



ESMAL

Revista da ESMAL

2

PUBLICAÇÃO OFICIAL
ANO II . Nº 1 . JANEIRO/JUNHO 2003

ISSN 1678-0450

REVISTA DA ESCOLA SUPERIOR DA
MAGISTRATURA DO ESTADO DE ALAGOAS

ANO I
NÚMERO 2

REVISTA DA ESMAL	Maceió	Ano I	n. 2	295p.	jan./jun. 2003
------------------	--------	-------	------	-------	----------------

**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/>

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

Revista da ESMAL / Escola Superior da Magistratura do Estado de
Alagoas. – N. 2 (2003)
- Maceió : ESMAL. 2002 –

Semestral

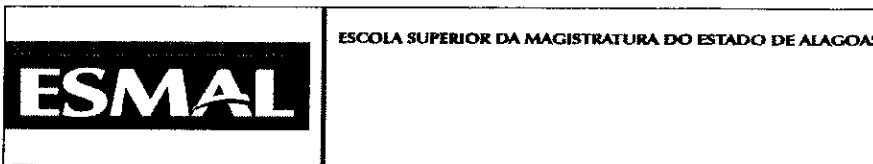
ISSN 1678-0450

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

CDD: 340

**Capa
Tiago Amaral**

**Projeto editorial
Antonio Carlos Marques da Silva**



DIREÇÃO

Diretor

DESEMBARGADOR GERALDO TENÓRIO SILVEIRA

Coordenador Geral de Cursos

JUIZ GUSTAVO SOUZA LIMA

Subcoordenador

JUIZ ALBERTO JORGE CORREIA DE BARROS LIMA

Secretária Geral

ALLINE PEDRA JORGE

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

Foi com muita satisfação que, havendo assumido no mês de fevereiro do corrente ano a presidência do Tribunal de Justiça de Alagoas, também passei a dirigir a Escola Superior de Magistratura de Alagoas – ESMAL, instituição que abrilhanta o Poder Judiciário alagoano, como instrumento difusor da nossa cultura jurídica. Por isso, é com renovada satisfação que venho registrar o lançamento do segundo volume da *Revista da Esmal*, o primeiro a ser editado na minha gestão na direção da Escola.

Lançada com brilho pelo meu antecessor, o excelentíssimo desembargador José Fernando Lima Souza, a *Revista da Esmal* logo alcançou prestígio entre a classe jurídica alagoana, pelo alto nível dos artigos editados, trazendo a lume salutares discussões doutrinárias num momento em que muitos “Cursos de Direito” se preocupam apenas em formar profissionais conhecedores da lei, sem atentarem para a necessidade da construção da imprescindível base teórica e ética e da conscientização dos seus alunos quanto ao compromisso com a realização da Justiça.

Egressos de tais cursos jurídicos, em raras oportunidades os que trabalham com o Direito encontram espaço adequado à reflexão dos conceitos associados à sua aplicação como instrumento de solução e pacificação dos conflitos sociais, e no uso da sensibilidade para ajustar a lei ao caso concreto, dentro dos preceitos da ética e do bem comum. Como magistrado de carreira e ex-presidente da agora Associação Alagoana de Magistrados, sempre me posicionei a favor da necessidade de investir o Estado na formação profissional dos membros da magistratura que estivesse voltada não só para a dogmática e a legislação, mas também para o despertar da sua consciência crítica de que o juiz não pode ser um exagerado cultor dos textos legais, mas deles fazer brotar as decisões ajustadas aos

princípios do Estado Democrático de Direito, no qual a igualdade, a liberdade e a dignidade devem ocupar sempre lugar privilegiado.

Por isso é que a *Revista da Esmal*, como pregoeira da proposta educativa e conscientizadora da Escola, que visa à formação de profissionais voltados para a magistratura e, de um certo modo, para as carreiras jurídicas em geral que tenham na consciência social e na ética os fundamentos para sua atuação, encontrará na Presidência do Tribunal de Justiça e na Direção da Escola todo o apoio, incentivo e entusiasmo necessários para que prossiga sua trajetória, divulgando o pensamento jurídico dos magistrados, professores e alunos da ESMAL, bem como juristas que com sua colaboração venham abrilhantar sua edição, pautando sempre por servir à pessoa humana como destinatária final e privilegiada de seus esforços e de sua atuação.

Desembargador GERALDO TENÓRIO SILVEIRA

Presidente do Tribunal de Justiça de Alagoas
Diretor da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas

APRESENTAÇÃO

Organizar, editar e lançar uma revista jurídica é sempre uma tarefa das mais penosas, e reflete uma disposição inabalável de superar a falta de verbas e patrocínios, e a escassez de tempo e disposição dos bons juristas para escreverem e divulgarem seus trabalhos sem uma recompensa financeira por tão árdua incumbência.

Por conta disto, foi com salutar orgulho e alegria que testemunhamos a generosa recepção obtida pela *Revista da Esmal* não só junto ao seletto grupo cultores do Direito que participaram com seus textos da primeira edição, mas também entre a classe de operadores jurídicos de Alagoas e dos demais locais onde a Revista teve divulgação, dos quais temos recebido os mais incentivadores apoios e sadias críticas.

Assim é que, no lançamento do seu segundo volume, a *Revista da Esmal* já apresenta uma maturidade invejável para os seus verdes anos, pois tem a honra de conter não só trabalhos de renomados escritores alagoanos e de outros Estados brasileiros, mas também de figura das mais conhecidas nos meios jurídicos internacionais, como o insigne constitucionalista português Jorge Miranda, Diretor da Faculdade de Direito de Lisboa.

Fiel, portanto, ao propósito anunciado de divulgar não só a doutrina local e a produzida pelos magistrados, mas toda aquela que traga relevantes contribuições e seja criativa e instigadora, que inspire e instigue a reflexão, a *Revista da Esmal* reafirma seu propósito de contribuir para o estudo e a discussão do Direito dentro de uma perspectiva mais atual e voltada para os reais interesses da Sociedade, evidentemente que sem nenhum propósito de zoneamento ideológico ou intelectual, pois todas as tendências e correntes doutrinárias terão espaço e acolhimento no que contribuam e somem à boa discussão.

Prossegue, assim, a Revista no seu intento, que não é modesto nem de fácil realização, mas que encontra sua justificativa na atenção despertada em cada leitor, em cada crítica formulada, nas discussões estimuladas e nas brilhantes contribuições que renomados autores lhe vêm destinando.

Investindo na difusão da cultura jurídica, almeja continuar contribuir para o aprimoramento da aplicação do Direito e para a atualização dos seus profissionais, instrumentalizando-os com a melhor e mais atualizada doutrina, para que ele seja tornado realidade sem prejuízo da dignidade humana e funcione como garantia dos direitos fundamentais.

O CONSELHO EDITORIAL

SUMÁRIO

IMPRECISÕES QUANTO À NORMA JURÍDICA	
Alberto Jorge Correia de Barros Lima	11
A CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA DAS VÍTIMAS DE DELITO: ANÁLISE ATRAVÉS DE PESQUISA DE CAMPO REALIZADA NO MUNICÍPIO DE MACEIÓ	
Alline Pedra Jorge & Lavínia Cavalcanti de Mello Lima	27
NOTAS SOBRE O PROCEDIMENTO MONITÓRIO NO DIREITO COMPARADO	
André R. C. Fontes	45
A REESTRUTURAÇÃO DAS RELAÇÕES INTERGOVERNAMENTAIS NO BRASIL: A IMPORTÂNCIA DO ART. 23 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	
Andreas J. Krell	55
CONTRATO PRELIMINAR	
Eduardo Messias Gonçalves de Lyra Junior	85
CRIANÇA E ADOLESCENTE ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIOLÓGICOS DO ATO INFRACIONAL	
Elaine Cristina Pimentel Costa	119
A CRISE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PARTICIPAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL	
Felipe Vasconcellos Cavalcante	129
INOVAÇÕES NA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA E A RESOLUÇÃO PARCIAL DO MÉRITO	
Fredie Didier Jr	149
PODER JUDICIÁRIO: JUSTIÇA E CIDADANIA	
Humberto Martins	185
POSITIVISMO CULTURALISTA DA ESCOLA DO RECIFE	
João Maurício Adeodato	195
SOBRE CONFLITOS INTERNACIONAIS	
Jorge Miranda	217

A FALTA DE EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS CONTRA AS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO	
José Barros Correia Junior	241
CONCEITOS INDETERMINADOS NO DIREITO TRIBUTÁRIO	
Manoel Cavalcante de Lima Neto	255
CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DEBATE SOBRE A CORRETA COMPREENSÃO PARADIGMÁTICA DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL: UMA ABORDAGEM PROBLEMATIZADA COM A REALIDADE PERIFÉRICA BRASILEIRA	
Ricardo Tenório.....	273

IMPRECISÕES QUANTO À NORMA JURÍDICA ^(*)

Alberto Jorge Correia de Barros Lima ^(**)

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO: Divergências conceituais quanto à Norma Jurídica.
II. ASPECTOS DA NORMA JURÍDICA: 2.1. Norma Jurídica e Sanção.
2.2. Norma Jurídica, Direito e Lei. 2.3. Características das Normas Jurídicas. 2.4. Norma Jurídica e indeterminação.

I. INTRODUÇÃO

1. Divergências conceituais quanto à norma jurídica

Os conceitos são sempre restritos. Toda vez que conceituamos algo, ainda que depuremos suas características fundamentais, afastamo-nos de outros caracteres que também são importantes. Assim, ficamos sempre entre a imprecisão das generalizações e as limitações da particularidade.

Ainda que possamos nos valer de dados empíricos, tão caros ao positivismo e ao modelo de ciência por ele influenciado, não é possível uma definição absoluta sobre os entes. Isso, de certo modo, traz um determinado conforto para aqueles que se deparam com as imprecisões, de toda a ordem, que dizem respeito à norma jurídica. Todavia, invariavelmente permanece a perplexidade diante de tanta falta de consenso.

Na física, na biologia, na química, enfim, em tantos outros campos do saber, sem embargos da perda de crença na verdade

(*) Trabalho originalmente produzido para a cadeira de Filosofia do Direito do Programa de Doutorado da Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco. Para atender as prescrições editoriais o texto foi resumido.

(**) Mestre e Doutorando em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco; Prof. Sub-Coordenador da Escola Superior da Magistratura de Alagoas; Prof. Substituto – Assistente I – da Universidade Federal de Alagoas; Juiz de Direito.

absoluta e eterna, reina, por certo, maior rigor, precisão, e o que é mais importante, consenso entre os estudiosos sobre o objeto em estudo.

Com o direito, tal fato não ocorre e isso acontece, primordialmente, por conta da ausência de precisão com a sua linguagem. Ademais, não é possível estabelecer uma teoria geral válida para todas as épocas e lugares. A universalidade do fenômeno jurídico talvez só se encontre em duas características: i) em um conjunto de pauta de condutas e, ii) em uma instância, ou instâncias de decisão dos conflitos. Para além, careceríamos de pressupostos inafastáveis (v.g. históricos, políticos, de organização social etc.) se tencionássemos construir também uma teoria.

As leis, provavelmente, são tão antigas quanto a arte da escrita, mas as normas, tais quais hoje nós “conhecemos” e como hoje são estruturadas, constituíram-se a partir do modelo de Estado formado a começar pela Revolução Francesa¹. Destarte, qualquer tentativa de conceituação da norma jurídica há necessariamente de se adequar a este limite histórico, separando as regras produzidas na antiguidade e no período clássico (greco-romano) das normas hoje estatuídas.

Porém, ainda que estribados em marcos históricos, não podemos olvidar que as concepções existentes sobre a norma jurídica dependem, em maior ou menor grau, das concepções filosóficas que afetaram e afetam os estudiosos de sua gênese, sem mencionar, que vários dos efeitos e várias das características das normas, os quais poderiam ajudar na depuração de seu conceito, sofrem variações dependentes do lugar onde foram produzidas e aplicadas.

O presente trabalho, sem maiores pretensões, planeia destacar alguns aspectos das imprecisões concernentes às normas jurídicas. Desde a problemática atinente às sanções, que para alguns integram, invariavelmente, a estrutura destas normas, até a confusão conceitual e a-histórica que se faz entre norma, direito e lei. Outrossim, tenciona realçar de modo breve os critérios mais destacados pela doutrina para distinguir as normas jurídicas das demais ordens normativas e, em

¹ Ver, com outro enfoque, ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica**. São Paulo: Saraiva, p. 114.

seguida, já concluindo, evidenciar a constante indeterminação dos conceitos que as normas jurídicas carregam.

II. ASPECTOS DA NORMA JURÍDICA

2.1. Norma Jurídica e Sanção

Do ponto de vista formal, juristas importantes asseveram que a norma jurídica é uma proposição², ou seja uma reunião de palavras, sinais, que têm um significado em conjunto. Essa proposição, para muitos autores, é sempre prescritiva, vale dizer, é uma diretiva de comportamento que se apresenta, na linguagem lógica, com a seguinte estrutura: “Se é X, deve ser Y”. Tal estrutura, como exemplo, é utilizada tanto para a prescrição “se não pagares em dia, deves ser multado”, como para a prescrição: “se roubares alguém, deves ser punido com reclusão e multa”.

Em face dessa estrutura, discute-se acerca da sanção. Para KELSEN³, não existe norma jurídica sem sanção. Afirma ele que o direito é uma ordem coativa. Isso não significa que pertença à sua essência “forçar” a conduta prescrita pela norma jurídica. A coação, aduz KELSEN, só terá efeito quando se verificar o comportamento contrário ao direito, exatamente para este caso é que são estatuídos os atos coativos, os quais funcionam como sanção.

A sanção assim, integraria sempre a estrutura da norma jurídica. Tal estrutura seria dúplice, composta por uma norma primária e uma norma secundária dando forma a um juízo fundado em hipótese.

A norma primária, para KELSEN, é prescribente de uma sanção, operando quando a norma secundária – a ordem de uma conduta para determinada situação de fato – for descumprida⁴.

² Ver, por exemplo, BOBBIO, Norberto. **Teoria General del Derecho**. Trad. Eduardo Roza Acuña. Madrid: Debate, 1991, p.55.

³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. J.B. Machado, 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p.37-8.

⁴ Tal terminologia é abandonada por Kelsen na segunda edição da Teoria Pura do Direito, onde passou a chamar as normas secundárias anteriores de normas jurídicas não-autônomas. Segundo Maria Helena Diniz (*in A*

Neste passo, KELSEN entende a sanção como necessária para toda norma jurídica⁵. Não fosse assim, segundo ele, a diferenciação entre direito e moral só poderia vingar pela origem, rejeitando-se toda e qualquer definição do direito que não o determine como ordem de coação⁶. Toda norma sem sanção seria norma incompleta ou norma jurídica não-autônoma, carecendo de outra estatuidora de um ato de coerção para ter validade.

No que pese a forte influência kelseniana, vários autores insurgiram-se contra a idéia de sanção como elemento essencial da norma jurídica. Entre nós, PONTES DE MIRANDA⁷ adota a posição de que na caracterização da norma jurídica completa, basta, tão

Ciência Jurídica. São Paulo: Saraiva, 1995, p.102), Kelsen teria reduzido todas as normas a um só tipo, denominado *imperativo sancionador*. Entretanto, o próprio Kelsen em sua obra póstuma **Teoria Geral das Normas** (Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p.181-3), torna a usar a terminologia primeira, porém com uma diferença, agora a norma primária é a que descreve a conduta e norma secundária a que contém a sanção. Marcos Mello (*in Teoria do Fato Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.29), contudo, adverte que embora seja possível entender-se haver Kelsen revisto a concepção original, tal entendimento deve ser visto com reservas, arrolando os motivos e contradições os quais merecem a admoestação, ante conclusões precipitadas.

⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. L. C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p.65. Citando um exemplo, diz ainda o autor que "não se deve roubar; se alguém roubar será punido. Caso se admita que a primeira norma, que proíbe o roubo, é válida apenas se a segunda norma vincular uma sanção ao roubo, então, numa exposição jurídica rigorosa, a primeira norma é, com certeza, supérflua. A primeira norma, se é que ela existe, está contida na segunda, a única norma genuína". Nota-se assim a importância vital da sanção na teoria kelseniana.

⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, op. cit., p.59-60. Acresce ademais que, "se o costume é considerado pela Constituição como um fato produtor de normas jurídicas, então toda Moral constituiria parte integrante da norma jurídica, na medida em que suas normas são efetivamente produzidas pela via consuetudinária".

⁷ **Tratado de Direito Privado**, tomo I, 4. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, p.25-26. Adverte Pontes que para se dar "a incidência da regra jurídica, é preciso que todo suporte fático necessário exista". Ver também MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico**, op. cit., p.31.

somente, a *descrição* de um fato (chamado por ele de *suporte fático*) e a *prescrição* de efeitos jurídicos a ele especificamente imputados, independente de serem esses efeitos uma sanção. Deste modo, afirma que tanto a norma primária como a secundária podem ser, ambas, uma proposição jurídica completa. A menção a um fato (*suporte fático*) e a um preceito é bastante.

LARENZ⁸, criticando a teoria imperativista, que quer reservar como normas jurídicas apenas as proposições imperativas, ou seja, aquelas disposições jurídicas que, em última análise, restringem-se a prescrever ou proibir determinadas condutas, assegura que nem toda a norma jurídica contém, precisamente, um comando ou uma proibição, mas contém decerto uma ordenação de vigência. O sentido como proposição normativa é de colocar em vigência conseqüências jurídicas.

Com uma posição mais extremada, HART entende que somente as normas penais possuem sanção, vez que se caracterizam como ameaça de uma imposição aflitiva, cujo propósito é a conduta proibida⁹.

BOBBIO¹⁰, em outro enfoque, destaca também o aspecto *premial* das sanções. Estas, segundo ele, são postas pelo ordenamento jurídico *para obter* um dado comportamento humano que o legislador considera desejável, pouco importando, em tal conceito, se a sanção é positiva ou negativa. Redimensiona o pensador peninsular o que chama de “função promocional” do ordenamento jurídico, na qual o aumento vertiginoso das chamadas normas de organização (aquelas com as quais o Estado regula sua própria atividade assistencial, fiscalizadora e produtora) confere às *sanções positivas* um outro relevo¹¹.

Para BOBBIO, existem também normas sem sanções, coexistindo com as demais no ordenamento jurídico. Em todo o

⁸ LARENZ, KARL. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. J. Lamengo. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.358.

⁹ HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Trad. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p.34-5 e *passim*.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura alla funzione**. Milão, 1977, apud FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, apresentação. 6. ed. Brasília: ed. UNB, 1995, p.11.

¹¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio, op. cit., p.12-13.

ordenamento existem normas as quais ninguém poderia indicar qual a consequência desagradável imputada em caso de violação¹².

Na verdade, o estudo da norma não pode se isolar do contexto sistemático (o ordenamento) em que ela está inserida. É perfeitamente possível contrariar KELSEN afirmando que não faz parte da estrutura da norma uma sanção, todavia não se pode dizer, como BOBBIO, que inexistem “consequências desagradáveis” para violação de “certas” normas. Ora, violada qualquer norma, cuja validade seja inquestionável, os sujeitos atingidos por tal violação podem e têm direito de cobrar os efeitos que porventura lhes aproveitava em detrimento, inclusive e possivelmente, daqueles que transgrediram a norma.

2.2. Norma Jurídica, Direito e Lei

Norma jurídica, direito e lei são expressões empregadas indistintamente como sinônimas. O normativismo kelseniano sempre influenciou nessa direção. Todavia, é preciso separar os termos, empregando-os devidamente, sem embargos de que não significa erronia utilizá-los, por vezes, com a mesma significação.

Há uma ampla produção acadêmica destinada a investigar o que é o direito. Como demonstra HART¹³, ainda que se limite à teoria jurídica dos últimos 150 anos, deixando de lado a especulação clássica e medieval pertinente à “natureza” do direito, encontraremos uma situação sem precedentes em qualquer outra matéria estudada sistematicamente como disciplina acadêmica autônoma.

É que, não obstante outros enfoques, há um problema semântico com o vocábulo direito que antecede qualquer investigação e cabe-nos aqui destacar. Direito é uma palavra polissêmica, comportando assim várias significações. Numa classificação heurística, podemos dizer que o direito pode ser tido como: a) direito em sentido

¹² BOBBIO, Norberto. **Teoria General Del Derecho**, op. cit., p.129: "No hay duda que en todo ordenamiento jurídico existen normas de las cuales nadie sabría indicar cuál es la consecuencia desagradable imputada en caso de violación. No hay jurista que no pueda citar un cierto número de casos, tanto en el derecho privado como, y sobre todo, en el derecho público."

¹³ **O Conceito de Direito**, op. cit., p.5.

objetivo; b) direito em sentido subjetivo; c) direito em sentido epistemológico; d) direito em sentido avaliativo e, e) direito como justiça¹⁴.

Direito em sentido objetivo quer significar um conjunto de pautas de conduta, variáveis no tempo e no espaço, consoante a organização de cada povo. A partir do denominado Estado Moderno no mundo ocidental, estas pautas constituirão monopólio desse Estado¹⁵ e, com o movimento de codificação e posterior desenvolvimento da dogmática jurídica, serão vistas como normas, como hoje as conhecemos.

No sentido subjetivo, que muitos autores, também por influência de KELSEN, opõem-se, o direito quer significar uma faculdade, uma prerrogativa pertencente a alguém e que pode ser imposta a outrem. Quando afirmamos, por exemplo, que temos direito sobre um computador, negamos que ele pertença a outra pessoa e que ela possa utilizá-lo como seu, empregando o termo como prerrogativa nossa.

Epistemologicamente, direito não é outra coisa senão um saber, uma técnica ou arte, ou como preferem muitos juristas, uma ciência, um conjunto organizado de conhecimentos sobre um objeto – o direito nas suas mais variadas acepções – que se vale de um método para provar as suas afirmações.

Como valoração ou avaliação moral do comportamento de uma pessoa, empregamos a palavra direito, agora em sentido valorativo, como ética. No momento em que dizemos, por exemplo, “João não agiu direito”, empregamos o vocábulo com essa conotação.

¹⁴ Classificação utilizada a partir de anotações em sala de aula da matéria **Teoria Geral do Direito** ministrada pelo professor Eduardo Rabenhorst no Doutorado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, 2001. Vide ainda, no mesmo sentido, ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**, op. cit., p. 16.

¹⁵ Foi HOBBS o principal teórico da chamada unidade jurídica. O modelo de Estado Moderno fundado em suas concepções, é aquele que detém o monopólio das leis. A partir de então, o direito confunde-se com a criação voluntária do legislador. O sucesso do sistema hobbesiano, neste aspecto, fez expandir, como anota VILLEY, a artificialidade do direito, sua redução “ao texto da lei” (in **Filosofia do direito - Definições e fins do direito**. Trad. Alcides F. Bueno Torres. São Paulo: Atlas, 1977, p. 123).

Por derradeiro, o direito é ainda utilizado significando justiça, ou como o justo. Aliás, não são poucos os autores que adotam essa concepção. No famoso livro de IHERING, **A Luta pelo Direito**, tanto no título como no conteúdo, o autor, não obstante utilizar também a expressão justiça, persegue o direito como se fosse o justo¹⁶.

Em cada uma das significações, diferentes investigações podem ser empreendidas. Contudo, somente na primeira acepção, direito em sentido objetivo, é que podemos dizer, limitados por uma determinada época (a partir do Estado Moderno) e um determinado lugar (o mundo ocidental) e ainda assim parcialmente, que direito é sinônimo de norma jurídica.

Pertinente às leis, também elas sofreram um processo de mutação com a evolução da dogmática jurídica. As leis que hoje conhecemos têm características bem diversas daquelas estatuídas, por exemplo, na antiguidade, como o código de Hamurabi e no período greco-romano, como o “código” de Justiniano e as leis de Drácon e Sólon.

Fixadas por vários parâmetros formais, as leis modernas são fontes de cognição do direito¹⁷, são, em verdade, um meio de transporte privilegiado que carrega consigo as normas jurídicas. A lei nada mais é que uma forma para veicular as normas, que obedece, na atualidade, a um determinado processo¹⁸ no chamado Estado Democrático de Direito: a intervenção dos representantes do povo em suas casas legislativas, observadas certas regras procedimentais ou

¹⁶ IHERING, Rudolf von. **A Luta pelo Direito**. Trad. R. Paul Neto. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983. Logo no início da leitura, na página 15 o leitor pode ler: “o direito não é uma simples idéia é uma força viva”.

¹⁷ O problema das fontes do direito torna-se importante a partir do Estado Moderno, vez que passa ele a ser, praticamente, a única fonte de **produção** das normas de direito. Daí que, formulada noutros termos, a questão das fontes diz respeito à própria validade das normas jurídicas. Elas somente serão válidas se produzidas por fontes autorizadas, vale dizer, pelo próprio Estado ou quando por ele anuído. Vide BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Trad. Márcio Pugliese e outros. São Paulo: Ícone, 1995, p.161.

¹⁸ Ressalta BOBBIO, **O Positivismo Jurídico**, op. cit., p. 162, que as leis sofrem uma regulamentação por normas dispostas em outras leis estabelecidas. A isso ele denomina *regulamentação da regulamentação*.

trâmites, como iniciativa, maioria dos votos, quorum privilegiado, votação em casas separadas e ademais concordância (sanção) e promulgação do chefe do Poder Executivo.

Quanto às normas jurídicas, consoante antes mencionado, são proposições, ou por outras palavras, são enunciados, um conjunto de sinais, que têm um significado quando se integram. São proposições prescritivas, pois se prestam a uma determinação de comportamento. KELSEN¹⁹ as concebe como sentidos de um querer, de um ato de vontade. Norma, diz ele, “é o sentido de um ato dirigido a conduta de outrem, e um ato, cujo sentido é que um outro (ou outros) deve (ou devem) conduzir-se de determinado modo”. Sendo a norma na visão de KELSEN um ato de vontade (do legislador) é inegável que ela comporta considerações sobre sua finalidade subjetiva, o que implica, invariavelmente, em imprecisão.

Como prescrições, as normas sujeitam-se à dicotomia válido e inválido. Mas tal validade não é somente observada sob a perspectiva formal – quando a norma não está em contradição com a que lhe é superior, quando observa o procedimento previsto, quando emana de quem tinha competência para fazê-lo, etc – observa-se também a chamada validade social, que diz respeito à sua efetividade, ou seja, se de fato está surtindo efeitos e, por fim, a validade axiológica, referente à sua compatibilidade com os valores fundamentais nos quais o direito deve se inspirar, ou, simplesmente, por um prisma juspositivista, com os valores em voga.

Da primeira forma, cuida a dogmática jurídica, da segunda, mais precisamente, cuida a sociologia jurídica e da terceira a filosofia do direito, isso sem significar que a filosofia, por exemplo, restrinja suas investigações somente a este aporte e não aos demais, bem assim sem desconhecer que existe corrente – a escola realista do direito – que entende o fenômeno jurídico também e necessariamente como realidade social²⁰.

¹⁹ *In Teoria Geral das Normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p.3.

²⁰ Um dos nomes mais destacados dessa escola, conhecida também como “escola de Copenhague” ou realismo escandinavo, é o do dinamarquês Alf Ross. Desse autor vide, especificamente, **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000, p.63-5 e passim.

Entendendo as normas jurídicas como diretivas de comportamento, resta distingui-las, a luz do que já foi estabelecido pela ciência do direito, de outras normas também prescritivas. É o que faremos a seguir.

2.3 Características da Norma Jurídica

As normas de religião, de moral e as dos usos, costumes ou convenções sociais são também normas prescritivas, mas que diferem, segundo a doutrina jurídica, das normas de direito. A primeira distinção faz-se com base na heteronomia. As normas da moral são autônomas²¹, são de “competência e eleição exclusivas do próprio sujeito”, enquanto as normas jurídicas são fixadas independentes do sujeito em questão. Tomada amplamente, a heteronomia revela-se numa especificação da exterioridade²². A geração das normas jurídicas processa-se fora do sujeito, é-lhe exterior.

A bilateralidade, ou alteridade, é outro critério distintivo bastante utilizado pela dogmática. As normas jurídicas sempre vinculam dois ou mais sujeitos, atribuindo-lhes direitos e obrigações correspondentes. Embora haja vinculação entre sujeitos em várias normas religiosas e morais, estas não são dotadas de um vínculo entre eles, de modo que um possa exigir certa obrigação e o outro tenha o dever de cumpri-la.

Também a coercibilidade distingue as normas jurídicas das outras espécies de normas. Como acima observado, as normas jurídicas impõem vínculos entre dois ou mais sujeitos, estabelecendo uma relação de direitos correlacionados a deveres. Em não sendo observada essa relação, a norma que a estabeleceu pode valer-se pela força, impor-se de forma coativa. A norma jurídica, no dizer de DEL VECCHIO²³, é criada em razão de uma possível violação e frente a esta possibilidade existe uma outra que lhe é paralela: *a possibilidade de resistência à violação*. A coercibilidade das normas jurídicas, pois, é virtual ou latente, do mesmo modo que a violabilidade a que se destina fazer frente.

²¹ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p.105-6.

²² ADEODATO, **Ética e Retórica**..., op. cit., p.23.

²³ DEL VECCHIO, Giorgio. **Filosofia do Direito**. Trad. Antônio José Brandão. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p.394-6.

A coercibilidade não deixa de ser resultante da imperatividade das normas jurídicas, as quais, como em diversas passagens reportado, são prescritivas de comportamento e não normas de recomendação ou de aconselhamento. Para TELLES JÚNIOR²⁴, a coercibilidade não é característica da norma jurídica, mas apenas um corolário do autorizamento, vez que para esse autor a norma jurídica é um imperativo autorizante, em razão de autorizar o emprego dos meios legais para exigir dos seus infratores o cumprimento do que ela determina ou a reparação do que foi causado pela violação.

Generalidade e abstração são também caracteres atribuídos às normas jurídicas. Diz-se delas genéricas, porquanto são preceitos que obrigam todos aqueles agasalhados sobre uma mesma situação jurídica. São tidas por abstratas em virtude de não se dirigirem a um específico caso concreto, mas a uma gama variada de situações. É discutível se a generalidade e a abstração são critérios para a distinção pretendida. Há normas religiosas, morais e convenções sociais também genéricas e abstratas.

O certo é que não existe consenso entre os juristas quanto às características da norma jurídica, até porque não há concordância quanto à sua definição. Todavia, os caracteres distintivos acima expostos possibilitam uma aproximação do que representam e ainda assim devem ser considerados a partir de um dado momento histórico, a partir do Estado Moderno, porquanto na idade média, no período greco-romano ou nas culturas distantes (antiguidade) não poderíamos nos valer de muitos dos pressupostos necessários ao diferencial.

No que pese a apartação trabalhada por Kelsen entre norma jurídica e proposição jurídica²⁵, não há como deixar de observar que desde o momento em que o ser humano passa a ter uma vida gregária, labora pautas de comportamento para regar a vida comunitária. Essas pautas, agora proposições, tidas como integrantes ou, mais precisamente, como objetos da norma jurídica, são sempre indeterminadas, uma vez que não se pode, rigorosamente, precisar-

²⁴ TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Iniciação na Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.43 e passim. Do mesmo autor vide **O Direito Quântico**. São Paulo: Max Limonad, 1971, especificamente o capítulo VI.

²⁵ Kelsen, Hans. **Teoria Geral das Normas**, op. cit., p.194-6.

lhes seu real significado. O último tópico deste trabalho discorrerá sobre aspectos desta indeterminação.

2.4 Norma jurídica e indeterminação

A palavra norma é em si indeterminada. HOUAISS²⁶ anota onze acepções para o vocábulo. Desde sinônimo de padrão, até com a significação matemática de “comprimento de um vetor”. Etimologicamente vem do latim – *nōrma* – significando: esquadro, regra, modelo. Já o adjetivo jurídico(a), também com origem latina – *juridicus* – expressa conformidade com o direito, aquilo que se faz por via da justiça, o que é legal, lícito²⁷. Logo, pode-se apressadamente concluir que norma jurídica quer dizer modelo do lícito, padrão ou regra do que é legal, do que é permitido. Mas tal definição deixa muito a desejar.

Já nos reportamos acima que os elementos universais do direito objetivo, ou, por outras palavras, os elementos que sempre caracterizaram-se no conceito de direito objetivo, foram um conjunto de pautas de condutas e uma instância ou instâncias de decisão de conflitos.

Desde os primórdios da civilização humana, excluído o período pré-histórico, é possível afirmar que os seres humanos estatuíam pautas de conduta para (con)viver socialmente. Primeiro foram os tabus, bem depois surgiram regras isoladas e, modernamente, falamos em normas sistematizadas. Com o surgimento do Estado Moderno e, mais tarde, o movimento de codificação, viemos a conhecer normas inseridas em um sistema e transportadas por leis.

Essas normas escritas, postas, positivadas, são carregadas de conceitos, que podemos afirmar de logo, sempre indeterminados. Isso porque a norma posta, primeiramente, é só e tão só um dado de entrada²⁸ e, ademais, “reproduz significações ditas

²⁶ Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2027.

²⁷ Idem, p. 1694.

²⁸ STRECK, Lênio Luiz, **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 18. Apoiado em Eros Grau, Lênio distingue o que chama de **texto jurídico** da norma jurídica, isso porque,

por códigos lingüísticos e por múltiplos processos de interação social”; os termos nela contidos não são unívocos; mesmo que qualificadas como técnicas, suas palavras mantêm também imprecisões; o signo submete-se à gradual e incessante mudança em sua significação, frente ao tempo e determinada por forças sociais e históricas; o signo depende de sua correlação com a totalidade e outros signos. Por fim, pode-se ainda colocar a “dependência que a significação jurídica possui de termos que integram campos associativos ausentes em seu discurso”²⁹.

A Norma é um conceito, uma idéia que fazemos a respeito de um evento real. Por evento real entende-se, segundo ADEODATO³⁰, o acontecimento único e irrepetível que se coloca presente na experiência do sujeito cognoscente.

O sujeito, no processo de conhecimento, para apreender o evento, aquilo que acontece, o que está diante de si, desenvolve com seu aparato cognoscente conceitos ou, mais precisamente idéias e para compartilhá-las com outros sujeitos, vale-se de expressões lingüísticas. Para ADEODATO, na esteira dos teóricos do conhecimento, há um abismo gnoscológico intransponível entre o evento e as idéias e um outro abismo entre estas e as expressões. Por outras palavras: o que nós “conhecemos” não corresponde exatamente ao objeto ou evento “conhecido” e nossa comunicação aos outros sujeitos do que “conhecemos” sequer corresponde às nossas idéias. Isso vale para qualquer campo do conhecimento, seja a biologia, seja a própria física e

para ele, o texto (preceito, enunciado etc.) é alográfico, ou seja “não se completa com o sentido que lhe imprime o legislador. Somente estará completo quando o sentido que ele expressa é produzido pelo intérprete, como nova forma de expressão.”

²⁹ CUNHA, Rosa Maria Cardoso. **O Caráter Retórico do Princípio da Legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979, p.95-105.

³⁰ ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica...**, op. cit., p.288.

com maior intensidade nas ciências ditas jurídicas, precipuamente em face das abstrações nelas existentes e da forte carga axiológica levada a cabo no processo de conhecimento. Quando “conhecemos” algo, estamos apreendendo essa coisa de modo muito particular, pois carregamos conosco uma série de conceitos ou pré-conceitos já fixados. As influências maternas e paternas, as do sistema dominante, as religiosas, as do ambiente físico, as sócio-culturais, persuadem marcadamente aquilo que apreendemos³¹.

Todavia, se não se pode afirmar que um conceito é absolutamente determinado, é possível dizer que o grau de indeterminação dos conceitos pode variar extremamente: de um lado tornando possível um consenso generalizado em torno dele (v.g. o conceito de “cadeira” dificilmente suscitará grandes dúvidas³²), de outro, tornando difícil a obtenção do consenso (v.g. o que deve se entender por honesto(a) ? Por periculosidade ? Ou por boa fé) ou mesmo quase impossível, nos casos em que a interpretação de certos conceitos associam-se às perspectivas pessoais de cada pessoa, fincada de acordo com o que cada um de nós internalizamos durante toda nossa existência (padrões morais, sociais, religiosos, enfim, culturais)³³.

Afirma HART que, seja qual for o processo pautado, precedente ou legislação, para comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante a facilidade com que atuam sobre a maioria dos casos existentes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que sua aplicação esteja em questão; “possuirão aquilo que foi designado como *textura aberta*”. Mais à frente, o professor de Oxford assevera que somos seres humanos e não deuses e “é um

³¹ Ver ADEODATO, João Maurício, *Ética e Retórica...*, op. cit, p.288-94.

³² Embora alguns arquitetos brinquem com esse conceito, tornando difícil para o observador precisar se o objeto posto diante de si, trata-se efetivamente de uma cadeira, de um centro, uma mesa, ou um detalhe da decoração.

³³ SOUZA, Antônio Francisco de. “**Conceitos Indeterminados**” no **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994, p. 23.

aspecto da condição humana (e, por isso da legislativa) que trabalhem sobre a influência de duas desvantagens ligadas, sempre que procuramos regular, de forma não ambígua e antecipadamente, alguns aspectos da conduta por meio de padrões gerais a serem usados, sem directiva oficial ulterior, em ocasiões particulares”. Prossegue o professor detalhando que a primeira desvantagem trata-se da nossa relativa ignorância de fato e a segunda a nossa relativa indeterminação de finalidade³⁴.

Um complicador a mais pertinente à aplicação das normas jurídicas, prende-se ao fato de que não existe interpretação apenas quanto ao seu conteúdo. Interpreta-se também os fatos e o seu acoplamento com as normas, ou seja, interpreta-se a subsunção.

Ademais, se considerarmos os princípios como normas jurídicas, conforme estabeleceu CANOTILHO³⁵, na trilha de DWORKIN³⁶ e ALEXY³⁷, o que nos parece mais correto, as dificuldades interpretativas serão maiores. Mesmo assim, dada a complexidade do mundo contemporâneo, há regras tão abstratas quanto os princípios, de sorte que não vale, cremos, a afirmação de que a excessiva abertura cognitiva destes levaria a uma disfunção do sistema (*corrupção de códigos*) e por isso eles não poderiam ser aceitos como normas. A valer tal argumento, somente seriam normas aquelas que produzissem um consenso no processo interpretativo.

Os princípios, como pilares do próprio sistema, irradiam os comandos necessários para otimização das demais normas³⁸, funcionando como um programa de orientação interno, não escapando por isso da idéia de auto-referência ou *autopoiesis*, que pressupõe que

³⁴ HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Trad. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 141.

³⁵ **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 166.

³⁶ Ver **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Ariel, 1989.

³⁷ Ver **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1997.

³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**, ob. cit., p. 84 e seguintes.

as bases do funcionamento do sistema residam no próprio seio sistêmico³⁹.

Acreditamos que as normas jurídicas já reduzem bastante o número ilimitado de formas de comportamento e que é possível definir seus contornos, tornando os sujeitos que participam de suas influências mais ou menos conscientes disto como quer LUHMANN⁴⁰. Todavia os problemas atinentes às suas imprecisões persistem em todos os estudos e todos os sistemas que tenham laborado com elas.

³⁹ TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 32.

⁴⁰ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Trad. Maria Corte-Real, revisão Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: UNB, 1980, p. 40.

A CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA DAS VÍTIMAS DE DELITO: ANÁLISE ATRAVÉS DE PESQUISA DE CAMPO REALIZADA NO MUNICÍPIO DE MACEIÓ ^(*)

**Alline Pedra Jorge ^(*1),
Lavínia Cavalcanti de Mello Lima ^(*2)**

SUMÁRIO

1. Introdução histórica. 2. A Vitimologia atualmente. 3. A concepção de justiça das vítimas de delito. 4. Análise dos resultados obtidos nas entrevistas.

1. Introdução histórica

Como afirmou o Dr. Heitor Piedade Junior no V Congresso Brasileiro, a Vitimologia não é uma ciência esotérica, como alguns acreditavam. Nem muito menos surgiu para exigir, tomada pela síndrome do pânico, maior rigor do Estado na repressão criminal.

É importante que as revistas especializadas publiquem artigos sobre a ciência da Vitimologia, pouco conhecida no Brasil, se compararmos a outros ramos do Direito, mas de grande repercussão no cenário internacional.

Foram três as fases da história da Vitimologia ou do *status* da vítima do delito, como se refere Garcia-Pablos¹. A primeira, fase da vingança privada e da justiça privada, do protagonismo da vítima ou

^(*) Este artigo foi escrito em parceria, sendo responsável pela contribuição teórica a primeira e pela pesquisa de campo a segunda autora.

^(*1) Advogada, Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco, Professora de Direito Penal da FAL, Coordenadora do Centro de Apoio às Vítimas de Crime – Secretaria de Justiça e Cidadania de Alagoas.

^(*2) Acadêmica do 5º ano do Curso de Direito da Universidade Federal de Alagoas e pesquisadora do PIBIC/CNPq.

¹ MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de & GOMES, Luiz Flavio. *Criminologia*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.65.

sua “idade do ouro”² ; a segunda, fase em que a vítima, marginalizada, ficou em segundo plano, ou fase da neutralização; e finalmente a fase atual, do seu redescobrimento, século que, nas palavras do jurista Antonio Fernandes, está assistindo a vítima sair do ostracismo³ .

O período da vingança privada certamente marcou a civilização, momento em que prevalecia a luta pela sobrevivência própria, da família, da tribo. A vingança, como resposta à agressão, consistia geralmente na imposição ao algoz de males físicos, da tomada de seus bens materiais ou até da sua morte. À época, não existiam organizações políticas ou jurídicas, e cabia à vítima e sua tribo buscar a punição do seu agressor.

Estas medidas penalizadoras eram, entretanto, sem limites, e alcançavam não só o delinqüente mas também toda sua família e tribo, ocasionando lutas sangrentas, intermináveis, com a eliminação de grupos inteiros.

Com o surgimento das organizações sociais, percebeu-se que não interessava mais a vingança sem limites. Por outro lado, não poderia também o indivíduo “ficar exposto ao apetite ilimitado daqueles que não respeitam as regras de convivência civilizada”.⁴

Surge então o Direito Penal como matéria de ordem pública, a partir do Estado Moderno. Verificando que a sociedade ficaria seriamente comprometida se a violência continuasse sendo empregada é que foram estabelecidos valores socialmente relevantes, a serem tutelados pela norma penal. Como o Estado é o autor da norma penal, em sendo esta ofendida, cabe ao Estado reprimir o praticante desta conduta anti-social.

Deste ponto em diante, o Estado chama para si a administração da justiça, passando a ser o detentor exclusivo do

² SHAFER. *The victim and his criminal. A study in functional responsibility*, New York, 1968, Random House, p.7, *apud* MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de & GOMES, Luiz Flavio. **Criminologia**, op. cit., p.65.

³ FERNANDES, Antonio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p.18.

⁴ JARDIM, Afrânio Silva. **Ação Penal Pública – Princípio da obrigatoriedade**. 2. ed., rev. e atual. segundo a Lei nº 9.099/95. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.14.

Direito de Punir, sendo a punição do delinqüente de sua esfera privativa, não mais de competência da vítima. Aquilo que, naquele período de tempo e naquela sociedade, de acordo com seus costumes, seja valorado como ilícito penal, é visto como ameaça à convivência social. Desta forma, o Estado se incumbe da punição daquele que quebrar a harmonia, tal como guardião dos valores sociais mais relevantes.

Neste segundo momento na história da Vitimologia, temos a fase da neutralização, em que é público e notório o enfraquecimento da vítima. A vítima é definitivamente relegada a segundo plano.

A chamada fase do redescobrimento teve início após a segunda guerra mundial. O termo Vitimologia foi primeiramente utilizado pelo advogado israelense Benjamin Mendelson, um dos sobreviventes do Holocausto, em conferência no Hospital do Estado, em Bucareste, quando afirmou: “um horizonte novo na ciência biopsicossocial: a vitimologia”.⁵ Mendelson se perguntava porque determinada pessoa se torna vítima. Preocupado, inicialmente, com a predisposição de alguns de se tornarem vitimizadores, o advogado ainda afirmava ser impossível fazer justiça, esquecendo-se das vítimas.

Posteriormente Hans von Henting começou a escrever sobre a relação criminoso-vítima, demonstrando uma imagem nova do agredido, muito mais realista e dinâmica, como sujeito ativo e não como mero objeto. A partir destes estudos, começou a se entender que delinqüente e vítima nem sempre ocupavam lados opostos, podendo a vítima, “voluntária ou involuntariamente, consciente ou inconscientemente, ser cúmplice no processo de sua própria vitimização”.⁶

Daí em diante inúmeras obras sobre a vítima foram sendo publicadas, inclusive muitas no Brasil. É o momento de redescobrimento do papel da vítima na justiça criminal

Em 1979 foi criada a Sociedade Mundial de Vitimologia, e em 28 de julho de 1984, fundada no Rio de Janeiro a Sociedade Brasileira de Vitimologia. Finalmente, em 29 de novembro de 1985, na

⁵ PIEDADE JUNIOR, Heitor. **Vitimologia: sua evolução no tempo e no espaço**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993, p.11.

⁶ PIEDADE JUNIOR, ibidem.

Assembléia Geral da ONU, foi aprovada a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Delito e de Abuso de Poder, mesmo ano em que a Sociedade Mundial de Vitimologia foi credenciada como órgão consultivo.

2. A Vitimologia atualmente

Verifica-se então que, a princípio, a Vitimologia surgiu no intuito de estudar a relação criminoso-vítima, na ação delitiva, posicionando a vítima não como completa inocente, mas também como culpada ou colaboradora, em algumas condutas delitivas.

Hoje, a ciência da Vitimologia ⁷ tem outras preocupações que não aquela que lhe deu origem. O estudo da vítima e seu comportamento, a famosa classificação de vítima inocente, provocadora, colaboradora, é utilizada em termos doutrinários, e outras vezes por alguns advogados de defesa, que querem transpor a culpa de seu cliente para a vítima, mas não é mais a maior preocupação da Vitimologia.

O enfoque mais atual da Vitimologia está, atualmente, no intuito de estimular a criação de Programas de Assistência às Vítimas de crime, as mudanças legislativas que valorizem a atuação da vítima na justiça criminal, e de buscar meios que viabilizem a devida reparação do dano sofrido.

É iniciado um novo tempo, em que, apesar de ainda se verificar o abandono da vítima em alguns âmbitos do sistema criminal, principalmente quando da sua participação na persecução criminal, já se percebe iniciativas no sentido de uma maior valorização desta. Este é o momento do redescobrimento da vítima, este é o “século que está assistindo a vítima sair do ostracismo” ⁸.

É certo que ainda encontramos na essência de todo o sistema, o propósito de neutralizar a vítima, distanciando-a do agressor. O Estado monta todo o seu aparato em cima do criminoso, do seu descobrimento, do seu estudo psicológico, da sua punição e da sua ressocialização, como se os interesses da vítima não tivessem de ser considerados.

⁷ Por uns considerada autônoma, por outros não.

⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. **O papel da vítima...**, op.cit., p.8.

A Carta Política de 1988, apesar de ter sido criada em pleno vapor do movimento vitimológico, esqueceu-se totalmente da figura da vítima, ao contrário do que ocorreu com a figura do acusado/condenado. Somente no seu art. 245 há uma previsão de reparação a ser feita pelo erário público às vítimas, todavia, tal previsão depende da criação de uma lei, que, até o presente momento não foi regulamentada.

Vislumbra-se no Brasil o enorme desrespeito por parte da sociedade com relação à vítima. Esta é considerada, na maioria das vezes, e pela maior parte dos doutrinadores, a causadora do crime, de tal forma que se não existisse vítima não existiria o crime.

Mas o próprio Estado, neutralizador da vítima, parece que percebeu o erro que cometeu durante tantos séculos, afastando a vítima da perseguição criminal, e começa a lançar disposições legais que dão a vítima foros de cidadania.

Atualmente, estão em vigor no Brasil principalmente duas leis que nos fazem lembrar da figura da vítima – Lei 9.099/95 e Lei 9.714/98. Todavia, tais leis não foram suficientes para destaca-la devidamente, nem muito menos para ressaltar o respeito que a sociedade deve ter com a mesma.

3. A concepção de justiça das vítimas de delito

A vítima encontra-se ainda esquecida, relegada e discriminada pela sociedade, apesar desta ser a fase do redescobrimento, a tal ponto que a maioria dos estudiosos que escrevem a respeito do assunto não se preocuparam em realizar pesquisas de campo, tendo maior contato com as vítimas para diagnosticar qual a concepção que as mesmas têm de justiça, emitindo somente opiniões sem fundamento acerca de como a vítima desejaria ser tratada.

Não são feitas discussões sobre o que a vítima espera do Estado, após sofrer a agressão. Espera a punição de seu agressor, com a pena privativa de liberdade? Ou somente uma prestação pecuniária, viabilizada mediante transação entre as partes? Espera ainda uma indenização pleiteada no juízo cível, após trânsito em julgado da sentença condenatória? Ou ainda impera o sentimento de vingança?

Segundo a maioria dos autores, seu interesse é buscar a justiça. E justiça é um conceito muito abstrato a ser explorado.

Para Garcia-Pablos, “os estudos científicos demonstram abundantemente – se realizam com uma razoável imediação temporal em relação ao delito – que o que a vítima mais espera e deseja é justiça e não uma compensação econômica”.⁹ Mesmo depois de passado um determinado tempo da agressão, a percepção da vítima do que seria justiça não é necessariamente uma reparação pecuniária. Já para Luiz Flávio Gomes, “não é infrequente que a vítima apenas espere do sistema a reparação dos danos”.¹⁰

Na opinião do autor Louk Hulsman¹¹ após sua experiência em alguns serviços de atendimento às vítimas, principalmente no Tribunal de Paris, a maioria das vítimas não menciona que espécie de repressão ou retribuição deseja, nem muito menos se quer reparação. Não demonstram também desejo de vingança, mas tão somente querem ser ouvidas, querem falar do seu prejuízo na esperança de, ao fazê-lo, cessar o que lhe incomoda, reencontrando a paz.

Há, inclusive, aqueles ofendidos que nem se incomodam com o processo criminal. Isto tende a acontecer principalmente com o passar do tempo, pois as pessoas passam a considerar de outra maneira o problema vivido, esquecendo as mágoas. À medida que revivemos os acontecimentos, a tendência é percebê-los com outro sentido, e muitas vezes nem lhes dar a mesma importância. Dada a morosidade com que as engrenagens do sistema penal se movem, isto se reflete com maior frequência, ocasionando que o que se apresenta no tribunal já não tem mais nenhuma relação com o que pensam os protagonistas materiais da conduta ilícita.

Cada vitimizado enfrenta o problema a sua maneira, interpreta seu sofrimento de forma diversa, espera uma justiça diferente que nem sempre se adequa aos anseios do Estado e ao que será aplicado. Seus ideais de justiça ou seus interesses, como expresso anteriormente, nem sempre são iguais aos do Estado, que estipula sempre uma mesma reação repressiva à conduta, desrespeitando as individualidades dos atores do drama criminal, quais sejam algoz e vítima.

⁹ MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de & GOMES, Luiz Flavio. **Criminología**, op.cit., p.69.

¹⁰ Idem, p.451.

¹¹ HULSMAN, Louk & CELIS, Jacqueline Bernat. **Penas perdidas – o sistema penal em questão**. 2. ed. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1997, p.117.

O Estado não considera o que a vítima deseja ou o que pensa da punição, e aplica o que está especificado em seu sistema de normas, sem questionar no entendimento do agredido qual sua concepção de justiça, ou qual a resposta adequada ao mal que lhe foi causado, passando-se por cima de seus interesses, que podem não ser os mesmos do Estado.

O Estado atribui as piores e mais longas penas aos crimes que considera repugnantes, entendendo que quanto maior a pena, mais interessante para a sociedade e para a repressão da criminalidade. Entretanto, nem sempre é a quantidade da pena atribuída pelo Estado que satisfará os interesses da vítima ou o interesse público, mas sim sua qualidade. Pertinente citar Louk Hulsman, que afirma que “a história e a antropologia permitem ainda que se afirme que não são a duração ou o horror do sofrimento infligido que apaziguam aqueles que eventualmente chamam por vingança, mas sim a dimensão simbólica da pena, ou seja, o sentido de reprovação social do fato que lhe é atribuído”.¹² E ainda, como bem dizia Beccaria, “não importa a quantidade da pena, mas sim a certeza da sua punição”.¹³ Significa dizer que o grau de reprovabilidade da conduta nem sempre é diretamente proporcional ao horror da pena.

E a vítima, apesar de ser o atingido diretamente, é colocada à margem, sem que sua opinião tenha nenhuma validade, apesar de ser o maior interessado na solução do conflito. O Estado se considera o titular daquele interesse ofendido e por isso não dá espaço para que a vítima acuse, sendo muito restrita esta possibilidade, ou que opine, expressando seus interesses na punição ou a justiça no seu ponto de vista.

Em estando a origem do sistema penal moderno na intenção de excluir a vingança privada e, como consequência, a própria vítima, é que se verificam as dificuldades de ouvir sua opinião, sendo vista eminentemente como aquela que queria vingança. Quando da transição de um sistema para o outro, o sistema criminal atual surgiu na intenção de coibir a vingança privada, exercida pelo ofendido ou por seu representante. Por isso é que hoje não se valoriza a

¹² HULSMAN, Louk & CELIS, Jacqueline Bernat. **Penas perdidas**, op.cit., p.120-121.

¹³ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Trad. de Lúcia Giudicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

participação da vítima na instrução criminal, nem muito menos se considera sua opinião.

Atualmente, não necessariamente a vítima espera vingança, no sentido de retribuição ao mal causado, mas justiça, que pode representar, para cada cidadão, coisas diferentes.

Em razão dos argumentos expostos, tornou-se imprescindível uma pesquisa de campo junto às vítimas de crime, no sentido de não somente estabelecer seu perfil, como também, e principalmente, descobrir qual sua real concepção de justiça.

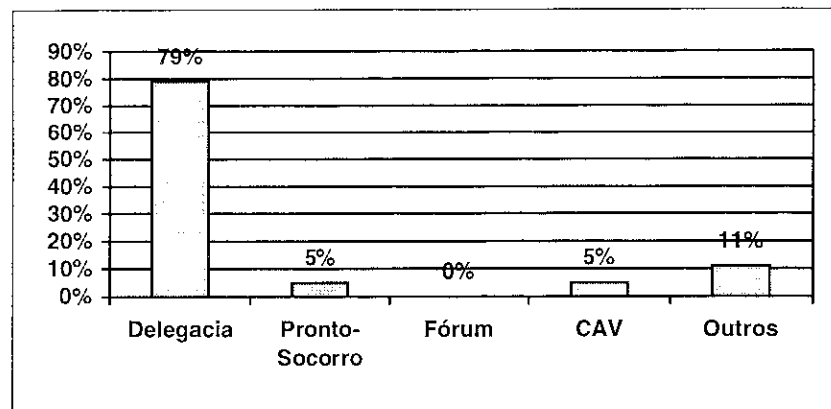
Referida pesquisa foi realizada entre os meses de dezembro de 2002 a março de 2003 na cidade de Maceió - AL e financiada pelo PIBIC/CNPq com o apoio da Universidade Federal de Alagoas - UFAL - e a orientação do prof. Andreas Krell. Foram entrevistadas, no total, 19 vítimas e os resultados serão analisados a seguir.

4. Análise dos resultados obtidos na entrevistas

Contando com a ajuda constante e valiosa do Centro de Apoio às Vítimas de Crime, órgão da Secretaria de Justiça e Cidadania do Estado em Convênio com o Ministério da Justiça, iniciamos nossa pesquisa, descrentes de que contaríamos com depoimentos fáceis das vítimas. Todavia, tornou-se surpresa a facilidade com que as vítimas, após o receio inicial, abriam seus corações à entrevistadora, expondo sua dor, seus medos e suas idéias.

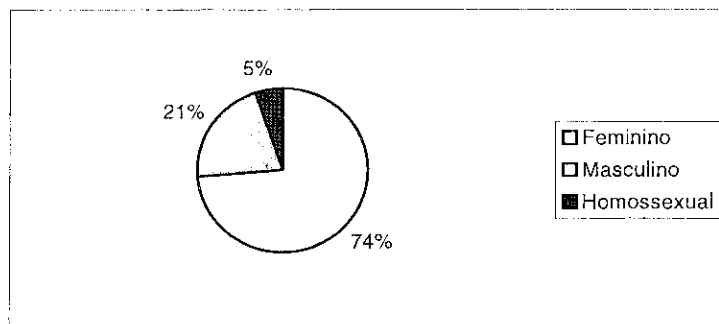
Isto ocorre em razão do descaso que a figura da vítima obtém não só na fase investigativa, como também na fase judicial. Como a vítima não contribui para o processo criminal, a não ser como testemunha, mas ainda cujo depoimento é questionável, os órgãos estatais *lato sensu* não se interessam pelas mesmas.

Como dito anteriormente, foram entrevistadas 19 vítimas. 79% destas entrevistas ocorreram nas mais diversas Delegacias de Maceió, especialmente nos CIAPC's, e em horários diferentes, sobrepondo-se, todavia, o horário noturno. 5% delas foram entrevistadas no Pronto-Socorro. A mesma porcentagem foi entrevistada na sede do Centro de Apoio às Vítimas de Crime, o que não significa que eles só estiveram presentes nesta entrevista, pois, em verdade, estiveram presentes em várias outras como mediadores entre a entrevistadora e a vítima.



Por diversas razões, nenhuma vítima, até o presente momento foi entrevistada no Fórum. A principal delas é que as vítimas normalmente não comparecem aos Fóruns, ou em razão de não terem sido intimadas, ou por não desejarem sofrer mais com todo o processo judicial. Como podemos observar no gráfico, 11% das vítimas foram entrevistadas de outras formas, tais como por telefone.

Com relação à idade, constatamos que 53% das vítimas encontram-se na faixa etária de 15 a 30 anos, ou seja, geralmente pessoas jovens e/ou ativas na sociedade. Comprovando tal afirmação, 37% das vítimas encontram-se entre 31 e 55 anos, ou seja, são as pessoas mais jovens e as mais ativas que sofrem os maiores riscos de serem vítimas de crimes. 5% delas encontram-se em idades entre 0 e 14 anos. Encontra-se a mesma porcentagem na faixa etária situada entre 56 e 70 anos, enquanto que a partir de 71 anos de idade a porcentagem é de 0%.

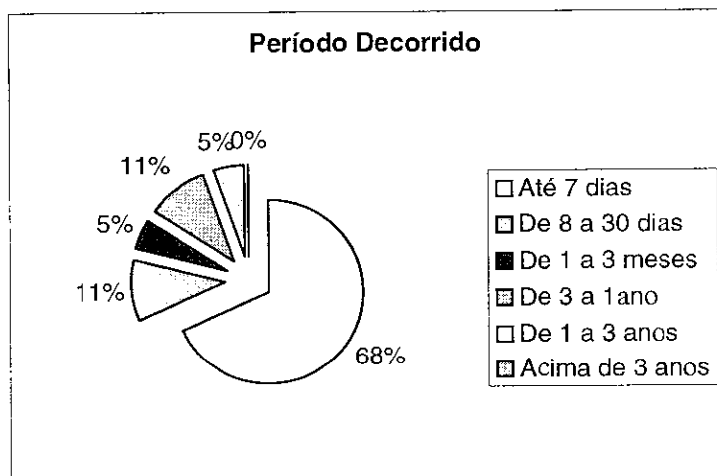


Não foi surpresa o resultado obtido quanto ao sexo das vítimas: 74% delas são mulheres, enquanto apenas 21% são homens e 5% homossexuais.

Quanto ao trabalho, encontramos 53% das vítimas trabalhando, considerando também o mercado informal. 47% das vítimas, por sua vez, não possuem qualquer trabalho, inserindo-se neste contingente os que apenas estudam.

A Escolaridade das vítimas também foi algo que não nos surpreendeu tendo em vista nossa realidade social. Comprovamos, assim, que 47% das vítimas possuem o fundamental incompleto, ou seja, não chegaram a concluir a 8ª série. Enquanto 21% possuem o médio completo, 16% não o concluíram, 11% delas chegaram a cursar o ensino superior, entretanto não o completaram e apenas 5% das vítimas concluíram o ensino superior.

A análise do período decorrido entre a data de ocorrência do crime e a data da entrevista é importantíssima, pois demonstra se há alguma relação entre o mesmo e a intensidade da sensação de justiça experimentada pela vítima.



Em nossa pesquisa, 68% das entrevistas realizadas ocorreram até 7 dias de ocorrido o crime. 11% foi o percentual de entrevistas realizadas entre 8 a 30 dias de ocorrido o crime. Tal também foi o percentual das entrevistas ocorridas após 3 meses a 1 ano. 5% das entrevistas, por sua vez, ocorreram de 1 a 3 meses de decorrido o

crime. A mesma porcentagem encontra-se nas entrevistas efetuadas entre 1 a 3 anos após o crime. Acima de 3 anos, porém, não foi entrevistada qualquer vítima.

63% das vítimas entrevistadas já foram vítimas de outros crimes, o que demonstra o alto índice de violência em nosso país. Apenas com 37% delas tal não ocorreu.

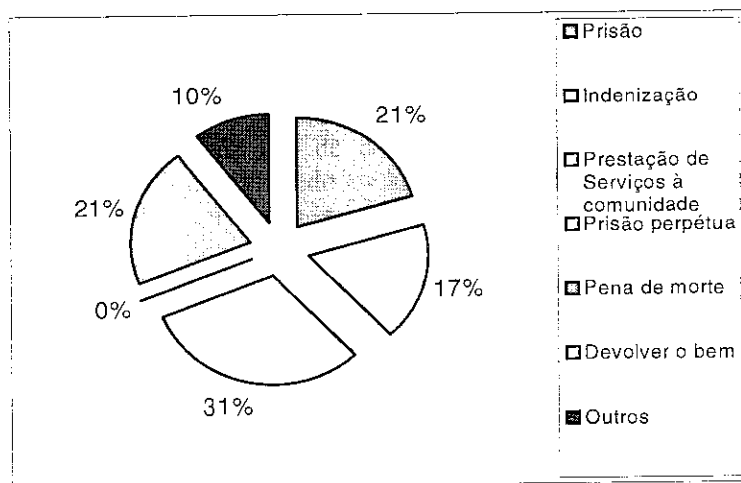
A parte mais interessante da pesquisa, na nossa opinião, foi o questionamento às vítimas do que considerava ser Justiça. As respostas foram subjetivas, espontâneas e as mais variadas possíveis.

Dentre elas, 2 pessoas não souberam responder, enquanto 3 afirmaram que Justiça era a punição do criminoso e apenas uma delas levantou a idéia de Justiça Divina. Imprescindível não transcrever algumas respostas:

- ⇒ O que é Justiça para você?
- ✓ É o que preciso;
- ✓ É um direito que nós temos, mas que é sempre negado;
- ✓ Ajuda a gente, mas às vezes nem serve porque não é o que a gente espera;
- ✓ As pessoas pararem de fazer o mal aos outros;
- ✓ Apoio para quem não tem segurança;

Perguntadas acerca de como considerava que fosse feita Justiça no caso delas, 31% responderam¹⁴ que tal ocorria mediante a aplicação da pena de prestação de serviços à comunidade (restritiva de direitos), enquanto 21% afirmou somente ser realizada Justiça mediante a prisão do criminoso. Não houve preocupação, entretanto, em quantificar a pena de prisão, pois tentávamos identificar somente a espécie da pena que as satisfazia e não a quantidade da mesma. 17% das vítimas consideraram que seria feita Justiça se o criminoso as indenizasse pela ação criminosa. Para nossa surpresa, ninguém afirmou ser efetivada a Justiça no caso do criminoso ser condenado à prisão perpétua ou à pena de morte, entretanto, houve uma vítima que respondeu que não haveria pena aplicada ao criminoso que fizesse Justiça pela agressão sofrida.

¹⁴ Cumpre esclarecer que a vítima, neste ponto, poderia optar por mais de uma opção, não se encontrando, portanto, limitada no seu sentimento de Justiça.



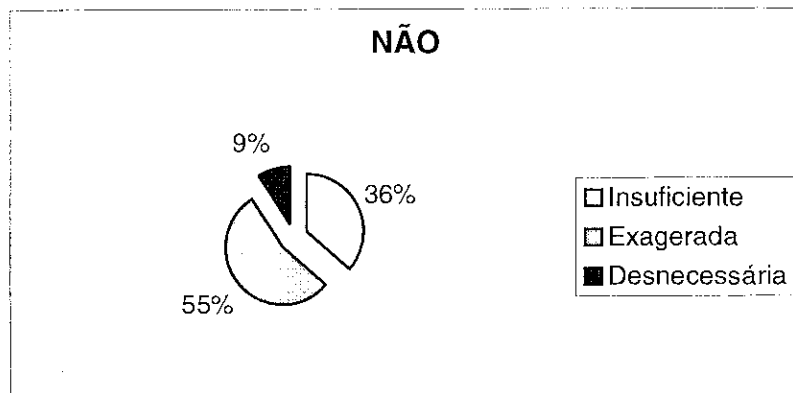
Como podemos verificar no gráfico, 21% responderam que a Justiça seria feita com a simples devolução dos bens roubados ou furtados. As pessoas que responderam desta forma foram, em sua totalidade, vítimas de roubo e furto que foram entrevistadas na Delegacia de Roubos e Furtos. Dentre as respostas incluídas na categoria “Outros” encontram-se:

- ✓ Dar uma “surra” no criminoso;
- ✓ Mandar o criminoso trabalhar;
- ✓ Efetuar a lei de Talião – “Olho por olho, dente por dente”.

Tais resultados surpreendem levando-se em consideração o potencial ofensivo dos crimes cometidos contra as vítimas entrevistadas, posto que 58% delas sofreram crimes de maior potencial ofensivo, enquanto 42% sofreram crimes de menor potencial ofensivo¹⁵.

¹⁵ Os crimes de menor potencial ofensivo foram estabelecidos inicialmente pela Lei dos Juizados Especiais Estaduais – Lei 9.099/95 – e referiam-se às contravenções e os crimes nos quais a cominação máxima da pena não poderia ultrapassar um ano. Todavia, a Lei dos Juizados Especiais Federais – Lei 10.259/01 – ampliou esse conceito para dois anos, o que fez com que a doutrina – a exemplo de Luiz Flávio Gomes – e a jurisprudência – a exemplo do TJ/RS – se manifestasse acerca da também ampliação do conceito de menor potencial ofensivo para os Juizados Especiais Estaduais.

Questionadas se consideravam que o Estado faria Justiça no caso delas 58% responderam que não, enquanto 32% responderam que sim; 5% não sabia responder e a pergunta tornou-se prejudicada para 5% das vítimas, em virtude do exaurimento do processo judicial.

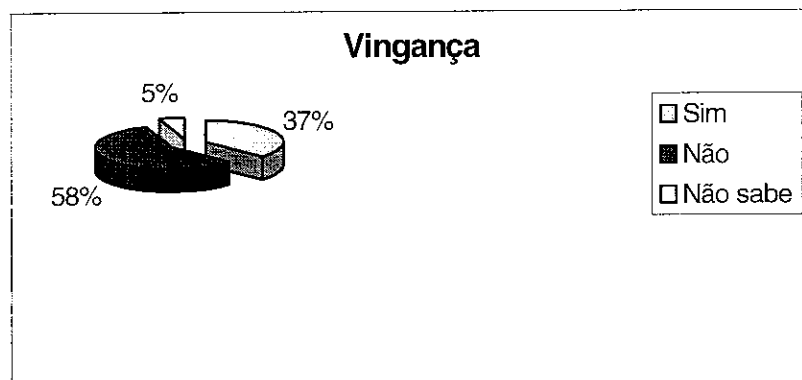


58% das vítimas se dizem satisfeitas com a pena cominada ao fato típico. 42%, ao contrário, não estão satisfeitas com as penas cominadas ao ilícito penal. Das que se satisfazem, 87% consideram a pena suficiente, enquanto apenas 13%, apesar de encontrarem-se satisfeitas, consideram a pena exagerada. Como podemos analisar no gráfico, dentre as que não estão satisfeitas com as penas cominadas ao fato típico, 55% consideram a pena exagerada, enquanto 36% entendem insuficiente e apenas 9% consideram-na desnecessária.

Quanto à questão da vingança da vítima em caso do Estado não fazer Justiça ou caso o Estado não tivesse feito Justiça, 58% das vítimas pretendem ou pretendiam tomar alguma atitude. Dentre as que quiseram ou souberam responder, obtemos as seguintes respostas:

- ✓ Revidar a lesão sofrida
- ✓ O que pudesse fazer na hora
- ✓ Tomar os bens roubados

Filiamo-nos, portanto, à corrente dominante, que considera que a Lei 10.259/01 ampliou o conceito de menor potencial ofensivo da Lei 9.099/95 para os crimes com cominação máxima de 2 anos.



- ✓ Deixar o marido
- ✓ Tornar pública a agressão

Verifica-se, porém, que 37% das vítimas não pretendem tomar qualquer atitude e 5% delas não sabem se o fariam.

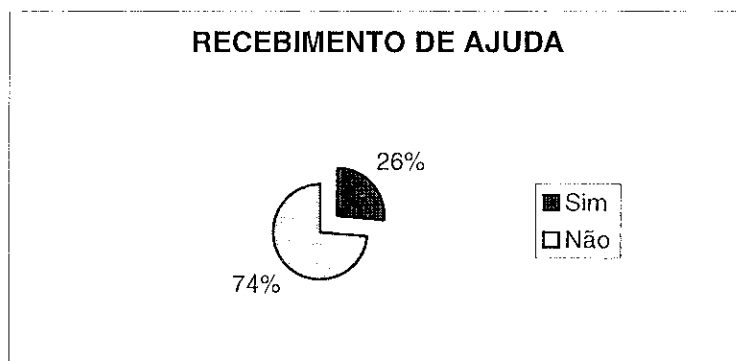
Perguntadas acerca de seu constrangimento em prestar queixa nas delegacias, nos casos de comparecimento, ou se iriam sentir-se constrangidas caso tivessem que comparecer às mesmas, 69% das vítimas responderam que se sentiram ou iriam se sentir constrangidas, enquanto apenas 26% responderam que tal não ocorreu, ou ocorreria e 5% não soube responder ou não opinou.

Isto demonstra a falta de atenção com que a vítima é tratada nas Delegacias. Isto ocorre por diversos motivos, tais como a falta de preparo dos agentes, a falta de equipamentos que os mesmos dispõem para atender às vítimas, dentre outros motivos. Isto é a comprovação da vitimização secundária, que é a “violência” suportada pela vítima quando a mesma entra em contato com o sistema.

