa es universalmente conocida, así por ejemplo en el propio Brasil, las Leyes Orgánicas tenían el mismo carácter. Pero el surgimiento de estas Leyes en la Constitución de 1967, tras la Enmienda Constitucional N° 1/69, ha generado una polémica doctrinal a lo largo del tiempo. Interesa destacar que un mayor protagonismo surge en el ámbito de las materias de contenido financiero-tributario, especialmente en lo que se refiere al Código Tributario Nacional, puesto que muchas dudas sobre la juridicidad del CTN, fueron planteadas en razón de la exigencia constitucional de que la ley sobre las normas generales sería una Ley Complementaria, esto es, aquella con quorum calificado. Después el CTN fue ratificado como Ley Complementaria. Sobre la polémica doctrinal véase: ATALIBA, Geraldo. *Lei Complementar na constituição*. São Paulo, RT, 1971; BORGES, José Souto Maior. *Lei Complementar Tributaria*. 2. ed. São Paulo: RT/Editora da Universidade Católica, 1975; COELHO, Sacha Calmon Navarro. Op. cit., 1990, págs. 113-145; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Op. cit., 1989, págs. 83-94.

²² Vid. BORGES, José Souto Maior. Op. cit., 1978, especialmente las págs. 132-136.

²³ Vid. BORGES, José Souto Maior, *Ibidem.*, pág. 132.

otros autores como CARVALHO E ATALIBA²⁴ que sostienen el mismo argumento, esto es: la autonomía constitucionalmente atribuida a las distintas personas políticas que componen la federación ya en sí misma es un límite a tales normas.

Autores como SACHA CALMON COELHO sostienen: "a pesar de reconocer que un amplio y claro sector de esa doctrina recusa partes del Código Tributario Nacional²⁵ basados, por supuesto, en su buena procedencia crítica". Aún así, señala este profesor de la Universidad de Minas Gerais que, para comprender las normas generales es necesario entender al federalismo brasileño pues debido a éste, a sus particularismos, el Congreso Nacional ha asumido inmensurables poderes y competencias legislativas en perjuicio de los Estados y Municipios. Añade aún que esa supremacía encuentra un significativo ejemplo en el propio sistema tributario de la Constitución, donde el dominio del Congreso Nacional en el campo del Derecho Tributario, es innegablemente avasallador.²⁶

De la exposición hasta aquí realizada se deduce, ante todo, la siguiente conclusión: la doctrina mayoritaria acepta la tesis de que tres son las funciones atribuidas al Código Tributario Nacional: establecer normas generales de derecho tributario; disponer sobre conflictos de competencia entre las personas políticas y reglamentar las limitaciones constitucionales al poder de tributar. En definitiva, el concepto, y a su vez el alcance y contenido de esas normas generales de derecho tributario, siguen aún siendo el aspecto más conflictivo en los debates doctrinales.

²⁴ Vid. CARVALHO, Paulo de Barros. O Campo restrito das normas Gerais de Direito Tributário. Revista dos Tribunais. Vol. 433 e separata, São Paulo, 1975 y ATALIBA, Geraldo. Op. cit., 1971, pág. 2.

²⁵ Vid. COELHO, Sacha Calmon Navarro. Op. cit., 1990, pág. 132-133, donde afirma que tal recusa es debida a que el Código Tributario Nacional trata de temas que, lejos de constituirse en normas generales, invaden la competencia privativa de las personas políticas, en flagrante violación de la Constitución.

²⁶ Vid. COELHO, Sacha Calmon Navarro. Op. cit., págs. 132-134. Escribe este mismo autor que "De lado o sistema tributario, verifica-se que o direito brasileiro promana seguramente, em sua maior parte, das fontes legislativas federais" (el subrayado es nuestro), pág. 134.

En otra perspectiva hay un reconocimiento de la importancia del CTN como medio para un sustantivo desarrollo del derecho tributario en Brasil.

2. El código tributario nacional en el marco de la codificación en América Latina

Tras lo dicho, cabe ahora plantearse la posición del Código Tributario Nacional en el marco del movimiento codificador en América Latina. Debemos afirmar que no se trata de trazar aquí un cuadro de la evolución histórica de este proceso, sino de concretar algunas referencias puntuales acerca de este movimiento.²⁷

Se trata de presentar y comparar los rasgos más relevantes del diseño del Código Tributario Nacional en relación con los esfuerzos emprendidos por otros países en Latinoamérica. La primera nota sobre el tema es la indispensable referencia al Código Fiscal de la Federación Mexicana,²⁸ que se constituyó en la primera experiencia de codificación tributaria en América.²⁹

