

Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria Geral de Justiça



Revista

MINISTÉRIO
PÚBLICO
DO
AMAZONAS

VOLUME 6 - Nº 1 / 2005

Centro de Estudo e Aperfeiçoamento Funcional

CEAF

VOLUME

6

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO AMAZONAS

CEAF

*Revista do Ministério Público
do Estado do Amazonas*

ISSN 1679-6233



*Revista do Ministério Público
do Estado do Amazonas*

Volume 6 Número 1 Jan./Dez. 2005

©2005 Ministério Público do Estado do Amazonas

Coordenação Editorial: Edgard Maia Albuquerque Rocha - João Gaspar Rodrigues

Comissão Editorial: Edgard Maia Albuquerque Rocha - João Gaspar Rodrigues - Kátia Maria Araújo de Oliveira - Paulo Cardoso de Carvalho - Pedro Bezerra Filho.

Diagramação e organização de texto: Francisco de Assis dos Santos.

Revisão e acompanhamento: João Gaspar Rodrigues.

Capa: Kleber Cesar Merklein.

Colaboradores: Adriana Marques da Silva - Alberto A. Zvirblis - Alberto Rodrigues do Nascimento Júnior - Alexandre Grassano F. Gouveia - Álvaro Granja Pereira de Souza - Anabel Vitória Mendonça de Souza - Ana Cláudia Abboud Daou - André Virgílio Belota Seffair - Andréa Lasmar de Mendonça - Antônio Raimundo Barros de Carvalho - Arnaldo Camanho de Assis - Articlina Oliveira Guimarães - Aurely Pereira de Freitas - Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho - Carlos José Alves de Araújo - Carlos Lélío Lauria Ferreira - Christianne Corrêa Bento da Silva - Cláudia Maria Raposo da Câmara Coelho - Cristiano Chaves de Farias - Darlan Benevides de Queiroz - David D'Angeres Jorge - Delisa Olímpia Vieira Ferreira - Edgard Maia de Albuquerque Rocha - Edilson Queiroz Martins - Edmilson da Costa Barreiros Júnior - Edna Lima de Souza - Eliana Calmon - Francisco das Chagas Santiago Cruz - Francisco de Assis Aires Arguelles - Francisco Peçanha Martins - Géber Mafra Rocha - Gláucia Maria de Araújo Ribeiro - Guiomar Felícia dos Santos Castro - Hidemberg Alves da Frota - Iracema Alencar de Queiroz - Ivana Mussi Gabriel - Izabel Christina Chrisóstomo - João Bosco Sá Valente - João Gaspar Rodrigues - João Ribeiro Guimarães Netto - Jussara Maria Pordeus e Silva - Kátia Maria Araújo de Oliveira - Lais Rejane de Carvalho Freitas - Lauro Tavares da Silva - Liani Mônica Guedes de Freitas Rodrigues - Lincoln Alencar de Queiroz - Lorena Silva de Albuquerque - Luciana Toledo Martinho - Ludimila Cerqueira Correia - Luis Roberto Barroso - Marcelo Alves Pereira Eufrasio - Márcio Luiz Coelho de Freitas - Mário Ypiranga Monteiro Neto - Mauro Luiz Campbell Marques - Mauro Spósito - Milton Luiz Pereira - Mirtel Fernandes do Vale - Nasser Abraham Nasser Neto - Otávio de Souza Gomes - Paulo Stélio Sabbá Guimarães - Pedro Bezerra Filho - Plínio José Cavalcante Monteiro - Reinaldo Alberto Nery de Lima - Ricardo Luis Sant'Anna de Andrade - Roberto Lemos dos Santos Filho - Rogeanne Oliveira Gomes da Silva - Ronnie Frank Torres Stone - Rogério Marques Santos - Ronaldo Andrade - Ruy Malveira Guimarães - Sérgio Monteiro Medeiros - Silvana Nobre de Lima Cabral - Tereza Cristina Coelho da Silva

Revista do Ministério Público do Estado do Amazonas. / Publicação do
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAFF, n.6 (Janeiro /
Dezembro – 2005). Manaus: PGJ/CEAF, 2005.

