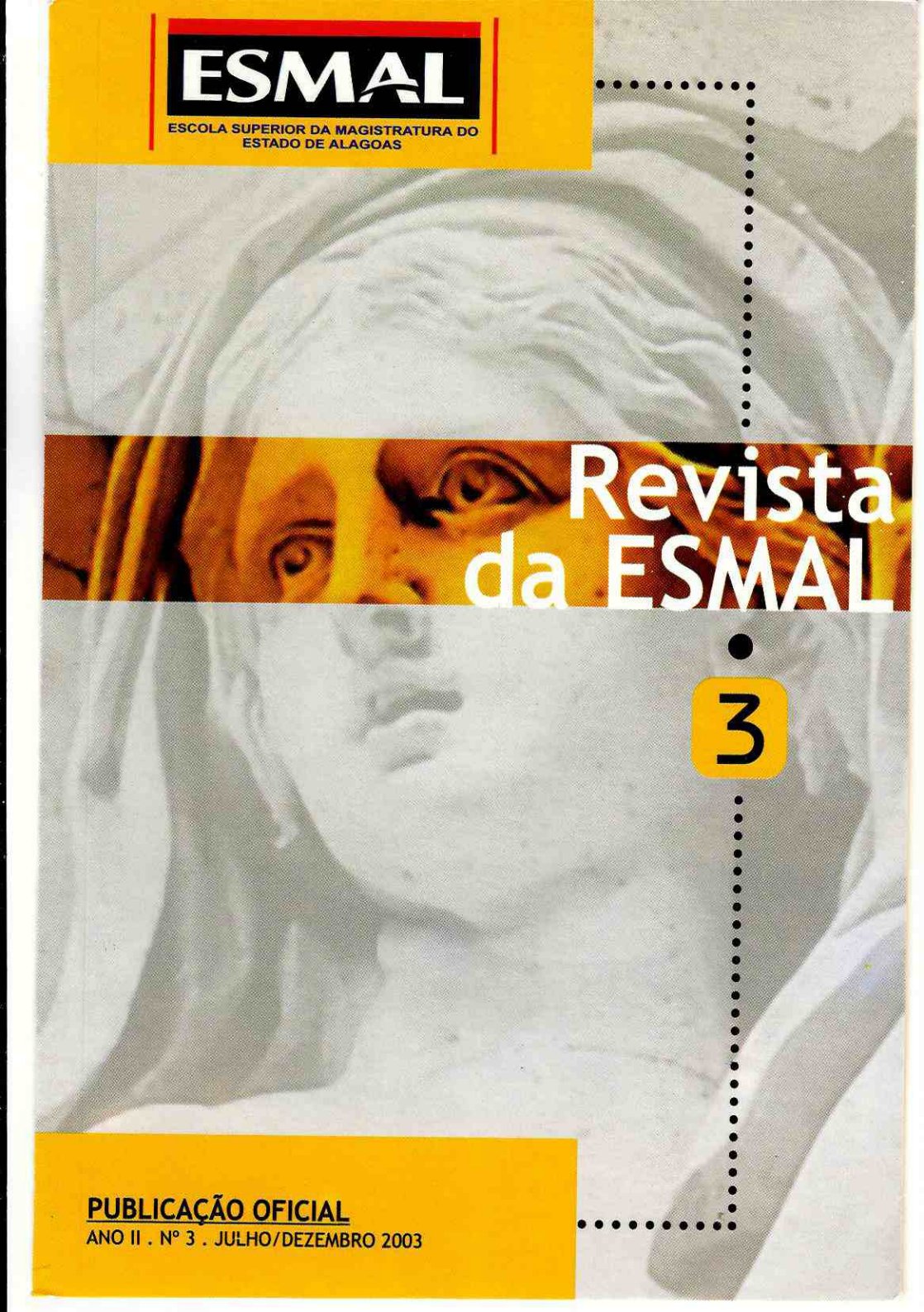




ESMAL

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO
ESTADO DE ALAGOAS

Revista da ESMAL

3

PUBLICAÇÃO OFICIAL

ANO II . Nº 3 . JULHO/DEZEMBRO 2003



F. (81) 3302.8201 e 3301.7788
www.nossalivraria.com.br

ISSN 1678-0450

REVISTA DA ESCOLA SUPERIOR DA
MAGISTRATURA DO ESTADO DE ALAGOAS

ANO II
NÚMERO 3

REVISTA DA ESMAL	Maceió	Ano II	n. 3	248p.	jul./dez. 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/>

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

Revista da ESMAL / Escola Superior da Magistratura do Estado de
Alagoas. – N. 3 (2003)
- Maceió : ESMAL. 2002 –

Semestral

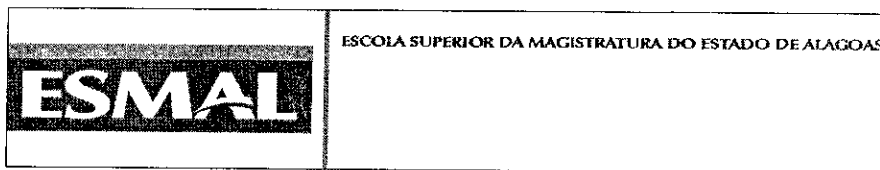
ISSN 1678-0450

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

CDD: 340

**Capa
Tiago Amaral**

**Projeto editorial
Antonio Carlos Marques da Silva**



DIREÇÃO

Diretor

DESEMBARGADOR WASHINGTON LUIZ DAMASCENO FREITAS

Coordenador Geral de Cursos

JUIZ ALBERTO JORGE CORREIA DE BARROS LIMA

Subcoordenadores

JUIZ HENRIQUE TEIXEIRA GOMES DE BARROS

JUIZ ROLDÃO OLIVEIRA NETO

Secretária Geral

BELa. DALVA FERREIRA CAVALCANTI

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

Dentre as diversas atribuições conferidas ao Presidente do Poder Judiciário, tarefa que hoje tenho a honra de exercer, certamente de algumas delas nos desincumbimos com especial satisfação, porquanto transcendem as lides da administração de um complexo aparelho institucional, para refletir tarefa que toca de perto os objetivos mais caros deste Poder do Estado. E desse modo e com esse estado de espírito que tenho a honra de apresentar à comunidade jurídica o terceiro número da *Revista da Escola de Magistratura de Alagoas*.

Desde que assumi a Presidência do Tribunal de Justiça, sucedendo ao eminente desembargador Geraldo Tenório da Silveira, me propus a dinamizar, na medida do possível, a prestação da função jurisdicional, em busca de mecanismos para assegurar a efetividade da lei, e atender aos reclamos da sociedade por uma justiça mais ágil, fruto da crescente conscientização política da população.

Para tanto tenho adotado providências diversas de modo a atender de modo adequado a esse desiderato, a exemplo da edição de mutirões judiciários para adiantamento de pautas de audiências, plantões e horários diferenciados para o atendimento forense.

Consciente estou, contudo, de que a eficiência do Poder Judiciário não se resume ao seu *modus operandi*, mas se estende a todas as suas dimensões, e de modo muito especial ao preparo técnico e aperfeiçoamento intelectual dos seus operadores, desde quando a competência conduz à eficiência.

Esta a razão pela qual cuidei de dedicar especial atenção à Escola de Magistratura de Alagoas, *locus* privilegiado do aperfeiçoamento intelectual de magistrados e servidores do

Poder Judiciário, assim como de inúmeros segmentos da comunidade alagoana que lá se beneficiam na frequência de cursos, palestras e eventos diversos promovidos pela ESMAL ou por ela acolhidas em suas instalações, a exemplo daquelas promovidas pelo Projeto Cidadania e Justiça na Escola e pela Coordenação de Estágios do Tribunal de Justiça.

Dentre as inúmeras atividades afetas à ESMAL releva a publicação da revista jurídica, que ora alcança a sua terceira edição, vencendo as dificuldades naturais, e que se apresenta plena de contribuições das mais relevantes para o debate de questões jurídicas atuais, contando com a contribuição de renomados juristas de Alagoas e de outros Estados brasileiros, e até de outro país, como é o caso do conhecido professor português José de Oliveira Ascensão, que honra a revista com notável estudo doutrinário.

Resta-me, portanto, parabenizar a Comissão Editorial da *Revista da Esmal* e a todos os que fazem a Escola Superior da Magistratura, por mais este número da sua revista jurídica e especialmente por levarem adiante com tanto empenho e dedicação os seus ideais.

Desembargador Washington Luiz Damasceno Freitas

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

APRESENTAÇÃO

A Revista da Escola de Magistratura de Alagoas, dando continuidade à sua proposta editorial de ser um sólido repositório de doutrina – que vem consolidando a cada novo fascículo – apresenta à comunidade jurídica o seu terceiro número, trazendo novas contribuições e ampliando seu rol de colaboradores.

Distribuída a diversas bibliotecas universitárias do país e do exterior, a *REVISTA DA ESMAL* tem levado aos mais diversos rincões as reflexões de seus doutrinadores e recebido, em troca, o reconhecimento do seu público, que se reflete não somente em agradecimentos ou elogios ao trabalho realizado por sua equipe editorial, mas especialmente no envio de novos artigos de prestigiados autores da área jurídica alagoana, de outros estados brasileiros e do exterior.

Desta vez, temos a satisfação de registrar contribuições notáveis nas mais diversas áreas do Direito, mantendo assim a tradição da variedade temática no mais alto nível científico, que vem sendo uma constante desde seu lançamento, contando com estudos de juristas alagoanos e de outros Estados brasileiros, a exemplo de Alline Pedra Jorge, Antônio Cerqueira de Albuquerque, Antonio Fernando do Amaral e Silva, Cristiano Chaves de Farias, Eduardo R. Rabenhorst, Fábio da Costa Cavalcanti, Frederico Dantas, Graça Gurgel, Heitor Piedade Júnior, Ivan Luiz da Silva e Stela Valéria de Farias Cavalcanti., inclusive com notável estudo do professor doutor José de Oliveira Ascensão, eminente professor catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa.

Esperamos, assim, que esta terceira revista possa contribuir para a discussão e o entendimento das matérias aqui expostas, que são colocadas à apreciação de seus leitores, no aguardo das críticas e contribuições das idéias trazidas a debate, ao tempo em que registramos o nosso agradecimento a todos os que contribuíram para que ela pudesse se tornar realidade.

O CONSELHO EDITORIAL

SUMÁRIO

CRIAÇÃO DE FUNDOS ESTATAIS DE INDENIZAÇÃO: A REGULAMENTAÇÃO DO ARTIGO 245 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	
Alline Pedra Jorge	11
A CRIANÇA E O ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI	
Antonio Fernando do Amaral e Silva	21
A PROCLAMAÇÃO DA LIBERDADE DE NÃO PERMANECER CASADO (ou Um réquiem para a culpa na dissolução das relações afetivas)	
Cristiano Chaves de Farias	39
A BASE DE CÁLCULO DO ISS NA CONSTRUÇÃO CIVIL	
Daniel Beltrão de Rossiter Corrêa	63
VIOLÊNCIA, EXCLUSÃO MORAL E DIGNIDADE HUMANA	
Eduardo R. Rabenhorst	79
DIREITO ADQUIRIDO E LEIS DE ORDEM PÚBLICA	
Frederico Dantas.....	93
CRISE LEGITIMATÓRIA DA EFETIVIDADE: ALGUNS DEBATES SOBRE O PENSAR JURÍDICO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO	
Graça Gurgel	115
VIOLÊNCIA É SEMPRE VIOLÊNCIA	
Heitor Piedade Júnior	139
O TETO REMUNERATÓRIO E O DIREITO ADQUIRIDO	
Ivan Vasconcelos Brito Júnior	157
PROPRIEDADE INTELECTUAL E INTERNET	
José de Oliveira Ascensão	169

**A PROTEÇÃO À VIDA DOS EMBRIÕES “EXCEDENTÁRIOS”
ORIUNDOS DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA
ASSISTIDA**

Olga J. Gouveia Krell 193

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO CÁLCULO “POR DENTRO” DO
ICMS**

Rossana Malta de Souza Gusmão 211

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Stela Valéria de Farias Cavalcanti..... 231

ORIENTAÇÕES EDITORIAIS 245

**CRIAÇÃO DE FUNDOS ESTATAIS DE INDENIZAÇÃO:
A REGULAMENTAÇÃO DO ARTIGO 245 DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Alline Pedra Jorge (*)

Expressa o art. 144 da Magna Carta:

Art. 144. **A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos**, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (*omissis*) (grifo nosso).

Interpretando este preceito legal, deduz-se ser responsabilidade do Estado a garantia de segurança de seus cidadãos.

Segurança Pública, no conceito de José Afonso da Silva (SILVA, 1995, p.710), é uma atividade de vigilância, prevenção e repressão da conduta delituosa. Inquestionavelmente, é atribuição do Estado, por intermédio de sua polícia.

O que se percebe atualmente é o Estado se eximindo, com freqüência, de suas responsabilidades, mas não só quanto à segurança. Obviamente que este não é o pior aspecto de sua má atuação. Abominável é sua omissão para com as necessidades humanas mais primárias, de saúde, educação e trabalho. A consequência é o aumento da criminalidade, pois, na grande maioria, os carentes e marginalizados do presente, são os delinqüentes do futuro.

Censo penitenciário realizado no Brasil em 1994 demonstra ser 95% da população carcerária de presos pobres e 87% com nível de escolaridade de 1º grau incompleto (MOLINA & GOMES, 1997, p.502). O censo penitenciário realizado em São Paulo entre os anos de 1994 e junho de 1996 apontou 37% dos presos como desempregados antes da detenção (p.500).

(*) Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco, professora de Direito Penal e Processo Penal da Faculdade de Alagoas e ex-Secretária Geral da Escola Superior da Magistratura de Alagoas.

Torrens (1996, p.183) afirma que o que acelera a criminalidade violenta são exatamente as disparidades e contradições de uma desorganização social, produto da omissão estatal. Estabelece-se um confronto entre os grupos considerados marginalizados e os vitimizados. Os primeiros, carentes das necessidades vitais mais básicas, e os outros, oprimidos, sem assistência e constrangidos, tendo que exercer seus direitos e garantias individuais sem nenhum apoio.

A má atuação ou omissão do Estado estabelece uma relação jurídica de co-responsabilidade deste nas infrações ocorridas, principalmente devido a sua deficiência na segurança que deveria ser oferecida adequadamente aos cidadãos. A insegurança proporcionada pelo Estado é o que pode responsabilizá-lo diretamente, pois existe um nexo de causalidade entre sua omissão e o acontecimento de diversos crimes, afinal a prevenção criminal está intrinsecamente relacionada com a segurança pública.

A participação da comunidade se torna essencial e deveria ser incentivada também pelo Estado. Segundo Tercio Sampaio Ferraz Jr., “devemos conscientizar-no de que os temas da segurança pública não pertencem apenas às polícias, mas dizem respeito a todos os órgãos governamentais que se integram, por via de medidas sociais de prevenção ao delito. A comunidade não deve ser afastada, mas convidada a participar do planejamento e da solução das controvérsias que respeitem a paz pública” (FERRAZ JUNIOR, 1990, p.102).

Ademais, a partir do momento em que o Estado proibiu a vingança privada, passou a ter como uma de suas principais funções a defesa e segurança dos cidadãos, que têm o direito à preservação dos seus bens tutelados penalmente, devendo indenizar aqueles que sofreram em decorrência da falha na prestação deste serviço primordial da segurança pública.

Há que se ressaltar quão interessante é esta relação, no momento em que se percebe o Estado ora como infrator indireto, eximindo-se de suas responsabilidades e colaborando com o aumento da criminalidade, ora como sujeito passivo formal do ato delituoso, imbuído do poder de acusar, aplicar e executar as devidas penalidades.

Verifica-se neste ponto que “esta posição de plena passividade da vítima em relação ao processo criminal também interessa às administrações públicas em geral, posto que cada vítima constitui por

si só um símbolo de fracasso do Estado na tarefa que lhe é própria de manter a ordem social e a segurança pública” (DUMANS, 1997, p.13) concluindo-se que, por este motivo, vem o Estado há tanto tempo tentando apagar ao máximo os ânimos das vítimas.

Certo que não há nenhum dispositivo taxativo, prevendo a responsabilidade do Estado, na hipótese de criminalidade violenta, de reparar o dano sempre que o criminoso não o possa fazer. Todavia, dado o seu dever de garantia da segurança pública, é o Estado responsável pelas consequências sociais produzidas pelo crime, conseqüentemente, responsável pela indenização às vítimas, ao menos dos recursos essenciais para seus cuidados médicos e sustento nos casos em que não possa mais prover sua subsistência. E até mesmo por se ter um Estado moderno, voltado para o social, não podemos deixar de reconhecer sua responsabilidade diante dos prejuízos sofridos pelas vítimas.

Seguindo este entendimento, alguns países criaram um Fundo de Indenização Estatal, que surge na idéia central de solidariedade social com a vítima, e na necessidade de que o Estado assuma alguns custos que têm sua origem no seu próprio fracasso de prevenir o delito. O primeiro local a adotar esta medida foi a Nova Zelândia, em 1963, que indeniza as vítimas mesmo que não seja instaurado processo criminal. Terá o Poder Público direito a ação regressiva contra o criminoso, podendo ser descontado o valor pago à vítima do fruto de seu trabalho.

Na França, a vítima do delito também poderá ser indenizada pelo Estado quando não puder obter uma reparação efetiva e suficiente de outra forma, ou quando o delito a coloca numa situação material grave. O fato típico deve provocar a morte ou lesão corporal que impossibilite a vítima de trabalhar por mais de trinta dias, e o comportamento da vítima não pode ter provocado de qualquer forma a agressão, nem a mesma poderá ter maus antecedentes.

O Código Penal de 1982 de Portugal assegura a indenização do lesado, naqueles casos em que o delinqüente não possa satisfazer esta obrigação, através da criação de um seguro social. Outros países como Itália, Inglaterra, Irlanda do Norte, Canadá, Suécia, Alemanha, Áustria, Holanda, Finlândia, México e alguns estados dos EUA seguiram o mesmo caminho.

Na América Latina, Cuba tem o único código que prevê uma compensação indenizatória à vítima do delito por intermédio do Estado. O Estado proporciona a indenização à vítima e depois cobra o condenado. A idéia também foi adotada no Peru e na Bolívia.

No Brasil, em 1912, foi sugerida por Esmeraldino Bandeira uma caixa de multas, que supriria a indenização quando o criminoso fosse insolvente. O Código Penal de 1940, antes da Reforma de 1985, previa uma indenização à vítima pelo Estado, sendo revogado este artigo.

A própria Declaração da ONU dos Direitos das Vítimas de Delitos, datada do ano de 1985, em seu item 12, recomenda que sempre que a indenização prestada pelo delinqüente não for suficiente, o Estado procurará indenizar as vítimas de delitos cujas lesões corporais produzidas sejam significativas ou que tenham sido prejudicadas em sua saúde física ou mental. E ainda, que se indenize as famílias, particularmente as pessoas dependentes, das vítimas de crime que tenham morrido ou que estejam mental ou fisicamente incapacitadas. Recomenda-se também, na mesma Declaração, que se fomente, amplie e reforce os fundos nacionais de indenização às vítimas.

Mesmo existindo em diversos outros países, este Fundo de Indenização do Estado não é bem recomendado pelos autores, dentre outros motivos, porque se tornaria bastante oneroso para o Estado, além do fato de que, apesar de sua responsabilidade, a vítima também tem que se prevenir de agressões, não sendo a culpa da insegurança tão somente do Estado.

Mas de alguma forma este deve ser responsabilizado, devido sua política econômica e sua ausência de política social estarem colaborando enormemente para o aumento da criminalidade. Talvez com esta responsabilidade o Estado se preocupe mais em evitar o crime, mediante não só os mecanismos de segurança mas também de atuação na área social.

Fernandes (1995, p.183) aponta como alternativa para que o Fundo Estatal das vítimas não seja tão oneroso, que os recursos proviessem do confisco e venda dos bens dos criminosos, do pagamento das multas à Administração, das taxas judiciárias, do fruto

do trabalho do preso, ao invés de ser constituído por impostos ou renda do Tesouro Nacional.

Ademais, a indenização não seria paga a todas as vítimas de crime. Haveria critérios para esta indenização estatal que atingiria, como assim o é também nos países mais ricos, somente as vítimas, ou dependentes, de delitos mais graves, cometidos com violência, excluindo os crimes contra o patrimônio sem violência. Seriam indenizadas também somente as vítimas em situação material grave, não se indenizando os prejuízos morais, mas somente os materiais.

A indenização deverá atender as perdas passadas e futuras, devendo ser suficiente ao se considerar o prejuízo econômico sofrido com a agressão, a perda da capacidade laboral, as despesas de funeral, e os encargos decorrentes de despesas médicas, próteses, tratamentos psicológicos e as necessidades dos dependentes das vítimas.

Poderá também ser criado um teto máximo e mínimo, para que o Estado trabalhe em cima de uma previsão de gastos, assim como existe na previdência social. Melhor mesmo que a indenização fosse uma espécie de seguro social, sendo os critérios de concessão submetidos a limites razoáveis e de acordo com as necessidades reais dos assistidos, não se correndo o risco de alegação de inconstitucionalidade pelo princípio da igualdade, caso pessoas ricas pleiteassem a indenização e tivessem a negativa da concessão.

Poderia ser seguido o exemplo da França, e somente indenizar as vítimas que não contribuíram de nenhuma forma para a agressão, ou diminuir o montante da indenização nos casos em que a vítima provocou a agressão de alguma forma, como acontece na Inglaterra¹. E ainda, indenizar somente as vítimas que tenham bons antecedentes e que colaborem com o sistema legal.

Outra delimitação seria indenizar somente as vítimas de agressores não identificados, ou insolventes (o que é a regra), evitando "o mais absoluto desamparo da vítima" (MOLINA & GOMES, 1997, p.88) nestes casos. E também que esta indenização fosse em caráter de

¹ Apesar de ser importante esta limitação, é muito relativa. Corre-se o risco de a partir de uma interpretação parcial, alegar que a vítima contribuiu para o delito porque foi ao apartamento do acusado, ou porque estava usando roupas sensuais, e voltamos à discussão da crítica à tipologia da vítima, do item quatro do primeiro capítulo deste trabalho.

urgência e provisória, enquanto o processo contra o delinqüente ainda estivesse em curso.

Atualmente, não dispomos de subsídios legais impositivos que determinem o dever do Estado de indenizar as vítimas de crime. O único dispositivo do nosso sistema normativo, mencionando o Estado como possível responsável ou como articulador desta indenização, seria o art. 245 da Magna Carta.

O art. 245 da Constituição Federal de 1988 reza que a lei disporá sobre hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito. Restra evidente neste aspecto a responsabilidade do Estado em amparar os herdeiros e dependentes de baixo poder aquisitivo, das vítimas de crime. Ademais, o dispositivo situou a reparação à vítima em nível constitucional, demonstrando ser preocupação do Poder Público².

Todavia, não é disposição legal coercitiva, a ponto de obrigar o Estado a fazê-lo. Ademais, necessita de lei complementar para ser aplicada, não sendo norma de eficácia imediata.

Neste ponto se encontra a primeira dificuldade: desde a promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, espera-se a edição de lei complementar regulamentando este dever do Estado. A omissão do legislador, neste sentido, é inclusive freqüente, existindo vários outros artigos da Magna Carta que necessitam de lei complementar para que se revistam de carga de eficácia.

Somente em 1996, oito anos após a promulgação da Magna Carta, foi proposto o projeto de lei nº 2.557/96, de autoria do

² Existe ainda o Fundo Penitenciário Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 79, de 07 de janeiro de 1994. Apesar de não ser fundo de indenização específico das vítimas, prevê a aplicação de parte dos seus recursos em programas de assistência às vítimas de crime, o que é outra maneira de se indenizar. É na verdade o ensaio de um Fundo de Indenização Estatal, todavia, porque a soma de seus recursos não está direcionada somente à vítima, não pode ser considerado como Fundo de Indenização. Ademais, a vítima precisa de uma decisão judicial definitiva acerca do dever de reparar, bem como sobre o *quantum* indenizatório, e isto dificulta sua aplicação. O certo é que não foram criados mecanismos e instrumentos que viabilizem sua utilização.

Deputado Waldomiro Fioravante, que pretende regulamentar este art. 245.

Reza o texto, em seu art. 1º, que o Poder Público federal, estadual e municipal indenizará e dará assistência psicológica e jurídica aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crimes dolosos contra a vida. Pelo que podemos ver, o texto atribui aos três entes da federação a obrigação de prestar assistência às vítimas de crime, não delimitando a responsabilidade de nenhum, e também não propõe como deverá ser esta assistência, e esta indenização, principalmente.

De qualquer sorte, o projeto de lei, quando aprovado, representará um certo avanço, podendo os estados-membros ao menos isoladamente regulamentar de que forma esta assistência dar-se-á, sem correrem o risco de sua legislação ser considerada inconstitucional.

Recentemente, em abril de 2002, momento em que estávamos presentes, foi discutida no Congresso Nacional, na Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, a criação de um benefício de assistência às vítimas de violência. Esta proposta foi do Deputado Federal Orlando Fantazzini, que pretende incluir na Lei de Organização da Assistência Social – Lei nº 8.742 / 93 – a assistência e atendimento às vítimas de violência através da criação deste benefício social.

Nos termos do projeto, este benefício atingiria toda pessoa vítima de violência que tivesse sofrido lesão física ou trauma psicológico. Após as observações feitas pelos partícipes nesta audiência pública, principalmente sobre a delimitação do campo de abrangência do projeto de lei, onde deveria ficar claro quais as violências e tipos de vítimas que deveriam ser abrangidos pelo benefício, para que não houvesse prejuízo do erário, devido a grande demanda, restou que continuaríamos a discutir a proposta em outra oportunidade, da qual não tivemos mais notícia.

A maior negligência das vítimas, em relação a sua segurança, caso houvesse esta indenização. Todavia, nos países em que foram criados, não houve gastos preocupantes para o erário, até mesmo porque, como vimos, os critérios são bastante rígidos. E ainda, a existência do Fundo não fomentou a despreocupação das vítimas em potencial com sua segurança.

Talvez quando criado no Brasil, este fundo estatal seja mais procurado que nos outros países, tendo em vista a grande quantidade de vítimas que se enquadrariam perfeitamente nas delimitações sugeridas acima, principalmente aquelas que estão em situação econômica difícil, e cujo agressor é insolvente.

Todavia, ainda podemos tentar afunilar mais ainda, nos casos de insolvência do agressor, estimulando a indenização através de uma prestação de serviços à vítima, ou que o trabalho do condenado seja revertido em favor desta ³, para que o mesmo não permaneça numa posição passiva, estabelecendo-se uma relação entre ambos, possivelmente diminuindo a hostilidade, como veremos em item próprio a seguir, prejudicando a visão que o agressor tem de que seu compromisso é somente com o Poder Judiciário, e não com o ofendido.

Torna-se imperativo na conjuntura atual, que o Estado abra os olhos para a necessidade social da indenização às vítimas de crime, sendo importante que se tomem medidas no sentido de proporcioná-la mais facilmente. A reparação dos danos causados às vítimas é imprescindível para o restabelecimento do equilíbrio social, até mesmo porque o delito geralmente atinge não só a vítima, mas também seus familiares, e a própria vítima representa força de trabalho útil e produção atual e futura para a comunidade.

A indenização à vítima representa uma “obrigação de ordem pública, que se justifica sobre as bases dos imperativos modernos da solidariedade social, especialmente no caso do autor da infração ser desconhecido ou não ser perseguido ou quando condenado, ser insolvente”, (ROLIM, 1980, p.212). É também meio de restabelecimento do desequilíbrio social provocado pela infração, representando um complemento eficaz da sanção penal (p.212).

Outra alternativa para a assistência as vítimas de crime, que não a indenização foi a criação de Centros de Assistência às Vítimas de Crime.

³ Como já prevê a Lei de Execução Penal, em seu art. 29, § 1º, alínea a, *in verbis*:

Art. 29. O trabalho do preso será remunerado mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a $\frac{3}{4}$ (três quartos) do salário mínimo.

§ 1º. O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender:

a. a indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios.

Os Centros de Assistência às Vítimas de Crime são órgãos públicos, financiados pela Secretaria Especial de Direitos Humanos – Presidência da República – que na perspectiva de uma maior valorização da vítima para o combate à impunidade, recebem a vítima de crime e lhes dão apoio social, psicológico e jurídico necessário.

No Brasil, deparamo-nos atualmente com quatro Centros de Assistência nesta linha de atendimento, já funcionando há pelo menos um ano. Os pioneiros são o Centro de Atendimento à Vítima de Crime - CEVIC – em Florianópolis, que atende as vítimas de crime contra a pessoa, os costumes, o patrimônio e de abuso de poder; o Centro de Referência e Assistência às Vítimas - CRAVI - situado em São Paulo, que atende as vítimas ou aos familiares das vítimas de homicídio ou latrocínio.

Os outros dois Centros estão na Paraíba, e em Belo Horizonte, o primeiro atendendo vítimas de qualquer crime, mas cujo maior índice de procura é nos casos de violência doméstica, e o segundo atendendo somente vítimas de crimes considerados violentos pelo seu alto poder ofensivo⁴. Durante o ano de 2001, foi aprovada a criação de mais quatro centros de apoio às vítimas no Brasil, nos estados de Alagoas, Espírito Santo, Rio de Janeiro e Bahia. Em 2002 e 2003 os Centros de Assistência foram expandidos para Goiás, Pará, Pernambuco e Mato Grosso.

Nestes locais, a partir de uma triagem, identifica-se o problema e a pessoa é encaminhada para o serviço técnico adequado. Cada setor do Centro de Apoio trabalha segundo suas competências, mas sempre buscando os direitos daquela vítima, inserindo-a nas políticas públicas a que faz jus, a partir do que proporcionam sua reestruturação moral, social e emocional.

Torna-se imperativo na conjuntura atual, que o Estado abra os olhos para a necessidade social da assistência às vítimas de crime, especialmente a indenização, sendo importante que se tomem medidas no sentido de proporcioná-la mais facilmente. A reparação dos danos causados às vítimas é imprescindível para o restabelecimento do equilíbrio social, até mesmo porque o delito geralmente atinge não só

⁴ São crimes como homicídio, latrocínio, estupro e atentado violento ao pudor.

a vítima, mas também seus familiares, e a própria vítima representa força de trabalho útil e produção atual e futura para a comunidade.

A indenização e assistência à vítima de crime representa uma “obrigação de ordem pública, que se justifica sobre as bases dos imperativos modernos da solidariedade social, especialmente no caso do autor da infração ser desconhecido ou não ser perseguido ou quando condenado, ser insolvente” (ROLIM, 1980, p.212). É também meio de restabelecimento do desequilíbrio social provocado pela infração, representando um complemento eficaz da sanção penal.

A CRIANÇA E O ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI

Antonio Fernando do Amaral e Silva ^(*)

Preveni-la, a delinquência juvenil, é impedir um genocídio social que se permite esteja sendo praticado contra milhares de menores, espalhados nos quatro cantos deste país e que, produtos de um processo de socialização divergente, disfuncionados, convertem-se em infratores porquanto não se lhes oferecem outras opções, não se satisfazem, a tempo próprio, as suas necessidades básicas (suas carências, isoladas ou não, são múltiplas: econômicas, sociais, físicas e psíquicas) nem se busca desenvolver as suas potencialidades positivas (*Cesar Barros Leal*).

SUMÁRIO

Introdução. 1. Generalidades. 1.1. A criminalidade como fenômeno global. 1.2. A delinquência juvenil. 1.3. A delinquência juvenil no Brasil. 2. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Delinquência Juvenil. 2.1. Generalidades. 2.2. Dificuldades para implementação de políticas públicas de prevenção e resposta. 2.3. A violência contra crianças e adolescentes. 2.4. A violência de crianças e adolescentes. 3. Prevenção da Delinquência Juvenil. 3.1. Prevenção Primária. 3.2. Prevenção Secundária. 3.3. Prevenção Terciária. 4. Conclusões

Introdução

O presente trabalho, abordando alguns aspectos da chamada delinquência juvenil, não traz nada de novo. Trata-se de despretenhosa reflexão a respeito das causas, da importância e da necessidade imediata de políticas de prevenção.

Procura-se demonstrar serem, a violência e a criminalidade, fenômenos universais, que nos últimos tempos vêm crescendo de forma assustadora. Enfatiza-se que a chamada delinquência juvenil, parte do fenômeno, tem sido vista de ângulo distorcido,

^(*) Desembargador.

principalmente quando se alarga o seu conceito para abranger comportamentos indiferentes ao Direito Penal. São ressaltadas a impropriedade e os reflexos negativos da interferência do sistema policial e repressivo em casos de crianças e jovens apenas necessitados de proteção.

Ao analisar as causas da delinquência juvenil e da crescente violência urbana destaca-se que o fenômeno decorre, principalmente, da injusta distribuição de renda, da miséria e da falência das políticas sociais básicas.

A violência urbana vem ensejando apelos a atitudes repressivas que nada resolvem, apenas provocam mais violência e criminalidade. Procura-se demonstrar que tão simplória proposta (prisão para averiguações, exacerbação de penas, julgamentos sumários, batidas policiais, etc.), além de antijurídica não tem justificativa, conflitando-se com os mais elementares princípios de criminologia.

O trabalho enfatiza a importância da prevenção, salientando os três níveis da respectiva política. No aspecto primário, os direitos fundamentais e as políticas sociais básicas. Prevenção secundária, mediante assistência educativa, programas de apoio, auxílio e orientação ao jovem e à família. Prevenção de terceiro nível, através da Criminologia Clínica.

A exposição finaliza com uma síntese da matéria, objetivando deixar consignado a importância da prevenção e da necessidade urgente das respectivas políticas.

1. Generalidades

1.1. A criminalidade como fenômeno global.

Fenômeno universal, a criminalidade cresce assustadoramente. Nos países desenvolvidos ou nas nações do terceiro mundo, a prática de delitos, marcada pela violência, é uma constante, inclusive nas médias e pequenas cidades.

Em que pese a desconfiança da estatística criminal, a verdade é que os registros indicam aumento preocupante da delinquência, sendo impossível se aquilatar o verdadeiro alcance, pois a maioria dos delitos, tenham a conotação que tiverem, permanece encoberta.

A maior parte dos crimes contra o patrimônio, contra a administração pública, contra a propriedade intelectual, contra a

organização do trabalho, contra a saúde e até contra a pessoa, integra as *cifras negras* da criminalidade.

Medo dos criminosos, falta de confiança na punição e no sistema repressivo; certeza de incômodos sem reparação moral ou material e comodismo, podem ser relacionados entre as causas da ocultação da criminalidade. A idéia segundo a qual a maioria dos crimes denunciados redonda em impunidade, principalmente se o ofensor pertence às classes mais favorecidas, muito contribui para as cifras negras, estimulando a falta de iniciativa das vítimas.

A delinqüência juvenil, igualmente preocupante, não deve ser dissociada da questão da criminalidade. Há que ser discutida a partir de dados reais e científicos, sem o exagero daqueles que minimizam, e sem a paixão dos que procuram maximizar seus efeitos.

A delinqüência juvenil existe e está aumentando. Inclusive a violenta. Todavia, não é a única. A adulta é maior e mais grave. Qualquer política de prevenção tem de considerá-la, sendo certo que uma das causas da patologia da violência é o descaso com que a matéria vem sendo tratada.

1.2. A delinqüência juvenil

O conceito de delinqüência juvenil tem sido alargado para abarcar comportamentos não tipificados nas leis penais, como acontecia, por exemplo, no país, com o ab-rogado Código de Menores, que sancionava o *desvio de conduta*. O menor em “situação irregular” podia ser privado de liberdade, em estabelecimento penitenciário, sem determinação de tempo e sem o devido processo legal, aí permanecendo, inclusive, depois de atingida a maioridade, só sendo liberado pelo juiz das execuções penais. Confira-se arts. 2º, inciso V e 41, § 3º.

A moderna inclinação no sentido de restringir a delinqüência juvenil às infrações do Direito Penal foi seguida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que atendeu às Regras de Beijing.

O equívoco de incluir na delinqüência juvenil fatos penalmente indiferentes, tem conduzido a injustiças. As decisões *tutelares*, geralmente, resultavam em medidas mais severas para os menores, além de se revelarem completamente ineficazes na prevenção dos delitos e na recuperação de jovens.

Linguagem obscena, inadaptação social, familiar ou escolar, permanência nas ruas, afastamento da casa paterna e indisciplina, em algumas legislações correspondem, na prática, a respostas mais severas do que a adultos em casos análogos. Acresce serem tais comportamentos indiferentes às leis penais.

É clássico o caso Estado do *Arizona x Gault* em que o jovem, por palavrado obsceno, foi sentenciado a internamento (*privação de liberdade*) por até seis anos para ser “tratado”. O processo, submetido à Suprema Corte resultou na constatação de que os Tribunais de Menores -- ditos Tutelares --, não reconheciam os direitos fundamentais.

O julgamento da Suprema Corte -- marco importante na história do *Direito do Menor* -- desmistificou o *caráter Tutelar* de medidas punitivas, disfarçadas em *protetivas*.

Manzanera ¹(1) critica a intervenção da justiça juvenil em casos paradelinqüenciais ou de desvio de conduta. Observa o jurista:

Se discute el derecho de los tribunales de menores a intervenir para evitar que menores predispuestos a la delincuencia se conviertan en delincuentes, no sólo desde un punto de vista estrictamente legal, sino también porque los servicios judiciales actuales no garantizan que esa intervención produzca resultados satisfactorios. Se sabe, en efecto, que aun en las comunidades más avanzadas los recursos disponibles son demasiado limitados para asegurar el logro del objetivo perseguido.

La intervención de los tribunales de menores, en los casos de menores necesitados de cuidado y protección, pero que no han cometido ningún delito, puede producir o acentuar una reacción de resistencia y hostilidad.

O envolvimento da polícia judiciária com crianças e jovens que não estejam em situações delinqüenciais (crimes) é desaconselhável. Pode provocar reações de resistência e hostilidade, predispondo à violência.

¹ MANZANERA, Luiz Rodríguez. **Criminalidad de Menores**. México: Editorial Porrúa, 1987, p. 370/371.

A delinquência juvenil decorre principalmente do meio. Entre suas causas avultam marginalização social e desestruturação familiar, que não podem ser combatidas através de medidas simplistas.

O recolhimento, o confinamento temporário, a internação paternalista ou policialesca, nada resolvem. Ao contrário, agravam o problema e sua inadequação é proclamada, principalmente nos países mais desenvolvidos.

Os casos de assistência social têm de ser atendidos por equipe especializada, nada aconselhando o sejam, salvo excepcionalmente, por agentes da segurança pública. Estes devem garantir e apoiar o trabalho dos agentes do serviço social, dos educadores sociais de rua, etc.

1.3. Delinquência juvenil no Brasil

Em 1980, portanto há mais de vinte anos, o grupo de juristas coordenado por José Arthur Rios ², que por designação do Ministro Petrônio Portela, estudou as causas da criminalidade e da violência, assim se pronunciou:

No que tange ao MENOR INFRATOR, que já se constitui na quase justificativa da conduta do MENOR ABANDONADO, há hoje uma grande intranquilidade em razão dos estudos e investigações procedidas em outros Países e no Brasil, admitindo que possam se agrupar da seguinte maneira, em uma síntese formulada pelas autoridades nessa grande problemática:

- a) Desorganização ou inexistência de um grupo familiar;
- b) Condições impróprias ou inadequadas da personalidade dos pais, decorrendo daí a ausência de afeto e de autoridade;
- c) Renda familiar insuficiente, modesta ou mesmo vil;
- d) Desemprego, subemprego com rentabilidade deficiente;
- e) Falta de instrução e de qualificação profissional dos membros familiares;

² RIOS, José Arthur. **Criminalidade e Violência. Relatórios dos Grupos de Trabalho de Juristas e Cientistas Sociais**. Brasília: Ministério da Justiça, , vol.I, p. 33.

f) Moradia ou habitação inadequada e condições precaríssimas, inclusive de higiene, facilitando a proliferação do vício em todas as escalas.

Mário Altenfelder³ advertia:

Entende-se, portanto, que a marginalização do menor é aspecto e manifestação do processo social que marginaliza certos grupos sociais, os quais, por sua vez, marginalizam em massa o menor, quando:

- transferem para este menor as marcas de sua indigência econômica e financeira;
- abandonam-no, carente e desassistido, forçando-o à prática de atividades marginalizantes;
- provocam, pelas condições de mobilidade, habitação, saúde, incultura, subdesenvolvimento etc., a desintegração individual do menor em todos os aspectos.

Esse menor passa a ser, então, dentro da comunidade nacional, 'menor problema social' e, assim, resíduo final de um complexo processo social que apresenta estágios de evolução ou graus diferentes de apresentação. Inicia-se com o menor em vias de marginalização social e culmina com o menor infrator, considerando-se a criminalidade o grau máximo de marginalização social.

A delinquência juvenil decorre da miséria em que vivem milhares de famílias, as quais transferem a pobreza às crianças e jovens, muito cedo compelidos a lutar pela vida.

Nas ruas, onde buscam recursos, logo se vêem submetidos a exploração e a toda sorte de violências, principalmente dos adultos. Condiicionados pelo meio, acabam cometendo atos anti-sociais de sobrevivência. Uma equivocada política de segurança pública, ao invés de apoiar ações de serviço social, garantindo o trabalho dos educadores sociais, arbitrariamente retira esses meninos e jovens da rua, devolvendo-os ao mesmo lugar, mais revoltados e agressivos. O equivoco resulta no *camburão social* e no *ciclo perverso*, identificados

³ ALTENFELDER, Mário. **A Prevenção como fator de criminalidade no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, Brasília, 1980, vol. I, p.332.

por Antônio Carlos Gomes da Costa ⁴, produtores e reprodutores de violência e delinquência, como observou Deodato Rivera ⁵.

Cesar Barros Leal ⁽⁶⁾, em excelente dissertação, centrada nos fatores e na prevenção da delinquência juvenil, referindo-se às causas, assim explica o fenômeno:

No Brasil, a delinquência juvenil é um problema eminentemente estrutural. Os menores delinquentes ou infratores -- não importa como sejam rotulados -- em sua maior parte são procedentes das classes desfavorecidas e praticam, no mais das vezes, delitos contra o patrimônio, destacando-se entre eles o furto.

Trata-se, a delinquência juvenil, de um problema complexo, de múltiplas variáveis. Por isso mesmo, pela diversidade de seus fatores endógenos e exógenos, essa, de forma alguma, pode ser vista de um ângulo isolado. Entre os fatores exógenos estão incluídos: a) o desenvolvimento; b) a urbanização; c) a pobreza; d) a família; e) a falta de escolaridade; f) o convívio social impróprio; e g) os meios de comunicação social.

2. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Delinquência Juvenil

2.1. Generalidades

As causas da delinquência juvenil e da crescente violência urbana, de longa data, vêm sendo ligadas à marginalização social. Embora existam outros fatores, a grande maioria dos atos delinquentiais praticados por jovens, tem origem nas situações particularmente difíceis em que se encontram.

O prefixo *sub* caracteriza suas vidas: subnutridos, vivendo do subsalário, na submoradia, no subemprego, pertencem a um submundo, impenetrável às políticas públicas, salvo a da segurança e, assim mesmo, de forma equivocada.

⁴ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **O conceito de risco pessoal e social** – Brasil Criança Urgente. São Paulo: Columbus Cultural, 1989, p. 43/45.

⁵ RIVERA, Deodato. Informe de um plantão na Delegacia de Menores do Distrito Federal, em Dezembro de 1987. Columbus Cultural, São Paulo, 1989, p. 123.

⁶ LEAL, César Barros. **A Delinquência Juvenil seus Fatores Exógenos e Prevenção**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1983, p. 168/169.

Sendo de sobrevivência e de ocasião a maioria das infrações praticadas por crianças e adolescentes, o que preocupa mais é a patologia da violência, como observou com propriedade Hain Grünspun⁷.

O Estatuto, atento as *Beijing Rules*, determina a desjudicialização das hipóteses sem gravidade, preconizando medidas protetivas ou preventivas, independentemente de processo formal. Para reincidentes ou violentos, prevê ação de pretensão sócio-educativa. Os casos de reincidência, gravidade, violência, podem resultar em medidas mais severas, inclusive privação de liberdade, em flagrante ou provisória. Em qualquer hipótese, observados os direitos constitucionais.

O novo modelo consagra: *prevenção primária*, multissetorial, assegurando direitos fundamentais -- saúde, educação, esporte, lazer, profissionalização, etc., inclusive através de ações cíveis públicas; *prevenção secundária*, pelos Conselhos Tutelares com medidas protetivas e assistência educativa à família; *prevenção terciária*, através de medidas sócio-educativas -- reparação do dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semi liberdade e privação de liberdade em estabelecimento educacional.

2.2. Dificuldades para a implementação de políticas públicas de prevenção e resposta

Miséria e desagregação familiar, decorrentes da vergonhosa e injusta distribuição de renda que caracterizam o país, além da falência das políticas públicas básicas, podem ser relacionadas como as principais causas da onda de violência urbana e, principalmente, da delinquência juvenil.

A distorcida visão do problema, encarado isoladamente, vem ensejando apelos a atitudes repressivas.

Prega-se em termos simplórios a violência, a exacerbação das penas criminais, a pena capital, os julgamentos sumários, as batidas policiais, a prisão para averiguações, e outras medidas arbitrárias, como se a reação repressiva, por si só, prevenisse a delinquência.

A prevenção da delinquência não pode resultar de tão simplista, antijurídica e equivocada proposta.

⁷ GRÜNSPUN, Hain. **Os Direitos dos Menores**. São Paulo: Almed, 1985, p. 86.

Nos tempos atuais não se justifica qualquer sugestão que não seja técnico-científica. Como diz Jason Albergaria ⁸:

Definiu-se como uma espécie de 'Magna Carta' as conclusões do IV Congresso da ONU em 1970, ao proclamarem como incindíveis a política de defesa social e a planificação do desenvolvimento (com vistas a exploração de caminhos e meios para a planificação da prevenção, contenção e combate ao crime): 'and to establish a better society'. Para reforçar a sua ação internacional nos domínios da prevenção do crime e tratamento do delinqüente, a ONU vem instalando os seus institutos de criminologia. O Secretário- Geral U THANT, ao inaugurar o Instituto de Roma, proclamava o importantíssimo trabalho que o Instituto iria realizar no mundo. Referindo-se especialmente à delinqüência juvenil e à criminalidade do adulto, declarou: 'Este Instituto necessitará desenvolver os conhecimentos indispensáveis ao progresso da política de prevenção, controle e estratégia da delinqüência juvenil e da criminalidade do adulto. Esse novo empenho da ONU consistirá não apenas na fonte de luz a incidir sobre esse aspecto do comportamento humano e da política nacional, como também servirá como ponto focal para a colaboração internacional nesse campo'.

Mais explicitamente o Instituto de Costa Rica (ILANUD) sintetiza esse empenho da ONU nas suas funções contidas no acordo firmado com Costa Rica. A primeira função consiste em organizar cursos de formação e notadamente de estudos teóricos e práticos destinados a planificadores, pessoal especializado e pessoas responsáveis pela elaboração de políticas relativas à prevenção do crime e tratamento do criminoso, etc.

A falta de recursos, principalmente nas áreas técnica e da pesquisa tem sido apontadas como dificuldades da política de prevenção, principalmente da delinqüência juvenil. Se é que se pode

⁸ ALBERGARIA, Jason. **Criminologia - Teoria e Prática**. Rio de Janeiro, Aide Editora, 1988, p. 252/253.

falar em política de prevenção da criminalidade, inexistente, na prática, no país.

Qualquer política preventiva não pode prescindir dos Conselhos Tutelares, devendo exteriorizar-se através de programas preconizados no Estatuto da Criança e do Adolescente: orientação, apoio e acompanhamento; *assistência educativa à família*; auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; *liberdade assistida*; *acompanhamento de egressos*; *restabelecimento de vínculos familiares*; serviços especiais de *prevenção e atendimento médico e psicossocial* às vítimas de negligência, maus tratos, exploração, abuso e crueldade; serviço de identificação de pais, responsáveis, crianças e adolescentes desaparecidos; *proteção jurídico social*, etc...

2.2.2. Políticas Públicas de Resposta

À violência urbana, ao sentimento de insegurança (crescentes em todos os países), decorrência do terrorismo, da criminalidade econômica e da delinquência juvenil, correspondem novos e insistentes apelos por política penal *repressiva*.

A respeito da ineficácia de tal política é de se transcrever o escólio de Heleno Claudio Fragoso⁹:

Na medida em que a moderna Criminologia voltou-se para o próprio sistema repressivo e o submeteu a análise e pesquisa, pôde-se verificar que certos princípios gerais, admitidos como pressupostos, não correspondem à realidade e devem ser postos em dúvida. O efeito preventivo da ameaça penal não está demonstrado; o efeito ressocializador e preventivo da pena evidentemente não existe, pelo menos no que diz respeito à pena de prisão. O crime está em função da estrutura social, que não se modifica através do Direito Penal. É reduzido, em consequência, o papel que o sistema punitivo do Estado desempenha em termos de prevenção, e, pois, em termos de efetiva proteção e tutela de valores da vida social. Verificou-se, por outro lado, o alto custo social da repressão punitiva, com a estigmatização, a desigualdade, a corrupção, a

⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, vol. I, p.17.

morosidade e as deficiências do sistema policial, judiciário e penitenciário.

Afrânio Peixoto ¹⁰, criticando o critério do discernimento e a redução da idade da responsabilidade penal, advertia:

Simplemente abominável. Antes tivesse sido a lei omissa em todos esses casos porque 'quando um menor comete um delito e o deixamos fugir, são menores as probabilidades que torne a praticar novo crime, do que se o punimos' (VON LISZT).

Como castigo de uma culpa somenos, vai a justiça tonta levá-lo ao cárcere, onde, na 'universidade do crime' (GARRAUD) aprenderá o que lhe falta, dos veteranos e dos inveterados, para exercer cá fora, no primeiro momento, talvez com aquela ânsia sôfrega que têm os doutrinários de ensaiar, na experiência, um conhecimento adquirido. De um menino ou um rapaz culpado de falta venial, vamos fazer, conscientemente, ineptamente, criminosamente, um celerado, que nos vai punir pela nossa inqualificável cegueira ou estupidez, com outros e multiplicados crimes. Será, se me permitem comparação, segregar um doentinho de sarampão, num hospital de pestosos: e tal imbecil sociedade ainda chamará 'criminoso' ao menor delinqüente, que ela vai transformar em grande celerado...

Embora a repressão esteja completamente falida, com resultados negativos, inclusive gerando maior violência, a sociedade tem o direito de se proteger. Para os casos onde a patologia da violência esteja presente, o Estatuto autoriza medidas de defesa social eficazes, a serem impostas nas condições e hipóteses recomendadas pelas Regras Mínimas da ONU para a Administração da Justiça Juvenil.

O desconhecimento dos princípios, das normas, das garantias processuais, principalmente a falta de estrutura para a aplicação correta de medidas sócio-educativas muito contribui para a inexistência de uma adequada política de resposta à delinqüência juvenil.

¹⁰ PEIXOTO, Afrânio. **Criminologia**. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 138.

Instituições impróprias, falta de pessoal qualificado, confinamento arbitrário podem ser apontados como política equivocada.

Enquanto não se qualificar as áreas policial, judicial e técnica; enquanto a sociedade não se conscientizar da importância da prevenção; enquanto os apelos e as soluções continuarem centradas na *repressão*, será muito difícil implementar uma política correta de resposta à delinquência juvenil.

2.3. A violência contra crianças e adolescentes

Um dos aspectos mais comuns em que a violência se materializa, marcada pela impunidade, é contra crianças e jovens, principalmente marginalizados. Extermínio, privação indevida e arbitrária de liberdade, maus tratos, abusos sexuais, abandono... São tantas e tão conhecidas as manifestações da violência contra crianças e adolescentes, que se torna desnecessária qualquer explicitação.

O fenômeno é por demais conhecido. Está presente no dia a dia. O que se enfatiza é que esses lamentáveis fatos constituem importante elemento produtor e reproduzidor de delinquência.

Manzanera ¹¹ abordando a questão da vitimologia, demonstra a existência de relação entre os abusos, maus tratos, abandono e posterior delinquência.

2.4. Violência de crianças e adolescentes

Embora a criminalidade adulta seja muito mais violenta e danosa, crianças e jovens se envolvem em atos anti-sociais violentos. Suas vítimas não são apenas pessoas da classe mais favorecida. Outras crianças, jovens, trabalhadores, todos estão sujeitos a violência cometida por adolescentes, isoladamente ou em grupo. O fenômeno não é local, é universal, mas, ainda não se alcançou sucesso com medidas meramente repressivas. Impõe-se valorizar a prevenção e tratar os casos graves.

O perigo está na generalização, atribuindo-se caráter nocivo a ações anti-sociais, que não passam de recursos de sobrevivência. Tenha-se presente que a maioria dos atos infracionais cometidos por adolescentes é contra o patrimônio, sem qualquer violência.

¹¹ MANZANERA, 1987, p. 194/195.

Nuno Campos ¹² em pesquisa sobre menores infratores em Florianópolis, concluiu:

Verifica-se, no referente aos crimes contra o patrimônio, um grande percentual de furtos simples; um pouco menos da metade do total dos crimes contra o patrimônio. Isto indica que o nosso menor infrator comete furtos sozinho e de maneira primária. Furtos qualificados o são pelo concurso de autores ou pelo arrombamento, principalmente de automóveis. Crimes contra o patrimônio com violência à pessoa quase não ocorrem.

3. Prevenção da Delinquência Juvenil

Não se pode cogitar de vida social, sem criminalidade ou delinquência juvenil. São elementos inseparáveis. O que se deve questionar é o fato e suas conseqüências, formulando-se políticas no sentido de reduzir o fenômeno a níveis naturais, residuais. A repressão deve ser reservada aos casos extremos. Como observa com propriedade Cesar Barros Leal ¹³:

Preveni-la, a delinquência juvenil, é impedir um genocídio social que se permite esteja sendo praticado contra milhares de menores, espalhados nos quatro cantos deste país e que, produtos de um processo de socialização divergente, disfuncionados, convertem-se em infratores porquanto não se lhes oferecem outras opções, não se satisfazem, a tempo próprio, as suas necessidades básicas (suas carências, isoladas ou não, são múltiplas: econômicas, sociais, físicas e psíquicas) nem se busca desenvolver as suas potencialidades positivas.

3.1. Prevenção primária

Exterioriza-se a prevenção primária através de medidas no sentido de garantir os direitos fundamentais e as políticas sociais básicas.

¹² CAMPOS, Nuno. **Menores Infratores**. Universidade Federal de Santa Catarina, 1979, p. 78.

¹³ LEAL, César Barros. 1983, p. 127/128.

Se as causas da delinquência juvenil decorrem principalmente de fatores exógenos,¹⁴ a política de prevenção deve se basear em medidas capazes de garantir direitos básicos: saúde; liberdade e dignidade; educação, convivência familiar e comunitária, esporte lazer; profissionalização e proteção no trabalho.

Tenha-se presente, enquanto falharem as políticas sociais básicas, dificilmente se logrará prevenir a criminalidade. Saúde, educação, profissionalização, esporte, lazer, devem ser valorizados, principalmente a nível comunitário.

A prevenção primária deve se orientar no apoio às ações dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente.

3.2. Prevenção Secundária

A prevenção secundária deve se materializar através dos Conselhos Tutelares.

Se a etiologia da delinquência aponta geralmente para a falta de atendimento das necessidades básicas; para a desagregação familiar, para as más companhias; para a exploração dos adultos; para a falta de escolaridade; para o abandono; numa palavra para a miséria; se muitos consideram em estado de risco, jovens em dificuldades; é claro que a prevenção secundária deve se basear em programas de apoio, auxílio e orientação ao jovem e à família. Tais programas, preconizados no Estatuto da Criança e do Adolescente, precisam ser implementados com a máxima brevidade, principalmente a assistência educativa a ser gerenciada pelas comunidades locais.

Se a criança e o jovem em dificuldade forem atendidos na própria família; se o atendimento for de natureza educativa com a participação do núcleo familiar e comunitário, as perspectivas de prevenção serão promissoras.

3.3. Prevenção Terciária

Exterioriza-se a prevenção terciária através de medidas sócio-educativas visando readaptar ou educar o adolescente infrator.

Matérias bastante controvertidas, diagnóstico, prognóstico, tratamento, principalmente *periculosidade e inadaptação social*, devem ser vistos com cautela.

¹⁴ Barros Leal, 1983, p.87.

Não há como discutir, em tão apertada síntese, a respeito das diversas concepções em torno do assunto nem abordar a chamada *crise do conceito de periculosidade*. Apenas que a prevenção terciária é um dos objetivos das chamadas medidas sócio-educativas, que elas existem e são necessárias.

O fato é que crianças e jovens, às vezes, praticam ações anti-sociais graves, violentas. Nesse caso, impõe-se resposta, tratamento, medida sócio-educativa, como queiram. A verdade é que tal *resposta* deve variar conforme o fato e o agente, sempre limitada pela humanidade, pela ética e pelos princípios do Direito, de tal forma que o jovem não seja *penalizado* com mais rigor do que o adulto, muito menos desnecessariamente.

A prevenção da delinqüência juvenil está ligada também ao relacionamento do sistema de justiça com o jovem acusado. Uma intervenção inadequada, violenta ou arbitrária, pode trazer sérias conseqüências. Do comentário a Regra 19, das Regras Mínimas da ONU, traduzidas por Maria Josefina Becker:

A criminologia mais avançada advoga o uso do tratamento não institucional. As diferenças encontradas no grau de eficácia da institucionalização em relação à não institucionalização são pequenas ou inexistentes. É evidente que as muitas influências adversas que todo estabelecimento institucional parece exercer inevitavelmente sobre o indivíduo não podem ser neutralizadas com um maior cuidado no tratamento. Isso ocorre principalmente no caso dos menores, que são especialmente vulneráveis às influências negativas. Além do mais, os efeitos negativos não apenas da perda da liberdade, mas também da separação do meio social habitual, são certamente mais agudos em sua etapa inicial do desenvolvimento.