En los albores de los años 40 surge en Argentina un anteproyecto elaborado por el profesor GIULIANI FONROUGE; y es en 1953 cuando RUBENS GOMES DE SOUSA, profesor de la Universidad de

²⁷ El estudio sobre la evolución histórica ha sido realizado de forma muy valiosa por VALDÉS COSTA, Ramón. "La codificación tributaria en América Latina", en *Civitas-Revista Española de Derecho Financiero* n° 33. Madrid, enero/marzo 1982, págs. 95-111 y GIULIANI FONROUGE, Carlos M. Op. cit., 1964, págs. 241-268 y este mismo autor: *Derecho Financiero*. Vol. I. 2ª Edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1970, págs. 36-50. Acerca de este tema puede consultarse un estudio más reciente realizado por PITA GRANDAL, Ana María, "La doctrina y la codificación en América Latina". *Cuadernos Iberoamericanos de Estudios Fiscales* N° 3, septiembre-diciembre 1986, Madrid, págs. 545-558.

²⁸ La primera experiencia de codificación tributaria en el mundo fue la "Ordenanza Tributaria Alemana" que data del 13 de diciembre de 1919. Su versión original fue reformada por una Ley del 27 de noviembre de 1975, cuyos efectos fueron fijados para empezar a partir de enero de 1977 y que influyó sobremanera en el Código Fiscal de la Federación Mexicana de 1938.

²⁹ Vid. VALDÉS COSTA, Ramón. Op. cit., pág. 95, donde da numerosa bibliografía sobre los antecedentes de la codificación de México.

São Paulo, presenta un anteproyecto del código para Brasil, atendiendo a una petición del Ministro de Hacienda.³⁰

Estas son las referencias básicas de los antecedentes del CTN, pero será a partir de 1956, como afirma VALDÉS COSTA,³¹ cuando los estudios de derecho tributario en América Latina adquieren unidad a través de las Jornadas del Instituto Latinoamericano, que se configura como un gran forum de debates doctrinales,³² y donde, pudo promoverse el perfeccionamiento de los institutos financiero-tributarios nacionales mediante el intercambio entre profesores y especialistas en materia tributaria.

Conviene recordar un acontecimiento de indiscutible significación en este proceso de desarrollo de la doctrina y en especial en la codificación tributaria, nos referimos precisamente al modelo de Código Tributario para América Latina. En 1964 un Programa conjunto de los organismos internacionales, O.E.A./B.I.D./C.E.P.A.L, encarga a una comisión, cuyos miembros fueron: VALDÉS COSTA, de Uruguay, GIULIANI FONROUGE, de Argentina y RUBENS GOMES DE SOUSA, de Brasil, la elaboración del citado modelo de código tributario. Creemos que las influencias fueron recíprocas entre los proyectos de Códigos Tributarios de países como Argentina y Uruguay, en especial entre el proyecto de Código Tributario para América Latina, y el Código Tributario Nacional de Brasil.³³

Por lo demás, merece mención lo que PITA GRANDAL, con toda claridad, dice: "...la labor realizada por los tres autores en el ámbito de la doctrina latinoamericana determinó la asunción a nivel continental de una realidad ya palpable: la doctrina jurídico-tributaria había alcanzado

³⁰ Vid. en este mismo sentido, las observaciones de BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à ciência das Finanças*. 7. ed., 2 vols. Rio de Janeiro: Forense, 1971, pág.206.

³¹ Vid. VALDES COSTA, Ramón, Op. cit., pág. 96

³² Vid. sobre el Instituto Latinoamericano de derecho tributario y sus actividades a través de las **Jornadas**, una interesante síntesis hecha por RAMALLO MASSANET, Juan, "La elaboración corporativa del Derecho Tributario en América Latina". *Civitas-Revista Española de Derecho Financiero*, N° 33, enero/marzo de 1982, Madrid, págs. 80-93.

³³ Vid. En este sentido la posición sostenida por VALDÉS COSTA, Ramón. Op. cit., pág. 99.

cotas notables de unificación a la que todos los autores habían contribuido de una u otra forma."³⁴ (el subrayado es nuestro).

Siguiendo la pauta observada hasta aquí, hemos de plantear que, en términos de fundamentos teórico-doctrinarios, todos estos esfuerzos dirigidos a la unidad de la reglamentación jurídica del fenómeno tributario³⁵ en Latinoamérica, reflejan siempre, de una u otra forma, las construcciones teóricas alemana e italiana, y esta última a su vez ya consistía en una reelaboración de la doctrina germánica, según VALDÉS COSTA.³⁶ Interesa resaltar ahora, en pocas palabras, la cuestión de los principios jurídicos en la codificación latinoamericana, una vez que tal tema ha de ser visto principalmente por su trascendencia en la elaboración y posterior desarrollo del Derecho Tributario en América Latina -y en particular en Brasil-. Bajo este aspecto y uniéndonos a VALDÉS COSTA, el tema puede ser efectivamente estudiado desde dos puntos de vista: el primero de ellos se refiere a los vínculos del derecho tributario con el derecho constitucional; en segundo lugar, el entramado y vínculos con las demás ramas jurídicas.