XXXp.; v.6

ISSN 1679-6233

1.Ministério Público 2. Direito- Periódico I. Título

CDD 340.5

CDU 24 (05)

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.
Pede-se permuta

On demande echange

We ask for Exchange

2005

Procuradoria-Geral de Justiça

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAFF

Avenida Coronel Teixeira, n. 7995 – Nova Esperança

CEP: 69030-480 Manaus – AM

Fone: (92) 3655 0647

e-mail: ceaff@mp.am.gov.br

<http://www.mp.am.gov.br>

MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

PROCURADORES-GERAIS DE JUSTIÇA: José Jorge Souza de Carvalho - Leôncio Salignac e Souza - Amadeu Soares Botelho - Elphego Jorge de Souza - José Augusto Teles de Borborema - Adriano Alves de Queiroz - Domingos Alves Pereira de Queiroz - Vicente de Mendonça Júnior - Geraldo de Macedo Pinheiro - João Ricardo de Araújo Lima - Newton de Menezes Vieira - José Catanhede de Mattos Filho - David Alves de Mello - Mário Jorge do Couto Lopes - Carlos Alberto Bandeira de Araújo - João dos Santos Pereira Braga - Moacir de Souza Alves - Adalberto Andrade de Menezes - Aderson Pereira Dutra - Pedro da Silva Costa - Gebes de Mello Medeiros - Aguiuelo Balbi - Orlando dos Santos Santiago - Luiz Felipe Cordeiro de Verçosa - Aristarcho de Araújo Jorge de Mello - Evandro Paes de Farias - Mauro Luiz Campbell Marques - Maria do Perpétuo Socorro Guedes Moura - Vicente Augusto Cruz de Oliveira.

PROCURADORES DE JUSTIÇA: Alberto Nunes Lopes - Adalberto Ribeiro de Souza - Carlos Antônio Ferreira Coelho - Cristóvão de Albuquerque Alencar Filho - Evandro Paes de Farias - Flávio Ferreira Lopes - João Bosco Sá Valente - Mauro Luiz Campbell Marques - Noeme Tobias de Souza - Nicolau Libório dos Santos Filho - Pedro Bezerra Filho - Rita Augusta de Vasconcellos Dias - Sandra Cal Oliveira - Silvana Maria Mendonça Pereira dos Santos - Suzete Maria dos Santos - Vicente Augusto Cruz Oliveira .

PROCURADORES DE JUSTIÇA - APOSENTADOS: Aguiuelo Balbi - Ana Maria Duarte Esteves - Antonio Guedes da Silva - Aristarcho de Araújo Jorge de Mello - Áurea Márcia Bittencourt Karan - Carlos Alberto Bandeira de Araújo - Carlos Alberto Barbosa da Silva - Edilson dos Santos Oliveira - Fernando Florêncio da Silva - Flávio de Azevedo Tribuzy - Francisco Assis Nogueira - Frederico Monteiro Barroso - Jaime Tourinho Fernandez - Jorge Abdon Karim - José Agostinho Nunes Balbi - José Maria Lopes - Luiz Félix Conceição Santos - Lupercino de Sá Nogueira Filho - Manuel Braga dos Santos - Maria Helena Monassa Abinader - Merita Azulay - Mithridates Corrêa Filho - Nestor da Costa Ferreira - Orlando Moreira de Souza - Orlando dos Santos Santiago - Pedro da Silva Costa - Salvador Conte - Telma Martins Maciel - Yano René Pinheiro Monteiro.