A regra 19 pretende restringir a institucionalização em dois aspectos: em quantidade ('último recurso') e em tempo ('mais breve período possível'), a regra 19 reflete um dos princípios norteadores básicos da resolução 4 do 6º Congresso das Nações Unidas: um menor infrator não deve ser encarcerado a não ser que não haja outra resposta adequada. A regra, portanto, proclama o princípio de que, se o menor deve ser institucionalizado,

a perda da liberdade deve limitar-se ao menor grau possível, com arranjos institucionais especiais para contenção e tendo em mente as diferenças entre tipos de infratores, infrações e instituições. Definidamente, os estabelecimentos 'abertos' aos 'fechados'. Além do mais, qualquer instalação deve ser do tipo correccional ou educativo e não carcerária."

A prevenção terciária requer alternativas para a privação de liberdade como programas de liberdade assistida, apoio e acompanhamento temporários, serviços à comunidade, etc.

4. Conclusões

A delinquência juvenil existe e está aumentando. Como parte da questão da criminalidade, deve ser encarada de forma realística e científica.

Há que se afastar os exageros dos que minimizam os seus efeitos ou maximizam suas proporções.

O conceito de delinquência juvenil não deve ser alargado. A moderna inclinação é no sentido de restringi-lo às infrações do Direito Penal.

A distorcida visão da delinquência juvenil, encarada isoladamente, vem provocando apelos a atitudes repressivas, que nada resolvem, apenas provocam mais violência e delinquência.

Nos tempos atuais não se justifica qualquer proposta que não seja técnico-científica.

A delinquência juvenil decorre principalmente do meio. Entre suas causas avultam marginalização social e desestruturação familiar, que não devem ser combatidas através de medidas simplistas.

O recolhimento e o confinamento policialesco nada resolvem. Ao contrário, agravam o problema, sendo fatores produtores e reprodutores de violência e delinquência.

Sendo de *sobrevivência* (contra o patrimônio) e de *ocasião* a esmagadora maioria das infrações, o que deve preocupar mais é a patologia da violência, reservando-se a intervenção judicial às hipóteses de reincidência e aos casos graves.

O envolvimento da polícia judiciária com crianças e adolescentes que não estejam em situações delinquentiais, é

desaconselhável, pois pode provocar resistência e hostilidade, predispondo à violência e à delinquência.

A falta de recursos, principalmente nas áreas técnica e da pesquisa científica pode ser apontada como a principal dificuldade da política de prevenção.

A formulação de uma política de prevenção está intimamente ligada a proposta do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A prevenção deve se realizar em três níveis:

Primário, garantindo-se os direitos fundamentais previstos na Lei nº 8.069/90, a melhoria das políticas públicas básicas e o apoio aos Conselhos da Criança e do Adolescente.

Secundário, através dos Conselhos Tutelares, por meio de programas protetivos, preconizados pelo Estatuto: assistência educativa à família; apoio, orientação e acompanhamentos temporários; auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; acompanhamento e apoio a egressos; serviços de localização de pais, responsáveis e adolescentes desaparecidos; proteção jurídico-social; serviços de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus tratos, exploração, abuso, etc...

Terciário, com medidas sócio-educativas, visando a readaptação e a educação do infrator.

Matérias controvertidas, *periculosidade e inadaptação social* devem ser vistas com cautela. O fato é que adolescentes, às vezes, praticam ações anti-sociais violentas, graves. Condutas que reclamam limites para consciência da responsabilidade social e defesa da sociedade. Tais limites só podem ser impostos de forma educativa, com respeito aos direitos constitucionais, principalmente ao devido processo legal.

A resposta – *tratamento, medida* – ou o que seja, deve ser balizada pela humanidade, pela ética, pelos princípios do Direito, de tal forma que o jovem não seja penalizado com mais rigor do que o adulto e, muito menos, desnecessariamente.

A prevenção de terceiro grau requer alternativas ao internamento (privação da liberdade), através de programas de

liberdade assistida, apoio e acompanhamento temporários, serviços à comunidade, reparação do dano, etc.

Sob pena de ineficácia da respectiva política, às instituições e pessoal encarregado da prevenção terciária, devem ser proporcionados recursos e qualificação.

A prevenção da delinquência juvenil está ligada a muitos fatores, mas a proposta do Estatuto da Criança e do Adolescente pode ser o melhor caminho.

A PROCLAMAÇÃO DA LIBERDADE DE NÃO PERMANECER CASADO
(ou *Um réquiem para a culpa na dissolução das relações afetivas*)

Cristiano Chaves de Farias (*)

SUMÁRIO

1. A carta de alforria das relações afetivas. 2. Escorço histórico da culpa como elemento integrante da dissolução do vínculo afetivo. 3. A necessária perspectiva constitucional do Direito Civil e a afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica brasileira. 4. A família como instrumento de promoção da felicidade. 5. O direito de não permanecer casado como materialização da dignidade da pessoa humana. 6. A impossibilidade de afirmar o culpado pelo fim do sonho comum. 7. Da inconstitucionalidade da discussão da culpa. 8. O interesse jurídico na discussão da culpa. 8.1. A dissolução do matrimônio e o regime de bens. 8.2. O uso do nome de casado. 8.3. A guarda dos filhos. 8.4. Os alimentos devidos ao eventual culpado. 8.5. A existência de interesse de agir (condição da ação) na imputação da culpa. 9. Espancando a culpa para preservar a ordem constitucional: proposta de alteração do Código Civil.

O que gostaria de conservar na família no terceiro milênio são os seus aspectos mais positivos: a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e o amor. Belo sonho. (*Michelle Perrot*)

1. A carta de alforria das relações afetivas

Em memorável passagem, consolidando entendimento esposado de há muito pela melhor doutrina brasileira, a 7ª Câmara Cível do vanguardista Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por

(*) Promotor de Justiça (BAHIA). Mestrando em Ciências da Família pela Universidade Católica do Salvador. Professor do curso de Direito da Universidade Salvador, do curso de Direito das Faculdades Jorge Amado; da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Salvador; do Centro Preparatório para as carreiras jurídicas; da Fundação Escola Superior do MP/BA. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família e do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

unanimidade, no julgamento da Apelação Cível nº70005834916 – de Porto Alegre, relatado pelo eminente Des. José Carlos Teixeira GIORGIS, afastou definitivamente a discussão da culpa na separação judicial.

O acórdão, lavrado em 02 de abril de 2003, proclamando ideais de cidadania, é o sinal definitivo e peremptório de uma nova orientação jurisprudencial, sepultando a culpa como elemento de relevo jurídico, apesar das referências do novo Código Civil.

Enfim, é verdadeira *carta de alforria* das relações afetivas, pois impede que se discuta a culpa pela falta de amor, pela negativa de afeto.

Veja-se a ementa do brilhante aresto:

Separação judicial litigiosa. Violação dos deveres conjugais. Culpa. Prova. Descabimento. Dano moral. Impossibilidade, embora admitido pelo sistema jurídico.

É remansoso o entendimento de que descabe a discussão da culpa para a investigação do responsável pela erosão da sociedade conjugal.

A vitimização de um dos cônjuges não produz qualquer seqüela prática, seja quanto à guarda dos filhos, partilha de bens ou alimentos, apenas objetivando a satisfação pessoal, mesmo por que difícil definir o verdadeiro responsável pela deterioração da arquitetura matrimonial, não sendo razoável que o Estado invada a privacidade do casal para apontar aquele que, muitas vezes, nem é autor da fragilização do afeto.

A análise dos restos de um consórcio amoroso, pelo Judiciário, não deve levar à degradação pública de um dos parceiros, pois os fatos íntimos que caracterizam o casamento se abrigam na preservação da dignidade humana, princípio solar que sustenta o ordenamento nacional.

Embora o sistema jurídico não seja avesso à possibilidade de reparação por danos morais na separação ou no divórcio, a pretensão encontra óbice quando se expurga a discussão da culpa pelo dissídio, e quando os acontecimentos apontados como desabonatórios aconteceram depois da separação fática, requisito que dissolve os deveres do casamento, entre os quais o da fidelidade.

Não há dor, aflição ou angústia para indenizar quando não se perquire a culpa ou se define o responsável pelo abalo do edifício conjugal.

Apelação desprovida.

(TJ/RS, Ac.7ªCâm.Cív., Ap.Cív.70005834916 – Porto Alegre, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, v.u., j.02.04.2003)

Cuidou-se, na oportunidade, de ação de separação judicial na qual tentou um dos separandos impingir ao outro consorte a culpa pela separação judicial, alegando ter ocorrido grave violação de deveres do casamento.

A Egrégia Corte gaúcha, no entanto, em candentes palavras, afirmou ser “absolutamente inadequada a discussão sobre a culpa na erosão da arquitetura familiar, mesmo sob os augúrios da atual legislação civil”. Assim, o insucesso das empreitadas amorosas não mais poderá servir como elemento produtor de efeitos jurídicos.

2. Escorço histórico da culpa como elemento integrante da dissolução do vínculo afetivo

Compreendida como a quebra intencional dos deveres matrimoniais bilateralmente impostos (art. 1.566, nCC), a culpa sempre atribuiu àquele que descumpre tais *obrigações amorosas* (se é que existem!) consequências consistentes na perda de determinados direitos e imposição de determinadas sanções de índole civil e penal.

Sem olvidar a bíblica afirmação da culpa¹, a história relata curiosas passagens relacionadas ao elemento anímico, como necessário à ruptura do vínculo matrimonial. No Código de Manu, a mulher que se mostrasse estéril, depois de oito anos de casada, era repudiável, bem como aquelas que, durante onze anos, somente geram filhas. No direito mosaico, a dissolução submetia-se simplesmente à vontade do marido. Entretanto, provado o adultério da mulher, o repúdio tornava-se dever jurídico e religioso, sendo constrangido o marido a defender a sua dignidade. Já no Código de Justiniano a

¹ Conforme Gênesis 3:14 a 17, bem lembrada por GUSTAVO TEPEDINO, asseverando, por isso, que na “nossa mais profunda tradição ética, o prazer não é facilmente absorvido desvinculado do elemento culpa”, cf. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.368.

mulher adúltera era açoitada e encerrada num mosteiro, aguardando o prazo de dois anos para que o marido a reclamasse. Não o fazendo no referido lapso temporal, aplicava-se-lhe uma surra pública, devolvendo-a à sociedade.

As ordenações filipinas (Livro V, Título 28), que tanto influenciaram o nosso direito, traziam passagem singular, permitindo ao homem casado que encontrasse sua mulher em adultério matar a ela e ao adúltero, “salvo se o marido fo(sse)r peão e o adúltero fidalgo ou nosso Desembargador ou pessoa de maior qualidade”. E mais, se o marido enganado fosse leve, morno, na execução da pena imputada à esposa adúltera, seriam “ele (o marido) e ela açoutados com senhas, capelas de cornos e degradados para o Brasil e o adúltero ser(ia)á degradado para sempre para a África, sem embargo de o marido lhes querer perdoar”.

Entre nós, proclamando o princípio da indissolubilidade do matrimônio, o Código Civil de 1916 afastou-se da possibilidade de divórcio, considerando “a respeitabilidade, com que é cercada a família brasileira, a honestidade de nossas patrícias, os costumes de nosso povo”, que, juntos, contribuíssem não só para que fosse dispensado “o meio extremo do divórcio”, como o tornaram “sobremodo nefasto”, conforme a lição do próprio Clóvis BEVILÁQUA².

Permitia-se, tão somente, o desquite (hoje rebatizado de *separação judicial*), submetido, sempre, a causas graves e determinadas³, todas expressas em lei. Assim, na redação primitiva do Código Civil de 1916 (arts. 317 e 318), o desquite apenas era permitido nas taxativas hipóteses de adultério, tentativa de morte, sevícias ou injúria grave e abandono voluntário do lar, por mais de

² Cf. **Direito da Família**. Campinas: Red Livros, 2001, p.280. Não é demais relembrar trecho da lição do mestre cearense, pela qual não seria “inexato afirmar que há indivíduos predestinados ao divórcio, como os há para o crime; e que outros, passando por sucessivas dissoluções matrimoniais, adquirem a incorrigibilidade”. Por isso, entendia que “para uns tais, permissão de novos casamentos seria lamentável imprevidência”.

³ Era nítida a excepcionalidade da dissolução matrimonial, por isso ponderava BEVILÁQUA, com inspiração na legislação muçulmana, que “se faltam boas razões”, não se pode aprovar a dissolução, nem religiosa, nem juridicamente, cf. **Direito da Família**, cit., p.280.

dois anos contínuos, além do mútuo consentimento dos consortes, quando casados há mais de dois anos.

Estava, assim, afirmada a culpa como elemento propulsor da dissolução da sociedade conjugal. E mais, audaciosamente, o legislador erigia as condutas culposas, como se fosse possível um prontuário de comportamentos atentatórios da estabilidade matrimonial.

Com o advento da Lei nº 6.515/77 – Lei do Divórcio, todavia, foi possível “respirar aliviado”, como bem anotou o preclaro Rolf MADALENO, mentor de avançadas teses jurídicas, já que foi admitida a separação sem culpa, fundada em outras causas, além do próprio direito ao divórcio⁴. Quedou, pois, o sistema taxativo de causas culposas e admitiu-se a dissolução sem culpa⁵.

Desembocando no novo Código Civil, conquanto se detectasse, há anos, tendência para rechaçar a presença da culpa na legislação brasileira, fruto de inúmeras manifestações doutrinárias⁶ e jurisprudenciais, foi mantida, ainda que residualmente, a possibilidade de seu reconhecimento, consoante a regra estatuída nos arts. 1.572, 1.573, 1.578 e 1.704, Parágrafo Único.

⁴ Cf. **Direito de Família: Aspectos polêmicos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.175.

⁵ É clara a lição de José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA & Francisco José Ferreira MUNIZ, explicitando a pluralidade de modelos separatórios da Lei do Divórcio, resultando em três modalidades: “por mútuo consentimento, também chamada ‘separação consensual’ e as duas modalidades litigiosas, dominadas pelo princípio da culpa e pelo princípio da ruptura”, respectivamente, cf. **Curso de Direito de Família**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2000, p.429.

⁶ Sobre o tema, consulte-se TEPEDINO (**Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.367), Rodrigo da Cunha PEREIRA (A culpa no desenlace conjugal. In WAMBIER & LEITE (Coord.). **Repertório de doutrina sobre Direito de Família**. São Paulo: RT, 1999, v.4. p.322), Mauricio Luis MIZRAHI (**Família, matrimonio y divorcio**. Buenos Aires, Astrea, 2001, p.197), além de Maria Berenice DIAS (Da separação e do divórcio. In: DIAS & PEREIRA (Coord.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 70), afirmando esta última, com a experiência resultante da atuação em causas de família, ser “retrógrada a manutenção da necessidade de identificação de um culpado para que seja concedida a separação.”

Vislumbra-se, pelo fio do exposto, que a culpa sempre esteve arraigada na legislação infraconstitucional brasileira, trazendo consigo “a idéia de punição, de vingança”, como percebeu a genialidade de Rodrigo da Cunha PEREIRA⁷.

3. A necessária perspectiva constitucional do Direito Civil e a afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica brasileira

Fundamental ressaltar que o Direito de Família contemporâneo – e o Direito Civil como um todo – não pode distanciar-se da legalidade constitucional, impondo-se estrita obediência às premissas fundamentais postas na *Magna Charta*, pois consistentes nos valores mais relevantes da ordem jurídica brasileira.

É que a *Lex Fundamentalis* de 1988, propiciamente apelidada de “*constituição cidadã*”, veio a redimensionar a ciência jurídica, fraturando a histórica dicotomia “público X privado”, quando estabeleceu princípios e normas dirigidos ao Direito Civil, determinando uma nova leitura, uma revisita dos institutos fundamentais do Direito Civil. Em outras palavras, a Constituição da República, mais do que estabelecer limites externos para as atividades privadas, conferiu *novo conteúdo* aos institutos privados.

Assim, “diante da realidade constitucional, tendo em conta o cuidado do constituinte em definir princípios e valores bastante específicos no que concerne às relações de direito civil”, é forçoso “redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova Constituição”, na visão aguçada de Gustavo TEPEDINO, ponto luminoso da civilística brasileira⁸.

Nesta trilha de raciocínio, importa destacar que o mais precioso valor da ordem jurídica brasileira, erigido como fundamental pela Constituição de 1988, foi a *dignidade da pessoa humana*, que, como consectário, impõe a elevação do ser humano ao ápice de todo o sistema jurídico, sendo-lhe atribuído o valor supremo de alicerce da ordem jurídica. A *dignidade da pessoa humana*, pois, serve como mola de propulsão da intangibilidade da vida do homem, dela defluindo o respeito à integridade física e psíquica das pessoas, a *admissão da existência de pressupostos materiais (patrimoniais,*

⁷ Cf. *A culpa no desenlace conjugal*, cit., p.327.

⁸ Cf. *Temas de Direito Civil*, cit., p.13.

*inclusive) mínimos para que se possa viver e o respeito pelas condições fundamentais de liberdade e igualdade*⁹.

Com INGO WOLFGANG SARLET, a dignidade humana é “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”, obstando todo e qualquer “ato de cunho degradante e desumano”, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁰

Ora, o reconhecimento da fundamentalidade da dignidade humana impõe uma nova postura aos civilistas modernos (especialmente aqueles que laboram com o Direito de Família), devendo, na interpretação e aplicação de normas e conceitos jurídicos, assegurar a vida humana de forma integral e prioritária¹¹.

4. A família como instrumento de promoção da felicidade

Postas estas premissas, é possível enxergar a família, sempre numa perspectiva constitucional, abandonando caráter de *instituição jurídica* e passando a merecer tutela como verdadeiro *instrumento* de

⁹ Com este pensar, JUNQUEIRA DE AZEVEDO, cf. “A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana”, cit., p. 3-24.

¹⁰ Cf. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

¹¹ A jurisprudência vem procurando dar efetiva aplicação ao princípio da dignidade humana, buscando interpretar as normas à luz deste basilar preceito. Veja-se ilustrativamente: “*A saúde, como bem intrinsecamente relevante à vida e à dignidade humana, foi elevada pela atual CF à condição de direito fundamental do homem. Assim, ela não pode ser caracterizada como simples mercadoria, nem confundida com outras atividades econômicas. O particular que presta uma atividade econômica correlacionada com serviços médicos e de saúde possui os mesmos deveres do Estado, ou seja, prestar assistência médica integral aos consumidores dos seus serviços, entendimento esse que não se sustenta somente no Texto Constitucional ou no CDC, mas, principalmente, na lei de mercado de que quanto maior o lucro, maior também o risco. Em razão das peculiaridades fáticas e jurídicas do caso, deve a plano de saúde ressarcir o consumidor das despesas médico-hospitalares decorrentes de transplante de fígado*”. (TA/MG, Ap.Cív.264003-9 – Belo Horizonte, Ac.unân.4ª Câm. Cív., rel. Juíza Maria Elza, publ. DJ/MG 12.5.99)

afirmação da realização pessoal do ser humano, valorizados os seus aspectos espirituais e o desenvolvimento de sua personalidade, em combate a feição patrimonial, até então predominante.

A família deixou de ser fim e passou a ser meio, instrumento. Descobriu-se que as pessoas não nascem com o fim específico de constituir família, mas, ao revés, nascem voltadas para a busca de sua felicidade e realização pessoal, como consequência lógica da afirmação da *dignidade do homem*.

Daí a necessidade de uma visão essencialmente *funcionalizada da família*, como o *locus* privilegiado para o desenvolvimento da personalidade e afirmação da dignidade de seus membros¹².

A família, forjada na *dignidade da pessoa humana*¹³, passa a atender uma necessidade vital: ser feliz¹⁴.

E é a partir deste impostergável direito de *ser feliz* que se edifica “uma nova concepção de família, informada por laços afetivos, de carinho, de amor. Constrói-se o paradigma do desamor, no qual *ninguém é obrigado a viver com quem não esteja feliz*, preponderando o respeito e a dignidade da pessoa humana”, na sensível análise de ALEXANDRE ROSA¹⁵.

¹² A lição, mais uma vez, é do cmérito TEPEDINO, cf. *Temas de Direito Civil*, cit., p.349-50, para quem a Lei Maior alterou o conceito de família, afirmando uma idéia “flexível e instrumental”, voltado “para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros”.

¹³ Pondera OTAVIO AUGUSTO REIS DE SOUSA, ilustre civilista radicado em Sergipe, em interessante trabalho, que os deveres familiares, quando discutidos em juízo, devem estar limitados “pelo respeito à individualidade e à dignidade humana”, cf. Débito conjugal e suas vicissitudes. **Revista APG**, n. 18, p.127, 1999.

¹⁴ Comunga com este entendimento o insigne civilista português DIOGO LEITE DE CAMPOS também propugna ser a entidade familiar instituído “destinado a ser instrumento da felicidade” das pessoas envolvidas. Desta maneira, surge um direito de dissolver o vínculo quando um deles “entende que essa felicidade, pelo menos no que lhe diz respeito, já não pode ser obtida”, cf. **Lições de Direito da Família e das Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte,: Del Rey, 1997, p.271.

¹⁵ Cf. **Amante virtual – (In)Consequências no Direito de Família e Penal**. Florianópolis, Habitus, 2001, p. 129.

Nesse passo, percebe-se que a valorização do afeto nas relações familiares não pode cingir-se apenas ao momento da celebração do casamento (formação da entidade familiar), devendo perdurar por toda a relação. Disso resulta que, cessado o afeto, está ruída a base segura de sustentação da família, exurgindo a dissolução do vínculo como modo de garantir a dignidade da pessoa¹⁶.

Corolário do que se expôs, é a necessidade de revisitar os institutos do Direito de Família (como a separação, o divórcio, a guarda, a tutela, a curatela, os alimentos...) ¹⁷, adequando suas estruturas e conteúdo à legalidade constitucional, funcionalizando-os para que se prestem à afirmação dos valores mais significativos da ordem jurídica brasileira, proclamados na *Lex Mater*, como a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), a *solidariedade social* (art. 3º), a *igualdade substancial* (arts. 3º e 5º), a intimidade e a vida privada (art. 5º, X, XI e XII).

Acata, pois, o Direito de Família as diversas modificações consolidadas na dinâmica familiar, buscando aplicar, no plano jurídico, a “*democratização da intimidade e dos sentimentos*”, vislumbrada pela percepção de ANTHONY GIDDENS¹⁸, reconstruindo o seu conteúdo com a *valorização da pessoa humana* e aproximando-se da realidade humana, levando em conta a renovação das práticas afetivas, emocionais e (por que não?) sexuais.

5. O direito de não permanecer casado como materialização da dignidade da pessoa humana

Admitida primitivamente em caráter excepcional, como visto alhures, a dissolução do vínculo afetivo há de ser compreendida, hodiernamente, como verdadeiro direito da pessoa humana.

No lúcido olhar de FACHIN, “uma história construída a quatro mãos tende ao sentido de permanência. Todavia, a liberdade de casar convive com o espelho invertido da mesma liberdade, a de não

¹⁶ Assim, MAURICIO LUIS MIZRAHI, cf. *Família, matrimonio y divorcio*, cit., p. 162.

¹⁷ Analogamente, anota LUIZ EDSON FACHIN que para esse novo olhar da família “a releitura desses estatutos fundamentais é útil e necessária para compreender a crise e a superação do sistema clássico”, cf. **Elementos críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.5.

¹⁸ Cf. **A transformação da intimidade**. São Paulo, UNESP, 1993, p. 205.

permanecer casado”¹⁹. Deste modo, findos os projetos e anseios comuns – que servem como base de sustentação do casamento – exsurge a dissolução do matrimônio como consequência natural, consubstanciando um direito exercitável pela simples vontade do indivíduo.

Veja-se que a proteção devida à dignidade humana (art. 1º, III, CF)²⁰ encerra verdadeiro direito fundamental, genérico, do homem, consubstanciando uma *cláusula geral de proteção da personalidade* ou *teoria geral de personalidade*²¹. Nessa mesma esteira, a Declaração dos Direitos do Homem (art. 12) e a Convenção da Europa (art. 8º) outorgam direitos fundamentais ao homem, conferindo proteção à vida privada e familiar.

Ora, como a cláusula geral de proteção da personalidade humana promove a *dignidade do homem*, não há dúvidas de que se é direito da pessoa humana constituir núcleo familiar, também é direito seu não manter a entidade formada, sob pena de comprometer-lhe a existência digna.

Com ROLF MADALENO, respeitando a dignificação pessoal do homem, a separação judicial é um direito constitucionalmente assegurado pois “*livra os cônjuges ou conviventes da degradação de continuarem sendo infelizes*”.²²

Mais incisivo, ALEXANDRE ROSA, fundado no princípio da *dignidade da pessoa humana*, percebe a valorização do indivíduo, reconhecendo, a partir da manifestação do desinteresse na continuidade matrimonial, um “*direito constitucional de serem felizes* e dar cabo àquilo que lhes aflige, sem inventar motivos. O casamento/união – como visto – é a confluência de interesses,

¹⁹ Cf. *Elementos críticos do Direito de Família*, cit., p.169.

²⁰ No mesmo diapasão, a Constituição da Alemanha, em seu art. 1º, introduziu um direito geral de personalidade, salvaguardando a dignidade humana.

²¹ Com esse pensar, TEPEDINO, cf. *Temas de Direito Civil*, cit., p.23 e ss. e ELJMAR SZANIAWSKI, *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1993, p. 56, percebendo este último, profícuo civilista paranaense, que esta cláusula geral de proteção da personalidade possibilita “tutela ampla da personalidade humana contra os ataques à mesma dirigidos”.

²² Cf. “A infidelidade e o mito causal da separação”, cit., p. 158.

inclusive erótico-afetivo. Não existindo esse elo o melhor é terminar”.²³

Eis o sinal dos tempos: afirma-se o direito de não manter o núcleo familiar constituído como consequência natural da proteção da dignidade da pessoa humana.

Trata-se, aliás, de *direito potestativo extintivo*²⁴, uma vez que atribui-se ao cônjuge o poder de, mediante sua simples e exclusiva declaração de vontade, modificar a situação jurídica familiar existente, projetando efeitos em sua órbita jurídica, bem como de seu consorte. Enfim, trata-se de direito (potestativo) que submete-se apenas à vontade do cônjuge, a ele reconhecido com exclusividade e marcado pela característica da *indisponibilidade*, como corolário da afirmação de sua dignidade.

Bem percebe RODRIGO DA CUNHA PEREIRA que “no casamento, quando se depara com o cotidiano, e o véu da paixão já não encobre mais os defeitos do outro, constata-se uma realidade completamente diferente daquela idealizada”²⁵. Por isso, fracassada a cumplicidade almejada (ao menos *in these*) com a vida em comum, resta reconhecer o *direito de ambos os cônjuges* – mesmo do eventual responsável (em todos os sentidos) pela ruptura – de promover a dissolução matrimonial²⁶.

Esta já é, inclusive, a solução acolhida no avançado direito alemão, consubstanciada no Código Civil (*BGB*, § 1.565, al.1), reconhecendo um *direito material ao divórcio*²⁷, tendo como *única causa o fracasso da união conjugal*.

²³ Cf. *Amante virtual – (In)Consequências no Direito de Família e Penal*, cit., p. 88.

²⁴ Sobre a noção de *direito potestativo*, seja consentido remeter a VICENTE RÃO, esclarecendo cuidar-se daqueles “direitos formados pela faculdade de constituir ou extinguir uma relação jurídica, mediante declaração unilateral de vontade”, cf. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: RT, 1999, p.898.

²⁵ Cf. “A culpa no desenlace conjugal”, cit., p.326.

²⁶ Exatamente com este pensar, OLIVEIRA & MUNIZ, cf. *Curso de Direito de Família*, cit., p.423.

²⁷ Afirmando estas idéias, WILFRIED SCHLÜTER, cf. **Código Civil Alemão – Direito de Família**. Trad. Elisete Antoniuk. 9. ed. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 2002, p.241, chegando mesmo a apregoar que “se uma

Assim, é descabida qualquer pesquisa sobre a culpa, uma vez que a ruptura conjugal deriva, apenas, da vontade de exercitar o direito à dissolução.

Esta, aliás, já é a orientação emanada da Corte do Rio Grande do Sul:

[..]há que emprestar-se valor jurídico à impossibilidade de manutenção do casamento, pela ausência da 'affectio' que lhe própria, não se podendo condenar 'a convivência dois seres que não mais se suportam, pela singela razão de que não restou devidamente estampada nos autos a culpa sob qualquer de suas formas. Decretada a separação judicial sem culpa, face à evidente falência do matrimônio. (TJ/RS, Ap.Cív.70000.410.688, Ac. 7ªCâm.Cív., rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos)

O entendimento atual é no sentido de se afastar a identificação do culpado pela ruptura da sociedade conjugal. Mantém-se a separação do casal sem atribuição de culpa. (TJ/RS, Ap.Cív.70002690824, Ac. 7ªCâm.Cív., rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j.19.12.2001)

E mais esta recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, garantindo o direito à separação pelo simples desamor, vazado em lógica e razoabilidade:

Evidenciada a insuportabilidade da vida em comum, e manifestado por ambos os cônjuges, pela ação e reconvenção, o propósito de se separarem, o mais conveniente é reconhecer esse fato e decretar a separação, sem imputação da causa a qualquer das partes. (STJ, REsp.46.718-4/SP, Ac.4ªT., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DDJU 17.2.2003, in RBDFam 16:87)

6. A impossibilidade de afirmar o culpado pelo fim do sonho comum

Frustradas as expectativas de felicidade e realização comum, o fracasso do relacionamento vem acompanhado de traições (no mais amplo sentido da expressão), injúria grave, sevícias, lesões, etc. Surge, então, uma conclusão corriqueira: o cônjuge "prevaricador" (com o

união conjugal – pelo motivo que seja – estiver fracassada, ela pode ser dissolvida por divórcio a pedido de qualquer cônjuge".

perdão pelo uso da infeliz expressão, chegando a insinuar a idéia de prática de um ilícito criminal) é o grande culpado pela ruptura do vínculo e do fracasso do projeto de felicidade.

No entanto, é preciso uma reflexão: existe um cônjuge culpado-responsável (e outro inocente) pelo fim do afeto que sustentava a relação?

Da lição, sempre oportuna, de FACHIN retira-se eloquente resposta: “não tem sentido averiguar a culpa com motivação de ordem íntima, psíquica”, uma vez que a conduta de um dos consortes, violando deveres conjugais é apenas um “sintoma do fim”.²⁸

Ou, como prefere TEPEDINO, é impossível a identificação objetiva do culpado pelo insucesso do casamento, como se tivesse sido praticado um ato ilícito, “a menos que se pretendesse, por absurdo, fixar um *standard* médio de *performance sexual*, ou um padrão ideal de fidelidade, cujo não atendimento pudesse ser considerado como ilícito”.²⁹

Na visão simbólica de FRANK PITTMAN, lembrado por MADALENO, é “*impossível ter razão e ser casado*”.³⁰

Em outras palavras, aquilo que se convencionou, historicamente, a chamar de culpa (no sentido de *causa* da dissolução) não passa, na realidade, de consequência. É a consequência do único motivo que gera a dissolução de uma relação afetiva: o fim do amor, da vontade de compartilhar projetos comuns. Esta a única e verdadeira causa da extinção do casamento! Tanto sim que, não raro, vislumbram-se casos em que um dos consortes, apesar de ciente do adultério (da quebra do dever de lealdade), perdoa e mantém a relação afetiva, acreditando na recuperação e prosseguimento de ideais de vida comuns. Logo, a causa deflagradora da dissolução matrimonial é a falta de vontade de compartilhar a vida (*voluntas divortiandi*).

Não passa, pois, de uma fantasia, um fetiche, achar que seria possível descobrir o responsável pelo fim do laço afetivo. Até porque, nem sempre o “traidor” é o culpado e o “traído” a vítima. Em

²⁸ Cf. *Elementos críticos do Direito de Família*, cit., p.179.

²⁹ Cf. *Temas de Direito Civil*, cit., p.379.

³⁰ Cf. A infidelidade e o mito causal da separação. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n.11, p. 157, out./dez. 2001.

passagem memorável, CHICO BUARQUE DE HOLANDA declamava “te perdôo por te trair”. Ainda que fossem obrigados os consortes a “assistir” ao filme do próprio casamento, não conseguiriam eles próprios, após a “sessão”, afirmar quem errou mais ou menos.

Há interessante precedente em nossos Pretórios, atentando para a impossibilidade de indicar um culpado pela ruptura do casamento:

[...] É difícil, senão impossível, aferir a culpa real pelo desfazimento da união conjugal e, em regra, cuida-se apenas da causa imediata da ruptura, desconsiderando-se que o rompimento é resultado de uma sucessão de acontecimentos e desencontros próprios do convívio diuturno, em meio também às próprias dificuldades pessoais de cada um”. (TJ/RS, Ap.Cív.70002286912, Ac. 7ªCâm.Cív., rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, DOERS 2.8.2001, in *RBDFam* 15:127)

Efetivamente, há grave equívoco na tese do “*único culpado pela dissolução*”, inexistindo uma única causa isolada que compromete a estabilidade afetiva.³¹

O desgaste do relacionamento não admite perquirições históricas acerca dos fracassos e dramas. É resultado da soma de fatores que vão cimentando com o tempo. Por isso, como se disse em sede jurisprudencial, “começou e acabou. Passaram 24 anos. O tempo é inflexível. Para ambos”.³²

É por isso que tem-se como imperativo afastar a prova da culpa na ação de separação, para, em verdadeiro *flash* de lucidez, reconhecer não ter cabimento “dar razão a este ou àquele, uma vez que a razão está em todos os lugares e ao mesmo tempo não se encontra em lugar algum. Cabe-nos, sim, ajudá-los a abrir clareiras, ao invés das trincheiras, a buscar tréguas, ao invés de incentivar batalhas ou

³¹ Nesse sentido, MIZRAHI, cf. *Família, matrimonio y divorcio*, cit., p. 199.

³² TJ/RS, Ac.8ª CâM.Cív., Apel.Cív.597.240.787, rel. Des. Breno Moreira Mussi, j.5.3.98, v.u., in *RBDFam* 1:112.

guerrilhas, para que os auxiliemos a serem capazes de cooperar individualmente para a realização do todo”.³³

Impõe, por conseguinte, perceber que não há, seguramente, um único responsável pelo fracasso do amor. Ninguém é culpado por não mais gostar. Não há responsabilidade pela frustração do sonho comum, da frustração das expectativas próprias e do outro consorte, de felicidade eterna. Talvez por isso, tenha o poeta sentenciado, com a sua sensível pena, *que não seja imortal, posto que é chama, mas que seja infinito enquanto dure*.

7. Da inconstitucionalidade na discussão da culpa

Trilhando o caminho assinalado, fácil perceber que a discussão sobre a culpa é inadequada, insensata e atentatória dos direitos humanos.

Admitir esta possibilidade significa permitir que os valores mais fundamentais da ordem constitucional vigente, como a dignidade da pessoa humana, o direito à vida privada e à intimidade, o direito à solidariedade social e à igualdade substancial, pudessem ser vilipendiados por força de norma infraconstitucional.

Perquirir a culpa, após a promulgação da Magna Charta de 1988, se tornou um exercício indevido e descabido, ainda que tenha ocorrido violação de deveres matrimoniais por um dos cônjuges, por ferir frontalmente às garantias constitucionais da pessoa humana.

Evidencia, com clareza solar, MARIA BERENICE DIAS esse descabimento da discussão sobre a culpa, “seja porque é difícil atribuir a um só cônjuge a responsabilidade pelo fim do vínculo afetivo, seja porque é absolutamente *indevida a intromissão na intimidade da vida das pessoas*”³⁴.

Os atores processuais (juiz, promotor, defensores públicos e advogados) não podem ser transformados em verdadeiros “investigadores do desamor”, como se estivessem na frenética procura de um perigoso criminoso que coloca em risco a incolumidade de toda

³³ O brilhante raciocínio é de MARIA ANTONIETA PISANO MOTTA, cf. Além dos fatos e dos relatos: uma visão psicanalítica do Direito de Família. *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.52.

³⁴ Cf. Da separação e do divórcio, cit., p.71.

a sociedade. Aliás, vale lembrar uma passagem bíblica, para afastar a averiguação da culpa: *atire a primeira pedra quem não tiver pecado*.

Incisivamente afirme-se: a intromissão da culpa nas dissoluções matrimoniais contraria a dignidade humana e a guerra judicial gera a perda da intimidade³⁵, sacrificando valores de ordem pessoal, que merecem preservação por força de imperativo constitucional.

Nesse diapasão, é tranqüilo constatar a flagrante inconstitucionalidade dos dispositivos da legislação brasileira que não só permitem a discussão da culpa nas ações de dissolução da sociedade conjugal, como também, ainda que residualmente, pretendem atribuir conseqüências diferenciadas em razão de sua declaração.

E nem se diga ser descabido proclamar a inconstitucionalidade dos dispositivos do novo (?) Código Civil alicerçando-se, tão somente, em princípios insculpidos na *Magna Charta*.

A moderna teoria constitucional, fincada no pós-positivismo, vem atribuindo nítida força normativa aos valores axiológicos estabelecidos na Constituição.

Com razão MÔNIA CLARISSA HENNING LEAL³⁶ para quem, “no contexto de um Estado Democrático de Direito (...), em que impera uma legalidade material, os princípios não servem como parâmetro normativo apenas por ocasião da ocorrência de lacunas, devendo servir para aferição da validade de toda e qualquer norma jurídica sempre e indistintamente”, ocasionado a inconstitucionalidade de todos os dispositivos legais que lhes são contrários.

Não se pode aceitar que, em pleno século XXI, o direito de família se feche para a realidade da vida moderna e, em descompasso com a Constituição, consagre regras que, evidentemente, não se compatibilizam com a necessidade de se garantir a todos os brasileiros o efetivo exercício da cidadania. E não é exagero nenhum afirmar que aceitar a discussão da culpa na ação de separação constitui, sim, obstáculo ao seu exercício, eis que onde não há dignidade, não há cidadania.

³⁵ Assim, MIZRAHI, cf. *Família, matrimonio y divorcio*, cit., p. 202.

³⁶ Cf. **A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo, Barueri, 2003, p. 92.

8. O interesse jurídico na discussão da culpa

Releva demonstrar, ainda, mesmo para os que entendem subsistir no ordenamento jurídico brasileiro a discussão sobre a culpa na separação judicial, o reduzido interesse em sua afirmação, uma vez que dela não decorrerão efeitos significativos no mundo jurídico ou fático.

Senão vejamos.

8.1 A dissolução do matrimônio e o regime de bens

Os bens adquiridos pelo casal na constância do matrimônio será partilhado em consonância com as regras do regime de bens adotado quando das núpcias, sem que qualquer sanção venha a ser imposta, em razão da eventual culpa.

Até mesmo porque alterar o regime de bens do casamento, frustrando os direitos patrimoniais de um dos consortes em razão de culpa, importaria em enriquecimento sem causa do outro – o que é repellido pela ordem jurídica.

Assim, o eventual reconhecimento da culpa não produz efeitos relacionados à partilha dos bens, que submete-se ao regime pactuado.

8.2 O uso do nome de casado

Seguramente, o direito ao uso do nome de casado é verdadeiro *direito da personalidade*³⁷, estando agregado à identidade de cada cônjuge, representando seus aspectos intrínsecos.

Nas palavras firmes de SILMARA JUNY DE ABREU CHINELATO E ALMEIDA, em opúsculo dedicado ao tema, se o cônjuge adota o nome patronímico do outro, “o nome adotado com o casamento passa a ser o nome de família e o seu próprio nome, integrando seu direito à personalidade”.³⁸

³⁷ Tome-se os *direitos da personalidade* como aqueles reconhecidos à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais. Enfim, são os direitos em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica. Nesse sentido, ORLANDO GOMES, cf. *Introdução ao Direito Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.149.

³⁸ Cf. *Do nome da mulher casada: Direito de Família e Direitos da Personalidade*, cit., p.138. E também assevera que “o ponto fundamental

Como corolário do reconhecimento da natureza personalíssima do direito ao nome de casado³⁹, desvincula-se a culpa pela dissolução do matrimônio com a manutenção do sobrenome adquirido no matrimônio.

A jurisprudência, inclusive, já sacramentou a tese:

Conversão de separação. Direito ao uso do nome de casada. Admissibilidade. Nome que integra direito da personalidade, já incorporado ao patrimônio jurídico da mulher. (TJ/SP, Ap.Cív.104.801-1, rel. Des. José Osório)

O nome, direito individual à pessoa, integra a personalidade, é fator de identificação e individualização. Depois de usar o patronímico do marido por 36 anos, é demasiado sacrifício exigir volte ao nome de solteira. Ausência de alguma vantagem ou prejuízo para o ex-marido. Manutenção de liame com o nome das filhas. Recurso improvido. (TJ/RS, Ac.8ªCâm.Cív., Ap.Cív.596.063.495, rel. Des. Ivan Leomar Bruxel, j.21.11.96)

Embora não tenha acolhido integralmente este entendimento, reservando ainda a possibilidade de perda do nome de casado pelo cônjuge considerado culpado (mesmo em caráter excepcional e submetido a diversos e cumulativos requisitos), o Código Civil de 2002, no seu art. 1.578, avançou no tratamento da matéria, reconhecendo que a regra é a manutenção do nome, por tratar-se de direito da personalidade.

Aliás, seja consentido observar que já passou da hora de desatrelar o amor existente entre os cônjuges da adoção do sobrenome do outro. Por evidente, não é o acréscimo do nome do consorte que conduz à felicidade ou à realização comum. Ao revés, tem se mostrado o nome, apenas, como fonte de conflito de interesses.

a ser discutido na questão do nome da mulher casada é reconhecer-lhe a natureza jurídica inequívoca de direito da personalidade”.

³⁹ Nesse mesmo diapasão, TEPEDINO, cf. *Temas de Direito Civil*, cit., p. 375, sustentando que “com o casamento, o nome de família integra-se à personalidade da mulher, não mais podendo ser considerado como nome apenas do marido”.

Talvez por isso, dispõe, expressamente, a Codificação que, mesmo reconhecida a culpa de um dos cônjuges, a regra é permanecer com o nome de casado, tornando, portanto, na prática, inócuo o reconhecimento da culpa.

8.3 A guarda dos filhos

Também a fixação da guarda dos filhos, após a ruptura da relação entre os genitores, está apartada do reconhecimento da culpa.

Com efeito, em obediência aos princípios da *proteção integral* e *prioridade absoluta* estabelecidos pelo art. 227 da *Lex Legum* (e repetidos pelos arts. 1º e 4º do ECA), a nova Lei Civil, no Parágrafo Único do art. 1.584, afirma o *melhor interesse da criança e do adolescente* (*the best interest of child*), estabelecendo que a guarda será atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

É que o eventual reconhecimento de que um cônjuge teve péssima conduta matrimonial não implica em negar as suas qualidades paternais. Por isso, na fixação da guarda, deverá ser atendido o melhor interesse da criança ou adolescente, consubstanciado na garantia de seu pleno desenvolvimento físico e psíquico, a salvo de ingerências nocivas.

Nas palavras de GUSTAVO TEPEDINO, o princípio do melhor interesse da criança “é digno de encômios, não sendo tolerável, à luz da Constituição da República, condicionar a convivência familiar dos filhos de pais separados à vida conjugal fracassada”.⁴⁰

Aliás, o Enunciado 102 aprovado na Jornada de Direito Civil, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal, confirma a tese ora esposada, disparando:

A expressão ‘melhores condições’ no exercício da guarda, na hipótese do art. 1.584, significa atender ao melhor interesse da criança.

Assim sendo, resta afastada a culpa da concessão da guarda, fixada, unicamente, em consideração aos interesses menoristas.

⁴⁰ Cf. *Temas de Direito Civil*, cit., p. 375.

8.4 Os alimentos devidos ao eventual culpado (Parágrafo Único, art. 1.704, nCC)

Já se observou que o eventual reconhecimento da culpa não altera a partilha dos bens, o uso do nome de casado pelo cônjuge culpado e não lhe retira, necessariamente, a guarda dos filhos. É o momento, finalmente, de desatrelar da culpa, também, a possibilidade de concessão de alimentos.

É que, como vem reconhecendo a melhor doutrina, consoante a lição de BELMIRO PEDRO WELTER, invocando passagem do eminente Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, “o critério da aferição da culpa, para concessão ou não de alimentos, vai cedendo espaço para a não culpa ou, conforme dicção legal, necessidade de alimentos”.⁴¹

Também a jurisprudência já

vem dispensando a identificação do responsável pela ruptura da vida conjugal, para o fim de ensejar a decretação da separação do casal ou mesmo para arbitrar alimentos em favor da mulher que deles necessite.⁴²

Dito diversamente, a prestação alimentícia decorre da *necessidade do alimentando*, como projeção da afirmação constitucional (art 3º) da *solidariedade social*.

O direito argentino, nesse passo, já se afirma que qualquer dos consortes, independente da declaração de culpa, tem direito de obter do outro o fornecimento dos alimentos necessários à sua subsistência (art. 209, Código Civil da Argentina).

Evita-se, assim, que se imponha cruel sanção a quem foi reconhecido como “culpado pelo fim do amor”, pois terá violada a sua dignidade, por falta de condições de subsistência.

Negar alimentos ao cônjuge que deles necessita, ainda que culpado, é condená-lo a morrer de fome. “A pena é perpétua. Quiçá imponha a realização de trabalhos forçados. A depender das condições

⁴¹ Cf. **Os alimentos no Código Civil**. Porto Alegre; Síntese, 2003, p.155.

⁴² A ementa do julgado reza: “*Incabível a identificação do responsável pela ruptura da vida conjugal para o fim de arbitrar alimentos à mulher que deles necessite...*” (TJ/RS, Ac.unân.7ªCâm.Cív., Ap.Cív. 70003417680, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j.19.12.2001)

do apenado, será cruel. Talvez lhe imponha a pena de banimento, nem que seja para a outra vida”, como percebe MARIA BERENICE DIAS⁴³.

Por isso, na esteira do preceito talhado no art. 1.704, Parágrafo Único, do novo *Codex*, é possível impor, *objetivamente*⁴⁴, mesmo ao cônjuge inocente, a prestação de alimentos “em valor indispensável à sobrevivência” ao outro consorte, ainda que tenha sido este o responsável pela ruptura, quando deles necessitar para a sua manutenção.

Em síntese: a culpa deixou de ser o elemento decisivo, também, para a concessão de alimentos, dando espaço a um sentido humanitário na sua fixação, decorrente do dever constitucional de *solidariedade*.

8.5 O interesse de agir (condição da ação) na imputação da culpa

O *interesse de agir* materializa-se na utilidade da prestação jurisdicional, permitindo gerar benefícios ou vantagens efetivas para o autor⁴⁵. Destrinchando esta idéia, vale dizer que o interesse de agir decorre da necessidade da tutela jurisdicional, podendo produzir conseqüências úteis, vantajosas, ao autor. Por isso, já se decidiu inexistir interesse processual “se do sucesso da demanda não puder resultar nenhuma vantagem ou benefício” para o acionante (*in RF* 254:330).⁴⁶

⁴³ Cf. “Da separação e do divórcio”, cit., p.74.

⁴⁴ Anuindo a esta idéia, WELTER formula interessante raciocínio, afirmando que haveria, neste caso, uma *obrigação alimentar objetiva*, independentemente da culpa, conferindo ao cônjuge que deles necessitar os alimentos estritamente necessários à sua sobrevivência, cf. *Alimentos no Código Civil*, cit., p.157.

⁴⁵ RODRIGO DA CUNHA LIMA FREIRE, cf. **Condições da ação** – Enfoques sobre o interesse de agir. 2. ed. São Paulo: RT, 1995, p.177, em oportuna abordagem sobre o *interesse de agir* assevera que na propositura de qualquer ação “deve ser a jurisdição indispensável ou necessária para que não se desenvolva uma atividade inútil”.

⁴⁶ Com o mesmo entendimento: “O interesse de agir, como condição da ação, fulcra-se na premissa de que, embora o Estado tenha interesse no exercício da jurisdição, não lhe convém acionar o aparelho judiciário sem que com isso obtenha algum resultado útil”.(TJ/MS, Ac.unân.2ªT., Ap.Cív.38.337-3, rel. Des. José Augusto de Souza, j.7.6.94, *in RJTMS*

Transportando tais idéias para a matéria *sub oculis*, tem-se que a ação de separação judicial fundada na culpa, em geral, não se apresentará útil para o autor, uma vez que, na maior parte dos casos, não poderá gerar qualquer benefício para si, faltando, por conseguinte, interesse de agir⁴⁷.

Veja-se que, de modo geral, os efeitos decorrentes da separação independem da declaração da culpa, como partilha de bens e guarda dos filhos, consoante já analisado, eis que se submetem a regras próprias, desatreladas da noção de culpa.

Mesmo nos pontos em que o novo (?) Código Civil pretendeu estabelecer diferenciações pelo reconhecimento da culpa (alimentos e uso do nome de casado), os efeitos daí decorrentes são mais aparentes do que reais.

O artigo 1.578 do nCC já é natimorto. A perda do direito ao uso do nome de casado pela decretação da culpa não é automática. Mesmo que o consorte “inocente” pretenda retirar tal direito do outro, em face dos inúmeros requisitos que o art. 1.578 do Texto Codificado impõe, basta o que o cônjuge culpado declare que a alteração irá acarretar-lhe prejuízo justificado para que a mudança não se verifique. Na prática, portanto, será muito difícil, mesmo provada a culpa de um dos consortes, retirar-lhe o direito ao uso do nome de casado, salvo se ele assim o quiser.

No que concerne aos alimentos, a diferença básica determinada pelo novo Código é a de que o cônjuge culpado somente pode postular, em caso de necessidade, os alimentos naturais, jamais os civis. No entanto, quem milita diariamente no foro sabe que a distinção estabelecida pela teoria jurídica não produz qualquer consequência prática. No final das contas, o que vai determinar o valor dos alimentos será sempre a pesquisa do binômio necessidade-capacidade.

97:29) e “O interesse de agir sobressai da necessidade de exigir-se prestação jurisdicional”. (TRF-3ª Região, Ac.unân.3ªT., RNMS7.118, rel. Juíza Annamaria Pimentel, j. 6.11.91, in *Revista TRF-3ª Região* 9:249).

⁴⁷ Interessante texto escrito, com pena de mestre, por ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, formula crítica à concepção tradicional das condições da ação, merecendo referência, cf. “Condições da ação?”. In: **Escritos de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2003, p.63 e ss..

No dizer preciso de ROLF MADALENO, “se tem mostrado débil e inútil o esforço processual que pesquisa a gênese culposa da falência conjugal, porquanto, de nada adianta e, disto se aperceberam os operadores do complexo ramo familista do direito”. E sentencia salientando que procurar um protagonista que possa ser responsabilizado pela ruptura do matrimônio “*só tem servido para aumentar tristezas e humilhações*”.⁴⁸

Pelo fio condutor do que se expôs, é de se perceber que não há qualquer justificativa – na ordem constitucional, civil e processual civil – para a pesquisa da culpa na ação de separação judicial, uma vez que restou esvaziado o interesse processual de afirmá-la, pela falta de utilidade para o autor.

9. Espancando a culpa para preservar a ordem constitucional: proposta de alteração do Código Civil

O amor (ou melhor, a perda do amor), jurado solenemente por ambos os consortes, não pode ser julgado pelo Estado-juiz. Apesar da crueldade da comparação, admitir uma separação judicial discutindo a culpa de um dos cônjuges assemelha-se à propositura de uma ação para discutir o descumprimento das obrigações pactuadas em negócios jurídicos. Como se o amor e o afeto pudessem ser igualados a meros deveres obrigacionais, negociais.

Em página clássica já se disse: “*o homem jura amor eterno quando ama e a legislação o obriga, quando findo o amor, a cumprir a sua palavra*”.⁴⁹

E tudo isso, para nada...

Ora, caríssimo leitor, permitir a pesquisa das situações conjugais que levaram ao fracasso do amor – se não fosse impossível – importaria na subversão do elemento ético das relações familiares⁵⁰, patrimonializando relações afetivas, coisificando a pessoa humana!

⁴⁸ Cf. “A infidelidade e o mito causal da separação”, cit., p. 157.

⁴⁹ Cf. LEGAZ Y LACAMBRA, citados por MIZRAHI, cf. *Família, matrimonio y divorcio*, cit., p. 202.

⁵⁰ Já teve a jurisprudência a oportunidade de disparar: “o exame da culpa deve ser evitado sempre que possível consoante moderna tendência do Direito de Família. Quando termina o amor, é dramático o exame da relação havida...” (TJ/RS, Ac.7ª Câm.Cív., Apel.Cív.70.003.893.534, rel.

Na feliz síntese do mestre JOÃO BATISTA VILLELA

Não há nada mais presunçoso que se achar capaz de descobrir quem é o culpado e quem é inocente. O casamento é relação íntima, personalíssima e interativa. Chegaria a ser pedante, se não fosse ridículo, pois nem os envolvidos sabem dizer quem é o culpado de que..

Nada é mais importante do que a proteção da dignidade do ser humano e a preservação de sua felicidade. Daí que, atentando contra a dignidade humana a discussão da culpa, sobreleva sua repulsa com fundamentos constitucionais!

Por isso, *de lege ferenda*, deve o ordenamento jurídico, seguindo as linhas avançadas propostas pela melhor doutrina e jurisprudência, extirpar do direito positivo a culpa como elemento da dissolução do casamento, adequando a norma infraconstitucional (arts. 1.572 e 1.573, nCC) aos novos paradigmas principiológicos constitucionais, atendendo à preservação da *dignidade humana*, para submeter a extinção matrimonial a um único fundamento: a vontade do cônjuge.

A BASE DE CÁLCULO DO ISS NA CONSTRUÇÃO CIVIL

Daniel Beltrão de Rossiter Corrêa ^(*)

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Natureza jurídica do contrato de prestação de serviços e construção civil. 3. A evolução legislativa do Imposto Sobre Serviços e a demarcação da base de cálculo dos serviços de construção civil. 4. A lei complementar n.º 116/03 e a zona fronteira entre o ICMS e o ISS. 5. Conclusão.

1. Introdução

A delimitação da base de cálculo do ISS nos serviços de construção civil tem sido bastante questionada pelos contribuintes, que se insurgem contra a incidência do referido imposto sobre os materiais utilizados nas obras. O presente trabalho parte de uma breve retrospectiva histórica da tributação dos serviços de construção civil, analisando os critérios utilizados para composição da base de cálculo desse serviço até chegar à sistemática atual, sem a pretensão de resolver os problemas pertinentes a essa conturbada matéria, que recentemente foi alvo de nova regulamentação.

A questão reveste-se de grande importância para os Municípios, mormente para aqueles que possuem frágil economia e escassos recursos fiscais, uma vez que a receita de ISS relativa a serviços de construção civil é bastante significativa, especialmente quando as obras são financiadas pelo Governo Federal ou Estadual, pois nesses casos envolvem contratos de grande vulto.

A questão demanda uma análise acurada da natureza jurídica do contrato que envolve a prestação do serviço de construção civil, normalmente um contrato de empreitada, bem como uma reflexão interpretativa do texto constitucional, do Decreto-lei nº 406/68 (parcialmente revogado), da Lei Complementar 87/96, e da nova Lei

^(*) Assessor Especial da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas.

Complementar 116, de 31 de julho de 2003. Tal retrospectiva revela-se indispensável para o entendimento da sistemática do imposto sobre serviços no tocante à construção civil.

2. Natureza jurídica do contrato de prestação de serviços de construção civil.

O serviço de construção civil geralmente é pactuado sob a forma de um contrato de empreitada, que pode assumir diversas formas, tais como a empreitada integral, global ou por preço unitário.

Na empreitada global integral se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade do contratado até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação. Tratando-se de empreitada global, o que se contrata é a execução da obra ou do serviço por preço certo e total. Por fim, na empreitada por preço unitário, ocorre a contratação da execução de obra ou serviço por preço certo de unidade determinadas¹.

O contrato de empreitada, que é único e incindível, geralmente envolve a utilização de materiais na consecução do seu objeto. Todavia, não se deve confundir a compra e venda de materiais com a execução de obras ou serviços de construção civil. Naquela ocorre à transferência de um determinado bem, e o objeto deste contrato é uma obrigação de dar, enquanto que na execução de obras ou serviços de construção, o contratado se compromete a realizar uma determinada tarefa, caracterizando uma obrigação de fazer.

As peculiaridades do contrato de empreitada devem ser levadas em conta para um melhor entendimento da fixação da base de cálculo do ISS, pois conforme explica Roberto de Siqueira Campos, "no contrato de empreitada, a motivação do contrato é a realização da obra. As partes contratantes concentram seus esforços, um na execução da obra, o outro na obtenção de recursos para pagá-la e recebê-la. Na compra e venda mercantil, a motivação do contrato é a transferência do domínio da coisa móvel (mercadoria). Assim na empreitada, a obrigação inerente ao contrato é uma obrigação de fazer, ou seja, um serviço a que se obriga o empreiteiro. Na compra e venda

¹ Lei n.º 8.666/93, art. 6º, VIII, *a*, *b* e *e*.

mercantil, a obrigação do vendedor é uma obrigação de dar, ou seja, transferir o domínio da coisa (mercadoria) ao comprador²”.

O objeto do contrato, no caso da construção civil, é uma obrigação de fazer, podendo eventualmente envolver fornecimento de materiais, que em princípio não configuram uma operação de compra e venda. Assim, a natureza jurídica desse tipo de contrato não é de compra venda. O vínculo obrigacional estabelece-se com fundamento na promessa de realização de um serviço ou obra. O objeto da avença não é o fornecimento de cimento, tijolo, telha, etc, mas sim a obrigação de fazer uma casa, um prédio, etc.