Perguntadas acerca do tratamento cometido as mesmas nas Delegacias, 63% das vítimas responderam que foram bem tratadas; 32% afirmou que não, e apenas 5% não opinou em virtude de não haver comparecido a este órgão. Tais valores, porém, não contrariam o afirmado acima, ao contrário, reforçam, posto que, como afirmamos anteriormente, 79% das vítimas foram entrevistadas nas Delegacias de Polícia. Neste ambiente, é natural que as vítimas se sintam inseguras em serem sinceras acerca do tratamento policial dispensado às mesmas.

Cumpre salientar, porém, que a entrevistadora recebeu toda a ajuda possível da equipe da Polícia Civil, chegando-se ao ponto, inclusive, de ser reservada sala exclusiva para as entrevistas. Essa ajuda por parte das equipes das Delegacias foi de grande valia para a pesquisa, todavia, pode ter prejudicado na sinceridade das vítimas quando perguntadas sobre o tratamento dispensado nas Delegacias.

Um ponto relevante da pesquisa foi descobrir se as vítimas são ajudadas pelo Estado. 74% delas não recebem qualquer tipo de ajuda, enquanto apenas 26% recebem ajuda por parte de algum órgão Estatal. Os principais órgãos que atuam neste sentido são: o Centro de Apoio às Vítimas de Crime – CAV Crime – e a Defensoria Pública. Apesar de constar na pesquisa, não foi entrevistada nenhuma vítima que recebesse ajuda por parte da Comissão de Direitos Humanos ou da OAB/Mulher.



67% da assistência prestada às vítimas provem do Centro de Apoio às Vítimas de Crime – CAV – e 33% provem da Defensoria Pública.

Cumpre ressaltar, porém, que não existe ajuda financeira por parte do Estado. 49% da assistência é jurídica, enquanto 25% da assistência é psicológica e 13% social, inserindo-se neste contexto toda e qualquer ajuda material, assim como cesta básica, passagens para mudança de cidade, vale transporte para se fazer presente nos atendimentos, benefício da previdência ou seguridade social. Existe, porém, aquelas pessoas que apesar de terem a sua disposição a ajuda, preferem não usufruir dela, tratando-se de 13% das vítimas entrevistadas.

Verifica-se, pelo exposto, que a vítima é uma peça fundamental para o processo criminal e para a sociedade, de tal forma que se a vítima não for respeitada e protegida tende a tomar atitudes vingativas que só fazem aumentar a violência na sociedade.

A pesquisa acima exposta e propõe a demonstrar não somente o perfil da vítima maceioense, como principalmente seus anseios, ou seja, sua visão de Justiça. Com estas respostas poderemos determinar se o Estado atinge os interesses das vítimas.

Constatou-se, porém, que tanto no campo policial quanto no judicial não há a efetiva realização da Justiça perseguida pela vítima. No primeiro caso, a maioria dos crimes não são desvendados e no segundo caso, ou seja, no campo judicial, os poucos crimes que ultrapassam a fase investigativa, não são punidos satisfatoriamente.

A figura da vítima, especialmente no Judiciário, ainda não é respeitada, mesmo com o surgimento das Leis n.º 9.099/95 e 9.714/98, que por mais importantes que tenham sido para a Vitimologia, não alteraram em muito o conceito que a sociedade tem da vítima: a de causadora do crime.

Demonstrado empiricamente qual a concepção de justiça das vítimas, fica bem mais fácil do Estado tentar atingir suas expectativas, ao menos no que diz respeito à necessidade de sua participação no processo criminal, e posteriormente, a se prestar maior importância a sua opinião quando da aplicação da pena.

A reação ao delito não pode buscar como único fim a satisfação da pretensão punitiva do Estado, através do castigo do delinqüente, mas também se deve buscar atender aos interesses dos outros envolvidos no drama criminal, qual seja a comunidade e, principalmente, a vítima. Devemos buscar uma justiça penal mais sensível e humana, que conceba o fato delitivo como conflito interpessoal entre dois seres humanos concretos, aceitando a vítima não mais como uma criação jurídica, senão como protagonista do drama criminal.

A resposta ao delito deve ser oficial, despersonalizada, para que não retomemos ao período da vingança privada. Todavia, ao institucionalizar a punição, corremos o risco do delinqüente enxergar as consequências da agressão mais como um enfretamento simbólico

entre Estado e delinqüente, e não entre três protagonistas: infrator, comunidade e vítima.

A vítima exige um modelo de justiça comunicativo e resolutivo. Comunicativo para propiciar um diálogo entre as partes implicadas no conflito, isto é, a interação. O sistema legal distancia ambos para evitar respostas passionais porém sua intervenção não deve despersonalizar o conflito. A justiça penal deve propiciar o encontro entre delinqüente e vítima, não sendo o principal obstáculo, mas permitindo este diálogo sempre que seja viável e positivo.¹⁶

E muito pode ser feito para que, sem o desrespeito aos Direitos Fundamentais do réu, possa a vítima ter tratamento digno de seu valor na justiça criminal, satisfazendo suas pretensões e interesses, satisfazendo sua concepção de justiça, o que está diretamente ligado ao retorno do *status quo* anterior ao cometimento da infração, e da harmonia tão desejada pela sociedade. Para tal, basta que o Estado reconheça através de seus agentes e conjunto de normas, o descaso com que tratou a vítima até outrora e a partir de então deixe de tratá-la como objeto material do fato típico, e passe a respeitá-la enquanto sujeito de direitos.

¹⁶ MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de & GOMES, Luiz Flavio. *Criminologia*, op. cit., p. 98.

NOTAS SOBRE O PROCEDIMENTO MONITÓRIO NO DIREITO COMPARADO

André R. C. Fontes ^(*)

SUMÁRIO

1. Noção. 2. A designação. 3. Origem. 4. Natureza jurídica do procedimento monitorio. 5. Fonte normativa. 6. O objeto de injunção. 7. Forma de pedido. 8. Da eficácia executiva do ato injuntivo. 9. Forma de comunicação. 10. A inadmissibilidade do procedimento injuntivo. 11. O decreto injuntivo. 12. Do prazo e da forma para impugnar a ordem do juiz – a oposição. 13. Conseqüências da ausência de oposição. Conclusões.

I. Noção

A tutela monitoria manifesta-se e se circunscreve a dois modelos de sistemas: o puro e o documental.¹ O primeiro (o puro), ordinariamente utilizado em causas de pequena monta, exige a mera afirmação do suposto credor, desprovida de qualquer prova documental, nas hipóteses expressamente admitidas em lei, de ordem de pagamento em desfavor do devedor indicado, por meio de um mandado de pagamento, que é apto a adquirir eficácia de título executivo, se não houver oposição, ou se ele existindo for inadmissível ou mesmo rejeitado. A segunda (a documental) é dotada das mesmas características, desde que apoiada em instrumentos, comumente designado “prova escrita”.

Caracterizada no contexto das tutelas jurisdicionais diferenciais, assim entendidas aquelas que visam alcançar a efetividade do processo nas hipóteses que as tutelas tradicionais ou

^(*) Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Juiz do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo). Professor da Universidade do Rio de Janeiro (UNIRIO).

¹ É crédito reconhecido a Calamandrei o batismo em puro e documental, os nomes dos dois sistemas conhecidos de tutela monitoria.

ordinárias não atingiriam, responde ela à aspiração de tutelar imediatamente a pretensão do credor desprovido de título executivo, sem a necessária submissão de sua pretensão a um processo no qual se desenvolva atividade de conhecimento.²

Os regimes injuntivos estabelecidos nas diversas legislações obedecem aos modelos “puro” e “documental”. Tal ocorre na lei portuguesa, italiana, austríaca, alemã, sueca e suíça, nesta última prevista na sua remotíssima lei federal sobre execução e quebras, datado de 1º de janeiro de 1889 (em vigor somente em 1892). No Brasil conhece-se apenas o documental.

2. A designação

A adoção no Brasil do termo “monitório” para designar o procedimento correspondente, não encontra correspondência nos regimes português, italiano e francês, que optaram pela expressão “injunção” (portuguesa), “injunzione” (italiana) e “injonction” (francesa e belga). Constituiu certamente fator inibitório a adoção em nosso país do termo acolhido em Portugal a previsão constitucional do “mandado de injunção”, cuja inspiração estadunidense conduziu a destino diverso e preciso dentre os direitos fundamentais previstos expressamente na atual Constituição, de 1988.

As origens mais recuadas do Direito Alemão e Austríaco, justificaram nestes dois países nomes originais e consagrados, sendo o “Mahnverfahren” e “Urkundenprozeb”, respectivamente o puro e documental alemães, e o “Mahnverfahren” e “Mandatverfahren” austríacos.³ Na Suíça, o “Rechtbot”. Na Holanda permanece a designação unicompreensiva “dwangbevelprocedure”.⁴

² MARQUES, Wilson. Ação Monitória. **Revista Forense**, n.348, p.205. ARMELIN, Donaldo. Tutela Jurisdicional Diferenciada. **Revista de Processo**, n. 65, p.45-55.

³ AMARAL SANTOS, Moacyr. **Ações Cominatórias no Direito Brasileiro**. Tomo1, 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1962, p. 129 *usque* 133.

⁴ MARCATO, Antonio Carlos. **O processo monitório**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 41.

3. Origem

O desenvolvimento econômico, a circulação da riqueza e a adoção do dinheiro nos negócios impuseram meios simplificados de formalização dos créditos e procedimentos adequados para satisfazê-los. Ocorre que determinados créditos não eram revelados por documentos e por conta disso estabeleceu-se no direito medieval italiano, o uso de não citar em juízo o devedor, mas de obter diretamente do juiz a ordem de prestação que ensejava a execução. Assim surgiu o *mandatum* ou *praeceptum de solvendo*, que era acompanhado e justificado pela cláusula de que, se o devedor se propusesse a alegar excesso, podia opô-las dentro de certo prazo.⁵

Nas Ordenações Manuclinas conhecia-se a ação de assinação de dez dias ou ação decendiária e no Direito Brasileiro, pelo Regulamento nº 737, de 25 de outubro de 1850 encontram-se as primeiras reminiscências do procedimento medieval italiano. Modernamente, a adoção mais evoluída da injunção nas legislações continentais da Europa, especialmente na Alemanha, Áustria, Suíça, que alcançaram amplos efeitos práticos na sua utilização, muito influenciou o acolhimento no Brasil, mas certamente é o modelo italiano que aparentemente mais se aproximou do brasileiro, devendo ter sido determinante para o seu acolhimento.⁶

4. Natureza jurídica do procedimento monitorio.

Conquanto no procedimento monitorio se destine à emanção de pronunciamento *do juiz*, a pedido do afirmado credor, a fim de que lhe seja satisfeito determinado e específico crédito, não encontra ele natureza jurisdicional em todos os ordenamentos nos quais foi instituído. No Direito Português a injunção assume cariz administrativo até a oposição do requerido. Tal caracterização não é acompanhada por nenhum outro sistema conhecido. Em todos os demais a natureza jurisdicional é constatada pela disciplina no próprio sistema do código de processo, como ocorre na maioria dos países. A origem da disciplina da injunção por Decreto-Lei (nº 404-93) é

⁵ CARREIRA ALVIM, J. E. **Procedimento Monitorio**. Curitiba: Juruá, 1995, p. 27 *usque* 29.

⁶ CARVALHO NETTO, José Rodrigues. **Da Ação Monitoria**. São Paulo: RT, 2001, p. 28 e seguintes.

decisiva como classificação, que desviada do contexto sistemático do Código de Processo Civil português, somente assim poderia, dada a sua origem, ser enquadrada. É digno de nota que a natureza de ato do Secretário-Geral do Departamento de Justiça, de 15 de outubro de 1942 e prorrogado por leis sucessivas não inibiu o reconhecimento da natureza jurisdicional na Holanda. No Brasil, a natureza jurisdicional decorre da própria disciplina no capítulo dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa.

5. Fonte Normativa

É na codificação processual civil de cada país que normalmente se encontra a disciplina do procedimento injuntivo. Assim, por exemplo, se verifica na legislação italiana (art. 633 do Codice di Procedura Civile), alemã (§ 688-703 [puro] e § 592-605 [documental] da Z. P. D.), austríaco (§ 548 [puro] e § 549 [documental] da Z.P.D.), suíço (art. 69 da lei federal suíça sobre a execução e quebra). Na Bélgica, o Code Judiciaire a disciplina no art. 1.338 e seguintes; o mesmo ocorrendo com a nossa previsão estabelecida nas alíneas a, b e c do art. 1.102 do Código de Processo Civil. Em legislação extravagante encontramos na portuguesa (Decreto-Lei nº 404, de 10 de dezembro de 1993) e na holandesa (ato do Secretário-Geral do Departamento de Justiça, de 15 de outubro de 1942 e prorrogado por leis sucessivas). No Brasil, o procedimento decorre das modificações legislativas derivadas da Lei nº 9.079, de 14 de julho de 1995, que alterou a redação do Código de Processo Civil e incluiu o monitório dentre os procedimentos especiais de jurisdição voluntária.

6. O objeto da injunção

Na Itália, a possibilidade do procedimento injuntivo ocorre nos seguintes casos: 1) quem é credor de uma soma líquida em dinheiro ou de uma determinada coisa fungível; 2) quem tem direito à entrega de uma coisa móvel determinada; 3) os advogados, os chanceleres, os oficiais judiciários ou qualquer pessoa que tenha realizado o seu trabalho em razão de um processo, pelo pagamento de honorários devidos pela sua prestação; 4) os notários e outros exercentes de uma profissão ou arte sujeitas a uma tarifa legalmente

aprovada pelos honorários ou reembolso de despesas. Na Áustria, para o regime puro, as ações de pequeno valor, independente de prova documental da obrigação e para o regime documental, prestam-se para reclamar o cumprimento de prestação em dinheiro ou de coisas fungíveis, de qualquer valor, quando o autor as pede com apoio ou instrumento autêntico, isto é, atos públicos ou particulares autenticados.⁷ O alemão admite o puro para as ações de qualquer valor e independentemente de prova documental; viram a satisfação de certas prestações de dar, ou seja, o pagamento de uma soma em dinheiro ou a entrega de determinadas coisas fungíveis ou valores, uma vez que as prestações não se condicionaram à contraprestação, salvo a prova desta ter sido anteriormente feita, e para o regime documental, as ações tendentes a obter do devedor o pagamento de uma quantia em dinheiro ou determinada quantidade de coisas fungíveis.⁸ No Direito Português exige-se apenas tratar-se obrigação pecuniária decorrente de contrato cujo valor não exceda metade de valor de alçada do Tribunal de 1ª Instância. Na Bélgica, o Code Judiciaire no art. 1.338, e admite quando a dívida for líquida cujo montante não exceder o correspondente a sessenta e cinco mil francos. No Brasil, o objeto é soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

7. Forma de pedido

O procedimento injuntivo tem início com a demanda, que pode ser oferecida por escrito ou oralmente, dependendo do regime eleito por cada país. Deste modo, em Portugal, o pedido deve ser sempre escrito e apresentado na Secretaria do Tribunal. Também na Itália exige-se que o pedido seja escrito. Diferentemente a Áustria e a Alemanha adotaram a possibilidade oral para a forma da demanda, além da tradicional maneira escrita, nesse sentido o § 702 da Z.P.O.⁹

No Brasil, a regra do art. 1.102 b é expressa ao afirmar ser escrita a forma da demanda, que deve obedecer a regra geral das petições estabelecidas nos arts. 282 e 283 do código de Processo Civil. Demais disso, deve ele as instruí-las com a *prova escrita*, sempre

⁷ AMARAL SANTOS, Moacyr. Ob. cit., p. 129ss..

⁸ Idem.

⁹ Idem.

desprovida a eficácia do título executivo, que constitui em verdade o próprio destino na monitória que é a formação célere de um título executivo.

8. Da eficácia executiva do ato injuntivo

Sob a perspectiva da eficácia do ato injuntivo, a lei austríaca e a alemã atribuem eficácia executiva *ex legis* se não há oposição admissível, de maneira que desnecessário se torna a prática de outro ato que lhe atribua eficácia¹⁰ como se dá na legislação portuguesa que exige do Secretário judicial a aposição de um “execute-se” a fim de que adquira força executiva, o mesmo ocorrendo na Itália, que o juiz declara executivo o decreto mediante a prática de um outro decreto (art. 654), que se tornará assim título executivo com todos os seus efeitos, de maneira a adquirir a autoridade de coisa julgada substancial independente de um sucessivo juízo relativamente ao objeto da demanda proposta sob o mesmo fundamento.¹¹ No Brasil, a formação do título se dá *incontinenti* a inadmissibilidade (art. 1.102 c, *caput*) e a rejeição dos embargos (§ 3º do art. 1.102, do CPC).

9. Forma de comunicação

No direito português e no italiano é por meio de *notificação* que se faz a comunicação com o réu, fórmula distinta do direito alemão e do austríaco, que optaram pelo *mandado*¹². Relativamente ao regime italiano, a lei exige que o afirmado devedor seja notificado em cópia autêntica, certamente pelos efeitos que produz, pois a notificação determina a pendência da lide, ou seja, a de produzir os efeitos substanciais e processuais próprios da demanda proposta em via ordinária (interrupção da prescrição, litispendência e conexão de causa), consoante o art. 643¹³. No Brasil também se dá por mandado a comunicação ao devedor.

¹⁰ AMARAL SANTOS, Moacyr. Ob. cit., p.129ss.

¹¹ EVANGELISTA, Stefanomania. IANNELLI, Domenico. **Manuale di Procedure Civile**. Turim: VteT, 1996, p. 417.

¹² AMARAL SANTOS, Moacyr. Ob. cit., p.129ss.

¹³ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Op.cit. p. 53.

10. A inadmissibilidade do procedimento injuntivo

Variadas são as formas de tratamento dos casos de inadmissibilidade da injunção. Em Portugal, a legislação limitou-se a atribuir ao Secretário o poder de não receber a petição simplesmente. Já o mesmo não ocorre na legislação italiana e alemã. Na peninsular, cuida-se de tarefa do juiz, que poderá rejeitar a demanda por decisão motivada. De igual maneira na Alemanha, onde também ao juiz incumbirá o poder de indeferir o pedido se não forem atendidas as formalidades legais e dessa decisão não cabe qualquer recurso.¹⁴ No Brasil, a solução é a extinção do processo sem apreciação do mérito, em razão do indeferimento da petição inicial, consoante o art. 267, I, do Código de Processo Civil.

11. O decreto injuntivo

No Direito Português incumbe ao Secretário do Tribunal notificar o requerido, por carta registrada com aviso de recepção, remetendo cópia da inicial e dos documentos juntos, indicando de forma inteligível o objeto do pedido e demais elementos úteis à sua compreensão, sendo necessário, ainda, referir, expressamente o prazo para a oposição. A lei italiana, no entanto, é limitadora da competência do decreto injuntivo ao conciliador, pretor ou presidente do tribunal, que seria competente para a demanda proposta em via ordinária (art. 637, Z. P. O.). A austríaca mantém do mesmo modo a competência do juiz, que sem ouvir o devedor, ordena a expedição de ordem de pagamento contra este, com a notificação de que poderá impugnar o pedido no prazo de quatorze dias. O mesmo ocorre com o Direito Alemão que também atribui ao juiz o poder de ordenar, *inaudita altera parte*, a expedição da ordem requerida, para que o afirmado devedor pague ao credor no prazo de uma semana a contar da notificação.¹⁵

¹⁴ AMARAL SANTOS, Moacyr. Ob. cit., p.129ss.

¹⁵ AMARAL SANTOS, Moacyr. Idem.

12. Do prazo e da forma para impugnar a ordem do juiz – a oposição

É de sete dias a contar da notificação no direito português. Na Itália, é de quarenta dias, embora o prazo possa ser reduzido a dez e aumentado para sessenta se ocorrer justo motivo. Na Áustria, são quatorze dias. Na Alemanha o prazo é de uma semana. Na Suíça, o prazo é de 10 dias (art. 74).

A oposição é o meio pelo qual o réu que entenda injusto o procedente injuntivo impugna o decreto. De um modo geral, a oposição tem o efeito de transformar o procedimento sumário em ordinário. Sobre a caracterização geral da injunção e a forma de impugná-la é de se dizer que, a *falta* de contrariedade segundo certa corrente seria o caráter predominante na monitória. No entanto, para Carnelutti é a eventualidade do contraditório. Domina, no entanto, o pensamento de que a característica determinante é a inversão da iniciativa do contraditório (Calamandrei). Calamandrei a explicita ao afirmar que não há antagonismo entre sua posição e a de Carnelutti porque é eventual o contraditório em razão de a iniciativa de provocá-lo incumbir ao réu se entender que deva oferecer oposição.

13. Consequências da oposição

Na falta de oposição, o Direito Português atribui ao Secretário do Tribunal o poder de apor uma manifestação resumida no termo “execute-se” no requerimento de injunção. Solução idêntica ocorre no caso de desistência da oposição. No Direito Italiano a inexistência de oposição possibilita o juiz proferir o decreto e declara executivo, que se tem entendido como meio de aquisição de eficácia da coisa julgada. No Direito Austríaco, após o decurso do prazo sem impugnação, o mandado adquire eficácia de título executivo. No Direito Alemão, decorrido em branco o prazo, o mandado adquire força executória.

Havendo oposição, ela é submetida fundamentalmente ao juiz, passando a ter natureza jurisdicional – essa é a disciplina portuguesa. Na Itália, a oposição é proposta perante o juiz que emitiu o decreto injuntivo, no prazo de 20 dias. Na Áustria, o juiz aprecia e decide se o mandado deve ser confirmado ou declarado sem efeito. Na Alemanha o procedimento passa a ser ordinário e submetido às suas próprias

etapas. No Brasil é com os embargos que a atividade do conhecimento é que se desenvolve e garante o exame efetivo das situações afirmadas e controvertidas.

A forma de oposição obedece a variada disciplina. No Direito Português exige-se forma escrita, assim também a nossa legislação no Brasil. O mesmo ocorre com a Itália. Solução diversa oferece a Áustria e a Alemanha, que admitem também a oral.

Conclusões

1. Em todas as legislações examinadas o procedimento monitorio é vocacionado a tutelar situações creditícias especiais, geralmente fundadas em valores ou quantias não excessivamente expressivas.
2. Prevalece a dicotomia “puro” e “documental” para as formas de procedimento monitorio, padrão esse invariavelmente encontrado nas legislações citadas.
3. Decorre a injunção de um longo processo evolutivo no qual o direito português antigo constitui referência por meio da “ação de assinação de dez dias”.
4. Em todos os sistemas a impugnação é feita mediante forma comum assemelhada aos embargos disciplinados no direito brasileiro.
5. A inversão do contraditório, em razão da eventualidade da própria atividade de conhecimento é marca característica do instituto plenamente acolhido em todas as legislações.
6. O procedimento injuntivo constitui uma das formas mais próprias encontradas nas legislações para tutelar os créditos de pequeno monte desprovidos de título executivo, segundo a sua estrutura formal e função a que é destinado.

A REESTRUTURAÇÃO DAS RELAÇÕES INTERGOVERNAMENTAIS NO BRASIL: A IMPORTÂNCIA DO ART. 23 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Andreas J. Krell ^(*)

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O sistema de *separação administrativa* no Brasil. 3. A celebração de convênios entre os diferentes entes estatais. 4. A formação de *sistemas* nacionais e estaduais de Administração. 5. A atribuição de *competências administrativas* na CF de 1988. 6. A permissão da aplicação de leis superiores para os municípios e estados. 7. A regulamentação do parágrafo único do art. 23 CF. 8. Necessidade da prestação e do controle dos *serviços públicos* nas diversas áreas funcionais. 9. Evolução do conceito do *poder de polícia* da Administração Pública. 10. A questão do "poder-dever". 11. A aplicação de sanções administrativas entre órgãos públicos de diferentes níveis federativos.

1. Introdução

No início do terceiro milênio, em vários países, o município está sendo considerado, cada vez mais, como o nível governamental mais adequado para prestação da grande maioria dos serviços públicos que influenciam decisivamente a qualidade de vida do cidadão. No Brasil, o Poder Estatal ainda não conseguiu chegar a um desempenho satisfatório nos âmbitos da saúde pública, da educação, do saneamento, da habitação popular e da segurança pública, para citar somente as áreas setoriais mais urgentes.

Em busca da melhor forma de cumprimento dessas variadas tarefas, discutem-se arranjos institucionais inovadores que podem contribuir para a capacidade de gestão do Poder Público na solução dos problemas. Com a energia da mudança política no Governo

^(*) 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).

Federal, o Brasil está tentando construir um Estado verdadeiramente *social*, preconizado há muito tempo na sua Constituição, porém nunca realizado plenamente pelos órgãos administrativos, os quais, até hoje, enfrentam dificuldades de toda ordem no estabelecimento de um padrão razoável de atendimento às populações, especialmente às de baixa renda.

Ao mesmo tempo, os estudiosos das Ciências Políticas e Administrativas estão quase unânimes em afirmar que um cumprimento mais eficiente das tarefas públicas somente poderá ser alcançado mediante uma progressiva descentralização da prestação dos respectivos serviços públicos, com uma inclusão mais significativa dos municípios.

No entanto, o cumprimento das tarefas municipais, muitas vezes, esbarra em incertezas e conflitos jurídicos sobre a extensão e os limites concretos da autonomia local. Assim, certas decisões parecem ser reservadas para os estados-membros, aparecendo a esfera municipal responsável somente pela execução das medidas. Em outros casos, torna-se duvidosa a vinculação das prefeituras às “orientações” e diretrizes superiores. A União, por sua vez, até hoje mantém um aparato superdimensionado de órgãos administrativos próprios e costuma realizar transferências de recursos para governos estaduais e municípios, sem poder efetuar um controle eficiente dos entes receptores das verbas federais.

Ao mesmo tempo, no Brasil, parece ter finalmente chegado a hora da definição concreta das tarefas municipais, o que pressupõe uma divisão clara entre as competências administrativas locais, as estaduais e as federais, tendo o novo Governo Federal já declarado a “reforma federativa” como uma das suas prioridades. O movimento Municipalista, por sua vez, reivindica com veemência uma reformulação do próprio “pacto federativo”, com um novo sistema de distribuição das responsabilidades.

A crítica do descompasso entre os encargos municipais e os recursos disponíveis para os entes locais é uma constante nas manifestações das entidades de representação municipal no Brasil. Normalmente, alega-se que a Carta de 1988 estabeleceu um grande ônus de novas tarefas para os municípios, sem, no entanto, ter garantido as respectivas receitas. Ao mesmo tempo, a condição para

uma reformulação adequada do sistema tributário nacional consiste na definição nítida das competências comuns do art. 23 da Constituição.

Segundo o nosso entendimento, uma interpretação sistemática do texto constitucional deverá levar o legislador à criação de “tarefas obrigatórias” para os municípios, visto que a eficácia dos direitos fundamentais sociais e o princípio da dignidade humana não permitem mais omissões do Poder Público nas áreas do saneamento básico, da saúde pública, da educação, da segurança alimentar e da habitação popular, para somente citar as tarefas mais prementes.

Como ponto de partida para a fixação dessas tarefas obrigatórias serve também o debate doutrinário sobre uma visão moderna do “poder de polícia” do Estado e as bases de sua transformação para um verdadeiro “poder-dever”. Naturalmente, a criação desses “deveres de ação” terá de ser acompanhada por um sistema coerente e exequível de financiamento, envolvendo recursos municipais próprios e transferências institucionalizadas. Além disso, um rígido controle da real prestação dos serviços e da aplicação das verbas *in loco* – com ampla participação da sociedade civil – será a *conditio sine qua non* do funcionamento e da eficiência do novo sistema.

Entretanto, não devemos olvidar que a regulamentação legal de um novo sistema administrativo de organização inter-governamental, sozinha, certamente não resolverá os problemas, mas representará um passo importantíssimo para a reestruturação das relações entre União, estados e municípios. Nesse caminho, o grande lema da nova atuação do Poder Público é o *federalismo cooperativo*, que tenta sintonizar e racionalizar as ações dos diferentes níveis de governo, através da construção de um *consenso* político e administrativo, sem o qual a referida legislação certamente não ganhará eficácia.

2. O sistema de separação administrativa no Brasil

Na maioria dos países com estrutura federativa, a produção de políticas públicas bem sucedidas depende cada vez mais da coordenação das ações de níveis de diferentes governos autônomos (*shared decision making*), o que torna a montagem de um verdadeiro *Welfare State* mais complexa, “envolvendo jogos de cooperação e

competição, acordos, vetos e decisões conjuntas entre os níveis de governo”.¹

O sistema administrativo brasileiro tem a sua base no princípio da *execução imediata*. Os quadros de funcionários mantidos pela União, pelos estados e pelos municípios, respectivamente, executam – com poucas exceções – exclusivamente os dispositivos legais da própria esfera.² No passado, os órgãos de uma prefeitura municipal, por exemplo, podiam fundamentar os seus atos somente nas leis produzidas pela câmara local ou nos decretos do prefeito.

Sob o regime da Constituição Federal anterior, de 1967/69, a competência *administrativa* resultava direta e necessariamente da respectiva competência legislativa. Portanto, uma Administração não podia agir para executar as normas de uma outra esfera política. Por outro lado, nenhum estado poderia – por exemplo – prescrever aos seus municípios o procedimento administrativo a observar em seus atos. Segundo a teoria dominante no Brasil, tal regulamentação iria abusar das prefeituras, reduzidas a “intermediários burocráticos”.³

Apenas em casos de emergência foi concedido às prefeituras o direito de executar também leis superiores. Um exemplo é o impedimento de infrações iminentes de normas dos Códigos Florestal ou de Minas, através de funcionários municipais, quando os órgãos federais competentes não estejam presentes.⁴ O sistema vigente na República Federal da Alemanha diverge bastante do quadro brasileiro. A Lei Fundamental Alemã, no seu art. 83, estabelece como princípios que “os estados executarão as leis federais como matéria própria” e

¹ ABRUCIO, Fernando L.; SOARES, Márcia F. **Redes Federativas no Brasil: cooperação intermunicipal no Grande ABC**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, Série Pesquisas, n. 24, 2001, p.37.

² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.482.

³ VILLAÇA, Flávio. **Uso do Solo Urbano**. São Paulo: CEPAM, 1978, p.66.

⁴ LEITE, Lesley Gasparini *et alii*. **Política Municipal do Meio Ambiente**. São Paulo: CEPAM (Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal), 1991, p. 25. Em 1990, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais confirmou o direito da prefeitura de Paracatu a embargar temporariamente a extração de minérios nos arredores de uma caverna protegida, embora a mineradora possuísse uma licença do DNPM, para possibilitar um novo exame do órgão federal; *in*: **Rev. dos Tribunais**, n.657, p.151.

que “o Governo Federal exercerá a fiscalização sobre a execução das leis federais pelos estados conforme o direito vigente” (art. 84, I).

Além disso, existe a execução de leis federais pelos estados “por delegação da União” (art. 85). Os municípios alemães, por sua vez, podem ser obrigados pelos estados federais a executar tarefas de competência da esfera estadual (*Auftragsangelegenheiten*). Nesses casos, a fiscalização estatal abrange, além da questão da legalidade, a da *conveniência* da execução.

3. A celebração de convênios entre os diferentes entes estatais

Além dos casos de urgência, a execução planejada de leis de uma outra esfera estatal, no Brasil, sempre tem sido a celebração de *convênios administrativos*, que, até hoje, representam o principal instrumento de colaboração entre a União, os estados e os municípios.

Surpreende-nos, contudo, o fato de que, até agora, os diversos problemas ligados a esses convênios ainda não foram claramente sistematizados e suficientemente discutidos pelos juristas e outros estudiosos dos problemas municipais brasileiros. Enquanto esse instrumento ainda foi expressamente mencionado pela Carta Magna anterior (art. 13, § 3, CF 1967/69), o texto constitucional de 1988 não dedicou a ele nenhuma palavra; em 1998, a Emenda da Reforma Administrativa reintroduziu os convênios no art. 241, que reza:

A União, os Estados e os municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

A doutrina brasileira considera os convênios não como contratos, mas *acordos*⁵ juridicamente não obrigatórios ou “atos administrativos complexos”, mediante os quais uma entidade pública concorda com uma outra sobre a execução de uma tarefa ou atividade

⁵ MEDAUAR, Odete. Convênios e consórcios administrativos. **Boletim de Direito Administrativo**, p.453, ago. 1995.

da sua competência.⁶ Esses convênios são negociados individualmente entre as prefeituras e o estado ou a União e, muitas vezes, contêm igualmente uma ajuda financeira e técnica para os municípios que, na maioria dos casos, não possuem os meios necessários para o cumprimento das respectivas tarefas.

Até agora não foram desenvolvidos modelos normativos padronizados que poderiam ser aplicados nos convênios do mesmo gênero.⁷ Isto explica porque eles normalmente são celebrados apenas entre órgãos estaduais e prefeituras cujos protagonistas fazem parte da mesma linha política, ou, pelo menos, nestes casos, com maiores benefícios para os municípios.

Muitas das novas Leis Orgânicas municipais colocaram a celebração de convênios ou acordos com entidades públicas ou particulares pelo prefeito ou a de sua ratificação, quando negociados sem aprovação preliminar, sob a ressalva da autorização prévia da Câmara dos Vereadores. O Supremo Tribunal Federal (STF), porém, decidiu que tal exigência implica diminuição de prerrogativa essencial do Governo e Administração, constituindo a celebração de convênios e acordos um poder inerente à função administrativa. A limitação dessa prerrogativa, segundo o STF, afeta a independência do Executivo, rompendo o equilíbrio entre os poderes municipais.⁸

Nas campanhas eleitorais, os governos estaduais costumam usá-los maciçamente para a cooptação dos prefeitos. Depois, nos municípios onde os partidos de oposição ganharam as eleições, normalmente não se dá continuidade a esses convênios, por falta de interesse político. Essa instabilidade institucional dos convênios, aliada à precariedade de sua administração, vem criando dificuldades

⁶ MOREIRA NETO, Diogo de F. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p.151. O autor reclama que “infelizmente, talvez por falta de legislação adequada e incentivadora, a modalidade não tem tido o desenvolvimento que deveria ter, num país de administração atomizada e dispendiosa (...)”.

⁷ Somente a antiga Lei Orgânica dos Municípios do Espírito Santo (Lei n.º 2.760/73) tratava dos convênios duma maneira mais aprofundada; os arts. 126-129 os mencionavam junto com os acordos e contratos multilaterais e estabeleciam alguns princípios para a sua celebração.

⁸ Vide STF, decisão de 26/8/92, in: **Boletim de Direito Municipal**, p.48, jan. 1993; STF, in: **Rev. dos Tribunais**, n.599, p.223, 1985.

quase insuperáveis para sua operatividade. Normalmente, eles também não contêm disposições sobre o caso de o governo estadual deixar de reembolsar os recursos financeiros adiantados pelos municípios no cumprimento da respectiva tarefa.⁹

Mas as críticas a essa forma de cooperação, geralmente usada pelas Administrações estaduais e municipais, vão ainda mais longe. Certos autores alegam que a “exagerada administração por convênios” exacerba a dependência da esfera local,¹⁰ além de configurar “uma forma de escapismo encontrada para atenuar o problema do esvaziamento do município”.¹¹ Para eles, o sistema dos convênios representa “realmente um defeito e não uma virtude”, visto que os governos estaduais geralmente transferem somente uma parte inexpressiva dos seus poderes. Assim, o uso excessivo desse instrumento culmina por criar ou manter mais um “cartório político ao invés de municipalizar”.¹²

Um bom exemplo dessa situação tem sido o Sistema Único de Saúde. Desde os anos 80 do século passado, muitos municípios, mediante a celebração voluntária de convênios, começaram a prestar certos serviços de saúde que são de competência do estado. Vários políticos locais, porém, criticam-no porque o repasse correto dos recursos financeiros depende, acima de tudo, do critério político do governo estadual. Onde o prefeito não era da linha do governador, as transferências eram efetuadas arbitrariamente e com tanta demora que a inflação já havia absorvido uma boa parte do seu valor real.

O número elevado de convênios e outros acordos celebrados entre as diferentes esferas estatais demonstra a ausência de um

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 354s..

¹⁰ FRANÇA/CASTOR. Administração Pública no Brasil - exaustão e revigoramento do modelo, 1984, *apud* FISHER, Tânia. A gestão do município e as propostas de descentralização. **Rev. de Administração Municipal**. Rio de Janeiro: IBAM, n.187, p.25, 1987.

¹¹ COSTA, Frederico Lustosa da. Planejamento local e o impacto da urbanização. **Rev. de Administração Pública**, FGV, n.3, p.153, 1987; Fisher, Tânia. Ob. cit., p. 25.

¹² CASTRO, M. Helena Guimarães de. Descentralização e política social no Estado de São Paulo. **Rev. Cepam**, São Paulo, p. 29s., mar. 1991; *vide* também IPEA. Demanda e Oferta de Serviços Urbanos em Cidades de Porte Médio, 1987, p. 71.

verdadeiro *federalismo cooperativo* no Brasil. Em seu lugar, há uma espécie de federalismo em que as esferas pactuam espontaneamente a fim de superar as dificuldades inerentes ao sistema vigente da separação administrativa. O problema é que essa colaboração não tem seu fundamento numa parceria equilibrada, mas num relacionamento de verdadeira *subordinação*, sujeito à instabilidade e “jogos políticos”.

4. Formação de sistemas nacionais e estaduais de administração

De qualquer forma, a celebração de convênios ainda é condição imprescindível para viabilizar uma integração dos municípios aos *Sistemas Nacionais* (de Educação, de Trânsito, de Saneamento, do Meio Ambiente) ou sistemas *estaduais*.

O princípio constitucional da autonomia administrativa dos municípios e estados federados faz com que não possa ser imposto às Administrações municipais um “comportamento ativo”, como a criação de secretarias, conselhos, elaboração de planos, criação de cargos, contratação de servidores, prestação de determinados serviços, padrões de qualidade no atendimento etc. Leis federais e estaduais não estão, juridicamente, autorizadas a dar “ordens administrativas” às prefeituras.

Na verdade, a estrutura de muitos desses “Sistemas Nacionais” não corresponde aos ditames da divisão administrativa entre os entes da Federação brasileira. Estes sistemas, muitas vezes, nada mais são do que um esboço ou “esqueleto” que precisam ser preenchidos através de convênios livremente celebrados entre a União, os estados e os municípios.

Os órgãos federais e estaduais, no entanto, normalmente não desenvolvem as iniciativas necessárias para a celebração de tais convênios com os municípios, para que estes executem e controlem as normas superiores (leis, decretos e resoluções de conselhos nacionais e estaduais). A Constituição Federal de 1988 apenas se refere à competência da União para instituir um Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (art. 21, XIX) e o Sistema Único de Saúde (SUS, art. 200).

Todavia, a Carta não menciona que no âmbito desses sistemas a União poderia prescrever regras sobre as competências e as formas de organização administrativa dos órgãos estaduais e municipais deles

participantes. Tudo indica que continua valendo a regra de que qualquer uma das três esferas federativas pode executar as suas próprias leis e também determinar a organização e o funcionamento interno dos seus corpos administrativos.

Com a criação de mais *sistemas* administrativos, os governos federal e estaduais estão reconhecendo a importância do papel dos municípios na prestação dos serviços públicos. No entanto, muitos dos referidos sistemas apresentam estruturas claramente tecnocráticas e não levam em conta as dificuldades práticas na execução das normas *in loco* por parte das prefeituras. Ao mesmo tempo, possuem caráter *centralizador* por não respeitar suficientemente as competências legislativas e administrativas dos municípios, oriundas da sua autonomia consagrada no próprio texto constitucional, que não pode ser reduzida por parte do legislador ordinário. Por isso, muitos políticos locais consideram-se incompetentes para a solução de vários problemas e tentam desviar a responsabilidade – também diante da população – para os órgãos administrativos do estado ou da União.

Na concepção dos “sistemas administrativos” dificilmente se leva em conta que as três esferas da organização federativa do Brasil não se encontram no mesmo nível de desenvolvimento institucional. O fato de todos os municípios do país possuírem praticamente a mesma forma de organização administrativa “simétrica” e estarem sujeitos aos mesmos instrumentos jurídicos, faz com que reste pouco espaço nas prefeituras para uma experimentação que lhes possibilite o desenvolvimento e o aperfeiçoamento de novos tipos de estruturação institucional mais adequados para cada local.

Evidentemente, os órgãos políticos do município, na elaboração e edição das suas normas, devem assegurar que os dispositivos locais não entrem em choque com a legislação superior. A execução concreta das leis pelas prefeituras municipais, contudo, não pode ser influenciada pelo estado ou a União. Mesmo em casos de manifesta desatenção à legislação pelas Administrações locais, as esferas superiores somente podem tomar medidas através dos seus próprios órgãos. Todavia, de maneira alguma, estes possuem o direito de, através de sua legislação “dar ordens” aos municípios ou obrigá-

los de fazer algo, podendo uma tal obrigação somente emanar da própria Constituição Federal.¹³

5. A atribuição de competências administrativas na CF de 1988

Ao definir as *competências comuns* da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o art. 23 da Carta Federal de 1988 enumera várias tarefas setoriais, cujo cumprimento cabe, ao mesmo tempo, aos três níveis governamentais da Federação.¹⁴ Discriminando essas atribuições por suas respectivas áreas setoriais, surge o seguinte quadro:

- *Saúde*: cuidar da saúde (II); promover a melhoria das condições de saneamento básico (IX).

- *Educação e Cultura*: proporcionar os meios de acesso à educação (V); proporcionar os meios de acesso à cultura (V); proporcionar os meios de acesso à ciência (V); implantar política de educação para a segurança do trânsito (XII).

¹³ Nesse sentido: MUKAI, Toshio. Atuação administrativa e legislativa dos poderes públicos em matéria ambiental. **Interesse Público**, n.15, p.119, 2002.

¹⁴ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência; VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.”

- *Assistência social*: cuidar da assistência pública (II); combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização (X); proteger pessoas portadoras de deficiência (II).

- *Segurança alimentar*: organizar o abastecimento alimentar (VIII); fomentar produção agropecuária (VIII).

- *Moradia*: promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições de habitação (IX).

- *Meio Ambiente e patrimônio histórico*: proteger o meio ambiente e combater a poluição (vi); preservar as florestas, a fauna e a flora (VII); fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais (XI); proteção dos bens de valor histórico, artístico, cultural e paisagístico, impedindo sua destruição (III, IV).

É evidente que o art. 23 regulamenta a competência *material*, a qual abrange a realização de medidas administrativas. Com isso, a Constituição brasileira pela primeira vez atribui separadamente competências administrativas que eram antes automaticamente incluídas nas competências legislativas correspondentes.

Há autores que compreendem esse dispositivo como uma atribuição expressa de um *poder de polícia* preventivo e repressivo para os municípios nessas áreas.¹⁵ Outros entendem a listagem das competências do art. 23 como “medida pedagógica”,¹⁶ mediante a qual pretende-se mostrar à esfera local, de maneira clara e irreversível, o seu importante papel na solução dessas tarefas tão significativas em nível nacional. Outros, ainda, alegam que o art. 23 faculta ao Poder Público também a edição de normas legais que sejam diretamente necessárias para a realização das tarefas de que trata, como, por

¹⁵ BARRETO, M. Sylvia R. Pereira; CORRÊA, M. Lúcia. O Município e a questão ambiental. **Rev. dos Tribunais**. n.670, p.235, 1991; Diogo de F. MOREIRA NETO entende o art. 23 como *mera indicação* de que a competência do poder de polícia agora seja da responsabilidade comum das três esferas estatais (ob. cit., p. 351).

¹⁶ FERRAZ, Anna C. da Cunha. União, Estado e município na nova Constituição: enfoque jurídico-formal. In: CEPAM/Fundap. **A Nova Constituição Paulista - Perspectivas**, São Paulo, 1989, p. 67.

exemplo, o estabelecimento e a organização de órgãos administrativos.¹⁷

Mukai considera o art. 23 a expressão do desejo dos membros da Constituinte de alcançar um “federalismo cooperativo” no Brasil. Ao mesmo tempo, ele esclarece que esse dispositivo não significa que lei federal possa determinar a estados e municípios que se abstenham ou ajam em certo sentido, pois tal comportamento representaria um desrespeito ilícito da autonomia constitucionalmente garantida a tais entes.¹⁸ Pinto Ferreira, por sua vez, acredita muito menos no valor do art. 23, pois, para ele, contém apenas “dispositivos programáticos que refletem meras intenções ideológicas com grau mínimo de eficácia”.¹⁹

Embora inexista um regulamento correspondente ao art. 23 nas Cartas anteriores, já antes de 1988 a maioria dos municípios brasileiros vinham desenvolvendo atividades nas áreas ali enumeradas, com base em seu tradicional *poder de polícia*. Houve, porém, uma falta de clareza a respeito das possibilidades de ação da esfera local.

6. A permissão da aplicação de leis superiores para os municípios e estados

Podemos observar que a Constituição de 1988 teve a intenção de abandonar – pelo menos parcialmente – a estrita separação administrativa entre os diferentes entes federativos quando passou a discriminar, separadamente, as competências *administrativas* das três esferas estatais, que não são mais coincidentes (congruentes) com as competências *legislativas*, o que acontecia antes de 1988. Sem dúvida, os convênios administrativos continuaram lícitos também sob o novo regime constitucional.

Entretanto, questiona-se, porém, em que medida a celebração de convênios ainda é um *pressuposto obrigatório* para que os

¹⁷ CORRÊA, Antônio di Munno. Planejamento Urbano. **Rev. de Direito Público**, n.98, p.257, 1991; CABRAL, Armando Dias. **Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental**. Belo Horizonte, 1988, p. 83.

¹⁸ MUKAI, Toshio. As competências dos entes federados na Constituição de 1988. **Boletim de Direito Administrativo**, p.714, dez. 1991.

¹⁹ FERREIRA, L. Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1990, p.87.

municípios possam aplicar e executar normas jurídicas dos entes superiores do estado. Há autores que acentuam a *vantagem* de que as Administrações municipais na execução de medidas protetoras ao meio ambiente agora “possam recorrer a normas superiores”.²⁰

Meirelles entendeu que o art. 23 da Carta de 1988 abriu espaço à ação da autoridade policial comum – inclusive a das prefeituras –, por iniciativa própria, na aplicação das normas estabelecidas pelo Código Florestal. Antes da reforma constitucional, o famoso autor ainda julgava necessária a celebração de convênios para a execução desta lei por uma Administração local.²¹ Na mesma linha, Machado afirma que, depois da entrada em vigor do art. 23, “qualquer dos três entes públicos tem competência para aplicar a legislação ambiental, ainda que essa não tenha sido da autoria do ente que a aplica”.²²

Essa tese, contudo, na nossa opinião, representa, para não dizer uma *revolução*, no mínimo, uma mudança importantíssima no sistema administrativo brasileiro e mereceria uma atenção especial por parte dos juristas da área do Direito Público. O sentido das novas competências administrativas em relação às legislativas, contudo, ainda não foi tratado de maneira sistemática e coerente.

Vale ressaltar que, na prática, também nunca se obedeceu rigorosamente ao princípio de que cada esfera administrativa somente poderia aplicar as suas próprias normas. Observa-se que a aplicação da legislação superior, há muito tempo, já se tornou uma realidade no procedimento administrativo de muitas prefeituras brasileiras. Desde os anos 70 do século passado, “admite-se a atividade policial-administrativa pelo Município em matérias alheias à sua regulação legislativa, quando ele se vê diretamente interessado na matéria e o órgão competente encontra-se desapaarelhado para exercê-la

²⁰ VILLA, Bona de. Leis municipais para o meio ambiente são necessárias. **Rev. Informativo Municipalista**, p.23, jan.1990.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Poder de polícia - taxação de florestas. **Estudos e Pareceres de Direito Público IV**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 221.

²² MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Estudos de Direito Ambiental**, São Paulo: Malheiros, 1994, p.143.

eficazmente”.²³ Nesse ponto, deve ser ressaltado que no Brasil sempre “confundiu-se competência para legislar para legislar com autoridade exclusiva para executar”.²⁴

Hoje em dia, até a *legislação* de muitos municípios brasileiros prevê, por exemplo, a execução e implementação de normas superiores de proteção ambiental. Em *Maceió*, o Código Municipal do Meio Ambiente (lei n.º 4.548/96), em seu art. 21, determina que a Secretaria Municipal do Meio Ambiente, “no uso de seu poder de polícia ambiental e a sua competência administrativa expressa no art. 23, incisos VI, VII e XI da Constituição Federal, fiscalizará o cumprimento da aplicação deste Código, podendo também aplicar a legislação federal e estadual de proteção ambiental”.²⁵

Parece-nos também que muitos funcionários que atuam nesse campo olvidam simplesmente que o fato de seu município ser vinculado a uma lei superior no sentido de ter de *obedecê-la* não significa, ao mesmo tempo, uma competência ou a obrigação de *executar* e *implementar* essa norma. Na Alemanha, a importância dessa distinção foi expressamente enfatizada pelo Tribunal Administrativo Federal.²⁶

A expressa distinção entre as competências legislativas, de um lado, e as administrativas, de outro, também não faria qualquer sentido se cada esfera política continuasse podendo executar meramente as suas próprias normas. Os doze incisos do art. 23 seriam simplesmente supérfluos se esta competência administrativa existisse somente em conexão com os respectivos poderes de legislar, como foi o caso durante a vigência das Constituições brasileiras anteriores. Sob o novo regime jurídico, os municípios devem atuar também justamente naquelas áreas onde eles não são competentes para baixar normas legais, em razão de que o art. 24 CF não os autoriza a tanto.

²³ BASTOS, Celso Ribeiro. Repartição constitucional da competência para o exercício do poder de polícia. **Rev. de Direito Público**. n.16, p.179, 1971.

²⁴ BELTRÃO, Hélio. Descentralização administrativa e descentralização. **Rev. de Administração Municipal**. Rio de Janeiro: IBAM, n.159, p.61, 1981.

²⁵ Existe norma de conteúdo semelhante na lei municipal n.º 7.447/90 de Curitiba (art. 41, XXIII).

²⁶ *Bundesverwaltungsgericht* (= última instância); BVerwGE 29, S. 52, 58.

Também não é possível que o art. 23 CF se refira meramente às tarefas de *interesse local* que já são da competência exclusiva do município, segundo o art. 30, I CF porque, neste caso, o art. 23 não teria nenhum sentido em existir. Por isso, entendemos que no Brasil o sistema tradicional da “separação administrativa” foi parcialmente revisado pela nova Constituição Federal. Nas áreas discriminadas pelo art. 23, agora fica ao critério das prefeituras executar também normas federais ou estaduais quando julgarem necessário.

Vale ressaltar, no entanto, que essa instituição da liberdade na aplicação da legislação federal e estadual ainda não determinou a diminuição da importância dos *convênios*, pois somente por meio destes podem ser estipuladas as regras e condições da execução do Direito superior e concedido apoio técnico e financeiro. A maioria dos municípios brasileiros não possui os recursos humanos e materiais necessários para uma efetiva implementação das normas que regulam os serviços públicos socialmente mais relevantes, a exemplo do saneamento básico, do atendimento à saúde e da habitação popular.

7. A regulamentação do parágrafo único do art. 23 CF

O parágrafo único do art. 23 deixa para uma lei complementar a fixação de normas para a cooperação entre os três níveis estatais, a qual deve ter “em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”. Essa lei até hoje não foi promulgada.²⁷ Evidentemente, esse dispositivo foi incluído no texto constitucional devido às experiências negativas da Federação brasileira com a atribuição de um grande número de competências administrativas concorrentes para todas as três esferas estatais.

De qualquer forma, um novo sistema de atribuições federativas deve procurar evitar as consequências maléficas que as antigas “competências concorrentes” têm provocado para a prestação de serviços

²⁷ A grande maioria dos Projetos de Lei Complementar para a regulamentação do parágrafo único do art. 23 CF, que tramitam na Câmara dos Deputados, se refere somente à prestação dos serviços públicos ligados ao saneamento básico (PLP 72/1999; 234/1998; 118/2000; 145/2000; 159/2000; todas essas proposições foram arquivadas; cf. *Internet*: <www.camara.gov.br/Internet/sileg/prop_pesquisa.asp>).

públicos, como a superposição de comandos e de recursos, a falta de responsabilização das entidades governamentais pela inexistência ou inadequação dessas atividades e os conflitos interinstitucionais.²⁸

Como a Carta de 1988 tinha o objetivo de delimitar precisamente as competências dos entes federativos, para acabar com a tendência centralizadora anterior, o seu art. 23 estabeleceu nada menos do que trinta funções concorrentes entre os diferentes níveis. “Não se definiu, contudo, como será a hierarquia cooperativa dentro da federação.” Essa definição, certamente, não devia ter sido deixada para uma lei complementar. “Não é uma questão de detalhamento constitucional, mas de exatidão.”²⁹

Parece certa a afirmação que “o conceito de competência comum implica superposição das competências envolvidas, com o objetivo de assegurar que seu exercício jamais fique prejudicado, por tratar-se de matéria de grande interesse público. Assim, se um ente federado exercer sua competência e um outro igualmente competente deixa de fazê-lo, o interesse público fica preservado. Os problemas aparecem quando dois ou mais entes igualmente competentes desejam exercer suas competências, o que requer disciplina.”³⁰

Na mesma linha está Barroso quando alega que o art. 23 “não se refere à titularidade do serviço, mas à possibilidade de uma ação de quaisquer dos entes estatais visando ao melhor resultado na matéria. A finalidade constitucional é a cooperação produtiva entre eles, e não, evidentemente, uma superposição inútil e dispendiosa.”³¹ Para a solução desse antigo problema, no entanto, contribui muito pouco a

²⁸ Cf. Instituto Brasileiro de Administração Municipal - IBAM. **Manual do Prefeito**, 1994, p.56.

²⁹ ABRUCIO, Fernando L. (relator) *et alii*. Descentralização/Pacto Federativo. **Cadernos ENAP**, n.1, p.22s., 1993. Nesse relatório, afirma-se que “a indefinição das fronteiras de competências, principalmente entre os estados e municípios, dificulta a responsabilização das instâncias subnacionais pelas políticas públicas. A confusão intergovernamental gerada pelas competências comuns pode (...) ocasionar a duplicação de esforços e um aumento no custo dos serviços públicos, sem que necessariamente haja um aumento de eficiência.” (Ob. cit., p.23s.).

³⁰ Cf. Justificativa da PLP n. 145/2000, da autoria do Deputado Ricardo FERRAÇO; *Internet*: <www.camara.gov.br/Internet/sileg/prop_pesquisa.asp>.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**, tomo II. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2003, p.128.

interpretação do art. 23 CF, sugerida por alguns, no sentido de que as arroladas tarefas materiais deveriam ser “cumpridas harmonicamente” pelos três níveis estatais “em conjunto”.

Ao mesmo tempo, a indefinição das competências materiais comuns causa impactos negativos em várias áreas da gestão pública. Camargo afirma que, no Brasil, a Reforma Tributária não consegue se viabilizar porque “falta o elo perdido, que é o pacto federativo, que depende da cooperação entre os entes federativos”, sendo que “os problemas relacionados à atribuição de responsabilidades aos três níveis da federação, além de dificultarem a reorganização tributária do País, vêm há anos adiando investimentos em setores como o de saneamento”.³²

É evidente que o estabelecimento de um complexo sistema de distribuição de tarefas (e responsabilidades) entre os diferentes níveis da Federação brasileira exigirá também uma adequação das regras da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n. 101/00), visto que a limitação das despesas públicas de administração (art. 20) se reflete diretamente na capacidade de manutenção dos serviços públicos.³³

O repetido estabelecimento de várias competências comuns e concorrentes (arts. 23 e 24) sempre gerou graves conflitos entre as atividades legiferantes e administrativas da União e dos estados, e, por outro lado, a autonomia dos municípios. Sua solução dependerá do empenho dos próprios intérpretes das normas jurídicas em definir a linha divisória entre o interesse preponderantemente regional e o local.³⁴ Por isso, muitos autores estão esperando ansiosamente a edição dessa lei, em virtude da pretendida reorganização das relações entre os diferentes órgãos administrativos.³⁵

³² CAMARGO, Aspásia. Entrevista. *Internet*:
<http://dados.famurs.com.br/portal/inf_noticia_detalhe.asp?cod_noticia=632&cod_leiaute=2> (acesso: março 2003).

³³ FERNANDES, J. U. Jacoby; MOTTA, C. P. Coelho. **Responsabilidade fiscal** - Lei Complementar n. 101, de 4.5.2000, Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 115. Entretanto, o aprofundamento desse tema foge do propósito desse trabalho.

³⁴ CORRÊA, Antônio di Munno. Planejamento Urbano. **Rev. de Direito Público**. n.98, p.261, 1991.

³⁵ V.g.: DALLARI, Adilson A. Política municipal do meio ambiente. **Rev. Cepam**, p.10, mar. 1991.

8. Necessidade da prestação e do controle dos serviços públicos nas diversas áreas funcionais

Ao mesmo tempo, deve ficar claro que nem todas áreas das competências comuns do art. 23 CF exigem a prestação de *serviços públicos* no sentido estrito, os quais competem ao Estado (art. 175 CF),³⁶ podendo particulares somente desempenhá-los por delegação estatal. O mero fato de se atribuir uma competência ao Poder Público para realizar determinada atividade não significa necessariamente que essa deva ser desempenhada sob o regime de serviço público. Assim, nas áreas da educação, da saúde e da agricultura as empresas privadas podem atuar independentemente de delegação estatal.³⁷

Se a saúde e a educação fossem “serviços públicos” no sentido do art. 175 CF, não poderiam ser livremente desempenhados pela iniciativa privada. Por isso, parece mais adequado qualificar saúde e educação como *funções* irrenunciáveis do Estado, “que na atual sistemática constitucional podem ser desempenhadas livremente pela iniciativa privada”.³⁸ Essas funções podem tanto ser serviços públicos, regidos inteiramente pelo regime de Direito Público, quanto podem ser serviços privados, que *deverão ser autorizados e fiscalizados pelo Estado*”. (Destaques no original.)³⁹ Isto quer dizer que, hoje, basta que o Estado “assegure a prestação” de um serviço público, seja através *delegatários legais*, sem interferência de qualquer órgão ou entidade da Administração Pública, seja, como

³⁶ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

³⁷ AGUILLAR, Fernando Herrén. **Controle Social de Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p.142.

³⁸ Ob. cit., p. 139.

³⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 79. Segundo a autora, “é a própria noção de serviço público que se encontra em crise novamente” (ob. cit., p. 81), não podendo a questão ser aprofundada nesse trabalho. De qualquer maneira, é de frisar que – por falta de lucratividade econômica – dificilmente há interesse de empresas privadas em oferecer serviços de qualidade para a população de baixa renda (= a maioria dos brasileiros), existindo o dever constitucional do Poder Estatal de assumir essas tarefas.

classicamente se tem entendido, através de *delegatários administrativos*.⁴⁰

Quando Mukai afirma que, no atual momento, antes da edição da referida lei complementar do art. 23 CF, não seria mais permitido a nenhum “ente federativo o exercício indistinto e individual desta competência sobre qualquer matéria (...) sob pena de ficarem infringidas as competências privativas” e que, “de acordo com o vetor disposto no § único do art. 23, só cabe atuação compartilhada, ou seja, em termos de cooperação”,⁴¹ põe-se a pergunta: quem então poderia definir, hoje, os limites dessas atribuições senão a própria lei complementar anunciada? Já vimos que as competências legislativas não servem para tal fim, visto que a abrangência delas é desigual à das competências comuns administrativas.

Uma recente proposição de Projeto de Lei Complementar para regulamentação do art. 23, § único, que estabelece normas para cooperação entre a União, estados, DF e municípios, visando executar competências comuns, pretende reservar aos estados e municípios as *atividades de execução*, ficando a União encarregada de estabelecer políticas e diretrizes nacionais.

Além disso, permite que a União continue desenvolvendo atividades de execução que lhe forem atribuídas por lei, já que, mediante iniciativa do Poder Executivo Federal ou do Congresso Nacional, tais atribuições poderão ser alteradas conforme a evolução dos fatos assim o indicar. Em casos de *omissão ou falta de condições*

⁴⁰ MOREIRA NETO Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000, p. 125s.; segundo um *conceito transicional e provisório* proposto pelo autor, serviços públicos seriam “as atividades pelas quais o Estado, direta ou indiretamente, promove ou assegura a satisfação de interesses públicos, assim por lei considerados, sob regime jurídico próprio a elas aplicável, ainda que não necessariamente de direito público”. Vale frisar que os limites de transferibilidade da gestão de serviços públicos e os instrumentos de controle dos serviços transferidos não são tema desse trabalho.

⁴¹ MUKAI, Toshio. Atuação administrativa e legislativa dos poderes públicos em matéria ambiental, ob.cit., p.122s. Afirma o autor que “não pode, enfim, haver a superposição de competências que, na prática, está ocorrendo no País, com base em errônea interpretação do art. 23 da Constituição”.

dos estados e municípios e para *reduzir desequilíbrios regionais* evidentes, permitir-se-ia, mediante concordância dos entes inferiores, a atuação da União como executora das medidas e serviços.

O leque de tarefas e encargos a serem racionalmente distribuídas entre os diferentes níveis federativos não se limita aos expressamente referidos no texto do art. 23 CF. Ao lado da educação pré-escolar e de ensino fundamental, do atendimento preventivo e curativo à saúde, do saneamento básico, da coleta e disposição final dos resíduos sólidos, da proteção do meio ambiente e combate à poluição, da construção de moradias populares, da assistência social básica e da segurança alimentar, certamente devem ser mencionadas pela lei complementar as tarefas ligadas ao transporte público coletivo, ao ordenamento territorial (planejamento urbano) e à proteção do patrimônio histórico-cultural.

Como ponto de orientação pode servir também a Carta Mineira, que, no seu art. 183, prevê a assistência técnica e financeira estadual aos municípios de condições socioeconômicas limitadas, mencionando as tarefas da assistência técnica aos órgãos municipais, a abertura e manutenção de estradas, a instalação de equipamentos de ensino, saúde e saneamento básico, o tratamento do lixo urbano, o escoamento da produção regional, a execução de programas de reforma agrária e a fixação do homem no meio rural.

O art. 30 CF, por sua vez, atribui vários desses serviços expressamente às prefeituras;⁴² esse fato, contudo, não exclui a necessidade de uma distribuição racionalmente organizada desses encargos, visto que uma parte das competências administrativas arroladas nos arts. 23 e 30 são materialmente sobrepostas. Ao mesmo tempo, seria importante que o

⁴² “Compete aos Municípios: (...) V - *organizar e prestar*, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, *os serviços públicos de interesse local*, incluído o de *transporte coletivo*, que tem caráter essencial; VI - *manter*, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, *programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental*; VII - *prestar*, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, *serviços de atendimento à saúde da população*; VIII - *promover*, no que couber, *adequado ordenamento territorial*, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; IX - *promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local*, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual. (Destques nossos.)

sistema da lei regulamentadora do parágrafo único do art. 23 contemplasse também as tarefas locais exclusivamente mencionadas pelo art. 30 CF, ou em outras partes do texto da Carta Federal – como a reforma agrária –, para chegar a um inventário realista dos encargos constitucionais, os respectivos deveres, os recursos necessários para a prestação efetiva dos serviços públicos, as formas de atuação conjunta, o nível federativo “ótimo” de intervenção etc.

O exercício correto dessas competências comuns, sem dúvida, tornará imperiosa a articulação política entre as diferentes esferas estatais para a prestação desses serviços com eficiência e racionalidade, a fim de impedir o desperdício de recursos públicos e a superposição de funções idênticas.⁴³

9. Evolução do conceito do poder de polícia da Administração Pública

Chegando nesse ponto, o conceito tradicional do *poder de polícia* merece alguns esclarecimentos, visto que ele passa atualmente por uma profunda reelaboração. Nos tempos modernos, o poder de polícia surge como uma faculdade excepcional de delimitar direitos subjetivos dos administrados, com a finalidade de salvaguardar a segurança, a salubridade e a moralidade pública.⁴⁴

No entanto, é de ressaltar que no Estado de Direito contemporâneo, as liberdades e direitos fundamentais constitucionalmente garantidos aos indivíduos somente podem ser limitados por normas legais que atribuam de maneira explícita à Administração Pública os poderes necessários.⁴⁵ Para Bandeira de Mello, é inconcebível uma medida ser tomada pelo Executivo por ser

⁴³ LOMAR, Paulo J. Vilela. As Leis Orgânicas Municipais e a nova ordem constitucional - principais questões e perspectivas. **Anais do Seminário sobre Leis Orgânicas Municipais**. São Paulo: USP, p. 31. jan. 1990 (mimeo.),

⁴⁴ GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**, tomo 2. Buenos Aires, 1975, p.XII-4, 13.

⁴⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Administração Ordenadora. In: MELLO, Celso A. Bandeira de (coord.). **Direito Administrativo na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p.60.

mera manifestação de um ‘poder de polícia’, sendo sempre necessária a base de uma lei formal.⁴⁶

A doutrina mais moderna começou a fazer relevante distinção entre o *poder* de polícia como manifestação do Poder Legislativo e a *atividade* de polícia a ser a função da Administração Pública que se exerce mediante atos de polícia. No Brasil, ainda não é hábito fazer essa distinção.⁴⁷

Hoje em dia, a grande maioria das áreas administrativas (segurança, saúde, trânsito, transporte, meio ambiente, urbanismo, construções) já dispõe de um regime jurídico especial que, para ser eficaz, necessariamente importa em limitações a direitos individuais, tais como restrições ao uso e gozo da propriedade, à liberdade de comércio, de indústria e outras iniciativas privadas, sujeitando-os a controle especial, mediante atos de licenciamento, de aprovação, de fiscalização, imposição de sanções, entre outras medidas.

Essas atividades são expressões de um *poder de polícia especial*; porém, elas devem ser consubstanciadas em normas de lei formal (parlamentar). Há publicações sobre questões de Direito Administrativo onde encontramos o conceito do “poder de polícia”, sem que fique, muitas vezes, suficientemente claro que esse poder significa nada mais do que a *execução* das respectivas normas legais da União, dos estados e municípios mediante fiscalização, lavra de multas e outras medidas de controle.⁴⁸ Muitos autores estão preocupados com um pretense “poder de polícia indeterminado, independente de fundamentação legal, *baseado num suposto dever geral dos indivíduos de respeitar a ordem*.”⁴⁹ (Destaque no original.)

O conceito é, portanto, meramente *descritivo*, e não “fonte de competência”: através dele, descreve-se apenas o ato de aplicação de uma lei. Poder de polícia, portanto, é uma *atividade*, não uma

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.732s.

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. Poder de polícia. **Rev. de Direito Administrativo**, n.132, p.243, 1978.

⁴⁸ ACKEL FILHO, Diomar. **Município e Prática Municipal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p.77.

⁴⁹ MEDAUAR, Odete. Poder de Polícia. **Revista de Direito Administrativo**. n. 199, p.93, 1995.

faculdade.⁵⁰ Há autores que exigem a sua supressão, visto que ele representa um perigo permanente para o respeito ao Princípio da Legalidade na Administração Pública (art. 37 CF).⁵¹

Outros defendem que, enquanto atrelada a sua fundamentação legal, “a noção de poder de polícia é a expressão teórica de um dos modos importantes de atuação administrativa, devendo ser mantida, sobretudo no ordenamento pátrio, em que vem mencionada na Constituição Federal (art. 145, II), na legislação (por exemplo: Código Tributário Nacional, art. 78), na doutrina e na jurisprudência”.⁵² Sundfeld faz referência à doutrina alemã que, “superando o arcaísmo e acanhamento do poder de polícia, fala de uma *Ordnungsverwaltung* – Administração ordenadora – contraposta à Administração prestacional (*Leistungsverwaltung*), que presta serviços aos administrados”.⁵³

Na Alemanha, definição mais aberta de *polícia* a entende como atividade estatal que visa à proteção da segurança e ordem pública, defender de perigos iminentes e afastar perturbações já ocorridas. Essa função representa a tarefa fundamental do Estado. O conceito germânico de “poder de polícia” surgiu na época do Estado Liberal na Prússia, cuja Lei Geral do Estado (*Allgemeines Landrecht – ALR*), de 1794, já previa a distinção entre as atribuições da “promoção do bem-estar geral” (*Wohlfahrtspflege*) e do “combate a perigos” (*Gefahrenabwehr*). Ambas as tarefas deviam ser efetuadas por parte dos órgãos “policiais” do Estado.

A formulação da “Lei da Administração da Polícia” (*Polizeiverwaltungsgesetz*) do Estado da Prússia, de 1931, representa a última codificação da “cláusula geral de polícia” (*polizeiliche Generalklausel*) em nível nacional. O art. 14 dessa lei rezava: “Os órgãos policiais podem, nos termos das leis vigentes, tomar as

⁵⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**, ob. cit., p.132s.

⁵¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1997, p.11ss.; o autor sugere “enviar para o museu não só a expressão poder de polícia, como a noção que recobre” (p. 16s.). Na mesmo linha está FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**, 2001, p. 288s.

⁵² MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p.390.

⁵³ SUNDFELD, Carlos Ari. Ob. cit., p.16.

medidas necessárias para afastar perigos da comunidade ou do indivíduo, as quais ameaçam a segurança e ordem pública”. Com o advento da Lei Fundamental Alemã, em 1949, todos os assuntos ligados à *polícia* passaram a ser da competência legislativa dos estados federados, que inseriram a referida cláusula sem alterações nos seus textos legais.

A “cláusula geral de polícia” é o exemplo clássico do uso de *conceitos jurídicos indeterminados* no Direito Administrativo alemão. Em face das expressões pouco precisas do teor legal, surgiram dúvidas a respeito da sua constitucionalidade devido à falta de uma definição concisa da competência da Polícia. No entanto, a Corte Constitucional confirmou o seu emprego de maneira supletiva, visto que todas as respectivas leis estaduais trazem artigos específicos que tratam das medidas policiais interventivas mais comuns (busca e apreensão, demolição, reconhecimento etc.).⁵⁴

Destarte, o conceito *material* de polícia se define pela tarefa ou função. Segundo ele, a polícia constitui a atividade estatal que serve para afastar da comunidade ou do indivíduo *perigos*, os quais põem em risco a segurança pública (*öffentliche Sicherheit*). Esse “combate a perigos” se desenvolve através de medidas preventivas, que a Polícia desenvolve junto com as repartições municipais, nas áreas das construções, manutenção da ordem pública, do trânsito.