PROMOTORES DE JUSTIÇA DE 2ª ENTRÂNCIA: Adelton Albuquerque Matos - Aguinaldo Concy de Souza - Aguiuelo Balbi Júnior - Ana Cláudia Abboud Daou - Anabel Vitória Pereira Mendonça de Souza - Antonina Maria de Castro do Couto Valle - Cândido Honório Ferreira Filho - Carlos Fábio Braga Monteiro - Carlos Lélío Lauria Ferreira - Cláudia Maria Raposo da Câmara Coelho - Cleucy Maria de Souza - David Evandro Costa Carramanho - Delisa Olívia Vieira - Edgard Maia de Albuquerque Rocha - Edilson Queiroz Martins - Edna Lima de Souza - Elvys de Paula Freitas - Francilene Barroso da Silva - Francisco das Chagas Santiago Cruz - Francisco de Assis Aires Arguelles - Guiomar Felícia dos Santos Castro - Izabel Christina Chrisóstomo - Jeferson Neves de Carvalho - João de Holanda Farias - João Lúcio de Almeida Ferreira - Jorge Alberto Veloso Pereira - Jorge Michel Ayres Martins - Jorge Wilson Lopes Cavalcante - José Bernardo Ferreira Júnior - José Hamilton Saraiva dos Santos - José Herivelto Pereira de Oliveira - José Roque Nunes Marques - Jussara Maria Pordeus e Silva - Karla Fregapani Leite - Kátia Maria Araújo de Oliveira - Léa Regina Pereira Mattos - Leda Mara Nascimento Albuquerque - Liani Mônica Guedes de Freitas Rodrigues - Lilian Maria Pires Stone - Luciana Toledo Martinho - Luciola Honório de Valois Coelho da Silva - Luissandra Chixaro de Menezes - Mara Nóbria Albuquerque da Cunha - Marco Aurélio Lisciotta - Maria Cristina Vieira da Rocha - Maria da Conceição Silva Santiago - Maria Eunice Lopes de Lucena Bitencourt - Maria José da Silva Nazaré - Maria José Silva de Aquino - Maria Piedade Queiroz Nogueira Belasque - Marlene Franco da Silva - Marlinda Maria Cunha Dutra - Mauro Roberto Veras Bezerra - Nasser AbrahamMasser

Netto - Neyde Regina Demósthene Trindade - Nilda Silva de Souza - Otávio de Souza Gomes - Paulo Stélio Sabbá Guimarães - Públcio Caio Bessa Cyrino - Raimundo David Jerônimo - Rogeanne Oliveira Gomes da Silva - Ronaldo Andrade - Ruy Malveira Guimarães - Sarah Pirangy de Souza - Silvana Nobre de Lima Cabral - Silvana Ramos Cavalcanti - Sílvia Abdala Tuma - Simone Braga Lunière da Costa - Solange da Silva Guedes Moura - Tereza Cristina Coêlho da Silva - Vicente Augusto Borges Oliveira - Walber Luiz Silva do Nascimento.

PROMOTORES DE JUSTIÇA DE 1ª ENTRÂNCIA: Adriano Alecrim Marinho - Alberto Rodrigues do Nascimento Júnior - Alvaro Granja Pereira de Souza - Ana Paula Serizawa Silva Podedworny - André Alecrim Marinho - André Luiz Medeiros Figueira - André Virgílio Belota Seffair - Antônio José Mancilha - Aurely Pereira de Freitas - Carla Santos Guedes - Carlos José Alves de Araújo - Carlos Sérgio Edwards de Freitas - Christianne Corrêa Bento da Silva - Clarissa Moraes Brito - Cláudio Sérgio Tanajura Sampaio - Daniel Leite Brito - Darlan Benevides de Queiroz - Davi Santana da Câmara - Edmilson da Costa Barreiros Júnior - Edinaldo Aquino Medeiros - Elis Helena de Souza Nóbile - Elizandra Leite Guedes de Lira - Evandro da Silva Isolino - Francisco Lázaro de Moraes Campos - Géber Mafra Rocha - George Pestana Vieira - Gerson de Castro Coelho - Hilton Serra Viana - Ítalo Klinger Rodrigues do Nascimento - João Gaspar Rodrigues - João Ribeiro Guimarães Netto - Jonas Neto Camêlo - Jorge Alberto Gomes Damasceno - Laís Rejane de Carvalho Freitas - Lauro Tavares da Silva - Leonardo Abinader Nobre - Lincoln Alencar Queiroz - Lorena de Verçosa Oliva - Marcelo Pinto Ribeiro - Márcio Fernando Nogueira Borges de Campos - Maria Betusa da Silva Araújo - Maria das Graças Gaspar de Melo - Mário Ypiranga Monteiro Netto - Mirtíl Fernandes do Vale - Nasser Abraham Nasser Netto - Raimundo do Nascimento Oliveira - Reinaldo Alberto Nery de Lima - Renata Cintrão Simões de Oliveira - Renilce Helen Queiroz de Sousa - Rodrigo Miranda Leão Júnior - Rogério Marques Santos - Romina Carmen Brito Carvalho - Sandra Maria Cabral Miranda - Sheyla Andrade dos Santos - Sheyla Dantas Frota de Carvalho - Simone Martins Lima - Valdecley Martins Castilho - Vânia Maria do Perpétuo Socorro Marques Marinho - Valber Diniz da Silva - Vivaldo Castro de Souza - Wandete de Oliveira Netto