Destarte, cumpre fixar nesse momento, que o fornecimento de materiais juntamente com a prestação de serviços, dada a natureza do contrato de empreitada, via de regra, não configura fato gerador de ICMS, mas sim do ISS. Esse tipo de contrato não comporta a sua cisão em contrato de fornecimento e de materiais e de mão-de-obra, e “já se condenou e entendeu-se artificiosa a construção doutrinária que cinde a figura legalmente unitária – empreitada de labor e fornecimento de materiais – em dupla contratação, a despeito da unidade da intenção das partes – empreitada e compra e venda.³”

Ademais, o próprio Código Civil de 1916, em seu art. 1.237, estabelecia que o empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com o seu trabalho ou com ele e os materiais. O preceito foi reproduzido no art. 610 do Código Civil de 2002, o que corrobora a tese de que o contrato de empreitada é unitário e seu objeto consiste numa obrigação de fazer. Feitas essas observações, resta agora analisar os diplomas legislativos pertinentes ao ISS, com enfoque para a forma como vinha sendo feita a delimitação da base de cálculo do ISS no caso da construção civil, e a forma como a questão foi tratada na nova Lei Complementar 116/03.

² CAMPOS, Roberto de Siqueira. Empreitada de construção civil com fornecimento fora do local da obra. Inconstitucionalidade e ilegalidade da incidência do ICM sobre o material. **Revista de Direito Tributário**, vol. 45, p. 273/320.

³ MELO, José Eduardo Soares. **Aspectos Teóricos e Práticos do ISS**. São Paulo: Dialética, 2000, p.60.

3. A evolução legislativa do Imposto Sobre Serviços e a demarcação da base de cálculo dos serviços de construção civil

As Constituições brasileiras, a partir da Carta Magna de 1934, atribuíam aos Municípios competência para instituir taxas sobre serviços municipais. A Emenda Constitucional nº 18, de 01 de dezembro de 1965, que instituiu o sistema tributário nacional e revogou vários dispositivos da Constituição de 1946, atribuiu em seu art. 15, competência aos Municípios para instituir o imposto sobre serviços de qualquer natureza, desde que não compreendidos na competência tributária da União e dos Estados. Surge a partir de então, o imposto sobre serviços de qualquer natureza.

As Cartas Magnas que sucederam a de 1946, mantiveram a figura do ISS e continuaram cometendo a competência para instituição desse imposto aos Municípios. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 156, manteve essa tradição e atribuiu aos Municípios competência para instituir, dentre outros, o imposto sobre serviços, desde que estes não estejam entre aqueles elencados no art. 155, II, CF, que são as prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, bem como operações relativas à circulação de mercadorias, que se sujeitam à incidência do ICMS e não do ISS.

Os arts. 71 a 73 do Código Tributário Nacional, que tratavam do imposto sobre serviços, foram revogados pelo Decreto-lei 406/68, que passou a disciplinar conjuntamente o ICM e o ISS. Os serviços a serem tributados pelos Municípios foram elencados em uma lista anexa a esse diploma legislativo, que fora recepcionado pela Constituição de 1988 e passou a ter força de lei complementar.

Ao longo dos anos o Decreto-lei nº 406/68 teve a redação de vários dispositivos modificada, e a lista de serviços anexa foi alterada duas vezes, objetivando a ampliação dos serviços que poderiam ser tributados pelo ISS. São exatamente essas alterações que fizeram com que os contribuintes que exercem a atividade de construção civil se insurgissem contra a forma de delimitação da base de cálculo do ISS nessa atividade.

Inicialmente, o serviço de construção civil constava do item VI da lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, que em seu art. 9º, § 2º, *a* e *b*, determinava que nas obras hidráulicas ou de construção civil, o cálculo do imposto fosse feito

após a dedução das parcelas correspondentes ao valor dos materiais adquiridos de terceiros, quando fornecidos pelo prestador de serviços e também do valor das subempreitadas já tributadas pelo imposto.

Em 08 de setembro de 1969, foi editado o Decreto-lei nº 834, que alterou a redação de diversos dispositivos do Decreto-lei nº 406/68 e estabeleceu uma nova lista de serviços. Dentre as alterações promovidas, cabe citar a nova localização dos serviços de construção civil, que passaram a constar dos itens 19 e 20 da nova lista de serviços, e a nova redação dada ao art. 9º, § 2º, *a e b*, a fim de adequá-lo a nova numeração atribuída aos serviços de construção civil, mantendo-se com essa alteração a redução dos materiais e das subempreitadas já tributadas pelo imposto.

Todavia, a nova lista estabelecida pelo Decreto-lei nº 834/69, fez uma ressalva quanto ao fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços, fora do local da prestação dos serviços, que nesse caso, ficariam sujeitas ao ICM (atual ICMS). Assim, quando o construtor produzisse os materiais que fornecesse, fora do local da prestação de serviços, deveria emitir uma nota fiscal referente à venda de mercadorias e não de prestação de serviços.

A Lei Complementar nº 56/87, alterou novamente o Decreto-lei nº 406/68 e instituiu uma nova lista de serviços, onde os serviços de construção civil passaram a constar nos itens 31 e 32. Entretanto, diferentemente do que ocorrera quando da edição do Decreto-lei nº 834/69, o art. 9º, § 2º, *a e b*, do Decreto-lei nº 406/68 não foi modificado e continuou a fazer referência aos itens 19 e 20 da lista de serviços, que de acordo com a Lei Complementar nº 56/87 passaram a ser respectivamente de limpeza de chaminés e saneamento ambiental e congêneres.

A ausência de alteração no referido artigo e respectivo parágrafo retirou a possibilidade de dedução dos materiais fornecidos pelos construtores, bem como das subempreitadas. Ao que parece, o legislador pretendeu acabar com o benefício, uma vez que o § 3º do art 9º, que tratava de uma outra exceção, teve a sua redação alterada para se adequar à ordem estabelecida pela nova lista de serviços. Dessa forma, caso o legislador quisesse manter o permissivo da dedução de materiais para o serviço de construção civil, teria alterado mais uma vez o § 2º, *a e b*, do art.9º, tal como fez na modificação anterior.

Destarte, inexistindo previsão expressa de dedução dos materiais fornecidos, mas tão somente a hipótese de incidência do ICMS e não do ISS sobre os materiais produzidos pelo prestador de serviços fora do local da prestação de serviços (item 32 da lista do Decreto-lei 406/68), a base de cálculo do imposto, passou a ser calculada na forma da regra geral do art. 9º do Decreto-lei 406/68, que estabelece como base de cálculo, o preço dos serviços.

O tema foi exaustivamente debatido no *Superior Tribunal de Justiça*, que firmou o seguinte entendimento:

ISS - BASE DE CÁLCULO – SUBEMPREITADAS - VALOR DOS MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO.

Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 123528/SP (97/0017978-8)

“EMENTA: Tributário. ISS. Processual Civil. Embargos de Declaração. Dedução do Valor dos Materiais de Construção Empregados Pelas Subempreiteiras.

1. Da base de cálculo do ISS não deve ser deduzido o valor dos materiais de construção utilizados pela prestadora do serviço.
2. A base de cálculo para apuração do total do tributo devido é o custo do serviço em sua totalidade.
3. Embargos de declaração recebidos para o suprimento de omissão apontada no acórdão.
4. Acórdão complementado sem qualquer modificação em sua conclusão.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Exmos. Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, acolher os embargos.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira.

D.J.U. 1 de 16/03/98, p. 41.

ISS - BASE DE CÁLCULO – MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO ADQUIRIDOS DE TERCEIROS - INCLUSÃO.

Recurso Especial nº 123.629/SP (97/0018087-5)

“EMENTA: Tributário. ISSQN. Materiais de Construção Adquiridos de Terceiros.

- 1- A base de cálculo para apuração do total do tributo devido é o custo do serviço em sua totalidade.
- 2- Não se deve excluir do cálculo do imposto o valor dos materiais adquiridos de terceiro.
- 3- Precedente do STJ.
- 4- Recurso não conhecido

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Exmos. Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso.

Votaram com o Relator os Exmos. Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, José Delgado, Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo.

D.J.U. 1 de 21/09/98, p. 56.

ISS - BASE DE CÁLCULO – INDEDUTIBILIDADE DE MATERIAIS ADQUIRIDOS DE TERCEIROS.

Recurso Especial nº 242.335/PR (99/0115082-5)

“EMENTA: Tributário. ISS. Base de Cálculo.

- 1- A base de cálculo do ISSQN é o custo do serviço em sua totalidade, não devendo ser deduzido o valor dos materiais adquiridos de terceiros.
- 2- Recurso provido.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Exmos. Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso.

Votaram com o Relator os Exmos. Srs. Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e José Delgado.

D.J.U. 1-E de 21/08/2000, p. 1000.

O STJ chegou a editar inclusive a Súmula 167, dispondo que *"O fornecimento de concreto, por empreitada, para construção civil, preparado no trajeto até a obra em betoneiras acopladas a caminhões, é prestação de serviço, sujeitando-se apenas à incidência do ISS"*. Sendo assim, tudo que constasse na nota de serviço seria tributado pelo ISS, exceto o que a lista deslocasse para o âmbito de incidência do ICMS. Observe-se que sempre haveria a incidência de um dos impostos.

Todavia, esgotada a discussão acerca da aplicação dos dispositivos do Decreto-lei nº 406/68, no tocante a construção civil, perante o STJ, os contribuintes desse ramo mudaram o foco da questão e passaram a discutir perante o Supremo Tribunal Federal, a recepção do art. 9º, § 2º, *a* e *b*, do Decreto-lei nº 406/68 pela Constituição de 1988, alegando como consectário lógico dessa recepção que a dedutibilidade dos materiais utilizados continuava permitida e que tal previsão não importava em hipótese de isenção heterônoma, mas tão somente de fixação da base de cálculo.

Como o referido decreto fora recepcionado com força de lei complementar e segundo o art. 146, III, *a*, da CF, cabe a essa espécie normativa estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre definição de tributos e suas espécies, respectivos fatos geradores, **bases de cálculos** e contribuintes, o mandamento estaria em perfeita sintonia com o ordenamento tributário nacional, e assim a legislação municipal não poderia vetar tais deduções.

A tese é interessante, mas na verdade procura apenas reacender uma discussão sobre um tema já amplamente discutido no STJ, que manteve firme posicionamento quanto à impossibilidade de dedução de materiais da base de cálculo da construção civil, deslocando o debate para uma questão que nenhuma influência exerce sobre a dedutibilidade dos materiais utilizados nos serviços de construção civil. A posição do Supremo Tribunal Federal, acerca da recepção do indigitado dispositivo do Decreto-lei nº 406/68, na verdade em nada aproveita para a atividade de construção civil, pois a previsão ali expressa refere-se a outros serviços.

O *Supremo Tribunal Federal*, ao apreciar a receptividade ou não do questionado dispositivo, assim se manifestou:

ISS - BASE DE CÁLCULO – CONSTRUÇÃO CIVIL- DEDUÇÃO DO VALOR DOS MATERIAIS E SUBEMPREITADAS.

Ag. Reg. No Recurso Extraordinário nº 279.424/MG

“EMENTA: Constitucional. Tributário. ISS. Construção Civil. D.L. 406/68, art. 9º, § 2º, *a e b*.

1. Dedução do valor dos materiais e subempreitadas no cálculo do preço do serviço. D.L. 406/68, art. 9º, § 2º, *a e b*: dispositivos recebidos pela CF/88. Citados dispositivos do art. 9º, § 2º, cuidam da base de cálculo do ISS e não configuram isenção. Inocorrência de ofensa ao art. 151, III, art. 34, ADCT/88, art. 150, II e 145, § 1º, CF/88.

2. RE conhecido e provido.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por votação unânime, negar provimento ao recurso de agravo.

D.J.U. 1-E de 19/12/2002, p. 117.

ISS - BASE DE CÁLCULO – CONSTRUÇÃO CIVIL - DEDUÇÃO DO VALOR DOS MATERIAIS E SUBEMPREITADAS. DL. 406/68 – RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 88.

Recurso Extraordinário nº 214.414/MG

“EMENTA: Constitucional. Tributário. ISS. Construção Civil. D.L. 406/68, art. 9º, § 2º, *a e b*.

I- Dedução do valor dos materiais e subempreitadas no cálculo do preço do serviço. D.L. 406/68, art. 9º, § 2º, *a e b*: dispositivos recebidos pela CF/88. Citados dispositivos do art. 9º, § 2º, cuidam da base de cálculo do ISS e não configuram isenção.

Inocorrência de ofensa ao art. 151, III, art. 34, ADCT/88, art. 150; II e 145. § 1º, CF/88. RE 236.604-PR. Velloso, Plenário, 26.05.99. RTJ 170/2001

II- RE conhecido e provido.

DECISÃO: Assim, posta a questão, conheço do recurso e, na forma do disposto no art. 557, § 1º - A, CPC, dou provimento ao recurso, restabelecida a sentença de primeiro 1º grau. Não há honorários advocatícios: Súmula 512 – STF.

Publique-se.

Brasília, 20 de agosto de 2002.

Ministro Carlos Velloso.

Relator.

D.J.U. 1-E de 17/05/2002, p. 99/100.

Na visão do STF o art. 9º, § 2º, *a e b*, do Decreto-lei nº 406/68 fora recepcionado pela Constituição de 1988. O entendimento pauta-se em fundamentos inteiramente procedentes e não merece reparos de qualquer espécie. Entretanto, o ponto crucial da questão, que diz respeito à dedução dos materiais utilizados nas obras e serviços de construção da base de cálculo do ISS, não foi analisado pela Corte Maior, porque tal matéria não é da sua competência, mas sim do STJ, por se tratar de aplicação de lei federal.

Ocorre que a determinação contida no art. 9º, § 2º, *a e b*, do Decreto-lei nº 406/68, permite a dedução de materiais e das subempreitadas nos casos dos serviços dos itens 19 (limpeza de chaminés) e 20 (saneamento ambiental e congêneres) da lista de serviços que lhe é anexa, e sendo assim, a decisão do STF em nada auxilia os prestadores da construção civil.

Ao revés, a decisão na verdade impossibilita a pretendida dedução, uma vez que o Decreto-lei nº 406/68 fora recepcionado com força de lei complementar, e como o dispositivo questionado trata da base de cálculo, deve ser obedecido por força do art. 146, III, *a*, da Constituição de 1988, e dessa forma, só os serviços de limpeza de chaminés e saneamento ambiental e congêneres, gozam da referida redução.

Conseqüentemente, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a impossibilidade de dedução de materiais revela-se preciso, pois não há no Decreto-lei nº 406/68, determinação no sentido de que sejam abatidos os materiais e subempreitadas dos serviços de construção civil.

Ocorre que a finalidade da tese levantada é trazer a tona o fato de que nas listas de serviços anteriores a estabelecida pela Lei Complementar 56/87, a referência numérica do dispositivo sempre se reportou aos serviços de construção civil. Todavia, com as alterações promovidas pela Lei Complementar 56/87, a referência deixou de existir e o conseqüentemente também o benefício.

Conforme entendimento já esposado linhas acima, caso o legislador quisesse manter a forma de cálculo diferenciada, teria alterado a numeração a que o dispositivo se refere, como já tinha feito nas modificações anteriores da lista de serviços. O que os contribuintes do ramo da construção civil almejam é demonstrar que sempre gozaram do benefício da dedução e o lapso do legislador não lhes tolheu tal privilégio. Todavia, essa interpretação não se afigura consentânea, pois a norma em comento, dada a sua natureza, não comporta interpretação extensiva.

Todavia, com a edição da Lei Complementar 116/03, a discussão sobre a possibilidade de dedução dos materiais fornecidos pelos prestadores de serviços da construção perde relevo, pois a nova lei expressamente a permite nos serviços de construção civil. Entretanto, os problemas envolvendo a tributação desses serviços não foram devidamente resolvidos nesse diploma legislativo, que revigorou uma antiga prática sem levar em conta que a solução adotada ressuscita velhos problemas que sempre permearam a tributação deste setor.

4. A Lei Complementar nº 116/03 e a zona fronteira entre o ICMS e o ISS

Antes de adentrar na análise da Lei Complementar 116/03, mister trazer a lume algumas questões pertinentes a tênue linha demarcatória do campo de incidência do ICMS e do ISS.

O ICMS também era disciplinado pelo Decreto-lei 406/68, e posteriormente passou a ser regulamentado pela Lei Complementar

87/96, que procurou fixar o campo de incidência desse imposto de forma a não invadir a esfera do ISS. O art. 2º, IV e V da LC 87/96, estabeleceu entre outras hipóteses de incidência, que o ICMS incide sobre o “fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios e também sobre o fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeito ao imposto sobre serviços de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual.”

Como o Decreto-lei nº 406/68 havia sido recepcionado pela Constituição de 1988, com força de lei complementar, este diploma legislativo é quem regulamentava o imposto sobre serviços. As leis guardavam entre si perfeita simetria, deixando claro que em alguns casos incidirá só o ICMS, em outros o ISS e por fim haverá situações em que o ISS incidirá sobre o serviço e o ICMS sobre as mercadorias utilizadas pelo prestador de serviço.

Dessa forma, “se o serviço prestado estiver previsto na lista, e não havendo nesta ressalva alguma quanto aos materiais fornecidos pelo prestador, podemos afirmar, de forma irrefragável, que a base impositiva do imposto será composta pelo valor total da prestação inclusive quanto ao valor cobrado a título de mercadorias aplicadas no serviço.”⁴ A conclusão, apesar de bastante razoável e aparentemente simples, não é de fácil aplicação.

Essa zona fronteira delimitadora da competência estadual e municipal fez com que o STJ editasse súmulas tentando demarcar os indivisíveis limites entre o campo de incidência do ICMS e ISS. Nesse sentido dispõem as súmulas 156 e 163:

Súmula 156. A prestação de serviço de composição gráfica, personalizada e sob encomenda, ainda que envolva o fornecimento de mercadorias, está sujeita, apenas, ao ISS.

Súmula 163. O fornecimento de mercadorias com simultânea prestação de serviços em bares, restaurantes e estabelecimentos similares constitui do ICMS a incidir sobre o valor total da operação.

A Lei Complementar 116, de 01 de agosto de 2003, que passou a disciplinar o imposto sobre serviços, não tratou de diminuir essas incertezas quanto à incidência do ICMS e ISS, quando poderia fazê-lo, uma vez que uma das funções da lei complementar é exatamente dispor sobre conflitos de competência (art. 146, I, CF).

Embora o legislador tenha se esquivado de dar tratamento adequado a este problema, não olvidou de tratar da conturbada questão da base de cálculo da construção civil. O art. 7º, § 2º, I, da LC 116/03, dispõe o seguinte:

Art. 7º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

§ 2º Não se incluem na base de cálculo do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza:

I – o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa a esta Lei Complementar.”

Os serviços descritos nos itens supramencionados são respectivamente os de *execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS)⁴ e reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS)⁶.*

Assim, por expressa disposição legal, o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços acima especificados, deverá ser deduzido da base de cálculo do ISS, tal como previsto inicialmente no

⁴ Francisco Ramos Mangieri, **ISS. Teoria, prática e questões polêmicas**. São Paulo: Edipro, 2001, p. 33.

⁵ Item 7.02 da lista de serviços.

⁶ Item 7.05 da lista de serviços.

Decreto-lei nº 406/68. Contudo, foi mantida a velha ressalva em relação aos materiais produzidos pelo prestador fora do local da prestação de serviços, que ficam sujeitos ao ICMS e não é permitida a dedução das subempreitadas. Ao vedar a dedução de subempreitadas, o legislador foi coerente, uma vez que o ISS não é um imposto não-cumulativo como é o caso do ICMS e do IPI, e dessa forma é impraticável se falar em compensação de créditos pelo imposto pago em outro serviço.

Todavia, o retorno da dedução dos materiais da base de cálculo para efeito de incidência do ISS, embora aparentemente resolva uma questão extremamente controvertida, ressuscita um velho problema que havia sido sepultado pela Lei Complementar 56/87.

Como o valor dos materiais não integrará mais a base de cálculo do ISS, ou seja, não haverá incidência desse imposto sobre eles e levando em conta a natureza jurídica do contrato de empreitada, que corporifica uma obrigação de fazer e não de dar, surgirá uma relação de fornecimento de mercadorias, inserida no contrato de empreitada, livre da incidência do ICMS, quando em tese, essa operação configura fato gerador desse imposto.

O permissivo legal dá origem a uma situação que não está claramente disciplinada na lei, e que provoca enormes dificuldades operacionais para o fisco e para os contribuintes. A nota de serviços não se presta para receber em seu corpo operações relativas ao fornecimento de materiais e assim a discriminação dessa operação não deverá constar na nota de serviço, mas sim numa nota apropriada para registrar a operação de venda de materiais. Admitir que eles constarão na nota como simples referencial para efeito de dedução, além de desnaturar a obrigação pactuada no contrato dá origem a uma relação jurídica inominada e intributável.

5. Conclusão

A permissão expressa de exclusão dos materiais fornecidos pelo prestador de serviços, conforme a exposição feita, não constitui inovação legislativa, mas ao contrário, representa o retorno de antiga técnica de tributação, que para ser corretamente aplicada demanda uma interpretação conjunta das Leis Complementares 87/96 e 116/03.

Como a composição da base de cálculo de tributos é matéria que deve ser tratada por meio de lei complementar, por expressa

disposição constitucional, a LC 116/03 dispôs que não se deve incluir na base de base de cálculo do ISS dos serviços de construção civil os materiais fornecidos pelo prestador. Como a matéria tratada versa sobre base de cálculo, a lei não estaria concedendo isenção heterônoma, prática vedada pelo art. 151, III da CF, conforme inclusive já havia se manifestado o STF na vigência da legislação anterior.

Entretanto, se o caso não é de isenção, a ilação lógica que se extrai da LC 116/03 é que os materiais fornecidos não ficam sujeitos a incidência do ISS, pois se ocorresse a incidência o imposto teria que ser obrigatoriamente recolhido. Por outro lado, não se pode dizer que a referida lei excluiu da incidência do ISS o fornecimento desses materiais, porque o art. 156, II da CF, só lhe autoriza excluir da incidência desse imposto as exportações de serviço para o exterior. Não houve exclusão da incidência por imperativo legal, mas sim ausência de previsão de incidência.

Destarte, é possível deduzir dessa engenhosa dinâmica, que o fornecimento de materiais sofre, em tese, a incidência do ICMS, pois configura circulação de mercadorias que é fato gerador do referido imposto. Aliás, a própria ressalva mantida no texto, quanto aos materiais produzidos fora do local da prestação, reforça esse entendimento, pois teoricamente a operação de fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador, fora do local da prestação de serviços e as mercadorias produzidas no local da obra ou mesmo adquiridas de terceiros, se revestem das mesmas peculiaridades.

Ocorre que por força do art. 3º, V da Lei Complementar 87/96, o ICMS não incide sobre operações relativas a mercadorias que tenham sido ou que se destinem a ser utilizadas na prestação, pelo próprio autor da saída, de serviço de qualquer natureza definido em lei complementar como sujeito ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, ressalvadas as hipóteses previstas na mesma lei complementar.

A não-incidência do ISS sobre a operação de fornecimento de mercadorias advém, portanto da legislação do ICMS, que, entretanto, faculta a lei complementar que disciplina o imposto municipal, determinar a incidência do imposto estadual nas hipóteses que entender conveniente, como é o caso da ressalva acerca do fornecimento de materiais produzidos pelo prestador fora do local da

prestação do serviço de construção civil, o que não significa que o ICMS só incidirá quando houver disposição expressa da LC 116/03 ou de outra que venha a sucedê-la, mas sim que incidirá também nos casos em que esta norma determinar.

Resta evidente, portanto, que o fornecimento de mercadorias deve constar em notas fiscais próprias, e não na nota de serviço, como o legislador sutilmente faz crer na simplória redação do art. 7º da LC 116/03. Dessa forma, os construtores devem emitir a nota de saída específica para essa operação e uma outra nota referente ao valor dos serviços que serão tributados pelo ISS.

Contudo, melhor seria que o legislador tivesse estabelecido que a base de cálculo do ISS dos serviços de construção civil fosse o valor total do serviço, tendo em vista a natureza do contrato de empreitada e as reduzidas alíquotas do imposto municipal. A dedução, aparentemente benéfica, na verdade pode onerar ainda mais esse ramo de atividade, face às elevadas alíquotas de ICMS, que incidirão sobre a diferença dos valores de entrada e saída das mercadorias, no caso destas serem repassadas com lucro, o que normalmente ocorre. É que nessa hipótese a operação não estaria acobertada pela não-incidência prevista no art. 3º, V da LC 87/96.

Por fim, cumpre não olvidar que esse permissivo irá afetar sensivelmente a arrecadação municipal, mesmo considerando que 25% (vinte e cinco por cento) do ICMS é repartido entre os Municípios. Ocorre que o montante é dividido de acordo com índices de participação previamente determinados com base no cálculo do valor adicionado, população e área territorial. Assim, os Municípios, especialmente aqueles que possuem um baixo índice, perderão a receita do ISS e receberão apenas uma pequena parcela da riqueza gerada em seu território.

VIOLÊNCIA, EXCLUSÃO MORAL E DIGNIDADE HUMANA

Eduardo R. Rabenhorst ^(*)

Os cientistas sociais costumam compreender a violência como um elemento intrínseco ao vínculo social, ainda que atribuam dois significados distintos à idéia. Para alguns teóricos, como René Girard, por exemplo, a própria sociedade pode ser compreendida como uma construção destinada a enfrentar e conter a violência. A propósito, em sua célebre obra **A violência e o Sagrado**, Girard sustenta que os homens são governados por um desejo gerador de conflitos e rivalidades que apresenta uma estrutura mimética: algo é desejável para alguém exatamente na medida em que também é desejado pelos outros. Esta atitude instintiva humana apenas pode ser contida quando a organização social substitui a violência de todos contra todos pela violência de todos contra um. Tal substituição é proporcionada pelo sacrifício, mecanismo que tem um papel social fundamental na medida em que funciona como instrumento de absorção da violência particular e de prevenção da violência futura¹.

De certa maneira, a análise proposta em *A violência e o Sagrado* faz eco à posição clássica de Thomas Hobbes, autor que também concebe a vida social como o resultado de uma barganha entre o desejo de felicidade individual e a necessidade de segurança coletiva. Para Hobbes, na ausência de parâmetros institucionais reconhecidos por todos e sustentados por um poder superior, o convívio humano se converte necessariamente na guerra de uns contra os outros, pois, entende o pensador inglês, é próprio do homem agir

(*) Professor do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Doutor em Filosofia pela Université de Strasbourg II (França). O presente texto é uma versão remanejada de uma palestra proferida no evento *Trabalho, Violência e Sociedade*, III Congresso Internacional de Direito do Trabalho no Maranhão, São Luis, 24 de junho de 2003

¹ A função do sacrifício, escreve Girard, é “fazer convergir as tendências agressivas para vítimas reais ou ideais, animadas ou inanimadas, mas sempre não susceptíveis de serem vingadas, sempre uniformemente neutras e estereis no plano da vingança” (GIRARD, 1990, p.31-32).

em função da expectativa de uma agressão alheia a qual, paradoxalmente, ele responde antecipadamente de maneira também agressiva. Assim, o único caminho de rompimento com este círculo vicioso de desconfiança e violências recíprocas é o do pacto social que gera e define os parâmetros da vida coletiva (HOBBS, 1983, p.74-75).

Outros cientistas sociais, mesmo não discordando por completo desta localização originária da violência num suposto estado de natureza, tendem a priorizar o fato de que as relações humanas estão permanentemente fundadas num processo dinâmico e heterogêneo, que produz ao mesmo tempo reciprocidade e conflito. Assim, mais do que um fato inaugural, violência é uma *possibilidade* sempre presente, pois sua emergência depende, na verdade, dos próprios mecanismos de interação social. A propósito, observa Jean-Yves Calvez:

A sociedade política jamais se apresenta como uma sociedade totalmente apaziguada — como uma cooperação produtiva enquadrada por bons contratos, explícitos ou implícitos, que são respeitados; ou como uma família harmoniosa (...) É verdade que na vida política nem sempre estamos em estado de confronto civil ou de guerra externa (outro termo da violência nativa das liberdades), mas temos de reconhecer que essa possibilidade não pode ser descartada (CALVEZ, 1997, p.23-25).

Qualquer que seja o ângulo de análise adotado, o fato é que a organização social humana encontra-se sempre marcada pelo fenômeno da violência. E o tom de fatalidade que parece estar contido nessa afirmação tende a dissipar-se quando lembrarmos algo acerca da própria etimologia da palavra violência. Composta pelo prefixo *vis*, força em latim, o vocábulo violência sugere, em primeiro lugar, as idéias de vigor, potência ou impulso. Nessa acepção, o termo não apresenta qualquer conotação negativa, mas refere-se à própria idéia de vida. *Violentia*, na verdade, é a tradução latina do antigo termo grego *bia*, que designava o próprio instinto vital, como, aliás, bem mostrou o psicanalista francês J. Bergeret:²

² Cf. BERGERET, J. *La violence e la vie: la face cachée de l'Œdipe*. Paris: Payot, 1994.

Observarmos a semelhança de emprego do radical comum indo-europeu *βif* (beta, iota, digamma) nos substantivos gregos *βία* et *βίος* (*bios* pronuncia-se *vios*), o último correspondendo à vida, à existência e, por extensão, aos meios de sobrevivência. A deformação do *β* (*beta*) no som *b* pelos *larynx* latinos não deve fazer-nos perder de vista que o som *b* não existe no grego e se pronuncia *v*. Essa pronúncia *v* persistiu no latim no termo *vita*, que designa a vida, a força vital, o instinto de vida, assim como *βία* et *βίος*. Violência em latim e violência em francês [como em português, acrescentaríamos] conotam a vida, a força vital, o instinto de vida, ou seja, o instinto de conservação da vida, de sobrevivência (BERGERET, 1994, p.79).

A etimologia da palavra violência, porém, também traz ainda as idéias de excesso e de desmedida. Neste sentido, mais do que uma simples força, a violência pode ser compreendida como o próprio abuso da força. O verbo latino *violare* expressa bem esse significado de transgressão ou profanação de algo, ou seja, de uma a força brutal que rompe e ultrapassa um determinado limite. Enquanto ação ou força que contraria uma determinada ordem, a violência só pode ser compreendida em referência a um determinado quadro normativo. Em outras palavras, não parece ser possível definir a violência sem levar em consideração as normas que tipificam certas ações como violentas ou não (MICHAUT, 1986)³.

Tal interconexão entre violência e norma aponta para três idéias que merecem ser examinadas destacadamente.

Em primeiro lugar, é importante considerar que estamos diante de um fenômeno exclusivamente humano. A natureza pode parecer violenta aos nossos olhos, porém, rigorosamente falando, os

³ A “violência” parece ser uma dessas “caixas de Pandora” das ciências humanas que uma vez abertas deixam emergir uma miríade de conceitos correlatos, porém igualmente flutuantes, tais como força, poder, coerção, agressividade, brutalidade e transgressão, entre muitos mais. A propósito, Hannah Arendt, por exemplo, ao enfrentar o tema, chamou atenção para a frequente utilização dos termos “violência” e “poder” como sinônimos quando, na verdade, sustenta a filósofa alemã, a violência (*Gewalt*) é o impulso vital característico daquele que, buscando satisfazer sua vontade na relação com os outros, ainda que encontrando resistência, tende a destruir o poder (*Macht*), entendido como a ação coletiva pautada em regras consensuais coletivas. Ver *Violence*. Paris: PUF, 1986.

animais, por exemplo, podem ser agressivos, mas não violentos, já que eles não possuem a capacidade de julgar e de atribuir um significado às suas ações⁴.

Enquanto fenômeno estritamente humano, a violência não pode ser percebida fora de um determinado quadro histórico-cultural. Essa é outra consequência importante da relação entre violência e norma. De fato, conforme alerta Yves Michaut (1986), como as normas variam do ponto de vista cultural e histórico, fenômenos considerados violentos por determinados grupos ou culturas não são assim percebidos por outros grupos. Durante muito tempo, por exemplo, os castigos físicos infringidos às crianças foram considerados absolutamente normais. A violência, portanto, parece um ótimo caso daquilo que o filósofo norte-americano J. Searle denomina de “realidade social”, ou seja, um evento que apenas pode ser definido e compreendido em relação às normas que lhes são constitutivas (SEARLE, 2000).

Por fim, a relação entre violência e norma mostra que, por mais paradoxal que possa parecer, nenhuma violência pretende ser vista como tal. Na verdade, a violência sempre se define como *legítima*, ou seja, como uma força respaldada em alguma lei. Nenhum poder refere-se a si mesmo como violento. Ao contrário, violentos são sempre aqueles que não compartilham das normas “legitimamente” estabelecidas: os marginais, os dissidentes, os subversivos...

Estes três aspectos convergem para a idéia de que a violência não é uma propriedade dos fatos, isto é, uma *qualidade intrínseca* de certas condutas, passível de ser definida de maneira monolítica, uniforme ou unidimensional. Ao contrário, a violência é uma

⁴ Como oportunamente sublinha Marcelo Perine: As formas de brutalidade e de eliminação que se manifestam nas forças naturais, assim como no mundo animal, são violentas apenas para o ser humano, esse ser curioso por natureza que se distingue de todos os outros animais porque ele pode, como bem observou Aristóteles, articular a voz para significar, para além das sensações de prazer e de dor, o que é útil e prejudicial, justo e injusto, o bem e o mal (...) A violência entra no mundo humano quando entra na linguagem, ou seja, quando ela é dita, reconhecida na linguagem, significando como negação ou exclusão do que constitui o mundo humano como mundo sensato ou como mundo do sentido. Dito de outra maneira, a violência só existe para o sentido, e no seu sentido mais original, ela é a negação do sentido, o que não tem sentido, o insensato (PERINE, s/d).

construção social, ou seja, ela é uma *qualidade atribuída* no âmbito de um determinado contexto social e histórico, e no quadro de uma referência normativa (normas que tipificam determinadas situações como violentas ou não).

A consequência mais imediata dessa idéia é a de que a violência é percebida de forma heterogênea e multifacetada, a partir da própria estrutura simbólica vigente em nossa sociedade. Isso justifica a instabilidade e ambivalência das nossas atitudes diante do fenômeno. Na moderna cultura de massa, por exemplo, as imagens violentas, reais ou ficcionais, se fazem cada vez mais presentes: os jornais, a televisão, o cinema e os jogos computadorizados, proporcionam, continua e cotidianamente, um verdadeiro desfile de cenas de assassinatos, estupros, seqüestros e agressões. Ainda que exista um grande debate quanto ao verdadeiro impacto dessas imagens no imaginário contemporâneo (no sentido da possibilidade de se estabelecer um nexo de causalidade entre o conteúdo veiculado e o comportamento dos indivíduos), não parecem existir grandes discordâncias quanto ao fato de que elas criaram não apenas uma “cultura”, mas um verdadeiro “mercado da violência” que vive da produção e difusão da violência. Daí a observação do demógrafo francês Jean-Claude Chesnais de que “*nós passamos da época da violência vivida à época da violência vista*” (CHESNAIS, 1981:446)⁵.

Pode-se verificar, também, que a percepção contemporânea da violência foi ampliada não apenas do ponto de vista de sua intensidade, mas igualmente na perspectiva de sua própria extensão conceitual. A propósito, nossa “gramática” da violência está cada vez maior: além da tradicional violência física que atinge a integridade

⁵ Em sua interessante **História da Violência**, o demógrafo francês Jean-Claude Chesnais mostrou que, ao contrário do que se costuma imaginar, as sociedades contemporâneas não se encontrariam ameaçadas pela disseminação da violência (CHESNAIS, 1981). Compartilhando de uma linha de interpretação proposta pelo sociólogo Norbert Elias, Chesnais acredita que a história do ocidente foi acompanhada por um processo de “suavização” dos costumes que reduziu a violência física não apenas na órbita da vida pública, mas também na esfera da vida privada. Contudo, se por um lado, a violência decresceu nas sociedades ocidentais, por outro, ela tornou-se muito mais visível em função do próprio suporte oferecido pelos veículos de comunicação, o que explica o devastador sentimento de insegurança vivido pelas sociedades contemporâneas.

pessoal dos indivíduos (talvez a única forma reconhecida por todas as culturas), identificada por todos, falamos ainda da violência no trânsito, da violência nas prisões, da violência contra as mulheres e crianças, da violência social que atinge certos segmentos da população, da violência política (principalmente a do terrorismo) e da violência simbólica. Neste sentido, conforme observa Theophilos Rifiotis,⁶ é a própria extensão do campo semântico que nos leva a pensar que estamos frente a um constante e inelutável aumento da violência.

Por fim, os indivíduos tendem a perceber as manifestações da violência de forma diferenciada e seletiva, isolando o contexto social, político e econômico que elas traduzem. A violência física, por exemplo, é percebida mais facilmente do que a própria violência estrutural que caracteriza a sociedade capitalista. Muito freqüentemente, a violência de menor potencial danoso praticada pelas camadas populares é superestimada e a violência silenciosa dos grupos mais favorecidos é subestimada. Daí a ocorrência daquilo que os sociólogos chamam de processos de “etiquetamento” por meio do qual grupos sociais minoritários (os baixos estratos sociais, as minorias étnicas, o adolescente infrator, etc.), são estigmatizados e responsabilizando-os diretamente pelo acréscimo da violência.

No nosso país, por exemplo, a violência criminal vem, de forma cada vez mais acentuada, despertando em todos os grupos sociais, idênticos sentimentos de fragilidade e de abandono institucional. Essa verdadeira sensação de insegurança coletiva acarreta na convicção de que o problema da violência necessita ser enfrentado não com programas que reduzam os níveis da exclusão social, mas com a adoção de políticas de segurança pública ainda mais repressivas, tais como o aumento do aparato policial, o acréscimo da intensidade das penas (incluindo à condenação à morte), a redução de direitos e garantias processuais, e a diminuição da maioridade penal, entre outras. Por essa razão, não chega a causar surpresa o emprego, visivelmente anfibológico, de uma estranha metáfora bélica sugerindo ser absolutamente necessário e urgente, declarar “guerra” à violência.

⁶ RIFIOTIS, Theophilos. **Nos campos da violência: diferença e positividade.** UFSC, Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, 1997.

O emprego da metáfora bélica de “combate à violência” sugere uma instigante linha de trabalho acerca da própria maneira como a sociedade brasileira percebe a violência e define suas exigências de políticas públicas. Afinal, por que as mesmas pessoas que se revoltam contra o aumento da violência, reagem diferentemente quando essa mesma violência atinge determinados segmentos da sociedade brasileira? Nos termos da Dra. Nancy Córdia⁷, psicóloga social integrante do Núcleo de Estudos da violência da USP, é interessante compreender por que pessoas que se indignam com a violência criminal em nosso país legitimam ações bárbaras cometidas contra determinados indivíduos e grupos, não percebendo que tais ações violam regras consensuais de justiça? Esse é o ponto que gostaríamos de abordar agora.

2. Violência no Brasil.

A violência no Brasil tem causas profundas que jamais passaram despercebidas aos principais estudiosos do tema. Como qualquer outra sociedade colonial, trazemos o fardo das diversas modalidades de violências às quais fomos submetidos no início da nossa história. Em primeiro lugar, como bem percebeu Alfredo Bosi⁸, é preciso lembrar que o ato de colonizar é “*um processo totalizante cujas forças motrizes poderão sempre buscar-se no nível do colo: ocupar um novo chão, explorar seus bens, submeter os seus naturais*” (BOSI, 2001, p.15). As populações indígenas, vítimas iniciais desse processo, foram escravizadas ou exterminadas pelas várias guerras de conquista empreendidas pelo conquistador português. O segundo alvo da violência colonizadora foi a população negra. Como se sabe, entre os séculos XV e meados do século XIX, aproximadamente 30 milhões de negros foram violentamente arraigados de seu continente de origem, traficados ou mortos pelos europeus, e transformados no que de mais degradante pode acontecer a um ser humano: ser reduzido à condição de escravo, ou seja, ser considerado membro de uma espécie

⁷ CÁRDIA, Nancy. Atitudes, normas culturais e valores em relação à violência em 10 capitais brasileiras. Brasília, Ministério da Justiça, 1999.

⁸ BOSI, Alfredo. Dialética da colonização. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

de humanidade de segunda categoria que não conhece direitos, mas apenas deveres⁹.

Obviamente, a colonização não pode ser vista como um via de mão única. Na verdade, ela tem uma configuração tridimensional que aparece já no nível do próprio vocabulário: colonizar, do verbo latino *colo*, significa, ao mesmo tempo, “eu moro”, “eu cultuo”, “eu cultivo”. Por essa razão, o processo colonizador, como sugere Bosi, “*reinstaura e dialetiza as três ordens: do cultivo, do culto e da cultura*” (BOSI, 2001:19). No caso do Brasil, pode-se dizer que, na ordem do cultivo, a ação colonizadora apresentou-se como um processo de ocupação e de exploração econômica do solo, que resultou na barbárie ecológica e populacional ainda hoje reproduzida em nosso país, tanto nas áreas urbanas como nas áreas rurais (extermínio das populações nativas, acesso desigual a terra, ocupação desordenada do solo, destruição dos ecossistemas...). No plano do culto, por sua vez, a colonização revelou-se no movimento de aculturação que destruiu por completo o universo simbólico dos índios brasileiros por meio da catequese cristã, e perseguiu, como também transfigurou, as religiões africanas, substituindo a devoção aos orixás e ancestrais pelo culto aos santos católicos. Até hoje, as manifestações religiosas de origem indígena e afro-brasileira, são vítimas de preconceitos, estigmas e estereótipos, e continuam sendo fortemente discriminadas (Vide a propósito MAGGIE, 1992¹⁰). Enfim, na ordem da cultura, entendida como conjunto de práticas, técnicas, símbolos e valores que estrutura a consciência de um grupo, o processo colonizador brasileiro revelou toda a sua ambigüidade. Como nação, somos resultado do encontro que incorporou, no sentido literal da palavra, elementos das culturas, indígena, africana e lusitana, proporcionando o surgimento de uma sociedade complexa, heterogênea e ao mesmo tempo única do ponto de vista de sua miscigenação étnica, bem como de seu sincretismo simbólico.

⁹ Como bem escreve Maria Lúcia Aparecida Montes, “Nada encarna de forma mais pura o poder que esta suprema forma de violência que reifica a humanidade do outro, peça a ser comprada e vendida, coisa de que pode usufruir, inclusive tirando-lhe a vida se bem lhe aprouver, quem é seu senhor de barão e cutelo”. Ver 1996, p.225.

¹⁰ MAGGIE, Yvone. **Medo do feitiço: relações entre magia e poder no Brasil**. Rio de Janeiro, Arquivo Nacional, 1992.

Não é fácil formar um juízo sobre o processo de formação de uma sociedade que, conforme observou Gilberto Velho¹¹, “*a par da dimensão de exploração e iniquidade social, apresentou extraordinárias facetas de rica interação e troca sócio-culturais*”. Por essa razão é que até hoje persistem duas análises distintas e profundamente antitéticas da colonização brasileira: a primeira acentuando os traços de assimilação e de aclimação cultural (FREYRE¹², 1933; e HOLANDA¹³, 1958), a segunda ressaltando a marca profundamente violenta e unidimensional deste processo (NASCIMENTO¹⁴, 1982; e FERNANDES¹⁵, 1978). Em todo caso, o fardo histórico que herdamos foi extremamente pesado. Somos hoje uma sociedade hierarquizada, relacional e fortemente autoritária. Parte significativa da nossa população continua vivendo sob condições extremas de pobreza e desigualdade social, enquanto uma minúscula minoria de privilegiados concentra toda riqueza, educação e poder. Entre os dois extremos formou-se uma ampla camada média que englobou categorias sociais bastante distintas e imprimiu novas características políticas, econômicas e sociais à nação.

Do ponto de vista histórico, as elites nacionais sempre foram profundamente violentas na manutenção de seus interesses e privilégios. Palmares e Canudos são exemplos marcantes do que se pode chamar, fazendo uso da terminologia proposta por Loic Wacquant, de violência “vinda de cima”. Porém, o quadro que se apresenta hoje é bastante diferente, já que a modernização da sociedade brasileira modificou, tornou visível e intensificou uma espécie de reverso da violência das elites que é, precisamente, a violência “vinda de baixo”.

¹¹ VELHO, Violência, reciprocidade e desigualdade: uma perspectiva antropológica. In: VELHO & VITOS (Orgs.). **Cidadania e violência**. Rio de Janeiro, Editora FGV, 1996.

¹² FREYRE, Gilberto. **Casa Grande e Senzala**. Rio de Janeiro, José Olímpio, 1933.

¹³ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Caminhos e fronteiras**. Rio de Janeiro, José Olímpio, 1958.

¹⁴ NASCIMENTO, Abdias. **O negro revoltado**. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1982.

¹⁵ FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes**. São Paulo: Ática, 1978.

O crescimento da violência criminal no Brasil não é passível de uma única explicação. Certamente ele encontra-se associado à lógica da pobreza e da desigualdade sócio-econômica. Contudo, pobreza e desigualdade não justificam, isoladamente, o acréscimo da violência. Conforme observa Alba Zaluar¹⁶, a sociedade hindu, por exemplo, é pobre e profundamente hierarquizada, mas ela não produziu as mesmas manifestações de violências existentes no Brasil. Da mesma forma, os níveis salariais no Sudoeste da Ásia também são extremamente baixos, mas a criminalidade nessa região tampouco é comparável aos índices brasileiros. Não se trata de negar a relevância da desigualdade sócio-econômica na ampliação da violência, acrescenta a pesquisadora carioca, mas apenas de evitar uma correlação muito estreita entre os dois elementos.

A violência no Brasil exige uma explicação suplementar. Para Gilberto Velho, na sociedade brasileira tradicional, embora a tensão social estivesse sempre presente, vigorava um complexo sistema de reciprocidade que permitia a existência de expectativas culturais compartilhadas (VELHO, 1996, p.16). O compadrio entre indivíduos de posições hierárquicas distintas e as relações de clientelismo entre dominadores e dominados, amplamente estudadas por Roberto da Matta (1996) figuram como ótimos exemplos desse sistema de reciprocidade. A modernização do país, no entanto, substituiu esse universo de valores por um individualismo de massa que fez do consumismo seu elemento catalisador. Neste novo universo, observa Sílvia Leser de Mello¹⁷, “a contínua chamada dos objetos, oferecidos de mil maneiras ao desejo, não chega só aos que podem comprá-los. Chega igualmente aos pobres, quiçá com mais forte poder de atração” (MELLO, 2001, p.134). Logo, o crescimento da criminalidade violenta também pode ser compreendido como uma espécie de resposta daqueles que não têm acesso aos bens que representam os valores positivos da sociedade de massa.

Mas esta interpretação ainda se mostra insuficiente para explicar a ampliação da violência em nosso país. Conforme observou Angelina Peralva¹⁸, é necessário se levar em conta, também, que o

¹⁶ **Condomínio do diabo**. Rio de Janeiro: UFRJ/REVAN, 1994.

¹⁷ A violência urbana e a exclusão dos jovens. In: SAWAIA, Bader. **As artimanhas da exclusão. Análise psicossocial e ética da desigualdade social**. Petrópolis: Vozes, 2001.

¹⁸ **Violência e democracia. O paradoxo brasileiro**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

crescimento da violência criminal encontra-se associado à própria desorganização das instituições responsáveis pela manutenção da ordem pública. Com efeito, nos últimos anos não só a violência policial contra a população civil tornou-se visivelmente exacerbada, mas o próprio comprometimento das autoridades públicas com o crime cresceu assustadoramente¹⁹.

Não podendo passar pelo crivo de uma explicação isolada, a compreensão do aumento da violência criminal no Brasil exige, em primeiro lugar, a análise dos vários aspectos do que a sociologia francesa convencionou chamar de “exclusão social”. Ainda que as duas noções sejam vagas, pode-se dizer que exclusão é mais do que pobreza. A exclusão, na verdade, é tanto material como simbólica: Os excluídos, observa Mariângela Belfore Wanderley, “não são simplesmente rejeitados física, geográfica ou materialmente, não apenas do mercado e de suas trocas, mas de todas as riquezas espirituais, seus valores não são reconhecidos, ou seja, há também uma exclusão cultural” (WANDERLEY, 1999, p. 17). No mais, como sublinha Alfredo Bruno da Costa, a exclusão, ao contrário da pobreza, *“implica a existência de um contexto de referência, do qual se é, ou se está, excluído. A qualificação de ‘social’ permite interpretá-la como estando relacionada com a sociedade. Nesse entendimento, e exclusão tem a ver com a cidadania”* (COSTA, 1998, p.13)²⁰.

¹⁹ Como escreve a pesquisadora brasileira, “é sobretudo a ausência de mecanismos de regulação apropriados a um novo tipo de sociedade emergente que explica a importância dos fenômenos de violência mais maciços e mais espetaculares; quer sejam aqueles ligados à desorganização social nas periferias pobres paulistas, que engendraram uma sociabilidade conflitiva, tornada em forte medida mortífera em razão dos níveis de circulação de armas de fogo; quer sejam aqueles ligados, como no caso do Rio de Janeiro, a um narcotráfico militarizado, objeto, por parte da polícia, de uma repressão igualmente militarizada. A diferença entre a violência brasileira e a de outros lugares, notadamente a que existe na Europa, não se deve à natureza nem ao sentido do fenômeno enquanto tal, mas sim às formas sangrentas que entre nós assume, em razão da ausência de políticas suscetíveis de garantir a ordem pública preservando-se ao mesmo tempo os direitos da pessoa” (PERALVA, 2000, p. 85).

²⁰ Se a pobreza compreende um aspecto da exclusão, ou seja, a exclusão econômica, é preciso reconhecer que existem outras formas contemporâneas de privação: a exclusão *social* (idosos, doentes crônicos

A sociedade brasileira contemporânea é marcadamente excludente. Ela impede, sistematicamente, que uma grande parcela de seus cidadãos tenha acesso aos bens essenciais à sua nutrição, à preservação de sua saúde e à defesa de sua vida. Ela condena um terço de sua população à miséria. Essa situação, obviamente, tem um enorme impacto sobre o *sentimento de igualdade* e conduz a uma sociabilidade conflitiva produtora dos níveis de violência que conhecemos hoje. Por isso é que os excluídos, pode-se dizer, são ao mesmo tempo vítimas e autores dessa violência.

Essa situação, obviamente, determina a própria maneira como a sociedade brasileira percebe a violência e define suas exigências de políticas públicas. E é aqui que se manifesta a pior face da exclusão, a exclusão moral, que vem a ser a própria negação da dignidade humana, entendida como uma qualidade moral inerente a todos os seres humanos. Ao ser excluído moralmente, o indivíduo deixa de ser reconhecido como um semelhante e esse não reconhecimento de sua humanidade faz com que as outras pessoas não apenas deixem de se indignar com o seu sofrimento, mas também passem a legitimar práticas profundamente atentatórias aos direitos humanos tais como a tortura, os linchamentos e as chacinas (Vide a propósito CARDIA, 1995 e 1999).

A exclusão moral revela a fragilidade das nossas concepções acerca da dignidade humana. Com efeito, muitas pessoas entendem a dignidade num sentido visivelmente quantitativo, isto é, como se esta qualidade moral pudesse variar de um indivíduo a outro em função de seus méritos ou deméritos. Contudo, conforme tentei mostrar em outro lugar, a própria noção de dignidade humana exige uma perspectiva universalista, ou seja, como qualidade intrínseca aos seres humanos a dignidade não pode variar em função das características particulares do indivíduo (RABENHORST, 2001). Com efeito, de acordo com a justificativa teórica proposta pela tradição filosófica ocidental, não existe gradação ou hierarquia na atribuição de dignidade aos seres humanos, mas todos são igualmente dignos. Nos termos da filosofia kantiana, o homem, enquanto agente racional e autônomo, deve ser

e portadores de necessidades especiais são excluídos pela própria falta de autonomia); a exclusão *cultural* (a xenofobia e o racismo); a *exclusão patológica* (rupturas familiares e distúrbios psicológicos ou mentais) e a exclusão motivada por comportamentos auto-destrutivos tais como o consumo de drogas, por exemplo.

sempre considerado como fim em si mesmo e não como meio ou instrumento para obtenção de algo. Insubstituíveis e incomparáveis, os seres humanos são merecedores de uma forma especial de reconhecimento que recebe o nome de *respeito* (KANT, 1987).

É importante lembrar que não estamos aqui diante apenas de uma posição filosófica. Entendida como fundamento da igualdade entre os seres humanos, a categoria da dignidade humana tornou-se princípio jurídico fundamental, sendo concebida como núcleo unificador do conteúdo de todos os direitos humanos. Tal reconhecimento jurídico da dignidade humana se deu tanto no plano internacional, nos textos das várias Declarações e Convenções internacionais sobre direitos humanos, mas também na órbita particular dos textos constitucionais da maior parte dos países democráticos. Por essa razão, a dignidade humana é hoje não só uma categoria moral, mas ela pode ser compreendida como fundamento mesmo da ordem jurídica internacional e do próprio Estado de direito (vide SARLET, 2001). Por essa razão, ao assumirem a dignidade humana como princípio fundamental, os Estados nacionais contratam a obrigação jurídica de promoverem todos os direitos necessários para concretização desta idéia de um valor fundamental intrínseco a todos os homens.

A exclusão moral, negação completa da idéia de dignidade humana, é um problema que deve ser enfrentado com políticas públicas que fortaleçam o controle democrático do poder, incentivem os vínculos sociais, favoreçam a igualdade étnica e social, e democratizem as instituições. Trata-se de um grande desafio que se impõe à sociedade brasileira: exercer o controle da violência respeitando as regras constitutivas do Estado de Direito e impedindo a desqualificação moral dos indivíduos e grupos sociais menos favorecidos.

DIREITO ADQUIRIDO E LEIS DE ORDEM PÚBLICA (*)

Frederico Dantas ()**

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Disciplina do direito adquirido na ordem jurídica brasileira. 3. A teoria dos direitos adquiridos. 4. Leis de ordem pública. 5. Enfrentamento da questão pela doutrina nacional. 6. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 7. A ADIN n. 493/DF. 8. Considerações finais.

1. Introdução

A proteção ao direito adquirido, positivada como direito humano fundamental na Constituição da República, é instrumento de defesa do indivíduo perante o Estado. Tem natureza de limitação ao poder estatal, daí por que se pode enquadrá-lo no rol dos direitos fundamentais de primeira geração, ou dimensão, já que reúne características de garantia individual exercida contra o Estado.

O instituto, como se verá, tem raízes já no Direito Romano, que previa a irretroatividade das leis como princípio, porém, só veio a ser estudado cientificamente pela Escola Histórica Alemã, por obra de SAVIGNY, que pretendeu sistematizar as limitações ao âmbito temporal de atuação das leis, criando a teoria dos direitos adquiridos.

Inspira este trabalho o exame do direito adquirido em face de leis de ordem pública, numa perspectiva constitucional da ordem jurídica brasileira. Sabe-se que a questão é deveras controversa, visto não existir na doutrina ou na jurisprudência uma delimitação segura dessa proteção constitucional.

A proposta aqui delineada é de se proceder a um estudo da teoria que originou a proteção ao direito adquirido, bem como a

* Adaptação de trabalho apresentado para avaliação no módulo direitos fundamentais, do Curso de Especialização em Direito Constitucional da UFAL.

** Professor do CCI/Centro de Estudos Superiores de Maceió, Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Alagoas, Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco e Juiz Federal Substituto em Alagoas.

evolução do instituto ao longo da história constitucional do Brasil, de modo a reunir referenciais suficientes a uma análise do direito adquirido como garantia constitucional.

Pretende-se, também, buscar amparo na jurisprudência constitucional pátria, consubstanciada em acórdãos do Supremo Tribunal Federal, entendendo que a análise da aplicação dada ao instituto pela Corte Suprema a casos concretos, a par de enriquecer o estudo, assegura que eventuais conclusões ganharão em utilidade prática, resultado de uma interface entre os critérios abstratos, da teoria, e práticos, da experiência constitucional.

Sua contraposição às leis de ordem pública, como forma de determinar o campo de proteção da garantia constitucional, é importante passo no sentido de reforçar a segurança jurídica das relações entre os indivíduos e o Estado, bem como no sentido de delimitar as fronteiras estabelecidas pelo legislador constituinte ao poder estatal, seja quando exercido pela Administração Pública ou pelo legislador infraconstitucional.

A controvérsia objeto deste estudo gira em torno da seguinte questão basilar: existe direito adquirido em face das leis de ordem pública?

A resposta a esse problema passa por várias outros questionamentos: analisar em que consiste a proteção ao direito adquirido; determinar a abrangência desta garantia; distinguir o que são leis de ordem pública e delimitar o âmbito de aplicação dessas leis em face da garantia constitucional ao direito adquirido.

2. Disciplina do direito adquirido na ordem jurídica brasileira

A legislação pátria que disciplina o direito adquirido tem fundamento constitucional, pois, conforme anteriormente observado, a proteção ao direito adquirido está insculpida como garantia fundamental na Constituição Federal de 1988. O dispositivo, longe de ser uma inovação, já faz parte da tradição jurídica brasileira.

Sua inserção nos textos constitucionais vem de 1934, mas já em 1824 existia como regra a proibição da retroatividade das leis. A Constituição Imperial, em seu art. 179, garantia a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, tendo por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, estabelecendo, em seus incisos III e XI, respectivamente que nenhuma disposição de lei

teria efeito retroativo e que ninguém seria sentenciado, senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita.

A Constituição Republicana de 1891 manteve essas regras ao dispor preliminarmente sobre a organização federal, em seu art. 11, § 3.º, estatuinto ser vedado aos Estado e à União prescrever leis retroativas e, na sua declaração de direitos, art. 72, § 15, que ninguém seria sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada.

A Constituição da segunda república, de 1934, em seu art. 113, que tratava dos direitos e garantias individuais, inovou na redação do dispositivo, criando regras específicas para a matéria penal nos n. 26 e 27, respectivamente, que ninguém seria processado, nem sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita, e que a lei penal só retroagiria quando beneficiasse o réu: Instituiu, no n. 3 desse mesmo artigo, dispositivo que existe até hoje na ordem constitucional brasileira:

A lei não prejudicará o direito adquirido, o acto jurídico perfeito e a coisa julgada.