O conceito *formal* de polícia, por sua vez, depende da organização administrativa e assinala as atribuições dos órgãos da Polícia. Esse conceito integra também o outro grande grupo de ações, que são as *repressivas*, para apuração de crimes e infrações administrativas.

Vale ressaltar também que, na Alemanha, não há distinção entre Polícia Civil e Polícia Militar. A Polícia (única) é mantida pelos estados federados e tem como principal atribuição a garantia do cumprimento das leis federais e estaduais. Os atos normativos municipais – os *estatutos*, que os alemães não consideram *leis* formais – estão sendo aplicados por parte das prefeituras. Os órgãos locais, no entanto, podem requisitar a ajuda da Polícia para tal fim. A subdivisão

⁵⁴ FRIAUF, Karl Heinrich. Polizei- und Ordnungsrecht, in: MÜNCH, Ingo von; SCHMIDT-ABMANN, Eberhard. *Besonderes Verwaltungsrecht*, Berlin usw.: Walter de Gruyter, 1992, S. 102ff.

das competências administrativas entre a Polícia e as Administrações estaduais e municipais – a “Administração ordenadora” (*Ordnungsverwaltung*)⁵⁵ varia bastante entre os dezesseis estados alemães.

No Brasil, a *competência de polícia* (= aplicação da lei) pertence normalmente à esfera federativa que tiver o direito de regular a respectiva matéria.⁵⁶ Todavia, como certas atividades interessam simultaneamente aos três níveis estatais, pela sua extensão a todo o território nacional (v.g. saúde pública, trânsito, transportes etc.), o poder de regular e de policiar se difunde entre todas as Administrações interessadas.⁵⁷ A regra, entretanto, é a exclusividade do policiamento administrativo; a exceção é a sua concorrência.⁵⁸

10. A questão do “poder-dever”

Parece-nos duvidoso deduzir do preceito do poder de polícia administrativa a conclusão de que os municípios sempre sejam *obrigados* a executar qualquer lei federal ou estadual quando o seu “interesse local” for atingido. No entendimento de alguns autores, os órgãos das prefeituras seriam obrigados – na base da teoria do *poder-dever* – a tomar imediatamente as suas medidas e executar todas as leis existentes, sejam elas locais, estaduais ou federais. Em casos de omissão da Administração local, caberia a instauração de processos de responsabilidade.

⁵⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**, 1997, p. 16.

⁵⁶ TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**, 1975, p.144; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 2002, p. 731s.

⁵⁷ LAZZARINI, Álvaro. Aspectos Administrativos do Direito Ambiental. **Boletim de Direito Administrativo**. p.143s., mar. 1995.

⁵⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 1989, p. 109. Celso Ribeiro BASTOS, já em 1971, observou que “o simples fato de a União ou o Estado-membro já terem exercido seu poder de polícia sobre determinada matéria não exclui necessariamente a competência municipal”. Segundo ele, no caso um ato já ter sido objeto do exercício do poder de polícia pelo órgão federal competente, pode ocorrer que “a atividade fiscalizadora teve repercussões na esfera específica do Município”; cf. Repartição constitucional da competência para o exercício do poder de polícia, **Rev. de Direito Público**. n. 16, p.178, 1971.

A tese de que a norma atribuiria aos três níveis de governo não apenas o *poder* para atuar nas áreas enumeradas, mas também o *dever* de tomar as medidas necessárias,⁵⁹ somente pode ser mantida onde haja uma “densificação” do dever de agir do Poder Público, como nos casos da vinculação do Executivo, que deve prestar determinados serviços básicos em virtude da eficácia dos direitos fundamentais sociais e do princípio da dignidade da pessoa humana.⁶⁰ Apenas nessas hipóteses, o rol das competências administrativas é capaz de se tornar uma “imposição de ônus consistente na prestação destes serviços e atividades” ou “imposição de tarefas específicas”,⁶¹ caso queiramos entender “ônus” como um verdadeiro *dever jurídico* no sentido kelseniano.⁶²

Por isso, vai longe demais a interpretação das *competências comuns* do art. 23 CF, na forma de que ela estaria gerando, desde logo, responsabilidades concretas aos governos locais, visto que “quem detém o poder estaria sempre obrigado a exercitá-lo”.⁶³ A mera atribuição de competência para prestar determinados serviços não constitui, por si só, também um *dever* jurídico concreto para sua realização. Os convênios também não obrigam as partes, pois podem ser rescindidos por ambas as partes a qualquer hora e sem a necessidade de justificação.

É verdade, contudo, que o município – em determinadas circunstâncias – pode ser obrigado a fiscalizar (“policiar”) a área de atuação regulamentada pelo estado ou a União. É o caso da existência

⁵⁹ Assim para todos, que o citam repetidamente: MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Municipal Brasileiro**. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 103.

⁶⁰ Vide BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 247ss.; KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha** – Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 2002, p.59ss.

⁶¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 299.

⁶² KELSEN, Hans. **Teoria Geral de Direito e do Estado**. Trad.: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.107ss., 129ss.

⁶³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Competências administrativas dos Estados e Municípios. **Rev. de Direito Administrativo**. n.207, p.5, 1997.

de um *estado de necessidade*, onde surgem situações de perigo de grave dano a interesses também locais, desde que haja efetiva urgência e inércia, por negligência ou desaparelhamento da máquina estatal das Administrações superiores. Essa atuação, porém, certamente não representa a regra, mas a exceção.⁶⁴

Para superar o “voluntarismo” na realização das mencionadas tarefas, é necessário construir um *dever* jurídico a partir de uma interpretação sistemática da Constituição, que leva em consideração os direitos fundamentais sociais do art. 6º e o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), que cria a obrigação do Poder Público de manter um “padrão mínimo” social que garante uma vida digna para a população.⁶⁵ Algumas tarefas do art. 23 se tornam, portanto, obrigatórias e vinculam os municípios como entes estatais no seu cumprimento.

Assim, a saúde⁶⁶ e o saneamento básico,⁶⁷ a educação⁶⁸ são deveres constitucionais de todos os níveis estatais, a realização de programas para construção de moradias populares tem por base um direito fundamental⁶⁹ dos necessitados, e a segurança alimentar é um dever decorrente do próprio direito à vida do cidadão (art. 5º, *caput*).

Uma distribuição nítida dos deveres concretos de prestação dos serviços públicos básicos, no entanto, ainda não foi realizada e podemos afirmar que uma das maiores razões pela falta de efetividade social das

⁶⁴ Vide ACKEL FILHO, Diomar. **Município e Prática Municipal**, 1992, p. 79; na mesma linha: BASTOS, Celso R.. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 250s.

⁶⁵ KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”**, 2002, p. 59ss.

⁶⁶ “Art. 196. A *saúde é direito de todos e dever do Estado*, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (Destaque nosso.)

⁶⁷ “Art. 200. Ao Sistema Único de Saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: (...) IV – participar da formulação da política e da execução de ações de saneamento básico; (...)”

⁶⁸ “Art. 205. A *educação, direito de todos e dever do Estado* e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade (...).” (Destaque nosso.)

⁶⁹ “Art. 6º. *São direitos sociais* a educação, a saúde, o trabalho, a moradia (...), na forma desta Constituição.” (Destques nossos.)

políticas públicas sempre residiu na falta de clareza no que diz respeito às competências e responsabilidades de cada nível de governo.

11.A aplicação de sanções administrativas entre órgãos públicos de diferentes níveis federativos

Outra questão pouco esclarecida, ligada aos limites do poder de polícia, é a possibilidade da atuação de órgãos públicos estaduais e federais por parte das prefeituras. As procuradorias desses órgãos costumam alegar que eles “não estariam sujeitos à jurisdição” da Administração municipal, mas somente dos órgãos setoriais da sua própria esfera governamental.⁷⁰

Na verdade, o Poder Estatal, visto como unidade, sempre deve ajustar suas condutas à ordem jurídica, sejam as leis federais, estaduais ou municipais. A *imunidade recíproca* dos entes federativos, prevista no art. 150, VI, *a*), da Carta Federal, se limita à *tributação* de patrimônio, renda ou serviços, não incluindo a cobrança de multas estipuladas em sanções administrativas. O impedimento legal⁷¹ que estados e municípios *desapropriem* bens da União, também não serve para corroborar a referida tese.

No entanto, vale recordar a lição de Francisco Campos, para quem nenhum dos governos federativos “deve interferir nas atividades *legítimas* do outro”.⁷² Há uma discussão semelhante acerca do tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica de Direito Público, onde muitos rechaçam a idéia de o Estado possa ter interesse em aplicar

⁷⁰ Em 1996, o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) realizou uma poda (mal feita) de centenas de árvores do canteiro central de uma rodovia federal situada na cidade de Maceió (BR 104). Quando o órgão foi autuado pela Secretaria Municipal do Meio Ambiente (SEMMA) por infringir a legislação local de proteção arbórea, a sua direção alegou que seus atos somente poderiam ser fiscalizados por parte do órgão ambiental federal, o IBAMA.

⁷¹ Decreto-Lei n.º 3.365/41, recepcionado e confirmado pela jurisprudência dominante; *vide* COSTA, Flávio Dino de C. e. *In*: COSTA NETO, Nicolão Dino de Castro; BELLO FILHO, Ney de Barros; COSTA, Flávio Dino de Castro e. **Crimes e Infrações Administrativas Ambientais** – Comentários à Lei n.º 9.605/98. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 409.

⁷² Direito Constitucional, 1956, v. I, p. 19 *apud* CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Município: poder de polícia sobre a zona costeira. **Rev. de Informação Legislativa**. n.115, p.300, 1992.

sanções “a si mesmo”, sendo a sua atuação rigidamente adstrita ao princípio da Legalidade.⁷³

Também não procede a afirmação que cada ente federativo possua o poder de polícia *exclusivo* em relação a seus próprios bens, e que somente os órgãos da respectiva esfera possam aplicar sanções administrativas para protegê-los. Hoje, são poucos que negam que órgãos estaduais e municipais também são competentes para fiscalizar (“policiar”), por exemplo, os rios federais, as praias e os terrenos de marinha, que são bens da União (art. 20, III, IV, VII, CF).

Os poucos autores que tratam da matéria enfatizam que o exercício do poder de polícia do município alcança *todo* o seu território, bem como qualquer pessoa ou coisa que esteja no interior de sua área de competência, ressalvadas as vedações constitucionais expressas. Todas as atividades que nele se realizam estão sob seu controle e sua fiscalização. “Nem a União (...) escapa às imposições municipais, já que, em tese, a seu favor não militam excludentes”.⁷⁴

Os autores alemães tratam o mesmo fenômeno como “sujeição policial de órgãos estatais” (*Polizeipflicht von Hoheitsträgern*), no sentido de que nenhuma repartição administrativa, seja ela federal, estadual ou municipal, está isenta do cumprimento das leis, ainda que elas não fossem editadas no seu nível federativo ou para o seu âmbito específico de ação.⁷⁵

A posição antiga da jurisprudência germânica, que rechaçava a competência da Polícia de interferir nas ações de outros órgãos públicos, está sendo substituída pela permissão desse controle. O sistema alemão somente não aceita a utilização de sanções

⁷³ No contexto das sanções penais da Lei da Natureza (9.605/98), COSTA não aceita este argumento, afirmando que “o Estado não pode ter fins ilícitos, mas a ilicitude da sua conduta não pode ser desconhecida pelo próprio direito”, devendo-se distinguir entre o mundo do *ser* e o do *dever-ser*; COSTA, Flávio Dino de Castro e. Ob. cit., p. 70s.

⁷⁴ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 521s. Foi o caso da construção irregular de edificações em terrenos de marinha, da propriedade da União, que implicam sanções administrativas da prefeitura. Cf. também: CUNHA, Sérgio Sérulo da. Município: poder de polícia sobre a zona costeira, op. cit., p. 295ss.

⁷⁵ KLOEPFER, Michael. *Umweltrecht*, München: Verlag C.H. Beck, 1998, S. 370.

(especialmente pecuniárias) entre diferentes órgãos estatais, devendo-se chegar a uma solução através de contatos institucionais formais dos entes públicos envolvidos. Em suma, qualquer órgão público é obrigado a respeitar também as leis das outras esferas estatais, enquanto isto pode ser conciliado com a realização de suas funções legalmente previstas.⁷⁶

Onde isto não acontece, os órgãos legalmente previstos para a aplicação das leis (ambientais, urbanísticas, sanitárias etc.) devem ter o direito de lavrar autos de infração também contra entidades infratoras que fazem parte de outros níveis de governo.

A solução desse tipo de conflito passa necessariamente pela definição material da *função* específica de cada órgão público: enquanto este age dentro desse limite, não deve haver interferência por outra repartição pública, seja ela municipal, estadual ou federal. Onde, porém, o órgão ultrapassa o âmbito dos seus limites funcionais, poderá ser autuado por outro ente público, com fundamento em suas próprias leis.⁷⁷

A multa pecuniária, contudo, não parece ser a sanção adequada para as relações entre os diferentes níveis estatais, visto que essa medida leva, de certa forma, a uma punição da sociedade como toda, por ser a multa paga com recursos públicos, que faltarão em outras áreas. Entretanto, essa limitação se restringe às pessoas jurídicas de Direito Público, e não pode ser estendida às empresas de economia mista (a exemplo da Petrobras).

Por fim, é de frisar que há no Direito brasileiro, para evitar uma aplicação de sanções entre os diferentes entes federativos, uma tendência para a responsabilização administrativa e penal do próprio agente público como pessoa física, como o Decreto-Lei n.º 201/67, que regulamenta a responsabilidade dos prefeitos e vereadores, e a Lei da Improbidade Administrativa (n.º 8.429/92).

⁷⁶ Cf. FRIAUF, Karl Heinrich. Polizei- und Ordnungsrecht, in: MÜNCH, Ingo von; SCHMIDT-ABMANN, Eberhard (Hrsg). *Besonderes Verwaltungsrecht*, Berlin usw.: Verlag Walter de Gruyter, 1992, S. 138f.

⁷⁷ No caso citado (rodapé n.º 70), a questão era de saber se a poda das árvores era necessária para garantir a segurança do trânsito na BR (= função do DNER). Onde os cortes extrapolarem esse objetivo, sendo prejudicadas as árvores na sua substância, sem justificativa técnica, a autuação por parte da SEMMA era correta e o órgão federal sujeito às sanções da lei local.

CONTRATO PRELIMINAR

Eduardo Messias Gonçalves de Lyra Junior^(*)

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Noção e função do contrato preliminar. 2.1. A função do registro do contrato preliminar. 3. Natureza do contrato preliminar. Figuras afins. 3.1. Pacto de opção. 3.2. Tratativas; punção. 3.3. Promessa irretratável de compra e venda de imóvel. 4. Classificações do contrato preliminar. 5. Efeitos do contrato preliminar. 6. Interpretação do contrato preliminar. 7. Inadimplemento do contrato preliminar e o regime de sua execução específica.

1. Introdução

Normalmente, ao subscreverem um contrato, as partes dão-se mutuamente as respectivas prestações, de modo que consumam material e juridicamente a operação que lhe serve de objeto. São contratos de formação instantânea, tão comuns no tráfico do dia a dia.

Veze há, contudo, em que para se chegar ao resultado final de um dado contrato, as partes contratantes necessitam de um interregno de tempo, através do qual decidem as estipulações que desejam submeter ao outro parceiro contratual; fixam os pontos sobre os quais já acordaram, reduzindo-os, por vezes, a escrito; ou resolvem vincular-se quanto à sua futura celebração, sem, contudo, transferir, definitivamente, à contraparte a respectiva prestação. Dir-se-á que a formação de tais contratos dá-se sucessivamente.

Vorvertrag para os alemães; *avant-contrat* para o direito francês; *promessa de contrato* para os espanhóis e *contratto preliminare* no *Codice Civile Italiano*. O Novo Código Civil Brasileiro (NCCB) inova ao disciplinar o contrato preliminar em seus artigos 462 a 466, integrantes da Seção VIII, do Capítulo I, do Título V da Parte Especial.

(*) Especialista em Direito Privado – Centro de Estudos Superiores de Maceió - CESMAC. Advogado.

Para atribuir juridicidade a uma parte da realidade que nos cerca, o direito, ensina Natalino Irti, faz uma decisão seletiva, isolando os fatos que lhe sejam relevantes, os quais se tornam jurídicos. A juridicidade é, assim, atribuída pela norma¹.

A escolha do legislador em dar um tratamento mais geral ao contrato preliminar mostrou-se acertada, traduzindo em preceitos uma prática negocial de há muito utilizada no seio da comunidade brasileira.

A inovação diz respeito apenas à inclusão do instituto num diploma legal de tão largo espectro como o é o Código Civil, já que o contrato preliminar é, de longa data, bastante conhecido dos juristas brasileiros, já tendo sido objeto de anteriores iniciativas do legislador pátrio².

A denominação dada ao instituto, entretanto, mostrava-se bastante variável. Assim a doutrina ora utilizava a expressão contrato preliminar (do italiano *contratto preliminare*), ora pré-contrato (derivada do alemão *Vorvertrag*), ora, ainda, promessa de contrato.

Pela vez primeira, contudo, sua regulamentação se dá em caráter genérico, para todo e qualquer tipo de contrato definitivo por cuja celebração se deseje obrigar.

Freqüente na prática negocial, o contrato preliminar antecede a um outro contrato, chamado definitivo, e responde às necessidades dos contratantes que não queiram, ou não possam, de logo, outorgarem-se as prestações objeto deste último.

A sucessão entre o contrato preliminar e o contrato definitivo expressa uma cisão na relação obrigacional contratual, que atende a interesses de variada natureza.

Nesta breve exposição procurar-se-á identificar a categoria do contrato preliminar; precisar-lhe a noção, função e natureza, apartando-o de figuras afins; discorrer acerca de suas possíveis classificações; abordar os aspectos referentes à sua formação, efeitos e

¹ Cf. IRTI, Natalino. Teoria generale del diritto e problema del mercato. **Rivista di Diritto Civile**. Pádua: Cedam, ano XLV, n.1, p.2. jan./fev., 1999.

² Cf. o Decreto-lei n.º 58, de 10 de dezembro de 1937, que dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações.

interpretação; expor os remédios jurídico-processuais de que o credor poderá se valer em caso de seu inadimplemento.

Adotar-se-á, em relação ao texto legislado, uma postura crítica, visando alertar para os equívocos nos quais se tenha incorrido ao tratar do instituto do contrato preliminar.

2. Noção e função do contrato preliminar

Dentro da disciplina do Novo Código Civil Brasileiro, pode-se dizer que o contrato preliminar é aquele através do qual uma ou ambas as partes firmatárias se obrigam a concluir, no futuro, um outro contrato, dito definitivo, cujos requisitos essenciais já deverão estar ali presentes (NCCB, art. 462)³.

Consigna o contrato preliminar uma obrigação de fazer (concluir contrato), que não se confunde com a obrigação prevista no definitivo, que poderá consistir num vender, num comprar, num emprestar, num constituir hipoteca etc. Em verdade, todo e qualquer contrato pode ser antecedido de um contrato preliminar, dada a natureza abstrata deste último.

As partes têm, de acordo com os princípios que informam o direito contratual, a possibilidade de auto-regular seus próprios interesses, desde que conforme as exigências legais.

Assim, afigura-se lícito comprometer-se perante outrem, através de contrato, a celebrar com este um novo contrato no futuro, por intermédio do qual uma das partes – ou ambas as partes – outorgará, à outra, uma determinada prestação.

³ Consoante VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em geral – vol. I.** 9 ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 317, o contrato preliminar (denominado pelo direito português como contrato-promessa), se caracteriza como “a convenção pela qual ambas as partes, ou apenas uma delas, se obrigam, dentro de certo prazo ou verificados certos pressupostos, a celebrar determinado contrato”. A designação “contrato preliminar” fica reservada, na doutrina portuguesa, para atender aos “vários tipos contratuais que têm em comum o serem prévios a um outro contrato”, quais sejam, “os contratos-promessa, os pactos de preferência, os contratos-tipo e os contratos normativos”. PRATA, Ana. **Dicionário Jurídico.** 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 283.

Este contrato, chamado preliminar, obriga as partes à prestação do que nele tiverem convencionado, garantindo a lei ao lesado os meios necessários para exigí-la – inclusive através de sentença que supra a vontade do contratante faltoso –, salvo se a natureza da obrigação não o permitir⁴.

Trata-se, como visto, de um contrato, o que o afasta de outras figuras jurídicas, como, p. ex., as tratativas que antecedem a realização de um negócio jurídico, mas não assumem a feição contratual, ainda que reduzidas a escrito.

A distinção e a independência entre o contrato preliminar e o definitivo existem e são numerosas. Nem todos os sistemas, todavia, as têm na devida conta.

Para o direito inglês, a distinção entre o contrato preliminar e o definitivo é impensável. Nega-se, ali, em geral, qualquer relevância para o contrato preliminar, o qual geralmente é incluído na fase das tratativas, com valor puramente pré-contratual⁵.

A doutrina francesa, igualmente, costuma ter dificuldade em trabalhar a categoria do contrato preliminar, quando neste conste os elementos essenciais do definitivo e ambas as partes se obriguem à celebração do contrato prometido. Para ela, a promessa bilateral de contrato equivale, na realidade, ao contrato definitivo. Segundo o art. 1.589, do *Code Civil* Francês, “*la promesse de vente vaut vente, lorsqu’il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix*”⁶. Para doutrinadores clássicos, a dicção do dispositivo em referência não apresenta dificuldade para o intérprete:

⁴ De acordo com o art. 928, do Código Civil de 1916, “*a obrigação, não sendo personalíssima, opera assim entre as partes, como entre seus herdeiros*”. Sobre o tema, veja-se o item 7, adiante.

⁵ Cf. CHIANALE, Angelo. *Contratto preliminare in diritto comparato*. In: SACCO, Rodolfo (pres.). **Digesto delle Discipline Privatistiche: sezione civile – vol. IV**. Turim: UTET, 1998, pp. 290 e 293. Veja-se, contudo, FURMSTON, Michael. **Cheshire, Fifoot & Furmston’s Law of Contract**. 14 ed. Londres: Butterworths, 2001, p. 165, acerca da opção de compra, a qual, uma vez formalizada, obriga o vendedor a celebrar, com o comprador, o contrato de compra e venda a que ela se referia.

⁶ Para o Código Civil de Quebec, da mesma maneira, a promessa de venda que se faça acompanhar, ao tempo em que celebrada, da entrega e posse da coisa é equivalente à venda (art. 1.710).

A verdade está em que a transmissão da propriedade se leva a cabo desde o momento da dupla promessa. O legislador quis que estas fórmulas *eu prometo vender, eu prometo comprar*, sejam sinônimas de *eu vendo, eu compro*.⁷

A jurisprudência francesa cuidou em estender a solução do art. 1.589 do *Code Civil* – reservada originariamente à promessa de compra e venda – a outros tipos contratuais, notadamente à promessa bilateral de arrendamento, bem como à de cessão de participação societária, equiparando-as aos respectivos contratos definitivos tão logo houvesse acordo dos contratantes acerca de seus elementos essenciais⁸.

Para que a distinção entre o contrato preliminar bilateral e o contrato definitivo a que aquele se refira tenha uma significação real exige-se, na França, que a conclusão do segundo necessite, além do acordo de vontades dos contratantes, do cumprimento de uma determinada formalidade⁹.

Na Alemanha, embora existam autores que admitem a convenção de um contrato preliminar em face do princípio da liberdade contratual¹⁰, outros existem, contudo, que não lhe emprestam a necessária relevância. Para Werner Flume, não existe diferença se A e B concluem contrato de compra e venda sobre determinado objeto, ou se acordam que se deverá celebrar a citada

⁷ COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. **Curso Elemental de Derecho Civil – tomo IV**. Trad. espanhola da Redação da Revista General de Legislación y Jurisprudência. Madri: Instituto Editorial Réus, 1949, p. 27. Os destaques são do autor.

⁸ Cf. TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. **Droit Civil: Les obligations**. 7 ed. Paris: Dalloz, 1999, p. 178.

⁹ Idem, ibidem.

¹⁰ Cf. FERRAND, Frédérique. **Droit privé allemand**. Paris: Dalloz, 1997, p. 291 e PÉDAMON, Michel. **Le contrat en droit allemand**. Paris: L.G.D.J., 1993, p. 45. Para ENNECCERUS, Ludwig. **Derecho Civil: parte general – vol. II**. Tradução espanhola de Blas Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1950, p. 170, embora o Código Civil Alemão (BGB) não mencione o contrato preliminar (pré-contrato para a doutrina tedesca) em seus preceitos, não cabe duvidar de sua validade, desde que concorram os requisitos do contrato e esteja suficientemente determinado o conteúdo do contrato principal que se deseje concluir.

operação no futuro, fixando, de logo, a coisa e o preço. Segundo o citado autor:

Que em um dos casos surja diretamente a obrigação à prestação do objeto da compra e venda e ao pagamento do preço, ou no outro caso as partes somente estejam obrigadas a celebrar um contrato que, sem embargo, estabelece as mesmas obrigações, carece de transcendência.¹¹

No direito pátrio esta distinção existe. O contrato preliminar pode, inclusive, ter forma distinta daquela reservada para o contrato definitivo, se a lei o permitir (NCCB, art. 462).

A independência entre os contratos preliminar e definitivo não é absoluta.

As vedações estabelecidas para a compra e venda no art. 497, do NCCB, alcançam o contrato preliminar, proibindo, v.g., que os tutores, curadores e testamenteiros obtenham, através desta figura contratual, o direito de exigir, no futuro, a celebração do contrato definitivo relativo aos “*bens confiados à sua guarda e administração*” (inciso I).

O preliminar deverá atender aos mesmos requisitos de validade do definitivo: restará nulo o contrato preliminar através do qual se pretenda obrigar a contraparte a firmar um contrato definitivo cujo objeto se apresente ilícito, impossível ou indeterminável, ou se o motivo que as anime e que lhes seja comum se apresentar ilícito (*ex* art. 166, NCCB).

Trata-se do que alguns doutrinadores chamam de princípio da equiparação entre o contrato preliminar e o contrato definitivo: pelo citado princípio, em regra, aos requisitos e aos efeitos do primeiro são aplicáveis as disposições relativas ao segundo, valendo o preceito em matéria de capacidade, vícios da vontade, requisitos do objeto do contrato, resolução, exceção de não cumprimento etc.¹²

¹¹ FLUME, Werner. **El negocio jurídico**. Trad. espanhola de José María Miquel González e Esther Gómez Calle. Madri: Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 720.

¹² Cf. LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes. **Código Civil Anotado – vol. I**. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, p. 377.

As partes não se limitam a concluir, no futuro, um determinado contrato, mas aquele dado futuro contrato, cujo conteúdo já fora pré-determinado – ou se apresenta determinável – pelo contrato preliminar.

O contrato preliminar permite que as partes se vinculem à celebração futura de um determinado negócio jurídico, seja porque não lhes convém firmar o contrato definitivo de logo, seja porque as prestações que lhe servem de objeto não podem sê-lo no momento atual.

Esta função nitidamente instrumental do contrato preliminar é ressaltada pela doutrina¹³.

Ela permite que os contraentes se valham do contrato preliminar para colher e fixar, com eficácia de vínculo – seja ele unilateral, seja bilateral –, um momento de suas relações, no qual aflora uma precisa vontade de contratar. Encontrando-se de acordo no querer genericamente o dado contrato, mas não estando ainda concordes sobre o conteúdo de todas as suas cláusulas, têm as partes interesse na constituição do vínculo, evitando, assim, que se arrependam no futuro pela não realização do negócio¹⁴.

Pontes de Miranda assinala que o contrato preliminar – por ele denominado pré-contrato –, tem por função “*fazer possível a vinculação se ainda não pode ser feito o contrato [...] ou se ainda não convém que se faça*”¹⁵.

¹³ Cf. FORCHIELLI, Paolo. Contratto preliminare. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (dir.). **Novissimo Digesto Italiano – vol. IV**. Turim: Utet, 1957, p. 683. Para o citado autor, o contrato preliminar é pré-ordenado exclusivamente com vista à criação do contrato definitivo. No mesmo sentido, CHIANALE, Angelo. Contratto preliminare. In: SACCO, Rodolfo (pres.). **Digesto delle Discipline Privatistiche: sezione civile – vol. IV**. Turim: UTET, 1998, p. 278; MESSINEO, Francesco. Contratto preliminare. In: CALASSO, Francesco (dir.). **Enciclopedia del Diritto – vol. X**. Milão: Giuffrè, 1962, p. 167.

¹⁴ Cf. MESSINEO, Francesco. Contratto preliminare. *Op. cit.*, p. 169.

¹⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado – tomo XXXVIII**. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 378. Os destaques são do autor.

Ele serve para vincular uma, ou ambas as partes, num momento em que não é possível materialmente ou juridicamente estipular o contrato definitivo¹⁶. A ele se recorre, enfim, quando não se quer estipular sem mais um determinado contrato (definitivo), com efeitos imediatos, mas, de outra parte, se quer garantir, juridicamente, que àquela estipulação se chegará em seguida¹⁷.

Assim, por exemplo, se A, pretendendo adquirir o maquinário pertencente à sociedade B, não possui, no momento, numerário suficiente para fazê-lo; ou B, sociedade comercial, pretendendo vender a A o citado maquinário, precisa, antes, praticar qualquer ato preliminar necessário à venda, pode-se, em ambas as hipóteses, celebrar um contrato preliminar de compra e venda, convencionando o contrato definitivo tão logo sejam removidos os obstáculos que impedem a sua pronta realização.

A cisão da relação obrigacional contratual em preliminar e definitiva, além de permitir às partes um controle exercitável pelo contraente sobre o bem ou sobre a prestação, objeto do contrato definitivo¹⁸, serve para conferir-lhes uma maior comodidade, em caso de problemas com a prestação atribuída à contraparte.

Caso já tenha celebrado um contrato definitivo, entregue e recebido a co-respectiva prestação, a qual venha a se apresentar defeituosa na hipótese, deverá a parte prejudicada valer-se de remédios processuais específicos (resolução do contrato, ressarcimento por danos sofridos etc.), assumindo, no caso, a

¹⁶ Cf. MESSINEO, Francesco. *Contratto preliminare*, *Op. cit.*, p. 169.

¹⁷ Cf. RUBINO, Domenico. *La Compravendita*. In: CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco. **Trattato di Diritto Civile e Commerciale**. 2 ed. Milão: Giuffrè, 1971, p. 30. No mesmo passo, CORRÊA, Luiz Fabiano. *Contratos preliminares ou pré-contratos*. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, janeiro de 1997, n. 735, p. 741: "...continua a situar-se a utilidade dos contratos preliminares ou pré-contratos exatamente na possibilidade de as partes vincularem-se desde logo à realização de um negócio futuro, para o qual exista por ora algum obstáculo de fato ou de direito cuja definitiva realização, por razões de segurança, seja conveniente postergar".

¹⁸ Cf. SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il contratto – tomo II*. In: SACCO, Rodolfo (dir). **Trattato di Diritto Civile**. Turim: Utet, 1993, p. 265.

incômoda e sempre penosa posição de autor da demanda que vier a ajuizar.

Precedendo o definitivo de um preliminar, poderá a parte recusar a sua conclusão quando constate defeito no cumprimento da contraparte, esperando para deduzir suas razões quando instada para tanto, e assumindo, no caso, uma mais cômoda posição de réu na demanda que lhe seja ajuizada¹⁹.

Uma infinidade de hipóteses poderia justificar a celebração do contrato preliminar. A lei não estabelece limitações quanto aos casos em que se admite a sua utilização, ficando a cargo dos contraentes a decisão acerca de sua conveniência.

2.1. A função do registro do contrato preliminar

O legislador nacional incluiu o registro do contrato preliminar no parágrafo único, do art. 463, do Novo Código Civil. Diz-se, no citado dispositivo, que “*o contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente*”, sem explicações adicionais. Não se diz, p. ex., se o registro é condição de validade do ato jurídico, ou se dele dependerá a obtenção de eficácia *erga omnes* para um contrato cujos efeitos atingiriam, normalmente, aqueles que o tivessem firmado; nem se menciona se o ato registral seria exigido para todo e qualquer contrato preliminar, ainda que o contrato definitivo, a que ele se referisse, prescindisse de forma solene para valer ou dispensasse a produção de efeitos perante terceiros.

O registro não é condição de validade do contrato preliminar. Ele não integra a forma ou a substância do negócio jurídico regulamentado pelos arts. 462 a 466 do NCCB.

Não se há de invocar o art. 166, inciso VII, do NCCB – o qual enuncia que o negócio jurídico será nulo quando a lei proibir-lhe a prática, sem cominar sanção – a pretexto de estabelecer para o pré-contrato não registrado uma sanção absolutamente imprópria.

A finalidade do registro público é conferir ao ato jurídico autenticidade, segurança e eficácia, conforme o art. 1.º, da Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

¹⁹ Cf. ROPPO, Vincenzo. Il contratto. In: IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo. **Trattato di Diritto Privato**. Milão: Giuffrè, 2001, p. 652. No mesmo sentido, cf. CHIANALE, Angelo. Contratto preliminare. *Op. cit.*, p. 279.

Na medida em que a publicidade registral pode ser compreendida, também, como uma organização do conhecimento dos atos jurídicos que a ela sejam submetidos²⁰, a nulidade do contrato preliminar não registrado se apresentaria como uma sanção inapropriada, já que as partes, elas mesmas, dele têm pleno conhecimento, eis que acordaram sobre o seu conteúdo e o subscreveram. A nulidade é a sanção para as condições de formação do contrato: ela não concerne senão às formas exigidas para a validade do ato. A sanção para a falta do registro do contrato é a sua inoponibilidade perante terceiros²¹.

A inobservância do registro terá como resultado a ineficácia do ato perante terceiros, entendendo-se sob tal designação “as pessoas estranhas à celebração do acto, cujos direitos actuais ou potenciais possam vir a achar-se em colisão com os direitos que do mesmo acto emanam em favor das partes”. Os terceiros, a serem alcançados pelo registro, “não são quaisquer pessoas estranhas ao acto, mas só aquelas que, sendo estranhas ao acto, tenham direitos relacionados com ele em virtude de outros actos ou factos, origem de outras relações jurídicas com qualquer das partes”²².

O contrato preliminar, mesmo que não registrado, é válido e produz efeitos perante aqueles que o subscreveram, ensejando a sua execução específica na forma do art. 639, do Código de Processo Civil. Ao permitir a obtenção de uma sentença que produza o mesmo efeito da declaração de vontade não prestada pelo pré-contraente faltoso, o dispositivo em comento não cogita – nem, *a fortiori*, exige – do registro daquele ato negocial²³.

Quando se tratar de uma promessa irretratável de compra e venda, o registro, exigível *ex vi* do art. 1.227, do NCCB, conferirá ao promitente direito real à aquisição do imóvel (art. 1.417), e permitirá

²⁰ Cf. MARICONDA, Genaro. La trascrizione. In: RESCIGNO, Pietro (dir.). *Trattato di Diritto Privato – vol. 19: Tutela dei Diritti – tomo I*. 2 ed. Turim: Utet, 1997, p. 71.

²¹ Cf. GHESTIN, Jacques; JAMIN, Christophe; BILLIAU, Marc. *Traité de Droit Civil: Les effets du contrat*. 3 ed. Paris: L.G.D.J., 2001, p. 864.

²² MONCADA, Luís Cabral de. *Lições de Direito Civil*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 724.

²³ Sobre a execução específica do contrato preliminar, veja-se o item 7, adiante.

que a escritura definitiva de compra e venda possa ser exigida inclusive do terceiro para quem os direitos do promitente vendedor foram cedidos (art. 1.418)²⁴.

3. Natureza do contrato preliminar. Figuras afins

De forma variada os sistemas jurídicos tratam o contrato preliminar. Três maneiras de regulá-lo, entretanto, se sobressaem: a) o ordenamento pode reconhecê-lo como contrato autônomo, apto a produzir a obrigação de concluir o contrato definitivo; b) o ordenamento pode negar-lhe qualquer relevância, impedindo a constituição de uma obrigação de contratar; c) o ordenamento pode admitir a sua relevância, equiparando-o, entretanto, ao contrato definitivo²⁵.

No Novo Código Civil Brasileiro trata-se o contrato preliminar como contrato, capaz de obrigar à conclusão do contrato a que ele se refere, salvo se estipulada cláusula de arrependimento (NCCB, art. 463)²⁶.

Uma parte da doutrina tinha dificuldade em atribuir natureza contratual ao pré-contrato. Se o contrato é um negócio, um ato de autonomia, por cujo conduto têm as partes liberdade de eleição dos resultados jurídicos que tenham mais em conta os seus respectivos interesses, não se poderia admitir – dizia-se – que num determinado instrumento contratual (contrato preliminar) aquela autonomia encontrasse a sua mais intensa expressão, enquanto num outro (o contrato definitivo ou prometido), ao contrário, o ato de contratar se apresentasse como um algo devido, cuja prática pudesse ser imposta por um contraente ao outro²⁷.

²⁴ Acerca da promessa irretratável de compra e venda consulte-se o item 3.3, abaixo.

²⁵ Cf. CHIANALE, Angelo. *Contratto preliminare in diritto comparato. Op. cit.*, p. 290.

²⁶ Cf. MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. **Doutrina e Prática das Obrigações ou Tratado Geral dos Direitos de Crédito – tomo II**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 163. Via este autor no pré-contrato natureza contratual antes mesmo da edição do Código Civil de 1916: “*No fundo o contrato preliminar é um verdadeiro contrato, cujo objeto é um fare, isto é, a formação do contrato definitivo*”.

²⁷ Cf. SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Op. cit.*, p. 263.

Isto atentaria contra a autonomia da vontade, princípio fundamental no direito dos contratos, na medida em que retiraria de um ou de ambos os contraentes a liberdade de escolha quanto a contratar ou não fazê-lo.

Tal afirmação, em verdade, não possui justificativa na experiência prática.

A liberdade contratual nunca foi desmedida. Mesmo em países cuja legislação se tem como tributária dos princípios liberais do contrato (autonomia da vontade e seus sub-princípios liberdade contratual, força obrigatória do contrato e seu efeito relativo), impõem-se restrições ao querer contratual, não se admitindo que as partes contratantes infringam preceitos de ordem pública ou atentem contra os bons costumes²⁸.

Há de se distinguir nitidamente o contrato preliminar do contrato definitivo. No primeiro, convencionam-se a celebração do segundo, traçando-lhe, adrede, os contornos, através do consenso dos pré-contratantes acerca de seus elementos essenciais.

A natureza contratual do pré-contrato permite que ele seja confrontado com algumas figuras afins, sem que se baralhem os respectivos conceitos.

3.1. Pacto de opção

Costuma-se confundir o contrato preliminar unilateral com a opção. Ambas as figuras, contudo, apresentam distinções bastante nítidas²⁹.

Por meio da opção, confere-se a uma das partes contratantes a faculdade de aceitar a proposta formulada pela outra, de modo que a partir da manifestação de vontade do optante – a quem se atribui, *in*

²⁸ Cf. Código Civil Francês, art. 6: “*On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes mœurs*”.

²⁹ Em sentido contrário, veja-se DIEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial – vol. I: introducción; teoría del contrato**. Madri: Civitas, 1996, p. 344-345, para quem haveria sérias dificuldades teóricas em separar os dois institutos. Para ele, a semelhança que existiria entre o contrato preliminar e a opção seria de tal ordem que nos levaria a imaginar estarmos diante de uma mesma figura jurídica.

casu, um direito potestativo – venha a existir um contrato entre ambos os contraentes³⁰.

Da opção especificamente cuida o art. 1.331 do *Codice Civile Italiano* ao prescrever que quando as partes convencionam que uma delas permaneça vinculada à sua própria declaração e à outra seja conferida a faculdade de aceitá-la ou não, a declaração da primeira se considera qual uma proposta irrevogável, ficando sem efeito a sua revogação antes do termo fixado para a sua eventual aceitação (art. 1.329).

Segundo a opinião dominante na doutrina italiana, a opção é um negócio bilateral destinado a tornar irrevogável a declaração, já manifestada, de uma das partes relativa a um contrato a concluir³¹.

A principal função do pacto de opção consiste na possibilidade concedida ao beneficiário de especular, durante o tempo fixado para o seu exercício, sobre as variações de valor da prestação deduzida no contrato.

Segundo Angelo Chianale, o beneficiário da opção é titular de um direito potestativo, ao qual corresponde a posição de sujeição do concedente. O contrato, objeto da opção, conclui-se quando o beneficiário aceita a proposta, sem a necessidade de ulteriores declarações da parte do concedente, diferentemente do contrato preliminar unilateral, que põe a cargo de uma parte a obrigação de concluir o definitivo mediante uma nova declaração contratual³².

³⁰ Cf. CORRÊA, Luiz Fabiano. *Op. cit.*, p. 743.

³¹ Cf. CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. **Commentario breve al Codice Civile**. 5 ed. Pádua: Cedam, 1997, p. 1.223.

³² Cf. CHIANALE, Angelo. *Opzione*. In: SACCO, Rodolfo (pres.). **Digesto delle Discipline Privatistiche: sezione civile – vol. XIII**. Turim: UTET, 1997, p. 140. No mesmo sentido MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado – tomo XIII**. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 129; VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em geral – vol. I**. 9 ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 319. Para ROPPO, Vincenzo. *Op. cit.*, p. 658, o opcionário tem o poder de constituir o contrato final através de um negócio unilateral, com a declaração de exercício da opção, ao passo que o promissário, no contrato preliminar unilateral, constitui o contrato definitivo mediante negócio jurídico bilateral (se o promitente cumpre a obrigação de conclusão do contrato prometido), ou por via judicial, caso haja inadimplemento do preliminar e o promissário opte por sua execução específica.

No direito alemão costuma-se distinguir o contrato preliminar ou pré-contrato (*Vorvertrag*) do contrato de opção (*Optionsvertrag*), através do qual se confere a alguém a opção legal (*Optionsrecht*) de exigir, através de uma declaração unilateral de vontade, a conclusão de um negócio jurídico com outrem³³.

Há no direito brasileiro autores que tratam a opção e o contrato preliminar unilateral como uma só figura³⁴.

Coube a Eduardo Espínola, entretanto, na primeira metade do século passado, a partir das observações de Louis Boyer (*Les promesses synallagmatiques de vente*, publicado na *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1949, p. 18), procurar estabelecer uma distinção entre o pacto de opção e a promessa unilateral. Para o citado professor suíço, de quem Espínola sorveu os ensinamentos, tratando-se de uma hipótese onde a formação da venda depende da vontade de apenas uma das partes, está-se em presença de um pacto de opção. Este se caracteriza pelo fato de não ser mais necessário um novo contrato, bastando ao beneficiário daquele pacto exprimir a sua

³³ Cf. LEHMANN, Heinrich. **Tratado de Derecho Civil – vol. I: parte general**. Trad. espanhola de Jose Maria Navas. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, p. 352-353; MARKENSINIS, B. S.; LORENZ, W.; DANNEMANN, G. **The German Law of Obligations – Vol. I: the law of contracts and restitution: a comparative introduction**. Nova Iorque: Clarendon Press, 2001, p. 60. Ambas as obras, embora separadas no tempo por mais de meio século, realçam a necessidade de se distinguir o contrato preliminar unilateral da opção. No mesmo sentido PÉDAMON, Michel. *Op. cit.*, p. 45-46. Para o citado autor, enquanto o direito de opção vincular-se-ia a categoria do direito formativo (*Gestaltungsrecht*), capaz de constituir unilateralmente uma situação jurídica nova, o direito decorrente de um contrato preliminar relacionar-se-ia com o que se chama em doutrina pretensão (*Anspruch*), ou seja, o direito de exigir um certo comportamento da outra parte, na espécie o direito de exigir a conclusão do contrato principal (p. 46).

³⁴ Cf. DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico – vol. 3**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 444, para quem a opção seria o “*contrato preliminar unilateral, em que ambos os interessados anuem para sua realização; porém só gera deveres para um deles*”. No mesmo sentido, PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 23.

vontade de o executar para obter o efeito do negócio jurídico antecedido da opção³⁵.

Ficando no exemplo da opção de venda, vejam-se as ponderações de Pontes de Miranda:

No *contrato de opção*, tudo se passa como se, na ocasião da assinatura da escritura de compra-e-venda, em vez de o tabelião dizer que os contraentes estavam de acôrdo em que um vendesse e outro comprasse, apenas escrevesse que o vendedor declarou vender e o comprador se reservou sòmente declarar depois, querendo: concordou em que o vendedor e em que ao comprador ficasse o direito de opção, no que também concordou o vendedor. Um vende, porém o outro *ainda* não compra, e talvez não chegue a comprar. Ou vice-versa.

Na promessa de compra-e-venda faltam *duas* declarações, que são objeto da promessa, isto é, das declarações de agora. No contrato de opção, não: o que deu a opção já emitiu tôda a sua declaração de vontade, - nada lhe resta fazer; o que tem o direito de opção é que pode, dentro do prazo, emitir a sua. É exatamente essa declaração de vontade, *que falta*; e essa declaração de vontade não foi, sequer, como a declaração de vontade do promitente comprador, na promessa de compra-e-venda.³⁶

A diferença entre os institutos deve ser posta em relevo, portanto. Enquanto o titular do direito decorrente de um contrato preliminar unilateral necessita da declaração de vontade do obrigado para a formalização do negócio, o opcionário, ao contrário, prescinde da manifestação do outorgante.

3.2. Tratativas; punctação

Não se deve confundir o contrato preliminar com as tratativas que antecedem a celebração de um negócio jurídico.

³⁵ ESPÍNOLA, Eduardo. **Dos contratos nominados no direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária, 1953, p. 57-58.

³⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado – tomo XIII**. *Op. cit*, p. 223. Os destaques são do autor.

As tratativas, diferentemente do contrato preliminar, não são vinculantes. Seu resultado se constitui num mero esquema hipotético, ou um programa, que se tornará contrato apenas a partir de declarações de vontade apropriadas³⁷.

Para que exista contrato é necessário que haja um acordo de vontades entre as partes contratantes. Este acordo de vontades há de alcançar, além dos elementos essenciais da negociação (o preço e a coisa na compra e venda, p. ex.), outros, que embora não sejam essenciais para a identificação do respectivo tipo contratual, venham a sê-lo por vontade expressa das partes no curso das negociações mutuamente entabuladas³⁸.

Enquanto não houver acordo acerca de todos os elementos integrantes do respectivo tipo contratual, o contrato não estará formado e, *ipso facto*, não estarão as partes vinculadas uma em relação à outra.

Nesta fase pré-contratual, é comum as partes reduzirem a escrito os pontos antes controversos acerca dos quais já chegaram a consenso quando o negócio que se pretende concluir seja complexo e numerosas as cláusulas a serem convencionadas. Trata-se da punção, figura conhecida do direito alemão (*Punktation*), italiano

³⁷ Cf. MESSINEO, Francesco. Contratto (dir. priv.). In: CALASSO, Francesco (dir.). **Enciclopedia del Diritto** – vol. IX. Milão: Giuffrè, 1961, p. 846.

³⁸ Cf. HUET, Jérôme. **Les principaux contrats spéciaux**. 2 ed. Paris: L.G.D.J., 2001, p. 117. No mesmo sentido, FERRI, Giovanni B. La vendita. In: RESCIGNO, Pietro (dir.). **Trattato di Diritto Privato** – vol. 11: **obbligazioni e contratti** – tomo III. Turim: Utet, 1992, p. 195. Para este autor, se as partes deixam em aberto pontos da negociação – sobre os quais ainda inexistente consenso –, mesmo que acordos no preço e na coisa, o contrato de compra e venda não se forma, ante a lacuna decorrente do desacordo parcial, não cabendo a atuação dos órgãos judiciais para integrar a vontade faltante, dado o caráter substitutivo que o provimento necessariamente apresentaria e a vulneração ao princípio da autonomia privada garantido e tutelado pelo ordenamento jurídico que a medida acarretaria.

(*puntuazione*) e francês³⁹ (*punctuation*), e que, segundo os léxicos, significa:

Minuta ou documento escrito que contém alguns pontos constitutivos do conteúdo do contrato (cláusulas ou condições), sobre os quais já chegaram a um acordo, para que sirva de modelo ao contrato que depois realizarão, mesmo que nem todos os detalhes tenham sido acertados.⁴⁰

Não se há de confundir, portanto, a puctação com o contrato preliminar.

O contrato preliminar já se constitui num contrato, em face do qual cada contraparte fica, em relação à outra, investida dos direitos e deveres, pretensões e obrigações dele – e, na ausência de estipulação específica, *ex vi legis* – decorrentes.

As tratativas ou punctações não assumem feição contratual porque não vinculam as partes que as tenham subscrito a concluírem o contrato definitivo, servindo antes como prova para o exercício de uma eventual ação indenizatória por quem se ache lesado em face de seu injustificado rompimento⁴¹.

Embora o rompimento injustificado das tratativas possa ensejar um dever de indenizar, imposto a quem lhe tenha dado causa, em favor da parte lesada, o regime da responsabilidade civil estabelecido para o caso (extracontratual), afasta-se daquele previsto como opção na parte final do art. 463, do NCCB (contratual).

3.3. Promessa irretratável de compra e venda de imóvel

Pelo regramento dado à promessa bilateral irretratável de compra e venda de imóvel registrada no Cartório de Registro de

³⁹ A referência ao instituto no direito francês é bastante restrita, como anota DELFORGE, Catherine. La formation des contrats sous un angle dynamique; Réflexions comparatives. In FONTAINE, Marcel (dir.). Le processus de formation du contrat: Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen. Bruxelas: Bruylant, 2002, p. 463. Destaca-se o excelente estudo de Alfred Rieg, "La 'Punctuation' – Contribution à l'étude de la formation successive des contrats", publicado em 1974 nos *Etudes Offertes à Alfred Jauffret*.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 866.

⁴¹ Cf. MESSINEO, Francesco. Il contratto in genere. *Op. cit.*, p. 299.

Imóveis competente, vê-se que o Novo Código Civil Brasileiro tratou aquela figura com algumas peculiaridades as quais, de acordo com uma parte considerável da doutrina nacional, a afastariam do contrato preliminar regulado nos arts. 462 a 466.

Para o NCCB o direito do promitente comprador do imóvel constitui direito real (art. 1.225, inciso VII), que ele adquire quando leva a registro no Cartório de Registro de Imóveis a promessa de compra e venda irretratável que tenha celebrado, seja através de instrumento público ou particular (art. 1.417).

Em face do direito real que lhe é conferido na forma dos artigos acima mencionados, qualquer alienação do bem que o promitente vendedor venha a realizar para terceiro será ineficaz em relação ao promitente comprador, porque este último poderá exigir tanto de um como de outro a outorga da escritura definitiva de compra e venda, ou, ante a recusa, requerer em juízo a adjudicação compulsória do imóvel (art. 1.418).

O contrato projetará os seus efeitos para além das esferas jurídicas de seus respectivos firmatários, alcançando a terceiro que deverá, na hipótese, outorgar a escritura de compra e venda ao promitente comprador, ou, ante a recusa, ver-se na situação de réu na ação de adjudicação compulsória proposta pelo titular do direito real à aquisição do imóvel e assistir a sentença substituir-lhe a respectiva declaração de vontade, produzindo os mesmos efeitos desta última.

Ante os dispositivos do NCCB acerca da promessa de compra e venda irretratável, é de se perguntar porque o legislador não equiparou este instrumento à escritura de compra e venda e permitiu que com o seu registro adquirisse o promitente comprador a propriedade do imóvel.

Tal iniciativa ensaiara-se durante a tramitação do anteprojeto de lei que originou a Lei n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979, a qual dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências. Nas disposições gerais daquele diploma legal previra-se que quando o loteamento vier a ser regularizado pela Prefeitura Municipal ou Distrito Federal, e desde que o adquirente comprove ter feito o depósito de todas as prestações referentes ao preço acordado, poderá *“obter o registro de propriedade do lote adquirido, valendo para tanto o compromisso de venda e compra devidamente firmado”* (art.

41). Originariamente, o projeto estabelecia, em seu art. 37, que o compromisso de venda e compra de lote ou terreno, devidamente quitado, ou acompanhado da prova do pagamento das três últimas prestações, valeria como título para a transcrição da propriedade do lote em nome do promitente comprador, e o parágrafo primeiro daquele dispositivo estendia aquela prerrogativa aos titulares de promessa de cessão de direitos sobre o lote, desde que o interessado provasse o pagamento das três últimas prestações estabelecidas no contrato do qual a promessa de cessão se originara. Suprimiram-se tais disposições durante a tramitação legislativa do projeto⁴², restando apenas aquela constante do já mencionado art. 41.

Agora, como antes, o promitente comprador, embora titular de um direito real, poderá ser obrigado a arcar com despesas referentes: a) ao registro da promessa; b) à escritura de compra e venda; e c) ao registro da escritura de compra e venda, caso assim tenha sido ajustado entre as partes contratantes.

Pelo direito real de que passara a ser titular, algumas consequências advêm para o promitente comprador: a) investido na posse do bem, poderá ele usá-lo sem restrições e fruir suas utilidades; b) poderá opor seu direito a terceiros; c) poderá alienar este direito mediante cessão; d) responderá pelas obrigações que gravem o imóvel, sejam elas de natureza civil ou fiscal; e) extinguir-se-á o seu direito com o cancelamento da averbação⁴³.

Este direito real, instituído no art. 1.225, inciso VII, do Novo Código Civil, já fora objeto de manifestações legislativas anteriores, tendo como escopo resguardar os interesses de promitentes compradores de imóveis.

Assim, o Governo Federal, visando acautelar os interesses legítimos de promitentes compradores de lotes de terreno em face de empresas inescrupulosas, as quais, por conta de sua valorização no mercado imobiliário, recusavam-se a celebrar o contrato definitivo, preferindo pagar aos lesados as perdas e danos estabelecidas no art.

⁴² Cf. RIZZARDO, Arnaldo. **Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano: Lei 6.766/79**. 4 ed. São Paulo: RT, 1996, p. 90

⁴³ Cf. GOMES, Orlando. **Contratos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 246.

1.088 do Código Civil de 1916 e vendê-los para terceiros sob condições mais vantajosas, editou o Decreto-lei n.º 58, de 10 de dezembro de 1937, o qual dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações⁴⁴.

Prevía aquele diploma legal que os contratos de compromisso de venda seriam registrados no Cartório de Registro de Imóveis por averbação (art. 4.º, alínea *b*), atribuindo-se ao compromissário direito real oponível a terceiros, quanto à alienação ou oneração posteriores (art. 5.º).

Embora atributivo de direito real ao promitente comprador, o registro do compromisso não dispensava, nem substituíria “o dos atos constitutivos ou translativos de direitos reais na forma e para os efeitos das leis e regulamentos dos registros públicos” (art. 8.º). Significa dizer que o registro do contrato não transferia o domínio da coisa ao compromissário, o qual, para adquirir-lhe a propriedade, deveria transcrever no Registro de Imóveis competente a escritura pública de compra e venda, se o valor do bem fosse superior ao limite estabelecido em lei (CC/1916, arts. 530, inciso I e 134, inciso II), ou a sentença de procedência da ação de adjudicação compulsória movida pelo promitente comprador contra o promitente vendedor, uma vez transitada em julgado (DI 58/37, art. 16, § 2.º).

Estes direitos, conferidos de início aos promitentes compradores de imóveis loteados, foram estendidos a todo e qualquer compromisso de compra e venda de imóveis, a partir da nova redação dada ao art. 22, do Decreto-lei n.º 58/37, pela Lei n.º 6.014, de 27 de dezembro de 1973, passando a dispor, *verbis*:

Art. 22. Os contratos, sem cláusula de arrendimento, de compromisso de compra e venda e de cessão de direitos de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos a qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito real oponível a terceiros, e lhes conferem o direito de adjudicação compulsória nos termos dos arts. 16 desta Lei, 640 e 641 do Código de Processo Civil.

⁴⁴ Vejam-se os *consideranda* que antecedem o texto da lei.

Agora, de acordo com o Novo Código Civil Brasileiro, ao promitente comprador conferir-se-á direito real à aquisição do imóvel objeto da promessa irretratável de compra e venda, desde que esta tenha sido levada à registro.

A doutrina divide-se quanto ao direito real do promitente comprador sobre o imóvel prometido à venda.

Há que se considerar que em nosso direito a propriedade dos bens imóveis é transferida mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis (NCCB, art. 1.245), permanecendo o alienante como dono do bem enquanto aquele não for efetivado (art. 1.245, § 1.º). Assim, o direito real do promitente comprador incidirá sobre coisa alheia, e não própria, já que, enquanto não transcrita no fôlio dominial a escritura pública de compra e venda do imóvel (desde que o preço seja superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País, *ex vi* do art. 108 do NCCB), o promitente vendedor continuará como proprietário da coisa cuja venda haja prometido.

A natureza do direito real conferido ao promitente comprador do imóvel, sob a égide das disposições do Decreto-lei n.º 58/37, sempre foi objeto de intermináveis discussões doutrinárias⁴⁵.

O NCCB, em seu art. 1.417, aduz que o promitente comprador, a partir do registro da promessa irretratável de compra e venda, passa a ter direito real à aquisição do imóvel.

Os direitos reais de aquisição, sustenta Martin Wolff, conferem ao titular o direito de converter-se em proprietário, e se subdividem em três classes: a) às vezes eles se apresentam como direito potestativo, de maneira que seu titular adquire a propriedade através de um ato unilateral ou mediante um ato próprio unido a um ato oficial; b) outras vezes eles apenas produzem pretensões à transmissão, sejam de direito privado, contra o proprietário da coisa

⁴⁵ Cf. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – 4.º vol.: direito das coisas**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 531-533, onde a autora apresenta os autores que atribuem ao compromisso de compra e venda regulado pelo Decreto-lei n.º 58/37, quando registrado, a natureza de direito real sobre coisa alheia de gozo ou fruição (Sílvio Rodrigues), de garantia ou, ainda, um direito real *sui generis* (Jefferson Daibert e Orlando Gomes), concluindo, ao final, tratar-se de um direito real sobre coisa alheia de aquisição.

(como se dá no direito de preferência), sejam de direito público, contra o Estado (como o direito de expropriação); c) noutras vezes, finalmente, outorgam uma expectativa de aquisição da propriedade, e nesta se transformam sem ato jurídico algum, por exemplo, pelo vencimento de um prazo, como o direito de aquisição daquele que encontra uma coisa extraviada⁴⁶.

Manuel Henrique Mesquita, entretanto, entende o direito real de aquisição sob uma perspectiva um pouco mais estrita:

Estaremos perante um direito real de aquisição sempre que uma pessoa, mediante o exercício de um direito subjectivo (de natureza potestativa), eficaz *erga omnes*, possa adquirir directa e imediatamente, em regra através de uma decisão judicial, mas sem necessidade da cooperação de outrem, um direito real de gozo ou garantia”.⁴⁷

Apesar de todas estas particularidades, a promessa irretratável de compra e venda regulada pelo art. 1.417 e 1.418 do Novo Código Civil, não deixará de ser, na sua origem, um contrato preliminar, cuja prestação (celebrar o contrato definitivo de compra e venda, *ex vi* do art. 463, do NCCB), não se confunde com a prestação a cargo do devedor no contrato definitivo (transferir o domínio da coisa vendida, de acordo com o art. 481).

A inclusão do compromisso de compra e venda dentre os contratos preliminares, entretanto, não é aceita de todo pela doutrina. Alberto Trabucchi sustenta que ao lado do contrato preliminar típico e regulado pela lei – no caso o art. 1.351 do *Codice Civile* Italiano – existiria um outro, também denominado “compromisso”, o qual não se constituiria numa promessa recíproca de contratar, mas no próprio contrato definitivo acompanhado da promessa de reproduzir o consentimento – já prestado – em uma forma apropriada. Como exemplo, alude o autor à compra e venda celebrada através de documento privado, no qual “os contratantes se obrigam a outorgar

⁴⁶ Cf. WOLFF, Martin. **Derecho de Cosas – vol. I: posesión; derecho inmobiliario; propiedad**. Trad. espanhola de Blas Pérez González e José Alguer. 2 ed. Barcelona: Bosch, 1951, p. 8-9.

⁴⁷ MESQUITA, Manuel Henrique. **Obrigações reais e ônus reais**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 240.

posteriormente a respectiva escritura de compra venda, passível de registro⁴⁸.

Amparado na proposição de Trabucchi, Orlando Gomes tem no compromisso de compra e venda de imóveis regulado pelo Decreto-lei n.º 58/37 o contrato caracterizado “*pela subordinação de sua eficácia plena à reprodução do consentimento das partes no título translativo próprio exigido como de sua substância*”⁴⁹.

As peculiaridades que afastariam esta figura do contrato preliminar seriam duas, na ótica de Orlando Gomes: a) a possibilidade, estabelecida em lei, de se substituir o contrato definitivo por uma sentença constitutiva; b) a atribuição, ao promitente-comprador, de um direito real sobre o bem objeto da promessa⁵⁰.

Semelhante objeção faz Maria Helena Diniz, para quem, embora a promessa irretratável de compra e venda de imóvel se aproxime do contrato preliminar, dele se distancia ao dar lugar à adjudicação compulsória em favor do promitente comprador⁵¹.

Quanto à possibilidade de se substituir a declaração de vontade de um dos pré-contratantes no que toca ao contrato definitivo, é de se ver que ela é admitida e aplicada em nosso ordenamento desde muito tempo, como procuramos demonstrar no item 7, adiante, para onde remetemos o leitor.

O recurso à execução específica da obrigação de prestar declaração de vontade, entretanto, não decorre do registro do pré-contrato, nem do direito real que com o ato se confere ao promitente comprador. A possibilidade de obtenção de uma sentença que substitua a manifestação contratual do promitente vendedor no contrato definitivo de compra e venda decorre de sua posição de obrigado na relação jurídica, bem como da pretensão e ação que o sistema outorga ao credor da obrigação de contratar.

⁴⁸ Cf. TRABUCCHI, Alberto. **Instituciones de Derecho Civil: vol. II: obligaciones y contratos; sucesiones “mortis causa”. Donaciones.** Trad. espanhola de Luis Martincz-Calcerrada. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967, p. 174-175.

⁴⁹ GOMES, Orlando. Ob. cit., p. 243.

⁵⁰ Idem, ibidem.

⁵¹ Ob. cit., p. 536.

4. Classificações do contrato preliminar

Quanto ao aspecto subjetivo, classifica-se o contrato preliminar em unilateral, bilateral ou plurilateral, conforme estejam obrigados a celebrar um contrato (definitivo) uma, duas ou mais pessoas.

No contrato preliminar unilateral apenas um dos contratantes se obriga a firmar o contrato definitivo. A obrigação de fazer, consistente no celebrar um dado e pré-definido contrato grava apenas umas das partes contratantes.

Embora seja unilateral o vínculo estabelecido para a hipótese, o negócio será bilateral, exigindo-se a assinatura da contraparte, em favor de quem a promessa é feita⁵².

Diferentemente do que ocorre no pacto de opção, em que o polícitante fica, para com o oblato, numa situação de sujeição, na promessa unilateral o promitente deve ao promissário outorgado uma prestação (celebrar o contrato definitivo). A relação jurídica será de direito/dever, pretensão/obrigação. Não há direito potestativo para o beneficiário da promessa⁵³.

Exemplo típico de contrato preliminar unilateral é aquele em que A, proprietário de um barco de pesca X, promete vendê-lo a B, mediante as condições ali estipuladas. B, embora não se comprometendo a comprar de A o indigitado bem, poderá exigir deste último a subscrição do contrato definitivo, devendo fazê-lo, entretanto, dentro do prazo estabelecido na promessa ou, inexistindo este, em interregno razoável assinado pelo promitente-vendedor, sob pena de ineficácia do contrato preliminar (NCCB, art. 466).

Mais comum na prática negocial, o contrato preliminar bilateral obriga ambas as partes que o tenham subscrito a um *contrahere*. Deste pré-contrato nascerá a obrigação bilateral de prestar-se no futuro uma determinada manifestação negocial⁵⁴.

Ter-se-á um contrato preliminar bilateral se A, titular de ações da companhia X, se obrigasse a vendê-las a B, comprometendo-se este

⁵² Cf. MESSINEO, Francesco. *Contratto preliminare*. *Op. cit.*, p. 171.

⁵³ Sobre a distinção entre pacto de opção e contrato preliminar unilateral veja-se o item 3.1 supra.

⁵⁴ Cf. FORCHIELLI, Paolo. *Op. cit.*, p. 689.

último, por sua vez, a comprá-las mediante as cláusulas e condições previamente ajustadas.

Na promessa plurilateral várias partes obrigam-se, umas em relação às outras, a celebrar um determinado contrato. Exemplo deste tipo contratual seria o caso em que várias pessoas se obrigassem a celebrar, posteriormente, um contrato de sociedade⁵⁵.

Uma outra variante do pré-contrato é aquela na qual as partes contratantes convencionam a execução antecipada da prestação que deveria ser outorgada quando da celebração do definitivo. Diz-se, no caso, tratar-se de um preliminar de execução antecipada ou com efeitos antecipados. Sucede o pré-contrato de execução antecipada quando se estabelece que alguns dos efeitos do contrato definitivo se produzam antes mesmo de sua celebração.

Esta particularidade, por si só, não desnatura o contrato preliminar, desde que, a pretexto de celebrá-lo, p. ex., o promissário comprador não adquira a propriedade da coisa por cuja venda o promitente se comprometera. Se há a entrega do preço e a transferência da propriedade da coisa, com todos os direitos e deveres, pretensões e obrigações pertinentes ao seu exercício, e se para a conclusão do contrato prometido não se exige forma específica em lei, de pré-contrato, obviamente, não se tratará; constituir-se-á, na hipótese, um contrato definitivo, não importando as expressões que nele as partes tenham consignado⁵⁶.

5. Efeitos do contrato preliminar

O contrato preliminar obriga uma ou ambas as partes que o tenham firmado à subscrição de um outro contrato, dito definitivo. Nisto consiste o seu efeito: criar a obrigação de um *contrahere* futuro. Trata-se de obrigação de fazer (um contrato), que não se confunde com a obrigação de dar.

Quem se obriga num contrato preliminar a firmar um contrato de compra e venda de bem móvel, p. ex., contrai uma obrigação de fazer (celebrar a compra e venda); cumprida esta obrigação de fazer e

⁵⁵ Cf. CORRÊA, Luiz Fabiano. *Op. cit.*, p. 740.

⁵⁶ Sobre a interpretação do pré-contrato, veja-se o item 6, adiante.

celebrada a compra e venda, nasce para o vendedor uma nova obrigação: de dar (a coisa vendida).

Se A celebra com B pré-contrato de mútuo – no qual o primeiro emprestará ao segundo a importância de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), e este se obrigará a restituí-la àquele, mediante as condições já pré-determinadas –, B não pode exigir de A, ainda, o numerário referido, porque não existe, no caso, obrigação de dar (a entrega do dinheiro pelo mutuante ao mutuário), mas obrigação de fazer (celebrar o contrato de mútuo), cujo descumprimento ensejará a propositura de ação executiva, por cujo conduto B obterá, em juízo, por sentença, os mesmos efeitos da declaração de vontade recusada por A⁵⁷, para, só então, obrigá-lo – judicialmente, se necessário – à entrega do dinheiro que deverá ser-lhe mutuado.

O efeito do contrato preliminar está em obrigar as partes, ou apenas uma delas, não apenas a um futuro fazer, mas a um fazer pré-estabelecido e suficientemente circunstanciado. No contrato definitivo há de se respeitar as cláusulas e condições constantes do contrato preliminar, salvo se as partes, por mútuo consenso, resolverem modificá-las em alguma medida, ou se tiverem os contraentes acordado em deixar ao definitivo a atribuição de determinar uma parte de seu conteúdo⁵⁸. Nesta última hipótese, não poderão as partes deixar de consignar no contrato preliminar, por expressa disposição legal (NCCB, art. 462), os elementos essenciais do contrato definitivo⁵⁹.

⁵⁷ Sobre a execução específica das obrigações de prestar declaração de vontade, veja-se o item 7, adiante.

⁵⁸ Cf. MESSINEO, Francesco. Il contratto in genere – tomo I. In: CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco (dir.). **Trattato di diritto civile e commerciale**. Milão: Giuffrè, 1968, p. 529; CALAMANDREI, Piero. La sentenza come atto di esecuzione forzata. In: **Opere Giuridiche – vol. IX**. Nápoles: Morano, 1983, p. 348. De acordo com este autor, o vínculo jurídico nascido de um contrato preliminar pode se decompor em: a) obrigação de concluir um contrato; b) obrigação de concluí-lo mediante condições já pré-determinadas (p. 350). Para BAUDOUIN, Jean-Louis; JOBIN, Pierre-Gabriel. **Les obligations**. 5 ed. Quebec: Yvon Blais, 1998, p. 191, na promessa de contrato, também conhecida no direito canadense sob a denominação “avant-contrat”, uma ou ambas as partes se comprometem a contratar numa data ulterior e sob condições já determinadas.

⁵⁹ Segundo art. 462, do NCCB, “o contrato preliminar [...] deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado”.

De qualquer maneira, para a validade do contrato preliminar, as estipulações principais do contrato definitivo deverão estar de pronto determinadas, ou se apresentarem determináveis, à vista das diretrizes fornecidas pelos promitentes⁶⁰.

6. Interpretação do contrato preliminar

Para estabelecer o caráter preliminar ou definitivo de um determinado contrato, dever-se-á pesquisar a vontade efetiva dos contraentes, não importando, para este fim, as expressões pelas quais as partes se autodenominaram no instrumento (promitente, promissário), o título que empregaram na convenção (compromisso, promessa etc.)⁶¹, ou, ainda, o fato de atribuírem às suas respectivas ações denominações como “prometo”, “comprometo-me” e afins.

Por força do que reza o art. 112, do NCCB, nas manifestações de vontade atender-se-á muito mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem.

Pouco importará, assim, o *nomen iuris* dado ao contrato subscrito, cabendo ao juiz, quando instado pela parte interessada, estabelecer a natureza do instrumento que lhe seja apresentado e inferir, da vontade efetiva dos contraentes, se objetivaram formalizar um contrato preliminar ou um contrato definitivo.

Quanto às cláusulas do contrato preliminar, sua interpretação obedecerá aos cânones hermenêutico-integrativos utilizáveis para todos os instrumentos contratuais⁶². Em especial, como todo negócio jurídico (NCCB, art. 113), o contrato preliminar deve ser interpretado conforme a boa-fé.

Deve-se ressaltar, outrossim, que o contrato preliminar, assim como todo documento subscrito durante as tratativas, poderá servir de auxílio para o juiz quando a interpretação de qualquer estipulação do contrato definitivo lhe seja requerida por uma das partes contratantes.