PROMOTORES DE JUSTIÇA APOSENTADOS: Alfredo da Silva Santana - Aloísio Rodrigues de Oliveira - Aluísio Pereira de Lima - Antônio Alves Santana - Antônio Raimundo Barros de Carvalho - Bernardo José Antunes - Carlos Alberto de Moraes Ramos - Carlos Alberto Loureiro Pinagé - Clodualdo de Souza Pinheiro - Colmar Rabelo de Medeiros - Dário Alves da Cruz - Edilson Freire - Elias de Oliveira Chaves - Felipe Antônio de Carvalho - Fernando Antônio Ferreira Lopes - Flávio Queiroz de Paula - Francisco Gomes da Silva - Francisco José de Menezes - Gilberto Ramos da Silva - Jessé Soares Ferreira - João Batista dos Santos - João Valente de Azevedo - João Florêncio de Menezes - Jones Karrer de Castro Monteiro - Joquebede de Oliveira Souza - José Bento Cosme - José Ribamar Prazeres Coelho - Luiz Tadeu Calderoni - Manuel Edmundo Mariano da Silva - Maria Nazareth da Penha Vasque Mota - Maria Neide de Andrade Bezerra - Nicolau Silva de Oliveira - Nilza Rodrigues de Almeida - Paulo Cardoso de Carvalho - Raimundo Andrade Bentes - Teófilo Narciso de Mesquita Netto - Waldir Rossas dos Santos

PROMOTORES-ADJUNTOS APOSENTADOS: Carlos Augusto de A. Marques - Eutichio Haidem Vieira

PROMOTORES DE JUSTIÇA SUBSTITUTOS - APOSENTADOS: José Cruz da Silva - Mário Diogo de Melo

In memoriam:

PROCURADORES DE JUSTIÇA: Tábira Rodrigues Fortes - Roberto de Aquino Valle - Luiz Felipe Cordeiro de Verçosa - Ivan Coelho Cintra - Marília Marques de Oliveira - Marcus Vinícius Guedes de Lima - Geraldo de Macedo Pinheiro - Antonio Alexandre Pereira Trindade - Osmar Rodrigues Bento - Pedro de Souza Lira - Silis Campello Moslay - Mário de Mello Bittencourt - Raimundo Nonato Coelho - Gebes de Mello Medeiros

PROMOTORES DE JUSTIÇA: Altair Ferreira Thury - Amadeu Soares Botelho - América Amorim Antony - Arary Campos C. Lima - Ariosto Lopes Braga - Ary Tapajós Cahn - Blás Torres Filho - Danilo do Silvan - Eduardo Bentes Guerreiro - Fernando B. V. Gonçalves - Francisco Jorge Noronha - Frederico A. R. da Câmara - Giovanni Figliuolo - Hugo Coelho Cintra - José Lúcio Paiva - Juarez Tavares Bandeira - Lúcia Cistina C. Barros - Raphael Barbosa Amorim - Raimundo Carlos Sampaio - Renato Ribeiro da Rocha - Roger Oliveira Gama da Silva - Sebastião José M. de Paiva - Afonso Acampora - Francisco Sá P. Passos - Isaac Marcus Pinto - José de Araújo Mendes - Lauro Barbosa da Costa - Luiz Cartas Cáffaro - Sebastião Norões - Cássio de Gouvêa D. Cavalcante