Diversamente, a Carta Política outorgada, de 1937, se limitou a dispor em seu art. 122, n. 13, que as penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicavam aos fatos anteriores.

Com a redemocratização do país, em 1946, restaurou-se o dispositivo da Constituição de 1934 no título dos direitos e das garantias individuais, art. 141, § 3.º o qual, desde então, foi reproduzido por todas as constituições vindouras. Constava do art. 150, § 3.º da Constituição de 1967 e conservou-se, após a Emenda Constitucional n. 1 de 1969. A Constituição de 1988 o enuncia no seu art. 5.º, inciso XXXVI.

Extraí-se, da mera leitura dos textos constitucionais aqui reproduzidos, que a limitação ao âmbito temporal de atuação das leis faz parte da tradição constitucional brasileira, exceção feita à Carta Política de 1937, também chamada de “A Polaca”, porque inspirada na constituição polonesa.¹ Com efeito, este fato por si só bem revela o

¹ Paulo Bonavides observa que seguramente a maior influência da Carta de 1937 foi a Constituição da Polônia, mas ressalta também a influência do

caráter autoritário do regime ditatorial de Getúlio Vargas, que rompeu com mais de um século de história constitucional do Brasil.

A disciplina infraconstitucional da garantia ao direito adquirido está positivada na Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro – Decreto-lei n. 4.657 de 4 de setembro de 1942 – art. 6.º, **caput**, 2.ª parte e § 2.º. Prescrevem os citados dispositivos:

Art. 6.º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

[...]

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termos pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

3. A teoria dos direitos adquiridos

O direito adquirido é um instituto jurídico e, como tal, não consagra verdade apodítica e sim um critério político. Como é cediço, o cientista do Direito não descobre leis naturais ou imutáveis; o jurista não lida com verdades reveladas ou demonstradas. Os problemas jurídicos surgem da necessidade de sistematização na solução das inúmeras perplexidades geradas pela aparente contraditoriedade da ordem jurídica.

É intuitiva a natureza eminentemente instrumental das categorias jurídicas, todas elas visando à harmonização do sistema, como meio de proporcionar à comunidade segurança, certeza e justiça. Dessa forma, a natureza dos institutos jurídicos está na finalidade a que se destinam, e o direito adquirido surgiu para delimitar o âmbito de atuação da lei no tempo; esta a sua finalidade e natureza jurídica: limite do poder.

Pode-se dizer que o direito adquirido, essencialmente, serve de critério para solução do conflito das leis no tempo, ao discriminar hipóteses em que a lei nova não pode retroagir, limitando-se a

fascismo de Mussolini e do nazismo de Hitler, cf. BONAVIDES, Paulo: **História Constitucional do Brasil**. Brasília: Paz e Terra, 1988, p. 339-340.

produzir efeitos para o futuro, em proteção de situações jurídicas consolidadas. Esse problema, que tem característica de sobredireito na medida em que se refere à eficácia das leis, admite diversas soluções. A adoção da teoria dos direitos adquiridos, portanto, reflete uma opção política que, para ser bem compreendida, deve ser examinada em suas raízes históricas.

Historicamente o problema da irretroatividade das leis surge com o Estado de Direito, onde se defende que a lei consubstancia a vontade do povo manifestada pelo legislador, que o representa. Até então, notadamente num período teocrático, carecia de sentido a postulação do problema, por considerar-se que o Direito era outorgado pela divindade e as próprias modificações impostas pelas necessidades sociais tidas como mandamentos da mesma procedência, novas revelações ou descobertas da vontade divina.²

A doutrina, num primeiro momento, manifestou-se pela retroatividade, excetuadas as **causae finitae**, em homenagem à superioridade do poder de legislar, expressão da vontade geral segundo o pensamento liberal de ROUSSEAU. Todavia, já no Direito Romano se vêem as origens da regra da irretroatividade. A Constituição de Teodósio, o Grande, (393) instituiu o princípio de que as leis não podiam prejudicar os fatos passados e somente os futuros.³ O direito canônico seguiu o mesmo critério, ainda que posteriormente passasse a admitir exceções no terreno do direito divino.

A comunidade científica é farta em teorias que procuram solucionar a questão da retroatividade, ou irretroatividade, das leis. Pode-se classificá-las em teorias objetivas, cujo critério é determinado em razão do efeito da lei, e subjetivas, que partem das conseqüências da lei em face de situações subjetivas que regula. A teoria dos direitos adquiridos encontra-se entre as teorias subjetivas, na medida em que seu critério fundamental é a situação subjetiva de vantagem juridicamente atribuída a um sujeito.

A primeira tentativa de apresentar o direito adquirido como critério científico para solução do conflito intertemporal das leis partiu de SAVIGNY, fruto do esforço sistematizador da Escola Histórica

² SERPA LOPES: Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**, v. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953, p. 155.

³ Matos Lopes. Limites temporais da lei. *Revista Jurídica*, v. 9, 1946/1948, p. 9 *apud* SERPA LOPES (1953, p.156).

alemã. O renomado jurisfilósofo classifica as leis em duas categorias: as relativas à aquisição de direitos e as que dizem respeito à existência ou inexistência de um instituto jurídico, ou ao seu modo de ser ou duração. Na primeira categoria prevalece o princípio da não retroatividade, na segunda permite-se a retroatividade.

Vários autores se debruçaram sobre a questão, mas aquele cujas idéias alcançaram maior repercussão foi GABBA⁴, referência indispensável a todos os que tratam do tema. Segundo o autor, direito adquirido é aquele resultante de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo em que o ato veio a se realizar, assim como o momento de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da vigência de uma nova lei relativa ao mesmo, e que nos termos da lei sob cujo império aconteceu o fato de que se originou, passou a fazer parte imediatamente do patrimônio de quem o adquiriu.

O conceito formulado por GABBA disseminou-se a ponto de ser generalizadamente aceito, inclusive na doutrina nacional. São exemplos os conceitos dados por dois grandes estudiosos da matéria, o Professor CLÓVIS BEVILÁQUIA⁵ e o Professor RUBENS LIMONGI FRANÇA⁶, ambos consoantes com a lição antes referida.

Em continuidade, pode-se concluir que direito adquirido é aquele direito subjetivo já incorporado ao patrimônio do titular e que, pois, não mais está sujeito à incidência da lei nova ou fato posterior.

⁴ GABBA, F. **Teoria della Retroattività delle Leggi**, Roma, 1891, citado por vários autores, a exemplo de DANTAS, Ivo. **Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle de Constitucionalidade**, 2 ed rev, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 53 e, de modo geral, por todos os que tratam do tema.

⁵ BEVILÁQUIA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: comentado por Clóvis Beviláquia**. Ed histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 99. "Direito adquirido é um bem jurídico, criado por um facto capaz de produzi-lo, segundo as prescrições da lei então vigente, e que, de accôrdo com os preceitos da mesma lei, entrou para o patrimonio do titular. (*sic.*)"

⁶ FRANÇA, "Direito Adquirido e Expectativas de Direito". In **Enciclopédia Saraiva de Direito**, v. 25. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 153. "É a consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo; consequência que, tendo passado a integrar o patrimônio integral ou moral do sujeito, não se faz valer antes da vigência da lei nova sobre o mesmo objeto."

Ora, se o direito adquirido é aquele incorporado ao patrimônio releva apontar que o direito subjetivo, para ser objeto de direito adquirido, deve ter caráter ou fundo patrimonial. Nesse sentido, merece nota observação feita pelo Min. NELSON HUNGRIA ao relatar Recurso em Mandado de Segurança.⁷ Refere, o eminente jurista, que não há falar-se em direito adquirido senão quando se apresenta um direito subjetivo de cor ou de fundo patrimonial.

O sentido dado a patrimônio, aqui, é restrito, significando algo economicamente apreciável. Sem embargo, a despeito do respeitável entendimento de alguns autores para quem há direito adquirido incorporado ao patrimônio moral, abrangendo situações jurídicas pessoais – direito adquirido a votar, por exemplo – é de se referir que não existe direito adquirido a regime jurídico, posição esta, aliás, pacificada na jurisprudência constitucional⁸ e sustentada pela doutrina mais autorizada.⁹

Deduz-se também que o direito adquirido decorre de uma situação subjetiva de vantagem atribuída pela regra jurídica a um titular, distinguindo-se da mera expectativa de direito, cuja diferença para o direito adquirido está na existência, em relação a este, do fato aquisitivo específico, já configurado por completo. Assim, a expectativa de direito é possibilidade, pois está na dependência de um requisito legal ou de um fato aquisitivo específico, é *expectat perfectionem er complementum a facto futuro*.¹⁰

⁷ RMS-1539/DF, Rel. Min. Nelson Hungria. DJ 17.01.52, p. 598. Vol. 73-01, p. 51. ADJ 23.11.53, p. 3562.

⁸ STF: “Teto: redução do limite remuneratório (L.C. est. 43/92-SC): inexistência de direito adquirido à manutenção do limite previsto na legislação revogada, **pois é axiomático não existir direito adquirido a regime jurídico**” (grifei). RE-275214/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ 20.10.00, p. 00129. Vol. 02009-07, p. 01526. No mesmo sentido RMS-21946; RTJ-157/898; RMS-21988; RTJ-160/466; RE-146749; RTJ-158/228; RE-160438; RTJ-167/267; informativo 101, RE-163817; RE-191394; RE-210976.

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 12 ed. rev. at amp. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 227-228.

¹⁰ FRANÇA, R. Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. 6 ed rev at. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 223.

O direito adquirido tira sua existência dos fatos jurídicos passados e definitivos, quando o seu titular os pode exercer. No entanto, não deixa de ser adquirido o direito, mesmo quando o seu exercício dependa de um termo prefixado ou de condição preestabelecida, inalterável ao arbítrio de outrem. É o que se extrai da Lei de Introdução ao Código Civil, que ressalva expressamente essas situações no § 2.º de seu art. 6.º, como se viu anteriormente.

De posse dessas informações é de se considerar qual o conteúdo da garantia constitucional ao direito adquirido. O fato de que o enunciado da norma constitucional veda qualquer prejuízo ao direito adquirido leva, necessariamente, a questionar em que consiste esta categoria, o seu significado específico na ordem jurídica brasileira.

A atividade de desdobrar o significado das expressões jurídicas é essencialmente científica, mas é, ao mesmo tempo, política, pois implica atuação volitiva do intérprete na escolha das várias opções possíveis quando da fixação do sentido do enunciado. A presença humana na fenomenologia da incidência é ressaltada por GABRIEL IVO¹¹ que, na esteira do pensamento de KELSEN¹², demonstra ser a interpretação e conformação das normas verdadeira atuação da vontade do intérprete. Neste passo, vale ressaltar a ampla liberdade do legislador nesse âmbito, pois cabe a ele desdobrar, genericamente, o conteúdo da garantia constitucional. Sem embargo, foi exatamente o que sucedeu na ordem jurídica brasileira tendo sido positivado verdadeiro conceito de direito adquirido na Lei de Introdução ao Código Civil.

O que importa, no conceito positivado pela Lei de Introdução, é o momento da aquisição do direito. O direito é adquirido quando o titular pode exercê-lo ou, ainda, quando o início de seu exercício depende de termo prefixado ou condição preestabelecida, inalterável ao arbítrio de outrem. Daí se concluir que o direito adquirido é aquele incorporado ao patrimônio do titular quando atendidos todos os requisitos, considerados suficientes e necessários pela lei então

¹¹ IVO, Gabriel A Incidência da Norma Jurídica. *Direitos e Deveres: Revista do Centro de Ciências Jurídicas da UFAL*, Ano II, n. 5. p. 9-21, jul-dez 1999.

¹² KELSEN, Hans: "A interpretação". In *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1960, p. 387-397.

vigente, para o seu exercício, ou, ainda, quando o início desse exercício não depende da vontade de outrem.

4. Leis de ordem pública

Delimitado o conceito de direito adquirido, há que se distinguir o que são leis de ordem pública ou de direito público. Ordinariamente, aponta-se como diferença o fato de que no Direito Público as relações são caracterizadas pela desigualdade, porque o Estado encontra-se em posição de privilégio em virtude da prevalência do interesse público, enquanto o Direito Privado se caracteriza por suas relações essencialmente igualitárias, onde prevalece o interesse privado.

Muito embora não seja uma divisão estanque, pois existe verdadeira comunicação entre as categorias, sua utilidade estaria no fato de que são características do Direito Público a adoção de formas de ação unilateralmente ditadas e o caráter autoritário, enquanto no Direito Privado predomina a autonomia privada e o consensualismo.¹³

Costuma-se também utilizar o critério para determinar a diferença entre a nulidade (absoluta) e a anulabilidade (nulidade relativa), sendo que a violação de leis de ordem pública ou de Direito Público que tutelam direitos indisponíveis resultaria na nulidade, ao passo que o desrespeito a leis de ordem pública ou de Direito Público que tutelam direitos disponíveis geraria mera anulabilidade.¹⁴

Na lição de CARLOS MAXIMILIANO¹⁵ cumpre distinguir entre as leis constitucionais e as administrativas ou de ordem pública em geral:

As primeiras regem o presente e o futuro; se não ressalvam, de modo explícito ou implícito, as situações jurídicas definitivamente estabelecidas, não estacam,

¹³ J. J. Gomes Canotilho apresenta três critérios diferenciadores: a sujeição (no Direito Público o particular sujeita-se ao Estado), os interesses (o Direito Público disciplina o interesse público) e a especialidade (as normas de Direito Público são especiais), cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991, p. 137-138.

¹⁴ GALENO LACERDA, Velinho de: **Despacho Saneador**, 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p. 126.

¹⁵ MAXIMILIANO, Carlos: **Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis**. São Paulo: Freitas Bastos, 1946, n. 281, p. 327.

nem recuam diante das mesmas. A sua aplicação é imediata; tudo o que se lhes contraponha, fica eliminado.

[...]

Leis políticas, incluídas sob esta denominação ampla as administrativas, têm aplicação “imediata”, porém não-retroativa. Por exemplo: se impõe tributo fiscal a certa mutação, não atingem as mutações anteriores, se instituem causa de privação de direito eleitoral, só se cumprem em eleições futuras. A retroatividade das normas de Direito Público hoje constitui um princípio abandonado.

As leis de ordem pública observam-se logo; mas não retroagem.

De fato, o entendimento corrente dos que teorizam acerca das leis de ordem pública é o de que estas possuem como traço marcante a imperatividade. Logo, incidem imediatamente sobre as situações que regulam, pois pressupõem a existência de interesse coletivo envolvido na questão, a legitimar a intervenção do Estado no domínio das relações individuais, de direito privado. Nesse passo, caberia ao Judiciário examinar, apenas, lesões de direito em casos concretos, desde que haja violação de norma legal ou regulamentar. É dizer que esses atos legislativos, por disporem acerca de matérias inerentes aos atos de governo, na esfera de competência do Poder Legislativo e Poder Executivo, só podem ser apreciados pelo Judiciário no tocante à legalidade, nunca quanto à oportunidade ou conveniência, produzindo efeitos imediatos sobre as situações que regulam.

De outro lado, autores como PONTES DE MIRANDA negam qualquer cientificidade à suposta distinção entre leis de Direito Público e de Direito Privado. O autor classifica as normas em cogentes (imperativas e proibitivas) e não cogentes (dispositivas ou supletivas), afirmando que a distinção entre Direito Público e Direito Privado é de origem histórica e não lógica, não havendo *a priori* pela matéria tratada tal dicotomia, isso importa dizer-se que se pode volver a indiferenciação dos dois ramos de direito.¹⁶ Daí por que, em coerência com seu pensamento, não há sentido em distinguir essas

¹⁶ PONTES DE MIRANDA: *Tratado de Direito Privado*, t. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Bosch, 1972, p. 71.

leis, muito menos com vistas a determinar a abrangência da proteção ao direito adquirido. Esta questão será melhor examinada adiante.

5. Enfrentamento da questão pela doutrina nacional

Poucos tratam da abrangência do direito adquirido em face de leis de Direito Público. Já se mencionou incidentemente o entendimento de CARLOS MAXIMILIANO, para quem a retroatividade das leis de Direito Público constitui um princípio abandonado.

JOSÉ AFONSO DA SILVA sustenta existir direito adquirido em face de leis de ordem pública ou de Direito Público, uma vez que a Constituição não faz distinção, declarando que, na realidade, não se constitui direito adquirido contra o interesse coletivo, pois este prevalece sempre sobre o interesse individual, particular.¹⁷

PONTES DE MIRANDA¹⁸ pondera que a garantia ao direito adquirido é comum ao direito privado e ao direito público. Segundo o autor, quer se trate de direito público, quer se trate de direito privado, a lei nova não pode ter efeitos retroativos, nem ferir direitos adquiridos, conforme seja o sistema adotado pelo legislador constituinte.

MOREIRA ALVES, ao cuidar da matéria, sustentou que, a admitir-se a tese da aplicação retroativa de leis de ordem pública e política, todas as leis poderiam ser retroativas, haja vista que todas são inspiradas pelo princípio da utilidade pública. Afirmou, ainda, que mesmo quando excluídas as que têm por origem próxima uma utilidade particular, poder-se-ia atribuir retroatividade a uma imensa gama de leis, o que é expressamente vedado pela Constituição.¹⁹

¹⁷ SILVA, José Afonso da: **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 18 ed. rev at até a EC 27/2000. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 437.

¹⁸ PONTES DE MIRANDA: **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º I de 1969**, t. V, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 99.

¹⁹ MOREIRA ALVES, José Carlos. Leis de ordem pública e de direito público em face do princípio constitucional da irretroatividade. **Revista da Procuradoria Geral da República**. Brasília: s. e., v. 01, p. 3-11, out-dez 1989.

PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA²⁰ advoga haver direito adquirido em face de leis de ordem pública, mesmo porque a Constituição não faz ou autoriza qualquer distinção, concluindo que diante da constitucionalização do princípio do direito adquirido, que não excepciona nenhum tipo de norma, não há como se sustentar a assertiva de inexistência de direito adquirido frente às normas de Direito Público.

Destarte, grande parte da doutrina inclina-se uniformemente no sentido de admitir a existência de direito adquirido em face de leis de ordem pública ou de Direito Público.

Por outro lado, impende notar que a própria teoria dos direitos adquiridos, nos termos postos por GABBA, enseja entendimento totalmente oposto, ou seja, de que não existe direito adquirido diante de leis dessa natureza, senão, veja-se.

SERPA LOPES²¹, ao examinar a teoria dos direitos adquiridos, comenta a contribuição dada pelo autor observando que o direito adquirido é uma garantia individual, excluindo a possibilidade de existirem direitos adquiridos quando se tratar de interesse da coletividade ou interesse público, conforme adiante se transcreve integralmente, **data vênia**, haja vista a importância da passagem para o estudo da questão:

Esta noção de direito adquirido completa-se com a noção de utilidade, isto é, segundo GABBA, o direito adquirido deve representar uma verdadeira utilidade para o indivíduo, a saber: a) que diga respeito propriamente à privada individualidade, ou ainda; b) que se coadune e se identifique com a própria dignidade da pessoa humana. Assim, da noção de direito adquirido excluem-se as matérias de direito público de caráter político, sendo de aplicação imediata todas as leis relacionadas com os interesses públicos de qualquer gênero.

²⁰ LYRIO PIMENTA, Paulo Roberto. Competência Reformadora e direito adquirido. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Brasília, [s. e.], v. 10, n. 1, p. 27-51, jan-mar 1998.

²¹ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**, v. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953, p. 163.

Percebe-se, pois, que no plano puramente dogmático, ainda dentro da teoria dos direitos adquiridos, existem também argumentos que justificam a posição dos que entendem não se formar direito adquirido contra leis de ordem pública. Como se trata de uma garantia individual deveria, em princípio, referir-se a relações jurídicas de relevância individual, envolvendo interesses particulares, e não interesses da comunidade como um todo, qualificados como interesses públicos.

6. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Em várias oportunidades o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se sobre a questão do direito adquirido envolvendo leis de ordem pública. Assumiu diversas vezes em seus julgados postura favorável à tese de que as leis de ordem pública têm aplicabilidade imediata às relações em curso.

Já em 1956 encontra-se decisão²² do STF acolhendo a tese de que as leis de ordem pública, por terem aplicabilidade imediata, incidem e produzem efeitos sobre as situações jurídicas em curso, inexistindo direito adquirido na hipótese. A Lei n. 1.300, de 1950, criou direito de preferência ao locatário, despejado por necessidade do proprietário, para locação do prédio de que este se mudou. Alegou-se que essa preferência não constava da lei vigente ao tempo da propositura da ação de despejo. Na oportunidade, o STF reconheceu o direito à preferência, entendendo que “improcede a alegação pois se trata de legislação de emergência e de ordem pública, que ruiria, quasi inteira (*sic.*), se contra ela se pudessem invocar direitos adquiridos”.

Apreciando Recurso de Mandado de Segurança²³ decidiu o STF, em agosto de 1955, que não há direito adquirido a licenças de importação requeridas em face da aplicação imediata da nova lei, de ordem pública. O Min. Relator, em seu voto, cita Roubier:

As leis de ordem pública, entre as quais se inscrevem as que versam sobre intercâmbio comercial com o Exterior,

²² RE-27377, Rel. Ministro Luis Gallotti. ADJ 30.08.56, p. 1148, DJ 27.01.55, p. 1110.

²³ RMS-3.061, Rel. Min. Luis Gallotti, julgado em 03.08.1955. ADJ 24.12.56, p. 2467 vol. 227-01 p. 133: Tribunal Pleno. Decisão idêntica foi dada no RMS-2.948, onde foi relator também o Min. Luis Gallotti, decisão dada e publicada na mesma data e vol., p. 00128.

tem efeitos imediatos, abrangem as situações em curso, podem afetar os elementos constitutivos inda não reunidos, criar condições novas, (ou obstáculos novos), modificar ou fazer desaparecer, no futuro, os efeitos inda não produzidos pelos elementos anteriores.²⁴

Ainda antes da promulgação da Constituição Federal de outubro de 1988, precisamente em 8 de abril de 1988, pronunciou o STF decisão pela inexistência de direito adquirido a construção, porque sequer iniciada, quando sobreveio lei nova, de ordem pública, que a impediu.²⁵

Em Acórdão proferido ao ensejo do julgamento do RE n. 85.002-SP o STF já havia fixado a tese de que o chamado “direito de construir” não é senão mera faculdade jurídica, inerente ao domínio, cujo exercício depende de autorização do Estado. A ofensa a direito adquirido haveria, apenas, na revogação da licença quando a obra já iniciada, pois que, com a integração da construção no solo, se violaria o direito de propriedade.

Ao julgar um Recurso Extraordinário em 1996, decidiu o STF, com voto dissidente do eminente Min. MOREIRA ALVES, da seguinte maneira:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REAJUSTE DE SALÁRIOS. CLÁUSULA FIXADA EM ACORDO COLETIVO. NORMA SUPERVENIENTE QUE ALTERA O PADRÃO MONETÁRIO E FIXA NOVA POLÍTICA SALARIAL. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA.

1. A sentença homologatória de acordo coletivo tem natureza singular e projeta no mundo jurídico uma norma de caráter genérico e abstrato, embora nela se

²⁴ ROUBIER: *Les Conflits de Lois dans le temps*, ed 1929, T. I, n.º 45. A citação consta do corpo do voto do Ministro Luis Galloti, no julgamento do RMS 3.061, julgado em 03.08.1955. ADJ 24.12.56, p. 2467, vol. 227-01, p. 133.

²⁵ AG.RG. em AG.INST.-121798/RJ, Rel. Min. Sydney Sanches. DJ 08.04.88, p. 07483, vol. 01496-06, p. 01158. Precedentes RE-85002, RTJ-79/1016. Também nesse sentido o julgamento do AGRAV.-135464/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão. DJ 22.05.92, p. 07217 e RTJ v.-000142-01, p. 00358.

reconheça a existência da eficácia da coisa julgada formal no período de vigência mínima definida em lei (art. 873, CLT), e, no âmbito do direito substancial, coisa julgada material em relação à eficácia concreta já produzida.

2. Firmada ante os pressupostos legais autorizadores então vigentes, a sentença normativa pode ser derogada por disposições legais que venham a imprimir nova política econômico-monetária, por ser de ordem pública, de aplicação imediata e geral, sendo demasiado extremismo afirmar-se a existência de ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada, para infirmar preceito legal que veio dispor contrariamente ao que avençado em acordo ou dissídio coletivo.

Recurso extraordinário conhecido e provido.²⁶

7. A ADIN n. 493/DF

O tema foi minudentemente discutido quando do julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 493/DF. Questionou-se, na oportunidade, dispositivos da Medida Provisória 294, publicada em 10 de fevereiro de 1991 e convertida na Lei 8.177, de 1.º de março de 1991. Os dispositivos em questão diziam respeito a contratos celebrados anteriormente à entrada em vigor da MP, contratos estes celebrados entre as entidades integrantes dos sistemas financeiros de habitação e particulares, alterando o modo de atualização do valor dos saldos devedores e das prestações a partir de fevereiro de 1991.

Desta feita o Min. MOREIRA ALVES logrou fazer prevalecer seu entendimento sobre a questão, entendimento este já exposto em artigo publicado pela Revista da Procuradoria Geral da República, em 1989.²⁷

²⁶ RE-202686/SP de 10.09.96, Rel. Min. Maurício Corrêa c, anteriormente, nos julgados pronunciados nos autos dos AG. REG. 177.742-8/RS e 138553-7-RS/RS, de 1995, sendo o Min. Maurício Corrêa também o Relator de ambos os processos. Também nesse sentido o julgado do RE-158.880/RS, onde foi relator o Min. Marco Aurélio.

²⁷ MOREIRA ALVES, José Carlos. Leis de ordem pública e de direito público em face do princípio constitucional da irretroatividade. **Revista da Procuradoria Geral da República**. p. 3-11, out-dez 1989. Cf. nota 25.

Em seu voto, argumenta que há três espécies de retroatividade, graduadas por intensidade: a máxima, a média e a mínima. Cita artigo de MAIA PEIXOTO²⁸ que define cada uma das categorias, pede-se mais uma vez **vênia** para transcrever a citação, porque de veras relevante:

Dá-se retroatividade máxima (também chamada de restitutória, porque em geral restitui as partes ao “status quo ante”), quando a lei nova ataca a coisa julgada e os fatos consumados. [...] A carta de 10 de novembro de 1937, artigo 95, parágrafo único, previa a aplicação da retroatividade máxima, porquanto dava ao Parlamento a atribuição de rever decisões judiciais, sem excetuar as passadas em julgado, que declarassem a inconstitucionalidade de uma lei.

A retroatividade é média quando a lei nova atinge os efeitos pendentes de ato jurídico verificados antes dela, exemplo: uma lei que limitasse a taxa de juros e não aplicasse aos vencidos e não pagos.

Enfim a retroatividade é mínima (também chamada temperada ou mitigada), quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos após a data em que ela entra em vigor. [...] Outro exemplo: o Decreto-Lei n.º 22.626, de 7 de abril de 1933, que reduziu a taxa de juros e se aplicou, ‘a partir da sua data, aos contratos existentes, inclusive aos ajuizados (art. 3º).’

Nas duas primeiras espécies a lei claramente “age para trás” e, portanto, retroage, alcançando o que já ocorreu no passo. No último caso, contudo, há quem afirme que não se trata propriamente de retroatividade, mas tão-somente de aplicação imediata.

²⁸ MAIA PEIXOTO. Limite temporal da Lei. **Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade do Brasil**, v. IX, p. 9-47. A citação consta do corpo do voto do Min. Moreira Alves, no julgamento da ADIN n. 493/DF, onde se examina dispositivos da Medida Provisória 294, publicada em 10.02.1991 e convertida na Lei 8.177, de 01.03.1991.

O Ministro cita e critica posicionamentos nesse sentido de PLANIOL²⁹, para quem a retroatividade só ocorre quando a lei se volta para o passado e ROUBIER³⁰, o qual entende ser simples a distinção entre efeito retroativo e efeito imediato da lei, pois aquele ocorre quando a lei se aplica ao passado, enquanto este se dá quando a lei se aplica ao presente.

Tais colocações estariam equivocadas, porque se a lei alcança efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será retroativa ao interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado. Nesse caso a aplicação imediata se faria, mas com efeito retroativo. Por outro lado, para o direito brasileiro a eficácia da lei no tempo é disciplinada por norma constitucional, se aplicando a toda e qualquer norma infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva.

Argumenta, ainda, que mesmo na França, onde o preceito é meramente legal e se impõe a juiz e não ao legislador, não é pacífica a tese de que as leis de ordem pública são retroativas.

Menciona críticas feitas a essa tese pelo próprio ROUBIER e também de REYNALDO PORCHAT³¹. Pondera que, quer no campo do direito privado, quer no campo do direito público, a questão da aplicação da lei nova aos **facta pendentia** se resolve com a verificação da ocorrência, no caso, de direito adquirido, de ato jurídico perfeito ou de coisa julgada, mesmo porque existe grande dificuldade em discriminar nitidamente o que é de ordem pública e aquilo que é de ordem privada.

²⁹ **Traité Élémentaire de Droit Civil**, v. I, 4^è ed., n. 243, p. 95. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1906. A citação consta do corpo do voto do Min. Moreira Alves, no julgamento da ADIN n. 493/DF, onde se examina dispositivos da Medida Provisória 294, publicada em 10.02.1991 e convertida na Lei 8.177, de 01.03.1991.

³⁰ **Le Droit Transitoire – Conflits des Lois dans le Temps**, 2 ed., n. 38, p. 177, Paris: Dalloz et Sirey, 1960. A citação consta do corpo do voto do Min. Moreira Alves, no julgamento da ADIN n. 493/DF.

³¹ **Curso Elementar de Direito Romano**, v. I, 2 ed., n. 528, p. 338/339. São Paulo: Cia de Melhoramentos de São Paulo, 1937. A citação consta do corpo do voto do Min. Moreira Alves, no julgamento da ADIN n. 493/DF, onde se examina dispositivos da Medida Provisória 294, publicada em 10.02.1991 e convertida na Lei 8.177, de 01.03.1991

Ademais, a simples invocação de um motivo de ordem pública não bastaria para justificar a ofensa ao direito adquirido, cuja inviolabilidade é também um forte motivo de interesse público.

Reforçando seus motivos assinala as posturas de PONTES DE MIRANDA, OSWALDO ARANHA, BANDEIRA DE MELLO e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, todos unânimes em afirmar que existe direito adquirido em face de leis de ordem pública.

Conclui afirmando que a proteção ao direito adquirido é garantia constitucional e que, como as soluções em matéria de direito intertemporal nem sempre são coincidentes, mas sim conforme a teoria adotada, e não sendo a que ora está vigente em nosso sistema jurídico a teoria objetiva, é preciso ter cuidado com a utilização indiscriminada dos critérios por esta usados para resolver as diferentes questões suscitadas.

A ADIN foi conhecida e julgada procedente por maioria³², formulando importante precedente. Como se verá, a ADIN 493/DF fixou verdadeiro marco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no que toca à questão em apreço, resultando num entendimento praticamente pacificado no sentido da indiferenciação entre leis de Direito Público e de Direito Privado relativamente à proteção ao direito adquirido.

A ementa traz duas assertivas que, por sua formulação, constituem verdadeiras normas jurídicas, porquanto genericamente elaboradas, e diante mesmo da adequação técnica no uso da linguagem jurídica, conforme se observa a seguir:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

– Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa

³² ADIN-493/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 04.09.92, p. 14089, v. 01674-02, p. 00260. RTJ v. 00143-03, p. 00724. Podem-se citar alguns precedentes a essa decisão, posto que nenhum desses julgados tenha alcançado a repercussão da ADIN. Veja-se RP-1288, RTJ-119/548, RP-1200, RTJ-113/46, RE-96037, RE-116018, RTJ 128/919, RTJ-55/35, RP-891, RTJ-68/283, RP-895, RTJ-67/327, RTJ-89/634, RTJ-90/296, RTJ-107/394, RTJ-112/759, RTJ-115/379, RTJ-106/314, RT-299/479, caso TR ou TRD no “SFH” e “SFS”.

(retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado.

– O disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. [...]

Ora, diante de tais razões de decidir poder-se-ia apressadamente concluir que, no que se refere à questão ora examinada, o STF firmou entendimento expresso e definitivo, no sentido de inadmitir qualquer distinção entre lei de Direito Público ou Privado ou norma de ordem pública ou dispositiva para efeito de observância da proteção ao direito adquirido.

Sucedendo que, como se percebe de decisões antes referidas, o Pretório Excelso, mesmo depois da ADIN 493/DF, em 1996, já acatou a tese da retroatividade das leis de ordem pública, vale dizer, com voto dissidente do Min. Moreira Alves.

Não obstante, na esteira do precedente da ADIN 493 vários julgados seguiram a tese da indiferenciação entre leis de ordem pública e dispositivas. Exemplos são o RE-159979/SP, sobre a aplicação aos contratos de leis que alteraram as disposições sobre correção monetária e o RE-188.366-9, sobre a aplicação de norma que disciplinou os reajustes das mensalidades escolares aos contratos em curso. Em ambos os casos o STF negou aplicação imediata às normas em questão, pelos mesmos fundamentos utilizados no julgamento da ADIN 493.

8. Considerações finais

As normas constitucionais, principalmente aquelas que estatuem direitos, liberdades e garantias constitucionais, representam importante referência valorativa do sistema jurídico. Além de sua função limitadora da atuação do Poder Legislativo e definidora de direitos em favor do cidadão, exercem, também, uma função integrativa ao estabelecerem opções políticas que servem de horizonte de sentido para a conformação e aplicação do direito.

É bem verdade que ao mesmo tempo em que as normas instituidoras de direitos fundamentais definem princípios informadores da atividade dos Poderes do Estado, em grande medida

dependem desses mesmos Poderes para alcançarem efetividade, já que é a atuação material da Administração, normatizadora do Legislativo e jurisdicional do Judiciário que desdobram seu conteúdo dando-lhe uma feição definida e realizável.

Nesse passo, o poder outorgado ao legislador ordinário é imenso, detentor que é da liberdade de conformação, ou livre espaço de conformação, para fixar o conteúdo dos comandos constitucionais, cujo sentido é muitas vezes vago e impreciso. Assim, seria possível inclusive questionar se o próprio conceito de direito adquirido, uma vez que fixado por ato normativo infraconstitucional, conquanto tenha natureza de sobredireito, estaria submetido à competência do legislador ordinário.

Em razão disso é que o princípio da supremacia da Constituição impõe a conclusão de que tal liberdade de conformação é limitada, partindo-se do entendimento de que a fixação do sentido e do alcance das normas constitucionais não pode ser feito sem pejo, pena de sujeitar a Carta Magna ao jugo de leis ordinárias, ou pior, de Medidas Provisórias, gerando grave insegurança jurídica para o cidadão, que ficaria altamente prejudicado em suas garantias em face do Estado. Daí por que se assevera que a interpretação da Constituição não pode ser vinculada ao disposto na Lei, mas, ao contrário, é a Lei que deve ser interpretado em conformidade com a Constituição.

Isso assentado, pode-se lícitamente concluir que os institutos de Direito Constitucional, especialmente as garantias fundamentais de que é modelo a proteção ao direito adquirido, não podem, em hipótese alguma, depender do capricho do legislador, instituto que são de limitação do poder político e de defesa do particular contra o arbítrio sem freios de quem o detém.

Reputa-se, portanto, que embora a lei infraconstitucional deva e possa explicitar o conceito de direito adquirido estabelecido no texto constitucional, deve fazê-lo de acordo com o sentido que o próprio texto lhe dá. Significa dizer que o conceito de direito adquirido há de ser construído com base na doutrina a ele relativa e na tradição constitucionalista brasileira, pena de permitir que seja a Lei a fixar o conteúdo da Constituição e não o contrário.

Como observado inicialmente, a questão da retroatividade ou não das leis não é questão fáctica, a ser estudada pela experimentação, demonstração; a regra a ser aplicada na solução das controvérsias não

é científico natural. Não. O que se busca, aqui, não é encontrar uma lei natural ou ideal como critério perfeito a ser revelado pela razão do jurista, pelo contrário, o critério é eminentemente político.

A teoria dos direitos adquiridos surgida com pretensões sistematizadoras é apenas uma hipótese, nada mais. Os sistemas jurídicos admitem outros critérios que não os subjetivos além de adequar-se, igualmente, à regra da retroatividade das leis de direito público. Cabe, portanto, ao cientista do direito, diante mesmo da contingência da solução a ser dada ao problema, adotar um referencial, que será evidentemente o direito positivo, a ordem jurídica que se está a examinar, no caso, a ordem jurídica brasileira.

O sistema jurídico pátrio prescreve como regra a proteção ao direito adquirido, assim entendido o direito subjetivo atribuído por uma norma jurídica a alguém, de modo a garantir-lhe uma situação subjetiva de vantagem, definitivamente incorporado ao patrimônio do titular, que pode exercê-lo pessoalmente, ou por outrem, ainda que sujeito a termo ou condição preestabelecida, desde que inalterável ao arbítrio de terceiro.

A Constituição Federal não faz qualquer distinção, para este mister, entre leis de ordem pública ou dispositivas. Com efeito, a própria distinção em si é questionável, não havendo critério seguro para determinar em cada caso se a norma é ou não de interesse público. Releva notar que o estágio de desenvolvimento atual da doutrina constitucionalista inclina-se no sentido de aceitar como necessária e pertinente a intervenção do Estado nas ordens social e econômica, com vistas a permitir a diminuição da condição de desigualdade inerente ao sistema capitalista de produção, sendo os direitos sociais, de segunda dimensão, ou geração, marcas notáveis dessa assertiva.

Assim, a intervenção do Estado nas relações ditas privadas, com o intuito de defender os indivíduos que se encontram materialmente em condições desiguais, mitiga ainda mais a distinção, que se torna a cada dia mais confusa e difícil. Nesse contexto, acatar o critério da retroatividade das normas de Direito Público é esforço de interpretação cientificamente injustificado, posto que o ordenamento jurídico não permite tais ilações.

Veja-se que a Constituição veda o prejuízo ao direito adquirido. Em que situações poder-se-ia aplicar a vedação

constitucional? Se o fato jurídico (em sentido amplo, aqui abrangidos atos, atos-fatos etc.) produz seus efeitos sob a égide da lei antiga, em que ocorreu, nada há a se questionar. Se, por outro lado, o fato jurídico só vem a ocorrer quando já vigente a lei nova também aqui nada há a se discutir.

Restam, portanto, as situações jurídicas que se prolongam no tempo. Esta é a única ocasião em que se pode falar em direito adquirido. E é exatamente aqui onde se pretende afastar a incidência da garantia constitucional ao proclamar-se que as leis de ordem pública têm “aplicabilidade imediata”. Obviamente, quando se aplicam às situações em curso tais normas agridem ao princípio do direito adquirido, que acaba esvaziado em seu conteúdo.

Por todo o exposto, é extrema de dúvidas que, ao menos em face do regime constitucional brasileiro, as normas infraconstitucionais, seja qual for a matéria de que tratem, mesmo porque o direito adquirido é critério eminentemente subjetivo (=refere-se à situação subjetiva de vantagem do titular), não podem, em hipótese alguma, prejudicar o direito adquirido, que existe e se põe como garantia contra quaisquer espécie de leis.

CRISE LEGITIMATÓRIA DA EFETIVIDADE: ALGUNS DEBATES SOBRE O PENSAR JURÍDICO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Graça Gurgel^(*)

SUMÁRIO

Apresentação. 1. As cercanias histórico-sociais do problema da legitimação. 2. Validade/ Legitimidade/ Legalidade: a complexidade conceitual. 3. O direito produzido pelo Judiciário brasileiro e os obstáculos ao [des]envolvimento possível. À guisa de conclusão.

Apresentação

Ao se falar em validade das decisões do judiciário brasileiro, tema deste trabalho, fixa-se que o questionamento guarda correspondência com a idéia de legitimidade. Ocorre, porém, que há necessidade de se precisar em que sentido o termo é empregado nesta apreensão, considerando-se sua multivocidade.

Isto se dá porque, trata-se de conceito recepcionado tanto pela dogmática jurídica como também pela teoria, filosofia e sociologia do direito, sob aspectos específicos a essas disciplinas.

Positivando essa multivocidade MELLO registra que a validade não é conceito uniforme [...] *variando as opiniões segundo as convicções filosóficas de cada um*¹. Assim, sob a vertente da lógica formal que costuma orientar a dogmática jurídica, a validade jurídica significa que o ato jurídico foi conforme o direito posto, lembrando-se sempre que o elemento axiológico nesse tipo de validade está contido no direito positivado.

Por esse modo de ver a validade, o ato jurídico não recebe outro tipo de crítica que qualifique ou desqualifique sua *legitimidade*, senão as que o próprio direito positivo chancela (inconstitucionalidade/

^(*) Juíza de Direito, Professora da ESMAL, Professora da UFAL, Mestra em Direito Constitucional, Doutoranda em Teoria Geral do Direito.

¹ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 2

anulabilidade/ nulidade). De outra forma: o ato válido, por esse teor, é o ato jurídico que não cabe a possibilidade de sanção pelo direito positivo².

No entanto, a hipótese desse trabalho não cuida desse tipo de validade jurídica. Aqui, a validade é estimada sob o suposto ético, político e sociológico, vale dizer: sob o esteio de um conceito de validade que corresponde a uma avaliação do manuseio da dogmática jurídica pelo Juiz. Sob este crivo hermenêutico, parte-se do pressuposto de que este manuseio pode(ou não) legitimar situações de bem estar social, marcadamente, em Estados considerados subdesenvolvidos.

É que, as realidades dos Estados desenvolvidos /subdesenvolvidos embora sejam acentuadamente contempladas por fatores sócio-econômicos, são também experiências resultantes de comunicação sociais efetivadas por diversas produções sociais como o direito, a política, o exercício da cidadania. Essas produções que se originam nas relações sociais concretas não refletem uma realidade natural e sim realidades produzidas pela interferência humana.

Na seara da produção do direito pelo poder judiciário, as comunicações sociais se fazem através de decisões judiciais. O questionamento da legitimidade da efetividade dessas decisões é a avaliação da eficiência (ou insuficiência/deficiência) no manuseio da dogmática, pelos juízes.

Essa diferenciação toma-se necessária, principalmente porque a crise de validade que subjaz a legitimidade da efetividade das decisões judiciais toma o sentido crítico do modo de produção do judiciário nas relações sociais em julgamento na perspectiva de um Estado subdesenvolvido.

As raízes políticas não são olvidadas desde que o ambiente social é mero reflexo de tais condições. Como ressalta FAORO, o patrimonialismo e o tradicionalismo, dois versos de uma mesma moeda, também parecem permear a produção jurídica brasileira.³

² MELLO, 1995, p. 2.

³ Fazendo côro ao lema transcrito por Raymundo Faoro: *assim é, porque sempre foi*. Ver **Os Donos do Poder**: Formação do Patronato Político Brasileiro. Volume 2. 2. ed.. Porto Alegre: Globo; São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1975, p. 733.

Toma-se o Brasil como exemplo de Estado subdesenvolvido⁴. Sua constituição traz normas principiológicas que objetivam equilibrar o subdesenvolvimento com metas desenvolvimentista ministradas pelo Estado⁵. Embora não seja explícita, a constituição brasileira reconhece o que se tem chamado em outros estudos de *estado de necessidade social*. Assim se denomina, sob uma clara referência aos fatos sociais objetivos do subdesenvolvimento, porque sua contingência reclamam providências de todos os poderes no modelo do Estado social, sendo também o que se afirma no texto constitucional.

Ubi societas, ibi jus, dita a máxima. No entanto, que tipo de direito é produzido para as sociedades subdesenvolvidas? Ou, mais especificamente, que tipo de direito é produzido pelo Estado-judiciário brasileiro para a sua sociedade? Esse direito declarado pelo Estado-judiciário brasileiro contempla normas de direitos sociais de forma eficaz do ponto de vista da legitimação racional?

Como se infere, questiona-se se as decisões judiciárias, levam em consideração fundamentos e decisões dirigidas ao desenvolvimento do Estado. Se realmente ao decidir, os juízes imprimem inclusão social, ou seus argumentos se pautam na *indiferença* a este fim.

O conceito de legitimidade é trabalhado no seu sentido moderno, sendo referenciado em Hume, Rousseau e Weber.

⁴ Subdesenvolvimento no sentido empregado por João Maurício Adcodato, ou seja, no sentido de sua equiparação e união a países que, inobstante constarem entre os dez no *ranking* mundial no seu produto interno bruto, têm uma base empírica de bolsões de pobreza, deficiência no serviço público, baixa qualidade de vida, falta de equações a questões básicas como alimentação, moradia, educação e saúde e, no plano internacional, uma relação de desigualdade econômica nos intercâmbios comerciais e financeiros, ocasionando-lhes desproporcional e desvantajosa dependência dos países desenvolvidos e instituições financeiras. V. aquele autor in *Uma Teoria (Emancipatória) da Legitimação para Países Subdesenvolvidos. Revista do Anuário do Mestrado em Direito*. Recife: Editora Universitária, p. 207-242, 1992.

⁵ A noção encontra-se esboçada em GURGEL, Maria da Graça Marques. O Princípio da Proporcionalidade e o Intervencionismo Estatal: Contribuição de um Ponto de Vista para o Círculo Hermenêutico. *Revista da ESMAL – Escola Superior de Magistratura do Estado de Alagoas*. Macció: ESMAL, p. 217/241, 2002.

A inserção do primeiro pensador é justificada por reconhecer que apesar de sua obra anteceder ao iluminismo, o filósofo escocês, antecipou-se *de forma moderna* ao pensamento dos demais citados, afastando-se como os últimos dos valores transcendentais que impregnavam seu tempo.

A importância do tema vem sendo problematizada em diversas vertentes do direito, inclusive pela nova historiografia. Esta, ao se esculpir na teoria social da época do iluminismo – em que pese seus questionamentos inaugurais desde a antiguidade –, permanece atual. De fato, o paradigma da legitimidade, construído sobremodo na modernidade do século XIX, é também uma representação⁶ das mudanças sociais.

Tratar das contingências da legitimação das decisões é também uma forma crítica de verificar a legitimidade da efetividade do direito dogmático⁷. Crítica que toma o *local* da produção do direito judicial como palco, sua eticidade⁸ e benefícios sociais como metas, sem ignorar os intercâmbios comunicativos presentes no mundo atual.

Este mundo atual em que a parametricidade dos Estados Nacionais, na produção interna do direito e da política se entrecruzam com interesses econômicos internacionais, traz maior complexidade

⁶ Representação no sentido althusseriano, ou seja, de representação material, que traz, nas relações sociais *que governam, suas condições de existência, vida coletiva e individual*. V. Louis Althusser, **Aparelhos Ideológicos de Estado**: Nota sobre os Aparelhos Ideológicos de Estado. Trad. Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. 2. ed. São Paulo: Graal, 1985, p. 88.

⁷ Semelhante questionamento é feito por ADEODATO ao admitir outros caminhos a ser percorridos através de uma ciência crítica ou sob qualquer outra metodologia para maior eficiência da função social do direito que, reconhece, não parece contentar a dogmática no mundo atual. Ver **Ética e Retórica**: Para uma Teoria da Dogmática Jurídica. São Paulo: Saraiva [s.d.], p. 30.

⁸ Cf. Sérgio Sérulo da Cunha: *em toda questão jurídica há uma questão ética subjacente. Mesmo as chamadas regras técnicas não dispensam a justificação de sua necessidade ou utilidade, e essa não é uma questão meramente técnica*. V. aquele autor in **Limites ao Poder do Estado**. Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (orgs.). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 178.

avaliativa da legitimidade da efetividade no campo das decisões judiciais. De fato, interesses externos aos Estados nacionais costumam exercer uma pressão tão ou mais forte que os interesses mobilizados no interior dos Estados, em variados setores. Assim, conceito como o de soberania nacional já não é visto como no Estado imperial. Igualmente a ordem estatal e o modo de produção do direito recebem influxos do processo de globalização.

Porém, a influência intensificada nos países cuja dependência econômico-financeira se mostra desproporcional às vantagens obtidas nesses intercâmbios merecem um entorno avaliativo das conseqüências gestadas. A autonomia da produção do direito interno, por exemplo, pode tomar-se uma referência simbólica, assim como o modo de pensar dos atores jurídicos e suas decisões.

No entanto, embora não seja consensual há de se ter uma razoabilidade

Uma boa medida da razoabilidade é a verificação dos reflexos nas comunicações sociais feitas internamente. Isso porque, ao mostrar-se sob uma dependência tal que o sistema de produção interna do direito passe a ser inteiramente receptor do influxo externo, a produção das decisões judiciais corre o risco de se converter em reprodução do pensamento hegemônico, uma espécie de *totalitarismo intelectual*, desapartado da realidade social específica pertinente aos Estados subdesenvolvidos.

Fatos reais como miséria, recessão, aumento do endividamento interno e externo desproporcional à capacidade de endividamento, ausência de segurança social, opções por *estratégias extralegais*⁹, são expressões de comunicações sociais de diversos setores (econômicos, financeiros, jurídicos). Como essas expressões são levadas a efeito por interferências humanas, podem, igualmente, serem minimizadas ou abolidas igualmente por interferências humanas que utilizem outros referenciais.

Assim, a legitimidade de comunicações sociais levadas a efeito pelo aparelho judicial local/nacional, que aumentem, confirmem ou mesmo, mantenham-se indiferentes à exclusão social é um modo

⁹ Segundo João Maurício Adeodato (1992, p.228) trata-se de estratégias que tanto podem ir ao encontro dos órgãos estatais como *atuar contra eles*.

de produção que, em face do Estado social de direito pode ser revisto. É que, a despeito de posicionamentos doutrinários que alimentam entendimento de que o dirigismo estatal à realização da socialidade está morto¹⁰, é possível se relevar o local/nacional dando-se relevo às especificidades e diretivas do espaço jurídico-constitucional¹¹

De outra banda, ao cuidar de razões práticas – como decisões judiciais, produção normativa individual, litigiosidade – a legitimidade não se atém, com exclusividade, ao conceito desenhado por WEBER em seus tipos ideais, mesmo que àqueles sejam recorrentes.

A razão é que, se o que se questiona refoge à validade dogmática, indo ao encontro de sua validade material, teleológica e social, tem-se na perspectiva do que se pretende averiguar, a legitimação do poder e dos submetidos ao poder, uma melhor aproximação.

Dessa forma, o cruzamento dialético entre os interesses dos titulares de direitos sociais e os obstáculos à concretização de tais direitos pelo próprio Estado ficam em suspenso, porque retoma à velha dicotomia estado *versus* sociedade. Ao não se averiguar a legitimidade a partir da cidadania pertencente a *civitas* articula-se não

¹⁰ CANOTILHO, no prefácio da segunda edição de seu **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador** (Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. XXIX) afirma que:[...] *Jem jeito de conclusão, dir-se-ia que a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias* gerou a necessidade de um debate entre juristas levado a efeito em workshop realizado pelo programa de Pós-graduação em Direito da UFPR sobre a tensão entre constitucionalistas substancialistas e procedimentalistas. Para tanto, v. **Canotilho e a Constituição Dirigente**, organizado por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

¹¹ Lênio Laiz Streck recomenda que *se entenda a teoria da Constituição enquanto uma teoria que resguarde as especificidades histórico-factuais de cada Estado nacional. (...) Dito de outro modo, afora o núcleo mínimo universal que conforma uma teoria geral da Constituição, que pode ser considerado comum a todos os países que adotaram formas democrático-constitucionais de governo, há um núcleo específico de cada Constituição, que, inexoravelmente, será diferenciado de Estado-Nação para Estado-Nação*. V. o autor na obra citada COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, 2003, p. 81/2.

só o poder da *civitas*, mas o reconhecimento do poder do cidadão, a sua inclusão na partilha social de bens, interesses e valores.

1. As cercanias histórico-sociais do problema da legitimação moderna

Ao se recorrer a historiografia do direito, tem-se que esta tem sido construída sob pressupostos filosóficos paradigmáticos que na modernidade serviram de pilastras ao edifício político-constitucional. Os andaimes desta construção alcançaram o pacto social, a representatividade política e o suposto da soberania popular, síntese do racionalismo que procedeu a filosofia das luzes do final do século XVIII.

O século presente e o final do século passado, no entanto, marcam na sociedade ocidental um *descontínuum* das razões e fundamentos da modernidade. De fato, alguns pressupostos modernos vêm resultando em desencanto quando vistos sob o olhar prospectivo da modernidade. Na teoria social, a questão do poder e sua vinculação com a legitimidade têm sido um dos pontos básicos de uma fratura que expõe também as decisões de quem detém poder mandatório, declaratório e condenatório nos litígios sociais.

Isto porque, acoplando-se por boa adaptação, a legitimação racional da tipologia weberiana à teoria kelseniana, constata-se que ambas têm trocado entre si as mesmas contradições, de um modo sem precedentes.

Em ambos os fundamentos houve como que um pouco caso das complexidades que marcaram a transição liberal para o estado social.

No primeiro estágio, o liberalismo estrito resultou, por seus próprios antagonismos, conseqüências desatreladas do seu desiderato: postulados de liberdade e propriedade privada não equacionaram as desigualdades sociais e seus produtos redundaram no rótulo histórico. O ápice crítico ocorreu com a depressão econômica do primeiro pós-guerra.

No segundo estágio, relativamente ao reequilíbrio econômico direcionado ao *Welfare State*, as políticas públicas bancadas pelo Estado Social, contemporânea que foram às *policies* do capitalismo avançado das décadas de 50/60, de grande crescimento da atividade econômica, ao desafiar a convivência com a ideologia capitalista e sua competitividade, não conseguiu absorver as crises econômicas a ponto

de assumir o custo de produção deficitário por múltiplas razões, conduzindo à recessão e à conseqüente instabilidade sociais.¹²

Em virtude de que, ao propósito regulador da atividade econômica, que tinha como base estratégica de captação de recurso o exercício do controle fiscal e monetário que se degradava e suscitava insatisfações, adjunctaram-se demandas dos serviços e políticas públicas não suficientemente planificadas, além do uso indevido do Estado para fins privados.

Esses e outros fatores findam por produzir, nos anos 70, a erosão do Estado Social, sobrevindo, a partir da crise do segundo pós-guerra, a recessão e a retomada dos discursos liberais.¹³

Essa crise político-social significou para o Estado a sua retração em face das pressões sofridas pelas classes capitalistas,¹⁴ enquanto que outros segmentos sociais, como idosos, doentes, trabalhadores não organizados e os investidores decadentes, ficaram sujeitas aos efeitos recessivos dos implementos de políticas públicas pelo Estado, de forma desproporcional e progressiva.¹⁵

Como assenta ANDERSON, o liberalismo que renasceu no seio do Estado de Bem Estar foi uma reação capitalista à concepção

¹² Cf. Cláudio Gurgel o desgaste do Estado Social seria explicado em razão de que, *os gastos desproporcionais, o empreguismo, a ausência de controles e limites, as compras sobrefaturadas, a corrupção, a crescente sonegação fiscal, os subsídios, os juros negativos, as renúncias fiscais e o desvio orçamentário, isto tudo reunido solapou a capacidade de investimento do Estado*. Complementa o autor que a demanda social, o avanço organizacional disputando os fundos públicos, o desequilíbrio entre a massa de contribuintes/empregados e a massa de benefícios sociais sacados do cofre público e a concentração de renda que não continuou a imprimir o *ciclo virtuoso* do modelo Ford-Keynesiano exigia, contribuíram à crise estatal. Ver Administração & Sociedade. Crises do Capital e Administração Flexível. *Revista do Mestrado em Administração da Universidade Federal Fluminense*. Rio de Janeiro (Vol. I: 2): Editora UFF, p. 92 ss., 1999.

¹³ Ibidem.

¹⁴ BOTTOMORE afirma que as classes seletivamente favorecidas foram *o capital dos oligopólios e o trabalho organizado*. **Dicionário do Pensamento Marxista**. Trad. de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.

¹⁵ Ibidem.

compensatória da solidariedade formal trazida por conduto do Estado.¹⁶ Nessa reação, HAYEK e os intelectuais militantes da Sociedade de *Mont Pélerin* contribuíram discursiva e pragmaticamente para esse esvaziamento ao reintroduzir, sob uma pressão contínua, a lógica de um liberalismo político e jurídico subordinante dos direitos fundamentais sociais, cujos resultados normativos se fizeram sentir nos Estados Nacionais,¹⁷ sob o que se denomina de descodificação, desconstitucionalização e dejuridificação.¹⁸

Do Mercado para o Direito, em nome de um risco supostamente necessário passou-se a ter um novo entendimento de desenvolvimento. Os Estados nacionais subdesenvolvidos sofrem uma espécie sofisticada de colonização econômico-cultural, tornando-se mais dependentes do capital internacional do que sempre foram, incrementando suas dívidas externas junto às instituições financeiras internacionais a ponto de transigir com seus sistemas jurídico e político, sob domínio econômico semelhante ao que ARENDT chama de *domínio de ninguém*. Este na definição de ARENDT, diversamente do poder político da tirania, que na tradição era identificável, é no mundo global *um estado de coisas que torna impossível localizar responsabilidades e identificar o inimigo (...)*, em virtude da sua

¹⁶ Peery Anderson. Pós-neoliberalismo: As Políticas Sociais e o Estado Democrático. In: SADER, Emir e GENTILI, Pablo (orgs.). **O Balanço do Neoliberalismo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, p. 9 ss. V. também AZEVEDO, Plauto Fáraco. **Direito, Justiça Social e Neoliberalismo**. São Paulo: RT, 2000, p. 96 ss.

¹⁷ Esse projeto que se tornou global, tem conseqüências muito mais danosas nos países subdesenvolvidos. Exemplo disso é que, embora seja pela Constituição uma medida excepcional, até 1990, o governo de Fernando Henrique Cardoso editou 3000 Medidas Provisórias. V. Jânio de Freitas, FHC 3000. *Folha de S. Paulo*, 7 de junho de 1990, p. 2.