⁶⁰ Cf. FERRAND, Frédérique. *Op. cit.*, p. 291.

⁶¹ Cf. CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Op. cit.*, p. 1.252. Segundo CHIANALE, Angelo. *Contratto preliminare. Op. cit.*, p. 279, o juiz deverá, em cada caso, determinar a vontade das partes, não se limitando ao significado técnico-objetivo dos termos que tenham utilizado.

⁶² Idem, *ibidem*.

7. Inadimplemento do contrato preliminar e o regime de sua execução específica

Não raras vezes vê-se uma das partes contratantes prejudicada pelo descumprimento, pela outra, da obrigação convencionada no contrato preliminar, recusando-se a celebrar o contrato definitivo.

Pensou-se, durante muito tempo, que ao lesado não restaria outra alternativa senão buscar, em juízo, o ressarcimento pelas perdas e danos sofridos, seja porque a prestação assumida no contrato preliminar (um fazer, consistente no celebrar contrato) possuiria natureza infungível⁶³; seja porque a vontade humana se apresentaria incoercível, não podendo o juiz constranger a parte a celebrar o contrato definitivo, se essa não demonstrasse a intenção de fazê-lo.

Se o contrato funda-se essencialmente no consenso, não poderia a sentença substituir a vontade do contraente faltoso – diziam os juristas de então –, limitando-se a condená-lo nas perdas e danos que por acaso se mostrassem devidas à outra parte.

Como ressaltava Roberto de Ruggiero, ainda na vigência do Código Civil Italiano de 1865 (sucedido pelo *Codice Civile* de 1942):

Ora, como prestar de futuro o seu consentimento é uma ação estritamente pessoal e não diretamente coercível, de tal promessa nasce apenas um direito de crédito à conclusão do contrato e o não cumprimento da mesma levará sempre e apenas à indenização do *id quod interest* e não aos efeitos que teria produzido o contrato a estipular se, na realidade, tivesse sido feito não podendo a sentença que condena na indenização substituir o consenso que não foi prestado”⁶⁴.

⁶³ Cf. MICHELI, Gian Antonio. **Derecho Procesal Civil – vol. III**. Trad. espanhola de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: E.J.E.A., 1970, p. 365. Assinala o autor que a doutrina dominante na Itália considerava, no princípio do século XX, que não seria possível a execução específica da obrigação de prestar uma manifestação de vontade destinada a concluir um contrato. Tinha-se como juridicamente infungível a prestação do consentimento, não se admitindo que o juiz pudesse se sub-rogar à vontade do contraente faltoso na conclusão de um contrato definitivo.

⁶⁴ RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil – vol. III: direito das obrigações; direito hereditário**. Trad. portuguesa de Ary dos

Carnelutti, igualmente, sustentava que se punham no caminho da execução alguns limites naturais, que a tornariam impossível. Dentre eles, ressaltava aquele célebre escritor que não seriam suscetíveis de execução forçada as obrigações de fazer e não fazer, ao menos quando fossem infungíveis, vale dizer, quando apenas pudessem ser cumpridas através de uma atividade ou inércia do próprio obrigado⁶⁵.

Célebre discussão travou-se entre Leonardo Coviello e Giuseppe Chiovenda, o primeiro sustentando – em sua contribuição à *Enciclopedia Giuridica*, no verbete *Contratto Preliminare* – a infungibilidade do agir humano, consistente no formalizar um determinado contrato, pugnando pelo recurso à indenização em perdas e danos como único remédio aplicável ao inadimplemento do contrato preliminar; o segundo redarguindo que embora infungível o ato de firmar contrato, tal não o seria os efeitos daí decorrentes, estes obteníveis a partir da atuação dos órgãos jurisdicionais, que poderiam, na hipótese, suprir o ato a cargo do contratante faltoso⁶⁶.

Ocorre que o credor de uma obrigação de fazer, consistente na celebração de um determinado contrato, está muito mais interessado

Santos, da 6 ed. italiana. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 276. Veja-se, no direito brasileiro, a posição de BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936, p. 67, para quem, embora as reparações pecuniárias se mostrem insuficientes em alguns casos, em se tratando do descumprimento de obrigação de fazer outra alternativa não restaria ao lesado, já que, “*ir ao ponto de coagir o individuo a commetter um acto que lhe repugna, violental-o a abster-se de uma acção que elle quer praticar, poderá ser motivo de perturbações economicas e juridicas mais graves ainda, e é preciso deixar que a liberdade individual se não encadeie jamais de um modo desastroso para ella e, reflexamente, para a sociedade*”.

⁶⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Derecho Procesal Civil – vol. I**. Tradução espanhola de Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha Argentina, 1944, p. 222.

⁶⁶ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil – vol. I**. Tradução brasileira de J. Guimarães Menegale. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 206: “*O ato de vontade pode ser infungível como o pode todo o fazer humano. Mas o fazer, e assim também a vontade, dir-se-á juridicamente fungível, quando o resultado prático do fazer, ou o efeito jurídico do querer, se puder conseguir mediante uma atividade diversa da do obrigado*”.

nos efeitos que o negócio jurídico definitivo lhe proporcionará, pouco lhe importando se o próprio devedor, ou terceiro, celebrará, consigo, o contrato prometido, salvo, evidentemente, nos casos em que a prestação objeto do contrato definitivo se apresente materialmente infungível (a pintura de um retrato por um determinado artista, a apresentação musical de um dado cantor etc.).

De outro lado, os atos de execução forçada de obrigação de pagar quantia determinada se processam a partir da expropriação de bens do devedor para a satisfação do direito do credor, *ex vi* do art. 646 do Código de Processo Civil. Prescinde-se, aqui, da vontade do obrigado e, mesmo contra ela alienam-se seus bens, entregando-se o dinheiro ao credor em pagamento da dívida inadimplida (CPC, art. 708, I).

Como se vê, a vontade do obrigado inadimplente não é imprescindível à satisfação da dívida não paga, porque o Estado àquela se sub-roga praticando os atos materiais suficientes ao cumprimento forçado da obrigação.

Embora se esteja a falar em execução pelo equivalente em pecúnia, também nas obrigações de celebrar um contrato é possível que o Estado, através dos órgãos jurisdicionais, consiga o mesmo efeito que o ato volitivo do obrigado conseguiria.

Assinala Lopes da Costa que as Ordenações Filipinas já possuíam disposição concernente à condenação de prestar declaração de vontade, transcrevendo-a:

E quando as partes afirmassem entre si alguma convenção de que a escritura não fôsse da substância do contrato, pôsto que, depois de a terem simplesmente afirmado, dissessem que fôsem fazer escritura, sendo a coisa sôbre que se fêz a convenção ou a quantia tal, que segundo nossas Ordenações não se possa provar senão por escritura pública, se a parte confessar que a convença foi entre eles afirmada, será constrangida a fazer dela escritura (IV-19-2).⁶⁷

⁶⁷ COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. **Direito Processual Civil Brasileiro** – vol. IV. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 266-267. A transcrição corresponde ao item 2, do título XIX, do Livro Quarto das Ordenações Filipinas e pode ser conferida na edição *fac-simile* levada à cabo em dezembro de 1985 pela Fundação Calouste Gulbenkian.

Embora não se prescrevesse a forma do constrangimento a ser sofrido pela parte inadimplente, observa Lopes da Costa que *“a praxe, porém, seguia o processo da sub-rogação: a sentença, passando em julgado, produzia o mesmo efeito do contrato”*⁶⁸.

À semelhança do art. 2.932, do *Codice Civile Italiano*, o art. 464 do Novo Código Civil Brasileiro, diferentemente de seu antecessor, admite a execução específica da obrigação de concluir um contrato.

Quando a legislação prescreve expressamente que a pronúncia do órgão jurisdicional produza o mesmo efeito que a declaração de vontade do obrigado produziria – se este cumprisse com a obrigação assumida no contrato preliminar –, ela torna fungível aquilo que era, em princípio, infungível, de modo que o Estado, que reconheceria à pessoa o poder exclusivo de dispor dentro de sua esfera jurídica, admite que uma outra vontade – a do juiz –, invada aquela esfera jurídica e disponha dela sem ou mesmo contra a vontade do devedor⁶⁹.

A prestação do consentimento do pré-contratante no contrato definitivo é juridicamente fungível porquanto o efeito obtível através da manifestação de uma vontade privada – que se apresentará devida, porque o devedor se obrigara a prestá-la – pode ser alcançado através da atuação dos órgãos jurisdicionais⁷⁰, sem nenhuma invasão à

⁶⁸ *Op. cit.*, p. 267. De fato, uma parte considerável da doutrina brasileira do final do século XIX ratifica a informação de Lopes da Costa. Cf. VELHO, Bernardo Teixeira de Moraes Leite. **Monographia Juridica e Pratica das Execuções de Sentenças em Processo Civil**. Rio de Janeiro: Typographia de A. Guimarães, 1885, p. 216-217: *“Se a sentença manda que o executado assigne uma escriptura ou outro titulo semelhante, e a não assignar no praso que se lhe marcar, e lançado que seja, a sentença do juiz, suppre a falta da escriptura e serve de titulo ao exequente”*.

⁶⁹ CALAMANDREI, Piero. *Op. cit.*, p. 350-351. Na mesma obra (p. 351-352) colhe-se a seguinte observação: *“Mas no campo do direito o Estado pode tudo: e como é criação do Estado aquele reconhecimento de uma esfera jurídica individual, dentro da qual é reservada à pessoa o poder exclusivo de dispor, assim pode o Estado modificar ou limitar este reconhecimento e tornar a tirar à pessoa esta exclusividade, e atribuir à pessoa diversa ou a si próprio o poder de intervir na esfera jurídica alheia, operando-a com poderes iguais ou superiores àqueles do titular”*.

⁷⁰ Cf. MICHELI, Gian'Antonio. *Op. cit.*, p. 366.

privacidade do obrigado e sem nenhuma violência à sua esfera jurídica.

Muito se discutiu acerca da natureza da sentença proferida pelo juiz, destinada a substituir a vontade do obrigado a concluir contrato⁷¹. Parte da doutrina nacional, contudo, tem – com razão – como executivo aquele provimento jurisdicional⁷².

Assim é que, de acordo com o art. 639, do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 639. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.

Condena-se o devedor a emitir a declaração de vontade através de sentença a qual, transitada em julgado, produz todos os efeitos da declaração não emitida (CPC, art. 641). Numa mesma relação processual o juiz conhece, condena e executa o provimento jurisdicional proferido em favor do autor da demanda, contra o devedor remisso. Prescinde-se, assim, de nova ação executiva para a obtenção do efeito estabelecido no art. 641 do Código de Processo Civil.

O inadimplemento do promitente quanto à celebração do contrato definitivo pode ensejar, outrossim, o seu dever de indenizar o lesado, pelas perdas e danos por este sofridos. Ao permitir a responsabilidade civil do lesado, entretanto, fá-lo o NCCB como uma mera possibilidade, de acordo com a redação de seu art. 465, *verbis*:

⁷¹ Cf. CALAMANDREI, Piero. *Op. cit.*, p. 352, onde critica parte da doutrina (principalmente Giuseppe Chiovenda) que teria a sentença, *in casu*, como constitutiva, categoria esta capaz de explicar situações nas quais o juiz, ao invés de unicamente declarar a relação jurídica preexistente, cria relações jurídicas novas. Para ROPPO, Vincenzo. *Op. cit.*, p. 671, aquela decisão apresenta natureza constitutiva.

⁷² Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das Ações – tomo VII: ações executivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 294; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil – vol. 2: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 144.

Art. 465. Se o estipulante não der execução ao contrato preliminar, poderá a outra parte considerá-lo desfeito, e pedir perdas e danos.

Não está a parte prejudicada obrigada, portanto, a buscar, em juízo, uma compensação financeira pelo negócio irrealizado, porque o sistema admite a execução específica da obrigação de contratar, suprindo-se a vontade da parte inadimplente a partir da atuação dos órgãos jurisdicionais, salvo se a natureza da obrigação não o permitir (NCCB, art. 464).

**CRIANÇA E ADOLESCENTE
ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIOLÓGICOS DO ATO
INFRACIONAL**

Elaine Cristina Pimentel Costa ^(*)

SUMÁRIO

1. Da criança e do adolescente na Constituição Federal de 1988. 2. Do Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. Do ato infracional 3.1. Da configuração do ato infracional. 3.2. Das medidas sócio-educativas. 4. Aspectos sociológicos do ato infracional.

1. Da criança e do adolescente na Constituição Federal de 1988

A proteção à criança e ao adolescente adotou nova ideologia no ordenamento jurídico brasileiro a partir do advento da Constituição Federal de 1988, que reservou tratamento especial à ordem social e à cidadania, visando meios de promover o desenvolvimento da sociedade.

O Constituinte, ciente da importância da criança e do adolescente para o futuro da Nação, dispôs minuciosamente acerca de seus direitos, bem como dos meios legais para levá-los a efeito.

Tomando por base a ideologia presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Constituição Federal de 1988 erige a *dignidade da pessoa humana* à categoria de fundamento da República Federativa do Brasil.

Como bem acentua José Afonso da Silva, “*dignidade da pessoa humana* é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.”¹ Na

^(*) Advogada, Especialista em Direito Processual e Professora de Introdução ao Estudo do Direito e de Direito Constitucional do Centro de Ciências Jurídicas – CCJUR, do Centro de Estudos Superiores de Maceió – CESMAC e da Faculdade Alagoana de Administração – FAA, e Professora de Execuções Penais da Faculdade de Alagoas – FAL.

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.109.

qualidade de valor supremo do homem, a *dignidade da pessoa humana* toma um sentido normativo-constitucional, de modo que a ordem econômica e social do País deve tê-la por escopo.

A esse respeito, opina Celso de Melo, Ministro do Supremo Tribunal Federal:

É necessário enfatizar, por isso mesmo, que, hoje, a questão essencial concernente aos direitos básicos da pessoa humana tornou-se matéria de caráter eminentemente político, pois, consoante tem sido ressaltado, a dificuldade que permanentemente se registra nesse domínio situa-se, não tanto na esfera do seu reconhecimento formal ou de sua justificação teórica, mas, sobretudo, no plano da proteção e salvaguarda de tais prerrogativas fundamentais, que, reconhecidas e deferidas às pessoas em geral – notadamente às crianças e aos adolescentes – qualificam-se como poderes jurídicos indivisíveis e inalienáveis que se impõem à observância do Estado contemporâneo.²

Fundamentando-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da cidadania, dentre outros, a Magna Carta brasileira, ao dispor acerca da Ordem Social, prevê tratamento especial à criança e ao adolescente, apontando a família, a sociedade e o Estado como responsáveis por assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o rol de direitos constitucionalmente garantidos, que vão desde o direito à vida, à saúde e à educação, até o direito à profissionalização, à cultura e à liberdade. Além disso, acentuou a garantia à convivência familiar e comunitária, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Disto infere-se que a linha ideológica desenvolvida pelo nosso ordenamento jurídico erige a criança e o adolescente à condição de *pessoas em desenvolvimento*, sujeitos de direito e destinatários de proteção integral. É de se observar que a condição peculiar de pessoa

² MELO, Celso de. Criminalidade juvenil e redução da idade da responsabilidade penal. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, p. 15, 1999.

em desenvolvimento é a premissa maior para o planejamento e a execução de toda e qualquer ação levada a efeito em prol da efetivação dos preceitos constitucionais, nos mais diversos aspectos da vida social da criança e do adolescente.

Por isso, a Constituição assegura o direito à proteção especial à criança e ao adolescente, garantia essa que se concretiza na imposição da idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, da observância de direitos previdenciários e trabalhistas, e do acesso do trabalhador adolescente à escola, além do estímulo do Poder Público ao acolhimento, sob forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado, através de assistência jurídica, incentivos e subsídios.

Não obstante, o texto constitucional garante o pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, a igualdade na relação processual, além da defesa técnica por profissional habilitado, exigindo a obediência aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade. Tudo isso porque a Constituição qualificou como *penalmente inimputáveis* os menores de dezoito anos, sujeitando-os, então, às normas da legislação especial, a saber, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2. Do Estatuto da Criança e do Adolescente

Em 13 de julho de 1990, foi publicada a Lei 8.069, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Considerado um diploma legal de grande evolução no tratamento à criança e ao adolescente, o ECA regulamentou minuciosamente a Constituição Federal, no que concerne à tutela da infância e da juventude.

Em suas disposições preliminares, o Estatuto estabelece que se considera criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos.

Nos termos do ECA, a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-se-lhes todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Partindo-se desta premissa, percebe-se o caráter social implícito no Estatuto, de forma a preocupar-se não apenas com o desenvolvimento físico e mental da criança e do adolescente, mas também com o seu desenvolvimento espiritual e moral, dado este que mais acentuadamente se apercebe no regramento da apuração dos atos infracionais e da consequente aplicação das chamadas medidas sócio-educativas.

3. Do ato infracional

3.1 Da configuração do ato infracional

O Estatuto da Criança e do Adolescente é um diploma legal que, pelos seus fundamentos filosóficos, visa abrandar a estigmatização *do adolescente autor de ato infracional*, considerando-o uma *categoria jurídica*, e erigindo-o ao *status* de sujeito dos direitos estabelecidos na chamada Doutrina da Proteção Integral, que tem por base o respeito à peculiaridade de pessoa em desenvolvimento, e que se fundamenta no caráter educativo de toda e qualquer medida a ser aplicada a adolescentes.

A tal respeito explica Mário Volpi:

Essa conceituação rompe a concepção de adolescente infrator como categoria sociológica vaga implícita no antigo Código de Menores, concepção que, amparando-se numa falsa e eufemística ideologia tutelar (doutrina da situação irregular), aceitava reclusões despidas de todas as garantias que uma medida de tal natureza deve necessariamente incluir e que implicavam uma verdadeira privação de liberdade.³

Com efeito, todo o antigo sistema, baseado no Código de Menores, estava direcionado para o tratamento de um “delinqüente”, e não para atender a um adolescente que tenha eventualmente transgredido uma norma.

³ VOLPI, Mário. *O adolescente e o ato infracional*. São Paulo: Cortez, 1997, p. 15.

Ao contrário do sistema adotado pelo Direito Penal, fundamentado na Teoria Finalista da Ação, que considera crime o fato típico, antijurídico e que tem a culpabilidade como pressuposto da pena, o Código de Menores convertia o delito em uma vaga categoria sociológica, a saber, *delinquência juvenil*.

Introduzindo uma nova ideologia ao tratamento fornecido às condutas penalmente ilícitas levadas a efeito por adolescentes, o ECA cuidou de definir o ato infracional como sendo a conduta descrita como *crime* ou *contravenção penal*. A partir de então, o ato infracional, para existir, precisa preencher todos os elementos do crime, inserindo-se na sua análise, também, as chamadas excludentes de ilicitude, (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal, e exercício regular de direito), bem como os demais institutos e princípios do Direito Penal.

Para que se configure o crime, faz-se necessária a existência de uma conduta humana, comissiva ou omissiva, subsumida a uma norma penal incriminadora, formando, assim, o *fato típico*. Soma-se a este a *antijuridicidade*, que é a contrariedade à ordem jurídica. Estando presentes ambos os elementos, há crime. Sendo, porém, o fato típico e antijurídico praticado por pessoa menor de dezoito anos, recebe ele a nomenclatura de ato infracional.

Todavia, a analogia utilizada pelo sistema estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente resume-se em qualificar as condutas praticadas por adolescente, na busca do seu enquadramento em figura típica prevista no Código Penal, não se estendendo, pois, à aplicabilidade de sanções penais, dado que estas são exclusivamente aplicáveis aos chamados imputáveis.

Não se pode olvidar que a imputabilidade, como ensina Damásio E. de Jesus⁴, é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente a capacidade de lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível, tendo em vista a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Este conceito é corolário do disposto no Código Penal, que se preocupa em definir o *inimputável* como sendo aquele que se encontra em tais

⁴ JESUS, Damásio de. **Direito penal**, 1º Volume, Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 467.

circunstâncias por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

A inimizabilidade dos menores de dezoito anos fundamenta-se no desenvolvimento incompleto do adolescente – considerado ser humano em desenvolvimento – gerando, então, uma presunção *iuris et de iuri*, ou seja, que não admite prova em contrário. Sendo menor de dezoito anos, não há qualquer possibilidade jurídica de responsabilizá-lo criminalmente pelo ato praticado.

Há de se considerar, porém, que imimizabilidade não é sinônimo de responsabilidade, pois esta corresponde às consequências jurídicas advindas da prática de um crime ou de uma contravenção penal. A imimizabilidade, juntamente com o elemento psicológico-normativo do crime – dolo ou culpa – e a exigibilidade de conduta diversa, formam a culpabilidade, que, de acordo com a Teoria Finalista da Ação, adotada pelo Código Penal brasileiro, é pressuposto de aplicação de pena.

Ora, sendo inimutáveis os menores de dezoito anos, não se configura a culpabilidade, mesmo que a conduta do adolescente seja dolosa ou culposa e que, pelas circunstâncias concretas, fosse possível exigir-se conduta diversa da praticada. Como a culpabilidade é pressuposto lógico para que se aplique ao autor do ato a sanção penal cabível e, nessa qualidade, mostra-se distinta da noção finalista de crime – fato típico e antijurídico – pode-se afirmar que os inimutáveis praticam crime, mas não podem ser responsabilizados.

Por isso, a grande diferença entre o sistema penal e o disposto no ECA diz respeito à responsabilização do adolescente autor do ato infracional, que não receberá pena, mas será submetido a medidas sócio-educativas.

3.2 Das medidas de proteção e das medidas sócio-educativas

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a aplicação de *medidas de proteção* a crianças e adolescentes, sempre que os direitos ali reconhecidos forem ameaçados ou violados por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis, ou em razão da conduta da própria criança. Isso se dá porque, em tais circunstâncias, a criança e o adolescente são considerados em situação de risco.

Para tanto, o ECA elenca, taxativamente, as medidas específicas de proteção, a saber, o encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; orientação, apoio e acompanhamento temporários; matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio, à família, à criança e ao adolescente; requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; abrigo em entidade ou colocação em família substituta.

As medidas sócio-educativas, por outro lado, são destinadas apenas aos adolescentes autores de atos infracionais. Aos seres humanos classificados legalmente como *crianças* não podem ser aplicadas medidas sócio-educativas, de maneira que, ao realizar conduta que seja equivalente a crime ou a contravenção penal, a criança será submetida às medidas de proteção acima elencadas, tendentes a reverter a situação de risco na qual ela se encontra em razão de sua conduta.

O ECA é taxativo ao enumerar as medidas sócio-educativas, quais sejam, advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade, internação em estabelecimento educacional, bem como quaisquer das medidas de proteção.

O sistema do Estatuto visa priorizar a *pessoa* do infrator, acreditando que, por ser indivíduo em desenvolvimento, deve ele receber tratamento diferenciado, de cunho *pedagógico*. Por isso, a medida aplicada ao adolescente deverá levar em conta sua capacidade de cumpri-la, bem como as circunstâncias e a gravidade da infração. Entretanto, é a sua condição de *autor de ato infracional* que legitima toda e qualquer medida sócio-educativa a ser adotada pelo Estado.

Ao contrário do Código Penal, que comina penas específicas para cada ato delituoso, o ECA deixa a critério do magistrado tal definição, que deve fazê-la dentro de um *sistema de delimitação negativa*, ou seja, que restringe a aplicação de determinadas medidas a certos atos infracionais. É o caso da aplicação da *internação* – medida sujeita aos princípios da *brevidade* e da *excepcionalidade* – que só poderá ocorrer quando se tratar de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, por reiteração no cometimento de

outras infrações graves, ou por descumprimento reiterado da medida anteriormente imposta.

Observe-se, ainda, que, assim como ocorre no âmbito penal, a aplicação de medidas sócio-educativas pressupõe o *devido processo legal*, garantindo-se ao infrator a *ampla defesa* e o *contraditório* e fazendo-se essencial a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração.

No caso de aplicação de medidas sócio-educativas, será considerada a capacidade do adolescente de cumpri-las, as circunstâncias e a gravidade do ato infracional. Ademais, em hipótese alguma, inclusive por preceito constitucional, será admitida a prestação de trabalho forçado.

Aspecto importante e que diz respeito tanto à aplicação de medidas de proteção quanto de medidas sócio-educativas é que ambas podem ocorrer isolada ou cumulativamente, considerando-se as necessidades pedagógicas e preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

4. Aspectos sociológicos do ato infracional

Todos os dias, os meios de comunicação em massa divulgam dados assustadores acerca dos índices de criminalidade infanto-juvenil no Brasil, apesar de dados oficiais do Ministério da Justiça demonstrarem que em cada grupo de dez mil jovens brasileiros, apenas três estão privados da liberdade.⁵ Isto significa que a criminalidade infanto-juvenil não se compara com a criminalidade adulta, em termos numéricos. Todavia, mesmo a pequena parcela de crianças e adolescentes que hoje incide na criminalidade inspira grandes cuidados.

De fato, a problemática não apenas recebe a reprovação social, como também torna clara a necessidade de uma atuação efetiva do Estado, no sentido de reverter o quadro.

Muitos são os estudos jurídico-sociológicos desenvolvidos acerca dos motivos que levam crianças e adolescentes a adentrar no

⁵ Página do Ministério da Justiça: <www.mj.gov.br>.

mundo do crime. Todos eles reconhecem, no entanto, a predominância do *fator social* como desencadeador desses desvios comportamentais.

É certo que a Constituição Federal de 1988, no *caput* do art 227, apontou não apenas o Estado, mas também a família e a sociedade como responsáveis pela efetivação dos direitos da criança e do adolescente. Entretanto, a atuação da família e da sociedade jamais terá resultados satisfatórios sem a presença efetiva do Estado a promover o acesso à alimentação, à saúde, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, dentre outras prerrogativas presentes no texto constitucional.

A questão da criminalidade infanto-juvenil representa, essencialmente, um problema político-social, que faz premente o cumprimento, por parte do Poder Público, dos direitos constitucionalmente estabelecidos, através de políticas públicas, tendentes a amenizar a situação. Extrair a máxima eficácia dos direitos fundamentais presentes na Constituição da República parece ser a forma mais viável de tornar real e efetiva a proteção ao adolescente infrator, concretizando, assim, uma verdadeira atividade de prevenção à criminalidade.

Conforme analisa Celso de Melo, “mais do que um desafio, a efetivação concreta dos direitos básicos das crianças e dos adolescentes representa, na verdade, a realização do compromisso das presentes gerações com o futuro do nosso País.”⁶

A solução para os altos níveis da criminalidade juvenil não estaria na tomada de medidas inconsequentes, tais como a *redução da imputabilidade penal* ou mesmo a *pena de morte*, como defendem alguns. Tais medidas jamais reverteriam o quadro atual, uma vez que não atingiriam a raiz do problema, a saber, o desrespeito à dignidade da criança e do adolescente, na qualidade de pessoa humana.

A solução para reduzir tais níveis será, certamente, fruto de um trabalho de base, de busca paulatina da efetivação dos direitos expressos na nossa Lei Maior e que, portanto, não terá o condão de modificar a situação da criminalidade infanto-juvenil da noite para o dia.

⁶ MELO, Celso de. Criminalidade juvenil e redução da idade da responsabilidade penal. Ob. cit., p.16.

Com efeito, jamais será extirpado por completo o fenômeno da criminalidade infanto-juvenil da nossa sociedade, posto que, assim como a criminalidade adulta, é inerente ao convívio em sociedade e resultado direto das desigualdades sociais. Entretanto, é possível modificar a situação caótica, diminuindo os altos índices através da eliminação de um dos fatores que mais fortemente contribuem para a sua ocorrência, qual seja, o desrespeito e o desprezo à sua condição de pessoa humana em desenvolvimento.

A CRISE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PARTICIPAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

Felipe Vasconcellos Cavalcante (*)

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Conceito de direitos fundamentais. 3. Classificação dos direitos fundamentais. 4. Os direitos fundamentais na constituição federal brasileira de 1988. 5. Institutos de participação judicial e garantias processuais na constituição federal de 1988. 6. O neoliberalismo e a crise dos direitos fundamentais no Brasil. 7. A atuação do poder judiciário brasileiro. 8. Considerações finais.

1. Introdução

A questão dos direitos fundamentais tem despertado o interesse tanto de filósofos, juristas, historiadores, cientistas políticos, sociólogos e outros estudiosos das ciências humanas e sociais, como de todos os cidadãos, sujeitos e beneficiários desses direitos.

Atualmente, existe, na sociedade brasileira, uma crescente conscientização dos indivíduos no sentido não só de exigir o reconhecimento dos direitos fundamentais, mas, de reivindicar a sua concretização. Isso se verifica porque os direitos fundamentais estão formalmente inseridos na carta magna de 1988 e, na prática, a maioria da população ainda não foi beneficiada com a sua realização.

Observa-se que, com o advento do neoliberalismo e a adoção de uma nova concepção de Estado, vários obstáculos foram criados, dificultando a concretização dos direitos fundamentais sociais previstos na constituição brasileira de 1988.

Nesse panorama, destaca-se o importante papel do poder judiciário, no sentido de desempenhar uma ação mais efetiva na concretude dos direitos fundamentais.

(*) Advogado. Professor da UFAL, FAL, ESMAL e FESMP/AL. Mestre em Direito pela UFPE.

A questão vem despertando interesse nos meios jurídicos e sociais e motivou a realização desse artigo. Objetiva-se situar a crise dos direitos fundamentais e ressaltar a responsabilidade do poder judiciário brasileiro na proteção desses direitos, fazendo cumprir os mandamentos constitucionais.

Para alcançar os objetivos, além da introdução e das considerações finais, o artigo foi estruturado da seguinte maneira: primeiro faz-se breves considerações sobre a conceituação e classificação dos direitos fundamentais. Em seguida, procura-se assinalar os direitos fundamentais, os meios de participação popular no judiciário e as garantias processuais previstas constitucionalmente. Verificam-se, ainda, as repercussões das propostas neoliberais na crise dos direitos fundamentais e, finalmente, destaca-se a responsabilidade do judiciário numa atuação mais efetiva em relação aos direitos constitucionalmente protegidos.

O tema é vasto e complexo e merece análise aprofundada. No entanto, o presente trabalho apenas faz algumas considerações com o intuito de despertar, no operador do direito, a necessidade de uma reflexão sobre a sua atuação, visando a garantia dos direitos fundamentais positivados.

2. O conceito de direitos fundamentais

É muito difícil encontrar um conceito universal sobre os direitos fundamentais do homem. Isto porque muitas vezes utilizam-se as expressões “direitos do homem”, “direitos naturais”, “direitos humanos”, “liberdades fundamentais”, “direitos públicos subjetivos” e “direitos fundamentais do homem”, para designar os direitos fundamentais.

Alguns autores usam indiferentemente as expressões “direitos humanos”, “direitos fundamentais” e “direitos do homem”. Paulo Bonavides¹ demonstra que os autores anglo-americanos e latinos preferem a expressão direitos humanos e direitos do homem, enquanto os publicistas alemães utilizam com mais freqüência a expressão direitos fundamentais.

¹ BONAVIDES. Paulo. **Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.514.

No meio jurídico, há os que acham que não existe nenhum prejuízo em utilizar os termos “direitos fundamentais”, “direitos humanos”, “direitos do homem” e “direitos fundamentais humanos” como sinônimos e há os que estabelecem a distinção entre essas expressões como faz o juiz Ingo Sarlet:

Direitos do homem está no sentido de direitos naturais ou ainda não positivados; direitos humanos são os positivados na esfera do direito internacional; e direitos fundamentais, os reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado.²

Ainda para melhor fundamentar a questão, recorre-se ao pensamento de Joaquim Carlos Salgado quando demonstra que os direitos fundamentais decorrem de um processo histórico, em três momentos:

Em primeiro lugar, aparece à consciência desses direitos fundamentais em determinadas condições históricas; em segundo lugar, a declaração positiva desses direitos como aceitação formal de todos, nas constituições; e, finalmente, a sua realização, como concretos e eficazes.³

O referido autor também estabelece uma distinção útil sobre os direitos fundamentais:

[...] o conceito de direitos fundamentais apresenta, pois, dois aspectos: a) no aspecto formal, como direitos propriamente ditos, são garantidos numa constituição como prerrogativas; b) no aspecto material, como valores, são pré-constitucionais, pois que produtos das culturas civilizadas, e determinam o conteúdo desses direitos nas constituições”.⁴

² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

³ SALGADO, Joaquim Carlos. Os Direitos Fundamentais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n.º 82, p. 16, jan. 1996.

⁴ SALGADO, Joaquim Carlos. p.17.

Pelo exposto, pode-se dizer que os direitos fundamentais são aqueles consagrados nas constituições, embora a sua existência seja historicamente condicionada a valores anteriores e socialmente aceitos.

Os direitos fundamentais estão garantidos por uma lei, que não é uma lei comum: é a constituição. Portanto, são direitos garantidos constitucionalmente e considerados matrizes de todos os demais. Dão origem e validade a todas as leis que criam ou garantem os demais direitos. São direitos sem os quais não se podem exercer outros.

3. Classificação dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais têm uma evolução histórica, principalmente porque se relacionam com os direitos humanos os quais variam de um momento histórico para outro.

Na questão da garantia universal dos Direitos Humanos, observa-se que as maiores conquistas se verificaram com a Revolução Parlamentar Inglesa do século XVII, com as revoluções Francesa e Americana que consolidaram os direitos civis e políticos ou direitos individuais.

No final do século XIX e começo do XX, a luta dos operários por melhores condições de trabalho e as disputas ideológicas dos paradigmas do capitalismo e do socialismo foram consolidando alguns direitos sociais ou coletivos.

Alguns anos depois, com a repercussão das duas guerras mundiais, amplia-se a noção de direitos humanos, abrangendo a noção de direito dos povos, também conhecido como direito da solidariedade.⁵

Modernamente, tanto a doutrina como a jurisprudência, consolidaram a classificação dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, baseando-se na ordem histórica cronológica que os mesmos passaram a ser constitucionalmente

⁵ “(...) o mais importante dele é reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído.” BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campos, 1992, p.6.

reconhecidos. Nesse sentido, verifica-se que a classificação de Norberto Bobbio (cf. **A era dos direitos**) encontra-se difundida nas constituições modernas.

Como destaca Celso de Mello:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota essencial inexauribilidade.⁶

Os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da Magna Carta.

Os direitos fundamentais de segunda geração, que são os direitos sociais, econômicos e culturais, surgidos no início do século, são bem retratados por Themistocles Brandão Cavalcanti:

O começo do nosso século viu a inclusão de uma nova garantia de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas da convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice, etc.⁷

⁶ STF - Pleno - MS n.º 22.164/SP - Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov.1995. P. 39.206.

⁷ **Princípios Gerais de Direito Público**. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1996, p.202.

A proteção dos direitos sociais requer uma intervenção ativa do Estado; ampliam-se, com isso, os poderes do Estado.

Atualmente, protege-se também constitucionalmente, os direitos de terceira geração os chamados direitos da solidariedade ou fraternidade (direitos dos povos para Bobbio). Estes englobam o direito a um meio ambiente equilibrado⁸, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e outros direitos difusos, que são, no dizer de José Marcelo Vigliar, os interesses de grupos menos determinados de pessoas, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso.⁹

Não há como negar a presença dos direitos de terceira geração (direito a paz, ao meio ambiente...) que às vezes são esquecidos por parte da doutrina, por não terem como destinatários pessoas consideradas individualmente.

Assim resume Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “a primeira geração seria dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim complementar o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade”.¹⁰

Nas duas últimas décadas, tendo em vista o desenvolvimento da genética e da pesquisa biológica, já há correntes que defendem uma quarta geração de direitos, que visa a controlar os efeitos traumáticos da pesquisa biológica, que permitiria manipulações genéticas do patrimônio de cada indivíduo.

Para Celso Lafer¹¹, os direitos de terceira e quarta geração transcendem a esfera dos indivíduos considerados em sua expressão singular e recai, exclusivamente, nos grupos primários e nas grandes formações sociais. Para o autor, esses direitos referem-se respectivamente aos direitos da solidariedade e aos direitos políticos.

⁸ Conforme afirmou o Supremo Tribunal Federal, “Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração” (RTJ 155/206).

⁹ VIGLIAR, José Marcelo. **Ação civil pública**. São Paulo: Atlas, 1997, p.42.

¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995, p.57.

¹¹ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

Outra classificação sobre os direitos fundamentais refere-se ao tipo de atuação estatal nas três grandes classes de direito fundamentais inseridos nas constituições modernas. Há os direitos que exigem uma atuação negativa do Estado (direitos de defesa ou *status negativus*), os que requerem uma atuação positiva do Estado (direitos a prestações ou *status positivus*) e direitos políticos, de caráter misto (*status activus*). Esclarece Celso Lafer:

Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder –, os direitos sociais exigem, para a sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é a ampliação dos poderes do Estado.¹²

Para Canotilho, a questão da atuação estatal é de fundamental importância, pois através dessa classificação extrai-se a função dos direitos fundamentais:

A função dos direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).¹³

Importante ressaltar que existem ainda outras classificações na doutrina nacional e alienígena. Pode-se dizer, até com um pouco de exagero, que cada autor que trata do tema oferece uma nova classificação a sua maneira.

¹² Ibidem.

¹³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 541.

4. Os Direitos fundamentais na constituição federal brasileira de 1988

É marcante o caráter libertário e social da Constituição Federal do Brasil de 1988. Tal caráter deriva do compromisso exercido pelas diversas correntes políticas, às vezes antagônicas, mas que se uniram legitimamente para eliminar qualquer sombra de autoritarismo que permeava o país nos tempos da ditadura militar, ampliando também os chamados direitos sociais.

Analisando-se a constituição brasileira, pode-se afirmar que nela estão assegurados expressamente os seguintes direitos fundamentais do homem: os Direitos Individuais e Coletivos Fundamentais, encontrados em sua grande maioria no art. 5º da Carta Magna (vida, liberdade, igualdade, propriedade e segurança); os Direitos Sociais, enumerados no art. 6º (educação, saúde, trabalho, moradia¹⁴, lazer) e encontrados em diversos capítulos da Constituição; os Direitos Econômicos e Culturais (consumidor, pleno emprego, patrimônio histórico) e os Direitos Políticos (formas de realização da soberania popular).

Dessa forma, pode-se afirmar que o legislador constituinte estabeleceu cinco espécies ao gênero direitos e garantias fundamentais: direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; direitos relacionados à existência, à organização e participação dos partidos políticos.

Os direitos fundamentais previstos na atual carta magna, obedecem aos parâmetros contidos na Declaração Universal de 1948, como também aos principais pactos sobre os direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.¹⁵

Verifica-se, portanto, que,

a partir da Constituição de 1988 intensifica-se a interação e conjugação do Direito internacional e do Direito interno, que fortalecem a sistemática de

¹⁴ Direitos social acrescentado pela Emenda Constitucional nº 26, de 14/02/2000.

¹⁵ LIMA, George Marlmelstein. **Os Direitos Fundamentais e o Poder Judiciário: elementos para a concretização dos direitos fundamentais pelo poder judiciário**. Fortaleza: Premium editora, 2000, p. 48.

proteção dos direitos fundamentais, como uma principiologia lógica própria, fundadas na primazia dos direitos humanos.¹⁶

Diante desta perspectiva, Flavia Piovensan¹⁷, divide os direitos fundamentais em três grupos distintos: a) dos direitos expressos na Constituição; b) dos direitos implícitos, decorrentes do regime e princípios adotados pela Corte Constitucional; e c) nos direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil.

Interessante, ressaltar, que os direitos e garantias individuais fazem parte atualmente de um *núcleo substancial* da constituição, tanto por serem inclusos como no rol das cláusulas pétreas, quanto pela posição de anterioridade que os mesmos são previstos em relação às demais disposições constitucionais.

Dentre vários aspectos que ainda poderiam ser tratados no que concerne ao caráter compromissário e democrático da magna carta em relação aos direitos fundamentais, merece destaque a inclusão da dignidade da pessoa humana como parte integrante dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. O professor José Afonso da Silva destaca este aspecto importante da atual constituição, ao se referir aos objetivos do Estado Brasileiro:

“É a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica e social e cultural a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana.”¹⁸

A Constituição de 1988 também trouxe nova concepção de direitos sociais, no campo desses direitos, além da importância do já citado artigo 6º, vale ressaltar o art.194 da constituição federal que ampliou o conceito de seguridade social:

¹⁶ PIOVENSAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 46

¹⁷ IOVENSAN, Flávia. *Idem*, p. 35.

¹⁸ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p.96.

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos a saúde, à previdência e à assistência social.

O parágrafo único do mesmo artigo ressalta que compete ao setor público organizar a seguridade social com base nos seguintes objetivos, entre outros:

universalidade de cobertura e de atendimento;
uniformidade e equivalência dos benefícios as populações urbanas e rurais; irredutibilidade do valor dos benefícios.

Verifica-se, então, a abertura de novas perspectivas no sentido de uma visão pública, universal e integrada de saúde, previdência e assistência social.¹⁹

A lei fundamental ainda avançou ao dispor que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata (parágrafo 1º do art. 5º da CF). Além disso, a constituição criou mecanismos (mandado de injunção, iniciativa popular, etc.) para tornar efetiva essa disposição.

Alguns autores afirmam que os direitos individuais dependem de uma atuação negativa do Estado, enquanto os direitos sociais estariam sempre vinculados a uma prestação positiva estatal. Os juristas costumam a estabelecer uma vinculação das duas classificações apresentadas no item anterior. Essa vinculação absoluta não mais existe:

De fato, não se pode negar que geralmente os direitos sociais exigem uma atuação positiva do Estado, vale dizer uma obrigação de fazer. No entanto, nem todos os direitos sociais têm essa característica. Apenas para exemplificar, o direito à greve, que sem dúvida é um direito social, não exige uma atuação positiva do Estado...

¹⁹ CAVALCANTE, Radjalma. *Por que Estamos em Crise*. 2a. ed. Curitiba: HD, 2000, p.54.

Da mesma forma, há direitos que não são sociais mas que exigem uma prestação do Estado, como *verbi gratia*, a norma constitucional que reza que os presos será dado tratamento digno. Portanto, é falsa a noção de que todos os direitos de caráter comissivo são sociais e vice-versa.²⁰

Merecem, destaque, as garantias processuais postas a disposição da sociedade para a plena efetivação dos direitos fundamentais, como também os institutos de participação judicial que serão, a seguir, tratados.

5. Institutos de participação judicial e garantias processuais na constituição federal de 1988

A Constituição de 1988 exprimiu um fenômeno político de participação e cidadania, sendo uma obra de compromisso entre as diversas correntes de opinião que buscaram um ponto de equilíbrio e de consenso.

O reconhecimento dos direitos fundamentais está condicionado à existência de um Estado democrático de direito. Nesse sentido, é de fundamental importância que se detectem as formas de participação popular inseridas na lei suprema.

Merecem destaque, em nossa lei fundamental, os dispositivos constitucionais que assinalam a constância da participação popular. A participação do povo na condução política e nas atividades do governo, como na defesa dos direitos e garantias fundamentais, é especialmente considerada com vistas a fortalecer a legitimidade do poder.

Dentre as diversas formas de participação popular estabelecida na carta magna nos três poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), apenas será analisada a participação judicial de acordo com os objetivos do trabalho.

A participação na atividade dos órgãos do Poder Judiciário comporta duas modalidades: a provocação da jurisdição e o acesso aos órgãos que a exercem.

²⁰ LIMA, George Marmelstein. Obra citada, p. 55.

A função jurisdicional geralmente é exercida por provocação e orientada para a defesa dos interesses protegidos pela ordem jurídica (individuais, coletivos, difusos). Em regra, cabe ao titular do interesse individual lesado ou ameaçado provocar o judiciário, o que vem a ser uma garantia universal prevista constitucionalmente e fundamental ao Estado Democrático de Direito.

Atualmente, como já foi visto, reconhece-se também como direitos fundamentais os chamados metaindividuais. Esses direitos,

dizem respeito a toda a sociedade ou a segmentos dela, entregues ou não a tutela estatal, que também são protegidos pela ordem jurídica e que devem ser, por sua vez deduzidos perante o judiciário sempre que forem, do mesmo modo violados ou ameaçados. Nesses casos, a lei defere a pessoas ou órgãos por ela indicados, ainda que não participe do interesse metaindividual em causa, o poder jurídico de defendê-lo.²¹

Nessa perspectiva, a constituição de 1988, adequou-se a multiplicidade de direitos protegidos fundamentalmente, abandonando a menção direito individual, referindo-se simplesmente a direito, para abranger toda a cláusula geral de garantia judiciária (art.5º, XXXV). Foi acrescentado ao dispositivo a garantia contra a ameaça a direito, o que constitucionaliza, além do poder corretivo, o poder cautelar universal do Judiciário.

Ademais, destaca-se atualmente, “a sedimentação dos interesses coletivos” como processo permanente que resulta na societização dos grupos de qualquer natureza. Tal ocorrência explica a expansão de novos e criativos institutos processuais, com a finalidade de conferir às entidades sociais não estatais a satisfação dos respectivos interesses coletivos e a ampliação do controle de legitimidade da ação do Estado. Esse processo de sedimentação e societização dos interesses coletivos, também ocorre em relação aos interesses difusos, como explicita Diogo Figueiredo:

²¹ MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. **Direito de participação política: legislativa, administrativa, judicial: (fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 143.

O mesmo ocorre com relação aos interesses difusos. Expandindo-se o número de intitulado à provocação do Poder Judiciário para defende-los, como ocorre caracteristicamente nos institutos da ação popular e da ação civil pública, assegura-se também a vigilância e controles mais amplos sobre a legitimidade da ação do Estado e de outras entidades, estatais ou não, no tocante a valores sociais extremamente sensíveis.²²

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que a participação judicial adquire politicamente maior importância na salvaguarda dos interesses metaindividuais, cuja afirmação ou sacrifício podem repercutir ponderavelmente sobre a sociedade.

Para que haja, pelo menos potencialmente, a proteção dessa infinidade de direitos fundamentais, a constituição de 1988 ampliou os instrumentos de defesa contra as condutas omissivas ou comissivas do poder público que ameacem ou lesionem direitos e que caracterizem a ilegalidade ou abuso de poder.

Assim, além dos já tradicionais mandado de segurança, ação popular, direito de petição e *habeas corpus*, previu o legislador constituinte novos instrumentos : o mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e *habeas data*. Todas essas ações se destacam por sua repercussão sobre a legalidade e legitimidade e, portanto, por seu maior conteúdo político.

Depreende-se que o legislador constituinte optou pelo aperfeiçoamento da defesa da legalidade e não pela sua restrição. Assim, passa-se à análise dos motivos da crise dos direitos fundamentais e de que forma o Poder Judiciário tem atuado para a efetiva proteção desses direitos.

5. O neoliberalismo e a crise dos direitos fundamentais

A constituição de 1988 trouxe uma ampliação dos direitos fundamentais, principalmente no campo dos direitos sociais.

Isso ocorreu em virtude da predominância, naquele momento histórico brasileiro, da concepção de Estado de Bem Estar Social ou

²² MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo, p.144.

Estado Ampliado, ou seja, aquele em que o poder público assume maior responsabilidade na garantia dos direitos sociais.

Historicamente, esta visão de Estado de Bem Estar Social, veio em contraposição às duas outras concepções: de Estado Liberal e de Estado Marxista.

A idéia de Estado de Bem Estar Social também foi fruto do conflito ideológico *capitalismo x socialismo*. O Estado de Bem Estar Social, conforme afirma o professor Radjalma Cavalcante:

Surge como consequência de vários fatores: o agravamento da questão social no final do século passado(séc. XIX) pela violenta exploração dos capitalistas sobre a força de trabalho; o surgimento do Estado baseado na teoria marxista, na Rússia, provocando receios no mundo capitalista; a crise de 1929 nos Estados Unidos, alastrando-se por todos os países capitalistas; o surgimento da teoria Keynesiana, pregando a necessidade de uma maior intervenção estatal para provocar novas demandas, maior produção e mais empregos. Essa nova perspectiva de atuação faz surgir o Estado do Bem-Estar Social estruturado com base nos sistemas políticos conhecidos como social-democracias.²³

A aplicação dos pressupostos sociais democráticos do Estado de Bem Estar Social, propondo maior intervenção estatal na organização sócio-econômica capitalista, visava também assegurar os mínimos direitos sociais, adotando medidas para o bem-estar social.

No entanto, o que se observa na atualidade é a aprovação de várias emendas constitucionais que eliminam ou reduzem direitos sociais aprovados na constituição de 1988. Esse fato decorre do surgimento da concepção de Estado Mínimo, com a influência das idéias neoliberais.

As idéias neoliberais surgiram a partir de 1970, em virtude de uma nova crise no mundo capitalista, fazendo com que o capital procurasse novas alternativas para a sua expansão. As idéias neoliberais também foram acentuadas com a desestruturação socialista que possibilitou ao mundo capitalista ficar livre para ampliar o seu

²³ CAVALCANTE. Radjalma. Obra citada, p.61.

processo de acumulação e de exploração, investindo nas atividades de previdência, saúde e educação.

Assim, observa-se atualmente o avanço do capital privado nessas áreas, atrelado a difusão de idéias de privatização dos serviços sociais como forma de modernização e globalização.

A partir da década de noventa, difunde-se com insistência em todo mundo, particularmente no Brasil, a necessidade de privatizações e a defesa das virtudes do Estado Mínimo.²⁴

A adesão às propostas e às políticas neoliberais leva ao desmantelamento do Estado de Bem Estar Social. Representa um retrocesso social, econômico e político, ameaçando a garantia dos direitos fundamentais, contrariando os princípios da dignidade da pessoa humana, já que a maioria da população brasileira não tem condições de prover suas necessidades básicas.

Como acentua o professor Andreas Krell:

Encontra-se em contradição flagrante a pretensão normativa dos Direitos Fundamentais sociais e o evidente fracasso do Estado brasileiro como provedor dos serviços essenciais para a vasta maioria da sua população.²⁵

Na verdade, vive-se atualmente uma crise do Estado Social. Com o advento do neoliberalismo, vai-se retrocedendo ao passado que tínhamos banido, acentuando a idéia do “Estado Mínimo”. A crise do Estado Social abala a democracia e a sociedade, gerando a crise dos direitos fundamentais.

6. A atuação do poder judiciário brasileiro

É inegável a contribuição da atual constituição para o avanço da teoria geral dos direitos fundamentais e da própria teoria

²⁴ CAVALCANTE, Radjalma. Obra citada p.63.

²⁵ KRELL, Andréas J. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos*. Revista **Direitos & Deveres**. Universidade Federal de Alagoas – Centro de Ciências Jurídicas. Maceió: EDUFAL, Ano II, n. 5, p. 134, 1999.

constitucional. Passados mais de dez anos da promulgação da carta magna, percebe-se a mudança do direito constitucional que deixa de ser uma disciplina de menor importância, passando a sobrepairar-se às demais.²⁶

O Estado legalista, arraigado aos códigos e leis, passa a ser aos poucos o Estado dos princípios. Desenvolve-se a teoria material da constituição, reformulando todo a definição puramente formalista do Estado. Os operadores do direito começam a ser impregnados pela nova hermenêutica que cristaliza o sentimento constitucional. “A função do direito e de justiça passa a ser definitivamente na prática: a concretude da justiça e dos direitos fundamentais”.²⁷

Verificou-se com a atual constituição que houve um avanço significativo da doutrina constitucional. Avanço que não foi acompanhado pelos legisladores, que até agora deixaram de regulamentar cerca de sessenta dispositivos constitucionais, enquanto enxertaram emendas que abalam a confiança da inquebrantabilidade da lei maior, debilitando a sua força normativa. É importante lembrar que a estabilidade constitucional é condição de eficácia da Constituição.

Nesse sentido, deve o poder judiciário afirmar-se perante o poder legislativo, não abrindo mão do poder-dever que lhe atribui o mandado de injunção. O Judiciário deve também se desatrelar do poder executivo, que tanto tem afrontado as leis e a constituição impunemente, sob as vistas grossas, quando não, com a conivência dos juizes.

Tendo em vista a crise dos direitos fundamentais e os reflexos dessa situação nos Poderes Legislativo e Executivo, aumenta-se a responsabilidade do Poder Judiciário como garantidor dos direitos fundamentais. Grande é a sua responsabilidade em exercer também seu papel de controle das políticas públicas que visam a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Como lembra o membro da associação dos juizes para a democracia, juiz Celso Aguiar:

Deve o Poder Judiciário, para dar sentido a sua existência como Poder do Estado enfrentar os

²⁶ LIMA, George Marmelstein, p.57.

²⁷ Ibidem.

desafios que o momento histórico apresenta. E cada Juiz, representando o Poder Judiciário, deve pensar no que pode fazer para garantir ao povo acesso real à verdadeira Justiça e aos direitos constitucionais, tidos como efetivos e não simbólicos.²⁸

O judiciário também tem sua parcela de culpa na situação de crise dos direitos fundamentais, conformando-se com as limitações formalistas tradicionais e com a banalização dos conflitos de interesses para os quais o enfoque normal tem sido o da fragmentação da aplicação de soluções técnicas, que ignoram muitas vezes o justo para fazer valer o legal, o instrumental. Alguns juízes chegam a reduzir a função jurisdicional à estrita aplicação impessoal e literal das leis, sem o comprometimento com o tempo em que vive e com o povo a quem deve servir.

Percebe-se, então, que para a efetiva proteção judicial dos direitos fundamentais não é suficiente apenas a aparência da proteção judicial com cumprimento das formalidades judiciárias.

O Professor Dallari demonstra que:

O primeiro ponto a considerar, quando se quer trabalhar para que exista na prática a proteção judicial, é o desconhecimento, pelos juizes de modo geral, das normas internacionais de reconhecimento, positividade e proteção dos direitos humanos e das condições e dos efeitos de sua integração ao sistema jurídico nacional".²⁹

Como foi tratado, no item direitos fundamentais na constituição federal de 1988, os direitos e garantias fundamentais que decorrem de tratados internacionais subscritos pelo Brasil, fazem parte integrante da legislação e são plenamente vigente em todo o território nacional (parágrafo 2º do art.5º da CF).

Pode-se, ainda, enumerar outras questões com referência a má atuação de alguns magistrados que dificultam uma verdadeira proteção aos direitos fundamentais, entre os juizes existem:

²⁸ CORTEZ, Antônio Celso Aguiar. Acesso a Justiça. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 82, n. 692, p. 199, jun. 1993.

²⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996. p.36.

- os que simplesmente não reconhecem como dever jurídico o respeito às normas de direitos fundamentais;
- os que exigem requisitos absurdos de comprovação da violação dos direitos fundamentais;
- os que aplicam penas insignificantes, que afronta a justiça e são um convite à reincidência.

Os juízes devem ir ao encontro da justiça entendida em seu sentido mais amplo de direitos consagrados na lei e, em especial, na constituição federal. Nessa perspectiva, cabe ao poder judiciário satisfazer a tutela dos direitos fundamentais. Como descreve o grande jurista lusitano: “é hora de colocar a cabeça dos juízes nos pés constitucionais e reproblemizar renovadoramente a *arquitectónica* e ordenação funcional de um Estado democrático”.³⁰

O professor Dalmo de Abreu Dallari descreve bem o novo papel político do Judiciário e como esse deve se comportar diante das novas exigências sociais, típicas de um Estado democrático de direito:

A ampliação das competências do Poder Judiciário, com o reconhecimento de seu papel político, é um fato deste final de século vinte. Muitos juizes temem a responsabilidade que decorre desse novo papel, preferindo apegar-se a concepções formalistas e comportar-se como aplicadores automáticos da lei escrita, em seu sentido literal. É inegável que a nova exigência posta perante os juízes implica uma nova concepção do próprio Judiciário, mas, de fato, as origens históricas e a fundamentação sociológica e filosófica da magistratura não justificam e nunca justificaram o apego ao estrito formalismo. Agora, mais do que nunca, é indispensável que os juízes participem ativamente das discussões a respeito de seu papel social e procurem, com serenidade e coragem, indicar de que modo poderão ser mais úteis à realização da Justiça.³¹

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra Editora, Coimbra, 1994, p.10.

³¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que são Direitos da Pessoa**. 5a. ed. Brasília: Brasiliense, 1995. p.162.

É necessária também a criação de um novo tipo de bacharel em direito, diretamente comprometido com a preservação dos direitos fundamentais. Para que isto ocorra é importante que o estudante das ciências jurídicas tenha na sua formação uma base que lhe permita refletir sobre uma nova concepção de homem e de mundo e possa fazer uma análise crítica da realidade brasileira. Dessa forma, o operador do direito e da ciência jurídica poderá contribuir para o respeito e atendimento dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Acredito, portanto, que o poder judiciário pode contribuir de forma preponderante na efetivação dos direitos fundamentais.

8. Considerações finais

O desenvolvimento do trabalho permitiu compreender que:

- a atual constituição brasileira representou um marco na ampliação dos direitos e garantias fundamentais;
- no Brasil, além dos inúmeros obstáculos para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, a adoção das idéias neoliberais e o desmantelamento do Estado Social tem contribuído para a limitação de tais direitos.

Assim sendo, constata-se a importância da atuação do poder judiciário na proteção dos direitos fundamentais.

Numa sociedade democrática é relevante o papel do Poder Judiciário funcionando como guardião da constituição, salvaguardando os direitos fundamentais no caso de ameaça e aplicando penalidades no caso de violação.

Os juristas devem ser companheiros dos cidadãos na busca da realização de seus direitos fundamentais, apoiando e lutando ao lado das organizações da sociedade contra as tentativas de restringir as liberdades e os direitos fundamentais. Nesse sentido, destaca o professor Dallari:

É obvio que o Poder Judiciário faz parte da sociedade e não poderá, sozinho, fazer o milagre de eliminar as injustiças institucionais e os vícios de comportamento que impedem o Brasil, assim como os outros países, de viver democraticamente e com justiça social. Mas

uma boa organização judiciária, tendo juízes verdadeiramente comprometidos com a realização da justiça, desde a primeira instância até os altos tribunais, será mais um instrumento valioso para proteção da legalidade autêntica e promoção da dignidade humana.³²

As instituições jurídicas precisam se reorganizar para que fortalecidas, possam contribuir especificamente na efetivação das normas constitucionais.

Para ressaltar papel do magistrado recorre-se mais uma vez ao professor Dallari:

São muitos os obstáculos para difundir em todo o mundo o império do direito e para que não exista mais a impunidade dos violadores de direitos humanos. Esses obstáculos não são intransponíveis, mas para superá-los é necessário trabalhar permanentemente, com determinação e coragem, sem desânimo nem transigências, cabendo à magistratura papel ativo na busca desse resultado. Essa é uma tarefa que deve ser assumida por todos os juízes realmente empenhados em que o mundo tenha justiça para que possa viver em paz.³³

Salvaguardando as instituições democráticas e assumindo o seu maior papel de guardião da constituição formal e material, o judiciário será sempre lembrado pela sua função de ajudar a concretizar os direitos fundamentais.

³² DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que são Direitos da Pessoa*. p.161.

³³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. p. 43.

INOVAÇÕES NA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA E A RESOLUÇÃO PARCIAL DO MÉRITO

Fredie Didier Jr. ^(*)

SUMÁRIO

1. Consideração introdutória. 2. Normas de apoio à efetivação da decisão antecipatória (art. 273, §3º, cpc). 2.1. Efetivação em vez de execução. 2.2. Aplicação de todos os dispositivos da execução provisória (inclusive a responsabilidade objetiva). 2.3. Aplicação dos dispositivos relacionados à tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e dar coisa distinta de dinheiro. 3. A resolução parcial do mérito (art. 273, § 6º, do CPC) 3.1 Origem do dispositivo: o pensamento de Luiz Guilherme Marinoni. 3.2. Natureza jurídica: resolução parcial do mérito e não-antecipação dos efeitos da tutela. 3.3 Nova modalidade de julgamento conforme o estado do processo. 3.4. A incontrovérsia. 3.5. Grau de cognição e aptidão para a coisa julgada material. 3.6. Recursos e ordem do processo no tribunal. 4. A fungibilidade das medidas antecipatória e cautelar (art. 273, § 7º, do CPC). 4.1. Generalidades. 4.2. É o fim do processo cautelar? Sugestões. 4.3. Cumulação de pedidos: cautelar e conhecimento. 4.4. Fungibilidade de mão dupla? 4.5. A legitimidade para requerer a decisão antecipatória/cautelar.

"Art.273.....

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

.....

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

(*) Advogado. Professor-Coordenador da Pós-graduação de Processo Civil das Faculdades Jorge Amado/JUS Podivm Centro Preparatório para a Carreira Jurídica. Mestre em Direito (UFBA). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado." (NR)

1. Consideração introdutória

Este ensaio tem por objetivo apresentar as nossas primeiras reflexões sobre as mudanças operadas no art. 273 do CPC, que a nosso ver não se restringiram a um simples aperfeiçoamento do instituto da antecipação dos efeitos da tutela, mas, e sobretudo, implicaram a criação/positivação de novo e alvissareiro instituto: a resolução parcial do mérito. Além disso, consagrou-se o clamor doutrinário pela fungibilidade das medidas de urgência.

Nosso objetivo é, tão-somente, colaborar com a discussão.

2. Normas de apoio à efetivação da decisão antecipatória (art. 273, §3º, CPC)

2.1. Efetivação em vez de execução

A primeira mudança no § 3º do art. 273 é de redação: em vez da expressão "execução", opta o legislador pela expressão "efetivação", bem mais correta.

A medida antecipatória não se efetiva, necessariamente, pela técnica executiva, normalmente associada a uma atividade sub-rogatória do Estado exercida em processo posterior ao de conhecimento, responsável pela formação do título executivo.¹ A efetivação da tutela antecipada se opera no mesmo processo em que proferida (o que veda a interposição de embargos à execução), por provimentos mandamentais (execução indireta) ou executivos em sentido lato (execução por sub-rogação), podendo valer-se o magistrado de todas

¹ Já apontava a circunstância Luiz Fux: "O § 3º do art. 273 determina a aplicação, no que couber, das regras da execução provisória. Na verdade não se trata de processo de execução autônomo. É execução sem intervalo, na mesma relação processual, assimilando-se o vocábulo execução por efetivação..." (*Tutela antecipada e locações*, p. 112).

as medidas de apoio previstas nos §§ 4º e 5º do art. 461, que podem ser de coerção direta (busca e apreensão, desfazimento de obras, remoção de pessoa ou coisa, p. ex.) ou indireta (multa diária e prisão civil, para quem a admite, p. ex.). “Se muito, a efetivação da tutela abre ensanchar apenas para mero incidente procedimental.”²

Uma das marcas da Lei Federal n. 10.444/2002 é a preocupação do legislador com o apuro técnico, notadamente no que diz respeito ao manejo do vocabulário jurídico. As mudanças no art. 287 demonstram esse desiderato.

Algo, entretanto, continua a intrigar-nos: uma decisão provisória, fundada em cognição sumária, cujo recurso cabível não tem efeito suspensivo *ex vi legis* (agravo de instrumento), efetiva-se imediatamente; uma decisão definitiva, coberta pelo sacrossanto manto da coisa julgada, lastrada em cognição exauriente, exige um processo de execução, que autoriza manifestação defensiva do executado (embargos à execução), que, com sua simples interposição, suspende o prosseguimento da tarefa executiva. Trata-se de paradoxo. Contradição insanável do sistema, cuja solução se revela, a cada dia, mais e mais premente.³ É realmente inconcebível “que o provimento antecipatório pudesse ter maior eficácia que o provimento final propriamente dito”.⁴ Juntamos nossa voz ao coro dos descontentes, que ainda esperam a correção de tão lamentável cincada.

No mais, aplauda-se a retificação.

² Sérgio Shimura, Efetivação das tutelas de urgência, in *Processo de execução*, p. 670.

³ Sobre o assunto, com mais vagar e brilho: Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado da lide e execução imediata da sentença*; Cassio Scarpinella Bueno, *Execução provisória e antecipação da tutela*, p. 48-50; Flávio Luiz Yarshell, Efetividade do processo de execução e remédios com efeito suspensivo, in *Processo de execução*, p. 381-92.

⁴ Flávio Luiz Yarshell, Efetividade do processo de execução e remédios com efeito suspensivo, in *Processo de execução*, p. 387.

2.2. Aplicação de todos os dispositivos da execução provisória (inclusive a responsabilidade objetiva)

Outra pequena, mas interessante, mudança operou-se na remissão ao regramento da execução provisória, que seria suplementar, constante nesse mesmo § 3º ora examinado.

Na redação anterior, não se fazia referência ao inciso I do art. 588, que cuida da responsabilização do exequente pelos prejuízos causados ao executado, acaso não se complete a execução fundada em título provisório já iniciada. Esse inciso, que também impunha a caução – apenas aparentemente obrigatória, conforme entendeu o Superior Tribunal de Justiça⁵ –, foi alterado pela Lei Federal n. 10.444/2002, que lhe deu nova redação, não mais se referindo à caução.

O novo § 3º do art. 273 remete a efetivação da tutela antecipada a todo regime legal da execução provisória, “donde se infere a intenção de abranger tudo quanto ali está, ou seja, todos os três incisos ali existentes”.⁶

Sobressaem, pois, com grande nitidez, as principais consequências dessa mudança: a) imposição do regime da responsabilidade civil objetiva àquele que se valeu da medida antecipatória, e que restou ao final vencido na causa: deverá indenizar a parte *ex adversa* pelos prejuízos que sofreu com a efetivação da mencionada medida, independentemente da existência de culpa;⁷⁸ b) não-obrigatoriedade da

⁵ 5ª T. do STJ, REsp 30.824-0-SP, rel. Min. Costa Lima, DJU, 8 maio 1995.

⁶ Cândido Dinamarco, *A reforma da reforma*, p. 103.

⁷ Já admitiam a responsabilidade objetiva do beneficiário da antecipação, antes mesmo desta reforma legislativa: José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 392; Moniz de Aragão, *Alterações no Código de Processo Civil*, in *Reforma do Código de Processo Civil*, p. 244.

⁸ A natureza objetiva da responsabilidade civil prevista no art. 588, I, do CPC, é pacífica em níveis doutrinário e jurisprudencial. Valem as lições de Araken de Assis, ao tratar do tema: “Reconhece o art. 588, I, o vetusto princípio *qui sentit commodam, et incommoda sentire debet*: à vantagem produzida pela execução provisional em suas expectativas processuais corresponde, simetricamente, a responsabilidade objetiva do credor pelo dano por ela criado na esfera jurídica do executado. (...) Em síntese, não se cogita... da noção de culpa *lato sensu*. O dever indenizativo surge tão-só do desfazimento do título, seja qual for o meio” (*Manual do processo de execução*, p. 335).

imposição da caução, como regra, pelo magistrado, como condição para a antecipação dos efeitos da tutela, embora possa fazê-lo, no caso concreto, se assim entender mais conveniente e justo (aplicação prática do princípio da proporcionalidade/ponderação de interesses).⁹

Cabe frisar, no entanto, que, para levantamento de quantia, alienação de bem ou prática de ato que possa importar prejuízo ao executado, é necessária a caução (art. 588, II, do CPC), que pode ser liberada em se tratando de dívidas alimentares, em montante não superior a sessenta salários mínimos, se o alimentando estiver em “estado de necessidade” (art. 588, § 2º, do CPC). Isso também se aplica à efetivação da antecipação da tutela.

Cabe lembrar, ainda, que a apuração dos prejuízos causados pelo requerente do provimento antecipatório far-se-á nos próprios autos, no mesmo processo, na dicção do art. 588, IV, do CPC, que aqui também se aplica por força da remissão deste § 3º.

2.3. Aplicação dos dispositivos relacionados à tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e dar coisa distinta de dinheiro

Ainda no § 3º do art. 273 do CPC, o legislador fez remissão aos §§ 4º e 5º do art. 461, e ao art. 461-A,¹⁰ criando um verdadeiro “sistema de vasos comunicantes entre a disciplina da tutela antecipada como poder geral concedido ao juiz pelo art. 273, e a da tutela específica”¹¹ das obrigações de fazer, não-fazer e entregar coisa

⁹ Como afirma Shimura: “... é preciso considerar algumas situações em que a exigência da caução pode inviabilizar a concessão da tutela antecipada, como aquela em que o autor não possui condições financeiras para tanto ou quando o interesse não tem conteúdo patrimonial. Nestes casos, a caução não se mostra mecanismo adequado para reequilibrar o contraditório e a igualdade entre as partes” (Efetivação das tutelas de urgência, in *Processo de execução*, p. 674).

¹⁰ “A remissão ao art. 461-A não tem utilidade alguma, porque esse dispositivo simplesmente submete as obrigações de entrega à disciplina constante do art. 461 e seus parágrafos.” (Dinamarco, *A reforma da reforma*, p. 103).

¹¹ Dinamarco, *A reforma da reforma*, p. 103.

distinta de dinheiro.¹²

Aqueles parágrafos dizem respeito às medidas de coerção direta e indireta de que o magistrado pode valer-se, inclusive de ofício, para efetivar seus provimentos antecipatório e final: multa, busca e apreensão de coisa, desfazimento de obras, requisição de força policial etc. Não há dúvidas, agora, acerca da possibilidade de utilização desses mecanismos de apoio na efetivação da tutela antecipada de qualquer direito (e não somente aqueles relativos às obrigações de fazer, não fazer ou dar coisa distinta de dinheiro), aplicando-se a regra geral da antecipação prevista no art. 273 do CPC.

Surge, entretanto, dúvida que precisa ser esclarecida: será possível a fixação da multa diária como meio coercitivo do cumprimento das obrigações de pagar quantia, cujos efeitos podem ser antecipados *ex vi* do art. 273 do CPC? Se realmente não há dúvida quanto à aplicação dos mecanismos de coerção direta (meios sub-rogatórios, como a busca e apreensão, desfazimento de coisas etc.), a utilização da multa como meio de coerção indireta em obrigações pecuniárias é bastante questionável.

Para responder a essa pergunta, é necessário pontuarmos a possibilidade de a referida multa, mecanismo de coerção indireta, poder ser fixada em período distinto do dia (semana, quinzena, mês, ano etc., conforme o novo § 6º do art. 461 do CPC). A multa somente será diária se assim entender/determinar o magistrado. Além disso, cumpre observar que o § 3º ora comentado contém cláusula que tempera um pouco a aplicação dos §§ 4º e 5º do art. 461: a aplicação será “no que couber e conforme a sua natureza”. Assim, o magistrado verificará se a eficácia do direito antecipado é compatível ou não com a aplicação das medidas de apoio, dentre as quais avulta a multa.