Sumário

Apresentação	11
Homenagem ao Dr. Marcus Vinícius Guedes de Lima	15

DOCTRINA

A atividade financeira do Estado contemporâneo <i>Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho</i>	19
A formação extralegislativa do Direito <i>Ricardo Luís Sant'Anna de Andrade</i>	43
A notória especialização como fundamento para a inexigibilidade de licitação <i>Aurely Pereira de Freitas</i>	57
Análise beccariana e construções legais do crime de tortura <i>Marcelo Alves Pereira Eufrasio</i>	67
Breves considerações sobre a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público no Mandado de Segurança <i>Lorena Silva de Albuquerque</i>	84
Comentários sobre a nova Lei da Parceria Público-Privada <i>Ivana Mussi Gabriel</i>	98
Direito Natural e Direito Positivo <i>Alexandre Grassano F. Gouveia</i>	139
Improbidade administrativa – autopromoção com dinheiro público <i>Carlos José Alves de Araújo</i>	147
Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito - o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil <i>Luís Roberto Barroso</i>	154
O crime de embriaguez ao volante do artigo 306 da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) <i>Edna Lima de Souza</i>	216
O direito de preempção do município na regularização fundiária e na execução de programas e projetos habitacionais de acordo com o Estatuto da Cidade <i>Géber Mafra Rocha</i>	249
O sistema de “cotas” para negros nas universidades estaduais e federais, como modo de implementação de ações afirmativas, tem respaldo constitucional? <i>Aurely Pereira de Freitas</i>	257

O Terceiro Setor no Brasil – aspectos tributários: isenções, imunidades, demais benefícios	
<i>Katia Maria Araújo de Oliveira</i>	266
O familismo amoral e as redes de parentesco: dominância social	
<i>João Gaspar Rodrigues</i>	274
Terras indígenas e a súmula 650 do STF	
<i>Roberto Lemos dos Santos Filho</i>	343
Tutela específica das obrigações “de fazer” e “não fazer”	
<i>Lorena Silva de Albuquerque</i>	351
Um estudo sobre o licenciamento ambiental	
<i>Andréa Lasmar de Mendonça</i>	
<i>Luciana Toledo Martinho</i>	363
Vantagens individuais do servidor público e o Direito adquirido	
<i>Edgard Maia de Albuquerque Rocha</i>	374

TRABALHOS FORENSES

Ação civil pública por ato de improbidade administrativa	
<i>Carlos José Alves de Araújo</i>	403
Ação Civil Pública – Destituição de Conselheiro Tutelar por falta do requisito idoneidade moral	
<i>Christianne Corrêa Bento da Silva</i>	410
Contra-razões de recurso em sentido estrito	
<i>Francisco das Chagas Santiago Cruz</i>	417
Denúncia por crime eleitoral e outros a ele conexos	
<i>Edmilson da Costa Barreiros Júnior</i>	427

Apresentação

O talento humano é, por excelência, o bem que nenhuma Nação pode desperdiçar; tal desperdício seria dramático para o indivíduo e criminoso para a sociedade, diz C. K. Zurayak, graduado pensador político. E em tempos recuados e já esquecidos disse Propércio, *Elegiae* 3.2.25: o prestígio conquistado pelo talento não se perderá com o tempo; a glória do gênio resiste à morte.

A Revista Jurídica do Ministério Público Amazonense, em sua sexta publicação anual ininterrupta, acolhe e reconhece a verdade dessas afirmações. Reúne ao longo de suas páginas a quintessência do pensamento dos mais destacados membros da nossa instituição e de outros profissionais espalhados pelo país. Acolhe a todos que queiram colaborar na construção desse ambicioso projeto intelectual, não tendo reservas, prevenções ou preconceitos de espécie alguma. Acima de tudo importa-lhe o talento, a inteligência, o empenho e o mérito, indiferente de onde brotem. Volta-se o projeto antes para a universalização que para o paroquialismo míope; antes para a crítica fecunda que para os clichês e lugares-comuns; prefere a inteligência indômita e sem peias ao tecnicismo acadêmico, estéril e repetitivo. Competência e mérito, definitivamente, são os ídolos em cujo sacrário a Revista arduamente rende homenagens, rememorando antiga lição de Ovídio: não são as riquezas nem a fama dos antepassados que engrandecem, mas a honestidade e o talento.