¹⁸ Cf. Joaquín Almuñerá Carreres, a crise do capitalismo, do Estado pós-industrial e da modernidade em geral tem repercutido sobre todo o sistema de fontes do direito, pelo que afirma esse autor: *En este sentido, se habla de "deslegificación", "desregulación", "descodificación"*. La Legitimación en la Era de la Postmodernidad. www.cervantesvirtual.com/portal/doxa - Revista Doxa (15/16): Ano 1994, p. 304.

*natureza caótica e de sua perigosa tendência de escapar do controle e se radicalizar furiosamente.*¹⁹

De tal forma que, os efeitos empíricos desfavoráveis ao meio ambiente social de países subdesenvolvidos identificam-se sob quatro ângulos:

01. Ao ângulo da economia doméstica – aumento da dívida interna, aumento da linha de pobreza, precariedade dos serviços públicos, os quais, sob o desígnio da auto-regulação dos mercados e do agenciamento em prol do retraimento estatal, com promoções de privatização de empresas estatais cujo favorecimento a economia interna se ressentem;
02. Ao ângulo político – a escassez valorativa deslegitima o Estado como expressão de soberania, permitindo que mecanismo sublegais possua igual, ou melhor, eficácia na produção de uma ordem extra-oficial inconstitucional (que não se confunde com diversidade de instâncias de produção jurídica);
03. Ao ângulo social – o aumento do índice de exclusão de cidadãos tem gerado violência urbana e um acesso desigual dos direitos sócio-econômicos básicos como emprego, alimentação, moradia, refletindo-se nos direitos individuais à privacidade, intimidade e honra, (enquanto fundamento de dignidade e respeito).²⁰
04. Ao ângulo jurídico-a anomia e a hiperlegislação permeiam-se na instabilidade, na cultura do medo e no controle repressivo de comportamentos²¹.

¹⁹ ARENDT, Hanna. **Crises da República**. Trad. de José Volkmann. São Paulo: Perspectiva, 1973, p. 118.

²⁰ Cf. Tadeu Antonio Dix Silva, *A noção de honra, fundada a partir da declaração constitucional da dignidade da pessoa humana como princípio estruturante do Estado brasileiro (...) passa a significar uma clara democratização ou socialização desse bem jurídico (...).* **Liberdade de Expressão e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: ICCRIM, 2000, p. 172/4.

²¹ Cf. Débora Regina Pastana: “A cultura do medo que se criou em torno da criminalidade provoca um generalizado desejo de punição, uma intensa busca de repressão e uma obsessão por segurança. A lei passa a ser a ‘tábua de salvação da sociedade’ e, quanto maior for a sua dureza, mais satisfeita ela estará[...] todos os programas e notícias que lidam de forma direta com esse pânico passam a ser produtos muito consumidos e por

2. Validade/ Legitimidade/ Legalidade: a complexidade conceitual

Fixado desde o início deste trabalho que tipo de validade/legitimidade é questionada, resta-nos diferenciá-la da sua irmã, a legalidade. Essa distinção faz-se necessária considerando-se que os termos legalidade/legitimidade provêm de uma mesma raiz etimológica, ou seja, da expressão *lex*. Porém, há uma inequívoca flutuação semântica que perpassa através dos tempos, apontando tratar-se de termos que se complementam, porém se diferenciam em suas essencialidades.

Consoante aduzido, etimologicamente, os termos legitimidade/legalidade têm a mesma raiz latina. No entanto, a máxima de que *nem tudo que é legal é legítimo* avoca para a legitimidade uma qualificação nem sempre presente na legalidade. Essa qualificação, porém, vem se ajustando ao termo legitimidade na dependência dos modelos de sua compreensão.

De forma que, se para os gregos nem toda lei é legítima, como se observa em *Antígona*, de Sófocles, se para Aristóteles, em sua *Política* com vistas a excelência, os que mandam e os que obedecem deveriam deter virtudes específicas. Ou, se a legitimidade deriva da autoridade, como pensaram os romanos, ou ainda, se a tradição medieval contemplava a legitimidade provinda do sagrado, tendo transitado posteriormente para uma monarquia de ordem prática, (ao pugnar um contratualismo unilateral em que as partes, no reconhecer de suas competições, outorgavam ao monarca todos os poderes para deter o Leviatã, quer pela força, quer por qualquer regra eficaz)²² é sinal de que algo pode e deve ser deduzida do termo legitimação!

isso muito divulgados, aumentando ainda mais o próprio alarme. A segurança torna-se plataforma política e algumas vezes a causa da derrocada de um governo. A promessa é sempre repressão. Diante deste confronto paradoxal entre liberdades civis e repressão arbitrária da criminalidade, manifesta-se, através das mais variadas formas, a dominação através do medo que dá legitimidade para atos e discursos políticos contrários à própria democracia". **Cultura do Medo: Reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil** São Paulo: Editora Método, 2003, p.98.

²² GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno**. Trad. de Irene Apaternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 278/9.

Toda a conjuntura terminológica da legitimidade, de amplíssima discursividade, em que pese sua imprecisão/inexaustão, traz em seu benefício, na extensão de elementos localizáveis no conceito de legitimidade, a diferenciação estimativa de suas compreensões a partir desses elementos.²³

Assim, numa tentativa de síntese, a legitimidade pode ser vista sob três modelos:

- (1) O modelo antigo em que, embora inominado, provém da internalização da necessidade do sistema político atender as demandas sociais com ética social (divisado nos gregos), a diferenciação entre autoridade e poder, atribuindo-se qualificação análoga à legitimidade a quem detivesse autoridade (romanos);
- (2) O modelo medievo, que busca um pacto entre o príncipe e os governados de forma mais humanitária;
- (3) O modelo contratualista, que, em que pesem suas diferenças ontológicas, tem por base o contrato entre a sociedade e o governante.

A idéia de litigiosidade da sociedade e do exercício de poderes estatais, como se infere, é o denominador comum da legitimação moderna e pós-moderna: é crise que justifica o seu questionamento.

Contudo, como ilustra FARIA, a legitimidade enquanto problema político moderno surge a partir do momento em que o consenso é questionado. Ou seja, quando os novos atores políticos despossuídos da legitimidade (seja carismática, transcendental ou dinástica) necessitam de apoio popular, de representatividade que justifiquem a *transferência de direitos até então considerados inalienáveis*.²⁴

²³ Cf. Adeodato, *os conceitos são dotados de compreensão e extensão. A compreensão é a precisão dos elementos do conceito (...). A extensão refere-se ao agrupamento possível de objetos sob aquele mesmo conceito(...)*. Assim, como o conceito de legitimação é fluido, significando uma compreensão menor, tem-se que sua extensão é maior, em face da relação ser *inversamente proporcional*. **Ética e Retórica: Para uma Teoria da Dogmática Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 18.

²⁴ FARIA, José Eduardo. **Poder e Legitimidade**. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 62.

Nesse sentido, a legitimidade surge como uma autocrítica do poder com vistas à sua automanutenção, desta feita desfalcada da predominância legitimatória anterior.

Isso porque, a legitimação moderna é o resultado de alterações da própria estrutura de produção econômica (início da industrialização, organização do operariado, conscientização da dignidade do cidadão com a ampliação da cidadania), sendo o modelo representativo um dos *sintomas* de que o poder perdeu o seu anteparo formal nas bases da tradição.

A alimentação da nova estrutura de poder passa a exigir objetivação. As escolhas não se satisfazem com um discurso fechado sobre legitimidade. Democracia, representatividade, constitucionalismo, racionalismo, legalismo, foram discursos de ações políticas estratégicas para deter complexidades e contingências que se sucederam à tradição monarquista.²⁵

No entanto, a imagem desgastada da legitimidade moderna cede a novo desencanto valorativo. É que, em que pese não haver dúvidas de que a legitimidade sempre foi vista uma estratégia de justificar o reconhecimento do poder político hegemônico,²⁶ com vistas à sua conservação.

Aliás, mesmo na dominação tradicional dos monarcas teria sido apreendida por alguns dos seus predecessores numa antecipação digna de registro de sua representação.²⁷

²⁵ Cf. Joaquín Almuquera Carreres (1994,p. 229): *El capitalismo ofrecerá, en este sentido, una legitimación del poder que nace de la base misma del trabajo social. La institución del mercado, en el que los individuos cambian sus mercancías (incluyendo la que consiste en la propia fuerza de trabajo) garantiza la justicia de la equivalencia de las relaciones de intercambio, con lo que la reciprocidad se convierte en principio (objetivo, anónimo) de organización del proceso de producción y reproducción social.*

²⁶ O que já teria sido divisado em Weber: *A legitimidade de uma dominação deve naturalmente ser considerada apenas uma probabilidade de, em grau relevante, ser reconhecida e praticamente tratada como tal. Nem de longe ocorre que toda obediência a uma dominação esteja orientada primordialmente (ou pelo menos, sempre) por essa crença.* V. WEBER, Max. **Economia e Sociedade. Fundamentos da Sociologia Compreensiva.** Vol. I. Trad. Regis Barbosa e Karem Elsabe Barbosa. 3. ed. Brasília: UNB, 1994, p. 140.

²⁷ CARRERES, Joaquín Almuquera (1994,p.294.

A referência é a HUME. Pensador do início do século XVIII, pré-iluminista, cujas idéias se constituem em inegável esboço da legitimidade moderna e, em algumas idéias, cujo desvelamento do futuro as coloca em patamar próximo de uma lógica pós-moderna, abrangendo tanto a funcionalidade do direito quanto o discurso moral.

É que, ao considerar as leis da justiça *artificiais*, por serem motivadas em interesses próprios de uma classe e a moral que lhes subjaz, uma seqüência natural, Hume, analisa os aspectos axiológicos de forma objetiva, sob um critério externo que é o do interesse dominante. Admite que o governo é movido por interesses que levam a *regras de justiça*, como condição de segurança social contra o *estado de natureza*.²⁸ No seu pensar, portanto, há uma visão diferenciada do consenso contratual nos termos posteriormente colocados por Rousseau, quando o pensador francês fundamenta a legitimação do pacto social em face da soberania popular, de sua participação, da entrega à associação.

Hume aproximar-se-ia de Hobbes quando este reconhece como elemento natural do homem o seu egoísmo, sendo o governo, em determinadas situações, *uma invenção vantajosa*. Dissentem, contudo, na disposição de plenos poderes aos governantes, divisada por Hobbes no seu monarquismo.²⁹ Porém, confirma sua dessemelhança à associação rousseauiana de que o homem, *unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo, ficando assim tão livre como dantes*.³⁰

Ao contrário, o filósofo escocês chega a afirmar, no início do século XVIII, que as obrigações derivam de leis que estabelecem o cumprimento das promessas dos governados,³¹ discordando do

²⁸ V. David Hume, **Tratado da Natureza Humana**: Uma Tentativa de Introduzir o Método Experimental de Raciocínio nos Assuntos Morais. Trad. de Débora Danowski. São Paulo: Unesp, 2001, p. 572/3.

²⁹ O que Hanna Arendt (1973, p.77) chamou de *versão vertical do contrato social*.

³⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Trad. de Antônio de P. Machado. Rio de Janeiro: Edições de Ouro COPA, p. 48.

³¹ Cf. HUME, David (2001, p.580-1): *Uma vez os homens tendo percebido a necessidade do governo para manter a paz e fazer cumprir a justiça, eles naturalmente se reuniram, escolheriam seus magistrados, determinariam seu poder e lhes prometeriam obediência*.

entendimento de que o cumprimento das promessas dos governados seja uma obrigação natural³² por parte destes.

Por outro lado, ao compreender que não é só o interesse público que justifica as regras decisórias de poder, intui que a imaginação livre de qualquer racionalidade também é escolha que se faz com a finalidade de diminuir problemas originados com a tensão *carência de recursos x necessidades humana*. Como se percebe esta razão de escolha dos governantes é na atualidade bastante próxima de uma legitimação procedimentalista.

Ao se reportar à propriedade, no seu Tratado da Natureza Humana, HUME discorre que a sua aquisição é um problema que nem sempre é resolvido racionalmente, podendo ser fruto da imaginação, sendo extraordinária a sua percepção dos interesses velados no direito e dos procedimentos com vistas à estabilidade e manutenção do poder.

Como ilustração do que se afirma, veja-se na passagem abaixo, como o filósofo justifica o modo operativo-funcional do Direito, sua simbologia. O exemplo é o da aquisição da propriedade.

[...] os homens inventaram uma entrega **simbólica**, para satisfazer à fantasia quando a entrega real é impraticável. Assim, a entrega das chaves de um celeiro é entendida como a cessão do trigo nele contido; a entrega de uma pedra e de um punhado de terra representa a cessão de um domínio. Essa é uma espécie de prática supersticiosa do direito civil e do direito natural, semelhante às superstições encontradas na religião **católica romana**. Assim como os católicos romanos tornam os mistérios inconcebíveis da religião cristã, mais presentes à mente, representando-os por meio de uma vela, de um hábito ou de gesticulações que supostamente se assemelham a ele, assim também os juristas e moralistas, pela mesma razão, lançaram mão de invenções semelhantes [...]

Em marcante diferença, a vontade geral rousseauiniana, ao se respaldar na razão, o faz no pressuposto de que sua base legítima é o

³² Cf. Hume (2001,p.584): [...] *se o cumprimento das promessas é vantajoso, a obediência ao governo também o é; se aquele interesse é geral, este também o é; se aquele é evidente e explícito, este também o é.*

povo, o interesse da comunidade. Como ressalta MERQUIOR, Rousseau tanto usa argumentos éticos valorativos sobre a liberdade transgida em nome do interesse comum, como raciocínios lógicos materiais conformadores da legitimação com o Poder. De fato, no próprio **Contrato Social**, Rousseau enaltece a propriedade individual e a pessoa como elementos concretos que devem ser preservados acima de qualquer poder. Por outro lado, apenas tem como legítimo o contrato e a associação das pessoas que respeitem em suas leis esses direitos.³³

Então, a soberania popular rousseauniana tem a sua base legitimatória justamente no respeito a esses valores. No entanto, ditos valores são testados pelo comportamento dos governantes, ou seja, de forma pragmática, em assembleias populares consultivas, na simplicidade de costumes, ou na virtude cívica, não se envolvendo a meros aspectos metafísicos.³⁴

Por outro lado, como se conduz à legitimidade política a prática participativa dos governados no admitir das dificuldades das consultas diretas dos antigos, ao longo do tempo tornou-se possível através de regras jurídicas definidoras de atribuições de competências orgânicas e procedimentos, despontar a legitimidade em direção à legalidade constituída.

Em Rousseau, a representação democrática é feita através de eleições e de um direito positivo, sendo essa a equação da legitimidade com a legalidade. Como se vê, há um traço estruturante na situação de legitimidade. Há toda uma construção da legitimidade sob um escalonamento de pressupostos. Diferentemente, em Weber, a especulação da legitimidade é muito mais compreensiva de sua existência. Isto ocorre porque Weber, ao contrário do idealismo de Rousseau, adota o método crítico-descritivo das dominações historicamente contempladas, construindo sobre base empírica os tipos ideais de legitimação.

³³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Ob. cit., p. 48.

³⁴ *O Coração da teoria da legitimidade política de Rousseau é a idéia de democracia participativa. A vontade geral tem que ser permanentemente dinamizada pela constante participação individual na política de soberania.* V. MERQUIOR, José Guilherme. **Rousseau e Weber: Dois Estudos sobre a Teoria da Legitimidade.** Trad. Margarida Salomão. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara Koogan, 1980, p. 61/2.

De fato, para Weber tudo estaria na dependência do tipo de dominação pretendida: por isso, tanto a obediência, quanto às instituições que lhe são assecuratórias fazem que a legitimação deite suas raízes na relação de domínio da propriedade, o que insere aos seus tipos ideais um contato realista.³⁵ Este contato realista tem sido explicado pela filosofia: Quando se enfrenta os abismos gnosiológicos e axiológicos³⁶.

Quando descreve a legitimação carismática, tradicional e a legal-racional, distingue Weber fatores básicos e os articula de forma a resgatar os aspectos pertinentes à estabilidade da dominação. Assim, por exemplo, enquanto no cotejo da dominação carismática a duração do poder é o ponto nevrálgico que revela um domínio não permanente, que pode se esvaír entre a mutação de poder e em razão disso, sua estabilidade e legitimação podem ser chamuscadas pela *rotinização do carisma*,³⁷ (traduzida na substituição do domínio carismático ser alternado para a tradição ou legalidade), a dominação tradicional e a legal racional, teriam a sua estabilidade diferenciada desde que baseadas estas na durabilidade/conservadorismo e no contrato/lei de respectivos domínios e legitimidades.

Importante anotação é trazida por GOYARD-FAVRE de que nos tipos ideais referentes à tradição e à legalidade racional, embora a estabilidade seja a finalidade do poder, o seu funcionamento é antagônico: a primeira se estabilizaria na *duração e experiência*, enquanto que a segunda na *regulação jurídica que uma razão teórica e construtiva elabora*.³⁸

Obviamente que, tratando-se de tipologia ideal, Weber não concebe que os tipos de dominação sejam tomados em seu sentido mais puro. Assim, como assinala LLOYD, no domínio carismático, a regulação jurídica pode coexistir com o *charisma*, ainda que seja totalmente influenciada pelo pensar deste último.³⁹

³⁵ MERQUIOR, José Guilherme (1980, p.61/2).

³⁶ Cf. João Maurício Adeodato (2002, p.289): *A experiência da idéia é parte do mundo real*.

³⁷ WEBER, Max (1994, p.161/7). V. também GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno**. Trad. Irené Apaternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 281.

³⁸ GOYARD-FABRE, Simone (1999, p. 281).

³⁹ LLOYD, Dennis. **A Idéia de Lei**. Trad. de Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 28 ss.

O mesmo pode se dar no domínio da tradição. Não obstante a causa da estabilidade desse tipo não conhecer a estrutura da legitimação legal, esta alocada no poder institucional, na lei, na burocracia impessoal, pode o domínio tradicional ter leis ao lado de sua fonte mais presente, que é o costume, o mesmo se dando na dominação legal-racional.

A importância de Weber, no contexto do presente trabalho, está, como dissemos no início, na perspectiva descendente, ou seja, do governante para os governados. Por outro lado, é o âmbito da legalidade racional o que confere a articulação proveitosa para a nossa análise crítica do problema da legitimação das decisões judiciais brasileiras, desde que as condições da nossa cultura jurídica liberal-conservadora têm por base as características da legitimação legal-racional, seu formalismo, sua aparente não contradição, a idéia da norma como objeto do direito, sua suposta neutralidade e impessoalidade, além do seu aparato burocrático. Como relaciona ADEODATO, sua adaptabilidade às sociedades de massa tem como suporte *a supremacia das fontes estatais do direito e a pretensão do monopólio* das decisões de tais fontes.⁴⁰

Fica claro, pois, que o tipo legal-racional é o tipo denotativo de uma lógica formalista conducente a uma legitimidade edificada culturalmente. Por esse teor, LLOYD afirma que a crença na legitimidade legal-racional constitui-se em um círculo em que *as leis são legítimas se são promulgadas; e uma promulgação é legítima se obedece àquelas regras que prescrevem os procedimentos {...}*⁴¹.

Por outro lado, infere-se que, quando Weber se dispôs a entender os tipos de domínios existentes e a forma como esses domínios se legitimam, trouxe a enorme contribuição de demonstrar, com sua tipologia, três aspectos de fundamental importância: o primeiro com respeito ao fato de que os tipos descritos são ideais, localizáveis na representação mental/social de forma a ter uma identidade dominante; o segundo, com que a dominação é feita por poderes racionais e irracionais; e o terceiro e último é uma consequência do primeiro, posto que há uma relação silogístico-formal que poderia se apresentar sob a fórmula abaixo.

⁴⁰ Cf. ADEODATO, João Marurico (2002, p.101).

⁴¹ LLOYD, Dennis (1998, p.29).

*Se os tipos ideais não são puros.
A legitimação legal-racional é um tipo ideal,
Logo, a legitimação legal-racional não é puramente
legal racional.*

Ou seja, mesmo o poder que se legitima racionalmente pode ter representações e manifestações irracionais, sendo o contrário igualmente possível.

Fazendo-se uma transposição dessa lógica formal, tem-se que a produção do direito que se justifique sob um direito dogmático não implica, como costuma fazer supor, em um direito com bases formalísticas, não contrariáveis, podendo ser explicado, por aspectos conotativos, pela várias teorias que não se arrimam com exclusividade nessa lógica.

De tal forma que, falar-se que a legitimação é uma proteção dirigida ao arbítrio, contra a injustiça, contra as paixões da natureza humana que podem infligir aos que obedecem a insegurança, instabilidade, revolta ou apatia, necessariamente, não significa responder, em toda sua inteireza, aos elementos que compõem a legitimação, embora seja conveniente para estimular a inteligência e compreensão do termo.

Penetrando nos meandros do poder político, o depoimento de ARENDT acerca das mentiras na política, denominadas de *discrição* e de *arcana imperii*, úteis para escamotear fins políticos através de discursos legitimatórios, mesmo sendo inverídicos e fabricados *pela imaginação*⁴² tomam no direito, como na política um papel funcional. O mesmo que, como vimos, desde HUME teria sido divisado (no direito, na política e na moral).

No Brasil, costuma-se dizer que se vive uma crise legitimatória nas decisões judiciais. Essa crise legitimatória provém de um direito que durante muito tempo não foi contestado. E se não o foi, não foi porque necessariamente fosse legítimo. E sim porque o nível de absorção do seu destinatário e o discurso legitimador permitiu a contenção das insatisfações e a automanutenção do poder sem os desgastes que vem sofrendo na atualidade.

⁴² ARENDT, Hanna (1973, p.13/4).

O que mudou? WOLKMER faz referência que a tradição idealista formalista *não conseguiu ficar imune ao pensamento das mudanças e avanços paradigmáticos das formulações epistemológicas e metodológicas*⁴³ operadas pós-Marx/pós-Weber e com os filósofos pós-modernos. No entanto, as razões de mudança de paradigma jusfilosófico parecem ser uma consequência de mudanças e alterações no perfil dos atores sociais do Estado brasileiro.

O Estado brasileiro mudou, não em seu modo de produção econômica, posto que o capitalismo permanece, mas a estrutura sócio-econômica alterou a paisagem social do Brasil. Essa passagem foi implementada por diversos fatores. LOPES aponta que a *industrialização, a urbanização, o intervencionismo, a tensão entre o clientelismo e o profissionalismo, a ascensão de classes sociais* em disputa com as oligarquias conservadoras e neófitos, a *constitucionalização de direitos sociais*, têm imprimido à tradição liberal-patrimonialista não só um direito *garantista*/conservador, mas um direito *promocional*⁴⁴ com suas consequentes demandas dos atores provindo de todos esses segmentos, admitindo novos questionamentos e, via de consequência, novas razões nas decisões judiciais.

3. Sobre o Direito produzido pelo Judiciário brasileiro e os obstáculos ao [des]envolvimento possível

O direito produzido pelo judiciário brasileiro é um direito que encontra uma certa simetria com a política hegemônica nacional e o seu modo de produção econômico. No âmbito judicial, a litigiosidade tem gerado decisões, cujo tratamento formal se volta à exclusiva perspectiva normativista, influenciada pelo neopositivismo kelseniano⁴⁵ e outras expressões da Escola da Exegese.

⁴³ Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 140.

⁴⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. A Crise da Norma Jurídica e a Reforma do Judiciário. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 68/71.

⁴⁵ Cf. Hans Kelsen: *A distinção entre ser e dever-ser (...) é um dado imediato da nossa consciência. Ninguém pode negar que o enunciado: tal coisa é, ou seja, o enunciado através do qual descrevemos um ser fáctico-se distingue essencialmente do enunciado: algo deve ser – com o qual descrevemos uma norma – e que da circunstância de algo ser se não segue que algo deva ser, assim como da circunstância de que algo deve*

Interpretar, então, toma o sentido tradicional de extração pelo *sujeito* da interpretação do sentido verdadeiro que lhe dá a norma-objeto.⁴⁶ Constitui-se também numa relação de obediência e de domínio da razão do intérprete, numa inversão ao significante posto por GADAMER que objeta na autoridade a submissão e a abdicação da razão, sob o suposto de que o fundamento da autoridade é o *conhecimento e o reconhecimento*, de que a autoridade emite um juízo precedente, que *tem a primazia em relação ao nosso*.⁴⁷

No entanto, a perspectiva que se compõe com a hegemônica tendência político-liberal-conservadora não se pode exclusivamente se debitar a nenhuma teoria normativista. É que, no jargão popular, a produção do direito do sistema judicial tem feito uma espécie de *dobradinha juspolítica* no controle dos conflitos sociais. E assim o faz, sob o manto de uma hierarquia de autorizações,⁴⁸ de suposta neutralidade axiológica, na preservação da liberdade individual e igualdade jurídica, ainda que suas decisões possam se indispor com o *index* constitucional dos direitos sociais e a realidade social cujas demandas fazem do judiciário suas esperanças de frustradas expectativas em torno dos demais poderes.

Sob linguagem abstrata, simbólica e violenta, os direitos compensatórios da desigualdade social tornam-se abstrações normativas.⁴⁹ Erige-se uma justiça em que o sistema normativo

ser se não segue que algo seja. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984, p. 23.

⁴⁶ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Interpretação do Direito.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965, p. 13.

⁴⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método. Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica.** Trad. Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 419.

⁴⁸ Cf. Otfried Höffe hierarquia das autorizações, em Kelsen, inicia-se com prescrições concretas até a constituição, sob uma estrutura lógica-dedutiva. *Para uma tal série somente existem, porém, três possibilidades que, no conjunto, não fornecem uma fundamentação: o regresso infinito, o círculo lógico e a interrupção do procedimento.* V. aquele autor in **Justiça Política: Fundamentação de uma Filosofia Crítica do Direito e do Estado.** Trad. de Ernildo Stein. Rio de Janeiro: Vozes, 1991, p. 130.

⁴⁹ Cf. Lenio Luis Streck tratam-se de *interpretações despistadoras, tornando inócuo/ineficaz o texto constitucional.* V. aquele autor in **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.** Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 87.

cumprir um papel ideológico: ao camuflar as contradições de interesses sociais, seus antagonismos sob o pressuposto da legitimidade formal da norma fundamental, sua hierarquia e coerência sistêmica.

Assim, é suficiente que o juiz acione o sistema normativo para resolver os problemas concretos. Boa parte dos magistrados o faz de costas para a realidade social, em seus gabinetes, onde assumem uma postura de depuração em relação à experiência e à imaginação, alimentada pelo mito da *cientificidade*. Ao separar a norma da sua base empírica, dos fatores sócio-econômicos, o faz sob o discurso de tratar-se de aspectos extrajurídicos.

Nessa *apartheid* norma/base empírica, onde as contradições ocorrem, e, com a adoção de posições hermético-formalistas, não obtém a redução de qualquer complexidade, que lhe é apresentada, mesmo que tenha instrumento legal para acanto. Ou seja, o litígio permanece na sociedade, sufocam-se apenas os atores de uma forma que a exclusão permanece inalterada, propiciando-se com isso o descrédito da operacionalidade das instituições jurídicas, contribuindo, dessa forma, para que os grupos insatisfeitos resolvam suas querelas mais prementes, por mecanismos extralegais ou sub-legais.

Assim, por exemplo, desatendidos nas suas expectativas de controle de políticas públicas do direito à moradia e a alimentos, os litígios são propensos a serem equacionados em torno de soluções que tanto podem ser ilegais, como invasões/apossamentos/saques de alimentos e congêneres, com vistas a satisfazerem suas necessidades básicas violentadas por um sistema judicial abstensivo, como pode se encaminhar para soluções sublegais, como acordos em delegacias de polícia, o que enseja aumento de instabilidade social e descrédito no judiciário, respectivamente.

Ao encontro do rigor legislativo imprimido para controlar essas contradições, a sacralização da lei, despida da construção interpretativa crítica, arremessa os excluídos a uma maior marginalização, o que se faz de forma seletiva, classista e repressora.

O conhecimento dogmático, de reconhecida importância técnica na formação do conhecimento do juiz, passa a ser um saber cognitivo instrumental a decisões inócuas, em detrimento de outras instâncias do conhecimento onde são apresentadas tanto pela pré-compreensão do intérprete sobre o problema quanto por uma série de

questionamentos e objeções que deverão suceder melhores atendimentos às razões materiais e aos fatores co-implicantes da sociedade subdesenvolvida.

A sentença criativa, por esse trilhar, é incômoda. Com frequência é substituída pela padronização obtida com o processo informático sob procedimento metódico silogístico. A idéia de modernização tecnológica, vinculada à celeridade processual, integrante do discurso pós-moderno das relações impessoais do mercado, é trasladada às relações sociais, ainda que sob procedimentos metodológicos que revelam apenas a face estática da dogmática normativa em argumentos decisórios, por vezes írritos.

Interpretar os fatos por esse caminho representa, simplesmente, a retomada ao sentido empregado pelo legislador, desde quando elaborou a lei ou a uma única experiência cognitiva, no buscar do *verdadeiro* significado da lei positivada. Despreza-se (indolentemente), em nome do paradigma da segurança jurídica, a imaginação do sujeito-intérprete, sua experiência e a possibilidade articulativa com as partes e os valores sociais representados pelos grupos organizados.

Ao despotencializar-se a imaginação da sua pré-compreensão e inserção histórica sobre fatos que o rodeiam enquanto homem de sua cidade cria-se a cultura da reprodução do sentido único no modelo jurídico conservador, desigualitário e, por isso, não-promocional do desenvolvimento social.

À guisa de conclusão

Segundo ADEODATO, um dos caminhos metodológicos de uma teoria sobre a *visão do mundo* é a descrição do objeto de estudo como ele é.⁵⁰ Isso significa um juízo crítico de um objeto que, na hipótese deste trabalho, trata-se, como vem sendo colocado, em questionar se as decisões judiciais concretizam de modo eficaz os direitos sociais fundamentais na sociedade brasileira inserida a um Estado subdesenvolvido.

⁵⁰ O outro caminho seria o prescritivo, onde se busca estabelecer regras seguindo um roteiro de conteúdo estimativo apropriado pelo sujeito em face do objeto. V. ADEODATO (1992, p.213).

Ora, em que pese no último tópico ter se preferido o caminho metodológico da descrição, parte-se de uma prescrição: a produção do direito em Estados subdesenvolvidos deve concretizar direito fundamental, tomando-se como parâmetros o Estado Social e seu prospecto desenvolvimentista e a integração hermenêutica texto/realidade social.

Essa *prescrição*, obviamente, é uma opção da *visão de mundo* de quem descreve e se inscreve no seu mundo(s). Esse ponto de partida justifica-se do ponto de vista da legitimidade material em oposição à produção do direito insensível aos interesses/direitos sociais fundamentais em um Estado subdesenvolvido. Argui-se o modo de produzir a prestação jurisdicional de forma que essa faça jus ao seu caráter *prestacional*, numa opção de não contribuir ao subdesenvolvimento e à instabilidade social conseqüente.

Mantida essa condicionante entende-se que toda produção do direito que produz, aprofunda, ou mantém situações jurídicas de exclusão social, além de não prestar eficientemente sua jurisdição, descumpra o projeto de organização social das sociedades diferenciadas, revelando-se disfuncional ao seu propósito.

Permaneça a compreensão de que os conflitos coletivos, oriundos das contradições afirmadas pelo modo de produção econômico-capitalista não são banidos através da ação dos juízes, posto que as leis de mercado e suas conseqüentes relações sociais são intensificações permanentes das desigualdades. Igualmente, não parece ser tarefa do judiciário sufocar por mecanismos jurídico-institucionais a convivência dos antagonismos classistas em um estado subdesenvolvido.

Porém se infere que essas contingências levam a alternativas provisórias, experimentais, fracionadas e circunstanciais possíveis de ser experimentada nas decisões judiciais.

A expectativa é de que, longe de se alimentar uma teoria totalitária dizimadora dos problemas sociais pela via do direito, [des]envolva-se a sensibilidade de discursos jurídicos inclusivos das classes sociais excluídas, reforçada pela imaginação de situações de distributividade de justiça material é objetiva, fora das restrições que se auto-impõem (*judicial self-restraint*) o judiciário brasileiro, mais das vezes por subordinação cultural e não por reconhecimento próprio quanto à efetividade de suas decisões.

VIOLÊNCIA É SEMPRE VIOLÊNCIA

Heitor Piedade Júnior ^(*)

“Ficamos amedrontados, quando vemos a fúria das águas no leito de um rio destruindo o que se encontra em seu caminho, mas nunca nos preocupamos com a violência de suas margens que reprimem o curso das águas”.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Ao longo da história. 3. Violência coletiva. 4. Realidade violenta brasileira. 5. A saúde sem cidadania. 6. O ser humano. 7. Conclusão

1. Introdução

Adultos trabalhando o dia inteiro em troca de sobrevivência; menores de catorze anos, do amanhecer ao pôr do sol, quebrando pedras para ajudar matar a própria fome e de seus familiares: pessoas portadoras de necessidades especiais inteiramente desassistidas socialmente; doentes, idosos, feridos, mutilados, desempregados, excluídos dos programas de governos; mendigos disputando restos de lixo para matar suas necessidades primárias; crianças levando para seus barracos sobras de palmas (cactos) que o gado rejeitou, para não dormirem com fome; outras tantas tomando sopa de papelão com um pouco de sal; desvios de verbas públicas para atender a interesses privados; descaso da administração governamental pelos projetos e problemas sociais; fome, seca, desemprego, falta de assistência à saúde e à educação; descumprimento ostensivo ou camuflado aos preceitos constitucionais, até por agentes do poder público; falta de acesso à justiça; desrespeito a princípios fundamentais da pessoa

^(*) Doutor em Direito Penal pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB-RJ. Membro do Conselho Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro. Membro do Fórum Permanente da Execução Penal da Escola da Magistratura-RJ. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro da Academia Maranhense de Letras Jurídicas. Membro da Academia Brasileira de Direito Criminal.

humana; salário aviltado do homem trabalhador; racismo; superpopulação carcerária; corrupção; incompetência; privatizações manipuladas; projetos de governo que contrariam à ordem jurídica e ao Estado Democrático de Direito; liberdade de mercado em prejuízo de direitos sociais; pagamento da dívida externa em troca da fome e da morte dos menos favorecidos economicamente; mídia subserviente; mordação à voz dos excluídos; prepotência de governantes e de patrões; desigualdade econômica e social; arbitrariedade por parte de agentes do poder público para com pessoas menos favorecidas socialmente; desmatamento de nossas florestas; poluição de lagos, rios e mares; analfabetismo; leis ou sentenças injustas ou desnecessárias; espancamentos domésticos; atropelo e inflação de Medidas Provisórias; “apagões” e punições com endosso da Suprema Corte; festival de liminares; contradições sucessivas de decisões judiciais; indústria do medo; preconceitos de sexo, raça, cor, etnias; produção de armas; assassinatos; crimes organizados ou não; desconhecimento e ausência do exercício da cidadania, violência contra os trabalhadores e aposentados; má fé e ignorância jurídica; em suma, o desfile macabro das vítimas da exclusão social, a imposição a grupos sociais da condição de zero econômico e, ainda, tentamos descobrir nos compêndios das ciências sociais o conceito de violência.

Há de considerar-se que “violência é sempre violência”, seja ela urbana, rural, doméstica, pública ou privada, por ação ou omissão, quantitativa ou qualitativa, praticada por ódio ou por vingança, por necessidade, por ambição ou consumismo, por rebeldia ou insubmissão, por capricho, por nobreza ou futilidade, à traição ou por qualquer outro motivo imaginável na consciência de qualquer ser humano.

2. Ao longo da história

Lembrando Newton (1642-1727), “A verdade é um oceano infinito. O homem só dele conhece as conchinhas que chegam à praia”.

Se possível fosse registrar-se toda a violência na história da humanidade, séculos de leitura não seriam suficientes para a tomada de conhecimento dessa realidade.

Se tentássemos registrar apenas algumas daquelas “conchinhas que chegam à praia”, tipificadas como condutas

criminosas, ficaríamos, ainda, uma vida inteira, para conferir suas maiores manifestações, chegando-se à conclusão de que o homem sempre conviveu com essa realidade violenta, ora como autor, ora como vítima.

Desde o Éden quando, já por questões fundiárias, uma tribo dizimou outra (Gen.: 4: 3-16), toda história do povo hebreu contada no Antigo Testamento, toda a história dos povos primitivos, toda a história da Idade Média, da Moderna e da Contemporânea, toda essa seqüência de anos, séculos e milênios foi marcada pela violência.

A arte e a literatura registram em suas imagens e páginas a marca desse instrumento de dominação do homem pelo homem, a ponto de Thomaz Quincey afirmar que o homicídio, das mais graves manifestações da violência, deveria ser considerado uma das Belas Artes.

Antigos trágicos gregos dão testemunho dessa realidade, através dos grandes nomes. Ésquilo (525-456 a.C.), com o ciclo de Orestíada (458 a.C.); Sófocles (496-406 a.C.); Édipo Rei (425 a.C.); Eurípedes (480-406 a.C.), com Eletreia (413) e Orestes (408). Bem mais recentemente, Shakespeare (1564-1616), com Ricardo III (1593), Hamlet (1601), Otelo (1604) estrangulando Desdêmona, em acesso de ciúme, instigado por Iago; Macbeth, (1605), como vilão e usurpador, e tantos outros modelos de violência.

Até aqui, a arte imita a vida, mas a vida também imita a arte. Alguns exemplos históricos, registrados na literatura especializada, poderiam ser trazidos à nossa reflexão de estudiosos, em que, a violência é servida pelos mais estranhos e variados motivos, justificativas e métodos.

Violento gesto do inglês Mac-Lean, quando em 1840, disparou um tiro na rainha Vitória, somente porque ela só usava roupa azul celeste. Ou quando o abade Jean-Louis Verger, em 1857, assassinou o arcebispo de Paris, Mons. Sibour, em plena igreja de Saint-Étienne-du-Mont, declarando, antes de ser guilhotinado, que o fizera em sinal de protesto contra a definição do dogma da Imaculada Conceição, pelo Papa Pio IX, no ano de 1854. Ainda na França, em 1865, Charles Félix Lemaire, às vésperas do segundo casamento de seu genitor, matou a noiva deste, com vinte facadas, mostrando a todos suas mãos ensangüentadas. Para tornar-se conhecido, um jovem russo, de nome Wasko, com dezenove anos de idade, assassinou toda

a família Spadolino, na Itália, e, antes de sua execução capital, exclamou: Pena que só matei noventa e nove, não pude completar uma centena”. Outro homicida histórico foi Boutellier, de vinte e um anos de idade que, com cinquenta facadas no peito de sua genitora, já anciã, matou-a, depois, deitou-se ao lado do cadáver e, exausto, dormiu por várias horas.

Em 14 de agosto de 1873, em São Luís do Maranhão, o Desembargador da Relação José Cândido de Pontes Visgueiro, por ciúmes, matou sua amante Maria da Conceição, jovem de quinze ou dezesseis anos de idade, com várias punhaladas, depois esquartejou-a e guardou os restos mortais dentro de duas malas no próprio quarto onde ele dormia, até que foi descoberto, processado, condenado e preso. Logo após o bárbaro assassinato, o magistrado preparou-se e foi ao Tribunal de Justiça receber uma comenda, por suas qualidades de homem íntegro e cumpridor de seus deveres funcionais.

Por volta dos anos de 1890 a 1920, tornou-se conhecido, por sua crueldade, o jovem Peter Kunter, mais conhecido pela alcunha de “o vampiro de Diisseldorf”. Nascido na Colônia, em 1883, filho de um operário alcoólatra e violento, torturador de sua própria mulher e filhos, Peter assistiu ao pai violentar sexualmente uma de suas irmãs menores. Iniciou sua vida no crime, matando, “por brincadeira”, dois amigos, jogando-os nas águas do rio Reno. Matou depois a namorada Hanna, depois tentou assassinar o pai da infeliz ex-namorada, com um tiro de revólver. Outro assassino que se tornou célebre na literatura do crime foi Max Gufler. Na década de cinquenta, vendia licores, numa cidade do interior da Áustria. Quando suas freguesas sentiam-se sonolentas, pelo efeito da bebida misturada com soníferos, Gufler cortava-lhes a garganta e, depois de mortas, as violentava sexualmente.

John Christie, no início da Segunda Guerra Mundial, ingressou na polícia. Era necrófilo, chegando, para saciar seu apetite sexual com cadáveres, matou algumas mulheres, dentre elas a própria esposa, escondendo o cadáver na sala de visitas, numa espécie de alçapão. Foi condenado a forca.

Issei Sagawa, um estudante japonês, residente em Paris, no ano de 1981, matou sua namorada e, para esconder os restos mortais, guardou-os na geladeira e foi assando e comendo-os, como se fosse a ambrósia dos deuses. Foi descoberto pela polícia, quando tentava deixar a ossada em térreo baldio.

Mohamed-Bey era um general egípcio que, quando incomodado por algum estranho, mandava colocá-lo na boca de um canhão sempre carregado que ficava em sua casa, mandando-o para os ares.

Essas algumas macabras conchinhas encontrada na praia, na forte expressão de Newton, pois seria uma sem fim e desagradável tarefa a de registrar todos os casos de violência por assassinatos cometidos em toda a história da humanidade e estudar os motivos de seus autores.

“A Besta Humana” de Émile Zola (1840-1902), no interior de Aix-en-Provence, seria, com certeza, uma oportunidade extraordinária, de pesquisa e de reflexão, para os estudiosos da Criminologia e das demais ciências do comportamento humano.

3. Violência coletiva

Em dimensão maior, duas grandes guerras mundiais destruíram material e culturalmente parte do continente europeu, enquanto dezenas de conflitos menores abalaram os dois hemisférios com milhões de vítimas, sem falar do extermínio de Hiroshima e Nagazak, verdadeiros atos de genocídio e ecocídio em nome da paz.

Segundo o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), somente nos dez últimos anos, cerca de dois milhões de crianças foram vítimas fatais de conflitos armados e seis milhões restaram gravemente feridas, com um saldo, ainda, de dez milhões com seqüelas psicológicas.

O conflito da Bósnia matou mais de trezentas mil pessoas, na tentativa da independência da Croácia e da Eslovênia, bósnios muçulmanos eram arrastados para campos de concentração a caminho de seu extermínio. Na Somália, a fome, a falta de água, as doenças mostraram a violência, sem qualquer justificativa.

Em final dos anos setenta, cerca de quatro milhões de sul-vietnamitas, por causa da guerra e da fome, tentando escapar de Saigon, eram pilhados na fuga e fuzilados.

Dois mil curdos, no início da década de noventa, foram massacrados por soldados de Sadan Hussein, nas fronteiras do Iraque com a Pérsia.

“Que nome deve ser dado à concentração de energia, calorias e riquezas no mundo dos currais de privilégio, enquanto a maioria pena pelo azar de ter nascido no lugar errado e com cor errada”¹.

Na América Latina, cento e trinta e oito mil mortos, na Guatemala, nos últimos cinquenta anos; sessenta e cinco mil em São Salvador, desde 1980; trinta mil na Nicarágua nos últimos vinte anos; dez mil no Equador desde 1981, nas chamadas guerras desconhecidas².

Dessa mesma fonte, extraem-se outros dados da violência no Oriente Médio, no final do século passado. São registrados trezentos e setenta e sete mil mortos em oito anos nos conflitos Irã-Yraque.

Na África, na Etiópia, quinhentos mil mortes causadas pela guerra e pela fome nos últimos vinte anos; quatrocentos mil em Moçambique, nesse mesmo período; duzentos e treze mil, só nos últimos vinte e cinco anos, na Angola e Namíbia; cento e dois mil no Sudão, de 1980 até hoje.

Na Ásia, no Laos e Vietnã, registraram-se trinta mil mortes nos últimos vinte anos do final do século. Nas Filipinas, sessenta mil; no Camboja, vinte e cinco mil; no Afeganistão, são catorze mil soldados soviéticos e oitenta e cinco mil afegãos desde 1980 e nas Filipinas, cerca de sessenta mil, nos últimos trinta anos.

Segundo pesquisa de Guaracy Moreira³, “desde o fim da II Guerra Mundial, em 1945, morreram em todas as guerras, levantes e movimentos rebeldes de todos os tipos, dezessete milhões de pessoas, ou seja, um número equivalente a cerca de 50% das mortes causadas pelo último conflito mundial”.

Daí, imaginar-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos fora assinada pelos 48 Estados, dentre os 56 que integravam, em 10 de dezembro de 1948, as Nações Unidas, dentre eles o Brasil, e que, ainda hoje, todos eles se encontram bem distantes desses sagrados princípios.

¹ Veríssimo, Crônica “Monstruosidades”. *O Globo*, 5 de julho de 2001.

² Instituto de Pesquisas World Priorities – Washington – Tuth Leger Sivard, 1987.

³ MOREIRA FILHO, Guaracy. **Vitimologia**: O Papel da Vítima na Gênese do Delito. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 92.

4. Realidade violenta brasileira

Em que pese dizer-se que a história do Brasil tem sido pacífica e incruenta, seu percurso político tem-se mostrado de uma crueldade indescritível.

Na lição de Leonardo Boff ⁴

O Brasil tem no seu começo um pecado original: a violência da conquista e da invasão. Fomos e continuamos a ser colônias. A colonização implica um ato de extrema violência organizada, sistemática e continuada: é colocar toda uma nação, com sua população, com sua cultura, com tudo o que tem à depredação do outro. O colonizado vê congelar sua história. É' obrigado a internalizar o outro, o seu mundo de valores e sua forma de ver o mundo, de organizar a sociedade e de pensar e venerar sua divindade.

Durante quase três séculos de Brasil colônia, registra-se uma sequência de violências, verdadeiro genocídio de índios, escravatura de negros e processos desumanos contra os inconformados com as medidas políticas que favoreciam os interesses da Coroa e que se voltavam contra o bem estar dos nativos.

Índios e negros não eram reconhecidos como seres humanos e não passavam de "peças", a serviço do trabalho escravo e freqüentemente, punidos e reprimidos, com métodos cruéis.

Estudos sobre a escravidão urbana no Brasil mostram as raízes de alguns hábitos culturais e policiais hoje existentes. "O escravo urbano – comenta Leila Mezan Algranti ⁵ – era alugado para serviços na rua e vigiado pela polícia no lugar do dono; daí a polícia comumente desconfiar até hoje dos negros e aplicar-lhes violência quando o prendem."

Segundo o escólio de Leonardo Boff (1996, p. 95),

Violenta foi a conquista, violenta foi a relação para com o índio, violenta a relação para com o negro, violenta

⁴ A violência contra os oprimidos: seis tipos de análise. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. Instituto Carioca de Criminologia. Ano 1, número 1, p. 93/108, 1º Semestre de 1996.

⁵ **O feitor ausente**. Petrópolis, Vozes, 1986, p. 97.

para com o trabalhador organizado, violenta para com todos os pobres até os dias atuais

Espantoso recordar da existência de um Regimento, de 1633, no Brasil Colônia, em que era previsto que um dos castigos ao escravo realizava-se por etapas, ou seja “depois de ele ser bem açoitado, o senhor mandaria pica-lo com a navalha ou faca, pondo-se sobre as feridas sal, sumo de limão e urina e o meteria alguns dias na corrente. Sendo do sexo feminino, seria a escrava açoitada dentro de casa, com o mesmo tipo de castigo”. São conhecidos tantos outros métodos de tortura, como o “retalhamento dos fundilhos com faca, a cauterização das fendas com cera quente, o chicote de tripas de couro de boi enrijecido, a “palmatória, o tronco, o pelourinho”, enfim dezenas de tantos outros instrumentos de maldades. Eram os escravos considerados “coisas de seu senhor”, que possuía sobre eles o “direito de vida e de morte”. Quando fugitivos, refugiavam-se nos “quilombos”, mas eram caçados pelos “Capitães do Mato”, como bichos. Enfim, toda essa realidade que a história oficial quase não conta nas escolas. Imaginar que quando da edição da Lei Saraiva-Cotegipe, que libertou da escravidão os sexagenários, determinou-se que a cada escravo liberto recairia a obrigação de trabalhar para seu ex-senhor, ainda, por três anos, a título de indenização. E como é vergonhoso, para nossa história, pensar que o Brasil foi o último país do mundo que aboliu a escravidão. Mas, resta a pergunta, será que já aboliu, de fato ?

Os idealizadores da independência política, quase todos, pagaram o preço de suas “traições”, com a própria vida.

Ainda não se apagaram de nossas mentes e de nossa história as espécies de pena de morte. Como sabido, dentre outras, registrava-se “a pena de morte para sempre”, em que o executado ficava pendurado no patíbulo, até que sofresse sua total decomposição, a fim de que não lhe fosse dada a sepultura, nem dele restasse qualquer memória. A “pena de morte atroz”, na qual o condenado, após a morte, era esquartejado ou queimado, igualmente, para que não ficasse dele nenhum vestígio. A história registra, ainda, a pior delas, a “pena de morte cruel”, que consistia na flagelação do condenado, ainda com vida, com açoite ou amputação de seus membros, cuja execução era processada ou por esquartejamento ou cremação na fogueira, ou por qualquer outro suplício cruel, seguindo-se o ritual macabro da morte com inimaginável atrocidade. Tudo isso faz lembrar a execução de

Damiens, em dois de março de 1757, na praça da Igreja de Paris, na comovente descrição de Michel Foucault ⁶.

De Padre José Inácio de Abreu Lima, o primeiro a ser punido, em 29 de março de 1817, com a pena de morte, por ordem do Conde dos Arcos, no Campo da Pólvora, na histórica cidade de Salvador, passando pelo Padre Miguelinho, pelo Padre Pedro de Sousa Tenório, Padre Antônio Pereira de Albuquerque, Amaro Gomes da Silva Coutinho, pelo Segundo Tenente de Artilharia Antônio Henrique Rebelo, Domingos Fernandes Calabar, Domingos José Martins, pelo Capitão de Artilharia Domingos Teotônio Jorge Martins Pessoa, Francisco José da Silveira, Ignácio de Abreu Albuquerque Maranhão, pelo Capitão José de Barros Lima, pelo Padre Miguel Joaquim de Almeida e Castro, pelo jovem José Peregrino, pelo Padre Antônio Cavalcanti Lins, que se suicidou, no Forte das Cinco Pontas, antes de sua execução, passando, ainda pelo Capitão Lázaro de Sousa Fontes, Antônio Macário de Moraes, pelo Major Agostinho Bezerra Cavalcanti e Sousa, pelo Capitão Antônio do Monte Oliveira, pelo Tenente Nicolau Martins Pereira, por Francisco Antônio Frago e James Heide Rodgers, por Frei Joaquim do Amor Divino Caneca, pelo Coronel João de Andrade Pessoa, pelo Major Luís Inácio de Azevedo, pelo Padre Gonçalo Inácio de Loiola Albuquerque e Melo, mais conhecido como Padre Mororó, por Francisco Miguel Pereira Ibiapina e Feliciano José da Silva Carapinima, por Joaquim da Silva Loureiro, João Guilherme Ratcliffe, João Metrovich, pelo Coronel José de Barros Falcão de Lacerda, Manuel de Carvalho Pais de Andrade e por centenas de outros mártires, até chegar a Tiradentes e seus companheiros, e destes, tantos outros até Manoel da Motta Coqueiro, o último a ser executado, proveniente de um comovente erro judiciário, em 26 de agosto de 1855, na cidade fluminense de Macaé, fato que comoveu o Brasil inteiro, fazendo com que o Imperador passasse a comutar todas as condenações de pena de morte, e, a partir daí, nunca mais se executou com a pena capital um só condenado, até que pelo Decreto 774, de 20 de setembro de 1890, foi extinta essa manifestação de vingança da barbárie humana.

Com o advento do sistema imperial, de 1822 a 1889, não foi menor a tradição da perseguição aos descontentes com o regime

⁶ Foucault, Michel. **Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões**, Petrópolis: Vozes, 1977. Cap. I : O Corpo dos Condenados, p. 11.

vigente. A legislação penal constante das famigeradas Ordenações Filipinas, bastando uma simples pesquisa no Livro V desse diploma penal, para que se tenha uma pálida idéia de como eram violentos os métodos correcionais.

Seria por demais exaustivo o relato da história das torturas na vida política brasileira, tanto durante as duas terríveis ditaduras, com centenas de covardes assassinatos, desaparecimento de pessoas, cassações de mandatos, suspensões de direitos políticos, aposentadorias e outras manifestações da violência, como mesmo nos chamados tempos de democracia, notadamente nas Delegacias Policiais ou nas Penitenciárias e Presídios de todo o país.

Como do conhecimento de todos, a Organização das Nações Unidas (ONU) denunciou, no início do corrente ano de 2001, que a tortura no Brasil é praticada de maneira sistemática e está disseminada, em todas as fases da detenção, desde o momento da prisão em flagrante, nas delegacias, nos atos da investigação policial e durante a execução da pena. Condena, ainda, a violência da superpopulação carcerária, da ociosidade reinante durante a execução da pena, e o que se torna pior, registra o relatório que tudo isso é do conhecimento das autoridades que “reconhecem candidamente que essas condições são sub-humanas”. Denuncia que “as maiores vítimas desse tipo de tratamento se constituem de pessoas pobres, negros e agentes envolvidos em pequenos crimes ou no tráfico de reduzidas quantidades de drogas ilícitas”. Diz mais⁷,

que há uma cultura de brutalidade e, freqüentemente, de corrupção e que as autoridades brasileiras, adotam o discurso que afirma princípios de respeito aos direitos humanos e que existem leis que asseguram os direitos humanos, mas elas são ignoradas na maioria das vezes, pela maioria dos juízes e promotores.

Cumpre lembrar que a violência institucional dessas duas grandes ditaduras de nossa recente história política deixou seqüelas irreparáveis na sociedade brasileira, restando disso uma polícia militar, com fortes segmentos, de despreparo e distorcida visão sobre a metodologia de segurança pública.

⁷ Relatório da ONU sobre as prisões no Brasil. *O Globo*, de 11.04.2001.

Dão testemunho, o massacre de 111 homens condenados e presos no maior estabelecimento prisional da América Latina, a Casa de Detenção de São Paulo (Carandiru), em 1992, onde até hoje, a perícia médica constata que foram retirados mais de 500 projéteis de vários calibres dos corpos das vítimas e que 75% das mortes ocorreram dentro das próprias celas, com disparos a queima roupa, contra detentos do Pavilhão Nove.

Dão testemunho dos resíduos desses regimes as vítimas da Candelária, “garotos de rua” foram bárbara e friamente assassinados, enquanto dormiam na calçada daquele templo religioso, ou as vítimas ainda do assassinato de pessoas no subúrbio de Padre Miguel, ambos na cidade do Rio de Janeiro, ou, ainda, as vítimas de Eldorado de Carajás ou de Corumbiara, no Estado do Pará, bem como de centenas de outros casos de extermínios, cujos relatos não comportam no presente trabalho.

É por demais conhecido do público o episódio ocorrido no Presídio Ary Franco (Água Santa), no Rio de Janeiro, em novembro de 1991, quando um agente penitenciário, a pretexto de conter uma baderna de presos, jogou uma bomba incendiária dentro de uma cela coletiva, de trinta metros quadrados, onde se encontravam 33 detentos, dos quais morreram carbonizados 26, numa temperatura, constatada pela perícia técnica, de 1.500 graus centígrados. Também, do conhecimento de todos, aquele outro massacre havido em São Paulo, em 5 de fevereiro de 1989, quando 50 presos, após uma tentativa de fuga, foram encurralados no interior de uma cela-forte, medindo um metro e meio de largura, por três metros de comprimento, sem qualquer orifício por onde passassem luz ou aeração, onde ainda permaneceram as vítimas, com vida por três longas horas, restando nove mortos por asfixia e as demais morreram a caminho do hospital.

Mas a escalada da violência institucional não pára por aí, nesses poucos registros. Novos segmentos de violência institucional vão surgindo na medida em que se vão aperfeiçoando os métodos autoritários do poder público.

Em que pese o Decreto nº 17931, de 24.09.1999, com base na Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, em seus artigos 1º a 4º, ter definido a competência da Guarda Municipal, hoje composta por 5.215 agentes, que atuam sem arma de fogo, para proceder à desobstrução dos bens públicos municipais, o que, na verdade, se tem

presenciado, nas ruas e praças de nossa cidade, é um grande número de agentes, à revelia de sua administração e de seu comando, presume-se, atuando de maneira violenta contra pequenos vendedores ambulantes, seqüestrando e destruindo seus pertences, em frontal arripio ao que dispõem os preceitos legais pertinentes.

Do modo como as coisas vão caminhando, nessa escalada de violência e desrespeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, esse segmento da Guarda Municipal está-se tornando tão arbitrário como aquele outro segmento da Polícia Militar que se comporta, à margem da lei e do conhecimento de seus dirigentes.

5. A saúde sem cidadania

Existe uma violência que, muitas vezes, não chega ao conhecimento da macro sociedade, pois ela se instala nos subterrâneos da vida social.

Mas, há de merecer, sem dúvida, ainda uma vez, nossa reflexão à pesquisa “Crianças e Adolescentes Indicadores Sociais”, a demonstrar o quanto o Brasil encontra-se distante das metas estabelecidas pela ONU, no Encontro Mundial de Cúpula pela Criança, realizado em setembro de 1990 e subscrito por 71 Chefes de Estados, inclusive o brasileiro.

Segundo dados do Fundo das Nações Unidas para a infância (UNICEF), no mundo morrem de fome, por dia, 40 mil crianças, é dizer, uma em cada dois segundos, e 15 milhões dessas vítimas pertencem aos países do chamado terceiro mundo, no meio dos quais encontra-se o Brasil.

Como se isso não bastasse, são registradas pesquisas merecedoras de total credibilidade⁸ outras tantas espécies de violências entre nós, ocorridas na recente história social brasileira.

Só nos anos de 1998/99, foram identificados 10 milhões de brasileiros com esquistossomose; 5 milhões com tuberculose; 1 milhão de novos casos de malária; 1 milhão de pessoas infectadas pelo vírus do HIV.

⁸ IBGE; Fundação Abrinq; Pesquisa Nacional de Saúde e Nutrição (PNSN); UNICEF; Anistia Internacional e Fundacentro; Núcleo de Estudos de Violência; Organização Mundial de Saúde.