A partir dessas premissas, entendemos inaplicável a cominação de multa diária para a antecipação de pagamento de dívida pecuniária. A existência do sistema de juros moratórios já serve como mecanismo de

¹² Em 1997, nas II Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil, Brasília-DF, em painel sobre a tutela específica do art. 461 do CPC, de que faziam parte Nelson Nery Jr., José Roberto dos Santos Bedaque, Antônio Janyr Dall'Agnol Jr., Paulo Henrique dos Santos Lucon, Roque Komatsu e Sergio Bermudes, já se havia chegado a essa conclusão, que agora virou texto legal expresso.

coerção. Servem a propósito as lições de Eduardo Talamini, escrevendo antes da reforma, mas já pensando nela:

E, mesmo *de lege ferenda*, não parece revelar-se apropriada a extensão da multa para o campo da tutela atinente a pretensões pecuniárias. Dificilmente a aplicação da multa teria eficácia prática, pois conduziria a um impasse lógico: recorrer-se-ia à multa porque a execução monetária tradicional é inefetiva, mas o crédito advindo da multa seria exequível através daquele mesmo modelo inefetivo. Aliás, a técnica da incidência da multa por dia de atraso no cumprimento de prestação pecuniária identifica-se, nesse campo, com a técnica da incidência dos juros de mora. A cominação de multa processual diária equivaleria à imposição judicial de juros diários. Sabe-se, no entanto, que os juros – ainda quando elevados como são os praticados na atual economia brasileira – dificilmente demovem o devedor de sua intenção de não pagar.¹³

Mais dinheiro como forma de coerção para pagar-se dinheiro é inviável e ilógico. Tanto é verdade que, em relação às dívidas alimentares, axiologicamente mais importantes, o legislador construiu um sistema de execução por coerção indireta valendo-se do mecanismo da prisão civil.

No entanto, é possível, porquanto razoável, até porque não se justapõe aos juros moratórios, a determinação de multa fixa com momento único de incidência, em valor bem considerável, aplicando-se o § 6º do art. 461. Se o devedor puder (mas não quiser) pagar, a multa altíssima pelo simples inadimplemento poderá ser um contramotivo deste; se não puder pagar, paciência... não seria mesmo a multa diária um método eficaz de convencimento.

¹³ *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não-fazer*, p. 470.

3. A resolução parcial do mérito (art. 273, § 6º, do CPC)

3.1 Origem do dispositivo: o pensamento de Luiz Guilherme Marinoni.

O legislador, ao introduzir o § 6º no art. 273 do CPC, inspirou-se na obra de Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado da lide e execução imediata da sentença*, publicada pela Editora Revista dos Tribunais. Trata-se de obra em que o autor estuda hipóteses de antecipação da tutela com base no abuso do direito de defesa – pensada ainda sob o regime anterior à reforma de 2002.¹⁴

Uma dessas técnicas foi expressamente acolhida, dando origem ao dispositivo ora comentado: a antecipação pela técnica do reconhecimento jurídico parcial do pedido. Segue a síntese do pensamento do Professor da Universidade do Paraná.¹⁵

O reconhecimento jurídico do pedido pode ser total ou parcial; o primeiro impõe a extinção do processo com julgamento do mérito; o segundo supõe a existência de pedido suscetível de fracionamento. Quando parcela do direito não é mais controvertida, qualquer defesa que proteja sua realização será abusiva.¹⁶ A parte só pode esperar para ver realizado o seu direito quando este ainda depende de

¹⁴ A possibilidade de multa fixa, com momento único de incidência, é possível com base no § 5º do art. 461 do CPC, c/c o § 6º do mesmo artigo. Luiz Guilherme Marinoni, com base em lições de Michele Taruffo, defendia a adoção da execução indireta por multa também para as obrigações de pagamento de quantia (*Tutela específica*, p. 195). Refere-se o autor, entretanto, a multa, sem especificar se diária ou não.

¹⁵ Sem qualquer fundamentação, Athos Gusmão Carneiro entende que essas possibilidades de fracionamento da solução da causa, em face do direito legislado anterior à reforma, seriam de difícil aceitação (*Da antecipação de tutela no processo civil*, p. 54).

¹⁶ *Tutela antecipatória, julgamento antecipado da lide e execução imediata da sentença*, p. 66-105. Pode ser consultada, também com bastante proveito, a obra de Rogéria Dotti Doria, que aborda as diversas nuances do assunto, a despeito de ter sido editada em época anterior à Lei Federal n. 10.444/2002: *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*, p. 65-104.

demonstração em juízo.¹⁷

Avança-se um pouco mais em relação à tutela antecipada, pois, muito embora seja decisão anterior à sentença, não se trata de tutela fundada em cognição sumária ou em razão de verossimilhança. Há cognição exauriente e juízo de certeza, e, “tendo em vista que a tutela não se funda em um juízo de probabilidade, não há razão para se temer a irreversibilidade”.¹⁸ Cuida-se de decisão interlocutória apta à coisa julgada material, e que, por isso mesmo, pode ser executada definitivamente.

Marinoni a denomina tutela antecipatória fundada em cognição exauriente. Por razões didáticas, e para evitar problemas na operação jurídica, preferimos denominar o fenômeno “julgamento antecipado parcial”,¹⁹ ou, ainda melhor, “resolução parcial do mérito”,²⁰ em razão

¹⁷ Consideramos que a possibilidade de resolução parcial do mérito já era possível sob o regime anterior à Lei Federal n. 10.444/2002, embora não houvesse dispositivo expresse. Remetemos o leitor para trabalho forense, de nossa lavra, publicado na *Gênesis — Revista de Direito Processual Civil*, em que tivemos oportunidade de defender a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela em benefício do réu (credor), em razão da incontrovérsia de parcela da dívida, em demanda sob rito ordinário, que visava ao acerto de dívida, ajuizada pelo devedor como causa principal de uma ação de sustação de protesto cambial. O ilustre magistrado que conduziu a causa acolheu nossa tese, elaborando belíssima decisão, verdadeiro *leading case*. A decisão transitou em julgado, já estando em fase de execução definitiva (Lide de acerto. Ação ordinária vinculada a ação de sustação de protesto. Natureza dúplice. Reconhecimento parcial da dívida pelo autor. Antecipação da tutela em benefício do réu, pela técnica do julgamento antecipado parcial. Execução imediata da parcela incontroversa. *Gênesis — Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2001, n. 19, p. 166-94).

¹⁸ Exemplos: a) cobra o autor R\$ 100,00; o réu reconhece a dívida, mas afirma dever apenas R\$ 50,00. Pelo sistema tradicional, haver-se-ia de esperar a sentença final para que o réu fosse condenado a pagar aquilo que ele reconhece dever; b) no caso da revisional de aluguel, o locador pede a mudança de 500 para 1.000; o réu reconhece que o aluguel deveria ser fixado em 800; já se pode de logo determinar o pagamento desses 800, discutindo-se apenas a diferença

¹⁹ *Tutela antecipatória, julgamento antecipado da lide e execução imediata da sentença*, p. 104.

da incontrovérsia parcial do objeto do processo (seja de um dos pedidos cumulados, seja de parte de um deles).

Nessa mesma linha de raciocínio – tutela antecipatória fundada em cognição exauriente –, defende o ilustre Professor a possibilidade de decisão antecipatória final do julgamento antecipado de um dos pedidos cumulados.²¹ Trata-se de outra técnica de tutela antecipatória que, embora não acolhida expressamente, pode ser aplicada sem maiores problemas.²² Vejamos.

Se um dos pedidos apresentados pelo autor já puder ser apreciado — sem necessidade de produção de provas em audiência, segundo as hipóteses do art. 330 do CPC —, nada justifica que essa apreciação não seja feita de logo, apenas porque haveria de se esperar a instrução do outro pedido formulado.²³ Se entre eles não houver qualquer vínculo (cumulação simples de pedidos), realmente não há sentido em exigir, necessariamente, o julgamento simultâneo. Uma fruta já madura não precisa esperar o amadurecimento de uma outra, ainda verde, para ser colhida.

²⁰ A rigor, nem seria o caso de “julgamento”, pois haveria um reconhecimento parcial do pedido homologado pelo juiz. Mas a denominação, a despeito deste senão, se justifica pedagogicamente, para que não se cometa o despautério de equipar o novel instituto com a antecipação dos efeitos da tutela.

²¹ A expressão “resolução de mérito”, em vez de “julgamento de mérito” (art. 269, *caput*, do CPC), é mais correta, pois abrangente das diversas situações possíveis de extinção do processo com exame do mérito. Bem postas as lições de Adroaldo Furtado Fabrício: “... a expressão ‘resolução de mérito’ traduziria melhor a idéia que aí se contém do que a locução utilizada. Com efeito, aí [art. 269 do CPC] se agrupam duas classes bem distintas de sentenças: as que efetivamente contêm julgamento, verdadeira heterocomposição jurisdicional do litígio, e as limitadas à constatação e certificação de seu desaparecimento por ato de parte ou das partes” (Extinção do processo e mérito da causa, in *Saneamento do processo*, p. 20).

²² *Tutela antecipatória, julgamento antecipado da lide e execução imediata da sentença*, p. 141-64.

²³ Nesse sentido, também Wilson Alves de Souza, para quem “não se deve limitar o verdadeiro sentido da norma” (Tutela antecipada: incontrovérsia parcial, in *A segunda etapa da reforma processual*, p. 57).

Wilson Alves de Souza identificou a possibilidade lógica do julgamento (*rectius*: resolução) parcial da causa, nas hipóteses de cumulação de pedidos, como requisito a ser atendido para fim de aplicação do novel dispositivo normativo. Eis as suas lições:

Com efeito, quando se tratar de cumulação simples não existe qualquer problema, exatamente porque entre eles inexistente conexão objetiva, vez que a lei só exige conexão subjetiva (cf. CPC, art. 292). Na cumulação sucessiva um pedido é prejudicial do outro ou outros, de modo que julgada a causa prejudicial em determinada direção o juiz deve rejeitar o pedido ou pedidos prejudicados. Assim, p. ex., cumulados os pedidos de declaração de paternidade, alimentos e petição de herança se rejeitado o primeiro, rejeitados estarão os demais; se acolhido o primeiro, os demais poderão ser acolhidos ou rejeitados. Deste modo, não há como se falar em julgamento parcial na hipótese. Mas, em tese (não serve o exemplo ora dado para quem entende que o direito de reconhecer a paternidade é disponível), é possível o reconhecimento do pedido prejudicial e o não reconhecimento do pedido atinente à causa prejudicada. Assim, p. ex., se possível o reconhecimento do pedido no exemplo dado, o réu pode reconhecer o pedido de paternidade, mas não o de alimentos, ou reconhecer ambos, mas não reconhecer o pedido de herança. No caso de cumulação alternativa é logicamente impossível o julgamento parcial da causa. É que, no caso, fala-se em cumulação de pedidos por força de expressão, ou seja, faz-se dois ou mais pedidos, mas só um poderá ser tutelado, observando-se a ordem sucessiva posta na inicial. Se o autor pede *a* ou *b*, e o réu reconhece o pedido *a* o caso é de julgamento final. Se reconhece apenas o pedido *b* é necessário ouvir o autor para dizer se insiste com o pedido *a* ou concorda com o reconhecimento, caso em que também haverá julgamento final, e assim sucessivamente, se existirem outros pedidos subsidiários.²⁴

²⁴ Há, no CPC italiano, dispositivo semelhante, previsto no art. 277, que permite a imediata definição de direitos que independem de ulterior instrução. Confira-se o dispositivo: “Art. 277. Pronuncia sul merito. [1] Il

Nestas hipóteses também não há tutela provisória, porquanto não seja fundada em cognição sumária.

Se é possível a realização antecipada de um direito que se afigura apenas provável (art. 273 do CPC), seria uma gritante contradição não admitir a antecipação, mediante cognição exauriente, do julgamento de um dos pedidos cumulados.²⁵

Embora não tenha sido expressamente acolhida pelo legislador reformista, essa técnica é perfeitamente aplicável, pois, com a introdução do § 6º no art. 273, rompeu-se com o dogma da unidade do julgamento. Tudo quanto se disser sobre a resolução parcial do mérito por incontrovérsia deve-se dizer sobre a resolução parcial do mérito pelo julgamento de parte de um dos pedidos cumulados. São técnicas semelhantes com função idêntica: possibilitar a solução paulatina (não concentrada) do mérito da causa.

Pode-se afirmar, sem dúvida, que agora, sempre que possível, poderá o magistrado resolver parcialmente o mérito da causa, fracionando sua apreciação, antes restrita ao momento de prolação da sentença.

3.2. Natureza jurídica: resolução parcial do mérito e não-antecipação dos efeitos da tutela

A mais importante observação que se deve fazer sobre o novo § 6º do art. 273 diz respeito à sua natureza jurídica: não se trata de tutela antecipada, mas sim de resolução parcial da lide (mérito). A topografia do instituto está equivocada.

Não é antecipação dos efeitos da tutela, mas emissão da própria solução judicial definitiva, fundada em cognição exauriente e apta, inclusive, a ficar imune com a coisa julgada material. E, por ser

Collegio nel deliberare sul merito deve decidere tutte le domande proposte e le relative eccezioni, definendo il giudizio. [2] Tuttavia il Collegio, anche quando il giudice istruttore gli ha rimesso la causa a norma dell'art. 187 primo comma, può limitare la decisione ad alcune domande, se riconosce che per esse soltanto non sia necessaria un'ulteriore istruzione, e se la loro sollecita definizione è di interesse apprezzabile per la parte che ne ha fatto istanza".

²⁵ Wilson Alves de Souza, Tutela antecipada: incontrovérsia parcial, in: *A segunda etapa da reforma processual*, p. 62.

definitiva, desgarra-se da parte da demanda que resta a ser julgada, tornando-se decisão absolutamente autônoma: o magistrado não precisa confirmá-la em decisão futura, que somente poderá examinar o que ainda não tiver sido apreciado.²⁶

Essa decisão futura (possivelmente uma sentença) nem sequer precisa ser de mérito. Pode o magistrado, por exemplo, não examinar a parte restante do mérito, e nem por isso a resolução parcial restaria prejudicada, necessariamente. É que, se não tiver havido recurso da decisão que fracionou o julgamento, haverá coisa julgada, que somente poderá ser reconsiderada via ação rescisória. Frise-se, mais uma vez: são duas (ou mais) decisões de igual porte (a que fracionou e a final), sem qualquer distinção ontológica nem vínculo de subordinação, distinguindo-se tão-só na qualificação jurídica como ato do juiz (sentença ou decisão interlocutória), cuja finalidade é eminentemente prática: revelar o recurso cabível.

O alerta é necessário e fundamental. Trata-se, a nosso ver, da melhor alteração legislativa operada pela nova reforma processual, que somente atingirá os almejados resultados se os operadores do direito atentarem para esse erro topográfico e passarem a aplicar o instituto de acordo com sua finalidade: fracionar a resolução do mérito.²⁷

Como não se trata de provimento antecipatório, a ele não se aplicam os requisitos da tutela antecipada: prova inequívoca, verossimilhança das alegações, fundado receio de dano, abuso de direito de defesa e manifesto propósito protelatório e, principalmente, o perigo da irreversibilidade, necessidade de requerimento da parte.²⁸ Não se trata

²⁶ Marinoni, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado da lide e execução imediata da sentença*, p. 162.

²⁷ “Registre-se, por fim, que a tutela antecipatória, nos casos ora estudados, não precisa ser confirmada pela sentença e conserva a sua eficácia mesmo após a extinção do processo. É preciso que se tenha em mente que o processo prossegue, após a tutela antecipatória, apenas para averiguar a existência do direito que não foi definido” (Marinoni, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado da lide e execução imediata da sentença*, p. 105). Em sentido contrário, para quem há necessidade de confirmação posterior, Athos Carneiro, *Da antecipação de tutela no processo civil*, p. 54.

²⁸ Dinamarco também apontou essa circunstância, afirmando que o legislador deveria ter ousado mais, permitindo expressamente o

de tutela de urgência, muito menos provisória.²⁹ Os únicos requisitos para sua aplicação são: a) a incontrovérsia de um pedido formulado, ou de parcela dele; b) a desnecessidade de realização de prova em audiência para determinado pedido, ou de parcela dele. Isso é importantíssimo.

Como não haverá encerramento de toda a atividade jurisdicional em primeira instância – pois sobejará a parcela do mérito ainda não decidida –, a decisão em tela será interlocutória, embora de mérito. A distinção entre decisão interlocutória e sentença não se faz pelo conteúdo (mérito ou não), mas pelos efeitos: se encerrar a atividade jurisdicional em primeira instância, é sentença; se não encerrar, é decisão interlocutória. Ambas são espécies do gênero decisão.³⁰ Por exemplo: a) a decisão do magistrado que indefere a petição inicial da reconvenção, vislumbrando decadência, é uma decisão interlocutória de mérito; b) a decisão do magistrado que reconheça a prescrição de um dos pedidos formulados também será interlocutória e de mérito; c) decisão do novo incidente liquidatório do § 1º do art. 604 do CPC. Também oportunas as lições de Nelson Nery Jr. e Rosa Nery:

Pode haver, por exemplo, decisão interlocutória de mérito, se o juiz indefere parcialmente a inicial,

juízo antecipado parcial (*A reforma da reforma*, p. 96). Afirma, ainda, que o atual § 6º do art. 273 abriu caminho para a “desmitificação do dogma da unidade do julgamento do mérito”. Acreditamos, entretanto, que o legislador já o permitiu, não se podendo considerar o caráter topográfico como elemento definitivo para desfigurar o instituto criado.

²⁹ Embora não defenda tratar-se o caso de verdadeira resolução parcial do mérito, Cândido Dinamarco afirma que não se lhe aplicam os requisitos do perigo da demora (art. 273, I) e da reversibilidade dos efeitos (*A reforma da reforma*, p. 96-7). Ora, os requisitos da antecipação não são aplicáveis à resolução parcial, pois os institutos são diversos; o que não é igual é diferente e, pois, merece tratamento também diferente. A opinião do mestre das Arcadas, portanto, serve-nos de arrimo para a conclusão que ora defendemos.

³⁰ Nelson Nery Jr. e Rosa Nery parecem entender tratar-se de decisão provisória, com argumentos com os quais não podemos concordar, embora reconheçam que a decisão: a) faz coisa julgada; b) se trata de título executivo judicial; c) se trata de situação ontologicamente equiparável ao reconhecimento jurídico parcial do pedido (*Código de Processo Civil comentado*, 2001, nota 20 ao art. 273, p. 733).

pronunciando a decadência de um dos pedidos cumulados, e determina a citação quanto ao outro pedido: o processo não se extinguiu, pois continua quanto ao pedido deferido, nada obstante tenha sido proferida decisão de mérito, quando se reconheceu a decadência..."³¹

O magistrado decide parte do objeto do processo (mérito) definitivamente, encerrando, em relação a essa parcela, a sua atividade jurisdicional. Para que o juiz possa decidir parte do objeto do processo, é necessário que ele seja composto ou decomponível. Aqui, insuperável é a lição de Cândido Dinamarco, talvez quem mais tenha pensado sobre o objeto do processo em nossas plagas:

[...] diz-se composto o objeto do processo quando é representado por pretensões autônomas reunidas, como nos casos (a) de uma demanda de reintegração de posse cumulada com pedido de indenização, (b) de um pedido inicial do autor e uma reconvenção, (c) de um pedido do autor e um pedido contraposto deduzido pelo réu (art. 278, § 1º, art. 922 etc.), (d) de um pedido do autor e uma oposição do terceiro interveniente etc. Ele é decomponível nas hipóteses de pretensão a coisas fungíveis (dinheiro etc.) porque a instrução pode revelar ao juiz que o autor tem parte do direito que alega, mas não direito a tudo quanto pede: se peço 100 e o juiz se convence de que tenho direito somente a 80, isso levá-lo-á a decompor o objeto desse processo, para julgar procedente minha pretensão quanto aos 80 e improcedente quanto aos outros 20.³²

E mais. Defender a tese de que se trata este § 6º de simples hipótese de antecipação da tutela é retirar-lhe qualquer utilidade. Se o art. 273 prevê uma tutela antecipada atípica, genérica, inominada, bastando o preenchimento dos seus requisitos, qual seria a utilidade de o legislador dizer que, quando parte do pedido é incontroversa, seria possível a antecipação da tutela? Se apenas se tratasse de uma decisão provisória, essa menção seria ociosa, pois a situação em análise

³¹ Por todos, José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, n. 139.

³² *Código de Processo Civil comentado*, p. 624.

enquadrar-se-ia, à perfeição, na hipótese de abuso do direito de defesa (inciso II) — realmente, a permanência da defesa do réu, no caso, seria manifestamente abusiva, em razão da incontrovérsia.

Em síntese: a decisão que aplicar o § 6º do art. 273 é uma decisão interlocutória que versa sobre parte do mérito, definitiva, fundada em cognição exauriente (juízo de certeza, não de verossimilhança), apta a ficar imune pela coisa julgada material e passível de execução também definitiva.³³

3.3 Nova modalidade de julgamento conforme o estado do processo

Trata-se, na verdade, de mais uma modalidade de “julgamento conforme o estado do processo” (arts. 329 a 331 do CPC). Eis a sua topografia ideal.

Após cumpridas as providências preliminares (arts. 323 a 327), ou não havendo necessidade delas, o magistrado examinará o processo para que tome uma dessas decisões: a) extingue-o sem julgamento do mérito (art. 267, c/c o art. 329 do CPC); b) extingue-o com a resolução do mérito, em razão de autocomposição total (art. 269, II, III e V, c/c o art. 329 do CPC); c) extingue-o com julgamento do mérito pela verificação da ocorrência da decadência ou prescrição (art. 269, IV, c/c o art. 329 do CPC); d) julga antecipadamente a causa (art. 330 do CPC); e) resolve parcialmente o mérito, seja em razão de autocomposição parcial, seja porque é possível o julgamento antecipado parcial (art. 273, § 6º, do CPC); f) marca audiência preliminar de conciliação (art. 331 do CPC); g) não sendo o caso de audiência preliminar, determina imediatamente a realização da audiência de instrução e julgamento, proferindo o chamado “despacho saneador”, ordenando o processo para a fase probatória (art. 331, § 2º, do CPC).

³³ *A reforma da reforma*, p. 101. Do mesmo autor, pode-se consultar, como leitura mais demorada sobre o objeto do processo, O conceito de mérito em processo civil, in *Fundamentos do processo civil moderno*, p. 232-76.

3.4. A incontrovérsia

Prescreve o dispositivo comentado que é possível a resolução parcial do mérito quando houver incontrovérsia de um pedido ou de parcela dele. A controvérsia das partes pode dar-se no plano do direito e/ou no plano dos fatos, o que também acontece, por suposto, com a incontrovérsia. A incontrovérsia ora examinada não é aquela a que se refere o art. 334, III, do CPC, que diz respeito apenas aos fatos e tem por efeito jurídico a dispensa da prova.³⁴ Trata-se, aqui, de incontrovérsia quanto ao objeto do processo — consequências jurídicas desejadas pelo demandante; concluem os litigantes que, ao menos em parte, aquilo que se pretende (pedido/mérito) tem fundamento e, por isso, deve ser acolhido.

Essa incontrovérsia parcial da procedência da demanda pode surgir, pensamos, nas situações em que há autocomposição em relação a parcela do pedido: reconhecimento jurídico do pedido, transação ou renúncia ao direito parciais (art. 269, II, III e V, do CPC).³⁵ É situação muito comum nas demandas dúplices, em que se pretende, por exemplo, o acerto do valor de dívida pecuniária, quando normalmente há um mínimo consensualmente aceito como devido.

Como também defendemos a possibilidade de resolução parcial do mérito nas hipóteses do julgamento antecipado (art. 330 do CPC), acreditamos ser possível a aplicação do multicitado parágrafo: a) quando, havendo revelia, contestação genérica ou confissão total (incontrovérsia fática),³⁶ puder o magistrado decidir de logo parte do

³⁴ “A decisão que julga antecipadamente um pedido cumulado ou parcela de um pedido, não é sentença, mas decisão interlocutória. Somente o ato do juiz que põe fim ao processo (compreendido como o conjunto das relações processuais processadas simultaneamente) pode ser classificado como sentença (art. 162, do CPC). Lembre-se que há decisões interlocutórias de mérito como a que decreta a prescrição ou a decadência quanto a um litisconsorte” (Marinoni, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado da lide e execução imediata da sentença*, p. 104). Também nesse sentido, Wilson Alves de Souza, *Tutela antecipada: incontrovérsia parcial*, in *A segunda etapa da reforma processual*, p. 64.

³⁵ Não concordamos, *data venia*, com o mestre Cândido Dinamarco, *Reforma da reforma*, p. 95-6.

³⁶ Cândido Dinamarco tem uma visão bem singular do problema. Embora admita plenamente a possibilidade de solução parcial da causa, com a

mérito, mesmo que a outra ainda dependa de instrução (art. 324, c/c os arts. 302, 320 e 351, todos do CPC); b) quando um dos pedidos já puder ser julgado, mesmo havendo controvérsia fática, pois não há necessidade de produção de provas em audiência.

Entre essas duas situações possíveis de “incontrovérsia”, há uma pequena diferença procedimental. Embora em ambas as hipóteses possa o magistrado aplicar o dispositivo legal *ex officio*, sem necessidade da provocação da parte (imposição na tutela antecipada: *caput* do art. 273), na incontrovérsia por autocomposição, despicienda é a intimação prévia das partes para que se possa resolver o mérito parcialmente, exatamente por se tratar de solução autocomposta. Já na resolução parcial por julgamento antecipado é necessária a prévia intimação das partes, para que tomem conhecimento da abreviação da rota procedimental, com a dispensa, em relação àquela parcela da demanda, da fase de produção de provas em audiência. Trata-se de exigência da garantia do contraditório.

3.5. Grau de cognição e aptidão para a coisa julgada material

Para que determinado pronunciamento judicial esteja apto a ficar imune pela coisa julgada, terá ele de preencher quatro requisitos: a) provimento há de ser jurisdicional (a coisa julgada é característica exclusiva dessa espécie de ato estatal); b) o provimento há que versar sobre o mérito da causa (objeto litigioso), pouco importa se o mérito tem natureza material (regra) ou processual (rescisória ou embargos à execução, p. ex.), bem como se o provimento é sentença, acórdão ou decisão interlocutória; c) mérito este analisado em cognição exauriente; d) tenha havido a preclusão máxima (coisa julgada formal), seja pelo esgotamento das vias recursais, seja pelo não-uso delas.

O regime de formação da coisa julgada está intimamente relacionado com o grau de cognição do magistrado a respeito das questões postas

homologação de autocomposição parcial, afirma “que essas situações não fazem parte das hipóteses consideradas no § 6º do art. 273 nem sua solução se rege por esse dispositivo” (A reforma da reforma, p. 99). É que o professor defende que a incontrovérsia em questão diz respeito aos fatos, tese com a qual absolutamente não concordamos.

para a sua apreciação – visto este fenômeno sob o aspecto vertical, de acordo com a divisão de Kazuo Watanabe, em clássica obra.³⁷

A depender do seu grau de cognição, pode-se afirmar se uma decisão ficará ou não protegida pela coisa julgada. Se fundada em cognição sumária, é inepta para a produção de coisa julgada; se lastrada em cognição exauriente, estará habilitada, assim, a, preenchidos outros requisitos, gerar a *res iudicata*.

Conforme já acentuado, a decisão judicial que aplicar o § 6º do art. 273 e, assim, resolver parcialmente o mérito da causa será tomada com base em cognição exauriente e, portanto, estará apta a ser imunizada com o manto da coisa julgada material.

Antecipa-se o momento do julgamento, mas não se julga com base em probabilidade ou cognição sumária. (...) Se o julgamento ocorre quando não faltam provas para a elucidação da matéria fática, não há juízo de probabilidade, mas sim juízo capaz de permitir a declaração da existência do direito e a conseqüente produção de coisa julgada material.³⁸

Não se deve estranhar o fato de uma decisão interlocutória estar lastrada em cognição exauriente, muito menos o fato de estar ela propensa à coisa julgada. No item anterior demos exemplos de decisões interlocutórias definitivas que se encaixam à perfeição nessa hipótese. Nem a cognição exauriente é característica exclusiva das sentenças, nem apenas elas podem fazer coisa julgada – basta que se exemplifique com a óbvia possibilidade de um acórdão ou uma decisão monocrática de relator (art. 557 do CPC) fazerem coisa julgada.

Trata-se, também aqui, de observação fundamental, para que se não confunda a resolução parcial do mérito com a antecipação da tutela, esta fundada em cognição sumária e, pois, sem aptidão para a produção da coisa julgada.

³⁷ Também assim, Wilson Alves de Souza, Tutela antecipada: incontrovérsia parcial, in *A segunda etapa da reforma processual*, p. 55.

³⁸ Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*.

3.6. Recursos e ordem do processo no tribunal

Conforme exhaustivamente demonstrado, a aplicação do § 6º do art. 273 do CPC dar-se-á, em primeira instância, pela via da decisão interlocutória (art. 162, § 2º, do CPC). Assim, o recurso cabível será o agravo (instrumento ou retido; art. 522 do CPC). E, de acordo com o novo regramento desse recurso, implementado pela Lei Federal n. 10.352/2001, é necessário que o recorrente demonstre urgência para que se possa valer do agravo de instrumento (inteligência da combinação dos dispositivos do art. 523, §4º, com o art. 527, II, ambos do CPC).

Quando a resolução parcial se der em razão da autocomposição, fica difícil imaginar como poderá uma parte recorrer, se o ato que deu causa à decisão judicial recorrida foi também de sua autoria — cabe lembrar que para o recurso ser conhecido é necessário que inexista fato extintivo do direito de recorrer, de que servem de exemplo exatamente as hipóteses de conciliação judicial. Nestes casos, pode-se admitir o recurso quando a parte questionar a regularidade da homologação: p. ex., seu advogado não tinha poderes especiais para tanto (art. 38 do CPC).³⁹

É possível, no entanto, que a resolução parcial do mérito seja feita por relator, em tribunal, em recurso, causa de competência originária ou remessa necessária. Nesta hipótese, o recurso cabível contra essa decisão será o agravo interno (regimental, agravinho, agravo simples etc.), dirigido ao colegiado a que pertence o relator, competente para julgar a causa, recurso ou remessa.⁴⁰ Também caberá agravo interno

³⁹ Marinoni, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado da lide e execução imediata da sentença*, p. 147. Também nesse sentido, Cândido Dinamarco, *A reforma da reforma*, p. 99.

⁴⁰ Observa Adroaldo Furtado Fabrício: "... a homologação judicial não é mecânica e obrigatória. Com efeito, mesmo sem ingressar no exame da substância do ato compositivo, da sua justeza e da sua conformidade ao direito objetivo material, exerce o juiz controle sobre o ato das partes ou da parte, no que diz com seus aspectos exteriores e formais. Assim, a homologação pode ser negada por tratar-se de direito indisponível [*rectius*: inconciliável], ou porque a alguma das partes faltava capacidade para o ato de disposição, ou por não se haver atendido determinado requisito de forma, quando imperativamente exigido para para a espécie" (Extinção do processo e mérito da causa, in *Saneamento do processo*, p. 22).

contra a decisão do relator que negar a resolução parcial eventualmente requerida.

Como se trata de agravo contra decisão de mérito, podem surgir algumas dúvidas: a) serão cabíveis os embargos infringentes quando o acórdão que o julgar for não unânime? b) caberá sustentação oral? c) haverá de ser nomeado revisor para o julgamento desse agravo?

Pensamos que são cabíveis os embargos infringentes quando o acórdão não unânime que julgar o agravo interposto contra a decisão que resolver parcialmente o mérito reformar⁴¹ essa decisão; se o acórdão confirmá-la, mesmo sendo plurânime, não caberão os embargos infringentes, por força do novo regramento previsto no art. 530 do CPC. O cabimento de embargos infringentes em julgamento de agravo que verse sobre o mérito —embora em dissonância com a literalidade do mencionado art. 530— tem sido admitido amplamente na jurisprudência e na doutrina, como se constata do Enunciado n. 255 da súmula da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça: “Cabem embargos infringentes contra acórdão, proferido por maioria, em agravo retido, quando se tratar de matéria de mérito”.

O art. 554 do CPC expressamente não permite a sustentação oral em julgamento de agravo. Embora o texto normativo diga o contrário, entendemos permitida a sustentação oral no julgamento do agravo contra a decisão que resolveu parte do mérito, pela identidade de *ratio* com a situação que levou a uma interpretação elástica do cabimento dos embargos infringentes, para se os admitir contra os acórdãos não unânimes proferidos nessas situações.

Pelas mesmas razões, entendemos que, neste agravo, será necessária a presença do revisor, embora o CPC apenas o preveja para o julgamento de apelação, embargos infringentes ou ação rescisória (art. 551 do CPC).⁴² Não se trata, aqui, de apologia ao instituto da revisão,

⁴¹ Sobre o agravo interno, fundamental a leitura do excelente trabalho de Eduardo Talamini, *Decisões individualmente proferidas por integrantes dos tribunais: legitimidade e controle (agravo interno)*, in *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*, p. 179-91.

⁴² A lei fala apenas em reformar, mas pensamos que incida o art. 530 do CPC também quando o acórdão plurânime em julgamento de apelação houver invalidado a sentença de mérito. Reformar e invalidar são conseqüências distintas, relacionadas, respectivamente, ao *error in*

nem achamos que se deva aumentar o número das situações em que é obrigatória.⁴³ Chegamos a essa conclusão apenas por questão de coerência.

Sugerimos, entretanto, o regramento expresso do sistema recursal e do respectivo procedimento.

3.7. Execução definitiva

Também já foi visto que a decisão que resolve parcialmente a lide, acaso transite em julgado, pode ser executada definitivamente. Não se lhe aplica o regramento da execução provisória (*rectius*: incompleta) previsto no § 3º do art. 273, c/c o art. 588, ambos do CPC. Trata-se, assim, de nova espécie de título executivo judicial, a despeito do silêncio do art. 584, que deveria, por isso, ter sido adaptado, com o acréscimo – apenas para evitar dúvidas – de um outro inciso.

Não causa espanto a observação de que o rol do art. 584 do CPC não é exaustivo. Já demonstrou o acerto dessa conclusão, com a maestria costumeira, Teori Albino Zavascki, em texto fundamental.⁴⁴ Também não se pode estranhar a possibilidade de execução definitiva de decisão interlocutória. Imprescindível a transcrição do pensamento do professor gaúcho:

Há casos em que o título para execução forçada é decisão interlocutória, e não sentença, ou acórdão. É o que ocorre (a) na execução de alimentos provisionais estipulados *initio litis*, segundo prevê explicitamente o artigo 733 do CPC, (b) nos casos de antecipação de tutela, quando os atos de execução devam ser cumpridos em ação autônoma, (c) quando

indicando e ao error in procedendo. A ratio do cabimento dos embargos infringentes está na ausência de dupla conformidade entre a decisão de primeiro grau e a decisão do tribunal, o que ocorre tanto se houver reforma como se houver invalidação.

⁴³ Na minha terra há um adágio popular plenamente aplicável a essa situação: “Madeira que dá em Chico dá também em Francisco”.

⁴⁴ Sobre a crítica ao instituto da revisão, com a qual concordamos inteiramente. José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 619.

o juiz, no curso do processo, impõe ao executado multa por ato atentatório à dignidade da justiça (CPC, art. 601) ou (d) impõe multa por atraso no cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (CPC, art. 461, § 4º, art. 644 e art. 645). Também é título executivo a decisão que, sem extinguir o processo, condena uma das partes no pagamento de custas e honorários advocatícios, como, por exemplo, quando exclui litisconsorte da relação processual fazendo incidir ali ônus sucumbenciais.⁴⁵

Afora as decisões antecipatórias, nos demais casos “as decisões interlocutórias têm vida própria e, operada a preclusão em relação a elas, podem servir de título para execução definitiva”.⁴⁶

Cabe lembrar, por se tratar de interessante precedente normativo, do art. 739, § 2º, do CPC, que permite o prosseguimento de execução parcialmente embargada – e este prosseguimento, quanto a isso não há dúvidas, dar-se-á de modo definitivo.

Certo que a execução da decisão que resolver parcialmente a lide é definitiva, resta examinarmos o modo pelo qual ela deve ser promovida, tendo em vista a dificuldade prática de se tratar de uma decisão interlocutória. Aliada a esta dificuldade operacional, a absoluta ausência de tratamento normativo também cria embaraços à solução do problema.⁴⁷

Deve ser extraída uma “carta de decisão”, autuando-a em apartado, à semelhança do que ocorre com a execução incompleta (arts. 589 e 590 do CPC), cujo regramento deve ser aplicado por analogia. Foi esta, a propósito, a solução alvitada em caso concreto em que advogamos (no qual foi requerida, e concedida, a resolução parcial do mérito),⁴⁸ e que se mostrou bastante satisfatória.

⁴⁵ Teori Albino Zavascki, *Título executivo e liquidação*, p. 101-10.

⁴⁶ Teori Albino Zavascki, *Título executivo e liquidação*, p. 109.

⁴⁷ Teori Albino Zavascki, *Título executivo e liquidação*, p. 110.

⁴⁸ Nosso Código foi estruturado para a execução de sentenças, e tão-somente delas, olvidando as rotineiras situações em que é possível a execução de uma decisão interlocutória.

3.8. Compatibilidade com o art. 515, § 3º, do CPC.

Uma questão prática interessante nos foi suscitada por Vicente Coni Jr., nosso orientando, que está escrevendo sobre o tema. Merece detida atenção.

O tribunal pode, no julgamento da apelação,⁴⁹ adentrar o exame do mérito, mesmo que o não tenha feito o magistrado *a quo*, quando a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de ser julgada – situação bem semelhante à do art. 330, I, do CPC –, por força do novo § 3º do art. 515, acrescentado pela Lei Federal n. 10.352/2001.

Pergunta-se: poderia o tribunal adentrar apenas parte do mérito, resolvendo-o parcialmente, aplicando o § 6º do art. 273 do CPC?

Sem dúvida, respeitadas obviamente todas as considerações já feitas quanto ao cabimento de aplicação do instituto, há somente um obstáculo operacional, que não se constitui, nem pode constituir-se, em óbice à efetivação de direitos: como apenas parte da demanda seria resolvida, a outra parte haveria de retornar ao juízo de primeiro grau, exigindo, portanto, uma duplicação dos autos. O problema se resolve com a extração de autos suplementares, à semelhança do prescrito nos arts. 589 e 590, também aqui aplicados subsidiariamente.⁵⁰

4. A fungibilidade das medidas antecipatória e cautelar (art. 273, § 7º, do CPC)

4.1. Generalidades

A Lei Federal n. 10.444/2002 acrescentou ao art. 273 do CPC parágrafo que imprimiu verdadeira revolução na técnica de concessão das chamadas tutelas de urgência, de que servem de exemplo a tutela cautelar e a tutela antecipatória. Consagrou-se a fungibilidade das medidas urgentes.

⁴⁹ Fredie Didier Jr., Lide de acerto..., *Gênesis — Revista de Direito Processual Civil*, 2001, 19:166-94.

⁵⁰ E do recurso ordinário constitucional, quando fizer as vezes de apelação (art. 36, I, da Lei Federal n. 8.038/90).

As medidas cautelares e antecipatórias são técnicas processuais distintas, embora possuam a mesma função.⁵¹ A doutrina já extremara, com razoável precisão, a distinção entre uma e outra.

Em obra pioneira, Luiz Guilherme Marinoni as distinguiu, apondo como elemento principal da distinção a satisfatividade; a atribuição de consequências de direito material, inexistente nas verdadeiras medidas cautelares.⁵² Normalmente, confunde-se cautelaridade com urgência. As medidas de urgência visam evitar ou minimizar os efeitos do perigo. Não se confunda tutela de urgência com tutela cautelar, esta última modalidade da primeira. Com efeito, a tutela de urgência visa evitar ou minorar os efeitos de lesão a direito, tendo por pressuposto negativo sua consumação. Como sempre se vinculou a tutela cautelar ao perigo, até inconscientemente os autores, quando houvesse risco, identificavam a medida judicial pertinente a coibi-lo como se cautelar fosse. Há que se distinguir a segurança para a execução da execução para a segurança, conforme célebre pensamento de Pontes de Miranda. O perigo não é pressuposto exclusivo das medidas cautelares, embora seja característica inerente a todas elas.

Sucede que essa distinção, hoje consagrada, perdeu sua utilidade prática, embora permaneça incólume no plano doutrinário. Acabou a discussão. Todas aquelas situações-limite, nas quais o magistrado hesitava no momento da concessão da medida, por não saber ao certo se exigia a prova inequívoca ou a “simples fumaça do bom direito”, estão resolvidas. Aquelas lacônicas decisões que negavam a antecipação da tutela, por se tratar de provimento cautelar, não mais se justificam. A concessão de provimento de urgência no bojo da ação rescisória, por exemplo, com o objetivo de suspender os efeitos da decisão rescindenda, agora é plenamente possível, sendo logomaquia, para fins práticos, discutir se essa decisão é antecipatória ou cautelar.⁵³

Ao admitir a fungibilidade de pedidos, “no sentido de que nominalmente postulada uma daquelas medidas, ao juiz é lícito

⁵¹ Trata-se de situação muito semelhante àquela em que se pretende executar provisoriamente acórdão submetido a recurso especial ou extraordinário.

⁵² A afirmação é de Teori Albino Zavascki, em brilhante trabalho: *Medidas cautelares e medidas antecipatórias*, in *Inovações do Código de Processo Civil*, p. 23-46.

⁵³ *Tutela cautelar e tutela antecipatória*.

conceder a tutela a outro título”,⁵⁴ o legislador passou a admitir, por conseqüência, a possibilidade de concessão de provimento cautelar fora do âmbito do processo cautelar.

É possível agora, sem mais qualquer objeção doutrinária, a concessão de provimentos cautelares no bojo de demandas de conhecimento. Não há mais necessidade de instauração de um processo com objetivo exclusivo de obtenção de um provimento acautelatório: a medida cautelar pode ser concedida no processo de conhecimento, incidentalmente, como menciona o texto legal. A redação do dispositivo é bastante clara: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

Acolheu-se quase que literalmente a sugestão de Humberto Theodoro Jr.:

Não se deve, portanto, indeferir tutela antecipada simplesmente porque a providência preventiva postulada se confundiria com medida cautelar, ou rigorosamente, não se incluiria, de forma direta, no

⁵⁴ Em matéria de ação rescisória, em cujo processamento se admitia a interposição de ação cautelar com vistas à suspensão da executividade da sentença rescindenda, já se decidiu, no Superior Tribunal de Justiça, que essa pretensão é manifestamente satisfativa, devendo ser postulada como antecipação da tutela no bojo da própria ação rescisória (RE 81.529/PI; Agravo Regimental no Agravo 118.858; RE 139.850). No mesmo sentido, a Resolução n. 6 do IX Encontro dos Tribunais de Alçada do Brasil: “É cabível a concessão de tutela na ação rescisória visando à suspensão dos efeitos práticos da sentença rescindenda”. Athos Carneiro também se posiciona dessa forma, ao comentar a MP n. 1.577, que previu a possibilidade de concessão de medida cautelar em ações rescisórias propostas pelo Poder Público, quando afirma que “a MP incide em equívoco quanto à natureza da providência que está a permitir: a suspensão dos efeitos de ato, cuja ilegitimidade se pretende, caracteriza-se como AT [antecipação da tutela] e não como medida meramente cautelar” (Athos Carneiro, *Da antecipação de tutela no processo civil*, p. 74). Esse dispositivo comentado por Athos Carneiro é o sintoma indiscutível da confusão que reinava: “Art. 15. Aplica-se à ação rescisória o poder geral de cautela de que trata o art. 798 do Código de Processo Civil” (Medida Provisória n. 2.180-35/2001).

âmbito do mérito da causa. Havendo evidente risco de dano grave e de difícil reparação, que possa, realmente, comprometer a efetividade da futura prestação jurisdicional, não cometerá pecado algum o decisório que admitir, na liminar do art. 273 do CPC, providências preventivas que, com mais rigor, deveriam ser tratadas como cautelares. Mesmo porque as exigências para o deferimento da tutela antecipada são maiores do que as da tutela cautelar.⁵⁵

Perceba-se que os requisitos para a concessão dessa medida cautelar são os mesmos exigidos para a medida cautelar requerida via processo cautelar (art. 804 do CPC): “respectivos requisitos”, conforme dicção legal. Não está o autor em qualquer situação de “desvantagem processual” ao requerer a providência por essa forma — poderia ser alegada maior “dificuldade” na sua obtenção, na medida em que o magistrado talvez exigisse o preenchimento dos requisitos pertinentes à tutela antecipada, sabidamente mais rigorosos. Ao contrário. O legislador permitiu a concessão da medida cautelar no próprio processo de conhecimento, uma vez preenchidos os *seus* requisitos (perigo da demora e fumaça do bom direito). Com isso, está dispensado o requerente de todos os ônus inerentes a um processo autônomo: petição inicial, custas, réplica, provas, recursos etc. Libera-se o Poder Judiciário das tarefas de processar e decidir um outro processo — aliás, a praxe já demonstrava que os magistrados julgavam as demandas de conhecimento e cautelar em uma mesma decisão.

O processo de conhecimento, que com a reforma de 1994 já havia recebido grandes doses de efetivação e assecuração (a própria antecipação da tutela, que possui funções executivas e de segurança), com essa nova mudança atingiu a quase-plenitude do sincretismo das funções jurisdicionais: na própria relação jurídica processual com função cognitiva, podem ser alcançadas a tutela cautelar e a tutela executiva. Observando-se o quadro de mudanças legislativas, notadamente no que diz respeito ao incremento da tutela diferenciada das obrigações de dar coisa distinta de dinheiro, fazer e não fazer, pode-se tranquilamente identificar uma tendência inexorável de nossa legislação: a unificação dos “processos”. Com o claro objetivo de

⁵⁵ Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma da reforma*, p. 92.

acabar com a vetusta exigência de que, para cada função jurisdicional, uma relação jurídica processual própria, transforma-se a relação jurídica processual de conhecimento, que passa a ter a característica da “multifuncionalidade”.

Aplausos.

Economia e racionalidade, marcas indelévels desta profunda mudança.

Surgem, de cara, inúmeras questões. Analisemos uma a uma, com cuidado.

4.2. É o fim do processo cautelar? Sugestões

A possibilidade de requerimento, agora com base legal expressa, de medida cautelar no próprio processo de conhecimento enfraqueceu o já desprestigiado e combalido processo cautelar. Ora, qual é a utilidade de a parte dar ensejo a um processo cautelar autônomo preparatório, se o pedido cautelar pode ser formulado no processo de conhecimento, que ademais seria necessariamente ajuizado (art. 806 do CPC)? Realmente, nenhuma.

Até mesmo a salutar discussão que se travava, antes da reforma, sobre a possibilidade de concessão de providências satisfativas pelo procedimento cautelar também perdeu a utilidade, pois o rigor científico, que exigia a postulação dos diversos tipos de tutela em seu “tipo de processo” respectivo, foi desestimado por essa benfazeja flexibilização normativa.

Pelo que ora visualizamos, restarão ao processo cautelar autônomo duas únicas utilidades: a) como ação cautelar incidental (art. 800 do CPC),⁵⁶ tendo em vista a necessária estabilização da demanda acautelada (arts. 264 e 294 do CPC), que já fora ajuizada, e também como forma de não tumultuar o processo com o novo requerimento;⁵⁷

⁵⁶ Muito utilizada como forma de obtenção de efeito suspensivo a recurso especial ou extraordinário, dele desprovidos, ou para autorizar o seu imediato processamento, quando a lei lhes impõe o regime retido (art. 542, § 3º, do CPC).

⁵⁷ Há certa tradição de nosso ordenamento processual de impor a autuação separada de requerimentos feitos após a instauração da demanda, principalmente com o objetivo de “isolar” a nova discussão, facilitando seu processamento e, conseqüentemente, o seu julgamento, evitando confusões desnecessárias. São exemplos as exceções instrumentais (arts.

b) nas hipóteses em que a ação cautelar é daquelas que dispensam o ajuizamento da ação principal, exatamente porque não se trata de medida cautelar (exibição — arts. 844 e 845 do CPC; caução — arts. 826 a 838 do CPC), ou porque não se trata de medida cautelar constritiva (produção antecipada de provas, arts. 846 a 851 do CPC).

Dúvida pode existir, ainda, quanto à possibilidade de requerimento da providência cautelar em momento posterior ao ajuizamento da demanda de conhecimento.

Nosso sistema de preclusões organiza-se de modo a evitar ampliação do objeto litigioso após a fase de ordenamento do processo (arts. 323 a 328 do CPC). Até esse momento, é permitida a ampliação objetiva do processo, por exemplo, pela reconvenção, ação declaratória incidental, oposição interventiva (art. 59 do CPC) e denúncia da lide. A partir dessa constatação — e como forma de restringir ainda mais a utilidade do processo cautelar autônomo —, sugerimos a criação de dispositivo normativo que expressamente autorize a formulação ulterior de pedido cautelar, nos mesmos autos da demanda de conhecimento, ao menos até o término da fase ordenatória, sem necessidade de instauração de relação jurídica processual nova.

4.3. Cumulação de pedidos: cautelar e conhecimento

Era corrente o entendimento segundo o qual não se poderiam cumular, em um mesmo processo, pedidos de certificação e de cautela.⁵⁸ Não incidiria, no particular, a regra do art. 292 do CPC.

Por certo essa regra já vinha sendo flexibilizada pela prudência dos juízes. Não se desconhece, por exemplo, o pedido liminar de decretação de indisponibilidade dos bens do réu na ação de improbidade administrativa (ação de conhecimento, como cediço).

304 a 314 do CPC); oposição autônoma (art. 60 do CPC); incidente de falsidade (art. 393 do CPC); requerimento ulterior de concessão dos benefícios da justiça gratuita (art. 6º da Lei Federal n. 1.060/50).

⁵⁸ Eis a anotação de Theotonio Negrão: “Não podem ser cumuladas a ação cautelar, com principal (RSTJ 89/205, RTFR 152/29, RT 498/92, JTA 47/74, RJTJERGS 153/285), inclusive declaratória (RSTJ 68/381), devendo o autor ser intimado a promover o desmembramento dos feitos, sob pena de indeferimento da inicial (TFR, 4ª Turma, Ag 58.154-PE, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 9.11.88, v. u., DJU 20.2.89, p. 1131)” (*Código de Processo Civil*, nota 10 ao art. 292, p. 380).

Que natureza teria esse pedido se não a de um arresto — medida de garantia a futura execução por quantia certa? Nem os membros do Ministério Público deixavam de pedi-lo, em suas petições iniciais, nem os magistrados o indeferiam com base na inadmissibilidade da cumulação.

Com esse novo dispositivo, entretanto, haveremos de reexaminar nossos manuais e apostilas, pois não há como negar a possibilidade de cumulação de pedidos cautelar e de conhecimento, no bojo do eixo procedimental pertencente às causas cognitivas. Muito oportunas as palavras de Cândido Dinamarco:

Quando bem compreendido, em face do sistema das medidas urgentes, esse novo dispositivo tem um significado e uma dimensão que podem ir muito além dos objetivos do próprio legislador, em proveito da maior efetividade da tutela jurisdicional e de sua tempestividade. Ele pode valer muito mais pelos caminhos que é capaz de abrir, do que por aquilo que resulta da mera leitura de suas palavras. A fungibilidade entre as duas tutelas deve ser o canal posto pela lei à disposição do intérprete e do operador para a necessária caminhada rumo à unificação da teoria das medidas urgentes.⁵⁹

4.4. Fungibilidade de mão dupla?

Conforme dissemos, o novo texto legal parece ter buscado inspiração direta em trabalho de Humberto Theodoro Jr. — embora existam outros notáveis ensaios doutrinários a respeito do assunto, que certamente também influenciaram/robusteceram a opção legislativa. O pensamento do professor mineiro era claro no sentido de apenas sugerir a fungibilidade de mão única (“regressiva”, para fins didáticos): de antecipação da tutela para providência cautelar, do mais para o menos rigoroso. Eis a íntegra do seu pensamento:

O que não se pode tolerar é a manobra inversa, ou seja, transmutar medida antecipatória em medida cautelar, para alcançar a tutela preventiva, sem observar os rigores dos pressupostos específicos da antecipação de providências satisfativas do direito subjetivo em litígio”.⁶⁰

⁵⁹ Dinamarco, *A reforma da reforma*, p. 91-2.

⁶⁰ Tutela de emergência. Antecipação de tutela e medidas cautelares, in *O processo civil no limiar do novo século*, p. 94.

Antes, uma observação. O texto legal prevê uma fungibilidade de pedidos, e não de procedimentos.⁶¹ A fungibilidade de procedimentos, como mecanismo de correção de erros formais da petição inicial, já está prevista no art. 295, V, do CPC.

De fato, a simples leitura do novo § 7º do art. 273 nos leva a concluir que não está permitida a fungibilidade “progressiva”: de providência cautelar para medida antecipatória, esta mais rigorosa do que aquela.

Assim não pensa, todavia, Cândido Dinamarco, para quem “também o contrário está autorizado, isto é: também quando feito um pedido a título de medida cautelar, o juiz estará autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos”.⁶²

Não vemos possível a fungibilidade “progressiva”, principalmente em razão das peculiaridades do procedimento cautelar, mais singelo do que o procedimento comum (sumário/ordinário) de conhecimento. Como se disse, não se autoriza, aqui, a fungibilidade do procedimento. Permite-se, sim, o processamento de um pedido por determinado rito que, a princípio, não lhe era cabível. Em nenhum momento se autorizou a utilização de procedimento cautelar para a obtenção de provimento satisfativo.

Se se trata de pretensão satisfativa (não cautelar), é realmente necessária a utilização de procedimento com ela compatível. Quando quis permitir a utilização do procedimento cautelar para fins não cautelares, não poupou esforços o legislador, como demonstra a existência dos procedimentos específicos da caução, da exibição e dos alimentos provisionais.

Há ainda um inconveniente político.

Parece-nos que há manifesta intenção de enfraquecer/desprestigiar o processo cautelar autônomo, como dissemos. Busca-se o processo sincrético, com a base procedimental do processo de conhecimento. Como bem acentuam todos, a distinção entre os requisitos das tutelas de urgência é extremamente polêmica e sutil no plano doutrinário;

⁶¹ Bem observou Cândido Dinamarco (*A reforma da reforma*, p. 92). A Exposição de Motivos da Lei, erroneamente, fala em “fungibilidade de procedimentos”.

⁶² Dinamarco, *A reforma da reforma*, p. 92.

para os magistrados, então, a dificuldade se multiplica, pois nem mesmo os livros que consultam chegam a um denominador comum. Embora prevista essa fungibilidade, os requisitos específicos de cada uma das modalidades de tutela de urgência ainda devem ser aplicados, cada qual com suas peculiaridades; não foram dispensados pelo legislador, que fez questão de afirmar, para que se procedesse à flexibilização: “respeitados os respectivos pressupostos”. Permitir essa fungibilidade de pedidos, sem alteração procedimental, seria incentivar o uso da ação cautelar satisfativa; e, conseqüentemente, permaneceriam as dúvidas e as incertezas. E mais: em inúmeras oportunidades a parte se beneficiaria de uma medida mais gravosa (não cautelar), sem que houvesse preenchido os requisitos para tanto. Pedagogicamente, até mesmo como estímulo de estudo aos operadores do direito, não se pode conceder provimento antecipatório requerido como se cautelar fosse.

Não estamos sugerindo, com essa observação, uma postura intolerante ou excessivamente dogmática, característica, aliás, que não é de nosso feitio. É razoável defender a fungibilidade “progressiva” dos provimentos de urgência, desde que acompanhada de uma mudança (conversão) do procedimento. Vislumbramos solução intermediária, sugerida principalmente para os magistrados, como homenagem ao princípio da instrumentalidade.

Se a parte requerer medida antecipatória/satisfativa via processo cautelar, e o magistrado entender que os requisitos da tutela antecipada estão preenchidos, deve ele conceder a medida, desde que determine a conversão do procedimento para o rito comum (ordinário ou sumário, conforme seja), intimando o autor para que proceda, se assim o desejar ou for necessário, às devidas adaptações em sua petição inicial, antes da citação do réu. Essa medida pode ser tomada de ofício, com base no art. 295, V, do CPC. Em hipótese alguma deve determinar a extinção do feito, sob a absurda rubrica da ausência de interesse de agir. A conversibilidade do procedimento é uma das maiores manifestações do princípio da instrumentalidade das formas, e não pode ser olvidada. Trata-se, aqui, de adaptação da fungibilidade dos provimentos de urgência, junto com uma adaptação procedimental: acaso requerida uma medida antecipatória pelo procedimento equivocado (cautelar), corrige-o o juiz – em situação contrária, como visto, não é necessária essa conversão proce-

dimental.⁶³ “Questões meramente formais não podem obstar à realização de valores constitucionalmente garantidos”.⁶⁴

Com isso, os interesses da parte autora não ficam desguarnecidos por questiúnculas técnicas; os interesses do réu também ficam protegidos, pois a dilação temporal do procedimento comum permitir-lhe-á formular defesa condizente com a pretensão satisfativa que lhe foi direcionada, o que não ocorreria — ou ao menos seria mitigado — no procedimento cautelar (p. ex.: teria apenas cinco dias de prazo de resposta).

4.5. A legitimidade para requerer a decisão antecipatória/cautelar

A redação do § 7º do art. 273 do CPC pode levar o intérprete a um equívoco lamentável. É que, pelo texto legal, parece que apenas o autor estaria legitimado a requerer a antecipação dos efeitos da tutela — ou o provimento cautelar, como afirmado —, o que é rematado absurdo. O próprio *caput* do art. 273 do CPC menciona requerimento da “parte”, e não somente parte autora.

Todo aquele que alegar ter direito à tutela jurisdicional está legitimado a requerer a antecipação dos seus efeitos; essa é a regra, que não comporta exceções. Afinal, a tutela jurisdicional pode ser encarada como o resultado prático favorável proporcionado a quem tem razão, obtido após o exercício da função jurisdicional. Esse resultado “pode beneficiar tanto ao autor quanto ao réu, dependendo de quem venha a lograr êxito, amparado que esteja no direito material”.⁶⁵

Autor, réu, terceiros intervenientes (os quais, a partir da intervenção, tornam-se partes) podem requerer a antecipação dos efeitos da tutela, pois todos têm direito à tutela jurisdicional e, uma vez preenchidos os requisitos do art. 273, também à antecipação dos seus efeitos. Até mesmo o assistente simples pode fazê-lo, condicionando-se,

⁶³ A propósito, Araken de Assis, *Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas*, in *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*, p. 451.

⁶⁴ José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 306.

⁶⁵ Flávio Luiz Yarshell, *Tutela jurisdicional*, p. 28.

entretanto, à vontade do assistido, que pode não querer, por qualquer motivo, a decisão antecipatória.⁶⁶

O réu pode requerer a antecipação dos efeitos da tutela quando for reconvincente e denunciante; quando formular pedido contraposto ou ação declaratória incidental; ou quando a ação (*rectius*: pretensão) for dúplice, hipótese em que a sua simples defesa já constitui o exercício de sua pretensão.⁶⁷ Ainda quando simplesmente contestar demanda não dúplice, pode o réu, preenchidos os requisitos legais, requerer a antecipação dos efeitos da tutela declaratória negativa (improcedência do pedido do autor), até mesmo como homenagem ao princípio da isonomia. São bons exemplos: a) em demanda condenatória contestada, tendo remetido o autor, em razão da suposta dívida, informações para órgãos de proteção ao crédito, poderá o réu, em tese, postular a antecipação de efeitos da futura sentença de improcedência, a fim de que seu nome seja provisoriamente excluído do rol de devedores inadimplentes ou não seja divulgado esse dado;⁶⁸ b) sendo os embargos de executado

⁶⁶ Nery Jr. e Nery, *Código de Processo Civil comentado*, p. 731, nota 8 ao art. 273.

⁶⁷ As ações dúplices são as ações (pretensões de direito material) em que a condição dos litigantes é a mesma, não se podendo falar em autor e réu, pois ambos assumem concomitantemente as duas posições. Essa situação decorre da pretensão deduzida em juízo. A discussão judicial propiciará o bem da vida a ambas as partes, independentemente de suas posições processuais. A simples defesa do réu implica exercício de pretensão; não formula pedido o réu, pois sua pretensão já se encontra inserida no objeto do processo com a formulação do autor. É como uma luta em cabo-de-guerra: a defesa de uma equipe já é, ao mesmo tempo, também o seu ataque. São exemplos: a) as ações possessórias, quanto à pretensão possessória; b) as ações divisórias; c) as ações de accertamento, como a prestação de contas e oferta de alimentos. Sobre o tema, com mais vagar, as obras de Juliana Demarchi, *Ações dúplices, pedido contraposto e reconvenção*, *Gênesis — Revista de Direito Processual Civil*, 17:531-41, e Araken de Assis, *Procedimento sumário*, p. 93.

⁶⁸ José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada*, p. 354. Ainda sobre a antecipação de tutela requerida pelo réu, ver Luiz Guilherme Marinoni, *A antecipação da tutela*, p. 126-9; Teori Albino Zavascki, *Antecipação da tutela*, p. 103; Antônio Cláudio da Costa Machado, *Tutela antecipada*, p. 517-22; Allan Helber de Oliveira, *O réu na tutela antecipatória*, p. 121-216. Ver, também, o nosso Lide de

manifestamente protelatórios, pode o réu/exequente requerer, como antecipação da tutela, a continuidade do processo executivo, suspenso pela interposição dos embargos.⁶⁹

Também tem legitimidade o substituto processual, pois,

se ele está legitimado a defender o direito do outro, porque disso lhe resulta um proveito que a ordem jurídica assegura, mediante tutela definitiva, por que não lhe reconhecer legitimação para requerer tutela antecipada.⁷⁰

O Ministério Público pode requerer a antecipação dos efeitos da tutela quando for parte (art. 81 do CPC) e quando for assistente diferenciado de incapazes (art. 82, I, do CPC).⁷¹ Na qualidade de *custos legis* (art. 82, II e III, do CPC) poderá o Ministério Público apoiar/repelir/sugerir o pleito antecipatório formulado;⁷² não poderá, entretanto, formular pedido antecipatório autônomo.⁷³

acertamento..., *Gênesis — Revista de Direito Processual Civil*, 2001, 19:166-94.

⁶⁹ Pedro Leonardo Summers Caymmi, A antecipação dos efeitos da tutela judicial nos embargos à execução, *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*, Salvador: s/e, 1999, v. 6, p. 483.

⁷⁰ Calmon de Passos, *Inovações no Código de Processo Civil*, p. 23.

⁷¹ Posicionamo-nos, assim, com Antônio Cláudio da Costa Machado, que não vê no caso intervenção do MP como *custos legis* (*A intervenção do Ministério Público no processo civil*, p. 216-29). E, conforme nosso entendimento, o assistente não litisconsorcial (é o caso) pode requerer a antecipação dos efeitos da tutela, salvo se expressamente assim não o desejar o assistido. O mesmo autor, entretanto, nega, nesses casos, legitimidade ao MP para requerer antecipação dos efeitos da tutela, “porque o Ministério Público pelos incapazes não exerce direito de demanda, mas apenas assistência parecida com a litisconsorcial, não detém ele legitimidade para requerer antecipação da tutela, mas somente para sugeri-la...” (*Tutela antecipada*, p. 514).

⁷² Em outro sentido, admitindo a possibilidade de requerimento de antecipação dos efeitos da tutela pelo MP *custos legis*, Cristiano Chaves Farias, *O Ministério Público interveniente (“custos legis”) e a antecipação dos efeitos da tutela: a busca da efetividade do processo*, tese aprovada no XIII Congresso Nacional do MP, realizado em Recife-

Essas considerações servem como fundamento para a crítica ora formulada: não se poderia limitar ao autor a possibilidade de requerimento da antecipação dos efeitos da tutela, como parece indicar a redação do § 7º do art. 273 do CPC.

PE, em outubro de 2001, publicada em seus anais; Nery Jr. e Nery, *Código de Processo Civil comentado*, p. 731, nota 9 ao art. 273.

⁷³ Assim, Antônio Cláudio da Costa Machado, *Tutela antecipada*, p. 516-7.

PODER JUDICIÁRIO: JUSTIÇA E CIDADANIA

Humberto Martins ^(*)

SUMÁRIO

1. Justiça: histórico, conceitos. 2. Justiça: realidade ou utopia? 3. Cidadania: histórico, conceitos. 4. Papel do juiz na consecução da cidadania. 5. Democratização da acessibilidade ao Poder Judiciário. 6. Justiça e cidadania na escola. 7. Conclusão: justiça e cidadania.

1. Justiça: histórico, conceitos

A Justiça, mais que uma virtude ética, é força moral intelectual. Exsurge da necessidade de vinculação do homem a uma ordem social e humana, consubstanciando-se na razão de existência do próprio Direito, aflorando da consciência própria dos indivíduos, da idéia de justiça, fincando suas vigas nas fontes irradiadoras dos princípios, ou seja, o Direito Natural. Portanto, seu ideário insere-se na essência do Direito.

O labor de se realizar uma definição de Justiça, é dos mais árduos, a sua conceituação clássica, com alicerce nas concepções de Platão e Aristóteles, incorporada ao *Corpus Iures Civilis*, fora elaborada por Ulpiano, que assim a valorou: “*Justiça é a constante e firme vontade de dar a cada um o que é seu.*” ¹

Esta formulação, germinou do sistema filosófico de Platão (marco inicial da racionalização), que a concebera como “*a máxima virtude do indivíduo e do Estado*”, ² ou seja, cada homem possuiria uma aptidão particular, e por imposição da Justiça (leia-se Estado), delimitaria os afazeres de cada indivíduo, aos que lhes fossem inerentes.

^(*) Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Professor do Centro de Ciências Jurídicas da UFAL.

¹ Instituições de Justiniano, Livro I, Título I, nº 01, 1979.

² República, p.367.

Prosseguindo-se no lapidamento da concepção de Justiça, extreme de dúvidas, que Aristóteles teve relevante destaque, pois, aperfeiçoou-a, distinguindo em dois tipos: Geral e Particular, inserindo-se o elemento igualdade, ao concebê-la como “*A virtude concernente às relações sociais.*”³ Tão sobrelevante fora sua contribuição, que Emil Brunner, considerou-a como precisa, ao discorrer que: “*pode-se dizer, em verdade, que a doutrina da Justiça nunca foi além de Aristóteles, mas sempre se volta a ele.*”⁴

Ademais, precipuamente à Racionalização, institucionalizada por Platão, o pensamento a despeito da Justiça tinha conotação divina, mitológica, sem no entanto, afastar-se das referências à Verdade, à Liberdade, à Moral e à Lei. É o que se abstrai de excertos Bíblicos, como os de São Mateus: “*Porque vos digo que, se a vossa Justiça não exceder em muito os atos dos escribas e fariseus, jamais entrareis no reino dos Céus.*”⁵; de Santo Agostinho: “*A Justiça é a ordem do amor.*”⁶; “*Os reinos sem Justiça não passam de grandes latrocínios.*”⁷; e Salmos 119.142: “*A tua lei é a própria verdade*”, dentre inúmeras outras citações.

Diversos outros conceitos, a despeito da Concepção de Justiça, foram elaboradas, mas, nenhuma aproximou-se tanto da precisão do tema, como o de Ulpiano, arrimado nos estudos filosóficos de Platão e Aristóteles.

Algumas definições elaboradas:

SANTO TOMÁS DE AQUINO:

*A Justiça tem por escopo ordenar o homem nas suas relações com os outros homens.*⁸

KELSEN:

*A Justiça é um ideal irracional. Visto do ponto de vista racional, há apenas interesses e, portanto, conflitos de interesses. Só o Direito Positivo pode ser objeto da ciência.*⁹

³ Ética a Nicômaco, VIII, I

⁴ Emil Brunner, La Justicia, 1961, p.36.

⁵ Bíblia

⁶ *De civitate dei*, XV, p.22.

⁷ Idem

⁸ Suma, Q. 58, a.5

⁹ Crítica dos Costumes

DEL VECHIO:

*A Justiça é fonte inesgotável, que não serve, senão, para completar a inevitável imperfeição da legalidade.”*¹⁰

2. Justiça: realidade ou utopia?

A Justiça Social está atrelada ao pensamento de que, o ordenamento existencial de um grupo social é indispensável à satisfação dos seus impulsos vitais e como garantia dos seus direitos fundamentais. Dessa maneira, a idéia de Justiça coincide com a consciência jurídica pura de uma comunidade, como já discorria o grande pensador Rousseau, que designava essa consciência, como o raciocínio no silêncio das paixões, ou seja, aquele sentimento universal de Justiça. Assim, o bem comum dos grupos existentes numa sociedade, não se realiza sem o bem comum de toda a comunidade, sendo este o escopo maior de uma nação.

O próprio filósofo clássico Aristóteles discorria que o conceito de Justiça, repete-se, implicaria sempre um certo grau de igualdade. Já outro grande pensador Kant acentuou e inseriu o elemento liberdade, discorrendo que a liberdade de cada pessoa é limitada pela liberdade de todas as outras. Portanto, Justiça não é apenas a coexistência entre igualdade e liberdade, mas sim uma síntese harmônica entre estas.

Se o Ordenamento Jurídico se afasta dos princípios do Direito Natural, como corolário lógico, não há que prevalecer a Justiça, uma vez que, sua simples abstração, não é capaz de atender aos anseios sociais.

Consectariamente, não se pode olvidar, a imprescindibilidade de se trazer a Justiça, do mundo abstrato, para sua aplicação no Direito. Deve, pois, os que realizam a atividade legiferante, incorporá-las às leis, por conseguinte, ao próprio Direito, para que se possa dar efetividade aos postulados precípuos, objetivando o bem comum da coletividade, através de uma equânime e proficiente prestação da Tutela Jurisdicional, pelo Poder Judiciário.

¹⁰ A Justiça – A Verdade, p.216.

3. Cidadania: histórico, conceitos

A concepção germinadora de cidadania, consubstancia-se na participação, no atuar, no agir para construir o seu próprio destino. O que modifica-se, ao longo dos tempos, são o grau e as formas de participação e sua abrangência.

Imperioso demonstra-se, estabelecer-se uma inter-relação deste conceito com o de Direitos Humanos. Não porque, originalmente, ambas conceituações se identificassem, mas, com a experiência histórica, sua aproximação fica cada vez mais evidente, a ponto de chegarem a ser inseparáveis, atualmente, acarretando a evolução de um a implementação do outro.