Tómese como paradigma del primer enfoque el caso de Brasil, que bien puede configurar la hipótesis de un "Derecho Constitucional Tributario"; sobre esta formulación, cabe hacer referencia al intento de profundizar el análisis alrededor de los vínculos entre el Derecho tributario y el Derecho constitucional.³⁷ Los principios constitucionales más que meras fuentes normativas, como suelen plantear los positivistas

³⁴ Vid. PITA GRANDAL, Ana María. Op. cit., págs. 554-555.

³⁵ Vid. SAINZ DE BUJANDA, Fernando. Hacienda y Derecho: Introducción al Derecho Financiero de nuestro tiempo, I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, pág. 57, para quien, al comentar sobre el ámbito de la codificación fiscal, señala que: "... el sector del derecho público más sometido a revisiones y retoques es el Derecho Fiscal. Pero, en cambio, el estudioso destaca que la unidad lógica del fenómeno tributario impone la unidad de reglamentación jurídica".

³⁶ Vid. VALDÉS COSTA, Ramón. Op. cit., pág. 96.

³⁷ Vid. sobre este asunto: HENSEL, Albert. Diritto Tributario. Milano, Dott. A. Giuffré Editore, 1956; KRUSE, H. W. Derecho Tributario: Parte General. 3ª Edición. Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1978; UCKMAR, Victor. Os Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário. São Paulo, RT, 1976; VILLEGAS, Hector B. Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario. 2ª Edición. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1975, págs. 181-210.

extremados, son categorías fundamentales, instrumentos de conformación del ordenamiento jurídico-financiero -así como de todo el orden jurídico en general-. En este sentido ha escrito HUGO MACHADO que: "...el principio es un mandamiento nuclear de un sistema, verdadera base de ello, disposición fundamental que propaga influencia sobre distintas normas, (...) de donde se concluye la relevancia del principio y su supremacía sobre el conjunto del ordenamiento constitucional."³⁸

3. Conclusión

Dejando aparte toda una serie de cuestiones, que en el fondo no contribuyen al desarrollo de nuestro análisis, hay que destacar ahora que, sin embargo, los intentos de elaboración doctrinal sobre esta materia producidos por los tributaristas en Brasil, ha alcanzado resultados positivos más evidentes que los formulados en otros campos del derecho.³⁹

Tanto en lo que se refiere a los criterios materiales como a los formales, e insistiendo en las consideraciones apuntadas de forma general, pensamos que la literatura existente sobre el tema es suficientemente dilucidativa -con mayor o menor amplitud- para comprobar las recíprocas influencias de los códigos tributarios de Argentina, Brasil y Uruguay, y asimismo del Modelo de Código Tributario para América Latina, entre otros, adaptadas, como bien señala GIULIANI FONROUGE, a "...las características institucionales y tradiciones de cada país."⁴⁰

³⁸ Vid. MACHADO, Hugo de Brito. Os princípios jurídicos da tributação na constituição de 1988. São Paulo, RT, 1989, pág. 12; este autor apunta que sus análisis sobre el significado de los principios en el marco de este trabajo citado - tesis para ascender a la condición de profesor titular de Derecho Tributario en la Universidad Federal del Ceará/Brasil, en 1989 - refleja sin duda las construcciones teóricas del profesor SOUTO MAIOR BORGES de la Universidad Federal de Pernambuco.

³⁹ Vid. En este sentido, a modo de ejemplo, la extensa discusión en torno al tema de los principios constitucionales sobre la ordenación jurídica financiero-tributaria: ATALIBA, Geraldo. Op. cit., 1968; FALCAO, Amílcar de Araújo. Sistema Tributário Brasileiro. Rio de Janeiro, Edições Financeiras, 1965; DORIA, Antonio Roberto Sampaio. Direito Constitucional Tributário e "Due Process of Law" ensaio sobre o controle judicial da razoabilidade das leis. 2. ed. revista. Rio de Janeiro, Forense, 1986; y MACHADO, Hugo de Brito. Op. cit., 1989.

⁴⁰ Vid. GIULIANI FONROUGE, Carlos M. Op. cit., 1970, pág. 48.