Em matéria de mortalidade infantil, tem-se registro de em 1997, 37 mortes por cada mil crianças, devendo-se identificar que as causas mais comuns são a ausência de assistência pré-natal e de acompanhamento médico durante o parto. Sobre esse mesmo tema, a cada ano, morrem cerca de 400 mil crianças; antes de completarem os cinco anos de idade, a taxa de mortalidade infantil é da ordem de 55 mortos para cada mil crianças de 0 a 1 ano de vida e 46% das crianças, menores de 12 anos são anêmicas.

6. O ser humano

Um dos temas que continua intranquilizando a mente dos estudiosos das ciências do comportamento humano é o que se refere à natureza da “essência humana”.

Teria, como desejava Hobbes (1588-1679), em seu *Leviathan* (1651), o homem uma natureza malévola, quando o definia como sendo o próprio “lobo do homem” (*homo hominis lupus*) ? Ou Nicolau Maquiavel, em seu *Príncipe*, afirmou que “os homens são ingratos, volúveis, simuladores, covardes ante os perigos, ávidos de lucros”. Com lucidez estaria quem defendeu “que o homem é a medida de todas as coisas”, ou que “Deus criou o homem à sua imagem e semelhança”? Estaria certo Rousseau (1712-1778), ao proclamar, em seu “Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens” não consagrado pela Academia de Dijon, fato que o fez afastar-se da vida social, que “o homem é essencialmente bom, mas é a sociedade que o perverte”? Em sua consciência estava certo quem afirmara que “o homem é o animal que menos sabe ao nascer e o que mais sabe ao morrer”.

Mira y López ⁹ também contribuiu com sua expressão rumo à reflexão:

O ser humano é, na verdade, um aglomerado de substância viva, uma imensa colônia celular, mas nela se observam, além das atividades próprias da vida elementar de cada uma de suas micropartes, outras, - globais, individuais, inter e supracelulares ou pessoais - que lhe imprimem um peculiar modo de viver e comportar-se, assegurando, não só sua sobrevivência no espaço e no

⁹ **Quatro Gigantes da Alma**. 11. ed. Rio de Janeiro: José Olimpio Editora, 1980,

tempo, como sua expansão e transcendência em outro plano, mais recente: o plano superpessoal ou social.

Quem era a natureza do homem, Moisés, quando matou o egípcio¹⁰, ou quando se tornou o condutor do povo hebreu? Saulo, antes do caminho de Damasco, ou Paulo das Epístolas que revolucionaram o mundo? Agostinho de Tagaste, o maniqueu, ou o bispo de Hipona? Zaqueu, quando cobrador de impostos ou depois de jantar com o Mestre? O homem comum antes e depois de assumir o poder. Acertaram Alcméon de Creonte, Joseph Gaspard Lavater, Lombroso, Franz Joseph Gall. Lauvergne, Carus, Casper ou Pinel, Esquirol, Pritchard, Maudusley, Despine, Morel, Broca. Descarte entre a razão e a emoção, *res cogitans et res extensa*. Daniel Goleman¹¹, preocupado com os expressivos indicadores da balança emocional de segmentos da sociedade americana, manifestada na taxa de crescimento do consumismo, dos crimes violentos, das drogas ilícitas, recomendando às autoridades de seu país mais intensa atenção pelas crianças e pelos jovens. Julius Martius Teixeira¹² lembra com detalhes o filme “Corações e mentes”,

onde os jovens soldados americanos, durante a guerra do Vietnam, eram friamente treinados para manejar competentemente suas modernas máquinas mortíferas, tal qual um *videogame*, mantendo-se distantes, emocionalmente, da tragédia daquele povo indefeso e desamparado, envolto nas chamas das bombas *napalm*, por eles lançadas.

Estaria certo Girard¹³, antropólogo francês, buscando a raiz da violência na estrutura do desejo humano e de que nosso desejo humano encontra-se num processo que ele chama de “mimético”, ou seja, de imitação. “*O ser humano imita o ser humano*”. O ser humano deseja o que o outro deseja. Daí poderia surgir o seguinte mecanismo psicológico: quanto mais se deseja o mesmo objeto, mais se procura

¹⁰ Êxodo, 2: 11-15.

¹¹ Goleman, Daniel. **Inteligência Emocional**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 1996.

¹² O homem síntese, crime e loucura. *Discursos Sediciosos: crime, direito sociedade*. Instituto Carioca de Criminologia, ano 1, número 2. Rio de Janeiro, 1996.

¹³ Girard, René. **A Violência e o Sagrado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990, p. 35.

imitar o outro e mais se procura destruir o objeto desejado pelo outro ou por todos os outros.

O ser – pessoa física, sociedade, poder, autoridade, dominador, poderoso – procura sempre um “bode expiatório”, que passa a chamar-se “vítima” (Vitimologia), porque essa vítima, geralmente, o não privilegiado, o pobre, o analfabeto, o idoso, o doente, o negro, os mais fracos, as minorias enfim, aparece na sociedade como se fosse a causa do que é errado, do prejudicial. Em razão disso, o mais forte – o poder público, os poderosos – unem-se para afastá-lo do convívio social, procurando uma paz ou uma ordem. Ao invés de se acabar com a pobreza, com o analfabetismo, com a doença, com a infância abandonada, elimina-se o pobre, o analfabeto, o doente, o menino de rua, pois mortos, não oferecerão mais qualquer perigo para a sociedade.

Em Vitimologia, estuda-se o processo histórico de substituição da vítima animal, pela vítima humana (bode expiatório), por fim, cria-se a lei para, ao mesmo tempo em que se pretende implantar a ordem e colocar todas as pessoas num mesmo plano social (legal) – todos são iguais perante a lei – excluem-se pessoas, eliminando-se todos aqueles que a ela não se adaptam. Daí as penas de morte, o ostracismo, o degredo, os trabalhos forçados, as galés, os instrumentos de tortura, os maus tratos, a prisão etc.

Adam Smith ¹⁴, o pai da economia política, lecionava: “cada sociedade civilizada deixa morrer aqueles que não chegam a garantir sua subsistência”.

Certa vez, ouvi de um mendigo: “*se os ricos não existissem, quem daria ajuda para os pobres ?*” Assim pensam também nossos governantes: “seria irresponsável não pagar a dívida externa”; ou como diziam os nazistas: “seria irresponsável não matar os judeus”; “seria calote não honrar os compromissos internacionais com os credores”, eternos credores; “seria apolítico não salvar os bancos à beira da bancarrota”; “seria temerário fazer a reforma agrária”; “seria falta de solidariedade punir os corruptos”; “tornaria o país ingovernável permitir a CPI da corrupção” etc.

¹⁴ Smith, Adam. Investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações (1776). Apud .Leo Huberman, **História da riqueza do Homem**. Zahar Editores, 1959, p. 127.

“A violência dos marginalizados e dos oprimidos, comenta Leonardo Boff¹⁵, é reflexo mimético da violência primeira e modelar das classes dominantes que impedem a realização do desejo das maiorias. Os oprimidos são violentos porque se encontram, à sua revelia, enquadrados numa sociedade violenta”.

Ficamos amedrontados quando vemos a fúria das águas no leito de um rio, destruindo o que se encontra em seu caminho, mas nunca nos preocupamos com a violência de suas margens que reprimem o curso de suas águas. Os oprimidos e marginalizados são feitos vítimas sobre as quais a classe dominante descarrega toda sua violência e elabora a paz entre os lobos.

Recordem-se dos massacres da Candelária, de Eldorado dos Carajás, de Padre Miguel, de Vigário Geral, de Corumbiara, do genocídio de índios, do desmatamento da Amazônia, da escravatura, das cassações e do desaparecimento de presos políticos, das torturas, da Inconfidência Mineira, do extermínio dos que sempre lutaram pela justiça social, dos colonizadores, da perseguição sistemática aos desempregados que buscam no mercado alternativo (camelôs) um meio lícito de sobrevivência, dos sem-terra, da igreja progressista, dos subversivos, dos contestadores das ditaduras, em qualquer de suas espécies e do neo-liberalismo, da globalização, das privatizações irregulares, das prisões ilegais, das minorias, do idoso, do aposentado, do sistema penitenciário, enfim, dos marginalizados sociais que, por sua vez, tentam reagir, como processo de oposição à violência dos poderosos.

7. Conclusão

Certa vez, nos idos de 1932, Einstein escreveu uma carta a Freud, perguntando-lhe sobre a persistência da violência nas relações humanas. Freud respondeu: “Esfaimados, pensamos no moinho que tão lentamente mói e que poderíamos morrer de fome antes de receber a farinha”.

Não precisamos morrer de fome, pois, certamente, o desígnio da história não é condenar-nos a ser lobos uns dos outros, mas concidadãos e sócios na justiça, na participação, no diálogo e na paz num convívio onde seja

¹⁵ Boff, Leonardo. *A Nova Era: a civilização planetária*. São Paulo: Ática, 1994, p.80.

menos difícil a amizade e o amor. Há fila no moinho porque há farinha, e farinha para todos. Ela é suficiente não só para todos os humanos, mas também, para todos os outros seres vivos que conosco compartilham a aventura cósmica. E, assim esperamos, o desejo mimético é de colaboração, altruísmo e solidariedade. Repartiremos a farinha, mesmo sendo pouca, segundo critérios de justiça e de compaixão, no sentido budista da palavra, que significa compartilhar da vida, da luta, da alegria e do sofrimento da existência humana, social e cósmica. E a história de todas as religiões e das tradições espirituais testificam que quando o pouco é repartido, ele se multiplica e se transforma em muito a ponto de sobrar, como no relato bíblico da multiplicação dos cinco pães e dos dois peixes. Só então todos estarão satisfeitos e felizes. A terra não será mais um vale de lágrimas, mas um lar comum, onde há fogo e óleo para todos ao redor da mesma mesa, como bem o representava o mito grego da deusa do lar Héstia.¹⁶

¹⁶ Boff, Leonardo. A violência contra os oprimidos: seis tipos de análise. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia, Ano 1, 1º semestre de 1996.

O TETO REMUNERATÓRIO E O DIREITO ADQUIRIDO

Ivan Vasconcelos Brito Júnior^(*)

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O teto remuneratório no Estado de Alagoas e o Panorama Legislativo. 3. Direito adquirido e aplicação do teto remuneratório. 4. Conclusão.

1. Introdução

Com a edição da Carta Magna de 1988, que em seu art. 37, XI fixou um limite remuneratório para o funcionalismo público, teve início um acirrado debate acerca da constitucionalidade da imposição de limites remuneratórios para determinadas categorias. De outra parte, aqueles que já percebiam sua remuneração em valores superiores aos parâmetros fixados pela Constituição Federal, invocaram como fundamento para manutenção dos seus vencimentos, o direito adquirido, que também tem assento constitucional.

Por sua vez, o art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabeleceu que para efeito de aplicação da nova sistemática limitativa da remuneração no âmbito público, não prevaleceria a invocação de direito adquirido.

O art. 37, XI já foi alvo de diversas modificações, sendo a mais recente a promovida pela Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003. Ressalte-se que a referida Emenda, em seu art. 9º revigorou o art. 17 do ADCT, determinando expressamente a sua aplicação aos vencimentos que estivessem em desacordo com o disposto no art. 37, XI da Constituição Federal.

A questão da imposição do teto é extremamente polêmica e não tem sido alvo de estudos à altura da sua importância. O presente trabalho não tem a pretensão de resolver as questões que envolvem a

^(*) Juiz de Direito, Titular da 1ª Vara Cível de Feitos não Privativos e Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Pós-graduado em Processo Civil – UFAL.

aplicação de limites aos vencimentos, proventos e pensões, mas apenas de contribuir para a desmistificação de um assunto que se reveste da mais alta importância para toda a sociedade, analisando a aplicação do teto no âmbito do Estado de Alagoas e seus reflexos frente ao direito adquirido.

2. O teto remuneratório no Estado de Alagoas e o Panorama Legislativo.

A Constituição Estadual teve o seu art. 49, II, alterado inicialmente pela **Emenda Constitucional nº 12/95**, passando a prever um limite remuneratório tomando como base em cada Poder, o valor devido como remuneração ao Secretário de Estado, ao Deputado Estadual e ao Desembargador, respectivamente, excluídas as vantagens individuais até o **limite de 60%** (sessenta por cento), bem como a gratificação natalina e a remuneração de férias.

Posteriormente, a **Emenda Constitucional nº 15/96** alterou novamente a redação desse dispositivo para **incluir no limite remuneratório as vantagens de caráter pessoal**, mantendo, todavia, a ressalva quanto à gratificação natalina e a remuneração de férias.

Ocorre que o **STF suspendeu a eficácia da expressão “incluídas as vantagens de caráter pessoal”**, por meio de medida cautelar concedida na ADIN nº 1550-8 (Plenário, 16/12/1996 - DJ, 04/04/1997). Mais adiante, em decisão proferida no dia 23/05/1991, a Corte Suprema decidiu não conhecer da ação, conforme publicação do DJ de 21/09/2001, face à nova redação dada ao art. 37, XI da Constituição Federal, conferida pela Emenda Constitucional nº 19/98.

Essa decisão, contudo, é posterior a edição do Decreto nº 38.127/99, que determinou a exclusão das vantagens de caráter individual percebidas pelos servidores ativos e inativos do Poder Executivo, até o limite de 35% (trinta e cinco por cento), do teto vencimental, que no âmbito desse poder era o subsídio do Secretário de Estado, consoante expressado no art. 49, II da Constituição Estadual, cujo valor foi fixado por meio do Decreto Legislativo nº 349/95, em R\$ 6.000,00 (seis mil reais).

Assim, após a decisão do Supremo Tribunal Federal que não conheceu da ADIN nº 1550-8, impetrada contra a Emenda Constitucional nº 15/96, em 2001, o **Decreto nº 38.127/99**, no âmbito do Estado de Alagoas, passou a exercer uma interpretação da

administração quanto ao teto de remuneração, já que a Constituição Estadual mandou incluir as vantagens por dentro do teto do executivo, representado pelo vencimento de Secretário de Estado (art. 49, II, CE), em compatibilidade com dispositivo da Constituição Federal (art. 37, XI, CF). A posição procurou suprir a ausência da lei de iniciativa conjunta criada pela Emenda à Constituição Federal Constitucional nº 19 que concedeu nova redação ao art. 48, XV, para efeito de fixar a remuneração máxima permitida no país.

Considerando que a remuneração de Secretário de Estado, à época a máxima para o Poder Executivo, estava consolidada pelo Decreto Legislativo nº 349/95, no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), o decreto projetou uma interpretação transitória para reconhecer como válido o recebimento além desse limite, só que restringindo o acréscimo a trinta e cinco por cento correspondentes às vantagens. Assim, o decreto, ao promover a interpretação do limite remuneratório, em princípio não restringiu direitos, mas em verdade os ampliou. Quando o teto deveria ser para dentro da remuneração de secretário, o decreto permitiu que ela se estendesse para fora, condicionando a elevação.

Nesse sentido, cabe atentar para o fato de que o teto é uma previsão da Constituição Estadual, com fundamento na Constituição Federal, que em seu art. 37, XI, com a redação determinada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, estabelecia como teto geral o subsídio do Ministro do Supremo Tribunal Federal, incluídas as vantagens de caráter pessoal ou de qualquer outra natureza. Por sua vez o § 5º do seu art. 39, com redação também determinada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, previa que lei dos Estados poderia estabelecer a relação entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, respeitando obviamente o teto previsto no art. 37, XI.

Por outro lado, o próprio Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado no sentido de que *“dada a eficácia plena e a aplicabilidade imediata, inclusive aos entes empresariais da administração indireta, do art. 37, XI, da Constituição, e do art. 17 do ADCT, a sua implementação, não dependendo de complementação normativa – não parece constituir matéria de reserva à lei formal e, no âmbito do Executivo, primeira vista, podia ser determinada por*

*decreto, que encontra no poder hierárquico do Governador a sua fonte de legitimação*¹.”

No plano estadual, em junho de 2003, veio a lume a Emenda Constitucional nº 28, que deu nova redação ao art. 49, II da Constituição Estadual, que passou a disciplinar o teto vencimental, com a seguinte redação: *“o valor bruto da remuneração e do subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, indireta e fundacional pública e dos proventos ou qualquer outra espécie remuneratória, excluídas as vantagens de caráter individual, observarão como limite máximo, em cada Poder, o valor devido, em espécie, a título de remuneração mensal, ao Secretário de Estado, ao Deputado Estadual e ao Desembargador do Tribunal de Justiça”*, acrescentando, ainda, o inciso XVI o § 3º, que assim consignou: *“Para os fins do inciso XVI deste artigo, consideram-se vantagens de caráter individual exclusivamente os adicionais por tempo de serviço, até o limite total de 35% (trinta e cinco por cento) sobre a remuneração do servidor”*

No tocante aos servidores do Poder Executivo a emenda manteve como teto vencimental a remuneração do Secretário de Estado e constitucionalizou interpretação que antes estava consignada no Decreto nº 38.127/99, para admitir como acréscimo de vencimentos tão-somente os adicionais por tempo de serviço no máximo de trinta e cinco por cento.

Tal situação perdurou até 31 de dezembro de 2003 quando foi publicada a Emenda Constitucional nº 41, que modificou outra vez o art. 37, XI da Constituição Federal, estabelecendo um novo parâmetro para o teto vencimental, ao assim dispor: *“a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outras espécies remuneratórias, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão*

¹ ADIN 1590-7. O Supremo Tribunal Federal negou a concessão de medida cautelar visando suspender a eficácia do Decreto do Estado de São Paulo, que estabelecia limites remuneratórios, com base nos argumentos acima transcritos. Decisão publicada no Diário da Justiça de 15/08/1997.

exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos”

Consequentemente, o limite previsto no art. 49, XVI da Constituição Estadual, que tomava como parâmetro no âmbito do Poder Executivo os vencimentos do Secretário de Estado deixou de prevalecer, passando a ter o teto vencimental daquele Poder outro paradigma, qual seja, o subsídio do Governador de Estado, nos exatos termos do art. 37, XI da Carta Magna.

Estabeleceu, ainda, a Emenda Constitucional nº 41, que enquanto não fosse fixado por lei o subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, fixado como teto da remuneração no serviço público, uma regra de transição materializada nos art. 8º, ao disciplinar que “*Até que seja fixado o valor do subsídio de que trata o art. 37, XI, da Constituição Federal, será considerado, para os fins do limite fixado naquele inciso, o valor da maior remuneração atribuída por lei na data de publicação desta Emenda a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, de representação mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço*”.

O mesmo instrumento normativo firmou um sub-teto para os Estados representado pelo subsídio do governador, além de determinar a aplicação do art. 17 da ADCT (art. 9º, da EC nº 41/2003), que significa um mandamento para corte de toda remuneração excedente aos limites criados.

Para cumprimento da norma exposta na Constituição Federal, em 18 de março de 2004, foi publicada a Lei nº 6.462, que fixou o subsídio do Governador em R\$ 8.910,00 (oito mil, novecentos e dez reais). Desta forma, o teto vencimental do Poder Executivo, no Estado de Alagoas, passou a ser de R\$ 8.910,00 (oito mil, novecentos e dez reais), que equivale ao subsídio do Governador, ficando revogado tacitamente o art. 49, XVI, § 3º da Constituição Estadual.

3. Direito adquirido e aplicação do teto remuneratório

De há muito, o instituto do direito adquirido está sedimentado na Constituição Federal com a nítida finalidade de conceder segurança nas relações jurídica, na medida em que garante que um direito atribuído por uma lei não seja objeto de revogação por lei posterior, ressaltando os que preencheram os requisitos para sua aquisição no tempo de vigência da lei anterior.

O preceito constitucional direciona-se especialmente à atuação do legislador infraconstitucional, limitando sua competência e impondo que os direitos já adquiridos devem ser respeitados, mesmo que alterada a lei e até mesmo suprimido o direito antes deferido.

Considerando o caráter analítico da Constituição Federal que também contém direitos extraídos diretamente de seu texto, esse limite pode ser ampliado para proteger a própria reforma da Constituição mediante a via da Emenda Constitucional.

No caso do teto remuneratório, quando o legislador constituinte de 1988, no exercício do Poder Constituinte originário, que é ilimitado e incondicionado, optou por impor limites aos valores pagos a título de vencimentos, proventos e pensões, houve um claro rompimento com a ordem anterior. A decisão política do órgão competente, o Congresso Nacional, foi a de alterar profundamente a estrutura de remuneração dos servidores públicos para colocar limite intransponível, já que contido na própria Constituição. Ademais, após ser promulgada, a Constituição deve produzir efeitos imediatos, tendo inclusive o Ministro Moreira Alves afirmado que “a Constituição se aplica de imediato, alcançando, sem limitações, os efeitos futuros de fatos passados².”

Visando assegurar a imediatividade dos efeitos da nova Constituição, o Constituinte Originário, fez inserir no art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinação no sentido de que *“os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, nesse caso, a invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.”*

² RE 117.870-1-RS, publicado no Diário da Justiça de 05 de maio de 1989.

Diante do novo regramento constitucional, dois problemas quanto ao excesso de remuneração ao teto vencimental são suscitados. O primeiro referente à aplicação de vantagens indevidamente concedidas a servidores que elevam a remuneração a ponto de exceder ao teto vencimental, e o segundo atinente aos servidores que possuem gratificações deferidas na forma de lei vigente à época de sua concessão e que quando aplicadas atualmente excedem ao limite constitucionalmente fixado. É que, como essas gratificações tinham respaldo legal, resta saber se elas podem prevalecer diante da nova regra constitucional, ou seja, se os servidores possuem direito adquirido à percepção de seus respectivos vencimentos acrescidos das mencionadas vantagens, mesmo que excedentes ao teto.

A solução deve ser buscada mediante a aferição dos limites materiais da lei e da Constituição, pautadas pelo direito adquirido.

Num primeiro nível, cabe esclarecer que a lei não pode atingir direito que foi adquirido e assim embora lei concessiva da gratificação possa ser revogada e, por conseguinte, retirado o direito à gratificação, garante-se, entretanto, a percepção para os que já tinham preenchido os pressupostos legais para sua aquisição.

Num segundo nível é necessário atentar para o fato de que a Constituição também deve respeitar o direito adquirido quando esse direito foi assegurado pela própria Constituição diretamente. No mais, vale a máxima consagrada no nosso ordenamento jurídico de que contra a Constituição não prevalece o direito adquirido.

Na maioria dos casos debatidos perante o Judiciário Alagoano, observa-se que as gratificações, que somadas com o vencimento, ultrapassam o teto, não foram deferidas nem pela Constituição Federal, nem pela Constituição Estadual, diretamente. Elas decorrem de lei ordinária e configuram, quanto à retroatividade, limite material para a lei e não para a Constituição que pode reformá-las, ainda que indiretamente, ao estabelecer o teto vencimental.

Assim é que, diversas decisões do Judiciário Alagoano, ainda que de primeiro grau, sinalizam para a possibilidade de correção das distorções existentes, entendimento compartilhado com decisões da Presidência do Tribunal de Justiça, em sede de pedido de suspensão de liminar, formalizado pelo Estado de Alagoas³.

Por outro lado, cumpre ressaltar que o limite material para a Constituição encontra-se previsto no que comumente se designa por “cláusulas pétreas”. Na espécie, para que a remuneração do servidor estivesse protegida contra reforma constitucional seria necessário entender esse direito do servidor como fundamental, dentro daqueles que não podem ser alterados nem mesmo por emenda constitucional.

Diante dessas ponderações, sobressaem duas hipóteses: a primeira no que pertine ao enquadramento dos direitos relativos à remuneração do servidor na categoria dos direitos fundamentais utilizando-se do conceito material de direito fundamentais. É dizer, os direitos relacionados na Constituição para os servidores podem ser classificados como fundamentais?

A segunda condiz com os efeitos dessa classificação, no instante em que se investiga a possibilidade de alteração de direitos legais (concedidos por lei) pela própria Constituição direta ou indiretamente.

Quanto à primeira questão, o enquadramento da remuneração do servidor na categoria dos direitos fundamentais, percebe-se que, no particular, a Constituição assegurou: salário mínimo, inclusive para aqueles com remuneração variável; décimo terceiro salário com base na remuneração integral; remuneração do trabalho noturno superior ao diurno; salário-família por dependente para o servidor de baixa renda; remuneração do serviço extraordinário de cinquenta por cento superior à normal; remuneração com um terço a mais nas férias; proibição de diferenças salariais em razão de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 39, § 3º que faz remissão para os direitos previstos no art. 7º, ambos da Constituição Federal). Assim, o teor literal do texto da Constituição Federal conduz ao entendimento de que tais direitos dos servidores públicos estão inseridos na categoria dos direitos fundamentais sociais.

³ SS 2003.001942 e SS 2003.001696-1

No entanto, vale ressaltar que o direito à irredutibilidade do salário (art. 7º, VI, CF) foi excluído no catálogo de direitos dos servidores (art. 39, § 3º, CF), recebendo normatização particularizada (art. 37, XV, CF), na qual foi assegurada a irredutibilidade dos vencimentos dos servidores, com expressa ressalva quanto aos limites estabelecidos nos incisos XI e XIV, do mesmo artigo (art. 37), exatamente aqueles que cuidam do teto vencimental. Significa dizer, então, que a irredutibilidade é garantida, mas desde que não ultrapasse os limites colocados como máximo em cada esfera de poder.

Como corolário desse entendimento também é possível classificar a irredutibilidade vencimental dos servidores na categoria dos direitos fundamentais sociais. Todavia, tal não ocorre com aquela parcela que ultrapasse os limites dispostos na própria Constituição.

No tocante à segunda hipótese, referente a consequência que se pode deduzir da classificação da irredutibilidade como direito fundamental, a solução caminha para entender que diante da expressa alusão constitucional não há direito adquirido à percepção da parcela da remuneração que exceder o limite fixado, ou seja, o denominado teto ou sub-teto para os Estados.

No particular, assim já assentou a jurisprudência:

Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário nº 255.236-4, SP.

Ementa: Embargos de declaração acolhidos, para explicitar que, sendo válido o teto remuneratório estabelecido pela lei local, a redução dos vencimentos dos autores que decorrer da aplicação dessa lei não ofende o disposto no art. 37, XV, da Constituição, tendo em vista a previsão constante do art. 17 ADCT.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em receber os embargos de declaração, em recurso extraordinário, nos termos do voto do relator.

Decisão publicada no Diário da Justiça de 05/05/2000.

Recurso Extraordinário nº 177.918-7, RJ.

MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS. ART. 210 DA RESPECTIVA LEI ORGÂNICA, QUE FIXOU O TETO REMUNERATÓRIO PARA OS SERVIDORES DA COMUNA. ALEGADA OFENSA AO ART. 39, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO.

Matéria estranha ao princípio da isonomia, consagrado no texto legal indicado, o qual, por isso mesmo, não pode ser tido como ofendido.

Eventual excesso que estivesse sendo recebido pelos recorrentes, não poderia, de outra parte, ser considerado ao abrigo dos princípios do direito adquirido e da irredutibilidade de vencimentos, em face da norma do art. 17 do ADCT.

Fundamentação inadequada. Recurso não conhecido.

Acórdão.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso extraordinário.

Decisão publicada no Diário da Justiça de 31/10/1997.

4. Conclusão

De tudo quanto exposto, impõe-se deduzir que a própria Constituição já exclui a invocação do excesso remuneratório como direito do servidor, o que prejudica a sua inserção como direito fundamental. Ademais, no art. 17, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, já transcrito linhas acima, a Constituição Federal é ainda mais enfática sobre o tema questionado ao não admitir a invocação de direito adquirido no caso de excesso remuneratório.

Assim, a percepção de vencimentos acima dos limites constitucionais, encontra óbice intransponível. A impossibilidade de invocação de direito adquirido decorre, nestes casos, de norma constitucional que embora transitória, erradia efeitos permanentes, editada pelo Poder Constituinte Originário, rompendo, definitivamente, com a ordem anteriormente vigente.

Por fim, cabe enfatizar que algumas gratificações que geram o excesso vencimental são pagas pelo Estado de forma indevida, como já ficou assentado, sendo que para estas não há invocar sequer direito quanto mais direito adquirido para garantir o recebimento de tais gratificações.

PROPRIEDADE INTELECTUAL E INTERNET*

José de Oliveira Ascensão **

SUMÁRIO

1. O “espaço livre do Direito” e o seu oposto; 2. A internet enquanto veículo da utilização de bens intelectuais; 3. A protecção autoral de bens informáticos; 4. O direito *sui generis* sobre o conteúdo das bases de dados; 5. O “código” e as soluções impostas pela tecnologia; 6. Recurso indevido ao direito de autor em rede: A) Dispositivos tecnológicos e informação para a gestão; 7. B) Reprodução e transmissão tecnológica; 8. C) A associação de conteúdos em rede: os hipernexos; 9. D) Sítio Web e base de dados; 10. A reversão da protecção para as indústrias de *copyright*; 11. O intercâmbio de ficheiros musicais e audiovisuais; 12. O Direito de Autor sem autor e sem obra; 13. A informação em risco na sociedade da informação.

1. O “espaço livre do Direito” e o seu oposto

A internet assenta em estruturas de transmissão de dados em tempo real que revolucionaram os meios de comunicação. Não vale a pena insistir no que é de todos conhecido.

Interessa é esclarecer o que nela concerne à “Propriedade Intelectual”. Usaremos a expressão em sentido amplo, para abranger também o Direito Industrial, embora seja o Direito Autoral que está predominantemente implicado.

A internet permite transmitir dados de qualquer ordem, que podem não implicar uma criação intelectual. Mas permite também a comunicação de obras literárias ou artísticas. Essas obras podem ser objecto de *direito de autor*¹. Permite também o acesso a prestações

* Texto correspondente à Conferência pronunciada na II Cibcrética, Florianópolis, 14.XI.03.

** Professor Catedrático da Faculdade de Lisboa.

¹ E podem também não o ser. É o que acontece com as obras oficiais, com as obras caídas no domínio público ou com as obras que nunca foram protegidas.

que podem ser objecto de *direitos conexos*². Permite enfim formas de utilização de *direitos industriais*, como desenhos e modelos e marcas.

A internet representa antes de mais um veículo extraordinário de comunicação de conteúdos intelectuais. Estes são caracterizados pela ubiquidade. A internet permite a sua globalização, numa dimensão há poucos anos nem sequer sonhada.

Mas já aqui se suscita a controvérsia sobre a regulação jurídica da internet.

Logo que a rede despontou formaram-se duas correntes extremas.

Por um lado, os apóstolos das novas tecnologias conceberam a internet como um espaço livre do Direito. As regras da terra não chegavam ao ciberespaço. Isto foi favorecido por a internet se ter desenvolvido inicialmente como uma rede desinteressada, veículo de diálogo de universitários e cientistas, que não queriam admitir impecilhos jurídicos na sua comunicação.

Outra foi a posição dos profissionais do Direito Intelectual, muito particularmente das entidades de gestão colectiva de direitos de autor ou conexos. Sustentaram que o meio ou veículo em causa nada alterava com respeito à utilização de obras ou prestações protegidas. O Direito existente seria aplicável tal qual, porque fora já estruturado para abranger os meios de exploração que futuramente surgissem. A internet era apenas um veículo, sujeito ao Direito vigente como qualquer outro.

Sempre foi muito difícil determinar qual seria afinal esse Direito vigente, devido à penetração transfronteiriça da internet. Ainda hoje está por esclarecer, estranhamente, qual é a disciplina aplicável aos conflitos. Mas para os nossos fins basta anotar que o poder dos Estados tem um ponto terrestre de apoio nos provedores intermediários de serviços em rede. Esses têm de estar situados nalgum país, e por isso sobre eles pode exercer-se efectivamente a jurisdição desse país. Também os servidores não vogam no espaço.

Esta orientação encontrou apoio no movimento subsequente de comercialização da internet. De confraria desinteressada tornou-se

² Permite ainda a extracção e exploração do conteúdo de bases de dados, protegidas por direito *sui generis* nalguns países.

veículo poderoso de publicidade, comércio e operações financeiras. Isto exigia uma disciplina rigorosa que protegesse os intervenientes: era incompatível com um espaço livre do Direito. A tese da juridificação da internet venceu. A polémica sobre a liberdade de diálogo na internet ficou circunscrita a aspectos marginais.

2. A internet enquanto veículo da utilização de bens intelectuais

Há um aspecto em que a sujeição do exercício em rede às regras de Direito Intelectual não é facilmente contestável.

A internet pode apresentar-se como mero veículo de transmissão ou comunicação. E assim sendo, vale o princípio geral que a aplicação das regras não depende do veículo ou instrumento da acção, salvo quando o direito especifique justamente qual o modo que considera relevante.

Assim acontece desde logo no próprio Direito Penal. Uma difamação feita na internet cai no tipo geral da difamação, se a lei não tipificar o meio ou instrumento da acção. O sentido substantivo da conduta é idêntico.

Não há motivo para não estender estes princípios ao Direito Intelectual.

Punhamos um exemplo. Há um texto literário *inédito*. Alguém o faz inserir em sítio na internet sem autorização do autor. Violou ou não aquele direito?

A resposta só pode ser afirmativa, porque a lei não restringe a violação do direito ao inédito à publicação na imprensa ou a qualquer outro meio específico. O sentido substancial da violação é sempre o mesmo.

Seja agora o caso do direito de *comunicação pública*. As faculdades incluídas no direito de comunicação pública não são taxativas. Há uma atipicidade dos modos de comunicação reservados ao autor. Pouco importa que ao tempo da aprovação da lei certas modalidades não fossem ainda praticáveis; o direito de autor engloba também no seu exclusivo os meios de utilização que só posteriormente venham a ser descobertos.

Ou ainda a *reprodução*. É verdade que não se despacham ainda encomendas pela internet. Mas uma obra pode ser comunicada e depois reproduzida no terminal de destino – um fonograma, por

exemplo. Não há motivo nenhum para não considerarmos isto incluído na figura da reprodução, muito embora não haja neste caso um exemplar físico que tenha sido multiplicado previamente pelo expedidor e enviado depois ao destinatário.

A mesma situação é muito clara no âmbito dos *direitos conexos*. A expansão da internet ao domínio sonoro e audiovisual torna patentes estas possibilidades.

Até no *comércio electrónico* a hipótese é visível. Além do que respeita a direitos autorais, temos a problemática da utilização de direitos industriais, sobretudo dos sinais distintivos do comércio.

É frequente a litigiosidade sobre o uso de marcas na internet. Pode-se dizer que quem comercializa bens na internet por referência a marcas está a usar a marca? O comércio electrónico satisfaz seguramente a exigência que o uso da marca se faça na vida de negócios. Mas satisfará ainda a exigência, discutida mas a nosso ver fundamentada, que se faça um *uso da marca como marca*, portanto para distinguir produtos ou serviços?

Pensamos que a resposta não pode deixar de ser afirmativa. E isto no âmbito de um princípio da equiparação dos meios electrónicos aos comuns, que se vai impondo nos vários países ³.

Se a negociação electrónica é equivalente à negociação comum, a apresentação de produtos ou serviços sob uma marca na internet não pode ter significado diferente dessa apresentação, quando feita em local materialmente determinado.

Parece-nos assim claro que o ponto de partida da afirmação do «espaço livre do Direito» não pode ser aceite. A internet é veículo adequado para a aplicação do Direito, e isso abrange também o exercício de direitos intelectuais.

3. A protecção autoral de bens informáticos

Mas, fora da utilização da internet como mero veículo, será ainda possível manter a afirmação que a internet é um espaço livre do Direito?

³ É o que acontece na Comunidade Europeia, por força do art. 9/1 da Directriz n.º 00/31, de 8 de Junho, sobre comércio electrónico, cuja transposição para a lei portuguesa espera apenas promulgação e publicação no *Diário da República*.

A evolução normativa, iniciada nos Estados Unidos da América e rapidamente propagada à Europa, ao Japão e ao resto do mundo, foi no sentido contrário. Rapidamente se iniciou o percurso de submissão à disciplina jurídica dos bens informáticos emergentes.

A opção fez-se no sentido de preferir a protecção pelo Direito de Autor. Esta é a mais duradoura protecção conhecida; não obriga a revelar o seu objecto (por exemplo, o código-fonte dum programa de computador); e é automática, não dependendo de qualquer formalidade. Permitiu ainda, pelo recurso a este instituto garantido por convenções internacionais, sustentar que o direito já existia antes da aprovação das leis de protecção pelos vários países – porque o direito de autor tem potencialidade de se aplicar independentemente da especificação da obra protegida. Pretendeu-se assim que os bens informáticos representavam verdadeiras obras⁴. Com isto se logrou dar *carácter retroactivo* à tutela criada, sem abertamente o declarar.

Os bens informáticos que beneficiaram desta protecção foram os *programas de computador* (ou o *software*, se se atribuir a este um âmbito mais vasto que o do programa de computador) e as *bases de dados*.

Os Estados Unidos pretenderam ainda semelhante tutela para as *topografias dos produtos semicondutores*, mas não lograram neste ponto o apoio internacional. A Convenção de Washington de 1989 acabou por se fixar numa posição intermédia entre direito de autor e propriedade industrial, mas mais próxima desta que daquele.

Discute-se ainda o estatuto jurídico das *produções multimédia*. A complexidade destas e as divergências no respectivo entendimento não permitiram ainda assentar no regime jurídico que lhes corresponde. Por isso regulam-se por aplicação sobreposta, por vezes conflitante, das disposições relativas aos vários elementos que as integram.

Indo mais longe, a legislação do Reino Unido tutela pelo *copyright* as “*obras*” geradas por computador, o que é a manifestação mais acabada do emergente *direito de autor sem autor*.

Esta evolução não se fez sem deixar profundas marcas no corpo do Direito de Autor. As fronteiras deste foram forçadas, para nele incluir realidades meramente técnicas, que melhor caberiam no

⁴ Procedeu-se à equiparação às obras literárias.

Direito Industrial, ou seriam objecto de protecção autónoma como nova categoria. Os grandes pilares do Direito de Autor, a obra e a sua criatividade, foram abalados.

Mas procedeu-se assim, não obstante, em todo o mundo. O programa de computador, por exemplo, é qualificado como “obra literária”. Mas essa qualificação não pode, por natureza, ser levada às últimas consequências, porque o regime estabelecido para as obras literárias não lhe pode ser aplicado tal qual. O mais que se poderá dizer é que o programa de computador é protegido por um direito *análogo* ao direito de autor⁵.

E o movimento prossegue. Na ordem do dia está hoje a protecção dos programas de computador por patentes, o que subverteria o objecto destas que é a invenção; e por outro lado, a campanha contra o *software* livre. Mas estes aspectos foram objecto de excelentes intervenções neste Simpósio, pelo que me abstenho de os retomar.

A protecção de bens informáticos por direitos intelectuais teve a sua repercussão em instrumentos internacionais.

Já falámos da Convenção de Washington, relativa às topografias dos produtos semicondutores. Logo em 1994 foi aprovado o Acordo ADPIC / TRIPS, anexo ao tratado que criou a Organização Mundial do Comércio. Este, no art. 10, impõe a protecção dos programas de computador como obras literárias, bem como das bases de dados que forem criações intelectuais.

Dois anos mais tarde, em 1996, foram aprovados os Tratados da OMPI sobre Direito de Autor e sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas. Os arts. 4 e 5 do Tratado sobre Direito de Autor contêm previsões semelhantes às do ADPIC, para os programas de computador e as bases de dados, respectivamente.

Estava assim encontrada a cobertura internacional para sustentar a protecção de bens informáticos pelo Direito de Autor.

⁵ A formulação da lei brasileira, no art. 7 § 1.º da Lei dos Direitos Autorais e no art. 2 da Lei n.º 9609, de 19 de Fevereiro de 1998, evita algumas das maiores dificuldades que se poderiam suscitar. Analogamente procede o art. 1/2 do Dec.-Lei português n.º 252/94, de 20 de Outubro.

4. O direito *sui generis* sobre o conteúdo de bases de dados

Esta evolução atinge também outros direitos, que já não são direitos de autor. O caso mais significativo é o do direito *sui generis* sobre o conteúdo das bases de dados. Até agora é praticamente uma particularidade da Comunidade Europeia, porque os Estados Unidos da América, não obstante terem sido apresentados projectos de lei no sentido da sua outorga, não o aceitaram.

A Directriz n.º 96/9/CE, de 11 de Março, não se limitou a proteger por direito de autor as bases de dados que, pelo selecção ou disposição das matérias, constituem uma criação intelectual específica (art. 3/1); criou ainda o direito *sui generis* sobre o conteúdo das bases de dados. Este direito é independente de a base de dados ser ou não criativa; o critério está apenas em o conteúdo da base “representar um investimento substancial do ponto de vista qualitativo ou quantitativo” (art. 7/1).

Por força deste direito, permite-se ao “fabricante duma base de dados proibir a extracção e/ ou reutilização da totalidade ou duma parte substancial, avaliada qualitativa ou quantitativamente, do conteúdo desta”. A extracção é a transferência para outro suporte; a reutilização é a colocação à disposição do público da totalidade ou parte substancial do conteúdo da base (art. 7/2).

O “fabricante” da base que se protege parece ser, em termo mais simples, o produtor desta: é este quem faz o investimento.

O *conteúdo* duma base de dados é uma realidade intangível. Essa realidade traduz-se em informação. O direito *sui generis* é assim um direito que versa sobre a informação.

A qualificação do direito como *sui generis* nada esclarece: quis-se apenas evitar a qualificação como direito conexo ao direito de autor. No fundamental, os objectivos deste direito seriam satisfeitos através da concorrência desleal. Mas o

caminho não foi seguido porque o Reino Unido desconhece o instituto da concorrência desleal ⁶.

5. O “Código” e as soluções impostas pela tecnologia

Fora porém do uso da internet como mero veículo, e da protecção de bens informáticos individuais, poderá continuar a sustentar-se que a internet é um espaço livre do Direito?

Lawrence Lessig chamou a atenção para a importância da própria arquitectura da rede, de modo a impor certos resultados, sejam quais forem as leis. Nesse sentido, o *código*, como lhe chama, teria a mesma força que as leis. O seu livro mais conhecido chama-se ilustrativamente “O Código e outras Leis do Ciberespaço” ⁷.

Temos de distinguir, nesta posição, dois aspectos:

- por um lado, é inegável que a própria estrutura tecnológica adoptada impõe certos resultados, com tanta força que superam o que das próprias leis possa resultar.
- por outro, que isto não significa que o Direito não tenha o seu lugar. Pertence-lhe intervir ainda quando em colisão com a técnica estabelecida, no sentido da alteração desta.

Começando pelo primeiro aspecto, podemos ilustrá-lo com um exemplo muito importante nas actuais relações em rede.

Referimo-nos aos chamados incaracteristicamente *dispositivos tecnológicos de protecção*. Querem-se com isto abranger todos os processos técnicos que vedam, condicionam o acesso ou restringem a utilização que se possa fazer do conteúdo dos sítios em rede.

⁶ Consequentemente, não há ainda disciplina harmonizada desta matéria na Comunidade Europeia.

⁷ Cfr., em tradução castelhana, *El Código y otras Leyes del Ciberespacio*, Taurus (Madrid), 2001.

Todas as leis estabelecem restrições aos direitos autorais. Podem ser exaustivas, como nos sistemas europeus, ou valorativas, como no regime norte-americano do *fair use*. Representam espaços de liberdade, que fogem ao exclusivo outorgado ao autor: sejam os limites em benefício do ensino ou da pesquisa, por exemplo.

Mas os dispositivos tecnológicos que defendem os sítios na internet inutilizam as restrições legais. Diga a lei o que disser, a técnica desmente-a. As liberdades ressalvadas por lei não podem ser exercidas.

O Direito não deixou de intervir nesta matéria. Mas a primeira preocupação foi a de proteger os próprios dispositivos tecnológicos. É assim que o Tratado da OMPI sobre Direito de Autor de 1996, no art. 11, impõe aos Estados uma protecção jurídica adequada contra a reutilização de dispositivos tecnológicos efectivos que sejam utilizados pelos autores e restrinjam actos não autorizados⁸

Daqui resulta com clareza que a tecnologia utilizada tem implicações inevitáveis no sentido de permitir ou excluir modalidades de utilização das obras protegidas em rede.

E a tecnologia não é neutra. Justamente a adopção duma tecnologia, em vez de outra, condiciona as potencialidades de utilização. Isto leva até à posição contrária extrema, de *optimismo tecnológico*, que pretende que a técnica tem a capacidade de resolver todos os problemas que se possam ir levantando. Exprime-se por uma conhecida frase: “O remédio para a técnica está na técnica”. A própria técnica seria capaz de encontrar a solução para os problemas que a técnica cria incessantemente.

Mas também este optimismo é destituído de fundamento, porque nada nos assegura que a técnica marche inexoravelmente

⁸ Cfr. sobre esta matéria o art. 107 da Lei dos Direitos Autorais brasileira (Lei n.º 9 610/98, de 19 de Fevereiro).

para as soluções correctas. Se as técnicas não são neutras, impõe-se a intervenção da lei para levar à adopção das que melhor satisfazem as necessidades sociais.

No campo mais específico da gestão dos direitos intelectuais desenvolvem-se tecnologias chamadas, também incaracteristicamente, de “informação para a gestão dos direitos”, que permitem discriminar as utilizações, mesmo em rede, que se fizerem de obras ou prestações protegidas. Seja o caso de tatuagens indeléveis nos suportes que localizam essas utilizações.

E de passo em passo chega-se ao esquema do DRM – *Digital Rights Management*. A gestão, colectiva ou até individual, dos direitos em rede poderia passar a ser exclusivamente electrónica. As próprias entidades de gestão colectiva actuais poderiam ser afastadas, se se não reconvertissem. A técnica permitiria, com muito maior precisão, detectar as utilizações efectivamente realizadas dispensando cálculos e amostragens, e permitindo o apuramento exacto dos direitos devidos aos titulares.

Ainda estamos longe deste desiderato. Mas também aqui a técnica permitiria suplantar as perplexidades criadas pela própria técnica das utilizações na dispersão da rede e chegar a grandes melhorias nos sistemas de gestão.

Lessig aplicou este esquema também à *privacidade*. Este é, como se sabe, um dos domínios de colisão entre a Comunidade Europeia e os Estados Unidos da América, que são acusados de não a protegerem suficientemente. De facto estes recorrem prevalentemente à auto-regulação e admitem práticas chocantes, como a venda pelas empresas de pacotes de dados dos seus clientes.

Também neste sector o “código” tem um importante significado. Lessig porém foi mais longe e admitiu a venalidade individual dos dados pessoais: estaria na autonomia de cada um dispor dos seus dados, como entendesse. Foi contestado nos

próprios Estados Unidos, pela insuficiência da solução para os objectivos pretendidos⁹

É possível que a tese de Lessig, sem dúvida insuficiente, traduza também uma reacção contra os exageros que se verificam em muitos lados em matéria de privacidade. Como esta foi despida de significado substancial, acabam por se proteger como dados relevantes aspectos que na realidade já o não são.

6. Recurso indevido ao direito de autor em rede:

A) Dispositivos tecnológicos e informação para a gestão

Mas nada fez deter o avanço da disciplina jurídica da rede.

No domínio que há pouco referimos, o dos *dispositivos tecnológicos de protecção*, ultrapassou-se posteriormente o estado da mera protecção desses dispositivos. Assim, a Directriz comunitária n.º 01/29/CE indica os casos em que se podem contornar os dispositivos tecnológicos para permitir o exercício das restrições aos direitos exclusivos admitidas por lei (art. 6). A solução é porém muito insatisfatória. Por um lado, confia aos próprios “titulares de direitos” as soluções a adoptar. Por outro, não abrange todas as restrições, o que é incompreensível: até o direito de citação não foi incluído. Isto significa que de uma penada se eliminam da rede grande parte de limites que tão parcimoniosamente haviam sido concedidos¹⁰.

Quanto às “*informações para a gestão dos direitos*”, tudo se limita à protecção dos dispositivos¹¹. Não se prevêem sequer hipóteses em que seja lícito circunscrever estes dispositivos. É muito grave, porque assim o titular do sítio tem

⁹ Cfr. Marc Rotenberg, *Fair information practices and the right of privacy (What Larry doesn't get)*, in 2001 Stan. Tech. L. Rev. 1 (http://stlr.stanford.edu/STLR/Articles/01_STLR_1).

¹⁰ Na disposição, aparentemente geral, do art. 5.

¹¹ Cfr. o art. 12 do Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor. O mesmo se passa na Directriz (art. 7).

as mãos livres para considerar matéria protegida tudo o que entender: a possibilidade de detecção, defesa e controlo dos desvios por parte do público é praticamente nula. Deste modo, a coberto do direito de autor, acaba por se atribuir um exclusivo que pode versar, ao sabor do titular do sítio, sobre qualquer conteúdo em rede.

A gravidade destes esquemas está em serem apresentados como emanando do Direito de Autor. A sua violação seria assim violação do direito de autor, e sujeita às sanções particularmente violentas a que este está submetido. É uma solução muito contestável, porque na realidade o beneficiário da protecção é o explorador do sítio, e só por acaso o será também o titular de direitos autorais.

7. B) Reprodução e transmissão tecnológica

Mas a protecção de actividades na internet pelo Direito de Autor avançou por muitos outros campos.

Um dos mais significativos consistiu no entendimento extensivo dado à reprodução.

Mesmo afastando a distinção entre gravação ou fixação e reprodução, esta última suporia um mínimo, que seria a criação dum exemplar tangível.

Pretende-se porém, e esta é a posição internacionalmente fomentada, que as próprias operações invisíveis ao olhar humano, que se processam na memória do computador, seriam reproduções. Com isto, havendo obra ou prestação protegida, toda a comunicação na internet estaria submetida ao Direito de Autor.

Há um aspecto que terá necessariamente de ficar de fora deste entendimento: a representação ou *display* no visor do utente.

As faculdades compreendidas no Direito de Autor são fundamentalmente as de:

- comunicação ao público
- reprodução
- distribuição

A apresentação no visor é tipicamente comunicação ao público, como o é a exibição da obra cinematográfica.

Mas mesmo além disso, há que distinguir o que representa e não reprodução.

O texto que é enviado pela rede e eu imprimo, ou a música que gravo, são objecto de reprodução. Há a criação de exemplar tangível que caracteriza esta, embora na sequência de uma transmissão pela rede.

Mas a reprodução não abrange já as reproduções meramente tecnológicas¹². Há diferença entre transmissão e reprodução. A transmissão em si é livre. Os tratados da OMPI resolveram expressamente esta matéria, ao considerar que o exercício do direito de autor em rede se dá com a disponibilização da obra ao público. A transmissão é mera execução, e não exercício do direito. Aliás, estes tratados não regulam sequer a reprodução.

Consideramos por isso abusiva a pretensão de encontrar um novo exercício do direito de autor em cada transmissão em rede, quando se está no âmbito de meras relações contratuais que supõem o direito de autor já exercido. Os procedimentos meramente técnicos continuam fora da valoração do Direito de Autor¹³.

8. C) A associação de conteúdos em rede: os hipernexos

Outro ponto de grande relevância é o que respeita à associação de conteúdos em rede. Vamos considerar

¹² Cfr. o nosso “Os actos de reprodução no ambiente digital. As transmissões digitais”, in “Direito da Sociedade da Informação”, vol. IV, APDI/Coimbra Editora, 2003, 69-88.

¹³ Assim, na *radiodifusão*, o que é relevante é a recepção, como aspecto de comunicação ao público, e não a emissão de ondas hertzianas.

particularmente o estabelecimento de hipernexos (*hyperlinks*), como modalidade de hiperconexões.

Quem acciona um hipernexo é aparentemente transportado de um sítio para outro¹⁴. Pelo que se pergunta se o titular do sítio de origem ou sítio *a quo* (onde está inserido o hipernexo) não se estará locupletando com o conteúdo do sítio *ad quem*, ou de destino.

É claro que a questão autoral só se coloca se o material contido no sítio de destino for autoralmente protegido. Fora disso, qualquer invocação do Direito Autoral é vazia.

Note-se que a questão não reside num eventual aproveitamento do conteúdo de destino sem observância dos dispositivos tecnológicos que condicionam o acesso ou a eventual reprodução. Esses supõem-se inteiramente respeitados. Se houver tais dispositivos no sítio de destino o internauta defrontá-los-á da mesma maneira, e só se satisfizer as exigências gerais terá acesso àquele conteúdo, ou pode executar as operações restringidas.

Na realidade, porém, isto é completamente alheio ao Direito Autoral¹⁵.

O que o hipernexo permite é apenas o acesso a um sítio alheio. Mas o acesso foi genericamente disponibilizado, mesmo quando há um conteúdo de Direito Autoral, quando o titular de direitos colocou a obra em rede à disposição do público. O direito autoral foi então exercido.

O hipernexo permite um atalho, que facilita a comunicação que se pretende na internet. É benéfico para todos: para o internauta, para o titular do sítio de origem e para o titular do sítio de destino. Há equivalência total entre aceder a um sítio tecando o IP do sítio de destino, ou aceder pressionando o trecho em realce sob o qual se oculta igualmente o IP daquele sítio.

¹⁴ Ou para outra página do mesmo sítio, o que nos não interessa nesta oportunidade.

¹⁵ Cfr. o nosso "A liberdade de referências em linha e os seus limites, *in* Rev. Ord. Adv. (Lisboa), ano 61-II, Abr/01, 499-528; *in* Rev. Fac. Dir. Lisboa, XLII (2001), n.º 1, 7-27; e *in* Rev. Forense, ano 97, vol. 358, Nov-Dez/01, 59-74.

Não tem por isso base, salvo razão específica em contrário, a pretensão de submeter o hipernexo à autorização do titular do sítio de destino, quando se remeta para obras intelectuais naquele compreendidas.

9. D) Sítio *Web* e base de dados

Outra matéria em que se recorreu, a nosso ver indevidamente, ao Direito de Autor para caracterizar a actividade em rede, está na própria qualificação dos sítios *web*.

Afirmou-se que todo o sítio *web* representaria uma base de dados. Como tal, gozaria por si da protecção atribuída às bases de dados, ou seja:

- a protecção a título de direito de autor, se pela escolha e ordenação das matérias representarem criações intelectuais.

- a protecção pelo direito *sui generis* do fabricante da base de dados sobre o próprio conteúdo do sítio, nos países que admitem aquele direito.

É um aspecto que versaremos muito rapidamente, porque o que tem importância é o direito *sui generis*, e esse não foi acolhido no Brasil. O direito de autor sobre a base de dados, além das contradições em que está imerso, é na prática pouco significativo.

O sítio *web* não é uma base de dados. Não tem o sentido de uma colectânea de dados ou informações intangíveis. Caso contrário todo o complexo de dados seria uma base de dados – um jornal ou um programa radiofónico, por exemplo. Não tem sido entendido em geral assim, porque faria perder contornos à figura¹⁶.

Mas um sítio pode abrigar uma ou mais bases de dados. Um sítio pode por exemplo conter uma base de dados climatéricos. Nesse

¹⁶ Neste sentido, um tribunal holandês decidiu que um jornal não é uma base de dados, num caso em que dois jornais acusavam um sítio *on line* de infringir os seus direitos de fabricantes de base de dados, por copiar excertos de anúncios de empregos: ver o link abaixo: http://www.out-law.com/php/page.php3?page_id=dutchcourtrulesth1028730068. Em sentido contrário, cfr. Manoel Pereira dos Santos, *A protecção autoral do website*, in “Direito da Sociedade da Informação”, APDI, Coimbra Editora, 2003, 307.

caso, e só nesse caso, ocorre a protecção a título de base de dados; mas o objecto dessa protecção é a base, e não o sítio em si.

Fora disso, poderá haver aspectos do sítio protegidos por Direito de Autor: será o caso da apresentação ou configuração geral do sítio. Mas isso não tem que ver com a base de dados e não será aqui objecto de exame.

10. A reversão da protecção para as indústrias de *copyright*

Com razão ou sem ela, a tendência para subordinar toda a actividade em rede ao Direito de Autor vai sempre em progresso nos países mais ricos em indústrias de *copyright*, ou “culturais”, ou de “conteúdos”, como hoje se diz. A tese da disciplina pelo Direito de Autor prevaleceu sobre o pretendido “espaço livre do Direito”.

Mas a vitória trouxe consigo a própria negação da tese, tal como fora apresentada.

O que se pretendia fora que o Direito de Autor clássico era adequado para também enquadrar o domínio da informática e regular o ciberespaço.

Mas afinal, a multiplicação de leis especiais, sempre em crescimento, demonstra que não era assim. Tanto as leis existentes não eram adequadas que foi necessário criar um direito diferente para a internet. A afirmação que o Direito existente bastava era falaciosa, ou quando muito repousava numa meia verdade para disfarçar a retroactividade que foi atribuída às novas leis.

Mais do que isso, porém: o enquadramento da informática no Direito Autoral não se fez sem impor a este uma entorse grave. O Direito Autoral de hoje não é já o que era há uns escassos 15 anos atrás.

O Direito de Autor foi desviado para proteger realidades meramente tecnológicas, para que não era adequado. Isso implicou um abaixamento geral do nível de criatividade que seria o distintivo do Direito de Autor. E pôs em crise os princípios fundamentais deste ramo.

A situação é tal que as justificações até aqui avançadas para o exclusivo atribuído deixam de ser utilizáveis.

Dizia-se que o direito de autor se destinava a premiar o contributo trazido pelo autor à colectividade e a estimular as novas produções, mediante um exclusivo atribuído por período limitado...

O período actual de protecção não é limitado, no sentido substancial: 70 anos pós-morte¹⁷, que podem chegar até mais de 150 se o autor morrer muito após a criação da obra, não têm nada de limitado.

Por outro lado, vemos competir com o autor e superá-lo outra entidade que, directa ou indirectamente, é a verdadeira beneficiária da protecção: o empresário "cultural". Este é já colocado em paridade com o autor nas justificações oficiais: é necessário *proteger o investimento*¹⁸. Na realidade, o autor é apagado. Por isso também, o direito "moral" do autor está ausente dos novos instrumentos internacionais.