Destarte, formula-se o conceito de cidadania, como sendo a *completa fruição e exercício dos Direitos Individuais, Sociais, Políticos e Econômicos - Direitos Humanos - garantidos no ordenamento jurídico.*

Portanto, não basta a garantia formal de tais direitos, mister é sua concreção. Para tanto, inevitável se faz a efetiva implementação de todos, visto que apenas em conjunto se podem materializar plenamente.

Desta forma, para a o perfeito exercício da cidadania, requer-se igualdade, não apenas jurídica, mas de oportunidades; liberdade física e de expressão; educação; saúde; trabalho; cultura; lazer; pleno emprego; meio-ambiente saudável; sufrágio universal e secreto; iniciativa popular de leis; dentre outros direitos que compõem o quadro dos Direitos Humanos.

Os fatores históricos, étnicos, culturais, econômicos e sociais, vivenciados desde o descobrimento do Brasil, tresdobraram-se em influência incisiva, no período imperial, para que o ideário de cidadania desse um salto em sua escala evolutiva, principalmente, pelo fato de já se pensar em consultar, mesmo que por quantidade de capital, o "povo", politicamente.

Deste marco em diante, acelerou-se a evolução da cidadania brasileira aproximando-a gradativamente de sua valoração hodierna. Justapõem-se todas as conquistas adquiridas no decorrer da historiografia jurídica nacional, e criam-se os argumentos básicos que propiciaram a constituição de 1988. Esta atendendo aos anseios sociais e individuais daquela época, exsurgiu sob a égide da Social-

Democracia, opondo-se, à ditadura de 64, resgatando, dessa maneira, os direitos individuais, sociais, humanos e políticos, revitalizando, dessa forma, com todas às forças à Cidadania. Tanto que ficou conhecida como a "*constituição cidadã*", por esta essência.

Objetivamente, considera-se a Cidadania como um conjunto específico de direitos e obrigações de cada cidadão que abrange desde os seus Direitos humanos, sociais, individuais, até os seus direitos políticos, concretizados pelo sufrágio universal e ampliados pelo enraizamento deste título com outras ciências afins que calculam e estudam os seus reflexos e a importância de sua existência na sociedade em que atua.

À luz da verdade, a *Lex Fundamental* não inadmite negar a Cidadania, pois, traz consigo, no seu *means legis* a valoração do que é esta verdadeira instituição, se consubstanciando em *facultas agendi*, ou seja, Direito subjetivo.

Inexiste a possibilidade de se adquirir direitos sem que se cumpra o dever de buscar realizar e factibilizar a cidadania, já que direito e dever, neste caso, inter-relacionam e locupletam-se. Portanto, vislumbra-se latente, a essencialidade de se dar plena eficácia ao exercício da Cidadania, para que, paulatinamente, aperfeiçoe-se o Estado Democrático de Direito, que possui como atribuição precípua o bem comum da população.

4. Papel do juiz na consecução da cidadania

O Magistrado deve almejar, no exercício de seu *múnus* público, distribuir aos cidadãos que se socorrerem do poder judiciário, a efetiva prestação da Tutela Jurisdicional, função precípua e primordial do Estado-Juiz, tentando alçar, assim, a dignidade da pessoa humana, consagrada em nosso Digesto Augusto, agindo com equidade e impessoalidade, colimando dar o direito a quem realmente o tem.

Sobremaneira, deve-se destacar a imprescindibilidade de tornar o judiciário acessível aos menos favorecidos, adágio este, que comungam todos os que integram o Judiciário Nacional, esforçando-se, incessantemente, a alcançar a justiça, agindo sempre com retidão e dignidade, perfilhando-se as palavras de Benjamin Constant que dissertava: "*viver pelos outros, viver em todos e em cada um, como*

sentimos os nossos semelhantes, viver em nós mesmos, eis o verdadeiro destino do homem."¹¹

Cumpre-se ainda, asseverar a imperiosa e evidente, imprescindibilidade de se fazer cumprir os princípios, preceitos e garantias, esculpidos no Digesto Maior em todos os seus termos, para que assim, seja exercitada a função precípua do Órgão Judicante, com dignidade e imparcimônia.

A essência do regime democrático repousa na existência de uma Justiça forte, independente e livre. Não há registro na história dos povos que diga o contrário. Sempre que os déspotas querem concentrar em si o poder de mando – encarnar o Estado, destroem o Poder Judiciário e fecham o Legislativo.

Pierre Calamandrei, o grande advogado italiano, exultando a importância do Judiciário, bem o disse que: *"Para achar a pureza do Tribunal é preciso que lá se entre com alma pura; para encontrar a Justiça é preciso ser-lhe fiel, pois, como todas as divindades, ela só se manifesta aqueles que nela crêem."*¹²

Não se pode, pois, permitir que o Poder Judiciário sucumba diante de circunstâncias hostis, porque sua derrocada, extirpe de dúvidas, será a derrocada da liberdade e da democracia, instituições que, sem ele, serão feridas profundamente e as vítimas seremos nós, o povo, a sociedade e a cidadania.

O Judiciário é o ancoradouro de todas as vicissitudes; O enfraquecimento do Poder Judiciário, sem dúvida, somente estimula o arbítrio e a injustiça. Consoante o ministro do Pretório Excelso, Marco Aurélio de Mello, traceja que *"a missão que foi confiada aos juízes e tribunais pelo povo, qualifica-se como uma das mais expressivas funções políticas do Poder Judiciário."*¹³

Supina a importância, de se democratizar a Justiça, para que esta possa atender aos anseios e dar acesso aos jurisdicionados mais carentes e necessitados. *Mister*, se faz trazer à baila o entendimento do ministro Celso de Mello, que assim manifestou-se: *"no processo de construção da igualdade e de consolidação da cidadania, revela-se*

¹¹ Coletânea de Pensamentos da Sabedoria Universal, p.195

¹² Pierre Calamandrei, Instituições de Direito Processual Civil, I

¹³ Discurso de sua posse como Presidente do STF

*essencial organizar um modelo institucional que viabilize o efetivo acesso de todos ao sistema de administração de Justiça, para que o reconhecimento constitucional dos direitos e das liberdades não se transforme em um inútil exercício de justas expectativas fraudadas pela omissão inconseqüente do Poder Público. É preciso construir a cidadania a partir do reconhecimento de que assiste a toda e qualquer pessoa uma prerrogativa básica que se qualifica como fator de viabilização dos demais direitos e liberdades."*¹⁴

5. Democratização da acessabilidade ao Poder Judiciário

Essencialmente, o movimento de acesso à Justiça trata de analisar e procurar os caminhos para superar as *dificuldades* ou *obstáculos* que fazem inacessíveis as liberdades civis e políticas. A busca pelo acesso à justiça não se encontra apenas no plano de reformas processuais. O elemento normativo deve ser visto como um fator e não como solução para a crise do acesso. A sede do Povo por Justiça deve ser saciada com uma resposta rápida do próprio Poder Judiciário, garantindo o direito exigido e inerente ao cidadão.

Não há como fugir da angústia de querer ver concretizada a idéia de um Judiciário acessível a todos, conforme garantido na Carta Magna vigente. Carlos Mário da Silva Velloso sustenta que devemos viabilizar o acesso à ordem jurídica justa e que esta compreende, além de um direito material justo, o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, assentado, sobretudo, no aperfeiçoamento do ensino jurídico, e, conseqüentemente, das pessoas que vão dar vida ao direito, os magistrados, os advogados, os procuradores, os membros do Ministério Público e os demais operadores do direito.

Ademais, premente demonstra-se a necessidade da Justiça ir até o cidadão. Essa nova questão já está sendo implementada em nosso Estado pela Egrégia Corte de Justiça Estadual, através de realizações rotineiras do Projeto Justiça Itinerante, em convênio com os municípios alagoanos, levando Justiça e Cidadania aos Jurisdicionados menos favorecidos.

Com o escopo de ampliar o acesso à Justiça, a Carta de 1988 tornou obrigatória a criação de juizados especiais, providos por juízes

¹⁴ Discurso no STJ.

togados, ou togados e leigos, para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau. (Art. 98, I). A distância entre a Justiça e o Povo é muito grande. Fruto desse divórcio, os Juizados Especiais foram criados pela Lei 9.099/95. Surgiram não como resposta para a solução da crise da prestação jurisdicional, mas como a única porta para a aproximação do Judiciário e o Povo. A distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estado social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas fatores econômicos, mas também fatores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades econômicas.

Em discurso de posse na presidência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o Juiz Tourinho Neto salientou: *"Precisamos de reformas de base que façam com que o país cresça, prospere e que façam seu povo feliz. Precisamos de uma revolução cultural que liberte totalmente o homem e que tenha caráter humanística, democrática, pluralista. Despretensiosamente, almejo tão somente, nesta presidência, contribuir, vencendo as minhas deficiências naturais e na medida das minhas exíguas forças, para a renovação do Poder Judiciário em benefício do nosso povo; crendo que a independência dos juízes é a única e verdadeira salvaguarda da liberdade do povo. Amo a justiça e 'quem sabe amar mil vezes diz o seu amor, e nunca bastante o terá dito'. A força é a alavanca do mundo, garantia da justiça, como dizia Pascal. Venham, pois, juntas a justiça e a força, de tal modo que o que é justo seja forte e o que é forte seja justo".*

A solução para a crise do acesso à justiça não está apenas no jurídico-processual. O jurista tem que ter essa consciência para solucionar o problema. As propostas alinhavadas mostram o atual cenário dos interessados pela solução do divórcio entre a justiça e o Povo. A resposta ao problema não se encontra apenas nesse plano material. O jurista tem que observar as microcenas – o Povo excluído da justiça. O processualista tem que se inserir no contexto político, econômico, cultural e social de seu tempo.

6. Justiça e cidadania na escola

Outrossim, imprescinde-se, além das medidas anteriormente mencionados, que inicie-se e implemente-se a idéia de Justiça e Cidadania, no nascedouro da formação dos Cidadãos, ou seja, a escola. O Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, por intermédio de seu presidente, o Desembargador José Fernandes Lima Souza, em comunhão com os demais integrantes daquela Egrégia Corte de Justiça, implementaram o Programa Cidadania e Justiça na Escola, com o escopo maior, trazer à sociedade mais carente da população, conhecimentos básicos a despeito da Legislação Pátria.

Obsecrando, que os futuros cidadãos, apreendam e compreendam os direitos e garantias, de que são detentores, para que assim, possam defendê-los, dos abusos que possam ser perpetrados, preparando os futuros Cidadãos, para que participem efetivamente das escolhas da nação, objetivando, o bem comum de toda a coletividade.

7. Conclusão: Justiça e Cidadania

Clarificando-se, que a efetividade da Justiça, inter-relaciona-se intimamente com a Cidadania, pois, uma Justiça, independente, equânime, célere, imparcial, evidentemente arrimada em um Ordenamento Jurídico atento aos anseios sociais, tresdobrar-se-á, em Judiciário que tem como desiderato prestar uma proficiente Tutela Jurisdicional, pacificando os litígios, e até mesmo prevenindo-os, contribuindo de maneira determinante, para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, pois, já prelecionava Aristóteles, que o Bem comum de um povo, encontra-se numa amplitude valorativa, maior que a da Justiça, consistente em *“um acervo de bens, criado pelo esforço e participação ativa dos membros de uma coletividade e cuja missão é a de ajudar os indivíduos que dele necessitam, para a realização de seus fins existenciais.”*¹⁵

Portanto, a concretização da efetiva Cidadania só será possível, com a aplicação da Justiça Social, pois, sem um Poder Judiciário independente, não há Democracia, e sem Magistratura ativa não há Estado de Direito.

¹⁵ Ética a Nicômaco, VIII, I

O POSITIVISMO CULTURALISTA DA ESCOLA DO RECIFE

João Maurício Adeodato (*)

SUMÁRIO

1. O debate das idéias no Brasil da época. 2. As bases filosóficas e jurídicas da Escola. 3. A evolução do pensamento da Escola do Recife. 4. A doutrina filosófico-jurídica. 5. Críticas com a visão de hoje.

1. O debate das idéias no Brasil da época

O pensamento brasileiro tem sido negligenciado pelos juristas. A filosofia, entre vários outros papéis, também tem por função consolidar a identidade de uma cultura. E pode-se dizer que, hoje, o Brasil já tem um passado jusfilosófico¹. Este trabalho tem por objetivo introduzir o leitor, interessado na história das idéias jurídicas no Brasil, ao movimento intelectual iniciado no século XIX na Faculdade de Direito do Recife – por isso chamado “Escola do Recife”.

Deve-se a Sylvio Romero o termo, usado para designar o movimento intelectual que começou por volta de 1860 e foi até o começo do século XX. Reinavam na Faculdade o espiritualismo aristotélico-tomista, uma filosofia idealista e eclética, assim como as idéias monárquicas e a tradição do feudalismo nordestino, dos senhores de terras explorando os trabalhadores; vigorava também um certo romantismo no plano intelectual e a mentalidade geral era conservadora. Começa então, no dizer de Sylvio Romero, “um surto de idéias novas a assolar o país”, buscando os jovens professores

(*) Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife – UFPE.

¹ Miguel Reale, **Estudos de filosofia brasileira**. Lisboa: Instituto de Filosofia Luso-Brasileira, 1994, p.31-51. Sylvio Romero, **Teoria, crítica e história literária**. Seleção e apresentação de Antonio Candido. São Paulo: EDUSP, 1978, p.17-24, transcrevendo **História da literatura brasileira**. Rio de Janeiro: Garnier, 1902-1903, p.101-109.

recifenses apoio no positivismo de Augusto Comte e nas variações de Littré, Taine, Noiré e outros.

Com a afirmação do positivismo nos meios intelectuais brasileiros, vitorioso principalmente no Rio de Janeiro e em São Paulo, onde era mais forte e difundida sua influência, a Escola do Recife procura diferenciar-se e abandonar o positivismo ortodoxo, seguindo a princípio na ala dissidente inspirada em Littré. Claro que ortodoxos e heterodoxos defendendo em comum o abandono das velhas idéias.

As tendências, por assim dizer atávicas, de Tobias Barreto em direção à filosofia metafísica, sua personalidade avessa ao materialismo e a grande influência por ele exercida, sobretudo no pensamento dos jovens estudantes do Nordeste, fizeram com que o positivismo mais ortodoxo não angariasse lá tantos adeptos quanto no Sul do país. Já em 1876, Tobias procura se afastar definitivamente dessa linha filosófica, ainda que mantendo alguns de seus postulados básicos, e essa circunstância o faz líder da nova corrente em formação: ele rejeita a posição dos ortodoxos em seu conjunto, aderindo ao monismo evolucionista de Haeckel e transferindo-o para o direito. Em 1884, porém, fiel a seu estilo, já mostra divergências com Haeckel, recusando a concepção mecanicista e não a colocando no mesmo plano do monismo que persistia em manter².

Em termos de filosofia, talvez por não ter a mesma inclinação metafísica de Tobias, Sylvio Romero permanece mais fiel ao pensamento de Herbert Spencer e ao fim da vida inclina-se para as teorias de Le Play, “em termos de método sociológico”. Sylvio era mais ligado ao evolucionismo de Spencer como corrente filosófica, se bem que sua maior preocupação não fosse a filosofia e sim a busca de tipos básicos que possibilitassem a explicação dos fenômenos sociais brasileiros, servindo a filosofia apenas de ponto de partida na procura da resposta a esta questão sociológica e epistemológica fundamental. Neste ponto foi grande e inovador.

² Um guia para a obra de Tobias pode ser encontrado em Paulo Mercadante & Antonio Paim, **Tobias Barreto na cultura brasileira – uma reavaliação**. São Paulo: EDUSP/Grijalbo, 1972. Também Antonio Paim, **A filosofia da Escola do Recife**. Rio de Janeiro: Saga, 1966.

No Brasil da época, de modo geral, só eram estudados os autores e as culturas portuguesa e francesa. Havia, porém, da parte de Tobias, uma nítida preocupação em atualizar-se frente às novas publicações da Europa como um todo, para o que evidentemente prestou-se sua fluência na leitura da língua alemã, competência rara nos professores do Recife. Ainda que influenciado pela idéias européias, porém, Tobias e seus amigos não as encaravam como prontas e acabadas, sempre procurando emprestar-lhes crivo crítico. Daí o debate sobre a fidelidade e acuidade das análises e discussões³. Esse aspecto de não-subserviência talvez tenha sido o principal fator da originalidade que resultou do movimento recifense, em que pese seu caráter periférico em relação aos debates no centro mais desenvolvido. Se a originalidade vem ou não da ignorância do “verdadeiro sentido” dos autores europeus, este parece ser problema de menor relevância. De toda forma, o grupo de Tobias não se preocupava muito em elaborar fichas de leitura fiéis de obras e autores europeus, cuidando mais de elaborar um pensamento próprio⁴.

O sensualismo inicial, filtrado pelo criticismo de Kant, desembocou no positivismo empiricista, para o qual não tem qualquer valor objetivo o conhecimento que ultrapassa os dados empíricos trazidos pela observação sensível mais imediata. Se na Idade Média a filosofia era uma serva da teologia, tendo assim um caráter instrumental, para Augusto Comte (1798-1857) a filosofia passa a embasar uma visão orgânica da natureza e da sociedade, alicerçada nos dados das ciências exatas. Destarte, a filosofia seria uma ancila das ciências, ou melhor, uma enciclopédia destas, sistematizando e fornecendo os pilares das construções científicas. Contrariando a

³ Para Gláucio Veiga, **História das idéias da Faculdade de Direito do Recife**, vol.VIII, **A Escola do Recife**. Recife: ed. do autor, 1997, p.178-179, Tobias teria lido Jhering “em diagonal”, isto é, superficialmente. Opinião bem mais favorável a Tobias defende Mario G. Losano, Tobias Barreto e a recepção de Jhering no Brasil. **Revista Brasileira de Filosofia**, vol. XLI, fasc. 172. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, p.335-356, 1993, e La biblioteca tedesca di Tobias Barreto a Recife, **Quaderni Fiorentini: Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, n. 21. Milano: Giuffrè, 1992, p.159-175.

⁴ Para uma visão crítica, inclusive comparando as faculdades do Recife e de São Paulo, v. Antonio Carlos Wolkmer, **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.80-84 e p.130-133.

orientação geral da Escola do Recife, propugnada por Tobias Barreto, contudo, Artur Orlando não aceita a filosofia como base e síntese das ciências, já chegando a coloca-la como epistemologia⁵.

2. As bases filosóficas e jurídicas da Escola

2.1. Rudolf von Jhering

Apesar de Jeremy Bentham já haver anteriormente falado no “organicismo do direito”, foi Jhering quem levou adiante a idéia, construindo uma anatomia e uma fisiologia jurídicas que iam além da metáfora. Com uma visão biologista que se tornou bem difundida na época, e nem tão estranha aos olhos do século XXI, a anatomia seria responsável pela estrutura componente do direito, com as normas constituindo institutos e estes formando o organismo jurídico, completando a estrutura ontológica do direito; a fisiologia jurídica revelaria o funcionamento efetivo do direito, as bases de sua gnoseologia, pois aquilo que funciona como direito no mundo dos fatos é efetivamente direito, antes mesmo de ele ser normatizado ou institucionalizado pelo Estado: o direito só o é quando se realiza. Ressalte-se a ênfase no fato, no fenômeno, avessa ao idealismo jusnaturalista. A essa dualidade entre anatomia e fisiologia, na mesma direção, Tobias acrescenta a morfologia, a qual estudaria a forma através da qual se apresentam tanto a estrutura como o funcionamento do direito. Sua insistência sobre a forma, nesse ponto, sugere uma perspicácia inegável sobre a procedimentalização do direito, que o século XX acolheria com toda força.

Mas para Jhering, jurista do século XIX, o direito surge da motivação individual, se bem que socialmente instituída: ao lado da força externa há o elemento íntimo do “interesse”. O direito seriam os interesses que a força social protege. Na *Luta pelo Direito*, o autor dá conotação jurídica às teorias de Darwin, ápice da influência da biologia sobre a teoria do direito; como Darwin argumenta que mais “evoluído” é aquele que triunfa na luta pela sobrevivência, Jhering diz que o direito é uma idéia de força, não uma idéia lógica ou meramente valorativa. Mas, contrariando a Escola Histórica de Savigny, essa

⁵ Artur Orlando, **Ensaio de crítica**. Introdução de Antonio Paim. São Paulo: Grijalbo, 1975, p.79s.

força é racionalmente dirigida e não fruto de emanções surdas e irracionais a partir da comunidade, de seu *Volksgeist*. Na *Finalidade do Direito*, Jhering delimita as esferas do natural e do social: o homem age “para” algo, teleologicamente, o natural vem “por causa” de algo. É a finalidade que cria o direito, embora a razão intervenha para moldá-lo. Sua influência sobre a Escola do Recife e em todo o Brasil é, sem dúvida, muito importante⁶.

2.2 Herman Post

Enquanto o método de Jhering é basicamente dedutivo, procurando construir a ciência do direito a partir de conceitos gerais cosmogônicos, aplicáveis a todo o universo, Herman Post constrói um método que se pode chamar de experimental, de cunho histórico, comparando as diversas legislações existentes e as passadas, para a partir daí conceber o fenômeno jurídico. Para se ter uma idéia da surpreendente atualização dos professores da Escola do Recife, antes mesmo de Durkheim apresentar Post aos leitores da *Révue Philosophique*, em 1887, Tobias já o citara em seu artigo “Uma nova intuição do Direito”.

Mas Post também tem sua cosmogonia e aí um de seus atrativos para o positivismo de Tobias e da Escola do Recife. Para ele, há no universo o movimento e o sentimento, ambos com uma origem comum, cuja investigação, metafísica, não estaria a cargo dos juristas. Duas tendências opostas regulariam o mundo: a atração e a repulsão, geradas porque os corpos buscam conservar-se e desenvolver-se, ao mesmo tempo em que procuram limitar o desenvolvimento dos demais corpos a seu redor. Ao lado do mundo mecânico há o anímico (ou psíquico), no qual ocorre a mesma coisa; o direito e o dever na relação jurídica são exemplos da oposição das tendências. O homem, átomo desse mundo anímico, está também sujeito ao mundo mecânico, em uma concepção estratificada do mundo real que será muito depois desenvolvida por Nicolai Hartmann⁷.

⁶ João Maurício Adeodato (org.), **Jhering e o direito no Brasil**. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 1996.

⁷ João Maurício Adeodato, **Filosofia do direito – uma crítica à verdade na ética e na ciência** (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.113s.

A partir dessas duas tendências de auto-conservação e limitação mútua é gerado o direito, a princípio difuso entre outras ordens normativas, emancipando-se com a organização do poder estatal. Se bem que Post empregue o termo “Estado”, Clóvis Beviláqua entende que ele quer significar um conceito mais restrito de “poder público efetivo”, em sua organização moderna, pretensamente monopolizadora das normas jurídicas, haja vista a preexistência do direito em relação ao Estado⁸.

O cientista do direito tem, pois, que atentar para o duplo aspecto da vida jurídica: as idéias e sentimentos da consciência individual e os costumes, leis e outras manifestações da “consciência geral”, no jargão da época. Em uma visão mais cara à Escola do Recife, com sua visão empírica e positiva, o “direito natural” de Post é situado no tempo e no espaço, substituível e não eterno, quase uma metáfora.

2.3 Augusto Comte e Herbert Spencer

Comte separa distintamente, no processo de conhecimento, o empírico do racional; Spencer, influenciado por ele, mas com mais preocupações de jurista, além de admitir a psicologia como ciência, procura avançar para depois dessa dicotomia, entendendo o conhecimento como um processo de ação reflexa, instinto – memória – razão, posição adotada por Sylvio Romero e outros membros da Escola. Para Spencer, as idéias *a priori* só existem nos homens individualmente considerados, jamais na espécie humana como um todo, pois a cultura e o direito são resultado da evolução histórica do ser humano, enquanto suas bases biológicas são transmitidas hereditariamente pelo “sistema nervoso”, o que hoje se chamaria “código genético”. Também proclama a possibilidade da sociologia como ciência autônoma, debate importante naquele tempo, concordando com Comte, que separava ética e sociologia, mas discordando dele na redução da sociologia à descrição do desenvolvimento da sociedade e também da concepção de sociedade como um sistema que objetivaria um “regime sociocrático”, tão totalitário e antidemocrático, pode-se dizer, quanto a teocracia espiritualista que combatia.

⁸ Clóvis Beviláqua, **Juristas filósofos**. Salvador: Fonseca Magalhães, 1888, p.26s.

Neste debate, Tobias posiciona-se contra Sylvio, negando cientificidade à sociologia, de alguma maneira contradizendo-se, contudo, na aceitação do direito como ciência. Difícil de entender a ojeriza de uma personalidade aberta como a de Tobias à sociologia, aversão que se compreende mais facilmente em alguns pobres de espírito na Faculdade de Direito de nossos dias⁹. Principalmente se se tem em conta o amor de Tobias pela filosofia do direito e sua visão superadora do evolucionismo de Spencer e Sylvio, na medida em que não considerava a evolução um dado inexorável e constituído, mas sim um processo mais sisífico, susceptível a contradições, avanços e recuos.

Para Spencer, cuja concepção evolucionista é também uma variante do positivismo, a ciência é o saber particularmente unificado, enquanto a filosofia é o saber totalmente unificado, havendo então uma diferença gradativa ou de grau de generalidade.

O sistema comteano está exposto no *Curso de Filosofia Positiva*, escrito de 1839 a 1842, em seis volumes. De 1845 em diante, começa o assim chamado segundo período de sua vida intelectual, caracterizado por uma acentuada tendência ao misticismo e, a crer em seus críticos, até ao fetichismo. Nessa fase publicou ainda a *Política Positiva*, em quatro volumes, a *Síntese Subjetiva* e o curioso *Catecismo Positivista*¹⁰.

O ser humano só pode conhecer o positivo, isto é, o sensível; apenas este é objeto do conhecimento; somente o sensível é real. A metafísica é impossível e possível é só a ciência positiva. Este o dogma fundamental do positivismo filosófico de Comte. Ainda que o direito não estivesse entre suas preocupações principais, é digna de

⁹ Não é à toa que Cláudio Souto, já na década de sessenta do século XX, vai criar o primeiro curso de sociologia do direito no Brasil na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco e não na "Casa de Tobias". Até hoje o professor de sociologia do direito não é lotado na Faculdade de Direito do Recife, pois a disciplina pertence a outro Centro da Universidade Federal de Pernambuco.

¹⁰ Augusto Comte. **Curso de filosofia positiva; Discurso sobre o espírito positivo; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista**. Trad. de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. Coleção *Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1978, *passim*.

nota sua influência sobre os juristas, mormente sobre os juristas do Recife de século XIX.

A espinha dorsal da sua filosofia, bem na linha das perspectivas da época, é a lei sociológica dos três estados. A humanidade, em sua evolução intelectual, passou por três fases: o estado teológico ou fictício (fetichismo, politeísmo, monoteísmo), o estado metafísico ou abstrato e, finalmente, o positivismo. O primeiro estado é provisório, o segundo, transitório (há diferenças nos termos, as quais não cabe aqui analisar) e o terceiro, definitivo. A lei dos três estados já era embrionária em Saint Simon e em Turgot; ela é aplicável não só à evolução da humanidade em geral, mas também à formação de cada ciência e ao desenvolvimento individual de cada homem.

Na classificação e hierarquia das ciências, Comte acha que a filosofia é a sistematização geral dos conhecimentos positivos. Partindo do critério da generalidade decrescente e complexidade crescente dos fenômenos estudados, classificou e enumerou as seguintes ciências: matemática, astronomia, física, química, biologia e sociologia. Esta classificação indica subordinação e dependência dos diferentes ramos do conhecimento científico, sua formação histórica e sua transição para o estado positivo. A sociologia foi por ele incorporada às ciências positivas, sendo a denominação desse ramo do conhecimento, que era um neologismo híbrido, introduzido pela primeira vez na linguagem científica. Acreditando que os fenômenos sociais se acham subordinados a leis necessárias, como os fenômenos do mundo físico ou químico, divide ele a sociologia, que também chamava “física social”, em estática ou dinâmica. A sociologia estática estuda o equilíbrio social, ao passo que a dinâmica investiga, com o método positivo, as leis do progresso,.

Na segunda fase de sua vida, mais consciente das limitações de seu otimismo gnoseológico sobre o sucesso daquelas que chamava ciências positivas, e também rendido às incertezas da nova ciência, Comte deu sua virada fideísta e se dedicou à fundação da religião positiva, uma religião sem Deus. O Grande Ser (Humanidade abstrata), o Grande Meio (Espaço) e o Grande Fetiche (Terra) são objetivos do novo culto.

Dentre os muitos seguidores de Comte, cujo prestígio de então não deve ser subestimado, alguns aceitaram o sistema na sua

integridade, albergando o positivismo como filosofia e como religião. Outros rejeitaram o misticismo religioso, aceitando apenas as teses do *Curso de Filosofia Positiva*, mesmo que por vezes as modificando em alguns tópicos. Os primeiros formam o grupo dos positivistas ortodoxos e os segundos, o grupo dos dissidentes. “Para citar nomes básicos, os ortodoxos foram representados na França por Laffitte e os dissidentes por Littré. Mas a influência de Comte foi duradoura e definitiva, também no Brasil, onde ainda hoje encontram-se igrejas positivistas.

As novas maneiras de ver o mundo, capitaneadas pelo idealismo holístico de Hegel, desacreditaram a metafísica de Comte, substituindo-a por uma metafísica mais complexa e explicativa do todo; e, no que se refere ao seu positivismo, o empirismo inglês encarregou-se de mostrar-lhe as deficiências, querendo aplicar a filosofia ao estudo da realidade sensível e trazendo um novo conceito de “dado empírico”, não-comteano. O culto da idéia foi substituído pelo culto da matéria e os crescentes sucessos da ciência adaptaram-se melhor à mentalidade dos empiristas. Surgiram então as ramificações materialistas e o transformismo, primeiramente proposto por Lamarck e depois por Darwin. O materialismo transformista intitulou-se depois “monismo realista”, com Ernst Haeckel. No Brasil, seguidor do materialismo transformista foi Domingos Guedes Cabral (1852-1883), doutor em Medicina pela Faculdade da Bahia, que em 1876 publicou um livro intitulado *Funções do Cérebro*, de grande repercussão.

O monismo, em diversas formas, foi a grande sistematização científica e filosófica do materialismo do século XIX; uma substância única, que se modifica, explicaria todos os fenômenos. A substância única seria a matéria básica e a evolução, também em diversas formas, constituiria o modo pelo qual se produziriam os fenômenos¹¹.

Tanto Tobias como Sylvio, convém salientar, rejeitavam Comte e Spencer na aversão destes à metafísica; para os brasileiros era clara a diferença entre metafísica e ciência, mas isso não retiraria a legitimidade da metafísica enquanto forma de conhecimento, enquanto filosofia, haja vista sua eterna presença no espírito humano, levando-o

¹¹ SALDANHA, Nelson: **Romantismo, evolucionismo e sociologia** – figuras do pensamento social do século XIX. Recife: Massangana, 1997, p.33-56.

a questionar a razão última das coisas. Esse questionamento é a base da metafísica.

2.4 Kant e os Neokantianos

Grande parte das contradições da Escola do Recife se deve à tentativa de conciliação entre o monismo evolucionista e o kantismo. Observe-se que a concepção genérica de filosofia adotada pelo grupo é notadamente kantiana, qual seja, dentre outros pontos, uma reflexão sobre as ciências. Tomando por base o postulado de que as ciências e, menos ainda, seus objetos, não se podem explicar por si mesmos, Tobias e seus seguidores entendem que o papel da filosofia é fundamentar o conhecimento científico. A gnoseologia kantiana não era, contudo, o cume da filosofia do Recife; buscava-se, sobretudo, um conceito de filosofia que auxiliasse no combate ao tomismo e ao ecletismo espiritualista, assim como, depois, ao positivismo ortodoxo comteano.

A obra de Kant foi, também, importante fator de unidade no pensamento da Escola do Recife, em que pesem as variadas diretrizes por ela tomadas; é curioso observar a preocupação da Escola em permanecer fiel a Kant, pois as novas e mais diversas teorias sempre encontravam abrigo no Recife à luz de Kant. Inclusive, bem no espírito da época, preocupado com grandes definições, Kant é a base tanto para Tobias quanto para Sylvio, afirmando este, expressamente, que sua definição do direito é Kant “melhorado” por Spencer: “direito é o complexo das condições, criadas pelos espíritos das várias épocas, que servem para, limitando o conflito das liberdades, tornar possível a coexistência social”¹².

2.5. Edward von Hartmann, Haeckel, Littré e outros

Ao lado da idéia de Post sobre o movimento e o sentimento como elementos metafísicos básicos, a Escola do Recife acolhia outro dualismo, o de Edward von Hartmann, para quem, contudo, uma única realidade anterior constitui os dois fenômenos aparentes do universo: o psíquico (idéia) e o físico (vontade). Tobias reconhece

¹² Sylvio Romero, **Ensaio de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Cunha & Irmão, 1908, p.57. Também Miguel Reale, **A doutrina de Kant no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1949.

expressamente a aproximação, que o levou a tentar conciliar monismo e dualismo, como se verá adiante, entre Post, Hartmann e a Escola do Recife¹³.

Haeckel, por seu turno, era partidário do monismo evolucionista, cuja idéia central é que o universo vem de uma mesma fonte criadora, a evoluir progressivamente, não aceitando o dualismo originário de Post nem o aparente de von Hartmann. Correspondeu-se com Tobias e lhe fez referências elogiosas, assim como Jhering, coisa rara hoje e surpreendente na época. Littré é o sectário do positivismo preferido por Sylvio Romero, ao lado de Spencer.

Em suma, a síntese monista organizada por Haeckel, oriunda do positivismo mais ortodoxo, foi acolhida no Brasil, além de por Tobias e Sylvio, também por Estelita Tapajoz, em São Paulo, que demonstra claramente essa adesão em seu livro *Ensaio de Filosofia e Ciência*, publicado em 1908. Tito Lívio de Castro, Oliveira Fausto e Marcolino Fragoso seguiram Tobias Barreto e seu monismo apoiado em Haeckel, enquanto Clóvis Beviláqua e Artur Orlando penderam mais para o evolucionismo spenceriano de Sylvio Romero. A filosofia e o pensamento social fervilhavam como nunca antes no Brasil.

Além desses mais importantes, podem ser detectadas na Escola as influências de Stuart Mill, Darwin, Lange, Bluntschli, Ortloff, Holzendorf, Taine, Feuerbach, Le Play, Strauss, Noiré, Spir e outros, mostrando o que mais se enfatiza no presente texto: a diversidade de idéias convergentes no Recife e sua notável sintonia com os debates dos centros mais desenvolvidos.

3. A evolução do pensamento da Escola do Recife

Conforme testemunho do próprio Clóvis Beviláqua, o movimento do Recife foi, a princípio, literário e poético, depois, filosófico e crítico, e, finalmente, jurídico¹⁴.

¹³ Tobias Barreto de Menezes, **Questões vigentes – de philosophia e de direito**. Rio de Janeiro: Livraria Fluminense Editora, 1888, p.42s.

¹⁴ Clóvis Beviláqua, **História da Faculdade de Direito do Recife**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927. Luiz Pinto Ferreira, **História da Faculdade de Direito do Recife**, vols. I e II. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 1980-1981.

A primeira fase, que começa a unir as pessoas em um ambiente intelectual comum, começou cerca de 1862, advinda em grande parte da admiração por Victor Hugo; foi então criada a “Escola Condoreira”, nome posto por Capistrano de Abreu, reunindo figuras como Castro Alves, Guimarães Jr., Plínio de Lima e outros. Havia muita paixão pelo teatro e também ardores patrióticos característicos daquele tempo.

A segunda fase vai de 1868 a 1882, quando são combatidas as idéias filosóficas vigentes, negando a metafísica ortodoxa etc. A crítica literária foi ainda instrumento importante para difusão e discussão das idéias nesta época, quando o Recife era centro editorial significativo no país.

O concurso de Tobias para a Faculdade de Direito, em agosto de 1882, marca o início da fase jurídica, na qual, além da filosofia do direito propriamente dita, são discutidos problemas particulares do direito, como o crime, a pena, o direito autoral etc. Mas o próprio Tobias foi poeta, um impressionista, na opinião de Clóvis, tendendo em seguida para o positivismo. Tobias publica então “Guizot e a Escola Espiritualista do século XIX”, trabalho no qual critica Guizot e defende a escola de Cousin. Começa a tender para o positivismo com a preocupação em derrubar as idéias escolásticas dominantes na Faculdade, exaltando a razão e afirmando que Deus não pode ser objeto de ciência filosófica e sim de amor; o amor a Deus, como fenômeno particular da alma, não pode fundamentar qualquer ciência. “A Propósito de uma Teoria de Santo Tomás de Aquino” e “Teologia e Teodicéia não são Ciências” são dois artigos de Tobias nessa tônica, nos quais não procura demonstrar muita familiaridade com a obra do filósofo católico, mas deixa transparecer seu engajamento aos ideais anti-católicos da Escola.

São publicados também a *Crítica aos Fatos do Espírito Humano*, de Domingos de Magalhães, e *Sobre a Religião Natural de Jules Simon*, nos quais o ecletismo espiritualista dominante em alguns setores é visto como mero gênero literário. A Escola do Recife, porém, ao contrário dos enciclopedistas franceses, respeitava os sentimentos religiosos, achando apenas que a religião não poderia jamais preencher a função ou ter o mesmo objeto que a filosofia. Nesse sentido surgem os artigos *A ciência e a alma ainda e sempre contestadas* e *Atraso da Filosofia entre nós*. Além dos jovens

entusiastas de Tobias, já alguns professores passam a tomar conhecimento e discutir tais problemas. Apesar de já ter publicado artigos jurídicos como *Jurisprudência da vida diária* e *Delitos por omissão*, Tobias só passa a se dedicar exclusivamente ao direito após seu concurso. A *Filosofia no Brasil*, de Sylvio Romero, primeiro trabalho específico sobre o assunto, tem papel importante na época e grande valor histórico até hoje. O estilo agressivo que caracterizava os dois sergipanos mostra o grau a que haviam chegado os ânimos. Depois Clóvis Beviláqua, com seu prestígio, deu também grande impulso às idéias do Recife, embora, diferentemente, se caracterizasse pela moderação.

A inspiração da Escola, como visto acima, vem dos primórdios do positivismo no Brasil. Pelo testemunho de Sylvio Romero¹⁵, a primeira manifestação do positivismo neste país se registrou no campo da biologia e não no da matemática ou outra ciência qualquer: em 5 de setembro de 1844, apenas dois anos depois de Comte ter publicado o último volume do *Curso de Filosofia Positiva*, Justiniano da Silva Gomes, candidato a uma cátedra na Faculdade de Medicina da Bahia, apresentou e sustentou a tese *Plano e Método de um Curso de Fisiologia*, na qual se referiu a Augusto Comte, à lei dos três estados e ao método positivo.

Já segundo Leonel Franca¹⁶, datam de 1869 as primeiras manifestações do positivismo no Brasil; mas chama atenção para o fato de que, em 1865, o maranhense Francisco Antônio Brandão já publicara em Bruxelas um opúsculo com o nome *A escravidão no Brasil*, de tintas notoriamente positivistas. Em 1876 Benjamin Constant, Miguel Lemos e Teixeira Mendes fundam oficialmente no Rio de Janeiro a Sociedade Positivista.

Para Ivan Lins, por seu turno, desde 1850, depois de um positivismo difuso por todo Brasil, as idéias comteanas começaram a repercutir nos meios intelectuais do Rio de Janeiro¹⁷. Em 1857, ano da

¹⁵ Antônio Luiz Machado Neto, *História das Idéias Jurídicas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo, 1969, p.45.

¹⁶ Leonel Franca, *Noções de história da filosofia*. 24. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1990, p.277.

¹⁷ Ivan Lins, *História do positivismo no Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964, p.37.

morte de Comte, aderiu ao positivismo uma das pessoas que maior influência exerceria na propagação desta doutrina no Brasil: Benjamin Constant Botelho de Magalhães.

Em 1881, Miguel Lemos e Teixeira Mendes, apoiados em Pierre Lafitte, positivista ortodoxo, fundaram a Igreja e o Apostolado Positivista do Brasil; recorde-se que, já em 1875, Miguel Lemos publicara seus primeiros trabalhos sobre o positivismo (*Pequenos Ensaios Positivistas*), passando então a chefiar o grupo dos ortodoxos, ou seja, daqueles que aceitavam o conjunto da obra de Comte, aí incluídas suas incursões místicas. Benjamin Magalhães também pode ser chamado de ortodoxo, embora não pertencesse oficialmente à Igreja Positivista do Brasil.

Machado Neto afirma que o positivismo e o monismo evolucionista foram as duas correntes doutrinárias do cientificismo que mais notoriamente influíram na formação das novas gerações brasileiras, sobretudo nas três últimas décadas do século XIX. Este monismo evolucionista adaptava-se ao figurino de Spencer, Haeckel e Noiré¹⁸.

Tobias Barreto e Sylvio Romero, como visto, transitaram do positivismo para o monismo evolucionista, que teve o seu quartel general no Recife, espraiando sua influência por todo o Nordeste, do Ceará à Bahia¹⁹. Enquanto isso, o comtismo ortodoxo ou heterodoxo foi preferido pela intelectualidade do Sudeste e Sul do país, especialmente do Rio de Janeiro, São Paulo e Rio Grande do Sul. Especificamente em São Paulo, o médico Luís Pereira Barreto, com o trabalho *As Três Filosofias*, foi autor da primeira obra de divulgação do positivismo no Brasil, figurando entre os dissidentes da ortodoxia.

O ideário do positivismo teve repercussões práticas muito grandes, não apenas no campo doutrinário: advogava a abolição da escravidão, o advento da República, a separação entre a Igreja e o Estado e diversas formas de liberdade, tais como a defesa do

¹⁸ Antônio Luiz Machado Neto, **História das Idéias Jurídicas no Brasil**. São Paulo: Grijalbo, 1969, p.46.

¹⁹ Laerte Ramos de Carvalho, **A formação filosófica de Farias Brito**. São Paulo: EDUSP/Saraiva, 1977. Alcântara Nogueira, **O pensamento cearense na segunda metade do século XIX – em torno do centenário da morte de Rocha Lima**. Fortaleza: IBF Ceará, 1978.

proletariado e da mulher, a liberdade religiosa, a liberdade de ensino, a liberdade de testar, a liberdade de profissões, a liberdade de greve, a liberdade de imprensa, a liberdade de cátedra na academia etc.²⁰

O positivismo, em sua acepção mais ampla, influenciou profundamente o pensamento brasileiro, através de sua concepção de educação e de sua filosofia da história, e também se fez acompanhar de uma mentalidade mais tecnocrática quanto à administração do Estado. Como sistema filosófico, político, social, educativo ou religioso, o positivismo propõe-se a realizar a fraternidade universal, envolvendo, inclusive, a incorporação social do proletariado. Tinha pretensão de acabar com a guerra, a exploração colonial e toda modalidade de imperialismo ou opressão dos fracos pelos fortes. A hierarquia das ciências, com a sociologia no ápice, a lei dos três estados do progresso universal e a concepção da sociedade como um organismo em permanente evolução, eram idéias novas cuja importância na época é hoje até difícil de aquilatar. A criação das juntas de conciliação e julgamento e dos tribunais do trabalho parece também ter sido fruto da filosofia positiva²¹.

Por outro lado, houve também críticas às influências políticas do positivismo mais radical, sobretudo em relação ao “republicanismo totalitário”, combatido pelos próprios positivistas, como Alberto Sales. Tal vertente veio a se transformar na força política dominante no país, começando no Rio Grande do Sul, sob a liderança de Júlio de Castilhos, passando ao plano nacional com Getúlio Vargas, evoluindo para uma versão brasileira do fascismo, na obra de Francisco Campos e no movimento integralista, e triunfando sobre o anacrônico liberalismo brasileiro²².

No plano das idéias, os mais radicais pregavam a extinção do ensino da filosofia, por considerá-la esfera do saber sem objeto próprio. Passou-se a emprestar grande importância às chamadas ciências positivas, ainda que se assentando sobre um conceito

²⁰ Ivan Lins, **História do positivismo no Brasil**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964, p. 426.

²¹ Idem, p. 584.

²² Antônio Paim, **História das Idéias Filosóficas no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Grijalbo, 1974, p.181. Leonel Franca, **Noções da História da Filosofia**. 24. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1990, p.193.

oitocentista de ciência. O “espírito positivo” tomava por base a sociedade industrial e assumia um caráter acentuadamente tecnocrático: na esteira de Comte, o conhecimento destinava-se a prever e a prover, informando não apenas sobre o ser, mas também sobre o dever ser, tornando a ética uma questão de ciência, independente da opinião e de juízos de valor.

Mas o próprio Comte do *Sistema de Política Positiva*, na chamada segunda fase, parece ter compreendido a precariedade e as limitações da atitude exclusivamente científica ou tecnocrática, pois, estranhamente, a sociologia cede seu lugar de ciência suprema à moral. O pensador que fora, inicialmente, o grande teórico da tecnocracia, passa a defender a idéia de que esta não poderia ser a solução para os problemas da humanidade. Havia todo um mundo que escapava completamente ao seu domínio, pois o ser humano é simultaneamente “logicidade” e “alogicidade”²³.

4. A doutrina filosófico-jurídica

Colocados os pressupostos que informaram o movimento positivista em geral, sobretudo seus reflexos no Brasil, vai-se agora expor algumas das idéias centrais, mais ligadas à filosofia do direito, comuns aos membros da Escola do Recife, mesmo sem procurar exauri-las e sem prejuízo das especificidades do pensamento de cada um de seus participantes, tais como Arthur Orlando, Graça Aranha, Martins Junior, Phaelante da Câmara, Adelino Filho, Abelardo Lobo, Virgílio de Sá Pereira. Também é útil colocar algumas divergências a partir daqueles habitualmente considerados seus principais representantes, quais sejam Tobias Barreto e Sylvio Romero, além de, posteriormente, Clóvis Beviláqua.

A unidade de pensamento desses diversos autores, reunidos em torno da Faculdade de Direito do Recife, não foi sistematicamente explorada por qualquer deles, pois nenhum escreveu obra de síntese, com a possível exceção tardia de Clóvis²⁴. Essa unidade passou a ser

²³ Roque Spencer Maciel de Barros, **Introdução à Filosofia Liberal**. São Paulo: Grijalbo, 1971, p.393.

²⁴ Clóvis Beviláqua, **História da Faculdade de Direito do Recife**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927.

estudada posteriormente e se vê até hoje discutida. Em vista das desavenças entre Tobias Barreto e a Congregação, de um lado, e a forte influência do sergipano sobre as novas gerações, de outro, fala-se inclusive em uma dissociação entre a Escola do Recife e a Faculdade de Direito²⁵, fenômeno que até encontra paralelo nos dias atuais. Mas certamente foi em torno da Faculdade que a Escola se desenvolveu.

Nas bases filosóficas, é comum a idéia de que o absoluto seria incognoscível e, portanto, proscrito dos dados científicos, devendo a metafísica se basear na observação da experiência; os principais ataques à metafísica tradicional eram em relação à parte ontológica, ou seja, à teoria do ser. Um exemplo é o combate de Tobias e Sylvio ao que chamavam o inatismo de Kant, que pode ser entendido pelo exemplo do pianista, que, após se tornar exímio no instrumento, pode dispensar os olhos para tocar e daí conclui, equivocadamente, que os olhos não lhe foram indispensáveis no aprendizado. Dentro do incognoscível metafísico estariam, além da ontologia, a etiologia (teorias sobre a causalidade e origem do universo) e a teleologia (teorias sobre a finalidade do universo).

Tobias Barreto de Menezes, como se sabe, foi o primeiro grande nome do movimento, incansável no combate ao jusnaturalismo, de vertente católica, à época dominante na Faculdade e ainda hoje em seus estertores. Na base de sua metafísica, Tobias reelabora a idéia, presente originalmente em Post, de que o movimento e o sentimento estão em cada átomo do universo, e é original na defesa de que ao máximo de um corresponde um mínimo do outro e vice-versa. Daí deduz que o movimento prevalece na esfera inorgânica, enquanto que pouco significa no âmbito das relações humanas, na família, no Estado etc., face à forte influência do sentimento. No mecanicamente inexplicável se introduz o momento de luta e o universo é concebido em constante evolução, da qual seriam eliminadas as imperfeições primitivas. Os conceitos de “seleção”, em Darwin, e de “força” e “luta”, em Jhering, estão nitidamente presentes.

²⁵ Nilo Pereira, **A Faculdade de Direito do Recife 1927-1977** – ensaio biográfico. Prefácio de Gilberto Freyre. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 1977, p.161s.

Como o ser humano começa a desenvolver o sentimento dentro do movimento e a separar o natural e o cultural não é aprofundado; “natural” seria aquele estado inicial do universo enquanto “cultural, sua antítese, seria o natural adaptado aos fins humanos pela inteligência e vontade do homem. Daí o direito ser um produto cultural e histórico, advindo da necessidade prática de convivência e da impossibilidade fática de a humanidade coexistir apenas através do amor. Sylvio, Clóvis e a maioria dos demais membros da Escola não viam antítese entre “natural” e “cultural”, achando que também a cultura seria fruto da natureza, demonstrando aí fidelidade ao monismo. A antítese estabelecida por Tobias deve-se em grande parte ao seu combate contra o direito natural, concentrando-se na oposição representada pelo “cultural”, devido à hostilidade dos jusnaturalistas retrógrados de seu tempo, ambiente já não tão duramente enfrentado por seus seguidores; depois, porém, influenciado por seus próprios discípulos e notando a espontaneidade das normas jurídicas, ressalta o que chamou de “lei natural”, dizendo que “não há um direito natural e sim uma lei natural do direito”. Tobias morreu antes de superar tal contradição, fruto de sua extraordinária abertura intelectual. Para Clóvis, ele havia apenas vislumbrado o fato de o direito se constituir em um fenômeno cultural, que ao mesmo tempo apresenta aspectos naturais e espontâneos, por também ser produto do homem biológico²⁶.

Na opinião de Tobias, o fim do direito é sua razão de ser, a coexistência dos homens que o instituem; demonstrando seu contato com Darwin, afirmava que o direito é um produto da cultura social dos homens, idéia nada trivial naquele tempo, sendo a evolução responsável por os homens abandonarem seus primeiros instintos e conviverem com os demais, elegendo finalmente o Estado como tutor do direito. O direito existe também como força, já que o melhor meio de superar os antagonismos das forças sociais é a imposição de força ainda maior, protegendo os interesses particulares, que se harmonizam com os interesses da sociedade como um todo. Daí porque “*serpens nisi serpentem comederit non fit draco*”(a serpente que não devora a

²⁶ Clóvis Beviláqua, **Juristas filósofos**. Salvador: Fonseca Magalhães, 1888, p.120s.

serpente não se faz dragão) e “o direito é a força que matou a própria força”²⁷.

Para Sylvio, alinhado ao afã classificatório de seu tempo, o direito é uma das sete criações do intelecto humano, ao lado de religião, arte, ciência, política, moral e indústria. Discorda de Tobias em vários pontos, alegando, por exemplo, que este esquecera de chamar atenção para o conflito de liberdades no direito e para os componentes locais, de ordem nacional, contingentes, mas de grande importância no fenômeno jurídico.

Na opinião de Clóvis, além do reparo de Sylvio, ambos – Tobias e Sylvio – esqueceram o fator da coação social institucionalizada, para Clóvis expressamente exercida pelo Estado, sobre que tanto insistiu Jhering: apesar da efetiva existência do conflito de liberdades, este não distingue especificamente o direito, por se achar também presente em outras ordens normativas da sociedade. Mesmo tendo Tobias posto em relevo o elemento da força no direito, não ressaltou devidamente sua organização racionalizada. Clóvis não concordava com o relevo dado por Sylvio Romero aos “aspectos negativos” do direito, nem com Tobias Barreto pela falta de preocupações históricas. A afirmação de Tobias no sentido de que “não há interesse para nós em saber como os babilônios resolviam suas controvérsias”, contrariaria os postulados fundamentais de Post, com os quais Clóvis Beviláqua estava perfeitamente de acordo²⁸.

Afora as contribuições filosóficas da Escola do Recife, preocupação principal deste estudo, devem ser lembrados os trabalhos de Clóvis Beviláqua sobre direito civil, culminando no convite para elaborar o Código de 1916²⁹, assim como os escritos sobre temas de dogmática jurídica de Tobias e os trabalhos literários de Sylvio Romero. No direito criminal, Tobias entendia o crime como um mal hereditariamente transmitido no seio da sociedade, nocivo ao processo

²⁷ Tobias Barreto de Menezes, **Questões vigentes – de philosophia e de direito**. Rio de Janeiro: Livraria Fluminense Editora, 1888, p. 140.

²⁸ Clóvis Beviláqua, **Juristas filósofos**. Salvador: Fonseca Magalhães, 1888, p.136s., e **História da Faculdade de Direito do Recife**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927, *passim*.

²⁹ Vamireh Chacon, **Da Escola do Recife ao Código Civil – Artur Orlando e sua geração**. Rio de Janeiro: Organização Simões Editora, 1969.

adaptativo que caracterizaria a evolução do direito³⁰. No direito autoral, expressão cunhada por ele e campo em que foi desbravador, Tobias pregava não ser este apenas um direito real, mas também um direito pessoal, consistindo numa continuação da personalidade criadora.

5. Críticas com a visão de hoje

A Escola do Recife foi um movimento intelectual aberto, no sentido da espontaneidade que inaugurou uma nova concepção jurídica, apenas norteadas pelo princípio de que o direito seria uma forma de possibilitar a convivência social e, como tal, deveria ser estudado de forma objetiva, ao lado de qualquer outro fenômeno do universo. O que hoje parece um truísmo, a afirmação de que o direito é um fenômeno real e cultural, afigurava-se revolucionário em um ambiente dominado por um jusnaturalismo escolástico anacrônico e inadaptado aos novos tempos.

Muito embora a discussão a respeito, parece que realmente houve unidade de pensamento no Recife, inspirada no movimento neokantiano e buscando derrubar tanto o materialismo histórico como o positivismo ortodoxo e o espiritualismo aristotélico-tomista. Um dos elementos dessa unidade se dá em torno da obra de Kant, como dito acima, através de cuja obra eram filtradas as diversas fontes aproveitadas pelos membros da Escola. Eles não propriamente aderiram nem tampouco permaneceram acompanhando a evolução das principais correntes filosóficas que os influenciaram, aproveitando apenas aquilo que os ajudava no combate às outras correntes, dentro da realidade local. Os problemas que procuravam resolver eram brasileiros, particulares, impossibilitando a cópia direta de qualquer doutrina estrangeira. Por isso, não se pode filiar a Escola do Recife, em bloco, a qualquer dos pensadores europeus por ela referidos. Isso deu a seu esqueleto doutrinário comum um frescor e uma originalidade até hoje difíceis de encontrar em autores brasileiros. Se a

³⁰ Ricardo de Britto A. P. Freitas, **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. Cláudio Brandão, **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.166.

unidade de pensamento não é tão óbvia, a originalidade, o “marco de independência no panorama cultural do país”³¹, é bem evidente.

É certo que falta uma sistematização específica e mesmo homogeneidade nos ensinamentos fragmentários do Recife; isso pode ser explicado, dentre outros fatores, pela quase inexistência de tradição filosófica no Brasil da época. Se hoje, quase dois séculos depois, é difícil falar em um pensamento brasileiro, se hoje faltam método e trabalho em equipe, se hoje campeiam o atraso e a falta de produção intelectual nas faculdades de direito brasileiras, mais ainda naqueles tempos. Mas os professores do Recife não tinham pejo em juntar as mais diversas influências e eram surpreendentemente informados a respeito do debate europeu: Tobias correspondeu-se com Jhering e é o primeiro americano a citar Marx; Sylvio é o primeiro brasileiro a citar Jhering³²; e o Código Civil de Clóvis, inspirado nos trabalhos anteriores de Teixeira de Freitas e Coelho Rodrigues, estava também profundamente sintonizado com as discussões de além-mar³³.

Outro fator importante é que as próprias doutrinas estrangeiras, como o evolucionismo, o monismo, o positivismo, ainda não se encontravam de todo formadas; eram contemporâneas da Escola do Recife, como ela, em permanente mutação, e não ofereciam a perspectiva histórica de hoje em dia. Acontecia de o autor europeu evoluir em determinada direção, com a qual não concordavam os recifenses, e aparecerem divergências posteriores.

Além disso, várias contradições podem ser encontradas na obra dos representantes da Escola do Recife, por vezes causadas por incompreensão, por falta de sistematização no estudo de seus inspiradores, por vezes pelas mútuas críticas que se faziam. Apenas para repetir o exemplo mencionado acima, apesar de se proclamar monista, Tobias era claramente dualista por não superar a antítese “natural” e “cultural”; ao pregar que a cultura não obedecia a leis, ele

³¹ Na expressão de Nelson Saldanha, **História das idéias políticas no Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2001, p.223.

³² Miguel Reale, **Horizontes do direito e da história**. São Paulo: Saraiva, 1977, p.215s. e **Estudos de filosofia brasileira**. Lisboa: Instituto de Filosofia Luso-Brasileira, 1994, p.125.

³³ Geraldo de Oliveira Santos Neves, **Código Civil Brasileiro de 2002 – principais alterações**. Curitiba: Juruá, 2002, p.49s.

as entendia apenas como leis físicas, determinadas pela causalidade. Também fica difícil conciliar, dentro dos parâmetros kantianos, o monismo de Haeckel com os princípios da finalidade e da liberdade, ou a teleologia de Jhering com um mundo universal de causalidade. Um “monismo teleológico” parece ser uma incoerência lógica no próprio termo, um juízo analiticamente contraditório. Mas claro que isso é também discutível.

Note-se até hoje as raízes profundas deitadas pela Escola e seus reflexos na cultura brasileira. Apesar de todo o viés polêmico com que os pensadores mais eminentes do Recife enxergaram seus problemas, o positivismo e o culturalismo revestem-se de importância renovada até os dias atuais. Somente para mencionar alguns juristas, detecta-se sua influência sobre Miguel Reale, Djacir Menezes e Luiz Washington Vita³⁴. E Nelson Saldanha, de pensamento avesso a escolas, demonstra certamente sua leitura dos clássicos recifenses. Os elementos “sentimento”, “idéia” e “vontade” (SIV), na obra de Cláudio Souto, revelam também a procura por elementos básicos, tão característica do pensamento da Escola do Recife. A perspectiva reconhecidamente positivista de Lourival Vilanova e Souto Maior Borges também pode ter suas raízes rasteadas na efervescência local durante o século XIX. Obviamente sem esquecer os aportes originais que todos esses autores trouxeram em suas contribuições.

³⁴ Luís Washington Vita, **Pequena História da Filosofia**. Porto Alegre: Globo, 1968, e **Tríptico de idéias**. São Paulo: Grijalbo, 1967.

SOBRE CONFLITOS INTERNACIONAIS

Jorge Miranda (*)

SUMÁRIO

1. Diversidade de conflitos. 2. Os conflitos armados e a evolução do seu tratamento. 3. O uso da força, legítima defesa, agressão. 4. Os meios de solução de conflitos. 5. Os princípios de solução de conflitos. 6. A intervenção do Conselho de Segurança. 7. Meios de intervenção na ocorrência de conflito armado. 8. As operações de paz das Nações Unidas. 9. As intervenções humanitárias.

1. Diversidade de conflitos

I - Conflitos, diferendos, controvérsias internacionais¹ têm sido, historicamente e continuam a ser conflitos sobretudo entre Estados com as causas mais diversas (territoriais, ideológicas, estratégicas, estritamente políticas).

Menos numerosos têm sido os que envolvem Estados e sujeitos diferentes (v.g. a chamada questão romana, que opôs a Santa

(*) Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

¹ Cf. HANS Kelsen, **Peace through Law**, Berkeley, 1944, trad. italiana **La pace attraverso il diritto**, Turim, 1990, maxime p. 60 e segs.; ALFRED VERDROSS, **Völkerrecht**, trad. cast. **Derecho Internacional Público**, 4. ed., Madrid, 1963, p. 334 e segs.; J. L. BRIERLY, **The Law of Nations**, trad. portuguesa **Direito Internacional**, Lisboa, 1965, p. 355 e segs.; ANTÓNIO CASSESE, **Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo**, Bolonha, 1984, p. 225 e segs.; ANTÓNIO JOSÉ FERNANDES, **Os conflitos internacionais**, Braga, 1984; MARQUES GUEDES, **Direito Internacional Público**, Lisboa, 1985, p. 394 e segs.; SILVA CUNHA, **Direito Internacional Público - Relações Internacionais**, Lisboa, 1990, p. 161 e segs.; MALCOLM N. SHAW, **International Law**, 3. ed., Cambridge, 1991, p. 629 e segs.; MARIO GIULIANO, TULLIO SCOVAZZI e TULLIO TREVES, **Diritto Internazionale**, Milão, 1991, p. 501 e segs.; J. F. REZEK, **Direito Internacional Público**, 2. ed., São Paulo, 1991, p. 337 e segs.; JEAN COMBACAU e SERGE SUR, **Droit International Public**, Paris, 1963, p. 550 e segs.

Sé e a Itália entre 1870 e 1929; o conflito entre a ONU e a África do Sul acerca do Sudoeste Africano, hoje Namíbia; ou o actual conflito entre Israel e a Autoridade Palestiniana).

Há conflitos que se desenrolam no interior do território do Estado ou sob a sua administração – guerras civis, de secessão ou coloniais – e que degeneram em conflitos internacionais, pela sua extensão e pela interferência, directa ou indirecta, de outros Estados e de organizações internacionais – porque então que importa é a repercussão externa desses eventos ou na medida em que afectam a comunidade internacional, no seu conjunto, com a consequente aplicação de institutos como o do reconhecimento de beligerantes ou de movimentos de libertação e o da protecção humanitária.

Em contrapartida e, por isso mesmo, não têm de ser considerados aqui os litígios em que sejam partes indivíduos (v.g. entre um Estado e um seu cidadão, que considera violado um seu direito e se dirige a uma instância internacional, ou entre uma organização internacional e um seu funcionário). Embora formalmente internacionais, estes conflitos não o são materialmente: falta-lhes dimensão ou relevância na perspectiva da comunidade internacional; apenas conflitos entre entidades colectivas internacionais são significativos para efeitos jurídicos específicos.

II - A Carta das Nações Unidas fala em situação e em conflito, parecendo apontar para diferentes competências e formas de processo (cf. arts. 11º, nº 3, 34º e 35º).

A situação dir-se-ia algo que precede o conflito, o estado de facto capaz de lhe dar origem, ainda que de contornos pouco definidos. Na prática é quase impossível distinguir, até porque as intenções políticas em concreto dos Estados ou dos órgãos das Nações Unidas é que determinam a qualificação dentro de uma ou de outra figura².

De notar que a Assembleia Geral e o Conselho de Segurança tanto conhecem de situações como de conflitos (arts. 34º e 35º) e que o Tribunal Internacional de Justiça, no âmbito da sua competência contenciosa, e pela natureza das coisas, só conhece dos conflitos (art. 36º, nº 1 do estatuto).

² O art. 36º, nº 1 da Carta refere-se mesmo a conflito ou situação *análoga*.

III - O conflito apresenta-se ora como conflito jurídico, ora como conflito político. No primeiro caso, discute-se sobre a interpretação, a validade ou a aplicação de normas de Direito internacional³; no segundo entram em jogo, directamente, interesses ou factores políticos.

Na prática, também se revela menos clara a contraposição. Os conflitos jurídicos têm sempre uma componente política e é só por causa dela que se tornam verdadeiramente conflitos internacionais; assim como os conflitos políticos podem ser revestidos de roupagem jurídica. Tudo depende das posições que as partes nelas assumam⁴.

IV - Em razão da sua gravidade, há conflitos que ameaçam a paz e a segurança internacionais e conflitos que não ameaçam a paz e a segurança internacionais (arts. 33º e segs.). Apenas os primeiros cabem na competência do Conselho de Segurança, ainda que, mais uma vez aqui as fronteiras não possam traçar-se em abstracto.

Nos conflitos que ameaçam a paz e a segurança internacional separam-se dois momentos: um momento inicial, em que se procura ainda uma solução; e o momento do conflito armado ou da iminência de se tornar armado. Donde, os capítulos VI e VII da Carta das Nações Unidas.

2. Os conflitos armados e a evolução do seu tratamento

I - Os conflitos armados nunca deixaram de ser objecto de normas de Direito das Gentes, por paradoxal que isso pareça (por estar em causa a limitação ou a racionalização da violência). E os juristas, apesar de tudo, sempre procuraram – em convergência ou não com teólogos, filósofos e cultores das demais disciplinas – senão evitá-los, pelo menos atenuar os seus efeitos.

Também aqui avulta, com toda a nitidez, no entanto, a contraposição entre o Direito internacional da guerra clássico e o

³ Recordem-se, de novo, os arts. 65º e 66º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

⁴ Cf. HANS KELSEN, *La pace ...*, cit., p. 64.

Direito internacional contemporâneo, com elementos de passagem ou de transição entre uma e outra época⁵.

II - No Direito internacional clássico avultam:

a) Reconhecimento do *jus belli* como uma das prerrogativas da soberania dos Estados;

b) Reconhecimento também de uma faculdade discricionária de fazer a guerra em concreto, de um *jus ad bellum*, só com as limitações – morais ou religiosas – ligadas à ideia de "guerra justa"⁶;

c) Pequena ou nenhuma relevância da distinção entre guerra defensiva e guerra ofensiva;

d) Imposição, por via consuetudinária, de certos ónus ou deveres procedimentais (designadamente, através da exigência de declaração prévia de guerra e do regime do ultimato);

e) Guerra confinada aos campos de batalha e aos combates entre os exércitos;

f) Irrelevância jurídico-internacional da guerra civil e da guerra colonial.

⁵ Cf. VISCONDE DE CARNAXIDE, **Questões jurídicas da guerra e da paz**, Lisboa, 1915; D. SCHINDLER, The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols, in **Recueil des Cours**, 1979, II, p. 117 e segs.; ANTÓNIO CASSESSE, op. cit., p. 283 e segs.; CELSO ALBUQUERQUE MELLO, **Curso de Direito Internacional Público**, 8. ed., Rio de Janeiro, 1986, p. 1037 e segs.; NGUYEN QUOC DINH, PATRICK DAILLIER e ALAIN PELLET, **Droit International Public**, 6. ed., Paris, 1999, p. 817 e segs.; J. F. REZEK, op. cit., p. 369 e segs.; ARMANDO MARQUES GUEDES, O Direito e a guerra, in **A Guerra do Golfo e o Direito Internacional**, obra colectiva, Porto, 1993, p. 37 e segs.; JEAN COMBACAU e SERGE SUR, op.cit., p. 612 e segs.; ANTÓNIO CABRAL DE MONCADA, **Curso de Direito Internacional Público**, I, Coimbra, 1996, p. 78 e segs.; JÚLIO D. GONZÁLEZ CAMPOS, LUIS I. SANCHEZ RODRIGUEZ e PAZ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, **Curso de Derecho Internacional Publico**, Madrid, 1998, p. 859 e segs.; PAULO CANELAS DE CASTRO, De quantas Cartas se faz a paz internacional?, in **AB UNO OMNES - Estudos em homenagem à Coimbra Editora**, obra colectiva, Coimbra, 1998, p. 1005 e segs.

Para uma visão mais ampla, v., por todos, RAYMOND ARON, **Paix et Guerre entre Nations**, 8. ed., Paris, 1984.

⁶ Cf., por exemplo, CELSO ALBUQUERQUE MELLO, op. cit., p. 1040 e segs.; ou MALCON N. SHAW, op. cit., p. 681 e segs.

Entretanto, ao longo do século XIX e do início do século XX, o aparecimento de novos e mais temíveis meios de destruição, assim como as transformações dos Estados levariam a que se procurasse restringir tanto o *jus ad bellum* como, sobretudo, o *jus in bello*, o modo de fazer a guerra⁷. E daí algumas tendências, manifestados em sucessivas conferências diplomáticas, entre as quais:

- O desenvolvimento da arbitragem;
- O regime de neutralidade e de neutralização;
- O princípio da protecção das vítimas, através da Cruz Vermelha;
- O estabelecimento (principalmente com as Convenções de Haia de 1899 e de 1907) de regras restritivas sobre a condução da guerra (os beligerantes não poderiam escolher quaisquer formas de fazer a guerra, só poderiam atingir objectivos militares, deveriam circunscrever-se ao necessário para alcançar os seus fins e não poderia haver guerra para cobrança de dívidas);
- A limitação dos armamentos e as restrições do emprego de certos tipos de armas;
- O estabelecimento de certas regras em caso de ocupação militar (v.g., proibição de deportações).

III - O Direito internacional contemporâneo assenta na conjugação dos elementos vindos deste Direito da Guerra (ou Direito da Haia, como, por vezes, se diz) e do Direito humanitário (ou Direito de Genebra) com os princípios proclamados no Pacto da Sociedade das Nações e na Carta das Nações Unidas. E é, naturalmente, marcado pelos tramatismos das duas guerras mundiais, pelo risco de guerra atómica e pela sucessão de conflitos dos mais diversos tipos. Caracterizam-no, por um lado:

a) A proibição antecedida pelas restrições constantes das Convenções de Haia de 1907 e do Pacto da Sociedade das Nações (art. 12º) e pela tentativa representada pelo Pacto Briand-Kellog – de recurso à força como meio de dirimir conflitos internacionais (art. 2º,

⁷ No início do século XIX, 90% ou mais das vítimas de guerra eram militares. No início do século XXI, 90% ou mais pertencem a populações civis.

nº 4 da Carta e Resolução nº 2625(XXV) da Assembléia Geral, de 24 de Outubro de 1970, já citada);

b) Consequentemente, a nulidade de qualquer tratado cuja conclusão tenha sido obtida pela ameaça ou pelo emprego da força (art. 52º da Convenção de Viena de Direito dos Tratados);

c) Consequentemente também, a inadmissibilidade de aquisições territoriais pela força;

d) Apenas reconhecimento da legítima defesa, individual ou colectiva (art. 51 º).

E, por outro lado:

e) A variedade e a complexidade dos fins da guerra⁸ e a indefinição das fronteiras entre guerras internacionais (ou guerras internacionais na acepção clássica) e certas guerras no interior dos territórios de Estados sob administração de Estados, como as guerras desencadeadas em nome da autodeterminação ou de libertação nacional;

f) O reforço do Direito humanitário (Convenções de Genebra de 1949 e o seu alargamento a guerras não internacionais (Protocolos de 1977);

g) O desenvolvimento da noção de crimes de guerra, conexa com a formação de uma justiça penal internacional;

h) O estabelecimento de espaços desmilitarizados (Antártida⁹, fundos do alto mar, espaço extraterrestre);

i) Na linha dos esforços vindos já do século XX, limitação ou vedação de armas especialmente mortíferas ou que podem provocar destruição global¹⁰.