Este protagonismo real do empresário é uma anomalia. Não se explica que se crie um ramo do Direito altamente proteccionista com o fundamento na dignidade da criação intelectual para o pôr afinal ao serviço da protecção dos investimentos.

Os investimentos devem ser protegidos; mas devem sê-lo por meios adequados e proporcionais a esse objectivo. Não tem sentido que o sejam pelo Direito Autoral, que é construído com finalidade diferente.

Isto explica que a protecção seja afinal atribuída sem qualquer consideração verdadeira da criatividade ou da contribuição para o progresso cultural. Se o que se protege precipuamente são os investimentos, interessa o investimento feito, qualquer que ele seja, e não a qualidade ou até a própria existência de uma obra.

Daqui resulta uma hiperprotecção do empresário no domínio das indústrias de *copyright*. Hiperprotecção que, lamentavelmente, vai sempre em acréscimo.

Essa hiperprotecção tem consequências graves. É apresentada como destinada a fomentar a cultura; mas pelo contrário, cria todas as

¹⁷ E que são já mais em vários países.

¹⁸ Também se fala em proteger a inovação, mas em muitos casos nem sequer esta é exigida.

condições para tornar mais difícil, porque mais oneroso, o acesso à cultura.

Tem também implicações ao nível da concorrência. A hiperprotecção fortaleceu a constituição de grandes grupos, nos países exportadores de produtos de *copyright* e também a nível mundial. A concentração das empresas de comunicação, ou de “conteúdos” em geral, que o Direito tornou possível, dá-lhes um poder tal que não se vê possibilidade séria de que novas empresas consigam atingir esse nível. A hiperprotecção, por meio de direitos exclusivos, eliminou afinal a concorrência para o exterior desses grupos. O oligopólio está definitivamente implantado¹⁹.

11. O intercâmbio de ficheiros musicais e audiovisuais

A tendência para tudo proteger pelo Direito de Autor tem levado a consequências maltusianas no desenvolvimento das potencialidades da rede.

É muito elucidativo o que se passou no caso Napster, que é de todos conhecido. A tecnologia MP3 tornou possível o intercâmbio de ficheiros musicais entre terminais. Na progressão, chegou-se também ao intercâmbio de obras audiovisuais.

A inovação obteve uma adesão entusiástica do público, dada a qualidade da peça obtida e a sua quase gratuitidade. Mas provocou a reacção das empresas que faziam a exploração económica, por colocar em risco os seus resultados. Após várias vicissitudes judiciais norte-americanas, chegou-se a uma proibição sumária, como violação do Direito Autoral.

A decisão foi mal estudada pelas ordens jurídicas do sistema romanístico. Aqueles casos norte-americanos discutiam o *fair use*, que tem como um critério relevante o “prejuízo” que se traz para o titular de direitos autorais²⁰. Nos sistemas romanísticos, os dados são outros.

¹⁹ E em certos casos há razões para supor que por meio de acordos, ao menos tácitos, se estabeleceu já o monopólio a nível mundial.

²⁰ Cfr. o nosso *O fair use no Direito Autoral*, in Revista da ABPI – XXII Seminário Nacional de Propriedade Intelectual, Anais 2002, 94-101; in Rev. Forense, 365, 73-83; e in “Direito da Sociedade da Informação”, vol. IV, APDI/Coimbra Editora, 2003, 89-106.

O fundamental residia em apurar se a reprodução dos ficheiros representava ou não um acto de uso privado. Com efeito, a Napster não procedia ela própria à reprodução. Utilizava programas que lhe permitiam detectar onde se encontrava em rede, disponível para reprodução, a peça que se desejava. Tendo-a apontado ao interessado, era este quem realizava depois a descarga desse ficheiro.

No respeitante às obras audiovisuais, o esquema era ainda mais radical. A empresa em causa não localizava sequer os ficheiros disponíveis em rede. Limitava-se a fornecer aos interessados um programa que permitia que eles o fizessem. Eram pois os utentes quem procedia, quer à localização, quer à descarga. Não obstante, foi também proibido nos Estados Unidos, como mero corolário da proibição da Napster.

Se entendermos porém que na base havia um uso privado, e que este é livre, quando não houver regra em contrário, toda a questão deverá ser reequacionada dentro dos sistemas jurídicos em que nos situamos ²¹.

Não nos propomos fazê-lo aqui. O caso serve-nos antes para ilustrar as graves questões implicadas na aplicação radical do Direito de Autor clássico às utilizações em rede.

A Napster procurou adaptar-se à nova situação, atribuindo remunerações aos titulares de direitos, mas não o conseguiu. Acabou por ser vendida, e os novos gestores procuram agora firmar convénios com os titulares de direitos que tornem ainda atraentes para os utentes as condições propostas.

O caso Napster aparece todavia como muito significativo, por uma pluralidade de razões.

Primeiro, porque trouxe a consagração, em caso paradigmático, da orientação que pretende que o ciberespaço está sujeito às mesmas leis de Direito Autoral que o espaço comum.

²¹ No Brasil, haverá que reexaminar a questão à luz da Lei n.º 10 695, de 1.º de Julho, no que respeita à sua repercussão sobre o uso privado.

A recepção no sistema romanístico, ao menos implícita, das posições dos juizes norte-americanos trouxe consigo²² *uma redução do espaço do uso privado*.

No ponto de vista económico, se eliminou a gratuidade de aquisição, levou por outro lado as gravadoras a *baixar os preços praticados*, para tornar mais atraente a compra oficial que o recurso, que por várias vias se continuava a fazer, ao intercâmbio de ficheiros.

Fez entrar as empresas numa *guerra desproporcionada contra os utilizadores* dessas técnicas. Agora, porém, já não apenas contra as empresas que fornecem os meios, mas contra os próprios usuários que são detectados. É assim que se anuncia em Espanha que estão prontos a avançar processos contra 95 000 usuários!

Entramos no absurdo. Se é difícil a responsabilização das empresas intermediárias, é muito mais difícil a dos usuários que fazem uso privado. E, quando se atinge uma dimensão desta ordem, há que parar para repensar toda a questão, porque estamos a entrar num beco sem saída.

O que impressiona mais, em todo este processo, é que o Direito Autoral está a ser activado num sentido que conduz à *redução das possibilidades tecnológicas* permitidas pela rede. A reacção tem um efeito maltusiano, pois leva a uma exclusão do que representa um progresso da comunicação e da informação.

Este resultado é muito de temer. O Direito Autoral não pode ser utilizado como um redutor das possibilidades que o “código” traz consigo.

O difícil equilíbrio a buscar tem de se encontrar numa posição do meio, em que a renúncia à gratuidade tem de ter como contrapartida condições mais atraentes de aquisição e a diferenciação dos utilizadores; mas em qualquer caso, que não impliquem a *repressão das potencialidades tecnológicas* positivas que a rede disponibiliza.

12. O Direito de Autor sem autor e sem obra

Estamos a chegar à fase do **Direito de Autor sem autor**. A isso chamam alguns a *morte do Direito de Autor*. Não significa que o

²² Embora não irremissivelmente.

Direito de Autor desapareça, mas que nesta fase o autor se vai tornando um elemento descartável, ou pelo menos marginal.

Isso resulta, desde logo, do abandono do critério da criatividade. O sistema anglo-americano do *copyright* ganhou. O Direito de Autor desceu à protecção da banalidade. A própria Comunidade Europeia prepara-se para propor agora a substituição da criatividade pela *originalidade*, invocando a necessidade de harmonização²³. É o dobre de finados: a originalidade é muito mais um requisito das inovações industriais que do objecto do Direito de Autor.

Concorrentemente, prossegue a equiparação entre a protecção concedida pelo direito de autor e pelos direitos conexos. Estados Unidos e Comunidade Europeia estão, ao menos tacitamente, de acordo em unificar cada vez mais os dois complexos.

Compreende-se que se proceda assim. Se o que está em primeiro plano é a *protecção dos investimentos* (ou, no máximo, das *inovações*) das indústrias de *copyright*, passa a ser irrelevante que essas inovações tenham ou não a característica da criatividade, e portanto o acto de criação que é a marca do autor.

Por outro lado, os *direitos conexos* protegem já, salvo no que respeita aos artistas, puras prestações empresariais²⁴, pelo que se integram abertamente no modelo da protecção das empresas de *copyright*.

Mesmo certos acréscimos de protecção, que aparentemente beneficiariam os autores, são na realidade antes dirigidos à protecção das empresas. Seja o caso dos *aumentos dos prazos de protecção*²⁵. Os autores nunca se sentirão estimulados deste modo: é-lhes irrelevante. Mas para as empresas de *copyright* isto significa atribuir-lhes, limpos, vinte anos ou mais de prorrogação da exploração económica.

²³ Generalizando o tema usado marginalmente, nos programas de computador, nas fotografias não artísticas, nas bases de dados e nas de obras de arte aplicada.

²⁴ Assim se passa com os produtores de fonogramas e de videogramas e com os organismos de radiodifusão.

²⁵ Que chegam até 90 ou 100 anos pós-morte, em certos países.

Mas não há apenas o Direito de Autor sem autor: há também o **Direito de Autor sem obra**.

Se o que se protege é a actividade empresarial, é indiferente que o objecto protegido tenha o carácter de obra. Só interessa a mercadoria intelectual, seja ela qual for.

Sem se confessar, isso resulta já dos sistemas tecnológicos de protecção e de informação sobre a gestão dos direitos.

Se se abandona afinal ao titular do sítio, embora a pretexto do direito de autor, a liberdade de estabelecer ilimitadamente dispositivos de protecção, isso significa que o conteúdo do sítio passou a ser indiferente. As obras ou prestações protegidas estão no mesmo plano que quaisquer outros conteúdos. Invoca-se o Direito Autoral, mas é indiferente que haja ou não objecto protegido.

O mesmo resulta dos dispositivos de informação para a gestão dos direitos. O titular do sítio tem a liberdade de os apor a qualquer conteúdo. Como não há nenhuma previsão de controlo, o facto de se referirem ou não a uma obra torna-se irrelevante.

Tudo isto é coerente com o abaixamento do nível de exigência da criatividade a que vimos assistindo. A protecção pelo Direito Autoral dos programas de computador, que não são obras, não é ocorrência isolada. É um marco no caminho da dissolução na obra no conteúdo das indústrias de *copyright*. Estas prescindem bem de qualquer prurido de natureza qualitativa.

Estão assim lançados os alicerces do Direito de Autor sem obra.

13. A informação em risco na sociedade da informação

Cada vez se toma mais nítido que Direito de Autor, comunicação, ciberética, é tudo uma corrente que desemboca na problemática básica da informação. A informação é o elemento nuclear que está em jogo.

O século passado revolucionou brilhantemente a problemática da comunicação. Assegurou o que deveríamos chamar a *sociedade da comunicação*. Ficámos próximos do ideal da comunicação de todos com todos.

Mas não assegurou a sociedade da informação, e muito menos a sociedade do conhecimento.

Houve a consciência que a *informação é o elemento estratégico do processo social*. A quantidade de informação disponível cresceu exponencialmente. A informação foi utilizada como nunca na história, na propaganda política, na estratégia militar, na comercialização...

Mas o significado da informação disponível depende de produzir ou não o conhecimento. O valor da informação não se mede por quantidades. A questão passa a ser: esta informação produz o conhecimento, ou não? A sociedade de massas oferece uma quantidade fantástica de informação disponível mas de que não resulta informação assimilada. Dela não gera afinal o conhecimento.

São hoje visíveis as ambigüidades que se ocultam na referência, já de si indefinida, à “sociedade da informação”.

Quando as televisões de todo o mundo oferecem simultaneamente as mesmas imagens, não estamos perante um desenvolvimento, mas perante uma *redução da informação*.

Quando, na aparente diversidade, os dados são filtrados e controlados de formas mil, não há informação, há *desinformação*.

O interesse empresarial pela informação traduz-se num movimento de *monopolização e privatização* da informação que foi assinalado²⁶. A informação tem cada vez mais gravames. Esses gravames servem as empresas de informação, mas não a informação e o conhecimento das pessoas.

Particularmente, é importante o que respeita ao *agnosticismo sobre o conteúdo da informação*.

Se a informação é mero dado, sem nenhuma consideração de conteúdo, a meta da sociedade do conhecimento permanece sempre longínqua. Mas é isso que resulta da banalização total da matéria oferecida. Foi preciso banalizar o Direito de Autor para que a indústria da informação progredisse sem estorvo.

²⁶ A expressão é de Andreas Wiese, *Information als Naturkraft*, GRUR, 4/94 (Abril), 233-246 (245).

Mas se se abandonam todas as considerações qualitativas e o critério passa a ser dado pelo mercado; se os entes públicos se demitem de qualquer função orientadora; então a informação será produto de supermercado, mas não conduzirá a uma sociedade de conhecimento ou ao desenvolvimento da cultura.

Há aqui, evidentemente, questões da maior gravidade a ponderar. Mas é indispensável distinguir cultura e pornografia. Até agora, apenas se retiraram as barreiras a uma penetração indiscriminada de conteúdos preparados alhures. É preciso agora aumentar a participação própria e saber como aproveitar realmente a informação disponível.

O Direito Intelectual também não é neutro. Ou serve o conhecimento e a cultura ou está a ser afastado das razões e raízes fundamentais que estão na base da sua implantação.

A PROTEÇÃO À VIDA DOS EMBRIÕES “EXCEDENTÁRIOS” ORIUNDOS DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Olga J. Gouveia Krell^(*)

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A proteção à vida na Constituição brasileira. 3. Início biológico da vida humana. 4. As doutrinas “natalista” e “concepcionista” da personalidade jurídica. 5. A relativização da personalidade jurídica na base da proteção constitucional do embrião *in vitro*; os direitos patrimoniais. 6. Em busca de uma proteção integral da vida humana. 7. Abrangência da proteção da vida humana; recentes Projetos de Lei. 8. Conclusões.

1. Introdução

A procriação medicamente assistida do ser humano surgiu no contexto de descobertas e de experiências científicas na segunda parte do século XX. As conseqüências da má utilização da reprodução artificial podem ocorrer quando os casais recorrem às clínicas médicas, não apenas com o intuito de remediar um problema da infertilidade, mas dispostos a provocar mudanças nos caracteres fenótipos de seus futuros filhos.

Para o êxito da fecundação artificial (*in vitro*), se faz necessária a produção de vários embriões, muitos dos quais não são aproveitados. Muitas das clínicas de fertilização artificial promovem a utilização de embriões humanos congelados (“criopreservados”) para poder deles extrair as chamadas *células tronco*, com o objetivo de criação de órgãos humanos “avulsos”, que podem substituir doentes. Para além do aproveitamento desses embriões em pesquisas, existe, inclusive, a problemática ética de sua utilização na produção comércio de cosméticos, ou mesmo o seu descarte.

(*) Mestre e Doutoranda em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE); ex-professora da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP); ex-professora substituta da Escola da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE).

A regulamentação parlamentar das Técnicas de Reprodução Humana Assistida (TRHA) está em pleno curso no Congresso Nacional brasileiro, sendo necessária a proposta de soluções normativas concretas .

2. A proteção à vida na Constituição brasileira

O “espírito” da Carta Brasileira de 1988 é terminantemente favorável ao direito à vida, que é, sem dúvida, o primeiro e mais importante de todos os direitos fundamentais do ser humano. O respeito a ela e aos demais bens ou direitos correlatos decorre de um dever absoluto *erga omnes*, por sua própria natureza.

O direito à vida integra-se à pessoa até o seu óbito, abrangendo o direito de nascer, o de continuar vivo, pouco importando o fato de ser a pessoa idosa (art. 230), criança ou adolescente (art. 227), portadora de anomalias físicas ou psíquicas (art. 203, IV, 227 § I, II) ou nascituro.

Destarte, a vida humana é *anterior* ao Direito: ela não é uma concessão jurídico-estatal, nem tampouco um direito a si mesmo. Por esse raciocínio não é possível que o próprio titular possa dispor de sua vida, isso seria legitimar o suicídio, por exemplo, ou permitir a prática da eutanásia.

A vida humana não é domínio da vontade livre e consciente do agente, este é o primeiro a respeitá-la.¹ A Constituição brasileira protege a vida de qualquer criatura humana, ainda que imperfeita ou submetida a limitações, o que significa uma garantia da *vida sem qualificativos*.²

É um direito não criado pelo Estado, mas por ele apenas reconhecido, devendo o mesmo protegê-lo desde a sua concepção e preservá-lo ainda mais quanto mais insuficiente for o titular desse direito.³ O direito à vida constitui direito personalíssimo, insusceptível

¹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 22.

² NALINI, José Renato. A evolução protetiva da vida na Constituição Brasileira. In: DIP, Ricardo H. Marques (org.). **A vida dos direitos humanos: Bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999, p. 268.

³ Cf. MARTINS, Ives Gandra da S. O Direito Constitucional comparado e a inviolabilidade da vida humana. In: DIP, Ricardo H. Marques (org.). **A**

de transmissão de um titular para outro, e ainda encontra-se inserido dentro dos direitos pessoais, cuja característica fundamental é a de não ter natureza patrimonial.⁴ Ao mesmo tempo, o direito à vida possui eficácia negativa por vedar qualquer lei estatal que lhe seja contrária.⁵ Importante mencionar também que o direito fundamental à *integridade pessoal* (física e moral), que não consta expressamente do texto constitucional brasileiro, deve ser entendido como uma dimensão do direito à vida.⁶ No âmbito da análise da abrangência do direito à procriação assistida, ponto crucial é determinar quando a vida humana começa a existir em termos biológicos, para que se possa, em seguida, determinar a abrangência da sua proteção legal. Surge a pergunta se a Constituição protege a vida desde a *concepção*, com a fecundação do óvulo ou somente a partir do *nascimento*.⁷

3. Início biológico da vida humana

Biologicamente, a vida tem início a partir da fusão de duas células altamente especializadas, denominadas *gametas*. A partir desta fusão, uma nova célula humana, com uma estrutura própria de informação, começa operar como unidade individual.⁸ Em outras palavras, os gametas masculino e feminino, além dos cromossomos presentes em seus pronúcleos devem morrer enquanto tais para que se

vida dos direitos humanos: Bioética médica e jurídica. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999, p. 137.

⁴ Cf. NERY, Rosa M. B. Borriello de Andrade. A proteção civil da vida humana. In: DIP, Ricardo H. Marques (org.). Ob. cit., 1999, p. 449s.

⁵ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2001, p. 23.

⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**, 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 198; LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. O direito à identidade genética do ser humano. In: **Portugal-Brasil Ano 2000: Tema Direito**, Studia Iuridica, n. 40, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, p. 355s, 1999.

⁷ Cf. NALINI, José Renato. A evolução protetiva da vida na Constituição Brasileira. In: DIP, Ricardo H. Marques (org.). Ob. cit., 1999, p. 269.

⁸ SIQUEIRA, Marília de. O início da vida e a medicina atual. In: DIP, Ricardo H. Marques (org.). **A vida dos direitos humanos: Bioética médica e jurídica**, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999, p. 337ss.; PEREIRA E SILVA, Reinaldo. **Introdução ao Biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana**, São Paulo: LTr, 2002, p. 98ss.

possa dar origem a novo ser capaz de converter-se em um homem ou mulher.

É fato médico notório que a fecundação do óvulo pelo esperma ocorre nas trompas de falópio de doze a vinte e quatro horas após a ovulação é o primeiro e segundo dias. Uma vez fecundado, o novo ser recém concebido desce através da luz tubária com destino à cavidade uterina é exatamente no terceiro e quarto dias que o embrião sob a forma de mórula, com 12 a 16 células, chega finalmente ao interior do útero.

Do sexto ao oitavo dias, inicia-se a nidação, ou seja, a implantação do conceito, sob a forma de blastócito, no endométrio, isto é, na mucosa que reveste o útero e onde o embrião se aninha. No décimo segundo dia inicia-se a formação dos vasos sanguíneos. Do décimo oitavo ao vigésimo primeiro dias o coração começa a pulsar.⁹

A partir da concepção, cada indivíduo é uma unidade funcional, e tem uma dada organização: com hierarquia das mesmas, desde o estágio de células. Isto significa dizer que, qualquer que seja o sistema do organismo humano (o sistema nervoso como o digestivo, ou cardio-circulatório e o ósteo-articular), está determinado a alcançar um fim.

Todos estão direcionados desde os seus primórdios a atingir aquela determinada configuração do adulto e perseguem este objetivo, etapa por etapa, até adquirirem a configuração para a qual foram programados. Todas as etapas são necessárias para a consecução deste fim. Escolher uma etapa-chave ou decisiva para se dizer que, a partir dela um ser humano começa a existir, é pura ficção, uma falsidade científica.¹⁰ Assim, o embrião deve ser considerado, desde a fecundação, um ser humano.

Em sentido contrário se posiciona a teoria do *pré-embrião*, também conhecida pelo “critério do 14º dia”, contido no famoso Informe Warnock sobre Fertilização e Embriologia, publicado no Reino Unido, em 1984, segundo o qual deve ser permitida a pesquisa

⁹ ALVES, João Evangelista dos Santos. Direitos humanos, sexualidade e integridade na transmissão da vida. In: DIP, Ricardo H. Marques (org.). Ob. cit., 1999, p. 214s.

¹⁰ SIQUEIRA, Marília, de. Ob. cit., p. 338s.

ou mesmo o descarte de (pré-)embriões humanos excedentes,¹¹ visto antes do 14º dia de desenvolvimento, o zigoto estaria privado de um sistema nervoso central e portanto não passaria de um emaranhado de células.

Somente a partir de duas semanas após a concepção, com o aparecimento da linha primitiva que assegura a organização espacial da simetria humana, essa "teoria do pré-embrião" aceita o início de uma individualidade biológica em desenvolvimento. Essa orientação é seguida por países como Austrália, Reino Unido e Suécia.

Todavia, é necessário compreender que todas as fases do desenvolvimento do ser humano, a partir da concepção, integram um processo contínuo. A debilidade física do embrião nos primeiros dias ou semanas não é justificativa para interromper uma existência humana.¹²

4. As doutrinas "natalista" e "concepcionista" da personalidade jurídica

Questão distinta da dúvida sobre o início da vida humana é a indagação sobre a natureza do embrião humano que não é tema da Biologia, mas exclusivamente do Direito.¹³ A *personalidade jurídica* é um "atributo criado pela ordem jurídica e imputado ao homem e outras entidades para atender a necessidades do tráfico social, sem que isso possa ser considerado um demérito para o ser humano, ou uma contradição".¹⁴

Afere-se a qualidade de *pessoa*, seja natural ou jurídica, a todo aquele que tem personalidade jurídica, e esta por sua vez é atribuída

¹¹ O Governo da Grã-Bretanha, em 1982, constituiu uma comissão sob a presidência de Mary Warnock, com a finalidade de estudar e analisar os temas relativos às técnicas de reprodução assistida, que foi publicado em 1984, sob o título *Inquiry Warnock into Human Fertilisation and Embryology*.

¹² Vide BOLZAN, Alejandro D. **Reprodução assistida e dignidade humana**. Trad. Marisa do N. Paro. São Paulo: Paulinas, 1998, p. 22ss.

¹³ SANTOS, M. Celeste Cordeiro dos. **O equilíbrio do pêndulo. A Bioética e a lei: implicações médico-legais**. São Paulo: Ícone, 1998, p. 153.

¹⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano de Eficácia** (1ª Parte), 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 141.

por lei.¹⁵ *Sujeito de Direito* é toda pessoa a quem a lei atribui direitos e obrigações. É, portanto, questão anterior à existência de personalidade a de ser ou não *sujeito de Direito*; existem, no ordenamento pátrio, vários sujeitos de Direito que *não* são pessoas físicas ou jurídicas.¹⁶

Assim, o nascituro, apesar de ainda não possuir *personalidade* jurídica, que se inicia somente a partir do “nascimento com vida” (art. 2º, Código Civil brasileiro, de 2002), tem capacidade de ser parte e titularidade de pretensões de direito material,¹⁷ o que o caracteriza como sujeito e direito.

Toda pessoa que nasce com vida é capaz de adquirir direitos e contrair obrigações: é a *capacidade*, que se confunde com a própria personalidade jurídica; ela permite “gradações” e pode ser definida como “maior ou menor extensão dos direitos da pessoa”. A capacidade *de gozo* ou *de fato* consiste na aptidão de uma pessoa praticar um ato jurídico, se tornando sujeito de direitos e obrigações; a capacidade de direito, por sua vez, inclui a aptidão para exercer esses direitos e cumprir essas obrigações.¹⁸

Destarte, a incapacidade para exercer os atos da vida civil pode ser absoluta e relativa. Nesse sentido, aqueles que são considerados incapazes pela lei, são devidamente representados na proteção de seus interesses, inclusive os embriões *in vivo* ou nascituro.

O *nascituro*, aquele que ainda que não nasceu mas já foi concebido, é sujeito de Direito, porque a lei a ele aferiu uma série de direitos: ele pode ser reconhecido pelo pai, adquirir bens na sucessão hereditária, possui o direito à vida etc.

Maciel admite a existência de uma vida pré-jurídica ao nascituro enquanto “ente não personificado”, posto que a personalidade jurídica desse ente se encontra completa, bastando apenas o seu reconhecimento legal pelo Estado, confundindo-se a sua capacidade de direito com a própria personalidade jurídica, que o dá aptidão para adquirir direitos e obrigações, ainda que de forma

¹⁵ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 147.

¹⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. Ob. cit., p. 125ss.

¹⁷ Ob. cit., p. 138ss.

¹⁸ ALBERTON, Alexandre M. da Silva. *O direito do nascituro a alimentos*, Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 26.

representada.¹⁹ Ao mesmo tempo, deve-se lembrar que a teoria da proteção civilista dos interesses dos incapazes por via de representação²⁰ não contribui para a determinação de proteção legal dos embriões humanos *in vitro*.

O já mencionado art. 2º do novo Código Civil - com teor igual ao art. 4º, do CC de 1916 - determina que "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro." Pergunta-se se essa proteção "desde a concepção" pode ser interpretada de forma extensa, ao fora do útero, isto é, aos embriões criados *in vitro* em laboratório.

Na atual doutrina, os "concepcionistas" adotam uma interpretação sistemática, que recorre ao art. 5º, *caput*, CF, com arrimo na defesa do direito à vida e à integridade física da pessoa humana, para estender a personalidade jurídico ao nascituro, e, mais recentemente, ao embrião *in vitro*, enquanto que a corrente dos "natalistas" defende uma interpretação literal do art. 2º, do novo CC, condicionando a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento com vida.

A partir desse momento, o nascituro - na visão natalista - se torna uma "mera expectativa de pessoa" (*spes hominis*), sendo considerado como existente para aquilo que lhe é juridicamente proveitoso. Como, para esta linha, a personalidade somente começa com a consumação do nascimento, os direitos do nascituro constituem "meras expectativas", que permanecem "em estado potencial".²¹ Argumenta-se que, se o nascituro já fosse pessoa, "todos os direitos subjetivos lhe seriam conferidos automaticamente, sem necessidade de a lei decliná-los um a um".²²

Para os natalistas, o conceito do nascituro está atrelado ao da gravidez, ou seja, o estado após a implantação do ovo fecundado no

¹⁹ MACIEL, Fernando A. Barbosa. **Capacidade & entes não personificados**, Curitiba: Juruá, 2001, p. 58ss.

²⁰ RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**, Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 69ss.

²¹ Cf. ALBERTON, Alexandre M. da Silva. Ob. cit., p. 31ss. São os principais representantes da corrente natalista Caio Mário da Silva Pereira, Pontes de Miranda e Eduardo Espínola.

²² SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 40.

útero (nidação), o que faz com que o embrião humano congelado não seja considerado nascituro e, portanto, fique desprotegido pela lei civil.

No entanto, é evidente que o embrião pré-implantatório e criopreservado também merece ser protegido jurídica e eticamente como pessoa virtual,²³ necessitando de uma legislação específica. Sendo assim, os concepcionistas partem do entendimento de que, do ponto de vista biológico, é a partir da concepção que há o começo de uma nova vida de um ser humano, que deve ser respeitado e tratado como pessoa.²⁴

Para robustecer este posicionamento, podem ser citados os tratados internacionais nos quais se reconhecem os embriões como pessoas. Assim, o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), ratificado pelo Brasil em 1992, que reza, no seu art. 4º, I: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite a sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, e, em geral, *desde o momento da concepção*. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente” (destaque nosso).

Além disso, a Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, de 1989, do qual o Brasil é signatário, estabelece que todo ser humano, desde o momento de sua concepção, é pessoa (art. 1º). Vale lembrar que o já mencionado art. 5º, § 2º, da CF, em matéria de direitos fundamentais, recepciona direitos oriundos de tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte.

Contra os argumentos “natalistas” pode ser aduzido também que a proteção legal do art. 2º, do novo CC, não explicita se a referida concepção deve ser efetuada necessariamente *dentro* do útero

²³ ALMEIDA, Silmara J. de Abreu Chinelato e. Direitos de personalidade do nascituro. **Rev. do Advogado**, n. 38, p. 23ss., dez. 1992.

²⁴ ALMEIDA, Silmara J. de A. Chinelato. Ob. cit.; LORENTZ, Joaquim T. O início da vida humana. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 339s., 346. VIANNA, Guaraci de Campos. O nascituro como sujeito de direitos. **Ensaio Jurídicos**. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica, p. 292ss., 1996; OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil**, vol. II, p. 48 *apud* Mello, Marcos B. de. Ob. cit., p. 139.

feminino; além do mais, o próprio texto não menciona a gravidez como critério de diferenciação entre o embrião "natural" e o *in vitro*.

5. A relativização da personalidade jurídica na base da proteção constitucional do embrião *in vitro*; os direitos patrimoniais

É coerente a posição de Meirelles, que enfatiza a *similitude originária* de todos os seres humanos como fundamento de proteção do nascituro *in vitro*.²⁵ e refuta a necessidade de se outorgar personalidade jurídica ao embrião *in vitro*, para reconhecê-lo como sujeito de Direito, ainda que sob a condição *suspensiva* da sua implantação no útero ou a *resolutiva* de sua não implantação. Ou seja, a implantação no útero, seguida da nidação, torná-lo-ia um nascituro, e, portanto, titular de direitos. Na verdade, este condicionamento não pode ser aceito por reduzir a referida titularidade à vontade e ao interesse de outrem.²⁶

Em relação à proteção da vida dos embriões criados *in vitro*, pode-se identificar a corrente "genético-desenvolvimentista", que coincide, em grande parte, com a doutrina "natalista" acima mencionada. Para estes autores, o ser humano passa pelas fases de pré-embrião, embrião e feto, apresentando em cada uma delas características diferentes, o que tornaria sem sentido a noção de "direitos do embrião", porque em um "conjunto desorganizado de células" existiria apenas um "projeto de pessoa".²⁷

Ao contrário, a doutrina "ecclética" – seguindo a orientação "concepcionista" – trata os embriões, desde a concepção, como pessoas em potencial, com direito a uma maior proteção que os tecidos humanos, pois são "potencialmente viáveis" como seres humanos. Por isso, atribuem-se ao embrião praticamente os mesmos direitos como se fosse pessoa.²⁸

²⁵ MEIRELLES, Jussara M. Leal. Os embriões humanos mantidos em laboratórios e a proteção da pessoa. In: BARBOZA, Heloísa Helena *et alii* (coords.). Ob. cit., 2003, p. 91.

²⁶ Ob. cit., 2003, p. 88.

²⁷ Cf. ANTUNES, Tatiana de Souza A. Clonagem humana: uma afronta aos direitos fundamentais da pessoa humana. In: BRANDÃO, Cláudio; ADEODATO, João Maurício (orgs.). **Direito ao extremo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 323.

²⁸ Ob. cit., p. 324.

De forma controvertida, o Tribunal Constitucional de Portugal entendeu que o princípio fundamental da inviolabilidade da vida humana (art. 24, n. 1, CP) só assume expressão subjetiva quanto à vida humana já nascida, não se estendendo ao embrião e o feto humano.²⁹ Na Espanha, o Tribunal Constitucional, numa decisão polêmica (Sentencia n. 53/1985), entendeu que o nascituro não podia ser considerado sujeito titular do direito à vida, mas, ao mesmo tempo, afirmou que o embrião estaria alcançado pelo princípios constitucionais da proteção à vida e à dignidade humana. Na base dessa posição, admitiu exceções à penalização do aborto.³⁰ Nos anos 70 do século XX, a Corte Constitucional Alemã, nas suas decisões sobre o aborto, se referiu à dignidade humana, mas deduziu os limites desta garantia do direito à vida; esta “solução mista” foi muito criticada pela doutrina.³¹

Parte dos autores brasileiros ainda entende que não é possível vincular a proteção legal do embrião ao instituto da personalidade jurídica, posto que, se de fato a lei assim o reconhecesse, o embrião *in vitro* estaria apto para ser sujeito de direito, e como tal exercer não apenas os direitos de ordem pessoal, mas, inclusive, os de ordem patrimonial.

Por outro lado, “reduzir a personalidade à vontade de pessoas direta ou indiretamente interessadas, por melhores que sejam suas intenções, faz caracterizar-se verdadeira instrumentalização do ser embrionário. Saliente-se o agravamento de tal sujeição nas hipóteses em que se pretenda vantagens patrimoniais a partir da eventual gestação ou do nascimento do implantado.”³² De fato, em matéria

²⁹ Cf. COSTA, José Manuel M. Cardoso da. O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas. In: BARROS, Sérgio Resende de; ZILVETI, Fernando Aurélio (coords.). **Direito Constitucional - Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 194.

³⁰ Cf. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coord.). **Derecho Constitucional**, vol. II, Madrid: Tecnos, 1999, p. 80s.

³¹ Cf. ARNOLD, Rainer. Bioética e a Constituição - os limites constitucionais da biotecnologia, in: BARROS, Sérgio Resende de; ZILVETI, Fernando A. (coords.). **Direito Constitucional**, 1999, p. 241.

³² MEIRELLES, Jussara M. Leal. Os embriões humanos mantidos em laboratórios e a proteção da pessoa. In: BARBOZA, Heloísa H. *et alii* (coords.). Ob. cit., 2003, p. 89.

sucessória, seria impensável a aceitação legal, por exemplo, da eventualidade de um sucessor cuja existência dependesse de atos de terceiros a depender, por exemplo, de um ato voluntário do médico ou da viúva do *de cujus*.

6. Em busca de uma proteção integral da vida humana

Para Porras Del Corral, a proteção do embrião deve ser *única*, sem fazer distinções que variem segundo cada fase de seu desenvolvimento, isto porque o conceito de pessoa não é dado pela biologia, mas constitui uma categoria ética e, por via de consequência, jurídica. O autor ressalta que, face à dúvidas da ciência sobre o início da vida humana, o legislador teria que decidir em favor da parte mais fraca envolvida e, tratando de restrições dos direitos de seres não nascidos, optar pelo princípio de se abster em caso de dúvida, amplamente enraizado na ordem jurídica.³³

Nesse caminho, indaga-se "em que medida os valores fundamentais e determinantes do ser humano na cultura filosófica e jurídica ocidental podem servir para conceituar o novo sujeito, que aguarda a consagração de seus direitos e deveres no sistema normativo da sociedade tecno-científica".³⁴ Até hoje, no Brasil, milhares de embriões são produzidos, congelados e depois descartados ou usados em experimentos duvidosos, ou mesmo comercializados em indústrias de cosméticos.

Assim, "o que informa a semelhança entre os seres nascidos e aqueles concebidos e mantidos em laboratório é a sua natureza comum e o que representam axiologicamente, e não a maior ou menor possibilidade de se adequarem à categoria abstrata da personalidade jurídica".³⁵ Nessa linha, seria inadmissível dissociar os embriões *in vitro* da proteção oriunda do princípio da dignidade humana e do direito à vida.

Pereira e Silva defende a extensão da personalidade jurídica aos embriões *in vitro*, ao menos parcialmente, isto é, válida na

³³ PORRAS DEL CORRAL, Manuel. **Biotechnologia, derecho y derechos humanos**. Córdoba: Publicaciones CajaSur, 1996, p. 66ss.

³⁴ BARRETTO, Vicente de Paulo. A idéia de pessoa humana e os limites da bioética. In: BARBOZA, H. H. *et alii* (coord.). **Novos temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 220.

³⁵ MEIRELLES, Jussara M. Leal. Ob. cit., p. 91ss.

determinação dos direitos à vida e à integridade física e psíquica, excluindo-se os de ordem patrimonial,³⁶ para o fim de salvaguarda da vida humana presente nos embriões produzidos artificialmente.

Considerando-se que a visão de personalidade e até mesmo de pessoa como sujeito de direito varia com o tempo e com a própria evolução da sociedade,³⁷ seria de bom alvitre que o legislador brasileiro admitisse uma personalidade jurídica “pré-natal” e portanto *parcial* para embriões *in vitro*, exceto para fins patrimoniais, tomando por base a Constituição brasileira, que não faz qualquer distinção sobre a natureza extra-uterina ou intra-uterina dessa mesma vida. Diante disto, observa-se, no segundo substitutivo do Projeto de Lei brasileiro sobre as TRHA, a preocupação com os embriões gerados *in vitro* (independentemente de não serem considerados como pessoa humana no sentido jurídico), cujo destino atual de sua criopreservação é indefinido em termos legais.

Em respeito à personalização consagrada pela constitucionalização do Direito Civil, determina-se a proibição da utilização dos embriões excedentários em pesquisas científicas, salvo os que foram naturalmente abortados, com autorização expressa dos beneficiários (art. 13, § 4). Ao mesmo tempo, segundo substitutivo ao Projeto de Lei sobre as TRHA, que tramita no Senado, não atribui personalidade jurídica aos embriões gerados em laboratório.

A despeito do Direito português, no art. 66 do Código Civil, determinar o início da personalidade com o nascimento, uma significativa parte da doutrina deste país admite a existência de vida humana e personalidade jurídica a partir da concepção, argumentando a partir da própria Constituição, que consagra a inviolabilidade da vida humana, principal expressão da dignidade do ser humano (art. 24, n. 1, art. 1º).³⁸

³⁶ PEREIRA E SILVA, Reinaldo. Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos. **Rev. dos Tribunais**, vol. 816, São Paulo, p. 86s., out. 2003.

³⁷ LORENTZ, Joaquim Toledo. O início da vida humana, *in*: SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). **Biodireito**, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 343.

³⁸ OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano**, Coimbra: Almedina, 1999, p. 61s.; BARBAS, Stela M. de Almeida Neves. **Direito ao patrimônio genético**, Coimbra: Almedina, 1999, p. 71. No mesmo sentido: RABINDRANATH, V. A. Capelo de Souza. **O Direito Geral de Personalidade**, Coimbra, 1995, p. 363s.

Nessa linha, Otero afirma que "antes do nascimento, o Direito pode e deve intervir na tutela do ser humano, circunstância esta que é independente do reconhecimento de personalidade jurídica." Para ele, a dignidade e a inviolabilidade da vida humana se projetam para um momento anterior ao nascimento, no próprio início da vida, circunstância que permite falar em direitos fundamentais do embrião humano.³⁹ Enfim, independentemente de como tenha ocorrido essa concepção - *dentro* ou *fora* do útero -, existindo a união entre espermatozoide e óvulo, há vida humana merecedora de proteção legal.

7. Abrangência da proteção da vida humana; recentes Projetos de Lei

O primeiro substitutivo do Projeto de Lei (n. 90/99) sobre a Reprodução Assistida no Brasil, de autoria do Senador Lúcio Alcântara, autoriza a transferência de até três embriões a cada ciclo reprodutivo da mulher, visando a evitar o dilema dos embriões excedentes.⁴⁰ Uma transferência maior de três embriões é punida com pena de reclusão de dois a seis anos e multa, sendo que todos os embriões gerados dentro do limite legal devem ser transferidos "a fresco" ao útero materno, não podendo, portanto, ser criopreservados.⁴¹

Objetivando o aperfeiçoamento do primeiro substitutivo, a Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal aprovou, em maio de 2002, o segundo substitutivo, cujo art. 13 reza que "na execução da técnica de reprodução assistida poderão ser produzidos e transferidos até dois embriões, respeitada a vontade da mulher receptora, a cada ciclo reprodutivo." Segundo o § 1º "serão obrigatoriamente transferidos a fresco todos os embriões obtidos, obedecido o critério

³⁹ OTERO, Paulo. Ob. cit., p. 32s., 44ss., 61s.; no mesmo sentido: LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. O Direito à identidade genética do ser humano, in: **Portugal-Brasil Ano 2000 - Tema Direito**, Studia Iuridica, n. 40, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, p. 329, 1999. "Saiba a ciência quando é que começa a vida humana que o Direito imediatamente tem de garantir a sua inviolabilidade" (Otero, Paulo. Ob. cit., p. 40).

⁴⁰ Art. 14 *caput*, do Projeto. No Brasil, a mulher é normalmente submetida a um tratamento especial ("superovulação"), para liberar cerca de quinze óvulos, sendo apenas quatro implantados no útero e o restante congelado ("criopreservado").

⁴¹ Arts. 23; 30 *caput*, do Projeto n. 90/99.

definido no *caput* deste artigo”; o art. 20, inciso V, considera crime a redução embrionária com pena de reclusão de três a dez anos.

Todavia, a redação final do segundo substituto comete um grave deslize quando, no seu art. 22, determina que “o Poder Público promoverá campanhas de incentivo à utilização, por pessoas inférteis ou não, dos embriões preservados e armazenados até a data de publicação desta Lei, preferencialmente ao seu descarte”.

Em vez disso, deveria ser obrigatória a transferência *total* dos excedentes. Otero está com razão quando afirma que, desde que não se assegure o “direito à implantação uterina” e o “direito à gestação” de todos os embriões, não será admissível a produção de embriões excedentários, cuja destruição será sempre um atentado à inviolabilidade da vida humana, configurando um crime de “embrionocídio”.⁴²

Ainda não foi estabelecido um limite ético em relação ao tratamento dos embriões humanos criopreservados. Alguns países permitem o seu descarte ou a utilização dos mesmos em experiências. É caso da Inglaterra, onde 3.000 embriões foram eliminados por terem perdido o “prazo de validade”.

O recente Projeto de Lei, que altera a Lei da Biossegurança (n. 8.974/95),⁴³ permite que cientistas brasileiros possam usar em suas pesquisas células-tronco de embriões humanos. O texto aprovado pelo Senado em outubro de 2004 prevê que os embriões utilizados devam estar congelados até o dia da publicação da Lei e devem ter, no mínimo, três anos de estocagem. O projeto veda, no entanto, a clonagem humana e a produção de embriões para a retirada de células-tronco, com o objetivo terapêutico. Ou seja, só permite o uso de embriões que seriam, necessariamente, descartados por clínicas de fertilização. Segundo Ney Suassuna, relator do projeto, permite-se que sejam utilizados para pesquisa cerca de 20 mil embriões congelados.

⁴² OTERO, Paulo. Ob. cit., p. 47s. Para o autor, a efetivação do direito à gestação de um único embrião nunca poderá tornar lícita a produção de um número de embriões superior às necessidades e cujo destino último será a destruição: se todas as formas de vida humana gozam de uma idêntica garantia de inviolabilidade, o prosseguir da vida de embrião nunca justificaria o aniquilamento da vida de outros.

⁴³ PLC 00009 / 2004, de 06/02/2004, disponível em: www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/getTexto.asp?t=2756.

É preciso lembrar também que a imaturidade dos embriões excedentes não é essencialmente distinta da dos recém-nascidos. O embrião está para um nascituro (que possuem seus direitos garantidos em lei), como o nascituro está para um adulto. Ambos pertencem a estágios diferentes do desenvolvimento de mesmo e único ser, o homem.

Se o direito à vida é garantido ao homem adulto, à criança, ao nascituro, porque não se pensar nessa proteção legal aos embriões criopreservados? Uma vez que todos os seres humanos possuem igual natureza. Uns completamente desenvolvidos (adultos), outros, ainda em desenvolvimento (as crianças e nascituros) e aqueles que tiveram suas etapas de desenvolvimento pleno interrompidas pelo congelamento.⁴⁴

A comunidade internacional lança-se favoravelmente a proteção ética e jurídica dos embriões produzidos em laboratório. É o que se depreende do documento Identidade e Estatuto do Embrião Humano, aprovado em 1996 pelo Comitê Nacional de Bioética da Itália, que assevera: "Cada indivíduo humano, em todas as fases de sua existência, é pessoa humana, e nos seus confrontos existe o dever moral de tutela próprio ao desenvolvimento da capacidade e de funções que é dotado.

Um indivíduo humano pode ainda não ter alcançado ou perdido, a capacidade de desdobrar certas funções típicas da pessoa, sem que isso reduza a sua dignidade de pessoa. No caso do embrião, ser humano individualizado, isto significa que não há o dever moral de tratá-lo como se fosse consciente, livre, autodeterminado, capaz de comunicação e de exercer atividades simbólicas. Entretanto, subsiste o dever moral de tutelar-lhe a existência e a integridade".⁴⁵

Por fim, vale parafrasear Barreto ao afirmar que é necessário lançar uma interrogação diante do impasse com que se defrontam os dois modelos referidos: a de como será possível fundamentar filosoficamente uma posição intermediária, um meio termo, entre

⁴⁴ PENTEADO, Jacques de C. O devido processo legal e o abortamento, *in*: DIP, Ricardo H. Marques (org.). **A vida dos direitos humanos: Bioética médica e jurídica**, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999, p. 151.

⁴⁵ FAVAZZO, Maria Angela. Statuto giuridico dell'embrione. Disponível em <http://www.bioetica-vssp.it/documenti/000493/000493.htm>. Acesso: 21.07.2002.

negar de um lado ao embrião humano todo o estatuto pessoal e, por outro, conferir a uma célula a mesma dignidade moral de um ser consciente e racional.⁴⁶

A *certeza* científica de que os embriões humanos, nas suas primeiras duas semanas após a concepção, não possuem vida humana individualizada, justificaria o pouco caso com a sua morte.⁴⁷ Como não há está certeza, mas dúvida, deve-se estender a proteção do direito à vida até o momento da própria concepção.

8. Conclusões

Enquanto o embrião *in vivo* ou o nascituro (embora não seja dotado de personalidade no sentido jurídico) goza atualmente de um bom nível de proteção legal e é considerado Sujeito de Direito, o mesmo não ocorre com aqueles que forma produzidos artificialmente e que se encontram criopreservados, por falta de previsão legal.

Como vimos, é preciso estabelecer a referida sinonímia referente a aquisição da personalidade jurídica, atribuindo ao embrião humano congelado todos os direitos estabelecidos por lei em favor do nascituro natural: não somente os direitos relativos à personalidade (à vida, à saúde, à imagem, ao reconhecimento judicial, à adoção).

Pode-se concluir que o embrião *in vitro*, embora não sendo pessoa, nascituro ou prole, é dotado de um valor especial, que o distingue de uma simples coisa.⁴⁸ Não há como negar a sua natureza humana, e essa observação é, por si só, o bastante para que lhe reconheça a necessidade de proteção jurídica.

A tradicional noção juscivilística de personalidade aplicada ao ser humano foi “desvalorizada pela referida centralidade da dignidade humana e inviolabilidade dessa mesma vida”.⁴⁹ Ou, em outras palavras: houve uma *relativização* do dogma da personalidade

⁴⁶ BARRETTO, Vicente de Paulo. A idéia de pessoa humana: os limites da Bioética, in: BARBOZA, Heloísa Helena *et alii* (orgs.). **Novos temas de Biodireito e Bioética**, Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 243.

⁴⁷ PEREIRA E SILVA, Reinaldo. **Introdução ao Biodireito**, São Paulo: LTr, 2002, p. 205s.

⁴⁸ RABENHORST, Eduardo R. **Dignidade humana e moralidade democrática**, Brasília Jurídica, 2001, p. 80ss.

⁴⁹ OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano**, Coimbra: Almedina, 1999, p. 44.

jurídica, isto é, o Direito não faz depender a tutela do ser humano da aquisição de personalidade jurídica.

Ao mesmo tempo, urge uma definição normativa que assegure a determinados entes não personalizados um estatuto jurídico especial, tendo como fundamento ético a consideração de que tais entidades não são ainda pessoa, tampouco, coisa, mas criaturas dotadas de valor especial, e portanto, merecedoras de proteção legal.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO CÁLCULO “POR DENTRO” DO ICMS

Rossana Malta de Souza Gusmão^(*)

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Tentativa de constitucionalização do cálculo “por dentro” do ICMS. 3. Base de cálculo na hipótese de incidência tributária conforme a Constituição. 4. Base de cálculo “por dentro” do ICMS. 5. A inconstitucionalidade da Emenda 33/2001. 6. Legitimação *ad causam* do contribuinte. 7. Conclusão.

1. Introdução

Toda a discussão sobre reforma tributária nos últimos anos, no que atine ao ICMS, passou ao largo de uma importante questão: a inserção do montante do próprio imposto na composição da sua base de cálculo. Objetiva-se analisar no presente estudo a constitucionalidade do cálculo “por dentro” do ICMS à luz de princípios constitucionais alçados à categoria de direitos fundamentais.

A estrutura lógica da norma de incidência tributária, ao menos no tocante aos impostos, encontra-se pré-definida na Constituição Federal, a qual apontou taxativamente o aspecto material de cada imposto que erigiu. Em se tratando do ICMS, o aspecto material escolhido pelo Constituinte consubstancia-se em realizar operações de circulação de mercadorias, em prestar serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações, bem como em importar mercadorias ou quaisquer bens.

A base de cálculo, como medida da materialidade, apenas poderá ser construída em vinculação com o fato descrito na hipótese de incidência tributária esculpida nas regras constitucionais de

^(*) Advogada. Mestre em Direito e Especialista em Direito Tributário pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora da Pós-graduação e da graduação da Faculdade Metropolitana e da graduação da Faculdade Uniguararapes.

competência, dele não podendo se afastar, sob pena de desnaturar o tributo que enfoca. Diante deste contexto constitucional, o exame da base de cálculo dos tributos não pode ser conduzido por outro caminho senão o que toma como ponto de partida a própria Constituição e os princípios explícitos e implícitos nela consignados.

2. Tentativa de constitucionalização do cálculo “por dentro” do ICMS

A Lei Complementar 87/96 inseriu na base de cálculo do ICMS o seu próprio valor, tendo incluído grandeza completamente alheia ao aspecto material da hipótese de incidência, o que desvirtuou sua regra-matriz de incidência, constitucionalmente elaborada, configurando o “cálculo por dentro” do ICMS. O referido diploma legal subverteu a Constituição na medida em que estipulou que a base de cálculo do ICMS seria formada, inclusive, pelo montante do próprio imposto. Dispôs:

“art. 13.....

§ 1º . Integra a base de cálculo do imposto:

I – o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.”

Uma simples análise histórica revela que, desde a sua instituição, ainda como ICM, o imposto devia ser calculado adicionando-se o seu valor ao total dos produtos e serviços num mecanismo denominado “cobrança por dentro”. A questão do cálculo “por dentro” do ICMS é antiga, sendo certo que, já na vigência da Constituição de 1967, existia a determinação legal de que o montante do ICM deveria integrar sua própria base de cálculo, conforme dispunha o § 7º, artigo 2º, do Decreto-lei nº 406/68, assim redigido:

“§ 7º - O montante do Imposto de circulação de mercadorias integra a base de cálculo a que se refere este artigo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.”

Observa, Ives Gandra Martins, que, tanto à luz do D.L. 406/68, como da Lei Complementar 87/96, a forma de incidência do

ICMS é idêntica. A LC 87/96 apenas copiou o que era explícito no texto anterior.¹

Até o ano de 2001, o "cálculo por dentro" consubstanciava, apenas, norma infraconstitucional que previa a inclusão do montante do imposto na base de cálculo do ICMS. Contudo, numa manobra normativa, na tentativa de constitucionalizar o cálculo "por dentro" do ICMS, acrescentando a alínea "i" ao inciso XII, §2º, do art. 155 da Constituição, a Emenda Constitucional nº 33/01 outorgou competência à lei complementar para "fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também, na importação do exterior do bem, mercadoria ou serviço", como se a mera inserção no texto constitucional de algo já viciado, fosse o bastante para sanar o mal.

3. Base de cálculo na hipótese de incidência tributária conforme a Constituição

Entendia-se que a base de cálculo cumpriria apenas dois papéis na regra de incidência tributária: (a) quantificar o dever tributário (através da medição da hipótese quanto a seu aspecto objetivo ou material), servindo de base para a aplicação da alíquota e (b) indicar a natureza jurídica do tributo.²

Todavia, propõe-se uma análise tripartida das funções da base de cálculo. Presta-se a base de cálculo a: a) servir como elemento de mensuração do critério material do suposto normativo; b) permitir a determinação da espécie tributária e c) afirmar, confirmar ou infirmar o critério material da hipótese tributária.

Como elemento de mensuração do critério material da hipótese de incidência, a base de cálculo pode ser conceituada como a definição legal do padrão, critério ou referência para medir, para quantificar a grandeza financeira de um fato tributário, consistindo, assim, igualmente à descrição hipotética do fato, num critério abstrato. Uma vez ocorrido o fato hipoteticamente descrito, surge a

¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Breves considerações sobre aspectos relativos ao ICMS introduzidos pela EC nº 33/2001. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **ICMS e a EC 33**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 119.

² DERZI, Misabel de Abreu Machado; COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. O imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana. In: **Revista de Direito Tributário**, a. 3, jan-jun. 1979, nº 7/8, p. 175.

possibilidade de mensuração da intensidade do comportamento humano que será feita com base no critério genérico estabelecido abstratamente. Dispõe o legislador infraconstitucional de um arsenal de opções para a escolha do critério de aferição que constituirá a base de cálculo. Diante das várias possibilidades de construção da base de cálculo, deve, porém, o legislador, verificar se o critério eleito guarda compatibilidade com o texto constitucional.

No que tange à função de determinação da espécie tributária, para Ataliba, a base impositiva reflete sua decisiva importância, na medida em que identifica o gênero do tributo, transformando-o em imposto, taxa ou contribuição, bem como especifica a sua natureza, revelando-o como um imposto sobre a renda, imposto sobre o patrimônio, etc. Portanto, conforme a base de cálculo adotada pelo legislador, pode-se reconhecer configurada esta ou aquela espécie ou subespécie tributária.³ No mesmo sentido, Alfredo Augusto Becker atribuiu à base de cálculo prevalência quando da determinação da espécie tributária.⁴ Afirmou que a base de cálculo viria definida pelo pressuposto material da hipótese de incidência que com ele se confunde ou dele decorre. Todavia, quando a base de cálculo não guarda identidade com o pressuposto material da hipótese de incidência e nem dele decorre, preponderará, a ponto de passar a definir o próprio pressuposto material e, conseqüentemente, revelará a natureza jurídica do tributo. Neste caso, a natureza jurídica do tributo deixará de orientar-se conforme o pressuposto material, passando a corresponder àquela informada pela base de cálculo que for adotada.⁵

³ ATALIBA, Geraldo: **Hipótese de incidência tributária**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 112

⁴ BECKER, Alfredo Augusto: **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 362/369.

⁵ A posição de Becker sobre a preponderância da base de cálculo tem sido seguida pela doutrina. Ricardo Mariz Oliveira parece corroborar o entendimento de Becker, anotando que a base de cálculo deve correlacionar-se com o fato gerador do tributo, representando uma grandeza econômica ou a valoração do fato gerador e, se assim não for, a base escolhida pela lei para cálculo do tributo determinará seu gênero e/ou a espécie, independentemente do *nomem juris* atribuído ao tributo. "A base de cálculo dos tributos". In MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.): **Caderno de Pesquisas Tributárias - Base de Cálculo**. São Paulo: Resenha Tributária, n. 7, 1982, p. 226. Em igual sentido, entende,

Por outro lado, é na base de cálculo que se encontram os índices suficientes para a identificação do genuíno critério material da hipótese de incidência na medida em que oferece meios eficientes para se confirmar, infirmar ou afirmar o enunciado da lei.⁶ O papel confirmador surge toda vez que houver perfeita sintonia entre o padrão de medida e o núcleo do fato dimensionado. Já a função infirmadora emerge quando se manifestar incompatibilidade entre a grandeza eleita e o acontecimento que o legislador declara na hipótese de incidência. Por fim, o papel afirmador se revela na medida em que ocorra eventual obscuridade na formulação legal, clarificando-se, então, o critério material, ou seja, a ação tipo que está sendo avaliada.

Edvaldo Brito, que a própria Carta Magna tem tomado a base de cálculo como referência para a identificação da natureza do tributo, utilizando-a, inclusive, como instrumento para distinguir as espécies tributárias. "ICMS – Mercadorias isentas. Crédito fiscal presumido: utilização. Ajustes: hipóteses de estorno de débito e de utilização extemporânea de crédito fiscal." **Revista Dialética**. São Paulo: Dialética, n. 17, fev, p. 70., 1997. Sobre isso também está acorde Hugo de Brito Machado asseverando que, como a fixação da base de cálculo do tributo é inerente à própria descrição do aspecto material do seu fato gerador, seria ela que definiria a natureza específica do imposto a que se refere. MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. São Paulo: Atlas, v. 2, 2004, p. 64. Paulo de Barros Carvalho assevera que a jurisprudência e a doutrina já vêm afirmando, de maneira reiterada, que sempre que houver descompasso entre a hipótese de incidência apontada pelo legislador e a base de cálculo por ele escolhida, esta última há de predominar, orientando o intérprete para construir o sentido da autêntica natureza do tributo. "Definição da base de cálculo como proteção constitucional do contribuinte". In ASOREY, Rubén O. (dir.): **Protección constitucional de los contribuyentes**. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 64. Na lição de Ricardo Lobo Torres, a base de cálculo está intimamente ligada ao aspecto material do fato gerador, com o qual, às vezes, se confunde. Uma base de cálculo inadequada pode desvirtuar o próprio núcleo do tributo. **Curso de Direito Financeiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 204.

⁶ CARVALHO, Paulo de Barros: **Curso de Direito Tributário**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 328

A definição e o alcance da base de cálculo são obtidos pela aplicabilidade das normas constitucionais.⁷ No mesmo sentido, salienta, Wagner Balera, que o texto constitucional deixa expressa diretriz a respeito da observância de critérios para a fixação da base de cálculo.⁸ A Constituição fixa as diretrizes obrigatórias quanto aos critérios de mensuração dos fatos tributários e, na medida em que estabelece tais lindes, demarca, ainda que implicitamente, o campo das incompatibilidades de determinados padrões ou parâmetros em relação a cada tributo. As diretrizes estabelecidas pelo Poder Constituinte, contudo, não se exaurem unicamente nas regras de competência tributária. Ao fixar as regras de imunidade em matéria tributária, indicaram-se critérios negativos de mensuração.

As competências resultam, pois, do feixe de limitações que a própria Constituição estatui. Não existe, anteriormente às regras de competência, uma atribuição legislativa plena que, por obra de ressalvas limitativas, se vai constringindo. Os preceitos constitucionais são postos de uma só vez, de tal modo que as faculdades e limitações outorgadas surgem a um só tempo, entrelaçando-se e interpenetrando-se, sem que se atenda a qualquer ordem cronológica.⁹ A base de cálculo, de seu lado, apenas poderá ser construída observadas as diretrizes constitucionais, não apenas aquelas previstas nas regras de competência, mas também as dispostas nas normas imunizadoras.

A Constituição, ao descrever o fato hipotético que, acontecendo no mundo real, dá nascimento à obrigação tributária, já traz erigidos os contornos da base de cálculo. A conexão lógica entre a base de cálculo e o critério material deixará de existir, na medida em que se insira na base de cálculo fatores outros não abrangidos pelo critério material, resultando numa deformação lógica da regra-matriz do tributo. Na medida em que a base de cálculo afasta-se do critério material disposto na regra de competência, em razão de sua preponderância na definição da natureza jurídica do tributo, termina por revelar espécie tributária distinta, o que leva à ofensa da repartição

⁷ CASSONE, Vittorio. A base de cálculo dos tributos. In MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Caderno de Pesquisas Tributárias - Base de Cálculo**. São Paulo: Resenha Tributária, n. 7, 1982, p. 475.

⁸ BALERA, Wagner: A base de cálculo dos tributos. In MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Ob.cit., 1982, p. 356.

⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 224.

constitucional de competência estabelecida pelo Poder Constituinte originário, além de atingir direitos fundamentais do contribuinte previstos em regras que limitam o poder de tributar.

Ao legislador infraconstitucional não é conferida a oportunidade de estabelecer critério dimensível estranho ao arquétipo desenhado na Carta Magna, encontrando-se, pois, limitado pelas disposições constitucionais. As balizas que pautam a tarefa de construção da base de cálculo estão contidas na Constituição, ainda que implicitamente.¹⁰

4. Base de cálculo "por dentro" do ICMS

A base de cálculo, como já visto, exerce um papel primordial na determinação da natureza jurídica do tributo, na medida em que corrobora, junto à materialidade, para fixação do gênero do tributo e sua inserção em espécies. Tem-se, assim, que a indevida inclusão de seu próprio montante na base de cálculo institui um novo tipo tributário não previsto na Constituição.

Ficou assentado também que a base de cálculo constitui índice seguro para identificar o genuíno critério material da hipótese, ofertando instrumento sólido e eficiente para confirmar, infirmar ou afirmar o critério material. Desse modo, como a base de cálculo termina por, obrigatoriamente, infirmar o critério material, admitindo-se que a base de cálculo do ICMS será integrada por seu próprio valor, tem-se que o critério material resultaria duplo: realizar operações mercantis/prestações de serviços e pagar tributo. Se o valor da base de cálculo é o valor da operação de circulação de mercadoria ou o da prestação dos serviços (tributados pelos Estados) mais o próprio ICMS, quem pagar com esteio em tal previsão estará recolhendo ICMS por ter realizado a operação ou prestado o serviço e por ter pago ICMS. Argumenta, contudo, Marcelo Viana Salomão, que pagar tributo não pode ser "fato gerador" de outro tributo e, muito menos, o valor do tributo pago base de cálculo de outro tributo.¹¹

¹⁰ BARRETO, Aires. **Base de cálculo, alíquota e princípios constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 52.

¹¹ SALOMÃO, Marcelo Viana. O ICMS na importação após a Emenda Constitucional nº 33/2001. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **O ICMS e a EC 33**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 165.

A técnica do cálculo “por dentro” do ICMS pode ser esclarecida. Quando da compra de um televisor, por exemplo, se o preço for de R\$ 300,00 e na nota fiscal constar o valor do ICMS de R\$ 51,00 ($17\% \times R\$ 300,00$), o valor líquido da mercadoria será de R\$ 249,00. Na sistemática do ICMS, o seu valor deve ser previamente estimado pelo vendedor para ser repassado ao adquirente, junto ao valor da mercadoria (custo + lucro). O que acontece é que a alíquota correspondente do ICMS não incidirá sobre a base de cálculo “custo + lucro”, que traduz o correto valor da operação, mas, sim, sobre tal soma, acrescida, ainda, do imposto a pagar. Desse modo, o imposto que deveria ser calculado sobre o valor da mercadoria passa a incluir, no cálculo, o seu próprio montante estimado pelo contribuinte. No exemplo dado, o valor do tributo devido que deveria importar em R\$ 42,36, termina resultando em R\$ 51,00. Essa “mágica” implica uma cobrança de ICMS por uma alíquota real de 20,48%, ou seja, uma cobrança excessiva de 3,48%. Daí a referência, tão comum de se ver, às denominações alíquota real e alíquota nominal, correspondendo esta ao percentual que se dá notícia ao contribuinte através dos diplomas legais e aquela ao percentual a que se chega com a realização do cálculo “por dentro” do ICMS. Verifique os seguintes exemplos de alíquotas nominais correspondentes às alíquotas reais do ICMS mais aplicadas:

Alíquotas Nominais	Alíquotas Reais
7%	7,52%
12%	13,63%
17%	20,48%
18%	21,95%
25%	33,33%
28%	38,89%

É de se perceber que a elevação de alíquota decorrente do cálculo “por dentro” do ICMS pode ultrapassar os seus limites máximos fixados pelo Senado Federal mediante resolução, conforme sua competência constitucionalmente atribuída no art. 155, §2º, incisos IV e V, o que vem a corroborar a tese de inconstitucionalidade do mencionado cálculo, que desvirtua o direito do contribuinte de

apenas ser tributado conforme parâmetros fundados na Constituição Federal.

É de se observar que o próprio cálculo do ICMS "por dentro" impede ou, pelo menos, torna mais difícil que o cidadão comum, consumidor final, fique, ele sim, "por dentro" de quanto está pagando efetivamente de imposto. Tal engodo não se coaduna com o espírito da Constituição de privilegiar o esclarecimento dos consumidores (contribuintes) a respeito dos impostos que incidem sobre as mercadorias e serviços (art. 150, § 5º, CF), determinado ao legislador a tomada de providências para tanto.

A Lei Complementar 87/96, ao determinar a inserção do valor do próprio imposto na sua base de cálculo, terminou por afrontar a Constituição, posto que se afastou dos ditames relativos ao aspecto material na Carta Magna previstos. Deu margem, o referido dispositivo legal, a que os Estados efetuem a cobrança de imposto sobre o imposto a pagar, o que, definitivamente, caracteriza *bis in idem*, algo completamente alheio ao sistema do Direito positivo brasileiro.

Cabe apenas ao legislador complementar a singela função de estabelecer a base de cálculo já delimitada na Constituição sem ousar ser original. A autorização constitucional à lei complementar para dispor sobre normas gerais, voltadas à definição dos tributos, suas espécies, bem como, em relação aos impostos, a definição dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes, por si, não abriga o entendimento de que a legislação complementar poderá interferir em previsões constitucionais especificamente voltadas para a regulação dessas matérias, alterando-as, indiscriminadamente, quanto ao seu conteúdo.

Assinala, Vitório Cassone, que o art. 13, § 12, I, da LC nº 87/96 prescreve que o montante do ICMS integra a própria base de cálculo, todavia a regra-matriz constitucional direciona para uma base de cálculo "por fora". Segue afirmando que melhor seria se a LC nº 87/96 tivesse excluído da base de cálculo esse critério, fazendo-o incidir "por fora", já que facilitaria o cálculo e a própria operacionalidade desse imposto, dando, ainda, um passo à frente na aproximação em relação à tributação dos demais países integrantes do Mercosul (que possuem um só IVA contra três impostos no Brasil:

IPI, ICMS, ISS). Isto facilitaria a integração desse bloco regional nesse aspecto.¹²

José Eduardo Soares de Melo, analisando questão análoga, asseverou que inexistente respaldo jurídico para considerar o valor de tributos no cálculo do ICMS, uma vez que esse tributo só poderia ser calculado sobre o valor da operação mercantil, compreendido como tal, exclusivamente, o preço da mercadoria, sendo inadmissível a agregação de valores que não se traduzem no pacto comercial.¹³ O raciocínio é o mesmo para o cálculo “por dentro”, uma vez que a modificação da base de cálculo pode implicar na alteração da natureza jurídica do tributo.

Geraldo Ataliba e Cléber Giardino, em parecer inédito citado por Aroldo Gomes de Mattos, proclamaram a inconstitucionalidade do cálculo “por dentro” do antigo ICM introduzido pelo DL 406/68. Alegaram que, por esta sistemática, acabou tal decreto-lei introduzindo a figura conhecida em ciência das finanças como de “imposto por dentro”. Fez, destarte, do ICM, um tributo arquitetado consoante estrutura diferente da que prevalece para o IPI (imposto “por fora”), provocando anormal alargamento da dimensão do próprio valor da operação (do preço), fazendo com que esse montante se consubstancie em cifra superior a que normalmente se teria, não fosse o singular artifício engendrado pela lei. Destarte, tem-se o que se poderia propriamente designar como valor fiscal da operação tributada pelo ICM, diverso, todavia, do seu valor mercantil.¹⁴

Aroldo Gomes de Mattos, por sua vez, sustenta que a questão é de mera técnica no cálculo do tributo, sendo indiferente o cálculo do ICMS “por dentro”, com uma alíquota menor, ou “por fora”, com uma alíquota maior, já que o resultado será exatamente o mesmo, devendo o STF, desapegado de determinados e inúteis formalismos, manter a atual sistemática.¹⁵

¹² CASSONE, Vittorio. **Comentários ao CTN**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 433.

¹³ MELO, José Eduardo Soares de. **ICMS: teoria e prática**. 6 ed. São Paulo: Dialética, 2003, p. 195.

¹⁴ MATTOS, Aroldo Gomes. **ICMS – Comentários à LC 87/96**. São Paulo: Dialética, 1997, p. 117.

¹⁵ MATTOS, Aroldo Gomes. **ICMS – Comentários à LC 87/96**. São Paulo: Dialética, 1997, p. 117.

No tocante à matéria em discussão, a jurisprudência tem-se demonstrado acorde com a constitucionalidade do cálculo "por dentro",¹⁶ entendimento este, que parece já estar consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, cujo posicionamento é no sentido de que, no universo monetário tributado pelo ICMS, está inclusa a carga fiscal que onera o preço da mercadoria posta à disposição comercial.¹⁷

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, decidiu, em sede de controle difuso de constitucionalidade, que a inserção na base de cálculo do ICMS do montante do próprio imposto não ofende a Constituição. Com base nesse entendimento, reputou-se constitucional a Lei Complementar 87/96, no que se refere ao cálculo "por dentro" do ICMS. Deu, o Supremo Tribunal Federal, um golpe mortal na regra-matriz de incidência do ICMS prevista na Constituição, mas não o suficiente para abalá-la por completo. Há que se manter a esperança de uma futura mudança no posicionamento da Corte Maior.

Com base no estabelecido na LC 87/96, segundo a qual o montante do próprio ICMS integra a sua própria base de cálculo, o STF, mantendo acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, afastou a pretensão de contribuinte que pretendia excluir da base de cálculo do ICMS o próprio valor do tributo devido. No julgamento do recurso extraordinário, RE 212.209-2/RS, entre alguns questionamentos levantados, ficou assentado que o ora criticado cálculo "por dentro" não configuraria ofensa ao Princípio da Não-cumulatividade, previsto no art. 155, §2º, inciso I. A ementa restou assim transcrita:

"Constitucional. Tributário. Base de cálculo do ICMS; inclusão no valor da operação ou da prestação de serviço somado ao próprio tributo. Constitucionalidade. Recurso desprovido."¹⁸

Alguns questionamentos relevantes foram levantados sobre o tema em pauta. Primeiramente, cumpre mencionar o posicionamento

¹⁶ Nesse sentido: TJSP, 7ª Câmara de Direito Público, AC nº 140.251-5/5-00, Rel. Des. Torres de Carvalho, DOE de 31.01.03.

¹⁷ STJ, 1ª Turma, REsp. nº 86.653-SP, Rel. Min. José Delgado, DOU de 20.05.96.

¹⁸ STF, Pleno, RE nº 212.209-2/RS, Rel. Min Marco Aurélio, DOU de 14.02.03.

do ministro relator, Min. Marco Aurélio, que se insurgiu contra o ICMS “por dentro”, tendo entendido que a LC 87/96, ao exigir que o contribuinte pague imposto sobre imposto, violou os princípios constitucionais da Capacidade Econômica, da Razoabilidade, da Não-cumulatividade e da Legalidade. O entendimento da relatoria, contudo, constituiu voto vencido.

Entre outros entendimentos manifestados, merece destaque, para fim de comentário, o entendimento do Ministro Nelson Jobim, no sentido da constitucionalidade do cálculo “por dentro” do ICMS, referindo-se ao mesmo como produto de uma “prática de mercado”.

Percebe-se que o teor da discussão levantada perante a Corte Maior centrou-se, precisamente, na análise do Princípio da Não-cumulatividade. De fato, a técnica do cálculo “por dentro” do ICMS não atinge o referido princípio constitucional, em que pesem entendimentos contrários, como o defendido por Roque Carrazza.¹⁹ O próprio mecanismo da compensação de créditos e débitos tributários se encarrega de fazer com que o ônus fiscal, ainda que exacerbado em razão do cálculo “por dentro”, seja sempre abatido na operação posterior. Portanto, sempre que o contribuinte do ICMS transfira a mercadoria para outro contribuinte, poderá lançar mão da compensação e abater no cálculo do imposto todo o valor do tributo pago na operação anterior.

Apesar do decidido pelo STF, cumpre ponderar que, se a lei infraconstitucional determina que se deve agregar à base de cálculo do ICMS o valor do próprio imposto, evidente que estará criando um novo tipo de base, aumentando a alíquota aplicável e, conseqüentemente, o valor do tributo a pagar.

Não se pode desconsiderar que o cálculo “por dentro” do ICMS está, agora, previsto na própria Constituição por força da Emenda 33/2001, tendo deixado de ser matéria de ato normativo unicamente infraconstitucional, o que, invariavelmente, remete à problemática da constitucionalidade da referida emenda.

5. A inconstitucionalidade da Emenda 33/2001

Há quem afirme que o Poder Constituinte derivado não poderia ter alterado a Constituição para o fim de impor que o valor do

¹⁹ CARRAZZA, Roque Antônio: **ICMS**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 215.

próprio imposto integre a sua base de cálculo, pois ofendeu, primordialmente, o Princípio da Capacidade Contributiva e o que veda a sobreposição de bases tributáveis, na medida em que admitiu a cobrança de imposto sobre imposto. O Constituinte de 1988 teria vedado a instituição de imposto novo cumulativo ou que tenha o mesmo "fato gerador" e base de cálculo de outros já discriminados na Constituição, sendo certo que tal regra deve ser aplicada com maior razão no caso da instituição de imposto sobre imposto.²⁰

Pode-se afirmar que a alteração introduzida pelo Poder Constituinte derivado atingiu o Princípio da Capacidade Contributiva e o Princípio da Segurança Jurídica. Afrontando tais pilares erigidos como direitos fundamentais pelo Poder Constituinte originário, terminou o Poder Constituinte derivado afrontando "cláusula pétrea", incorrendo, portanto, em inconstitucionalidade.

A Emenda 33/2001 ofendeu o Princípio da Capacidade Contributiva na medida em que alargou a base de cálculo do imposto em descompasso com o fato signo presuntivo de riqueza eleito pelo Constituinte originário, instaurando uma tributação alheia às regras de competência inicialmente previstas. Em outras palavras, a inserção de elementos extrínsecos ao valor da operação mercantil ou ao valor da prestação dos serviços de transporte interestadual e intermunicipal e dos de comunicação na base de cálculo do ICMS constitui ofensa ao Princípio da Capacidade Contributiva, posto elevar o valor da base de cálculo acima do real valor do negócio jurídico efetivamente praticado pelo contribuinte, sem que haja uma proporção lógica com o ato que revela o signo presuntivo de riqueza levado em consideração pelo Poder Constituinte originário.²¹

Por outro lado, o Poder Constituinte originário, ao traçar os principais aspectos da regra de incidência tributária, objetivou deixar assentado o grau de carga tributária a ser suportado pelo contribuinte. Em tal previsão reside, pois, a segurança jurídica do contribuinte. Assinala, Souto Maior Borges, que a competência tributária é a soma da autorização e limitação para o exercício de funções tributárias. Sem

²⁰ CHIESA, Clélío. EC 33 – dois novos impostos rotulados de ICMS. In: **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 90, março, p. 46, 2003.

²¹ No mesmo sentido, Roque Carrazza. **ICMS**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 211.

autorização, nenhuma limitação, sem limitação, nenhuma autorização. Logo a segurança tributária é um produto da consorciação entre ambas.²²

A delimitação da certeza do direito do contribuinte provém do assento constitucional de todas as espécies tributárias, posto que a outorga de competência, praticamente todo o processo criativo do tributo, principia na Constituição.²³

A base de cálculo, por sua vez, estando delimitada nas regras de competência tributária, junto aos demais aspectos da regra-matriz constitucional, restringe a atividade normativa tributária, margem esta que não pode ser ultrapassada, sob pena de se correr o risco de imposição de uma carga tributária excessiva, instaurando, assim, um estado de insegurança. O Poder Constituinte originário, ao fixar as regras de competência tributária, elegeu a base de cálculo possível em consonância com o aspecto material, expressamente previsto. A base de cálculo de cada tributo e, em particular, a do ICMS, exerce papel primordial na quantificação da carga a ser suportada pelo contribuinte. O ônus tributário não pode se afastar da previsibilidade estabelecida na redação originária da Constituição.

No plano da tripartição de competências entre os entes políticos, para que se afastem procedimentos abusivos, distantes dos desígnios constitucionais, faz-se necessário para o raciocínio lógico-jurídico que se institua o zelo permanente, o cuidado perene, na escolha da base de cálculo e do desenho típico da hipótese de incidência.²⁴ A manipulação aleatória da base de cálculo possível do

²² BORGES, José Souto Maior: "O Princípio da Segurança Jurídica na criação e aplicação do tributo". In *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 22, julho, 1997, p. 27.

²³ MALERBI, Diva: "Segurança jurídica e tributação". In *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 13, n. 47, jan-mar, 1989, p. 210.

²⁴ CARVALHO, Paulo de Barros: "Estatuto do contribuinte, direitos e garantias individuais em matéria tributária e limitações constitucionais nas relações entre fisco e contribuinte". In *Revista de Direito Tributário*, a. 3, n. 7/8, jan-jun, 1979, p. 149.

tributo acaba fatalmente alterando sua regra-matriz constitucional, deixando o contribuinte sob o império da insegurança.²⁵

6. Legitimação *ad causam* do contribuinte

Diante da técnica do cálculo “por dentro” do ICMS, é de se vislumbrar uma dose de aceitação pacífica da parte do contribuinte. Tal conformismo se explica pela própria sistemática do ICMS, imposto criado para repercutir, não arcando com o ônus tributário o contribuinte legal, mas, sim, o consumidor final que suporta toda a carga do imposto embutida no valor final da mercadoria ou do serviço tomado. Por outro lado, não é por outra razão que o consumidor final, contribuinte de fato, deixa de se insurgir contra o inconstitucional cálculo do ICMS “por dentro”, senão pela dificuldade que tem de se armar contra o fisco, posto que, nesse caso, sequer atuou como sujeito na obrigação tributária prevista no conseqüente da regra-matriz de incidência tributária. Todavia, como cerca de 45% da arrecadação do imposto é proveniente dos setores de comunicações, de energia e de combustíveis (denominados de “*blue-chips* tributárias”, adaptando o jargão usado no mercado financeiro para definir as ações mais rentáveis), nos últimos anos, houve uma grande movimentação por parte de consumidores de serviços públicos com o objetivo de reparar perdas financeiras decorrentes da cobrança indevida do ICMS, cujos valores são recolhidos pelas concessionárias de energia elétrica e telefonia.

Questiona-se, contudo, a respeito da legitimidade do consumidor para se opor ao fisco, em Juízo, contra a cobrança do imposto “por dentro”. As Fazendas dos Estados não consideram, de uma maneira geral, o consumidor final como parte legítima para propor ação que vise reduzir ou alterar a cobrança do ICMS sobre as tarifas. Segundo o Fisco Estadual, o consumidor é parte ilegítima por ser apenas contribuinte de fato, motivo esse que o impediria de tomar parte na relação jurídico-tributária.

Pode-se argumentar, em sentido contrário, já que, mesmo não sendo contribuinte de direito, o consumidor final é quem arca com o ônus do ICMS, suportando a carga tributária, devendo ser admitida a possibilidade de ambos os contribuintes, de fato e de direito,

²⁵ CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 213.

postularem na Justiça em face das Fazendas Públicas. Nega-se, entretanto, ao contribuinte de fato, o direito de postular em juízo contra a cobrança de tributo indevido. Assentou-se o entendimento de que apenas o contribuinte de direito, aquele apontado pela lei como sujeito passivo, sendo o único em relação jurídica com o Estado, mesmo não suportando o ônus financeiro do gravame fiscal, é que teria legitimidade para estar em juízo. Assim sendo, afastada estaria a legitimidade do contribuinte de fato.

Além disso, o Código Tributário Nacional afasta a legitimidade do contribuinte de direito para todos os casos, na medida em que estabelece alguns obstáculos para o exercício do direito de restituição, conforme dispõe o art. 166, segundo o qual “a restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente ‘autorizado a recebê-la’”. Tal norma aplica-se ao ICMS, cujo ônus, por sua própria construção jurídica, transfere-se ao consumidor final.

Note-se que, ao estabelecer tais condições, o CTN praticamente esgotou as possibilidades de repetição do tributo pago indevidamente, já que as comprovações exigidas (não transferência do encargo e autorização do contribuinte de fato), na prática, são de difícil produção, constituindo-se, utilizando as palavras de Sacha Calmon, prova “diabólica”,²⁶ já que a transferência do imposto está sujeita a inúmeras vicissitudes econômicas e financeiras, como bem alertou Baleeiro.²⁷

Não se pode esquecer, todavia, que, em se tratando de ICMS, nem sempre o contribuinte de direito pratica operação posterior de modo a transpassar o valor do débito tributário para o preço da mercadoria a ser adquirida. O fenômeno da repercussão jurídica não se verifica em todas as operações oneradas pelo ICMS. Tal se dá, por exemplo, nas operações em que o contribuinte *de jure* é o próprio consumidor final.

²⁶ COÊLHO, Sacha Calmo Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 709.

²⁷ **BALEIRO, Aliomar: Direito Tributário Brasileiro**. Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. 11. ed Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 566.

Nos casos da tributação sobre a energia elétrica, o consumidor final é o contribuinte real da operação, arcando com o encargo tributário referente à operação realizada, o qual é recolhido posteriormente aos cofres públicos pela distribuidora. Desse modo, pode-se defender que, *in casu*, o consumidor final, como contribuinte de direito que é, teria legitimidade para postular a repetição do tributo pago indevidamente.²⁸ Saliente-se que o mesmo raciocínio pode ser utilizado para o trato do ICMS incidente sobre os serviços de telecomunicações, apresentando-se o consumidor final como o próprio contribuinte de direito que tem o imposto debitado em sua fatura de consumo a ser posteriormente recolhido pela concessionária respectiva.

Da mesma forma, nas incidências do ICMS sobre a importação, quase sempre, o consumidor final é o próprio contribuinte de direito e, agora, ainda mais, em razão da EC 33/2001 que estendeu tal incidência sobre a importação de quaisquer bens, independentemente da destinação eleita e ainda que realizada por pessoa física. Não há que se falar, pois, em necessária repercussão nas importações que nem sempre se destinam a posteriores operações mercantis.

Percebe-se que o contribuinte de direito, nas situações apontadas, pode vir a arcar ele próprio com o ônus financeiro do tributo. Neste caso, terá ampla legitimidade para postular em Juízo, já que prescinde da prova da não repercussão ou de qualquer tipo de autorização.

Por outro lado, não havendo, ainda, pagamento ao contribuinte de direito é assegurado o direito de eximir-se do pagamento do valor indevido através da própria sistemática do ICMS que labora com os chamados lançamentos por homologação, nos quais o próprio contribuinte realiza a tarefa de calcular o valor do imposto, estando

²⁸ Sobre sujeição passiva nas operações com energia elétrica ver LIMA NETO, Manoel Cavalcante de: "O fato gerador do ICMS nas operações com energia elétrica e seu reflexo na repartição de receitas". In **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas**. Maceió: ESMAL, a. 1, n. 1, jul-dez, 2002, p. 171. MARTINS, Ives Gandra da Silva: A hipótese de imposição do ICMS nas operações com energia elétrica - Peculiaridades nas operações interestaduais - Parcer. Disponível em <http://www.fiscosoft.com.br>. Acesso em 15.06.04.

sujeito, apenas, a uma posterior verificação da Administração Tributária. Ao calcular o valor do imposto devido, caberia ao contribuinte tomar como base de cálculo apenas aquela correspondente a uma medida do aspecto material da hipótese de incidência tributária, a operação mercantil ou a prestação do serviço de transporte transmunicipal ou do de comunicações, deixando de fora do cálculo do tributo qualquer outra grandeza em dissonância com o perfil trazido pelo Poder Constituinte originário.

As tentativas de se corrigir o problema sempre esbarraram em dificuldades relacionadas com os valores indevidos do ICMS já recolhidos pelos contribuintes, os quais teriam que tomar a penosa via da repetição. Contudo, o mecanismo de compensação do próprio ICMS permite aos contribuintes a opção pelo creditamento em operações futuras dos valores pagos indevidamente, utilizando seu crédito para com o fisco de modo imediato e eficaz.

7. Conclusão

Evidencia-se o papel da base de cálculo na regra de incidência tributária, a qual, além de servir como elemento de mensuração do suposto de fato da hipótese, atuando, ainda, como afirmador, confirmador ou infirmador da materialidade, permite a determinação da espécie tributária. Desse modo, a base de cálculo dos impostos não pode ser outra, senão uma exata medida dos fatos presuntivos de riqueza referidos na Constituição. Não é dada, pois, ao Poder Constituinte derivado, a função de alargar a base de cálculo dos impostos, acrescentando-lhes fatores outros, inclusive seu próprio montante, em descompasso com os supostos fáticos estabelecidos pelo Poder Constituinte originário, provocando um aumento exacerbado da carga tributária.

Ao legislador complementar, por sua vez, não obstante a outorga constitucional de competência para dispor sobre a base de cálculo, não lhe é permitido afastar-se da delimitação constitucional, cabendo-lhe a singela função de explicitar o que na Constituição encontra-se circunscrito.

Passar a cobrar o imposto "por fora", evidentemente, resultaria em significativa perda de arrecadação e, quanto a isso, não vale a pena iludir-se, posto que os Governos não abrem mão de receitas já conquistadas. A Fazenda Pública, de seu lado, com o cálculo "por dentro", aufere enriquecimento ilícito ao cumprir normas

manifestamente inconstitucionais, exigindo dos contribuintes valores injustos e saciando-se indevidamente às custas dos mesmos. Deve-se, contudo, sacrificar eventuais interesses econômicos do governo, privilegiando-se valores como segurança, igualdade e justiça. Este é o preço que se paga por se viver em um Estado Democrático de Direito que se assenta em princípios que lhe dão sustento.

A sistemática de cálculo do ICMS conduz ao retorno do período em que se originou o ICM- os primeiros anos do regime militar. Decorridos mais de quinze anos da redemocratização, é chegada a hora de se aperfeiçoar o principal imposto sobre o consumo, corrigindo distorções que elevam demasiadamente a carga tributária, afetando os registros contábeis das empresas e confundindo a consciência fiscal da sociedade.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Stela Valéria de Farias Cavalcanti (*)

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O Ministério Público e a Ação Civil. 3. Improbidade administrativa (considerações gerais). 4. Espécies de improbidade administrativa. 5. Lei n.º 10.628/02 – retrocesso, privilégio e congestionamento. 6. Conclusão.

1. Introdução

O presente trabalho tem por escopo aprofundar o estudo da atuação do Ministério Público na defesa da probidade administrativa.

Através de uma abordagem simples e objetiva, sem, contudo, ter a pretensão de esgotar o tema, será informado o que é o Ministério Público, traçando seu perfil institucional, suas atribuições, enfim, seu campo de atuação na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Como hoje em dia não se pode falar de Ministério Público sem discorrer sobre a famigerada Improbidade Administrativa, serão examinadas suas causas e consequências danosas à sociedade.

Sabe-se que não é tarefa fácil redigir sobre tema de tamanha relevância no cenário jurídico nacional. Por isso, o primeiro enfoque será dado à legitimidade do Ministério Público na propositura de ações civis públicas, posteriormente será realizado um estudo histórico da legislação brasileira sobre Improbidade Administrativa, para ao final, apresentar os instrumentos legais utilizados pelo Ministério Público para combatê-la.

Ao final, tratar-se-á da inconstitucionalidade da Lei n.º 10.628/92, que instituiu o foro privilegiado para autoridades e ex-autoridades e serão apresentadas sugestões para ampliar a participação do Ministério Público no combate à Improbidade Administrativa no Brasil.

(*) Promotora de Justiça; Diretora do Centro de Formação e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público de Alagoas; especialista em Direito Constitucional.

2. O Ministério Público e a Ação Civil.

Num país em que a realidade da vida cotidiana é preocupante, a reformulação dos Poderes e das Instituições é condição necessária à sobrevivência da democracia e do próprio Estado.

Pensando assim é que, paulatinamente, a sociedade civil passa a organizar-se e a perceber que a redução da pobreza é incompatível com práticas de corrupção e nepotismo, porque o dinheiro público de que se apropriam tantos é o único que pode construir uma sociedade mais justa.

A fim de suprir os anseios da sociedade, surgiu a necessidade de reformular o conceito de Ministério Público, torná-lo mais forte e atuante na defesa dos interesses sociais.

O Ministério Público recebeu na Constituição cidadã uma conformação institucional e um *status* político sem paradigma em todo o mundo. É agora responsável pela defesa do regime democrático num país que, na prática, até muito recentemente, só conheceu regimes de exceção.

O Ministério Público é, em essência, um órgão estatal incumbido da defesa da sociedade, papel que deverá desempenhar num Brasil pobre, marcado pela injustiça social, pela miséria e pela exclusão que se abatem sobre a maior parte dos brasileiros.

Desde que haja alguma característica de indisponibilidade parcial ou absoluta de um interesse, ou desde que a defesa de qualquer interesse, disponível ou não, convenha à coletividade como um todo, será exigível a iniciativa ou a intervenção do Ministério Público junto ao Poder Judiciário.

Com a legitimação constitucional para ajuizar a ação civil pública, o *Parquet* “agora mais do que nunca deve ser visto primordialmente como órgão agente, promotor de medidas” (MAZZILLI, 1990, p. 39).¹

Nesse sentido, é ainda importante observar que o art. 129 da CF de 1988, ao prever as funções institucionais do MP, emprega nos quatro primeiros incisos o verbo “promover”. A leitura dos seus incisos deixa claro que a missão precípua do Ministério Público

¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

relaciona-se à provocação do judiciário, cabendo-lhe levar ao seu conhecimento questões de interesse social e individual indisponível. Assim agindo, o *Parquet* cumpre sua função constitucional e torna-se “essencial à função jurisdicional do Estado”.

Estatui a Carta Magna pátria ser função institucional do Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”, art. 129, III.

Diferentemente do titular do direito indisponível, não possui o *Parquet* a liberdade para propor a ação como e quando melhor lhe convier. Na verdade, o exercício do direito de ação, nessa hipótese, é informado pelo princípio da obrigatoriedade e não pelo da dispositividade. Outrossim, entende-se atualmente que o princípio aplicado é o da obrigatoriedade mitigada, pois somente se existente justa causa, consistente em suporte fático suficiente e supedâneo legal, deve o agente Ministerial propor a demanda.

A Ação Civil, no caso específico da Improbidade Administrativa, é ação civil de interesse público imediato, ou seja, é a utilização do processo civil como um instrumento para a salvaguarda de um bem cuja preservação interessa à coletividade.

Quando o Promotor de Justiça ajuíza uma Ação Civil contra o autor de ato de Improbidade Administrativa, pode-se dizer que o Estado-Ministério Público ingressa na via judiciária civil provocando a atuação do Estado-Juiz, para que este assegure a integridade do patrimônio e/ou da moralidade administrativa.

Ao co-legitimar o *Parquet* para a persecução civil dos atos que maculam o patrimônio público, o legislador constituinte tencionou reforçar as possibilidades de controle jurisdicional sobre a legalidade e a moralidade dos atos administrativos.

Recebida uma representação informando a prática de atos de improbidade administrativa, pode o órgão Ministerial abrir procedimento administrativo investigatório preliminar, instaurar de imediato o inquérito civil ou propor a ação, art. 22 da Lei nº. 8.429/92.

O procedimento administrativo investigatório preliminar, que é sigiloso por excelência, visa a robustecer o Ministério Público com as provas necessárias à propositura da futura ação civil. Por não se revestir de grandes requisitos para sua instauração e não ter prazo

determinado para sua conclusão, é o procedimento administrativo muito utilizado pelos agentes Ministeriais.

Já o inquérito civil deve ser público, e possui prazo pré-estabelecido para sua conclusão. Destinando-se à coleta dos elementos necessários à propositura de qualquer ação civil, possibilita a regular apuração de denúncias, proporcionando o ajuizamento de ações mais bem aparelhadas e instruídas. Outra utilidade, tanto do procedimento administrativo quanto do inquérito civil, consiste em que, durante o seu curso, a contrário *sensu*, podem ser apuradas circunstâncias que demonstrem a desnecessidade ou o descabimento da provocação jurisdicional através da propositura de ação civil.

Vale ressaltar que acertadamente a Constituição de 1988 negou a exclusividade da iniciativa ministerial para a promoção das ações civis, posto que a legitimação do Ministério Público não impede a de terceiros.

3. Improbidade administrativa (considerações gerais)

A corrupção é um fenômeno antigo, encontrado nas civilizações de todas as épocas. À medida que a humanidade evolui, as sociedades ficam mais complexas, mais regulamentadas. A ética se torna mais rígida, as regras morais, mais coercitivas. Atitudes toleradas no *Ancien Régime* e nos primórdios do regime republicano, hoje, configuram atos de Improbidade Administrativa.

A Improbidade Administrativa é uma das pestes morais que assolam as nações contemporâneas, devastando povos e nações. É diretamente responsável por problemas sócio-econômicos como empobrecimento do país, aumento da dívida externa, diminuição do PIB, diminuição da qualidade de vida nos centros urbanos e rurais, desrespeito aos direitos fundamentais e, sobretudo, pela perda da legitimidade do Estado.

Os constituintes de 1988 tiveram a sabedoria de inserir no texto Constitucional uma série de princípios e valores que, embora anteriormente mencionados pelos doutrinadores, ganharam a força de princípios constitucionais norteadores das funções estatais.

Dentre esses princípios está o da moralidade, denotando que a atuação dos agentes públicos deve conformar-se não apenas à lei em sentido formal, mas principalmente a determinados valores que se colocam acima do direito positivo, como a idéia de honestidade, boa-

fé, ética, lealdade, decoro, probidade, que deve pautar a atuação de todo agente público.

Acredita-se que a preocupação com a corrupção desenfreada e a perpetuação da impunidade dos agentes públicos, bem como a idéia de defender a honestidade no exercício da função pública e reconquistar a confiança dos cidadãos nas instituições do país, levou à introdução do princípio da moralidade no art. 37, *caput*, da Constituição, ao lado do princípio da legalidade.

Conforme se disse, a Constituição Federal elevou à categoria de princípio constitucional a moralidade administrativa, pressuposto de validade de toda a atuação estatal, informante dos demais princípios irmãos constantes do art. 37, e matriz de outros princípios secundários ou elementares decorrentes da moralidade, como o de probidade.

O tema da Improbidade Administrativa é um dos mais fascinantes na atualidade do direito brasileiro, tendo em vista a amplitude do conceito dado à matéria pela Lei Federal 8.429/92, que reprime atos de improbidade administrativa das seguintes modalidades: que impliquem enriquecimento ilícito do agente público, que causem prejuízo ao erário, e que atentem contra os princípios da administração pública.

O objeto da repressão da improbidade administrativa na legislação atual é bem mais amplo que no âmbito da legislação anterior (Lei Federal 3.502/58), que punia somente o enriquecimento ilícito, condicionado sempre à prática de um ato ou à abstenção de um fato pelo agente público.

Pela Lei Federal 8.429/92 atinge-se igualmente o prejuízo ao erário ao lado do enriquecimento ilícito e este, ainda, com uma nota diferencial numa das figuras exemplificativas: a aquisição de bens de valor desproporcional à evolução patrimonial do agente e incompatível com a sua renda, como também o atentado aos princípios da administração pública, proporcionando a censura de atos comissivos ou omissivos que não importam prejuízo patrimonial da administração pública ou enriquecimento ilícito do agente público, mas que ofendem os valores morais da administração pública.

Não obstante seja uma lei dirigida precipuamente à proteção dos valores morais da administração pública, violados pelo

enriquecimento ilícito e pelo atentado aos seus princípios, preocupa-se também com atos causadores de lesão patrimonial ao erário (art. 10).

Enquanto a Lei Federal 3.502/58 sujeitava o agente à perda dos bens e valores ilicitamente acrescidos ao seu patrimônio e à reparação da lesão do erário, a Lei Federal 8.429/92, na esteira do art. 37 § 4º da Constituição Federal, estabelece penalidades maiores e mais adequadas, como a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente, o ressarcimento do dano, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos por prazo determinado, o pagamento de multa civil, tendo como base de cálculo o proveito ou a renda do agente, a proibição de contratar com o poder público ou dele receber incentivos ou benefícios fiscais e creditícios, direta ou indiretamente, por prazo determinado.

São sanções manifestamente mais severas, e certamente mais coerentes com o fim colimado: repressão da imoralidade administrativa qualificada, mal que se propaga décadas a fio no cenário institucional brasileiro, e que criou e disseminou a intolerável cultura da improbidade (ou cultura da imoralidade), em razão da ineficiência das leis (mormente a legislação penal e processual penal) e da omissão dos órgãos repressores (principalmente a própria administração pública), que vêm se exonerando do dever legal de reprimir a improbidade administrativa, em detrimento do Estado Democrático de Direito, abalado pela prática da improbidade.

Pode-se afirmar, sem receio algum, que a Lei Federal 8.429/92 implantou no direito brasileiro mais um instrumento processual para observância concreta dos princípios inscritos no art. 37 da Constituição Federal, bem como dos não positivados decorrentes das demais normas constitucionais.

Afirma SARMENTO (2002, p. 61) que:

A Lei n.º 8.429/92 abriu o caminho para a implantação de um novo paradigma de gestão pública baseado na probidade, na eficiência e no uso racional dos recursos públicos. Foi um passo importante para o fortalecimento da governabilidade e para o

restabelecimento da confiança nas instituições democráticas do país.²

4. Espécies de Improbidade Administrativa

O art. 9º, *caput*, da Lei nº. 8.429/92 apresenta a primeira das três espécies ou modalidades de atos de improbidade administrativa. Nele, a punição dirige-se aos atos que impliquem enriquecimento ilícito, conceituado de forma ampla e genérica como o ato de auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades descritas no art. 1º.

Conforme dito no início deste trabalho, a Lei nº. 8.429/92 entrou em vigor com fim maior de regulamentar o art. 37, § 4º, da CF de 1988, elencando, embora não exaustivamente, os atos de improbidade administrativa, passíveis de sanções.

Seu último artigo revogou expressamente as Leis Federais nº.s 3.164/57 e 3.502/58, surgindo daí um primeiro problema, que é o relativo à incidência temporal da Lei Federal nº. 8.429/92, à medida que a legislação antecessora cuidava apenas do enriquecimento ilícito e tinha abrangência menor.

Assim, os atos de improbidade administrativa praticados antes de 03/06/92 - data da publicação da Lei Federal, não tipificados na espécie *enriquecimento ilícito*, não comportavam a aplicação em ação civil das sanções de multa civil, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o Poder público ou dele receber benefícios e incentivos.

Porém, tendo em vista a imprescritibilidade do ressarcimento dos danos causados ao patrimônio público, os atos de improbidade não característicos de enriquecimento ilícito cometidos naquele tempo de transição não isentam os agentes do ressarcimento dos prejuízos ao Estado.

Caracteriza enriquecimento ilícito qualquer ação ou omissão no exercício de função pública para angariar vantagem econômica, como também a mera potencialidade de que venha a amparar interesse de terceiro ou o simples fato de o agente público ostentar patrimônio incompatível com a evolução de seu patrimônio ou renda.

² SARMENTO, George. **Improbidade Administrativa**. Porto Alegre: Síntesc, 2002.

É exigível, nesses casos, que a vantagem econômica indevida seja obtida para o agente público ou terceiro beneficiário, adquirida por ele próprio ou interposta pessoa em razão de seu vínculo com a Administração Pública, independentemente de causar ou não dano patrimonial, porque parte do pressuposto de que os agentes públicos devem pautar suas ações em condutas éticas, morais e probas.

O enriquecimento ilícito do agente público provoca dano à moralidade administrativa e, independentemente, pode causar dano patrimonial à Administração Pública. Geralmente caracteriza-se pelo recebimento de vantagem econômica indevida em razão do exercício de cargo, emprego ou função pública. A imputação independe de o agente público exigir ou solicitar a vantagem econômica, bastando que ele a receba, pouco importando se adveio de oferta, solicitação ou exigência.

O art. 5º. da Lei nº 8.429/92 estabelece que, havendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, nas formas dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, o ressarcimento do dano será integral.

Ao agente público incumbe o dever de praticar os atos administrativos dentro da moralidade e legalidade; caso contrário, deverá responder por sua ação ou omissão, dolosa ou culposa, ressarcindo ao erário os prejuízos patrimoniais sofridos.

O normal desenvolvimento da estrutura administrativa em toda sua extensão deve ser pautado na satisfação do interesse social, jamais desvirtuado para atender pretensões menores de particulares. É a supremacia do interesse público sobre o privado o pilar sobre o qual se assentam as relações entre súditos e administradores.

Não é difícil perceber que a grande novidade do Direito Administrativo contemporâneo é a vinculação da conduta funcional dos servidores públicos a rigorosos princípios morais contidos na Constituição e na legislação ordinária.

A Ética da Administração Pública fundamenta-se em um conjunto de valores morais que regem as condutas das autoridades e orientam as políticas e serviços sociais na consecução do interesse geral, do bem-comum. A realização desses valores pressupõe a existência do Estado Democrático de Direito baseado na legalidade, moralidade e respeito aos direitos humanos.

Note-se que a Lei 8.429/92 definiu os atos de improbidade em três dispositivos: no artigo 9º, cuida dos atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito; no artigo 10, trata dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário; e no artigo 11, indica os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública.

Entre esses últimos, alguns são definidos especificamente em 7 incisos; mas o *caput* deixa as portas abertas para a inserção de qualquer ato que atente contra "os princípios da administração pública ou qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições".

Vale dizer que a lesão ao princípio da moralidade ou a qualquer outro princípio imposto à Administração Pública constitui uma das modalidades de ato de improbidade. Para ser ato de improbidade não é necessária a demonstração de ilegalidade do ato: basta demonstrar a lesão à moralidade administrativa.

O art. 11 da Lei nº. 8.429/92 é a grande novidade do sistema repressivo da improbidade administrativa, dirigido contra o comportamento omissivo ou comissivo violador dos princípios que regem a Administração Pública e dos deveres impostos aos agentes públicos em geral.

Desse modo, se o agente público não enriqueceu ilicitamente nem causou prejuízo ao erário mas praticou ações ou omissões atentatórias aos princípios da Administração Pública, são censuradas e passíveis de reprimendas judiciais, porquanto revelam o desvio ético de conduta, gerando a inabilitação moral do agente público para o exercício de função pública.

O art. 12, inciso III, da Lei Federal nº. 8.429/92, ao estipular severas penas para as condutas relacionadas no art. 11, visa a aprimorar o controle de qualidade da esfera administrativa, já realizado pela lei penal sancionadora dos crimes contra a Administração Pública.

Assim, ao lado daquelas penas privativas de liberdade previstas no estatuto repressivo, o art. 12 alinha potente reprimenda pecuniária e a própria suspensão dos direitos políticos do agente público que afronta os princípios administrativos.

PAZZAGLINI (1998, p. 124) entende que:

a honestidade, a imparcialidade e a lealdade nada mais são senão atributos humanos que devem descender dos princípios da Administração Pública, mas nunca princípios. A lei teria feito melhor e de forma mais coerente se, pura e simplesmente, aludisse aos princípios elencados em seu art. 4º., que como não poderia deixar de ser, são os pronunciados na fala constitucional (art. 37, *caput*).³

Os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, razoabilidade, publicidade e eficiência são padrões que se hão de pautar todos os atos administrativos. Constituem, por assim dizer, os fundamentos da ação administrativa, ou, por outras palavras, os sustentáculos da atividade pública. Relegá-los é desvirtuar a gestão dos negócios e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais. A Constituição de 1988 não se referiu expressamente ao princípio da finalidade, mas o admitiu sob a denominação de princípio da impessoalidade (art. 37).

A violação desses princípios é o mais grave atentado cometido contra a Administração pública, por ofender as bases orgânicas do complexo administrativo. Grande utilidade fornece a conceituação do atentado contra os princípios da Administração pública como espécie de improbidade administrativa, na medida em que inaugura a perspectiva de punição do agente público pela simples mácula a um princípio, a fim de assegurar a primazia dos valores ontológicos da Administração Pública, que são diuturnamente ofendidos, à mingua de qualquer sanção.

A ética, a honestidade e a probidade são regras que devem pautar as ações dos agentes administrativos na gestão do patrimônio público, jamais olvidando que todos os seus atos devem ser legais e acima de tudo morais.

5. Lei n. 10.628/02 – retrocesso, privilégio e congestionamento

Em 24 de dezembro de 2002 entrou em vigor a Lei n.º 10.628/02, que acrescentou os § 1.º e 2.º ao artigo 84 do CPP, estabelecendo foro especial para ex-autoridades e agentes públicos.

³ PAZZAGLINI FILHO, Marino et al. **Improbidade Administrativa**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1988.

A Lei n.º 10.628/02 foi um péssimo presente de Natal para a sociedade brasileira, pois promoveu retrocesso e privilégio e certamente promoverá congestionamento judicial.

Retrocesso porque o Supremo Tribunal Federal já havia cancelado a súmula n.º 394, que reconhecia a competência de primeira instância no julgamento de ex-ocupantes de cargos geradores de competência especial (Presidente, Governadores, Deputados, Prefeitos, Juízes, Procuradores etc).

Privilégio, uma vez que o foro especial não é apenas para os detentores de determinadas funções públicas, mas também para seus ex-ocupantes. Criam-se, não apenas prerrogativas especiais e funcionais, mas, sobretudo, privilégios pessoais.

Congestionamento, pois os tribunais que já se encontram assoberbados de recursos, passarão a ter o encargo adicional de instruir as ações de improbidade, com colheita de provas, tornando-se, a um só tempo, juízos de revisão e juízos de instrução.

Agredindo o princípio da igualdade, essa nova lei projeta no tempo os efeitos do exercício de uma função pública. Os “ex” são agora, após a edição da Lei n. 10.628/02, “seres superiores” em caso de eventual ação judicial.

Entende-se que a Lei ordinária não tem legitimidade para criar foros privilegiados. É exclusiva da Constituição a competência para disciplinar essa matéria, assim, a Lei n.º 10.628/02 é flagrantemente inconstitucional e enquanto não for reconhecida pelo STF a sua inconstitucionalidade, os Tribunais de Justiça dos Estados, a exemplo do que fizeram o TJ-SP e o TJ-SC, deverão negar aplicação a essa lei, declarando-a, em cada caso concreto, inconstitucional, utilizando o controle difuso.

Resta aguardar e confiar na soberana decisão da mais alta Corte Judicial do país no julgamento da ADIN proposta pela CONAMP contra a Lei n.º 10.628/02. Os Ministros do STF antes de qualquer outro compromisso devem lembrar, sempre, do disposto no artigo 102, *caput*, da Constituição Federal: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da constituição...”.

6. Conclusão

A sobrevivência do Estado Democrático de Direito impõe, necessariamente, a salvaguarda da moralidade e da probidade nos atos administrativos em geral, porque a corrupção na esfera pública acarreta o total descrédito nas Instituições do Estado.

Os Agentes Ministeriais têm hoje o honroso papel de defender a população, primando pela manutenção do equilíbrio entre os poderes, pela harmonia na sociedade e pela diminuição das desigualdades sociais. Daí a importância do Ministério Público na defesa do patrimônio público, através da propositura de ações civis públicas contra atos de Improbidade Administrativa.

Estas não são tarefas fáceis, mas o Ministério Público vem, ao longo destes pouco mais de 14 (catorze) anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, desincumbindo-se do seu mister, sendo considerada hoje a mais forte, proba e equilibrada Instituição do país.

A improbidade administrativa produziu efeitos por demais nocivos ao Estado de Direito e à Democracia, abalando o alicerce dos três Poderes e das Instituições, incorporando valores antiéticos e amorais no ambiente social.

A “cultura” da improbidade foi fomentada durante anos pela passividade com que a população brasileira assistia aos vergonhosos escândalos envolvendo a corrupção na administração pública, os quais eram justificados como se fosse natural aos agentes públicos a obtenção de vantagens ilícitas, a malversação dos recursos públicos, o vilipêndio aos princípios administrativos e o total desrespeito aos direitos e garantias individuais e sociais. Por estar tão arraigada à cultura popular do Brasil, a imagem do bom político era aquela do que “rouba mas faz”.

Outrossim, a Improbidade Administrativa vem sendo, ao longo dos anos, maior culpada pelo caos institucional e social do Brasil. Por isso, o tema proposto é palpitante e relevantíssimo, posto que se houver uma preocupação maior com a apuração e efetiva punição dos administradores que mal utilizarem as verbas públicas, sem dúvida será dado o primeiro passo para a melhoria de vida do povo brasileiro, e no futuro o Brasil poderá se tornar o país dos sonhos de todos os cidadãos, livre das mazelas que hoje o assolam: altos índices de mortalidade infantil, analfabetismo, desemprego e violência.

A Lei n.º 8.429/92 reforçou o compromisso com a probidade, com a boa gestão do erário e com o respeito aos princípios da administração pública. A Improbidade passou a ser combatida por rigorosas sanções que se projetam na dimensão patrimonial e política do agente ímprobo.

É evidente que a Lei n.º 8.429/92 não é o único caminho para a modernização do Estado. Mas não se pode negar que foi o primeiro passo para a moralização do serviço público brasileiro.

A erradicação da Improbidade Administrativa se impõe como uma das prioridades nacionais, a única esperança de assegurar fruição dos direitos humanos fundamentais em toda a sua plenitude.

Dito isto, conclui-se que, com a elaboração desse artigo mais uma semente foi plantada na discussão sobre a Improbidade Administrativa e suas consequências maléficas à sociedade brasileira. Mas é apenas o começo, não chegou a hora de festejar, pois há um longo caminho a ser trilhado na luta contra a “cultura” da Improbidade, e só com a dedicação, abnegação e muito trabalho dos operadores do direito serão colhidos, quiçá em horizonte próximo, os frutos desejados.

PORTARIA N.º 94/2002

O DESEMBARGADOR-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS, na qualidade de Diretor da Escola Superior da Magistratura de Alagoas – ESMAL, no uso de suas atribuições legais e regimentais, dando cumprimento ao disposto nos artigos 36 do Regimento Interno da ESMAL, aprovado em 20 de outubro de 1987, **RESOLVE APROVAR** as **Orientações Editoriais** para a **REVISTA DA ESCOLA SUPERIOR DE MAGISTRATURA DE ALAGOAS** que se publicam em anexo.

ORIENTAÇÕES EDITORIAIS
REVISTA DA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO
ESTADO DE ALAGOAS

1. A Revista da Escola Superior da Magistratura tem periodicidade semestral e destina-se à publicação de trabalhos científicos dos magistrados e professores da Escola Superior de Magistratura do Estado de Alagoas. Excepcionalmente, o Conselho Editorial poderá aceitar textos de alunos dos cursos promovidos pela ESMAL e de juristas de outras instituições, cujo conteúdo seja de valor científico.
2. A aceitação de textos dos alunos será sempre condicionada ao encaminhamento e orientação do professor que rege a disciplina à qual se refere, e à seleção prevista no art. 36 do Regimento Interno da ESMAL.
3. O Conselho Editorial poderá convidar doutrinadores brasileiros ou estrangeiros para colaborar, enviando textos de sua lavra.

4. Os trabalhos encaminhados ao Conselho Editorial devem ser inéditos, podendo publicar-se aqueles apresentados em eventos científicos – seminários, congressos, especializações, mestrados, doutorados etc – caso em que a referência deve constar em rodapé da primeira lauda.
5. As idéias expressas nos textos publicados serão de absoluta responsabilidade do autor.
6. Todos os textos serão recebidos pelo Conselho Editorial a título de colaboração, razão pela qual não implicará remuneração aos autores. Estes receberão gratuitamente dois exemplares da revista em cujo número seu trabalho tenha sido publicado.
7. Os trabalhos, redigidos em português, devem conter entre dez (10) e trinta (30) laudas, nas seguintes especificações: processador de texto *Word*, versão 6.0 ou superior; fonte *Times New Roman*, corpo 12 pontos; margem padrão (Superior: 2,5 cm; Inferior 2,5 cm; Esquerda: 3 cm; Direita: 3 cm; Medianiz: 0 cm; Cabeçalho: 1,25 cm; Rodapé: 1,25 cm); papel formato A4; espaçamento entre linhas 1,5 e recuo da primeira linha de parágrafo com 2cm de distância da margem; alinhamento justificado.
8. O nome do autor deve vir estampado na primeira página, acrescido de nota de rodapé com referências acadêmicas e profissionais.
9. O sumário será organizado com numeração decimal arábica e itens dispostos verticalmente..
10. O resumo (abstract), se houver, deverá ser expresso em português (10 linhas no máximo) e será posterior ao sumário.
11. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de *itálico*. Jamais deve ser usado o negrito ou a sublinha. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas entre aspas, sem o uso de *itálico*.
12. Comentários e notas devem vir ao fim da página (rodapé), em fonte *Times New Roman*, 10 pontos, sendo numerados seguidamente (1, 2, 3...) e lançados ao pé da página em que estiver o sinal de chamada, não se recomendando que notas sejam dispostas no final do texto.

13. Havendo citações, a referência à obra deve constar na nota de rodapé (as referências finais não serão necessárias) observando as normas da ABNT (NBR 6023, ago. 2000).
14. Por não carecer de referências finais, as referências às obras, constantes nas notas de rodapé, deverão, sempre mantendo a uniformidade, conter basicamente: sobrenome do autor em letras maiúsculas; *vírgula*; nome do autor em letras minúsculas; *ponto*; título da obra em negrito; *ponto*; número da edição (a partir da segunda); *ponto*; local; *dois pontos*; editora (não usar a palavra editora); *vírgula*; ano da publicação; *ponto*; página; *ponto*. Os exemplos a seguir deverão ser observados:

a. **Artigos de Revista Institucional** (exemplo):

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. Extradicação e Direito Internacional Penal. **Revista da ESMAL**, Revista da Escola Superior da Magistratura de Alagoas. Maceió, n. 1, p. 12, jul./dez. 2002.

b. **Artigos de Revistas** (exemplo):

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Princípios Gerais e Direito Ambiental Internacional e a Política Ambiental Brasileira. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 118, p. 114, out./dez. 1993.

c. **Artigos de Revistas em meio eletrônico** (exemplo):

PALAZZO, Francesco C. Ofensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali. **Direito Criminal**. Disponível em: <<http://www.direitocriminal.com.br>>. Acesso em: 2.maio.2001, p. 2.

d. **Livros** (exemplo):

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito das Obrigações**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 79.

e. **Capítulos de Livros** (exemplo):

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O Legado da Declaração Universal e o Futuro da Proteção Internacional dos Direitos. In: AMARAL JR., Alberto do e PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Orgs). **O Cinquentenário Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: Edusp, 1999, p. 27.

f. **Legislação** (exemplos):

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**.
Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Código Penal**. 41.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Decreto n. 2.632, de 19 de junho de 1998. Dispõe sobre o Sistema Nacional Antidrogas e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 19 jun. 1998.

g. **Decisões Judiciais** (exemplos):

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 167359/SP. Recorrente: INSS. Recorrido: Manoel da Silva. Relator: Ministro Neri da Silveira. Brasília, 22 de novembro de 1994. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 11 nov. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 18. In: **Código de Processo Civil**, 25.ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 834.

15. O autor deve entregar o trabalho ao Conselho Editorial, na sede da Escola Superior da Magistratura, em três (3) vias impressas, acompanhadas da gravação do texto em disquete 3 1/4 identificado com o nome do autor e o título do trabalho.
16. Os autores que tiverem seus artigos selecionados para publicação ficam cientes de que a REVISTA DA ESMAL poderá, a depender de seu interesse e garantindo a divulgação da autoria, disponibilizar os respectivos textos por outros meios de divulgação.
17. Os trabalhos que não se ativerem a estas normas serão devolvidos a seus autores que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.
18. A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial da Revista. Os trabalhos recebidos para seleção não serão devolvidos.