⁸ Não por acaso fala-se, genericamente, em *conflito armado* e a Carta emprega o termo *ruptura da paz* (capítulo VII).

⁹ Tratado de 1959.

¹⁰ Tratado de proibição de ensaios de armas nucleares na atmosfera, no espaço exterior e sob o mar, de 1963; tratado de não proliferação de armas nucleares, de 1968; convenção contra armas bacteriológicas, de 1972; tratado para a eliminação dos mísseis de alcance intermédio, de 1987; convenção sobre armas químicas, de 1993; tratado de proibição total dos ensaios nucleares, de 1997; convenção sobre minas antipessoais, de 1997 (esta aprovada em Portugal pela Resolução nº 5/99 da Assembleia da República, de 28 de Janeiro).

3. O uso da força, legítima defesa, agressão

I - Como resulta do que se vem dizendo, há também uma clara contraposição, no que tange ao uso da força, entre o Direito internacional clássico e o contemporâneo.

Naquele era admissível, quase só com os já referidos limites procedimentais, o uso da força por qualquer Estado ou aliança de Estados e não se concebia o uso da força por parte da comunidade internacional (porque não havia uma comunidade internacional organizado). Pelo contrário, na fase contemporânea, o uso da força pelos Estados é excepcional ou residual e prevalece o uso da força pela comunidade internacional – podendo agora, desta perspectiva, falar-se até em *uso privado* e aqui em *uso público* da força¹¹.

II - Tudo se passa hoje – no plano dos princípios, não no plano dos factos – como se as Nações Unidas através do Conselho de Segurança se arrogassem, senão o monopólio do uso da força, pelo menos o da sua avaliação (arts. 24º e segs. e 38º e segs. da Carta).

A Carta apenas consente o uso da força pelos Estados em duas circunstâncias¹²:

a) Em caso de legítima defesa, individual ou colectiva (art. 51 º);

b) Em caso de assistência às próprias Nações Unidas (art. 2º, nº 5), como a participação em acções por elas levadas a cabo ao

¹¹ Cf. J. L. BRIERLY, op. cit., p. 409 e segs.; K. SKUBISKEWSKI, Use of force by States, in **Manual of Public International Law**, ed. por MAX SORENSEN, Londres, 1968, p. 739 e segs.; NATALINO RONDIZZI, **Forze** (uso della), in **Dizionario delle Discipline Pubblicistiche**, VII, 1991, p. 11 e segs.; THOMAS M. FRANCK, General Course on Public International Law, in **Recueil des Cours**, 1993, I, p. 189 e segs.; **Malcon N. Shaw**, op. cit., págs. 681 e segs.; JEAN COMBACAU e SERGE SUR, op. cit., págs. 612 e segs.; PAULO CANELAS DE CASTRO, op. cit., loc. cit., p. 1007 e segs. e 1043 e segs.; JULIO A. GONZÁLEZ CAMPOS, op. cit., págs. 859 e segs.; EDUARDO CORREIA BAPTISTA, O poder público bélico em Direito Internacional: o uso da força pelas Nações Unidas em especial, dissertação de doutoramento policopiada, Lisboa, 2002.

¹² Do texto da Carta constam ainda a referência a acções contra Estados inimigos da 2ª guerra mundial (arts. 53º e 107º). Porém, ainda que pudesse fazer sentido em 1945, perdeu-o completamente depois dessa data, pelo que esses preceitos devem ter-se por caducados.

abrigo do capítulo VII ou noutras (as operações de paz e de ingerência humanitária), por elas determinadas ou admitidas¹³.

III - A legítima defesa – a legítima defesa contra ataque armado – decorre do Direito internacional geral ou comum e constituir mesmo um "direito natural", como se lê na Carta¹⁴.

Sendo assim, este direito não é exclusivo dos membros das Nações Unidas; podem-no invocar quaisquer outros Estados e até, com adaptações, outros sujeitos de base territorial (que, porventura, disponham de meios para tanto)¹⁵. E ele rege-se também (conquanto isso não esteja explícito no art. 51º), pelo princípio da proporcionalidade: a defesa há-de ser adequada à forma e ao conteúdo de agressão, à sua intensidade e à sua gravidade.

Entretanto, em face das competências específicas do Conselho de Segurança, o agredido tem o ónus de lhe comunicar a situação e a sua reacção e deve cessar esta, logo que o Conselho adopte as providências necessárias (art. 51º, 2a parte). Donde, o seu carácter subsidiário e temporário¹⁶.

¹³ No plano dos factos, encontram-se abundantes exemplos de uso da força pelos Estados mais diversos, à margem das regras da Carta. Recordem-se, entre outras, as intervenções da União Soviética na Hungria (1956), na Checoslováquia (1968) e no Afeganistão (1979-1988); da Grã-Bretanha e da França no Canal do Suez (1956); dos Estados Unidos no Vietname (1963-1975), na República Dominicana (1965), na ilha de Granada (1983) e no Panamá (1989); da Índia no Paquistão Oriental, depois Bangladesh (1971); da África do Sul e de Cuba em Angola (1975-1991); da França no Chade e no Zaire (1978); da Tanzânia na Uganda (1979); do Vietname em Camboja (1979-1989); da Rússia no Tajiquistão (desde 1993) e na Geórgia (desde 1994); dos países da OTAN na Jugoslávia (1999).

¹⁴ Cf. NATALINO RONDIZZI, op. cit., loc. cit., p.6 e segs.; ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, **Manual de Direito Internacional Público**, 3. ed., Coimbra, 1993, p.483 e segs.; ANTÓNIO CABRAL DE MONCADA, op. cit., p.87 e segs.; NGUYEN QUOC DINH et alii, op. cit., p.899 e segs.; PAULO CANELAS DE CASTRO, op. cit., loc. cit., p.1019 e segs.; JÚLIO D. GONZÁLEZ CAMPOS et alii, op. cit., p.872 e segs.

¹⁵ Já não organizações internacionais.

¹⁶ À semelhança, aliás, do que se verifica com a legítima defesa dos particulares nos ordenamentos jurídicos internos, que pressupõe sempre a impossibilidade de a autoridade pública intervir no momento da agressão.

IV - Para lá do esboço jurídico da figura, a realidade internacional tem suscitado árduos problemas:

- Qual o alcance de ataque armado? Compreende qualquer espécie de intervenção militar?
- Que relevância conferir à agressão económica ou à ideológica?
- Legítima defesa é somente contra agressão efectiva ou é também contra agressão iminente ou previsível (a chamada legítima defesa preventiva)? E, a ser reconhecida esta, como apreciar, objectivamente, a iminência do ataque?
- A legítima defesa deve ser exercida imediatamente, instantaneamente ou pode ser algo diferido no tempo? E até quando¹⁷?
- A legítima defesa colectiva postula uma relação convencional prévia entre os Estados em causa ou pode dar-se, simplesmente por intervenção solicitada a um terceiro Estado? E em que condições de liberdade se constitui uma ou outra relação?
- Como determinar um eventual excesso de legítima defesa? E como reagir, se se produzir?
- Qual o grau de discricionariedade de que goza o Conselho de Segurança na apreciação dos actos de agressor e agredido e nas decisões a tomar?
- Que sucede se o Conselho fica paralisado por causa do veto de um dos seus membros permanentes? E se o agressor for um dos membros permanentes?
- Será de conceber legítima defesa contra acções do Conselho de Segurança, por mera hipótese, contrárias à Carta?

¹⁷ Cf. a operação militar britânica para reocupação das Ilhas Malvinas ou Falkland em 1982; e agora a operação norte-americana no Afeganistão – de resposta aos ataques terroristas de Setembro de 2001 (ataques considerados como ameaça à paz e à segurança internacionais pelas Resoluções n.ºs 1368 e 1378 do Conselho de Segurança, de 12 e 28 de Setembro de 2001).

V - A Resolução nº 3314(XXIX) da Assembleia Geral, de 14 de Dezembro de 1974¹⁸, estabeleceu, embora não a título exaustivo, uma lista de actos qualificados como de agressão, entre os quais:

- A invasão ou o ataque por forças armadas;
- A ocupação e a anexação territorial em consequência do uso da força;
- O bloqueio dos portos ou das costas doutro Estado;
- O ataque contra as forças armadas ou contra os navios e os aviões comerciais de outro Estado;
- Havendo contingentes militares no território de outro Estado, o prolongamento da sua presença contra a vontade deste Estado;
- A concessão de facilidades a um Estado para cometer agressão contra um terceiro Estado;
- O envio de bandos armados contra o território de outro Estado. Diversamente, o estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, não obstante incluir a agressão entre os crimes submetidos à sua jurisdição, não fixa os elementos do tipo de crime e faz depender o exercício de competência pelo Tribunal de uma definição remetida para a revisão do Estatuto (arts. 5º, nº 2, 121º e 123º).

4. Os meios de solução de conflitos

I - À multiplicidade de conflitos tem vindo a responder o Direito internacional através de formas ou meios de solução crescentemente alargados e reforçados¹⁹.

¹⁸ Interpretativa da Carta, mas em si mera recomendação.

¹⁹ Cf. B. S. MURTY, Settlement of Conflicts, in **Manual ...**, de MAX SORENSEN, p.673 e segs.; LOUIS B. SOHN, Settlement of dispute relating to the interpretation and application of treaties, in **Recueil des Cours**, 1976, II, p.205 e segs.; Antonio Cassese, op. cit., p.223 e segs.; BENEDETTO CONFORTI, **Diritto Internazionale**, Nápoles, 1988, p. 395 e segs.; CELSO ALBUQUERQUE MELLO, op. cit., II, p. 977 e segs.; EDWARD MCWHINNEY, Judicial Settlement of Disputes - Jurisdiction and Justiciability, in **Recueil des Cours**, 1990, II, p.19 e segs.; SILVA CUNHA, **Direito Internacional Público - Relações Internacionais**, cit., p.161 e segs.; BLAISE GODET, **Bons offices, médiation et conciliation**, in **Les Réglement Pacifique des Différends Internationaux en Europe**:

A Carta das Nações Unidas indica a negociação, o inquérito, a mediação, a conciliação, a arbitragem, a solução judicial e o recurso a entidades ou acordos regionais (art. 33º, nº 1), a que cabe acrescentar os bons ofícios, o grupo de contacto e a própria intervenção das Nações Unidas.

É possível discernir, em tese, meios *relacionais* de solução (assentes em procedimentos diplomáticos clássicos) e meios *institucionais* (ligados ao aparecimento de organizações internacionais); e entre meios *políticos* e meios *jurídicos* (consoante os critérios de apreciação sejam políticos ou jurídicos). Na prática, verifica-se interconexão de processos quer pelas partes quer pelas organizações internacionais, assim como não tem de haver opção em exclusivo por meios políticos ou por meios jurídicos.

II - A negociação é, como o nome indica, a conversação entre as partes, o entendimento directo e imediato, através dos canais diplomáticos adequados.

O *inquérito* dá-se a partir da criação de uma comissão que vai indagar dos factos que estão na base do conflito.

Nos *bons ofícios* há um terceiro Estado (ou, porventura, outro sujeito de Direito internacional) que tenta aproximar os Estados em conflito levando-os a abrir ou a reatar as negociações ou a procurar outra forma de composição do litígio.

O *grupo de contacto* pode considerar-se uma forma próxima, em que se visa essencialmente obter informações acerca da disponibilidade das partes para a abertura de negociações.

Na *mediação*, o terceiro Estado já entra nas negociações, e pode chegar a formular ou a propor uma solução para ultrapassagem do conflito.

Na *conciliação* uma comissão (independente) examina a questão e propõe uma solução.

perspectivas d'avenir, obra colectiva, Dordrecht-Boston-Londres, 1991, p.193 e segs.; ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, op. cit., p.511 e segs.; NGUYEN QUOC DINH et alii, op. cit., p.787 e segs.; IAN BROWLIE, **Principles of Public International Law**, trad. portuguesa **Princípios de Direito Internacional Público**, Lisboa, 1997, p.735 e segs.; JÚLIO D. GONZÁLEZ CAMPOS et alii op. cit., p. 819 e segs.

Na *arbitragem*, há um tribunal ad hoc, singular ou colegial, com membros escolhidos pelas partes para dirimir o litígio, podendo fundar, em certos casos, a solução em juízos de equidade.

Pelo contrário, na *decisão judicial*, o tribunal é permanente (previamente constituído, por conseguinte) e julga segundo critérios de legalidade estrita em processo ritualizado.

III - Conquanto a solução judicial teoricamente possa ocorrer à margem de uma organização internacional, na realidade das coisas, toma-se difícil concebê-la doutro modo. Um tribunal constituído antes do litígio (ao contrário do que sucede, de ordinário, com os tribunais arbitrais) e com decisões de força jurídica predeterminada pressupõe uma institucionalização mais ou menos avançada do Direito das Gentes.

É o caso do Tribunal Internacional de Justiça, que embora não possua o monopólio da justiça internacional (art. 95º da Carta), é o tribunal vocacionado para dirimir os diferendos jurídicos entre Estados que possam afectar a paz e a segurança internacionais (art. 36º, nº 3).

5. Os princípios de solução de conflitos

I - Podem ser apontados quatro grandes princípios de solução dos conflitos internacionais:

1º) O dever – de *jus cogens* – de procurar a solução pacífica de qualquer conflito;

2º) A liberdade de escolha dos meios considerados adequados à solução do conflito em concreto;

3º) O dever de agir de boa fé, não inviabilizando a concretização do meio escolhido;

4º) O dever de acatar a solução do conflito uma vez encontrada ou definida e também de a executar de boa fé.

II - A Carta das Nações Unidas completa estes princípios, estabelecendo ainda:

1º) A proibição de recurso à força ou a poderes de facto contrários ao princípio da igualdade soberana dos Estados (arts. 51º e 2º, nºs 3 e 4);

2º) O carácter aberto, não taxativo, dos meios de solução consignados (art. 33º, que, aliás, não prevê os bons ofícios);

3º) A possibilidade de "acordos regionais" ou de intervenção de organizações regionais (arts. 52º e segs.)²⁰;

4º) O carácter subsidiário ou supletivo das Nações Unidas (arts. 33º, nº 2 e 36º, nº 2);

5º) Dentro das Nações Unidas, o primado do Conselho de Segurança, não podendo a Assembleia Geral (como já se disse) fazer nenhuma recomendação acerca de um conflito quando dele se esteja ocupando o Conselho (art. 12º, nº 1).

6. A intervenção do Conselho de Segurança

I - O Conselho de Segurança intervém nos conflitos internacionais por sua iniciativa (arts. 34º e 36º, nº 1 da Carta), por iniciativa da Assembleia Geral (art. 11º, nº 3) e por iniciativa do Secretário-Geral (art. 99º, já citado). E intervém por iniciativa de qualquer dos Estados envolvidos, seja membro ou não membro das Nações Unidas (art. 35º, nºs 1 e 2); o Estado não membro tem de aceitar, neste caso, as obrigações decorrentes da Carta (art. 35º, nº 2, *in fine*).

A intervenção do Conselho traduz-se num dos seguintes resultados, por grau crescente: convite às partes no sentido da solução pacífica do conflito (art. 33º, nº 2), abertura de inquérito (art. 34º), recomendação dos processos ou métodos adequados de solução (art. 36º, nº 1), recomendação de solução adequada (art. 37º, nº 2).

Observe-se que, mesmo nas últimas hipóteses – indicação de um processo de solução ou indicação de uma solução para o conflito – a decisão do Conselho de Segurança não se impõe necessariamente às partes, ao invés do que se dá com a via judicial. Vinculativa é ou pode ser, sim, a decisão do Conselho de Segurança, quando o conflito degenera em conflito armado ou este se tome iminente; mas agora já se entra em zona diversa.

II - Naturalmente, por um princípio de imparcialidade ou isenção, em todas as decisões que o Conselho de Segurança tome ao

²⁰ Cf. HANNA SABA, Les accords regionaux dans la Charte de l'ONU, in *Recueil des Cours*, 1952, I, p. 639 e segs.

abrigo do capítulo VI da Carta e do art. 52º, nº 3 um Estado membro do Conselho que seja parte num conflito deve abster-se de votar (art. 27º, nº 3, *in fine*, já citado).

Em contrapartida, um membro das Nações Unidas que não seja membro do Conselho de Segurança ou qualquer Estado que não seja membro das Nações Unidas será convidado, desde que seja parte num conflito submetido ao Conselho, a participar sem direito de voto na respectiva discussão (art. 32º). De resto, um Estado não membro da Organização poderá sempre chamar a atenção do Conselho (ou da Assembleia Geral) para qualquer conflito em que seja parte, contanto que aceite previamente as obrigações de solução pacífica prescritas na Carta (art. 35º, nº 2, de novo).

Além disso, qualquer membro das Nações Unidas que não seja membro do Conselho poderá participar sem direito de voto na discussão de qualquer questão, quando o Conselho de Segurança entender que os seus interesses estão especialmente em jogo (art. 31º).

7. Meios de intervenção na ocorrência de conflito armado

I - Que acontece se, a despeito de tudo, o conflito não encontra solução e se dá a eclosão ou o risco imediato de eclosão de conflito armado? Ou, se, de qualquer forma, ocorre ruptura da paz?

É neste momento que se manifesta o papel determinante do Conselho de Segurança – por acção ou por omissão, agindo em termo oportuno e útil ou não agindo. É escusado se toma sublinhar a total dependência de qualquer dos termos de alternativa da vontade dos Estados, mormente dos membros permanentes do Conselho.

II - Antes de mais, compete ao Conselho de Segurança verificar a existência da situação (art. 39º) e, de seguida, tomar as medidas apropriadas para a vencer (arts. 40º e segs.).

A situação pode ser ou uma ameaça à paz, ou uma ruptura da paz ou uma agressão. À sua diversa gravidade há-de corresponder medidas ou intervenções ajustadas, segundo um princípio de proporcionalidade: medidas provisórias e recomendações (art. 40º) e depois decisões obrigatórias (arts. 41º e segs.).

As decisões podem desembocar em sanções ou meios coercitivos contra os Estados considerados infractores ou agressores²¹.

III - No Pacto da Sociedade das Nações só as sanções económicas eram obrigatórias para os Estados membros da Sociedade. Na Carta são-no tanto as sanções económicas e as diplomáticas como as sanções militares: tanto pode ser decidida a interrupção das relações económicas, das comunicações com o Estado infractor e das relações diplomáticas (art. 41º) como ser decidido o recurso à força para o restabelecimento da paz e da segurança internacionais (arts. 42º a 47º).

As sanções económicas obrigam tanto os Estados como por força da incorporação das decisões do Conselho de Segurança nas respectivas ordens jurídicas internas, também os particulares – sujeitos estes, por seu turno, as sanções dos seus Estados em caso de incumprimento²².

Tem havido diversos casos de sanções económicas²³. Ao invés, até agora só houve um caso, e bem recente, de aplicação de sanções militares: o da invasão do Coveite pelo Iraque, a que se reagiu com uma operação militar de grande envergadura (em que, de resto, não se chegou a constituir o Estado-Maior previsto no art. 46º da Carta)²⁴.

IV - A cooperação na manutenção da paz e da segurança internacionais (art. 2º, nºs 5 e 6) envolve para os Estados membros

²¹ Cf., por exemplo, ALFRED VERDROSS, op. cit., p.334 e segs.; MARQUES GUEDES, **Direito Internacional Público**, cit., p. 432 e segs.; CELSO ALBUQUERQUE MELLO, op. cit., II, p.1006 e segs.; JEAN COMBACAU e SERGE SUR, op. cit., p.654 e segs.

²² Cf., em Portugal, a Lei nº 11/2002, de 16 de Fevereiro (de resto, aplicável também a sanções impostas por regulamentos comunitários).

²³ Foram aplicadas contra a Rodésia e a África do Sul, nos anos 60, 70 e 80, e mais recentemente contra a Líbia, a Ruanda, a Jugoslávia, a Somália, o Sudão; e continuam a ser aplicadas contra o Iraque.

²⁴ A quando da questão da Rodésia (subsequente à declaração unilateral de independência pela minoria europeia em 1965) não foram as Nações Unidas a intervir, mas sim a Grã-Bretanha (por meio do bloqueio do porto da Beira) com autorização do Conselho de Segurança. E também não foi no caso de sanções militares na atrás referida recente intervenção no Afeganistão.

das Nações Unidas, e até para os não membros, o dever de execução das decisões do Conselho de Segurança, directamente ou através dos organismos internacionais adequados (art. 48º)²⁵.

Nesse âmbito, eles podem ainda associar-se para efeito de assistência mútua (art. 49º); e, se um Estado enfrentar particulares dificuldades económicas em consequência das medidas preventivas ou coercitivas tomadas pelo Conselho de Segurança, ele terá o direito de consultar o Conselho com vista à superação dessas dificuldades, desses danos colaterais (art. 50º), embora não receba necessariamente uma compensação por esses prejuízos²⁶.

V - Não se confundem, de jeito nenhum, com sanções militares duas modalidades de intervenção das Nações Unidas não previstas na Carta, mas de grande importância.

Uma foi a intervenção da Coreia entre 1950 e 1953, ao abrigo da resolução *União para a Paz* aprovada pela Assembleia Geral (na ausência da União Soviética do Conselho de Segurança): em nome das Nações Unidas, os Estados Unidos e os seus aliados enviaram contingentes militares para ajudar a Coreia do Sul na guerra contra a Coreia do Norte.

Outra modalidade tem sido a das operações de paz.

8. As operações de paz das Nações Unidas

I - Não previstas na Carta, mas remontando logo a 1948, as operações de paz constituem uma das maiores e, no seu conjunto, mais felizes realizações das Nações Unidas²⁷.

²⁵ Bem como, obviamente, o dever de não prestar assistência aos Estados contra os quais as Nações Unidas desencadeiem qualquer acção preventiva ou coercitiva (art. 2º, nº 5, 2a parte).

²⁶ Cf. JEREMY CARVER e JENINE HULSMANN, The role of article 50 of UN Charter in the search for international peace and security, in **International and Comparative Law Review**, 2000, p.528 e segs.

²⁷ Cf. RAHMATULLAH KHAN, **Implied powers of the United Nations**, Deli, 1970, p. 41 e segs.; ANTÓNIO DA COSTA LOBO, Operações de paz das Nações Unidas, in **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, 1971, p. 55 e segs.; MICHEL VOELCKEL, Quelques aspects de la conduite des opérations de maintien de la paix, in **Annuaire français de droit international**, 1993, p.65 e segs.; JEAN COMBACAU e

Desenvolvidas com finalidades, em tempos e em moldes muito diversos em face da variedade das circunstâncias e das possibilidades de intervenção, têm atingido todos os continentes. Começadas no período da "guerra fria", cresceram em número nos últimos anos, com a eclosão de conflitos locais em zonas muito sensíveis.

Umás vezes têm sido de pequena dimensão: envio de observadores de paz para Caxemira (1948-1958 e 1965-1966), para a Palestina (1948); para Chipre (desde 1964), para a fronteira do Iraque e do Coveite (1991) ou para a República do Salvador (1991), preparação da independência da Namíbia (1989) ou de referendo no Sáara Ocidental (desde 1991). Outras vezes têm revestido grande dimensão: operações no Suez e no Sinai (1956-1967), no Congo ex-belga (1960-1964), em Angola (1989-1995), em Camboja (1991-1993), na Somália (1991-1993), nas repúblicas da antiga Jugoslávia (desde 1992), em Moçambique (1993-1994), na Albânia (1997), em Timor Leste (desde 2000). Das primeiras tem sido encarregado, em certos casos, pessoal civil. As segundas têm exigido necessariamente contingentes militares e (ou) policiais²⁸.

Por outro lado, a par das Nações Unidas e, de certo modo, aplicando o princípio da subsidiariedade da sua actuação (art. 52º da Carta), também organizações regionais têm levado a cabo operações de natureza semelhante: assim, pela Liga Árabe no Líbano (1978), pela Organização dos Estados Americanos no Haiti (1994) ou pela

SERGE SUR, op. cit., p.653 e segs.; DIEZ DE VELASCO, **Las Organizaciones Internacionales**, 8. ed., Madrid, 1994, p.193 e segs.; PAULO CANELAS DE CASTRO, **De quantas ...**, cit., loc. cit., p.1045 e segs. E ainda NUNO MIRA VAZ, Operações de paz: algumas questões prévias ao seu lançamento, in **Nação e Defesa**, nº 73, Janeiro-Março de 1995, p.107 e segs., ou BERNARD MYIET, Évolutions récents des activités de maintien de la paix des Nations Unies, ibidem, nºs 95-96, Outono-Inverno de 2000, p.69 e segs.

²⁸ Entre as classificações de operações de paz propostas, pode citar-se a de NUNO ROCEIRO (**Os militares e a paz**, Lisboa, 1999, p.6 e segs.) distinguindo: a) envio preventivo de forças militares; b) missões de observação e manutenção de paz; c) missões de imposição da vontade da comunidade internacional; d) missões de construção da paz após conflito; e) medidas para aumentar a estabilidade e construir confiança.

Comunidade de Estados da África Ocidental na Libéria (1991), na Serra Leoa (1996) e na Guiné-Bissau (1998).

Casos particularíssimos são os das operações realizadas, nos últimos anos, pela Organização do Tratado do Atlântico Norte, em nome ou não das Nações Unidas, em territórios da antiga Jugoslávia; e a operação efectuada em Timor Leste por uma força multinacional (INTERFET) em 1999 e que antecedeu a operação de paz presentemente em curso²⁹.

II - As operações de paz não se confundem, obviamente, com os processos de solução de conflitos, porque em si mesmas não visam resolver diferendos, mas atingir os seus efeitos ou impedir que se produzam. E tão pouco se confundem com as acções em caso de ameaça à paz, ruptura da paz ou agressão, porque não são repressivas, nem assumem carácter sancionatório.

Não abrangidas, portanto, nem pelo capítulo VI nem pelo capítulo VII da Carta³⁰, podem fundamentar-se, todavia, no fim geral das Nações Unidas de "*manter a paz e a segurança internacional*", com a possibilidade de tomadas das medidas colectivas eficazes que sejam necessárias (art. 1º). Aliás, se as Nações Unidas podem empregar a força para *restabelecer* a paz (arts. 42º e segs.), por maioria de razão hão-de poder organizar operações para impedir que a paz seja afectada, com as consequências inerentes³¹.

III - O regime jurídico das operações de manutenção da paz tem-se formado por costume internacional, a partir da prática do Conselho de Segurança, da Assembleia Geral e do Secretário-Geral, e analisa-se nos seguintes princípios:

1º) As operações são actividades das Nações Unidas, desenrolam-se sob a sua bandeira, os seus participantes usufruem dos privilégios e imunidades da Organização e à Organização é imputável a responsabilidade pelos prejuízos que delas venham a resultar;

²⁹ Na base da Resolução nº 1264 (1999) do Conselho de Segurança, de 15 de Setembro de 1999.

³⁰ Embora já tenham havido algumas operações decididas com invocação do capítulo VII.

³¹ O Tribunal Internacional de Justiça, no parecer sobre "Certas despesas das Nações Unidas" de 20 de Julho de 1962, aceitou a legalidade das operações de manutenção de paz e ocupou-se do pagamento das suas despesas pelos Estados membros.

2º) Elas implicam o consentimento do Estado em cujo território se realizem (embora haja ou tenha havido situações-limite de, na falta de poder instituído, tenha apenas existido uma decisão externa) e pressupõem sempre o respeito pela sua independência e pela sua integridade territorial;

3º) Têm natureza não coercitiva, só se admitindo o recurso à força em caso de legítima defesa^{32 33};

4º) Postulam imparcialidade entre as partes envolvidas no conflito – Estados ou facções no interior do Estado;

5º) Têm duração limitada; e cessam ou por se ter alcançado o seu objectivo, ou por ele se ter tornado impossível ou a pedido do Estado em cujo o território se efectuam;

6º) O órgão competente para decidir a realização das operações é o Conselho de Segurança, como órgão a que cabe "a responsabilidade principal na manutenção da paz" (art. 24º da Carta)³⁴;

7º) A direcção das operações compete ao Secretário-Geral, o qual determina a composição das forças, celebra os necessários acordos com os Estados que fornecem destacamentos e com os Estados em cujos territórios eles são colocados e comanda superiormente as acções.

8º) O financiamento recai sobre a Organização através das contribuições (obrigatórias) dos Estados membros nos termos a fixar pela Assembleia Geral, órgão competente em matéria financeira (art. 17º).

IV - Antes da revisão constitucional de 1997, poderia perguntar-se se seria admissível, à face da Constituição portuguesa, a participação de forças portuguesas em operações de paz. Mas, apesar de o art. 275º – que enuncia as funções das Forças Armadas ser

³² Cf. ANTÓNIO DA COSTA LOBO, op. cit., loc. cit., p.133 e segs.; e as Normas de Justiça Penal das Nações Unidas para as funções de polícia de manutenção da paz, in **Documentação e Direito Comparado**, nº 69/70, 1997, p.269 e segs.

³³ Mas no Congo ex-belga, a ONU empregou a força para reduzir a secessão de Catanga.

³⁴ Mas a operação de Suez em 1956 foi desencadeada pela Assembleia Geral ao abrigo da resolução "União para a Paz".

omisso – a resposta deveria ser positiva, tendo em conta os grandes princípios e objectivos da inserção internacional de Portugal declarados pelo art. 7º³⁵.

Após aquela revisão qualquer dúvida não faria mais sentido, visto que se aditou ao art. 275º um preceito dizendo: "Incumbe às Forças Armadas, nos termos da lei satisfazer os compromissos internacionais do Estado Português no âmbito militar e *participar em missões humanitárias e de paz assumidas pelas organizações internacionais de que Portugal faça parte*". A decisão há-de pertencer ao Governo, em concertação com o Presidente da República [arts. 120º, 182 e 201, nº 1, alínea c)], e com acompanhamento pela Assembleia da República [art. 161º, alínea j), novo]^{36 37}.

9. As intervenções humanitárias

I - Diferentes das operações de paz, se bem que muitas vezes conexas e próximas delas quando precedidas ou acompanhadas de contingentes militares ou de polícia, são as acções ditas de intervenção, ingerência ou assistência humanitária (o nome não importa), destinadas especificamente a acudir às vítimas de catástrofes e de conflitos e que têm vindo a ser sido concretizadas, em várias partes do mundo por obra das Nações Unidas ou de organizações ou Estados com o seu aval.

Ao fim e ao resto, com objectivos próximos das das acções promovidas pela Cruz Vermelha – ajudar as pessoas só por precisarem de auxílio e protecção – distinguem-se destas pela amplitude – abrangendo centenas de milhares ou milhões de pessoas – pelo enquadramento político e pelos meios logísticos e de apoio militar de que se servem.

³⁵ Cf. **Manual ...**, III, págs. 186 e segs.

³⁶ O estatuto dos militares portugueses envolvidos em missões humanitárias e de paz consta dos Decretos-leis nº 233/96, de 7 de Dezembro, e nº 348/99, de 27 de Agosto.

³⁷ Cf. ALEXANDRA LEITÃO, A defesa nacional no âmbito da política externa portuguesa, in CARLOS BLANCO DE MORAIS, ANTÓNIO DE ARAÚJO E ALEXANDRA LEITÃO, **Direito da Defesa Nacional e das Forças Armadas**, Lisboa, 2000, p.370 e segs.

Citem-se a assistência às vítimas do terramoto da Arménia (1988), a protecção dos curdos do norte do Iraque (1991), a intervenção na Ruanda (1994); e, a par de operações de paz, as intervenções na Somália (1992), no Haiti (1994) e no Cossovo (a seguir a 1999)^{38 39}.

II – Assente como as Convenções de Genebra numa concepção jus-universalista e de solidariedade entre as pessoas e os povos, as intervenções humanitárias subordinam o princípio da soberania ao princípio do respeito dos mais fundamentais dos direitos do homem – que cabe à comunidade internacional no seu conjunto prosseguir.

Donde os seguintes traços individualizadores (talvez, por subsistirem muitas incertezas práticas, mais prescritivos do que descritivos):

1) Como pressuposto, estado de necessidade – situação que afecta toda uma população ou todo um grupo, pondo em causa a sua sobrevivência ou a sua subsistência;

³⁸ Entre os textos fundamentais das Nações Unidas, citem-se as Resoluções da Assembleia Geral nº 43/131, de 8 de Dezembro de 1988 (sobre livre acesso às vítimas) e nº 45/100, de 14 de Dezembro de 1990 (passagem ou corredores de urgência humanitária) e a Resolução nº 688, de 5 de Abril de 1991, do Conselho de Segurança (curdos do norte do Iraque).

³⁹ Cf. FRANCISCO FERREIRA DE ALMEIDA, O princípio de não ingerência e o Direito internacional humanitário, in **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, 1995, p.373 e segs.; MÁRIO BETTATI, **Le droit d'ingérence** - mutation de l'ordre international, Paris, 1996; CESARE PINELLI, Sul fundamento degli interventi armati a fini umanitari, in **Diretto Pubblico**, 1999, p.61 e segs.; **A ingerência e o Direito internacional**, obra colectiva, Instituto de Defesa Nacional, Lisboa, 1996; MAFALDA CARMONA et alli, Direito de intervenção humanitária, in **Revista Jurídica**, nº 20, Novembro de 1996, p.259 e segs.; ISABEL RAIMUNDO, **Imperativo humanitário e não ingerência** - os novos desafios do Direito internacional, Lisboa, 1999; SARA GUERREIRO, Intervenção quase humanitária, in **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, 2000, p.887 e segs.; ADRIANO MOREIRA, O direito de intervenção, in **Direito e Justiça**, 2001, p.231 e segs.; GOMES CANOTILHO, Intervenção humanitária e sociedade de risco, in **Nação e Defesa**, 2001, p.17 e segs.; PAULO CANELAS DE CASTRO, A intervenção armada no caso do Kosovo - Novos elementos para a construção de uma nova ordem internacional?, *ibidem*, p.73 e segs.

2) Como pressuposto igualmente, a exaustão ou a ausência de alternativas, com incapacidade das autoridades locais para tomarem as providências adequadas⁴⁰;

3) Desnecessidade de consentimento do Estado em cujo território se desenrolam as operações (aó invés do que sucede com as operações de paz) – podendo, inclusive, falar-se em dever de aceitação da assistência do Estado a par de um dever de assistência da comunidade internacional;

4) Necessidade de autorização, homologação ou convalidação pelas Nações Unidas – e, dentro das Nações Unidas, do Conselho de Segurança (sendo duvidoso o recurso à resolução "União para a Paz" para se passar do Conselho para a Assembleia Geral);

5) Adstrição dos meios aos fins e sua racionalidade – ou seja, os meios utilizados em concreto acham-se funcionalizados aos fins assumidos na decisão de ingerência ou assistência, não valem por si e não podem ir além ou ficar aquém do que importa para os alcançar;

6) Por isso, limitação no espaço e no tempo;

7) Isenção (o que não equivale a neutralidade perante o agressor) na condução das operações;

8) Subordinação, a par disso, dos interesses dos Estados, das organizações e dos indivíduos envolvidos nas operações aos fins das Nações Unidas, designadamente o respeito pela autodeterminação do povos.

III - O desejável seria que as forças militares ou para-militares empenhadas em missões de intervenção, assistência ou ingerência humanitária (como, de resto, em operações de paz) constituíssem um corpo próprio das Nações Unidas (na linha da "Agenda para a Paz" do anterior Secretário-Geral das Nações Unidas Butros Ghali), em vez de forças disponibilizadas segundo o livre alvedrio dos Estados. Não é isso que sucede e, porventura, tão cedo não sucederá. Daí – e do peso dos membros permanentes do Conselho de Segurança – a fraqueza do instituto.

⁴⁰ Sobre o *Estado falhado* (ou Estado em situação de incapacidade jurídico-internacional e jurídico-interna para cumprir as suas funções), v. GOMES CANOTILHO, *Intervenção ... cit.*, loc. cit., p.23 e segs.

Por certo, representa um enorme progresso que qualquer intervenção para salvar vidas humanas seja efectuada – ao contrário do que se verificou no século XIX e do que se verificou mesmo recentemente, algumas vezes – ao serviço ou através da organização que exprime a humanidade no seu conjunto e não ao serviço destes ou daqueles Estados. Mas perduram as contingências de interesses estratégicos e económicos, o jogo de forças regionais e o peso dos membros permanentes do Conselho de Segurança exercendo ou não direito de veto; e tudo isto tem condicionado ou determinado as intervenções – e (talvez pior) as não intervenções.

A FALTA DE EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS CONTRA AS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO

José Barros Correia Junior (*)

SUMÁRIO

1. Eficácia e Efetividade. 2. Estatísticas de constituição e extinção de pessoas jurídicas de direito privado. 3. As decisões judiciais e a falta de instrumentos para a sua efetivação. 4. A crise da responsabilidade limitada dos sócios e administradores.

1. Eficácia e Efetividade

Diversas obras de Sociologia do Direito têm se dedicado ao profundo estudo das normas jurídicas, desde os fatos que influenciam a sua criação até a sua eficácia social. No entanto, tema de grande importância também é o estudo das decisões judiciais, que não tem sido abordado com a mesma paixão e intensidade.

As pesquisas sociológicas acerca das decisões judiciais, em especial as emanadas contra sociedades empresárias e civis nas quais tenham seus sócios responsabilidade limitada, são quase inexistentes. Na maioria das obras existentes, as decisões judiciais são analisadas no sentido de formar um posicionamento sobre o Judiciário ou mesmo sobre o juiz como indivíduo, analisando a sua origem social, a sua ideologia e a sua formação, ou seja, restringindo-se, na maioria das vezes, ao instrumento humano de realização da ordem jurídica. Pouco se tem analisado e discutido sobre o fato das decisões judiciais serem ou não devidamente respeitadas e cumpridas, se têm ou não a eficácia social desejada. Desta forma, torna-se necessário ressaltar que é principalmente através das decisões judiciais que as normas legais podem ser coercitivamente aplicadas. Daí a importância do seu estudo.

(*) Mestre em Direito privado pela Universidade Federal de Pernambuco, professor da Escola Superior de Magistratura do Estado de Alagoas, professor substituto da Universidade Federal de Alagoas, professor e coordenador do curso de Direito da Faculdade de Alagoas e advogado.

A análise feita até então sobre as decisões judiciais restringiu-se basicamente aos estudos da dogmática jurídica, tratando-a da forma mais acadêmica possível, analisando-a principalmente pelo seu conteúdo formal. Existe, no entanto, uma ruptura entre os estudos dogmáticos e a realidade dos fatos. As disposições legais, estudadas pela dogmática jurídica e externadas através das decisões judiciais, não mais se coadunam com a realidade e os anseios sociais.

Contudo, não cabe à dogmática jurídica analisar se o conteúdo das decisões judiciais está ou não tendo a efetividade desejada ou mesmo se está refletindo as necessidades sociais. A efetividade das decisões judiciais e as transformações da sociedade por elas causadas, assim como ocorre com as normas jurídicas, devem ser objeto de estudo da sociologia jurídica. É questão de política jurídica que não cabe ser analisada em termos dogmáticos. Somente após o estudo sociológico da questão é que seria possível a implementação de medidas em níveis dogmáticos como forma de dar ao Direito posto eficácia social.

Cabe, entretanto, definir previamente qual seria o âmbito de aplicação da expressão efetividade, desde já diferenciando eficácia jurídica de eficácia social. Como ficou doutrinariamente assentado, eficácia jurídica seria a aplicabilidade ou a possibilidade de aplicação da norma jurídica ou mesmo de uma decisão judicial por ter cumprido, à sociedade, todos os requisitos exigidos para a sua formação. Por sua vez, eficácia social seria a real obediência e aplicação, da norma ou da decisão judicial, aos fatos. A aplicabilidade e a respeitabilidade no meio social seriam, portanto, a efetividade da norma jurídica ou da decisão judicial.

Segundo preleção do renomado constitucionalista José Afonso da Silva, a despeito de não tratar acerca das decisões judiciais e sim das normas, eficácia social seria *“uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma; refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada; nesse sentido, a eficácia da norma diz respeito, como diz Kelsen, ao ‘fato real de que ela é efetivamente aplicada e seguida, da circunstância de uma conduta humana conforme a norma se verificar na ordem dos fatos’.* É o que tecnicamente se chama

*efetividade da norma. Eficácia é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas*¹.

Destarte, da mesma forma que existe uma diferença considerável entre o que seja eficácia de sua norma legal e seus efeitos sociais, existe também uma diferença entre a eficácia de uma decisão judicial e seus efeitos sociais. Assim como ocorre com a norma jurídica, com as decisões judiciais a expressão eficácia ficaria restrita a suas formalidades e requisitos legais enquanto seus efeitos no âmbito social seriam denominados de efetividade.

Para que seja juridicamente eficaz uma decisão judicial deve ser emanada de uma autoridade estatal, singular ou coletiva, investida de jurisdição e com competência para fazê-lo, devendo cumprir todos os requisitos materiais e processuais necessários à sua validade². A partir de então tem a possibilidade de ser aplicada no meio social.

No entanto, mesmo sendo juridicamente eficaz por diversas vezes, uma decisão judicial não tem eficácia social, ou seja, a sua desejada efetividade. Os motivos são diversos. Algumas vezes se dá por motivos sócio-culturais, a população não absorve ou admite aquela norma ou decisão posta, outras vezes se caracteriza pelo flagrante desrespeito às determinações legais e judiciais, bem como pela conseqüente inércia do Judiciário diante da completa falta de aparato normativo e material apropriado.

Assim sendo, deve se buscar diminuir os efeitos de um dos maiores problemas do Direito: o seu divorcio com a realidade, não só em termos normativos, mas também no que tange a decisões que freqüentemente são descumpridas sob respaldo da estrutura reconhecidamente arcaica e, por diversas vezes, conservadora do direito processual brasileiro. Tal situação assume padrões superlativos quando se analisa o descrédito do Judiciário a partir da quase que completa falta de efetividade das suas decisões. Para os

¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.65.

² No processo civil brasileiro todas as decisões devem ser fundamentadas, em especial as sentenças que devem ter um relatório do ocorrido durante a tramitação do processo, os fundamentos fáticos e jurídicos que baseiam o seu último em mais importante requisito, a parte dispositiva (art. 458 do CPC).

jurisdicionados, de nada adianta saber da possibilidade da tutela jurisdicional do Estado se têm conhecimento que a mesma além de lenta é por inúmeras vezes socialmente ineficaz. No âmbito do direito privado tal descontentamento tem sido analisado com cuidado pela doutrina especialmente no que pertine às obrigações de conteúdo patrimonial de sociedades empresárias ou não onde seus sócios e administradores gozassem de uma limitação de responsabilidade ao capital social ou mesmo uma completa falta de responsabilidade civil pelos danos porventura causados em nome das pessoas jurídicas representadas.

A despeito de ser uma realidade já conhecida nos meios jurídicos e sofrida na carne pelos jurisdicionados, torna-se de bom alvitre um aprofundamento nos motivos determinantes desta falta de efetividade das decisões judiciais no que diz respeito às obrigações cujo sujeito passivo seja pessoa jurídica de direito privado.

A pesquisa deste texto foi realizada entre julho de 2000 e março de 2003, compreendendo o levantamento de dados expostos em *sites* de Juntas Comerciais e do Departamento Nacional de Registro de Comércio – DNRC – na Internet, a pesquisa aleatória de alguns processos de falência e a análise de uma exemplar decisão jurisprudencial emanada pelo Superior Tribunal de Justiça. Para tanto, restringiu-se o campo de estudo às sociedades limitadas que representam, como se verá adiante, uma fatia considerável dos registros atuais e quase totalidade das sociedades regulares do Brasil.

A intenção primária deste texto é analisar os dados pertinentes à constituição e à extinção das sociedades limitadas comparados aos dados de constituição e extinção de demais espécies empresariais como pretensão de prova da verdadeira falência por que passam determinados institutos jurídicos como o da responsabilidade limitada de sócios e administradores. A partir disto, busca-se captar os subsídios necessários para esclarecer se as decisões judiciais ordinariamente exaradas contra sociedades limitadas, assim como as normas legais que tratem a seu respeito, têm ou não a efetividade pretendida.

2. Estatísticas de constituição e extinção de pessoas jurídicas de direito privado³

Durante o período ocorrido entre 1985 e 2002, foram oficialmente constituídas no Brasil um total de 4.059.727 sociedades limitadas. Em contrapartida foram constituídas apenas 18.807 sociedades anônimas, 20.226 cooperativas e 4.224 outras espécies societárias.

A mesma proporção é encontrada na extinção destas sociedades. No mesmo período foram extintas 462.976 sociedades limitadas, 6.854 sociedades anônimas, 788 cooperativas e 631 outras espécies societárias.

Vale ainda salientar que, levando-se em conta não apenas as espécies societárias, mas também os registros de empresários individuais, o número de sociedades por quota de responsabilidade limitada fica pouco abaixo da metade dos registros, uma vez que entre os anos de 1985 e de 2002 foram registradas 4.340.921 das ditas “*firmas individuais*”. No entanto, nestas “*firmas individuais*” a responsabilidade do empresário é ilimitada não tendo, assim, tanta pertinência com nosso estudo.

Isto demonstra com clareza que as sociedades limitadas constituídas entre o período ocorrido entre 1985 e 2002 representam mais de 98% das pessoas jurídicas de direito privado que exercem atividade empresarial no Brasil⁴. O mesmo se dá com os dados oriundos das Juntas Comerciais da Região Nordeste, bem como nas demais regiões do País.

Assim sendo, das pessoas jurídicas de direito privado regularmente registradas no Brasil destinadas à exploração de atividade empresarial, a maioria esmagadora é de sociedades limitadas. Tal situação se dá pela sua criação e administração até então simplificada, bem como e especialmente pela limitação da

³ Dados obtidos no *site* oficial do Departamento Nacional de Registro do Comércio – D. N. R. C. – órgão técnico superior às Juntas Comerciais: <<http://www.facil.dnrc.gov.br>>, em outubro de 2001.

⁴ Sempre lembrando que as firmas individuais não são pessoas jurídicas de direito privado, mas sim pessoas físicas que exercem atividade comercial em seu nome, por sua conta e risco, e, portanto, não fizeram parte destas estatísticas.

responsabilidade civil de todos os sócios ao seu quinhão social. Urge, contudo, ressaltar que com o advento do Novo Código Civil, tal sociedade passa a ser mais complexa do que aquela regrada pelo Decreto n.º 3.708/19, com isso, somente o tempo dirá se tais percentuais irão perdurar.

A despeito deste último argumento, como já mencionado, um dos motivos que fizeram com que este texto se restringisse a esta espécie societária foi justamente o fato de que as sociedades limitadas representariam a grande maioria dos exploradores de atividade empresarial do Brasil.

3. As decisões judiciais e a falta de instrumentos para a sua efetivação

Apesar de já ser fato público e notório na comunidade jurídica, pode se afirmar que se torna necessária uma pesquisa metodologicamente organizada para a comprovação de todos os argumentos a serem levantados neste artigo. Foram pesquisados inúmeros processos em vários Estados do Brasil, todos eles refletindo as mesmas conclusões. Esta pesquisa restringiu-se aos processos movidos contra as sociedades limitadas, uma vez que representam comprovadamente cerca de 98% das sociedades regularmente registradas no Brasil. Ademais, por questões lógicas, restringiu-se também esta pesquisa aos processos onde a falência já havia sido declarada como forma de comprovar a falta de efetividade não só da norma mas também das próprias decisões judiciais.

Tomando como exemplo o Estado de partida, Alagoas, foram pesquisados 35 processos de falência em varas da Capital e do interior. De todos os processos pesquisados somente dois tiveram parte das dívidas adimplidas através de liquidação judicial, nos demais não foi arrecadado nenhum valor para saldar as dívidas. Destes processos de falência onde nada se arrecadou, em 14 deles as sociedades requeridas não tinham bens suficientes e livres de ônus que pudessem saldar suas dívidas. Nos 19 processos restantes a sociedade requerida e seu sócio-gerente sequer foram encontrados no local em que fora registrada a sua sede e respectivas residências. A mesma situação se reflete em outros pontos do país.

Com isso, conclui-se que, analisando pela ótica da dogmática jurídica, tais atividades empresariais na época da tramitação deste

processo estariam plenamente protegidas pelo Art. 2º do Decreto n.º 3.708/19⁵ que assegurava aos sócios desta espécie societária a responsabilidade limitada ao total do capital social registrado. Entretanto, analisando os fatos que originaram a criação destas sociedades e as condições em que as mesmas assumiram suas dívidas, o desenlace destas demandas deveria ser completamente diferente.

O que ocorre em muitos destes processos é a fuga dos sócios ou mesmo o fato da sociedade nunca ter existido de fato, apenas através de um contrato social registrado com finalidades fraudulentas. Isto se comprova pelo despacho exarado em um dos processos pesquisados quando o seu magistrado verificou tal ocorrência. *In casu*, interessante é a transcrição da referida decisão.

“A hipótese dos autos vem acontecendo nesta Vara com certa habitualidade. Tenho afirmado que alguns autores de pedido de falência, não tiveram o cuidado de investigar a posição econômico-financeira da firma com quem transacionam, muito menos, pelo que se observa, no dia dia-a-dia forense, dos sócios. Os resultados têm sido negativos para os acionantes, supondo-se se tratar do que se convencionou chamar ‘FIRMAS LARANJAS’ sobretudo porque o oficial de Justiça certificou que no endereço apontado pela autora não se localizou qualquer representante da firma re”⁶.

Como já foi dito, o que caracteriza a maioria esmagadora destes processos é, primeiramente, a inexistência de bens suficientes a cobrir as dívidas da sociedade, passando os credores a ter seus créditos não adimplidos, e o fato de serem as sociedades rés as popularmente conhecidas “empresas fantasmas” ou “firmas laranjas”, sociedades que não passam de um contrato social registrado, não existindo de fato, tendo como única finalidade o abuso do direito, a fraude, o desrespeito às leis respaldados em uma legislação de conteúdo liberal que privilegia os interesses individuais em detrimento dos interesses sociais.

⁵ Hoje art. 1052 do Novo Código Civil, sendo limitada ao quinhão do sócio, porém respondendo solidária e subsidiariamente pela totalização do capital social.

⁶ Despacho exarado pelo Exmo. Juiz de Direito Doutor Oduvaldo de Araújo Persiano em processo de falência na Comarca de Maceió/AL.

De grande importância para as conclusões a serem emitidas neste texto é a decisão emitida pelo Superior Tribunal de Justiça no processo de Recurso Especial n.º 158.051 em 22/09/1998, tendo como relator o Ministro Barros Monteiro. Este processo trata sobre a indenização originada do conhecido naufrágio do “*Bateau Mouche IV*” ocorrido no Rio de Janeiro, anos atrás. No caso em questão, as sociedades responsáveis pelo passeio na véspera de ano novo, no intuito de aumentar sua lucratividade, porém, sem qualquer autorização administrativa, colocaram uma laje de concreto na embarcação para que se tornasse possível o aumento da sua capacidade de mesas, cadeiras e, conseqüentemente, passageiros.

O referido processo teve como réus as empresas *Bateau Mouche* Rio Turismo Ltda., Cavalo Marinho Comestíveis Ltda. e seus respectivos sócios. Analisando o caso na ótica do texto frio da lei, o correto seria que os responsáveis únicos pela indenização fossem as sociedades que fecharam contrato com os passageiros daquela fatídica viagem, conforme se depreendia do disposto no Art. 2º do Dec. n.º 3.708/19 que limitava na época a responsabilidade dos sócios ao total do capital social.

No entanto, ao analisar os fatos que originaram o caso, o Magistrado monocrático, o Tribunal que julgou o recurso de apelação e o Superior Tribunal de Justiça consideraram que se as suas decisões permanecessem restritas ao disposto nas normas jurídicas vigentes na época, as suas decisões fatalmente não teriam a efetividade pretendida.

Destarte, achou-se por bem aplicar uma teoria relativamente nova surgida nos tribunais anglo-americanos que é a *disregard doctrine*, mais conhecida no Brasil como teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Por esta teoria, sempre que um sócio ou administrador desrespeitar as determinações de uma norma jurídica ou do contrato social, fraude ou mesmo abuse do direito, poderá o Judiciário “*decretar a suspensão episódica da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica*”⁷. Com isto, se afastaria a regra geral da autonomia patrimonial e da responsabilização exclusiva do patrimônio social – *societas distat a singulis* – passando a se adentrar no patrimônio particular dos sócios.

⁷ Min. Barros Monteiro *apud* Fábio Ulhôa Coelho. **Desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p.54.

Contudo, como se verá adiante, esta decisão se justifica apenas perante os fatos apresentados naquele caso concreto e não a todas as sociedades limitadas em que o seu capital social não seja suficiente para o adimplemento de suas obrigações de cunho patrimonial, sob pena de revogação da regra de limitação da responsabilidade dos sócios que tem a importante característica de incentivar de investimentos empresariais.

O que se busca com a aplicação da teoria é evitar aquilo que o Magistrado monocrático repetiu cansativamente como “*sociedades pobre com sócios ricos*”, não no sentido da inadimplência pura e simples, mas no sentido da sociedade de sócio que se escuda na legislação vigente como garantia de irresponsabilidade face seu diminuto capital social. *In casu*, não poderia nunca uma empresa de modesto porte econômico assumir, com aquela viagem, obrigações infinitamente maiores do que suas forças permitiam, colocando na embarcação mais passageiros e mais peso do que era legalmente permitido. A colocação de peso excessivo na embarcação, utilizando uma laje de concreto para aumentar sua capacidade, mesas e cadeiras soltas, uso de garrafas e utensílios diversos, além do excesso de passageiros, contribuiu decisivamente para o naufrágio e morte de 55 pessoas.

Pelo fato de todos os réus terem comprovadamente permitido a ocorrência destes atos ilícitos, mesmo que tacitamente em virtude da convivência de alguns frente às decisões tomadas, foi desconsiderada a personalidade jurídica das sociedades *Bateau Mouche* Rio Turismo Ltda. e Cavalo Marinho Comestíveis Ltda., passando seus sócios a responder subsidiariamente com seu patrimônio particular pela indenização devida.

Caso não fosse aplicada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, ao caso em questão, dificilmente os autores iriam perceber a indenização que lhes era devida, pois o patrimônio social das sociedades réas é infinitamente inferior ao patrimônio particular dos seus sócios, bem como às indenizações aplicadas. A regra geral prevista na norma jurídica⁸ iria se sobrepor aos interesses sociais, não passando a decisão judicial a ter a efetividade desejada.

⁸ Art. 2º do Dec. n.º 3.708/19, hoje, art. 1052 do Novo Código Civil.

4. A crise da responsabilidade limitada dos sócios e administradores

Como foi possível se constatar dos dados expostos neste texto, as sociedades limitadas representam cerca de 98% das sociedades regularmente registradas no Brasil. Com isso, pode se concluir que a grande maioria dos sócios brasileiros tem sua responsabilidade limitada ao seu quinhão social, ficando seu patrimônio particular a salvo de qualquer processo de execução, singular ou coletiva, que porventura seja movido contra a sociedade da qual fazem parte.

A esmagadora escolha pela constituição de uma sociedade limitada em detrimento de outras espécies societárias se dá justamente pela facilidade e simplicidade da sua constituição e administração e, principalmente, pelo fato de que todos os seus sócios terão, em regra, sua responsabilidade limitada ao valor de suas quotas. A norma jurídica que fundamenta esta garantia é o Art. 1052 do Novo Código Civil ao dispor que nesta espécie societária *“a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas”*⁹.

Analizando pelo prisma da dogmática jurídica, sempre que uma sociedade limitada fosse excutida e seus sócios já houvessem integralizado suas quotas, sua responsabilidade ficaria limitada ao seu quinhão social. Por este ponto de vista, todas as decisões judiciais emanadas contra esta espécie societária seriam juridicamente eficazes, mesmo que seus credores nada recebessem. No entanto, sendo impossível se admitir o divórcio entre o Direito e a realidade, não se pode aplicar a todos os casos esta norma jurídica, ela deve ter a função de uma regra geral aplicável somente àqueles sócios que não abusem desta condição ou mesmo não desrespeitem a lei ou o contrato social. Assim, existem oportunidades onde os anseios da sociedade não seriam satisfeitos com a simples aplicação do texto legal pelo Magistrado.

Boa parte do ordenamento jurídico de Direito Privado no Brasil foi concebido a partir de regras do Estado Liberal, privilegiando, com isso, principalmente a propriedade, a liberdade e a autonomia das vontades individuais em detrimento de interesses sociais mais amplos. O mesmo ocorreu com as normas jurídicas

⁹ Até 2003 o Decreto n.º 3.708/1919 dispunha em seu Art. 2º quase que no mesmo sentido.

regentes das sociedades, empresariais ou não. Estas foram criadas durante o Estado Liberal, passando a privilegiar certos interesses individuais, em especial os dos sócios.

Desde que foram concebidas as sociedades dotadas de personalidade jurídica nas quais tinham os sócios sua responsabilidade limitada às suas participações no capital social, não se encontrava uma resposta no sistema jurídico consagrado que satisfizesse determinados abusos e desrespeitos à lei que partissem destas pessoas.

Os valores prestigiados até então pela Sociedade¹⁰ e, conseqüentemente, pelo Direito eram o progresso e o desenvolvimento econômico, optando-se por limitar a responsabilidade dos sócios proprietários de determinadas pessoas jurídicas como fomento às relações empresarias em detrimento de outros interesses menos importantes na época e, por este motivo, sacrificáveis.

A partir do momento em que a Sociedade constatou que acima destes valores estão o direito à vida, à justiça e à igualdade social, ao meio ambiente dentre outros, abre-se caminho para novas teorias como ocorre com a desconsideração da personalidade jurídica. Isto se comprova em parte pelos ensinamentos de Luhmann ao afirmar que *“as mudanças fundamentais do estilo de direito permanecem condicionadas pela mudança estrutural da sociedade, ou seja: são por elas incentivadas e possibilitadas”*¹¹.

Por sua vez, como ensina o mestre 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”*¹².

¹⁰ Em especial durante o Estado Liberal.

¹¹ Niklas Luhmann. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1983, p.225.

¹² Nelson Saldanha. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999, p.109-110.

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.

Os Romanos já conheciam esta situação quando afirmavam que o Direito é criado por causa do homem – “*omne ius hominum causa constitutum est*”. O Direito, como ciência social, é orgânico e deve acompanhar o desenvolvimento a ponto de atender as necessidades sociais conforme uma determinada localização espacial e temporal.

A possibilidade de aplicação de teorias como a desconsideração da personalidade jurídica dá ao magistrado, no momento de aplicar a norma jurídica através de suas decisões, os instrumentos necessários para evitar que ocorram fatos como aquele encontrado na pesquisa de processos de falência da “*firma laranja*”, onde não foi encontrada a sociedade, muito menos seus representantes. Passariam, assim, as decisões judiciais a ter uma eficácia social, uma efetividade maior do que a possibilitada apenas pela regra geral prevista na norma jurídica.

Esta maior liberdade decisória dada ao magistrado possibilita, não só uma maior efetividade de suas decisões em curto prazo, mas permite também que, em médio prazo, se modifique o conceito que vem tendo o Judiciário perante a população, amenizando, com isso, a sua própria crise.

Em pesquisa publicada pelo Jornal Estado de Minas, de 26 de janeiro de 1991, assim como em diversos outros periódicos de grande circulação, constata-se que o conceito do Judiciário junto à população é péssimo. A pesquisa realizada pela Salles Inter-Americana de Publicidade a pedido da Escola de Magistratura do Estado de São Paulo constatou que a população considera o Judiciário brasileiro “*antiquado*”, “*acomodado*”, “*lento*”, “*elitista*”, “*sombrio*” e “*ineficiente*”¹³.

¹³ Jornal Estado de Minas, de 26 de janeiro de 1991.

Dentre estas reclamações as que mais se destacam são a de lentidão e ineficiência das decisões judiciais. Tanto a morosidade como a inefetividade das decisões judiciais frustram o povo, distanciando-o cada vez mais da justiça. A falta de celeridade processual tem sido a principal queixa contra o Judiciário, originando-se do excesso de formalismo e do ínfimo número de Magistrados frente às demandas existentes. Logo após vem a ineficiência ou falta de efetividade das decisões judiciais.

A população não tem mais visto o Judiciário como o meio de solução pacífico de seus problemas. De que adiantaria promover uma ação contra uma sociedade, ter seus pedidos deferidos em todas as instâncias judiciais e não os ver efetivados no momento de sua execução? O que ocorreria com o pedido de indenização se o Judiciário não aplicasse a teoria da desconsideração da personalidade jurídica ao caso *Bateau Mouche* passando a responsabilizar pessoalmente os sócios das empresas rés?

O Judiciário, ao julgar de forma singular ou coletiva uma pessoa jurídica a qual seus sócios tenham responsabilidade limitada, deve analisar os fatos que originaram a demanda com o fito de verificar se tais fatos ocorreram ou não por abuso do direito, fraude e descumprimento à lei, estatuto ou ao contrato social. Ao verificar tal ocorrência, o magistrado deve afastar a regra geral prevista na norma jurídica e desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade ré, passando a tornar efetiva sua decisão pela responsabilização do patrimônio particular do sócio.

Como preleciona com muita propriedade Jhering, “o Direito não serve, senão para se realizar. Então, não lhe basta uma pretensão normativa, é preciso que se lhe dê efetividade social”¹⁴. Destarte, os aplicadores do Direito, em especial os magistrados, têm por obrigação atender sempre aos clamores e anseios da coletividade, tornando, quando e o quanto possível, efetiva as suas decisões. Esta é a finalidade precípua do Direito.

¹⁴ *Apud* Cristiano Chaves de Farias. “Os Juizados Especiais Cíveis como instrumento de efetividade do processo e a atuação do Ministério Público”. CD-ROM Juris Síntese n. 24, de jul/ago de 2000.

Neste sentido, conclui-se que as decisões judiciais emitidas contra sociedades limitadas, ao aplicarem apenas o texto frio da lei que as regulamenta sem que o magistrado analise previa e profundamente os fatos que deram origem à demanda, estarão fadadas a completa falta de efetividade. Por sua vez, ao analisar os fatos geradores da demanda, constatando o magistrado a existência de abuso do Direito, fraude ou desrespeito às determinações legais ou do contrato social por parte de sócios ou administradores, poderá dar maior efetividade à sua decisão afastando a personalidade jurídica da sociedade e responsabilizando diretamente o patrimônio particular do sócio.

As sociedades, como visto das pesquisas aqui apresentadas, não são mais escolhidas pela adaptação ao objeto escolhido ou mesmo em função da facilidade de administração, mas sim em razão da garantia de que sócios e administradores não responderão pelas obrigações contraídas em nome da pessoa jurídica. A limitação da responsabilidade antes de uma garantia dos sócios tem como finalidade precípua o aumento dos investimentos e o crescimento econômico, não é para ser utilizada como escudo inquestionável dos membros da sociedade que não pretendem responder por seus atos, geralmente fraudulentos e corruptos. Em função disso tudo é que não se pode mais ver a autonomia patrimonial e a responsabilidade limitada dos sócios como dogma inafastável como pregam ainda alguns doutrinadores.

CONCEITOS INDETERMINADOS NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Manoel Cavalcante de Lima Neto ^(*)

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Conceitos indeterminados no Direito Administrativo. 3. Relação dos conceitos indeterminados com a discricionariedade. 4. Aplicação dos conceitos indeterminados no lançamento tributário. 5. Elementos essenciais dos tributos e conceitos indeterminados. 6. Imunidades tributárias e conceitos indeterminados.

1. Introdução

O tema que se aborda de forma parcial neste trabalho está dentre aqueles que a doutrina especializada evita tocar, certamente pela acentuada importância que se atribui ao princípio da legalidade tributária numa versão de tipificação fechada e que, portanto, inadmite indeterminações nos conceitos que explana a legislação, destacadamente os textos normativos que estipulam hipóteses de fato que quando concretizadas deverão gerar o pagamento de tributo.

Diante desse quadro, o objetivo do trabalho é chamar a atenção para o fato de que o Direito Tributário, à semelhança de outros ramos do direito, contém em suas fontes normativas expressiva quantidade de textos com conceitos indeterminados, apesar de todo o esforço para estabelecer conceitos determinados e toda uma tentativa de neutralizar a interferência subjetiva do intérprete e aplicador de suas normas em nome de uma decantada segurança jurídica.

Parte-se da análise da matéria no seio do Direito Administrativo, onde tem encontrado amplo desenvolvimento, para depois referir a uma esfera de cunho administrativo dentro da área

^(*) Juiz de Direito (3ª. Vara da Fazenda Estadual – Macció- AL). Mestre e doutorando em Direito Público pela UFPE. Professor de Direito Tributário e Previdenciário.

tributária, o denominado Direito Tributário Formal, seguindo em vista da parte mais delicada que envolve os conceitos indeterminados como hipótese de incidência tributária e, por fim, uma visão de tais conceitos na aplicação das imunidades genéricas instituídas pela constituição Federal, dentro de um Direito Constitucional Tributário ou de um Direito Tributário Constitucional.

2. Conceitos indeterminados no Direito Administrativo

No Direito Administrativo os conceitos jurídicos trazem considerações especiais. Comparando-se com o Direito Civil e o Penal, em ambos o único órgão que aplica a lei ao caso concreto é o judiciário e, conseqüentemente os conceitos indeterminados. No Direito Administrativo, em primeira linha, a competência para aplicar a lei é do agente administrativo, somente passando para o juiz o controle dessa atividade e da correspondente correção da aplicação.¹

Conceito indeterminado, segundo o entendimento corrente, são aqueles que se caracterizam por um elevado grau de indeterminação, formando o seu contraponto os conceitos determinados. Entre estes últimos estariam os conceitos relativos a medidas, metro, litro, hora, etc.²

No direito os conceitos normalmente assumem uma modelagem indeterminada, resolvendo-se a problemática da interpretação por um certo grau de consenso. Para alguns conceitos há consenso quanto à sua significação (ex. mesa); para outros já acontece uma dificuldade de uniformização que depende de como está sendo utilizado o conceito (ex. coisa, paz noturna); para uns terceiros o consenso é bastante difícil de se conseguir pela inter-relação com a apreciação pessoal que congrega influências dos padrões morais, sociais, culturais, políticos e religiosos do indivíduo (ex. perturbação da ordem pública, idoneidade, etc.).³

Dessa constatação, ressalta a pergunta sobre qual o interesse de estudar reservadamente essa categoria dos conceitos

¹ António Francisco de Sousa. **Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994. Nota de rodapé nº 3, p.17-18.

² Ibidem, p.23.

³ Ibidem, p.23.

indeterminados, se em regra a indeterminação está assente no direito. Para resolver esse problema, a doutrina e a jurisprudência passaram a preservar a expressão conceitos indeterminados somente àqueles conceitos revestidos de um “elevado grau de indeterminação”.⁴

3. Relação dos conceitos indeterminados com a discricionariedade

Para a doutrina mais antiga, quando o legislador utilizasse conceitos indeterminados estava a atribuir discricionariedade, havendo uma relação necessária entre ambos. Às vezes a lei atribuiria essa discricionariedade empregando o conceito “pode”.⁵ Posteriormente, a partir dos anos cinqüenta, defendeu-se que alguns conceitos, pelo alto grau de indeterminação, concederiam uma certa discricionariedade que se encontraria na hipótese da norma, em contraposição à discricionariedade, propriamente dita, que se localizaria na consequência, qual seja, a discricionariedade de decisão ou ação. O conceito indeterminado, assim, poderia funcionar como uma forma de atribuir discricionariedade, mas não em todas as hipóteses, cabendo investigar pela interpretação e numa presunção em prol da vinculação aqueles casos em que, de forma nítida, se admitiu a discricionariedade. Existiria, portanto, relações entre os dois institutos sem importar em identidade de significação.⁶

Por final, importante segmento doutrinário, especialmente na Alemanha, propende para não admitir qualquer relação entre os conceitos indeterminados e a discricionariedade. Para esta linha de pensamento, os conceitos indeterminados podem ser instrumento de atribuição de discricionariedade sem que essa relação seja instaurada de forma automática, como mera decorrência de sua utilização, estejam estes na previsão (antecedente) ou na estatuição (consequente) da norma. O problema inserido pelos conceitos indeterminados reduz-se à interpretação. Há que se identificar a vontade do legislador (ou da norma) mediante interpretação e aí descobrir se houve atribuição de discricionariedade.⁷

⁴ Ibidem, p.24.

⁵ Ant3nio Francisco de Sousa. Ob. cit., nota de rodap3 n3 8, p. 20-21.

⁶ Ibidem, nota de rodap3 n3 8, p.20/21.

⁷ Ibidem, nota de rodap3 n3 8, p.20/21.

Importante na temática dos conceitos indeterminados é a definição quanto a quem cabe “o último reconhecimento”, se em primeiro plano quem interpreta e aplica o conceito é o administrador, mas no nível de revisão, num segundo estágio, o juiz refaz o processo de aplicação. Por outro enfoque, essa problematização nos remete para a delimitação do espaço de revisibilidade judicial, se ela pode ser exercida plenamente ou de forma reduzida.

António Francisco de Sousa resume o problema do “último reconhecimento” a três correntes de opinião: uma que aponta o juiz como destinatário da última palavra, com controle pleno, sob o fundamento de que a atividade administrativa é totalmente vinculada à lei; outra em que se opina pela administração, aduzindo que se trata de uma questão de legitimação para o último reconhecimento no caso concreto e não de método de interpretação. Afirma-se que a vinculação absoluta não condiz com a realidade, notadamente a da ordem atual onde a função criadora da administração tem sido bem maior, com destaque para a atividade planificadora que refoge aos padrões ordinários de aplicação condicional da norma para atender a uma finalidade. Enfim, o que prevalece é a autorização legal; e uma terceira, conciliadora, em que o último reconhecimento é do juiz, em alguns casos, e da administração em outros, ao admitir uma área em que o juiz deve recuar no controle.⁸

Entre as decisões insindicáveis, pelo ao menos na sua integralidade, António Francisco de Sousa cita aquelas de cunho altamente pessoais, como as apreciações pedagógico-científicas; outras que importam em valorações vinculativas feitas por órgãos administrativos especiais, como apreciação de filmes, avaliação de monumentos e também aquelas que representam decisões de caráter prognóstico, como a autorização para instalar uma bomba de gasolina que se baseia no “perigo para o trânsito” assim como as decisões de planificação administrativa.⁹ Ao aderir a terceira tese, António Francisco de Sousa remete para o juiz a última palavra quanto à interpretação dos conceitos indeterminados, lhe perpassando a tarefa de decidir, inclusive quanto ao reconhecimento de ser ou não a matéria controlável judicialmente, providenciando o recuo (self-

⁸ António Francisco de Sousa. Ob. cit., nota de rodapé nº 13, p.204-205.

⁹ Ibidem, p.213/216.

restraint), no caso negativo.¹⁰ Assevera, por fim, que os riscos são inferiores, no caso do juiz, dado o caráter de imparcialidade não encontrado na administração que é interessada no eventual conflito.¹¹

4. Aplicação dos conceitos indeterminados no lançamento tributário

A doutrina ao discutir a natureza jurídica do lançamento tributário assume essencialmente duas posturas. A primeira posição direcionada a conceder a natureza de procedimento administrativo com uma fase oficiosa, exposta no art. 142 do CTN e outra fase litigiosa ocasionada pela eventual impugnação do sujeito passivo (art. 145, I, do CTN), importando esta na continuação ou reabertura do procedimento.¹² Já a segunda linha de pensamento assevera que embora tenha o código feito menção expressa a "procedimento" (art. 142), em outros dispositivos acolheu o lançamento como ato administrativo, especialmente no art. 149 ao referir-se à revisão do lançamento, visto que o ato administrativo é que constitui o objeto da revisão e não o procedimento.¹³

Em construção doutrinária acurada, que nos pareceu a que melhor tratou do tema no panorama nacional, embora fortemente influenciada pela doutrina internacional, Alberto Xavier fez incluir o lançamento tributário numa categoria mais ampla que denominou "ato tributário". Este "como ato de aplicação da norma tributária material no caso concreto, é, por natureza, um ato que declara uma obrigação

¹⁰ Ibidem, p.238.

¹¹ Ibidem, p.238.

¹² Hugo de Brito Machado. **Lançamento Tributário**. In Temas de Direito Tributário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p.88. No mesmo sentido pondera Alexandre Barros Castro: "A contestação do lançamento por parte do contribuinte constitui, em realidade, verdadeira continuação do lançamento ou ao menos sua reabertura. Quando o sujeito passivo contesta os efeitos que se originaram do lançamento, este fica suspenso até decisão final do "processo, e é exatamente esta decisão que constituirá o lançamento definitivo". **Teoria e Prática do direito Processual Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.118.

¹³ Alberto Xavier. **Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.44.

ou que reconhece ou denega um direito decorrente da referida norma".¹⁴

Dentre os atos tributários destacam-se os atos tributários negativos, a exemplo daqueles que concedem ou denegam uma isenção; os atos tributários secundários que visam anular, confirmar ou reformar atos tributários primários, entre os quais o lançamento e ainda os que deferem ou recusam a restituição de tributo indevido.¹⁵ Nessa conjuntura, definiu o lançamento como "ato administrativo de aplicação da norma tributária material que se traduz na declaração da existência e quantitativo da prestação tributária e sua conseqüente exigência".¹⁶

Ao desdobrar a definição enfatiza-se que o lançamento configura um ato administrativo, o que permite distingui-lo de um mero procedimento (que antecede e prepara o ato e que não é imprescindível) ou pluralidade de operações lógicas (por exemplo aquelas voltadas a calcular o montante do tributo devido e a alíquota aplicável), além de enquadrá-lo numa categoria própria (ato administrativo), separando-o de atos praticados por particulares (autolancamento) e de atos judiciais (acertamento judicial).¹⁷

Quando faz referência à norma material aplicada no ato de lançamento, exclui a possibilidade de inclusão dos atos administrativos que aplicam as normas instrumentais e as de cunho sancionatório, ou seja, aquelas que impõem penalidades.¹⁸ Reserva-se o lançamento, assim, para aplicação das normas que tratam essencialmente da obrigação de pagar o tributo, por isso a menção expressa ao "direito à prestação tributária" que se declara no ato administrativo, suficiente para afastá-lo dos demais atos tributários, como os negativos e secundários.¹⁹

Concebido o lançamento como ato administrativo, é de se estudar a caracterização que lhe forneceu o instrumento normativo que expede normas gerais em matéria tributária e especialmente quanto a

¹⁴ Alberto Xavier. Ob. cit., p.65.

¹⁵ Ibidem, p.65

¹⁶ Ibidem, p.66.

¹⁷ Ibidem, p.66.

¹⁸ Ibidem, p.66.

¹⁹ Ibidem., p.67.

figura do lançamento, por imperativo constitucional,²⁰ ao enaltecer tratar-se de ato vinculado e obrigatório.²¹

Vinculado é o ato em que a conduta do administrador está tipificada objetivamente na lei, eliminando-se qualquer interferência subjetiva.²² Normalmente se contrapõe ao ato discricionário, onde existe espaço para atuação do administrador no definir a conveniência e oportunidade na expedição do ato, ou seja, a lei autorizativa não descerra plenamente a conduta a ser observada na situação concreta, o que permite uma certa liberdade de ação.

No campo preciso do Direito Tributário Formal, a vinculação da atividade do administrador, no lançamento, está interligada com o conteúdo do ato a ser expedido, já a obrigatoriedade condiz com a prática do ato.²³ Esta imperatividade impõe que o agente promova a edição do ato, quando dele tenha conhecimento, sob pena de responsabilidade funcional.

A vinculação ao conteúdo do ato de lançamento, traz à tona a modalidade especial de redução da liberdade do administrador na área circunscrita ao Direito Tributário, com a conformação que encerra o princípio da legalidade nesse ramo delicado do direito. É que a receita originada de tributos advém da ordem privada, limitando ou restringindo o patrimônio e a liberdade dos cidadãos, seja na configuração direta de pessoa física, seja na indireta de pessoa jurídica.

Daí que o princípio da legalidade, para além de uma função de bloqueio, de proteção dos direitos dos cidadãos pela exigência de lei quanto à instituição ou majoração de tributo, desponta para uma função positiva de delimitação da área de atuação do poder de tributar, fixando precisamente a conduta do administrador no ato de lançamento, no que procura, dentre outros fins, eliminar a

²⁰ Art. 146, III, "b", da Constituição Federal.

²¹ Parágrafo único do art. 142, do Código Tributário Nacional.

²² Celso Antônio Bandeira de Mello expressa conceito nesse mesmo sentido. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros. 1998, p.265/6.

²³ José Souto Maior Borges. **Lançamento Tributário**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.182.

subjetividade e discricionariedade na expedição do ato e mesmo à tributação por analogia, na conformidade do princípio da tipificação.

Tanto o fundamento da conduta quanto o critério de decisão no caso concreto estão contidos na lei. O juízo que o administrador faz, na concretude, é apenas de subsunção da situação de fato à previsão da lei, independentemente de valoração pessoal.²⁴

A eliminação da subjetividade do aplicador do direito tem frequentado os debates doutrinários e jurisprudenciais, com a invocação do princípio da legalidade enquanto delimitador dessa atividade de concreção, notadamente para sobrelevar, em tonalidade máxima, o princípio da segurança jurídica que procura eliminar qualquer margem de subjetividade, de liberdade, de discricionariedade, nas decisões administrativas e judiciais, para dotá-las do maior grau possível de previsibilidade.

Alguns autores, porém, denunciam a impossibilidade de eliminação da margem de atuação que existe entre a previsão abstrata da lei e o ato de sua respectiva aplicação no caso concreto, em especial aqueles que consideram conter no ato de aplicação também parcela de criação do direito, constituindo o ato de concreção a produção de norma individual e concreta que tem o seu fundamento de validade na norma geral e abstrata,²⁵ como no caso do lançamento tributário.

Sendo comum no direito o uso de conceitos indeterminados no direito, em sentido geral, também no ramo do Direito Tributário eles estão presentes, carecendo a matéria de estudos particularizados ainda ausentes na doutrina especializada de nosso país. Talvez tenha contribuído para tal ausência um certo receio doutrinário de reconhecer essa indeterminação no processo de interpretação e aplicação de normas no âmbito do Direito Tributário, onde se tem

²⁴ Alberto Xavier. **Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação**. São Paulo: RT, p.38.

²⁵ Para José Souto Maior Borges, "a superior somente pode determinar em parte o conteúdo e o processo de elaboração da norma inferior". Acrescentando, ao tratar da vinculação entre o ato superior e o inferior, que "essa vinculação apenas parcial deixa, necessariamente, uma certa margem de indeterminação no conteúdo da norma inferior, preenchível no ato de sua criação". **Lançamento Tributário**, p.175-176.

procurado, com muita ênfase, revelar a segurança jurídica imposta pelo princípio da legalidade da tributação, nas vertentes da preeminência de lei e reserva legal absoluta, com as vestes da tipicidade.

Apesar da preocupação garantística sempre presente no Direito Tributário, que normalmente representa uma espécie de interferência no patrimônio dos particulares no exercício do poder de tributar, inevitavelmente são utilizados conceitos indeterminados que carecem de uma mediação pelo administrador.²⁶ É que a administração tributária situa-se numa esfera abrangida pelo Direito Administrativo ou pelo Direito Tributário Formal, onde ocorre a expedição de atos administrativos das mais variadas espécies, com destaque especial para o lançamento tributário.

No ato administrativo de lançamento a autoridade interpreta e aplica a lei tributária material ao caso concreto, no que revela entendimento quanto aos conceitos indeterminados, constituindo-se em veículo de mediação entre a previsão abstrata para a concretude. Em face da evolução da atividade executada no lançamento que atualmente se projeta com caráter fiscalizador e posterior ao nascimento da obrigação tributária, no mesmo documento que contém o ato de lançamento com a exigência do tributo, de regra auto de infração, o agente administrativo também aplica penalidade pelo descumprimento de obrigação a cargo do sujeito passivo.

Em passagem anterior, afirmou-se que o Direito Administrativo continha uma especificidade em relação ao penal, na aplicação da norma, já que no primeiro haveria a possibilidade de um processo duplo de aplicação, cabendo de início ao administrador e posteriormente ao juiz numa eventual revisão no controle de legalidade, enquanto no segundo seria apenas do juiz. O Direito Tributário oferece uma particularidade que conduz a quatro possibilidades de aplicação da norma quando previsível o lançamento por homologação. Uma pelo contribuinte ao efetuar os registros das operações e antecipar o pagamento do tributo;²⁷ outra pelo agente no

²⁶ Também pelo juiz quando a controvérsia entre o Fisco e o Contribuinte passa para a esfera judicial.

²⁷ Alberto Xavier entende que essa atividade do contribuinte não representa ato de aplicação do direito, mas conformação ou adequação ao direito. O autor não nega, no entanto, que "em determinados casos o contribuinte,

lançamento substitutivo da atividade do contribuinte; uma terceira pela administração judicante no julgamento de impugnação administrativa; e uma quarta pelo juiz no controle provocado em ação judicial.

5. Elementos essenciais dos tributos e conceitos indeterminados

Como corolário do princípio da legalidade tributária, a doutrina majoritária tem exigido a veiculação por lei não apenas em relação à instituição ou majoração de tributos, mas também no dimensionamento dos elementos essenciais que formatam a relação jurídica tributária que encontram delimitação no art. 97 do CTN, dentre eles o fato gerador, a base de cálculo, a alíquota e os sujeitos ativo e passivo da obrigação, para atender ao mandamento do princípio da tipicidade, ressalvadas as exceções constitucionais²⁸.

É o esforço de fechamento do sistema para que as normas obedeçam ao princípio da “determinação”, a exigir uma precisa particularização na lei dos elementos componentes do tipo tributário que assume um caráter fechado, fornecendo também o conteúdo da decisão a ser proferida pelo aplicador da norma de modo a que venha eliminar a introdução de critérios subjetivos por parte do aplicador da norma, aqui entendida como texto que expressa enunciado normativo.²⁹

para cumprir o imperativo decorrente da norma tributária, procede a uma operação que, do estrito ponto de vista lógico, é idêntica à efetuada pela Administração Fiscal...” Alberto Xavier. **Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário**. Ob. cit., p.80. Em sentido contrário estão aqueles que, como Paulo de Barros Carvalho equiparam a atividade do contribuinte no lançamento por homologação à atividade da administração no lançamento, dizendo tratar-se de expedição de norma individual e concreta veiculada pelo contribuinte, uma espécie de autolançamento. **Fundamentos Jurídicos da Incidência**. São Paulo: Saraiva, 1998, p.238.

²⁸ Alberto Xavier. **Os Princípios da legalidade e da tipicidade da tributação**. p.72.

²⁹ Alberto Xavier. *Ibidem*, p.92/94.

Diante desse quadro, extrairemos alguns exemplos da legislação tributária para demonstrar que a pretensão não se consolida de forma plena, nem isso seria possível em face das limitações da linguagem que expressam textos normativos onde sempre remanescem aberturas, indeterminações, de maior ou menor porte, a depender de mediação concretizadora por parte do aplicador. Com isso não se quer negar a procedência do esforço para que as relações nesse setor do direito pautem por um grau elevado de determinação e previsibilidade que atendam ao princípio da segurança jurídica, tão reivindicado para acomodar as tensões entre o Estado e os contribuintes e que, sem dúvida, o princípio da legalidade vem atendendo a essa finalidade no decorrer dos anos.

Com efeito, o que não se pode negar é que o judiciário tem enfrentado diversas questões em casos concretos nas quais o problema central é a definição de existência ou não de fato gerador de tributo em decorrência da indeterminação conceitual de normas tributárias.

Uma das raras menções feitas doutrinariamente diz respeito ao Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana - IPTU, quando o CTN estabeleceu que a base de cálculo do imposto é o valor venal do imóvel (art. 33). A doutrina tem classificado essa hipótese como de conceito indeterminado³⁰ em que a dimensão desse valor deve ser projetada concretamente no ato de lançamento, importando essa tarefa na análise de vários fatores que influenciarão na composição do elemento quantitativo do tributo.

Pela própria natureza do IPTU fica impossibilitada a fixação na lei da base de cálculo para os casos concretos, abrindo-se espaço para que o administrador dimensione o conceito normativo. Ao empreender a função de aplicar a lei concretamente, o administrador está adstrito a fixar o montante que represente o valor venal objetivamente comprovável. Não significa, à evidência, a concessão de discricionariedade no ato de lançamento, dado que o administrador não pode fixar qualquer valor por conveniência, mas aquele que

³⁰ Conforme Amílcar de Araújo Falcão. **Fato gerador da obrigação tributária**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.59. No mesmo sentido José Souto Maior Borges. **Lançamento Tributário**. Ob. cit., p.178.

efetivamente corresponda ao valor de venda para atender ao comando legislativo, importando num conceito vinculado.³¹

O problema fica mais acentuado no instante em que se adentra no campo do ICMS para identificar norma que dispõe no sentido de que “o imposto incide sobre prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza”.³² Embora haja dificuldade para que se precisem todos os termos contidos na norma, a disposição final projeta um conceito indeterminado quando prescreve o alcance em referência à “ampliação de comunicação de qualquer natureza”.

A dificuldade, também, para dimensionar o que significa “serviço de comunicação” quanto à incidência do ICMS está bem retratada na polêmica sobre “a tributação dos provedores de internet”.³³ É que a lei tributária não determina em pormenores os serviços de comunicação, mas usa de conceitos genéricos que não servem de forma segura para delimitar a atuação do aplicador sem recurso a outras fontes, especialmente a legislação que trata das comunicações. A exigida “determinação” dos conceitos normativos não foi empregada na lei por conveniência, omissão ou mesmo por impossibilidade técnica de se designar detalhadamente as espécies de comunicação que estariam abrangidas na norma. Uma das razões talvez seja a dinâmica que apresenta tais serviços com o constante surgimento de novas modalidades, sendo mais indicado o conceito amplo.

³¹ Conforme esclarece Germana de Oliveira Moraes “os conceitos vinculados são aqueles cuja aplicação conduz a uma única solução juridicamente possível, seja porque a indeterminação deriva da imprecisão da linguagem, seja porque a indeterminação resulta da contextualidade da linguagem e envolve uma avaliação atual, não-prospectiva das circunstâncias de fato presentes e concomitantes à incidência da norma”. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999, p.64.

³² Art. 2º, inciso III, da Lei Complementar nº 87/96.

³³ Discute-se se o serviço prestado pelos provedores de internet constitui serviço de comunicação para efeito de incidência do ICMS ou serviço comum abrangido pelo ISS ou ainda modalidade de serviço que não está inserida na área de atuação de nenhum dos dois tributos, em face da falta de precisão da norma caracterizando atipicidade.

6. Imunidades tributárias e conceitos indeterminados

Na vertente das limitações constitucionais ao poder de tributar também aparece a indeterminação normativa, mas agora numa faceta de proteção das pessoas, coisas e atividades que foram eleitas como depositárias da vedação à tributação por impostos pela lei fundamental.³⁴ A referência ficará restrita às imunidades genéricas instituídas pela Constituição Federal, descartando-se as imunidades específicas contidas de forma esparsa no texto constitucional.

De logo é possível destacar alguns conceitos que apresentam características de indeterminação e são indispensáveis no estudo da matéria atinente às imunidades que representam vedação à tributação, quais sejam, a classificação dos “impostos quanto ao patrimônio, renda ou serviços”, a definição do que representa “sem fins lucrativos”, o conceito de “finalidades essenciais” e o de “requisitos de lei”, todos referenciados na Constituição Federal. No momento trataremos apenas da classificação dos impostos e da relação da imunidade com as finalidades essenciais dos entes protegidos.

Primeiramente é de se perquirir o conceito de impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços de que trata o dispositivo. A classificação dos impostos observando critérios quanto ao comércio exterior, patrimônio e renda e produção e circulação, está empregada no CTN. No que toca à conceituação requerida para aplicação da imunidade, o indicativo que advém do CTN é que no conceito de impostos sobre o patrimônio estão inseridos o Imposto sobre propriedade territorial rural - ITR, o Imposto sobre transmissão inter vivos de bens imóveis - ITBI, o Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana - IPTU e o Imposto sobre Transmissão causa mortis e doações de quaisquer bens ou direitos - ITCD; no conceito de renda está o Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza - IR e no conceito de serviços encontra-se o Imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS.

Com referência à imunidade recíproca atribuída aos entes de direito público interno, o judiciário enfrentou controvérsia que envolveu a discussão sobre a aplicação da imunidade em relação ao Imposto sobre operações financeiras - IOF, que no CTN consta na classificação de imposto sobre a produção e circulação. Trata-se da

³⁴ Art. 150 inciso VI da Constituição Federal.

exigência de pagamento do IOF motivada por aplicações no mercado financeiro.

As interpretações esposadas nas decisões judiciais seguiram duas correntes diversas: uma empregando interpretação restritiva para entender que a imunidade não se aplica em face da classificação contida no CTN que não comporta o IOF entre impostos sobre o patrimônio, mas circulação e produção e, sendo o CTN lei ordinária com estatura de lei complementar, estaria a regular limitação ao poder de tributar, tarefa que lhe compete por força do art. 146, II, da Constituição Federal;³⁵ e outra corrente que alude a uma interpretação extensiva do conceito de patrimônio e renda para entender que o rendimento decorrente de operação no mercado financeiro por ente dotado de imunidade subjetiva inclui-se no conceito de renda³⁶ e que a proteção contra os efeitos da inflação buscada nas aplicações revertem de forma vinculada às “atividades essenciais” do órgão público.³⁷

De forma mais incisiva, o STF em julgamento que enfrentou a incidência do ICMS na importação de bem por entidade de instituição de educação sem fins lucrativos, proclamou que “não cabe invocar, para o fim de ser restringida a aplicação da imunidade, critérios de classificação dos impostos adotados por normas infraconstitucionais, mesmo porque não é adequado distinguir entre bens e patrimônio, dado que este se constitui do conjunto daqueles. O que cumpre perquirir, portanto, é se o bem adquirido, no mercado interno ou externo, integra o patrimônio da entidade abrangida pela imunidade”.³⁸ O STF concedeu interpretação extensiva do conceito de patrimônio contido na Constituição.

³⁵ Nesse sentido: Ac. Un. a 1ª T. do TRF DA 5ª R. – AMS 2625-CE – Rel. Juiz Manoel Erhardt – j. 12.3.92, in RJIOB 1/5120 E Ac. da 1ª T. do TRF DA 5ª R. – MV – ac 9680-RN – Rel. Juiz Castro Meira – j. 29.8.91, in RJIOB 1/4558.

³⁶ Ac. Un. a 2ª T. do TRF DA 5ª R. AMS 4233-PE – Rel. Juiz Araken Mariz – J. 29.10.91, in RJIOB 1/4884.

³⁷ Ac. Un. a 1ª T. do TRF DA 2ª R. AMS 91.12.18523 –7/ES, in RJIOB 1/5509.

³⁸ RE nº 193969-9 – SP. Rel. Min. Carlos Velloso. In **Revista Dialética de Direito Tributário** n.19, p.123/126.

a realização de sua concepção razoável de bem, sem que interferências externas impeçam este movimento.

Justamente por se fundarem em uma visão individualista acerca da vida digna, protegendo a liberdade de cada um contra ingerências seja do Estado seja da parte majoritária da sociedade, é que as constituições liberais costumam ser consideradas como “códigos individualistas” exaltantes dos direitos fundamentais do homem⁴.

Dentro, portanto, de uma concepção liberal, é do traço inalienável dos direitos e liberdades básicas de cada indivíduo que a Constituição assume o papel de *garantia*, a assegurar intransigentemente tais direitos e liberdades, como que imunizando-os a conjecturas políticas, mesmo decorrentes da vontade de uma maioria expressiva dos integrantes da sociedade.

Isso, como acaba de ser dito, parte de uma premissa liberal no sentido de que cada um tem o direito de realizar sua concepção individual de vida digna, sendo papel da constituição não apenas atuar como móvel garantidor de uma tal liberdade mas como procedimento que conforma a prioridade dessa liberdade sobre outros valores.

É emblemática a assertiva de Dworkin que, na esteira do pensamento liberal, ao pugnar pela indisponibilidade das liberdades negativas frente à soberania popular, chega a tachar a autodeterminação como “a mais potente e perigosa idéia política do nosso tempo”⁵.

Deve-se rememorar, com Nelson Saldanha, que o liberalismo está na própria raiz do constitucionalismo, visto aquele “como movimento crente em leis naturais e em liberdades, postulador de leis escritas e sobre o poder [...] o liberalismo como limitador da ação do Estado e viuidador de liberdades inatas”⁶.

⁴ Cf. CANOTILHO, J.J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.104.

⁵ DWORKIN, Ronald. **Freedoms Law. The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Havard University Press, 1996, p.21-22.

⁶ Observa Saldanha que o liberalismo, junto com o iluminismo, são as bases diretas da formação do constitucionalismo. Cf. SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.21-22.

modelos de carta referidos e trabalhados neste texto ou se, por outra, não tem correspondência com quaisquer desses parâmetros.

Seguindo a linha crítica deste texto, deixa-se consignado que mais do que um esforço definitório sobre o que se deve entender por uma democracia constitucional liberal, comunitária ou procedural, e mais ainda do que uma pesquisa no sentido de que a Carta brasileira responde a uma tal adjetivação, pretende-se sobretudo, e neste parágrafo fica reafirmado, sustentar qual a noção de constituição que mais se coaduna com a realidade periférica da sociedade brasileira ou que a ela melhor se adequa, bem assim a qual sistema normativo deve-se aspirar como modelo ideal.

Em termos metodológicos, valer-se-á de uma abordagem fundamentalmente crítica, dentro de uma roupagem interdisciplinar, como convém a um debate que se posiciona no intercruzamento da filosofia do direito, filosofia política, sociologia do direito e teoria da constituição.

2. A constituição-garantia

O modelo de constituição dos liberais é reflexo do caráter inalienável que atribuem às liberdades fundamentais – ditas liberdades negativas na medida em que traduzem o direito de fazer ou de não fazer o que se deseja –, que encontram fundamento na concepção de cidadãos enquanto pessoas livres e iguais. Para os liberais, todo cidadão tem o direito de realizar o seu projeto de vida, em igualdade de oportunidades para tal desiderato. Daí por que os direitos e liberdades fundamentais – como enfaticamente defende John Rawls, caudatário que é do liberalismo político – não apenas são essenciais como estão em condição de prioridade.

Rawls, de resto, é taxativo quando defende uma constituição que garanta as liberdades fundamentais e as coloque em posição de supremacia, mesmo em confronto com a soberania popular: “a Constituição especifica um procedimento político justo de acordo com o qual essa soberania é exercida dentro de certos limites que garantem a integridade das liberdades fundamentais de cada cidadão”³. Para Rawls, porque são livres e iguais, os cidadãos têm o direito de buscar

³ RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000, p.424.

Esse movimento pendular do direito não é apanágio da abordagem filosófico-política, tendo se deixado sentir, e com evidência, na seara constitucional, muito embora por outras motivações. O constitucionalismo, que deita raízes no movimento liberal do século XIX, representava a certeza jurídica de que necessitava a economia capitalista, não garantida no Estado Absoluto, dadas as freqüentes intervenções do príncipe na esfera jurídico-patrimonial dos súditos e o direito discriminatório do mesmo príncipe quanto à alteração e revogação das leis. A constituição protegia o sistema de liberdade codificado do direito privado e a economia de mercado.

A transnacionalização dos mercados e a globalização da economia passam, nesta quadra, a considerar a constituição um estorvo à livre circulação de capitais. Com a contaminação de todas as esferas da vida social pelos imperativos categóricos do sistema econômico, a concepção de uma ordem constitucional subordinada a um padrão político e moral se esvanece. O pêndulo da história aponta para a lógica do mercado, num movimento antagônico a tudo que lhe parece de ordem pública.

Com esse cenário, cresce de importância o debate sobre qual sistema normativo adequado para fazer frente a tantas e tamanhas vicissitudes, sobretudo em face de realidades demasiado perversas como a dos países periféricos. Este texto pretende ingressar em tal debate, elegendo-se a temática sobre qual o modelo de constituição que melhor se coaduna com o contexto brasileiro. A expressão democracia constitucional, largamente aqui utilizada, não foi escolhida aleatoriamente e se deve a uma deliberada atitude deste autor de enfatizar o traço não totalitarista da tipologia constitucional moderna.

Ocupar-se-á assim, e no primeiro momento, de traçar o perfil de três modelos de democracia constitucional – constituição-garantia, constituição-programa e constituição-procedimento –, correspondendo respectivamente ao pensamento de liberais, comunitários e críticos-deliberativos, os quais serão os referenciais teóricos que conduzirão o fio condutor desta comunicação.

Em seguida, passa-se a tecer algumas considerações sobre a constituição de 1988, no sentido de dizer se ela se filia a um dos três

**CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DEBATE SOBRE A CORRETA
COMPREENSÃO PARADIGMÁTICA DA DEMOCRACIA
CONSTITUCIONAL: UMA ABORDAGEM PROBLEMATIZADA
COM A REALIDADE PERIFÉRICA BRASILEIRA 219**

Ricardo Tenório ^(*)

SUMÁRIO

1. Considerações iniciais. 2. A constituição-garantia. 3. A constituição-projeto. 4. A constituição-procedimento. 5. A Constituição brasileira de 1988 e os modelos de democracia constitucional. 6. Do paradigma de constituição adequado para a realidade periférica do Brasil – o modelo para os dias de hoje e o modelo a que se deve aspirar. 7. Considerações finais.

1. Considerações iniciais

Foi expressiva a crítica da filosofia política ao direito nas décadas de 60 e 70 do último século. Desde o marxismo, que o enxergava como uma relação de poder em que o mais forte fazia valer sua supremacia sobre a parte débil, o que deveria ser superado com a eliminação das classes, até Foucault, que não obstante empreendesse uma leitura própria, de igual modo entrevia uma relação de dominação no direito. Daí a pertinente observação acerca da “morte do direito”¹ naqueles idos.

A partir da década de 80, verificou-se um movimento de retorno ao direito², quando este passou a ser visto não apenas como necessário mas indispensável para conter a violência e a cupidez humana, tudo isso aliado à circunstância da derrocada da utopia igualitarista de Marx.

^(*) Mestre em Direito Pela UFPE, Juiz do Trabalho.

¹ Cf. CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva** – Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p.141.

² Idem, *ibidem*.

No Direito Tributário, portanto, a definição dos conceitos indeterminados fica a cargo dos órgãos de aplicação da legislação tributária, notadamente o administrador no lançamento e o juiz no processo judicial tributário, mas, em última análise, sobreleva-se o papel do judiciário que deve definir através dos critérios já mencionados a correção da opção feita pelo administrador na motivação do ato de lançamento, pela análise de sua qualificação, dada a ausência de discricionariedade. A diferença quanto ao controle pelo judiciário está em que no Direito Tributário não há espaço para discricionariedade, sendo a apreciação irrestrita quanto à compatibilidade da interpretação fornecida pelo administrador aos conceitos indeterminados. Já no Direito Administrativo, por existir campo reservado à atuação exclusiva do administrador em face da conveniência, oportunidade ou mesmo da indeterminação dos conceitos, o controle judicial é restrito a um círculo de atos sindicáveis, mesmo que o reconhecimento quanto à impossibilidade de interferência seja efetivado pelo juiz.

discricionariedade dos atos administrativos. No Direito Administrativo e no Direito Tributário Formal ganha relevo a questão pela possibilidade de várias aplicações do conceito ao caso concreto, primeiro pela autoridade administrativa originariamente, depois pelo órgão de julgamento administrativo em nível de revisão e ainda pelo juiz em caso de impugnação judicial, mas com atenção para a impossibilidade de estabelecimento de discricionariedade no lançamento tributário por força de lei (art. 142, do CTN).

Importante doutrina no campo do Direito Administrativo defende que embora haja uma margem de apreciação pelo administrador, no seu exercitar só cabe uma única interpretação para o caso concreto, exatamente aquela que revele a solução ótima.⁴² A existência do conceito não está a revelar necessariamente discricionariedade, embora o conceito indeterminado possa servir a esse fim.

Parece possível a transposição da teorização do Direito Administrativo para o Direito Tributário porquanto a maioria das questões levadas a julgamento pelo judiciário decorre da impugnação de atos de lançamento tributário e, portanto, de atos administrativos. No entanto, o dispositivo de lei que impõe seja o lançamento um ato vinculado (art. 142, do CTN), afasta a possibilidade de que o conceito indeterminado venha a expressar discricionariedade, aliado ao princípio da legalidade tributária. O que resta, assim, é um espaço onde o administrador projeta uma escolha entre as interpretações possíveis que pode ser controlada mediante a “motivação” do ato administrativo,⁴³ o que permite cotejar a opção interpretativa com o conceito indeterminado visando identificar a relação de compatibilidade, com observância de critérios como o erro manifesto, a proporcionalidade, a obediência aos direitos fundamentais etc.

⁴² Celso Antônio Bandeira de Mello. “Discricionariedade Administrativa”. Palestra proferida em 19 de maio de 2000 no Salão Nobre da Faculdade de direito de Recife.

⁴³ Como se tem anotado o controle pela jurisprudência francesa, conforme Dinorá Adelaide Mussetti Grotti. *Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.12, jul./set. 1995.

Por segundo, cabe enaltecer as controvérsias que tem grassado na definição e alcance das “finalidades essenciais” no campo das imunidades genéricas. Prescreve a Constituição Federal que a imunidade quanto a impostos sobre patrimônio, renda ou serviços dos templos de qualquer culto e dos partidos políticos, entidades sindicais e instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, está relacionada com as atividades essenciais das entidades.³⁹

Com relação aos serviços o CTN procura delimitar o conceito para enfatizar que são aqueles diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades expostos nos estatutos ou atos constitutivos.⁴⁰

Nessa temática, o STF enfrentou questão em que entidade de assistência social (hospital) explorava estacionamento de veículos em seu pátio interno e estava sendo exigido o pagamento do ISS sob o argumento de que a atividade remunerada não constituía finalidade essencial do ente protegido constitucionalmente e que, por isso, haveria incidência do imposto. A orientação foi no sentido de que a renda obtida é aproveitada nas finalidades essenciais da entidade e estão amparadas pela imunidade.⁴¹ Mais uma vez o STF direciona a interpretação das imunidades para uma linha de ampliação.

7. Conclusão

Os conceitos jurídicos indeterminados se particularizam por um alto grau de indeterminação, a exemplo do conceito de “finalidades essenciais” para aplicação das imunidades ou “ampliação de comunicação de qualquer natureza” para incidência do ICMS, onde se exige um certo consenso que pode vir pela aceitação da definição que outros textos normativos promovem ou, como é mais comum, da interpretação majoritária que o judiciário fornece ao decidir conflitos, em muitas das vezes encampando opiniões doutrinárias.

A doutrina tem desenvolvido o tema dos conceitos indeterminados relacionando-os com a temática da vinculação e da

³⁹ Art. 150, § 4º, da Constituição Federal.

⁴⁰ Art. 14, § 2º, do Código Tributário Nacional.

⁴¹ RE nº 144900-4, Rel. Min. Ilmar Galvão e RE nº 116.552-9, Rel. Min. Octavio Gallotti.

A constituição-garantia trata-se pois de um modelo que deita raízes no liberalismo político, na proteção intransigente das liberdades fundamentais, as quais se colocam em situação de primazia, tal qual defende Rawls, perante e inclusive a soberania popular.

Uma tal constituição conforma⁷ o modelo de Estado Liberal que intervém apenas para garantir a liberdade fundamental de cada indivíduo, limitando-se às prestações ditas negativas. Reale, para citar um liberal brasileiro de amplo espectro na seara jurídica, sustenta que “o Estado deve ser o *guia*, o mentor da sociedade, sem se tornar, entretanto, o seu tutor e muito menos o seu *proprietário*”. E complementa que nisso reside “a distância intransponível entre as soluções do mundo livre e do remanescente mundo comunista, no qual aniquila-se o homem para se pôr em lugar dele o Estado; naquelas dignifica-se o homem livre na sociedade e no Estado”.⁸

Ao referir-se ao pensamento liberal, muito embora sem a ele filiar-se, Bonavides observa que a sua doutrina constitucional constrói um Estado “expectante, inerte, passivo, neutral, absenteísta, mínimo e formalista, que patrocinava e garantia, no campo social e político, a liberdade e o direito arrimado à filosofia de Kant”.⁹

Têm lugar de destaque na *constituição-garantia* os direitos subjetivos, já que, por sua natureza, estão presos ao indivíduo que alcança, ao titularizá-los, o *status* de autonomia moral perante qualquer outra concepção de bem na sociedade.

Percebe-se, desde logo, que a constituição-garantia dos liberais tem traço manifestamente conteudista, apegada que é à noção de autonomia moral dos indivíduos – pela qual a liberdade de cada um

⁷ Sigo aqui a lição de Canotilho segundo a qual “a constituição pretende ‘dar forma’, ‘constituir’, ‘conformar’ um dado esquema de organização política [...]. A constituição, informada pelos princípios materiais do constitucionalismo – vinculação do Estado ao direito, reconhecimento e garantia de direitos fundamentais, não confusão de poderes e democracia – é uma *estrutura política conformadora do Estado*.” p. 81.

⁸ REALE, Miguel. **Pluralismo e Liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Expressão e Cultura, 1998, p.184-185.

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Do País Constitucional ao País Neocolonial** – a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. São Paulo: Malheiros, 1999, p.69.

cuida-se de bem inalienável e por isto ostenta supremacia em face de valores outros.

Partilham com os liberais os comunitários da idéia de uma constituição substancialista, no sentido de que igualmente a vinculam a dado conteúdo, ficando, entretanto, nesse aspecto o quanto caminham juntos, de vez que mais divergências do que semelhanças tratam de os apartar, como bem se constatará abaixo.

3. A constituição-projeto

Aqui crescem de importância os valores compartilhados pela comunidade. Os comunitários assumem uma postura refratária ao individualismo exacerbado dos liberais, recusando a idéia de direitos subjetivos descontextualizados do mundo circundante, no que trocam a noção de *autonomia moral* por *cidadania ética*. Como bem diz Arckeman, “não se pode ocultar o fato de que até o indivíduo mais obtuso não adquire um sentido de individualidade por si mesmo. Seu sentido de si mesmo [...] é inexplicável sem uma referência aos critérios da cultura [...] na qual foi socializado”¹⁰.

Como mero corolário, a constituição não mais cuida apenas de proteger liberdades negativas, mas antes assume a feição de *projeto* voltado a realizar os valores compartilhados pela comunidade, com o que passa a implementar as liberdades positivas. A constituição passa a ostentar – segundo os comunitários – a idéia de um sistema normativo imbricado com um conjunto de valores.

Porque traduz uma “ordem concreta de valores”, os comunitários recusam, contra os constitucionalistas liberais, de marca positivista, a idéia de um Estado imparcial imbuído apenas de garantir a autonomia moral dos indivíduos. A concepção de *cidadania ética* dos comunitários é incompatível com um sistema fechado que assegura a autonomia privada.¹¹

Caso paradigmático de constituição-projeto é a constituição-dirigente moldada por Canotilho. Trata-se de uma constituição que dita os destinos da comunidade na medida em que faz realizar os

¹⁰ ACKERMAN, Bruce. **La Justicia Social en el Estado Liberal**. Trad. de Carlos Rosenkrantz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.386.

¹¹ Cf. CITTADINO, Gisele. Ob. cit., p.227.

valores nela insculpidos. É uma constituição concebida como “norma e tarefa”, como “programa da ação” e como “plano normativo”. É recheada de elementos dirigentes que vão desde as imposições legiferantes aos “princípios constitucionais, os preceitos determinadores de fins e as normas fixadoras de tarefas do Estado, que, no seu conjunto, definem o *programa constitucional*”¹².

Esclarece ainda Canotilho que o bloco constitucional dirigente “não visa só (como se deduz logo da sua adjectivação) constituir um limite à direção política. A sua função primordial é bem outra: fornecer um impulso directivo material permanente e consagrar uma exigência de actuação”¹³. Neste sentido, a “constituição programático-dirigente não substitui a política, mas torna-se premissa material da política”.¹⁴

Percebe-se, assim, que a *constituição-projeto* – na qual se traduz o ideal comunitarista da *cidadania ética* e em cuja esfera estaria a constituição como portadora dos valores compartilhados pela comunidade – se, por um lado, também se cuida de uma proposta substanticalista, baseada que é em um conteúdo axiológico próprio, por outro lado, apresenta-se bem diversamente da constituição-garantia, que vê o indivíduo não como integrante de um todo social que a ele deve integrar-se, mas como portador de uma autonomia moral, prestigiando-lhe a concepção individual e o projeto igualmente individual de vida de cada um, em detrimento de qualquer ingerência externa.

É preciso anotar, com Habermas, que “o direito privado clássico considerava a autodeterminação individual, no sentido da liberdade negativa de fazer ou não fazer o que não deseja, garantida suficientemente através dos direitos da pessoa e da proteção jurídica contra delitos, através da liberdade de contratos (especialmente para a troca de bens e serviços), através do direito de propriedade, que incluía o direito de utilizar e de dispor, inclusive no caso de herança, e através da garantia institucional do casamento e da família”. Todavia, com o surgimento de novos direitos, tais como o direito econômico e

¹² CANOTILHO, J. J. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador* – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p.462.

¹³ Idem, p.464.

¹⁴ CANOTILHO, J. J. *Constituição Dirigente ...*, p. 487.

o direito do trabalho, o “objetivo do direito privado não podia limitar-se à garantia da autodeterminação individual, devendo colocar-se também a serviço da realização da justiça social”¹⁵. O argumento da ética social infiltrou-se em regiões do direito que até então se limitavam a garantir a autonomia privada.

Desse modelo de constituição-projeto segue um Estado voltado para a implementação das liberdades positivas, fornecedor de prestações positivas¹⁶. A constituição-projeto conforma o Estado do bem-estar. Como diz Bonavides, o Estado social de Direito tem nos direitos sociais e na fé igualitária o seu mais poderoso argumento de legitimidade, sendo aqueles a “medula axiológica da constituição”. E arremata: “um Estado que une ao seu código de regras fundamentais, um evangelho de valores e crenças extraídas do coração e da consciência do homem, empenhado em descondensar as trevas do absolutismo, da tirania e da injustiça social”¹⁷.

O fundamento da democracia constitucional procedimental – temática que se enfrenta na sequência deste texto –, rompe com a democracia constitucional substancialista seja liberal seja comunitária, não se apegando a conteúdos substantivos – direitos fundamentais do liberalismo, nem a valores compartilhados por uma comunidade histórica, como os comunitários –, mas em procedimentos que asseguram um diálogo de todos com todos, em visão democrática nitidamente procedimental e alheia a qualquer apelo pré-político ou material.

4. A Constituição-procedimento

Dentro da teoria crítica da sociedade, vem ganhando corpo a idéia de procedimentalização do direito, sobretudo na feição que assume na construção de seu mais lúcido representante atual, Jürgen

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.134.

¹⁶ Vale a pena aludir ao exame circunstanciado sobre “os direitos fundamentais como direitos a prestações”, levado a efeito por Sarlet, a partir da dogmática constitucional brasileira. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 185-203.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Do País Constitucional...**, p.69.

Habermas. Por tal perspectiva, Habermas propõe a superação dialética do paradigma do direito liberal e do paradigma do direito social, que seriam, em um paralelo com a teoria sociológica de Max Weber, os dois períodos da sociedade civil moderna, o primeiro tendente à formalização e o segundo, inclinado à materialização – predominante no direito moderno.

Habermas busca uma via alternativa na disputa entre os dois paradigmas de direito: o paradigma liberal, cuja idéia central reside na supremacia da autonomia individual, que requer do Estado apenas a proteção para cada cidadão exercer o seu projeto pessoal de vida; e o paradigma social, que só enxerga a liberdade negativa aliada à liberdade e à igualdade de fato, dita liberdade positiva, que exige do Estado prestações sociais. Afirma Habermas que “a disputa entre os dois paradigmas, que ainda perdura, limita-se à determinação dos pressupostos fáticos para o *status* de pessoas do direito em seu papel de destinatárias da ordem jurídica. Todavia, elas somente serão autônomas na medida em que puderem se entender também como autoras do direito, ao qual se submetem enquanto destinatárias”.¹⁸

Do que decorre a ilação de Habermas de que o cidadão do Estado liberal e do Estado Social é reduzido a mero “cliente”, em uma relação normativa de passividade que o faz renunciar à sua autonomia, no sentido de tornar-se *autor e destinatário* do direito. Daí por que diz ser de todo factível a existência do Estado liberal e do Estado Social sem que haja necessariamente democracia¹⁹.

Em relação ao credo liberal e ao credo comunitário, Habermas enfatiza que num caso ou noutro o que existe é uma crença nas tradições. Os liberais, no tradicional discurso dos direitos fundamentais; os comunitários, nos valores historicamente compartilhados pela comunidade.

Não que isso venha a significar que Habermas não defenda os direitos fundamentais ou que conceba uma comunidade amoral ou isenta de valores, mas sim que sustenta não ter outro meio para se alcançar legitimamente o respeito à dignidade humana senão o

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**, p.146.

¹⁹ Idem, p. 109.

caminho da democracia radical, em um diálogo de todos com todos, sem recorrer a conceitos normativos de cunho metafísico²⁰.

Com a teoria do discurso, Habermas defende que apenas pelo procedimento democrático o direito se legitimará sem recorrer a instâncias transcendentais, sendo enfático ao dizer que “o procedimento democrático para a produção do direito constitui a única fonte pós-metafísica de legitimidade”. Bem por isso Habermas advoga a tese de que existe uma relação interna, conceitual, entre direito e democracia, “que se traduz na conexão intrínseca entre direitos humanos e soberania popular”²¹.

Aliás, Habermas faz expressa crítica à teoria de Rawls, pela inclinação conteudista que ele pretende dar a uma teoria normativista, argumentando que “no momento em que uma teoria normativa, como a teoria da justiça em Rawls, se estende ao domínio dos conteúdos, ela passa a valer tão-somente como uma contribuição, quicá particularmente competente, para um Discurso prático, mas ela não pertence à fundamentação do ponto de vista moral que caracteriza os Discursos práticos em geral”²².

É preciso observar que, malgrado o tom da construção habermasiana por uma democracia radical, isto não implica dizer que liberais e comunitários não sejam adeptos da democracia, como à primeira vista poderia parecer. O que ocorre é que defendem um conceito normativo de democracia de cunho eminentemente substancialista.

Já a visão de Habermas sobre a democracia é uma visão essencialmente procedimental, que se filia a Bobbio. O modelo é procedimental no sentido de que deve-se limitar a garantir as condições necessárias, a fim de que a cidadania disponha dos meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e forma de sua solução.

²⁰ Sobre a inserção da teoria do discurso no pensamento pós-metafísico, vide HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-Metafísico**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p.27-33.

²¹ Idem, p.146;173.

²² Cf. HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 149.

Bem se vê que o modelo habermasiano seria de um paradigma do direito formal na exata medida de garantir a vontade do povo na solução e no entendimento de seus problemas, sem um prévio estabelecimento de acordo ético legitimador de um procedimento democrático²³. Daí que Gisele Cittadino enxerga em Habermas o desiderato de preservar a vinculação, conceitual e normativa, entre o Estado de Direito e a democracia radical²⁴.

Sendo o conceito de democracia algo que se tornou como que um *idolum mentis*, verdadeiro ícone sacrossanto a suscitar uma veneração declamatória, de modo que democracia e democrático passaram na atualidade a figurar como palavras que implicam a automática aprovação da sociedade, é intuitivo verificar que inexistente consenso sobre o que elas venham a significar. Pode-se recorrer à tradicional divisão entre democracia formal e material, para, ao menos, enquadrar o pensamento habermasiano, como se fez para dizer que Habermas fez a opção por um conceito preponderantemente procedimental do tema.

Além de Habermas, toma-se Norberto Bobbio como outro pensador contemporâneo que por igual se inclina para uma visão procedimental da democracia, conclusão que se extrai de sua obra *O Futuro da Democracia*, decerto dos seus trabalhos aquele sobre o qual mais se deteve a respeito da temática aqui enfrentada. Ponderem-se as seguintes passagens: “Já tive oportunidade de dizer, e não me canso de repetir, que quem não se deu conta de que por sistema democrático entende-se hoje preliminarmente um conjunto de regras procedimentais, das quais a regra da maioria é a principal mas não a única, não compreendeu nada e continua a não compreender nada a respeito da democracia”²⁵.

Não se tenciona propagar – convém ressaltar – que Habermas e Bobbio, aqui tidos como filiados a uma corrente procedimentalista da democracia, defendem-na cegamente no sentido de estabelecer um valor absoluto à vontade popular, mesmo que contrariados princípios

²³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia** – entre facticidade e validade, vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.354.

²⁴ Cf. CITTADINO, Gisele. Ob. cit, p.214.

²⁵ Cf. BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia** – uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p.65.

de moralidade humana construídos ao longo dos século. Não se trata disso.

Habermas tanto não está infenso aos valores humanos outros que reconhece, expressamente, que seu paradigma procedimental de democracia e de direito não são factíveis a certas sociedades, porque requer “uma prévia cultura política de liberdade, sem o que uma formação da vontade politicamente racional não pode ocorrer”. Habermas advoga a tese de que os problemas empíricos devem ser saneados fora do circuito procedimental, através de políticas públicas, para fazer com que tais comunidades fossem capazes de bem lidar com o espaço político que exige toda a sua sustentação. Tal intervenção externa seria particularmente estratégica nos contextos dos países periféricos²⁶.

Bobbio, por seu turno, é reconhecido mundialmente pela sua intransigência na defesa dos direitos humanos, do que decorre a óbvia ilação de que seu conceito de democracia não é absolutizado, mas convive com valores outros tais aqueles denominados de direitos fundamentais. Tanto que Bobbio, sustentando o seu ponto vista de que a democracia é conceitualmente um procedimento – as regras do jogo –, pontua: “não quero com isto dizer que é suficiente um governo respeitar as regras do jogo para ser considerado um bom governo”²⁷. Ao que depois Bobbio elenca ideais a que o cidadão deve recorrer para o exercício harmônico da democracia: o ideal da tolerância (pelo qual, aliás, critica o fanatismo de idéias, o que sucederia se houvesse a defesa cega do traço procedimental da democracia sobrepondo-se a qualquer instância moral), o ideal da não-violência, o ideal da renovação gradual da sociedade através do livre debate e, por fim, o ideal da irmandade²⁸.

O que se tratou de demonstrar foi que o eixo procedimentalista da teoria constitucional toma por empréstimo os conceitos procedimentalistas de democracia, entre os quais são de se destacar o de Habermas e Bobbio, para vincular a legitimidade do direito ao fato de emanarem do confronto discursivo e argumentativo dos integrantes da sociedade. A ponto de dizer-se que o núcleo

²⁶ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p.31-33.

²⁷ Cf. BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia...**, p.65-66.

²⁸ Idem, p.38-40.

dogmático da teoria procedimental é a democracia de igual adjetivação.

No que de perto concerne à teoria da constituição – objeto último deste texto –, recorre-se à acuidade de Willis Guerra Santiago, que transpondo o dilema do paradigma procedimental para o direito constitucional, afirma que se tem como resultado “o aparecimento de uma tensão entre aqueles direitos fundamentais que se pode chamar tradicionais, voltados para a proteção de uma esfera de liberdades civis dos indivíduos, e, de outro lado, os direitos fundamentais previstos para assegurar a concretização dos objetivos da coletividade. A decisão sobre qual dos dois haverá de prevalecer não é possível ser tomada antes de verificadas as situações em que se conflituam, do que decorre a inadequação de normas gerais e abstratas para regulá-las. O que se precisa – e se pode – então, fazer, é estabelecer procedimentos para que se chegue a essas decisões, procedimentos esses que, naturalmente, deverão ser dotados de determinadas características para cumprir a função sociopolítica que assumem nesse contexto”²⁹.

Fica claro que a constituição-procedimento, fiel ao paradigma de direito de mesma raiz filosófica, procura fugir das soluções prontas e pré-concebidas dos paradigmas do Estado liberal e do Estado social. Nem se propugna a defender a liberdade do indivíduo perante qualquer ingerência externa, nos moldes da constituição-garantia dos liberais, nem se dispõe a sustentar pretensos direitos sociais e de todos, que se incorporariam como valores na constituição-projeto ou programa dos comunitários. Trata-se em verdade de uma proposta intermediária que, dado o pluralismo do mundo contemporâneo, não enxerga a possibilidade de excluir o prisma individual diante do coletivo e vice-versa, daí por que está voltada a definir, eminentemente, procedimentos através dos quais os integrantes da sociedade, exercendo cada um a faculdade da comunicação, cheguem a um consenso sobre a melhor solução para determinada questão. E porque coloca o deslinde dos problemas sociais ao alvedrio de cada participante, não há soluções pré-concebidas ou monológicas, tendo antes a via dialógica um papel preponderante no que se pode

²⁹ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord). **Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade, p.24.

denominar de “garimpagem comunicativa” com vistas ao tratamento adequado dos desafios intersubjetivos.

Valendo-se uma vez mais de Santiago, pode-se dizer que o paradigma procedimental do direito, de onde se inspira a *constituição-procedimento*, “trata-se de um caminho do meio, uma via mais discreta, que se oferece como alternativa de projetos grandiosos, com suas promessas de terem a fórmula de resolução de todos os problemas. Diante da complexidade do mundo (pós) moderno, as soluções melhores só aparecem quando se procura colocar as opiniões divergentes em comunicação, partindo de um consenso em torno da possibilidade de se chegar a um entendimento mútuo. Para isso, contudo, não se pode já partir de idéias preconcebidas, que se deve impor aos outros. O melhor a fazer é deixar que a solução se mostre, pragmaticamente, na situação comunicativa; e de antemão se pode refletir sobre o procedimento a ser adotado, para chegar a soluções que harmonizem direitos individuais e coletivos, bem como os interesse públicos, com base em um princípio de proporcionalidade”³⁰.

O que emerge da constituição de cunho procedimental não é o compromisso com essa ou aquela solução para os problemas do homem moderno – ao contrário das cartas políticas de marca liberal ou social – mas justamente o *não ter solução pré-concebida e o ditar apenas procedimentos através dos quais os indivíduos chegarão a um consenso sobre a solução para cada desafio cotidiano*. Seria uma constituição cujo único núcleo dogmático estaria na democracia, vista como participação de todos na arena pública.

Quem, nestes dias, se revelou adepto da constituição com matriz no direito procedimental foi J. J. Canotilho, dando um radical giro doutrinal à sua construção teórica da constituição dirigente – de traço, como já se mencionou, manifestamente substancialista –. Sustenta Canotilho que a Constituição dos dias que correm não se adequa ao modelo do Estado liberal nem ao modelo do Estado social e “deixa de ser possível conceber-se como um pacto fundador e legitimador de uma ação prática racionalmente transformadora. [...] a constituição fecha-se ao processo histórico de emancipação da sociedade (quer como “texto” de garantias individuais e arranjos organizatórios de tipo liberal, quer como “programa dirigente de cariz

³⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Ob. cit., p.24.

marxizante)”. E conclui: “Como se concebe, então, a constituição na época pós-moderna? Em termos tendenciais, constituição é um *estatuto reflexivo* que, através do estabelecimento de esquemas procedimentais, do apelo a auto-regulações, de sugestões no sentido da evolução político-social, permite a existência de uma pluralidade de opções políticas, a compatibilização dos dissensos, a possibilidade de vários jogos políticos e a garantia da mudança através da construção de rupturas [...]”.³¹

Canotilho denomina a passagem do direito substancialista da constituição-dirigente para o direito procedimento da constituição-reflexiva como “a passagem de um direito de concepção cibernética (teoria do mando) a um direito de concepção auto-organizativo (teoria da autonomia)”, anunciando com isto, como chama a atenção, “a emergência do novo paradigma – o paradigma da auto-organização”.³²

E justifica Canotilho uma tal mudança no argumento de que uma “lei constitucional não tem capacidade para ser uma *lei dirigente transportadora de metanarrativas* (transformação da sociedade no sentido de uma sociedade sem classes, garantia da felicidade dos cidadãos, etc). O caráter dirigente de uma constituição converter-se-á paradoxalmente em *déficit de direcção* se a constituição for também uma lei com hipertrofia de normas programáticas articuladas com *políticas públicas* (da economia, do ensino, da saúde) sujeitas à *mudança política democrática ou dependentes da capacidade de prestação* de outros subsistemas sociais [...]”.³³

Bem se vê quão procedimental é a constituição “reflexiva” de Canotilho, chegando a rejeitar normas de conteúdo programático e se prestando muito mais a canalizar procedimentos de “auto-regulação”, no que se torna diretamente caudatária da construção habermasiana, a qual troca os conceitos de liberdade negativa e bem-estar por uma nova concepção de autonomia, desta feita entendida não como “espaços privados imunes à intervenção do poder público, mas sim a capacidade que temos de dar a nós mesmos o nosso próprio direito”.³⁴

³¹ CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.1234-1235.

³² Idem, p. 1231.

³³ Idem, p. 1273.

³⁴ Cf. CITTADINO, Gisele. Ob. cit., p.233.

Foi visto que a chave normativa da concepção dos liberais é autonomia moral, na esteira da liberdade negativa, o que implica uma constituição-garantia. Foi visto que os comunitários centram-se na idéia de cidadania ética, enquanto comunidade anelada com valores compartilhados, resultando em uma constituição-projeto. Deixou-se consignada, enfim, a posição dos críticos-deliberativos, defensores de um paradigma procedimental para o direito, tendo como modelo uma constituição de mesma adjetivação. Munido de tais referenciais teóricos, passo sequencialmente a dizer em qual deles se amolda a Constituição de 1988.

5. A Constituição brasileira de 1988 e os modelos de democracia constitucional

Começa-se por dizer que de procedimental apenas a Constituição de 1988 não pode ser enquadrada. Se é certo que existem procedimentos de participação popular³⁵, tais como a iniciativa popular de projeto de lei (art. 61, parágrafo 2º), o referendo popular (art. 14, II, c/c o art. 49, XV), o plebiscito (art. 14, I), a Ação Popular (artigo 5º, inciso LXXIII), não menos exato é que há vários dispositivos que albergam conteúdos e direções e não apenas procedimentos, sendo de se aludir aos fundamentos (art. 1º) e aos objetivos (art. 3º) do “Estado Democrático Brasileiro”, que privilegiam, tanto num como noutro, a dignidade humana.

³⁵ É pertinente a observação de Regina Ferrari sobre outras formas de participação do cidadão contempladas pela Constituição de 1988, além daquelas referidas neste texto: “nosso sistema constitucional não se conformou apenas com este nível de participação e foi mais além, podendo ser relacionado, apenas como forma de explicitar sua intenção de ampliar os níveis de participação direta do cidadão [...] os seguintes dispositivos de nossa Constituição Federal: art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregados nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação. [...] art. 29 – O Município reger-se-á por lei orgânica...atendidos...os seguintes princípios: X – cooperação das associações representativas no planejamento municipal [...] “. Cf. FERRARI, Regina. O Desenvolvimento da Democracia. In: GARCIA, Maria (coord.). **Democracia Hoje**. Um modelo político para o Brasil. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997, p.230-231.

De todo descartada a hipótese de tratar-se a constituição apenas de procedimento, seria de indagar-se se se cuida de substancialmente liberal ou comunitária? Por certo a constituição é pródiga na previsão de direitos individuais (o elenco de seu artigo 5º é vastíssimo nesse sentido), o que por uma leitura mais apressada levaria à conclusão de que se trata de liberal. É certo ainda que a intervenção do Estado é subsidiária na economia, condicionada a imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme se colhe do artigo 173 – traços de nítido liberalismo econômico, pois. Ocorre que os programas a que se propõe a constituição deixam a marca indelével de compromisso com a justiça social. É bastante notar o disposto nos artigos 1º, 3º, e 170, para dizer-se que modelo de bem-estar econômico também foi referido pelo constituinte. Como bem observa Eros Roberto Grau, “a ordem econômica da Constituição de 1988 contempla a *economia de mercado*, distanciada porém do modelo liberal puro e ajustada à ideologia neo-liberal [...]; a constituição é capitalista, mas a liberdade apenas é admitida enquanto exercida no interesse da justiça social e confere prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado [...]”³⁶. Tais colocações em si bastam para afastar a pretensão de tachá-la de simplesmente liberal.

Seria então uma Constituição do Estado Social e fiel ao pensamento comunitarista? A propósito, Gisele Cittadino aponta os três grandes temas do constitucionalismo comunitário brasileiro, a saber³⁷: “definição do fundamento ético da ordem jurídica, amplo sistema de direitos fundamentais, acompanhado dos institutos processuais que visam controlar a omissão do poder público e Corte Suprema como órgão de caráter político”, tendo sido todos, segundo chama a atenção, adotados pela Constituição do Brasil. No entanto, bem diferentemente do comunitarismo europeu, que reflete valores compartilhados pela comunidade, o que não se pode dizer que sucede como um todo em relação à Carta do Brasil, pois, se é certo que alguns valores são aqui compartilhados, outros não o são, como seria de supor-se sobre a função social da propriedade, que se coloca em antagonismo com a cultura patrimonialista brasileira. É ácida, nesse

³⁶ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.212-213.

³⁷ CITTADINO, Gisele. Ob. cit., p.43.

sentido, a observação de Vianna que, ao fazer uma analogia entre o juiz Hércules de Dworkin e o juiz Hércules “brasileiro”, assim se manifesta:

se o herói de Dworkin mantém uma atitude de valorização da sua cultura política e do inventário de princípios e valores estocados em sua história, o nosso, ao contrário, se acha projetado para a frente, filho do Iluminismo e estranho à cultura do pragmatismo, portando uma idéia de civilização e um projeto de sociabilidade ainda sem raiz segura no seu mundo³⁸.

Logo, seja porque não é o retrato fiel dos valores compartilhados pela comunidade, seja porque ostenta notas de um liberalismo indisfarçável, é coerente dizer-se que a Carta de 1988 não pode ser tida como própria de um Estado genuinamente social ou então caudatária de um constitucionalismo comunitário de igual pureza.

Já que a Constituição de 1988 nem se trata de um purismo liberal, nem de um purismo comunitário ou social, poder-se-ia argumentar com uma solução pretensamente salomônica, que seria o encontro dialético entre o Estado Liberal e o Estado Social – o Estado Democrático de Direito, no sentido de uma “superação dialética da antítese entre os modelos liberal e social ou socialista de Estado”³⁹.

Um tal Estado, portanto, seria a síntese do liberal e do social; mas não se deve deixar de considerar que a Lei fundamental também tem traços procedimentalistas, o que levaria a um alargamento ainda

³⁸ VIANNA, Luiz Werneck et al. Ob. cit., p.145.

³⁹ Essa é a perspectiva de Willis Santiago Guerra Filho, para quem, no Estado Democrático de Direito, tem-se o compromisso básico “na harmonização de interesses que se situam em três esferas fundamentais: a esfera pública, ocupada pelo Estado, a esfera privada, em que se situa o indivíduo, e um segmento intermediário, a esfera coletiva, em que se têm os interesses de indivíduos enquanto membros de determinados grupos, formados para a consecução de objetivos econômicos, políticos, culturais e outros.” (Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.34).

maior do conceito de Estado Democrático de Direito, em prejuízo, decerto, de um rigor conceitual razoável.

Isso remete a uma forçosa conclusão: a constituição brasileira, enquanto documento empírico, não se conforma em qualquer dos modelos teóricos aqui traçados, a não ser que se abra mão, como se disse acima, do compromisso com um rigor conceitual mínimo, o que não parece de bom-senso nem heurísticamente recomendável.

Efetivamente, a Carta Política de 1988, se não é a síntese de vários componentes de pensamento, trata-se ao menos de um acúmulo de tendências e correntes de pensamento, dentro da dialética hegeliana, onde o novo é, concomitantemente, a conservação do antigo⁴⁰. Isto decorre, aliás, do fato de a constituição ser algo real e não imaginário, pois, se é certo dizer que na doutrina filosófica contemporânea foi suplantado o abismo entre a teoria e a prática⁴¹, não menos exato é que a prática nunca é o retrato fiel da teoria e vice-versa.

Contudo, mesmo não tendo a atual Carta Política do Brasil o purismo teórico que autorize a sua inserção num dos três modelos de constituição trabalhados neste texto, é de todo recomendável a atitude acadêmica e política em defesa de um determinado tipo de

⁴⁰ É esse também o escólio de Nelson Saldanha, que vale a pena transcrever: "Cremos que as coisas na história, ao se sucederem, se acumulam. Estruturas, fatos, processos, tudo se interconexiona dentro de (ou sobre) um conjunto de permanência. Tinha razão Hegel ao falar de um cancelar que seria ao mesmo tempo conservar (aufheben). A experiência dos sucessivos momentos se integra e se armazena, daí o enriquecimento que o tempo histórico propicia. O Direito moderno (racionalista) não cancela de todo o medieval; o direito pós-revolução Francesa não cancelou o anterior; a civilística do século dezenove foi sempre uma reelaboração de formas conceituais anteriores. O Estado absoluto sobreviveu dentro do liberal em sua parte de administração nacional; o Estado social conserva, do liberalismo, a constituição escrita com seu sistema de poderes, direitos e garantias". Cf. SALDANHA, Nelson. *Crises e Expectativas: o pensamento jurídico nos finais do século XX. Revista Acadêmica*, LXXVI. Recife: Faculdade de Direito do Recife, p. 270, 1995.

⁴¹ ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: Uma Crítica à Verdade na Ética e na Ciência* (Através de um Exame da Ontologia de Nicolai Hartman). São Paulo: Saraiva, 1996, p.14.

constituição para enfrentar a realidade social hostil daquele país. Sobretudo nestes dias em que a onda neoliberalista espalhada pelo mundo, no sentido de pregar o Estado mínimo e deixar a sociedade reger-se pela mão do mercado, já aportou em terra *brasilis* e conta com não poucos entusiastas.

É com essa preocupação que se lança, no tópico seguinte, uma palavra sobre o modelo de constituição adequado para a realidade brasileira⁴².

6. Do paradigma de constituição adequado para a realidade periférica do Brasil – o modelo para os dias de hoje e o modelo a que se deve aspirar

É preciso atentar para o que se pode denominar de *empiria adversa*⁴³ da realidade sócio-econômica brasileira. De fato, enfrenta-se no Brasil dos dias atuais uma aviltante desigualdade social, com uma distribuição de renda de uma iniquidade grosseira, que coloca o país, sem favor algum, entre aqueles ditos periféricos, no sentido de que estão à margem dos países centrais, detentores de um padrão de vida dignificante para o homem moderno.

Essa realidade, que se apresenta tão evidente, passa despercebida por aqueles que defendem a “flexibilização” do direito para, como pregam, deixar que as partes auto-regulem as suas condições de vida. Caso paradigmático é o que vem ocorrendo na seara trabalhista, sinalizando setores da sociedade com uma reforma trabalhista que não visa outra coisa senão fazer prevalecer o pactuado sobre o legislado, isto é, deixar que as partes, sem a interferência do Estado, façam suas próprias regras. Num país de desigualdades abissais essa ausência do poder público equívale, na maioria dos casos, a deixar o empregado ao arbítrio da lei do patrão.

⁴² Deve-se dizer que o modelo eleito no presente capítulo como o mais adequado para fazer frente à realidade brasileira também será aquele que servirá de referencial teórico, na presente dissertação, sempre que se fizer uso da expressão “democracia constitucional”.

⁴³ O termo é de Vianna, mas empregado em outro contexto. VIANNA, Luiz Werneck et al. Ob. cit., p.33.

Por isso é que o modelo de constituição procedimental é, em tudo e por tudo, utópica, com a “empíria adversa” que toma conta do Brasil. Pressupõe o que Habermas chama de “situação ideal de fala”, em que todos os integrantes da sociedade, dentro de um contexto discursivo-dialógico, chegam consensualmente à resolução para cada problema que os aflige. Nem é preciso dizer que isso também pressupõe um equilíbrio sócio-econômico entre os envolvidos, muito distante do que sucede nestas plagas. Peço licença para citar Canotilho, antes de seu giro doutrinal para a constituição “reflexiva” – de cunho eminentemente procedimental –, que, ironicamente, faz uma crítica irresponsável ao paradigma procedimental do direito: “as diferentes ópticas teóricas – dialético-crítica, crítico-racional, hermenêutico-comunicativa – são atitudes de um ideal científico: a do consenso e da fraternidade de uma *scientific community* [...]. Esta sim, é uma utopia alimentada por alguns métodos empíricos e crítico-hermenêuticos.”⁴⁴

Fica-se assim com uma constituição-programa, uma constituição-dirigente mesmo – para usar da consagrada terminologia do referido constitucionalista português – que tem a tarefa de implementar no Brasil um projeto de sociedade que ainda não encontra supedâneo na contemporaneidade. A realidade de um país periférico como o Brasil ainda está a exigir uma democracia constitucional substancialista.

Tem-se que sublinhar que a constituição procedimental requer um estágio de evolução social sem perspectiva próxima neste país. Seria como passar do pré-contratualismo para o pós-contratualismo, dentro da precisa colocação de Boaventura de Souza Santos⁴⁵. É dizer: se o projeto da modernidade ou do contratualismo, centrados que são na realização concreta de um Estado de Direito, sequer foi concluído no Brasil, não há como pretender instaurar aqui um desafio por assim

⁴⁴ CANOTILHO, J. J. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador** – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 1994, p.461.

⁴⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In. HELLER, Agnes. **A Crise dos Paradigmas em Ciências Sociais e os Desafios para o século XXI**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999, p.33.

dizer pós-contratualista ou pós-moderno, embutido no paradigma procedimental a que se vem de expor.

Como modelo ideal, contudo, entende-se que Habermas é que abarca a proposta mais acertada. É a constituição procedimental a expressão, no plano da dogmática constitucional, da relação do direito com uma democracia radical, no sentido de que daria apenas procedimentos através dos quais o povo, pelo caminho do discurso, chegaria a consensos sobre os problemas desafiados da humanidade. O povo contingenciaria o direito constitucional e superaria qualquer outro discurso legitimante, até mesmo o discurso dos direitos fundamentais, tanto mais porque – conforme já referido neste texto –, a mera formalização de direitos não é suficiente.

É certo, porém, que isso exige – convém reiterar este ponto – uma situação ideal de fala onde todos pudessem exprimir-se em igualdade de condições, o que o próprio Habermas reconhece apenas viável alcançar com uma proposta fora do circuito discursivo. Mas, de todo modo, entende-se que a proposta habermasiana é menos um esforço de conciliação entre liberais e comunitaristas do que uma tentativa de superação desse movimento pendular.

Visto que o contexto social brasileiro está a exigir uma constituição-dirigente, dentro de uma visão essencialmente substancialista da democracia, dito mais, que isso não significa dizer que não se deva aspirar, como modelo ideal, uma constituição que abarque uma democracia procedimental, passa-se a tecer algumas palavras finais sobre o debate levado a efeito no curso deste capítulo.

7. Considerações finais

Tratou-se ao longo desta comunicação de abordar, ainda que sucintamente – dada a limitação de um escrito dessa ordem –, três modelos de democracia constitucional, dentro do debate atual entre liberais, comunitários e críticos-deliberativos acerca de qual seria o padrão de sistema normativo ideal para estes tempos. A discussão foi particularizada para o contexto social do Brasil e procurou-se defender um perfil de constituição dirigente para fazer frente ao atual estado das coisas.

É certo que aqui não se tornará a enfrentar os tais conceitos tantas vezes repisados ao longo dos itens acima. A problematização

com a realidade socioeconômica brasileira também se tratou de proceder e por isso ficam dispensadas outras digressões quanto a essa parte.

Importa bastante é afirmar que todas as correntes de pensamento aqui referidas representam inegavelmente um avanço para a consolidação do respeito à dignificação do homem. É inapelável o traço escatológico de tais vertentes, ultrapassado que ficou qualquer lance discriminatório. Todas abominam o desprezo aos direitos humanos, embora divirjam quanto aos meios de alcançá-los; todas e sem exceção reforçam o discurso da democracia. Representam também e sobretudo a crença no direito, sendo de se referir que, mesmo a procedimental, tem o direito como instrumento indispensável aos fins a que se propõe a humanidade.

Cuidou-se, pois, de apresentar neste texto as dessemelhanças dos modelos de democracia constitucional numa tentativa de equacionamento do problema acerca do perfil de constituição adequado para a realidade do Brasil, mas as semelhanças entre eles, construídas ao longo da história dos povos e acentuadas no parágrafo anterior, são motivo de júbilo para a humanidade. O debate *de per si* é alvissareiro e denota a vitória pelo menos parcial do homem sobre o lobo na metáfora hobbesiana.