E é por tudo isso e pela predominância desse espírito vanguardista que os membros do Ministério Público do Amazonas, apesar dos reveses e dificuldades da vida moderna, ainda não dobraram a espinha ao desânimo, ao aniquilamento intelectual, nem abriram mão de seus estudos e especulações jurídico-filosóficas. Prosperam os estudos, florescem os talentos! Há, entretanto, quem sugira ser isso pura perda de tempo - *scientia non habet inimicum praeter ignorantem...* Mas, a palavras loucas,

ouvidos moucos, diz o ditério popular. Assim, continuamos a acreditar no ideal do trabalho, do empenho, da inteligência, do talento, de cuja síntese, essa publicação dá uma clara idéia.

Ano após ano, nota-se um fenômeno cada vez mais aparente: a formação de um pensamento institucional sólido, coerente, racional. Aquele conhecimento empírico que habitualmente se encrosta em torno do profissional jurídico no exercício mecânico de uma função tende a ser suavizado, ou melhor dito, retemperado pelo conhecimento teórico mais elevado e crítico, espicaçado pela necessidade de ser alinhado na face virgem do papel, obediente às formas científicas e metodológicas. Escrever, como se diz, é ler duas vezes.

Nesse sexto volume, além dos colaboradores habituais, juntam-se a nós ilustres pensadores de vários lugares do país, que gentilmente e de bom grado se dispuseram a concorrer com seus estudos para a composição final da Revista. Portanto, cabe por dever, registrar os mais entusiásticos agradecimentos a esses mirmidões abnegados, co-responsáveis pela cosmopolização desse empreendimento editorial. A eles, operários sem remuneração, o Conselho Editorial deixa, de público, seu reconhecimento, além de sublinhar o desejo de que permaneçam em nossas fileiras.

A presente tiragem, além disso, traz algumas novidades que deixamos ao leitor a grata tarefa de descobrir, encarecendo que tudo visa atender o anseio pelo novo, pelo original, pelo produtivo. *Quien su carro unta sus buyes ayuda!* E com isso, esperamos, mais uma vez, ter atendido aos desejos de nosso estimado público-alvo.

Conselho Editorial



Marcus Vinctius Guedes de Lima

Homenagem ao Dr. Marcus Vinicius Guedes de Lima, eterno membro do Ministério Público do Amazonas

Marcus Vinicius Guedes de Lima nasceu em Manaus, no dia 04 de setembro de 1946, aí falecendo em junho de 2000.

Bacharelou-se em Direito pela Universidade do Amazonas em 1973, exercendo a advocatura até o ano de 1979, quando através de concorrido concurso de provas e títulos adentrou nas fileiras do Ministério Público do Amazonas.

É no cargo de Promotor de Justiça e posteriormente no de Procurador de Justiça, que Marcus Vinicius iria demonstrar de que material era constituída sua personalidade e seu caráter. Homem impávido, sempre bateu-se com destemor e subida coragem pelos assuntos institucionais, polemizando em prol de causas tidas por justas. *Andabatarum more pugnare...*

Nele não se via aquele conhecido hábito de defender causas e idéias com o intuito de se agigantar perante os demais e angariar prestígio. Não. Suas posições ideológicas se alicerçavam sobre princípios morais intangíveis, indício de sua integridade e retidão de caráter. Honra e proveito não encontravam meio termo em sua constituição moral. Ele praticava em toda sua extensão uma máxima muito conhecida entre os italianos: *È meglio morire con onore che vivere con vergogna!*

Os anos de sua vida doados ao Ministério Público talvez não tenham sido devidamente recompensados, mas certamente a instituição e seus membros muito ganharam com sua presença marcante e respeitável. Representava ele, sem dúvida, uma reserva moral cuja reposição ainda levará algumas gerações.

Seu passamento precoce abriu um claro nas fileiras do MP e sua ausência ainda é sentida naqueles que o conheceram. Sua figura prazenteira, simpática, e acima de tudo, honesta, angariava uma hoste fiel de admiradores.

Marcus Vinicius não logrou testemunhar a virada do

uma hoste fiel de admiradores.

Marcus Vinicius não logrou testemunhar a virada do século XX para o século XXI, mas seu espírito e seu exemplo de vida, sobreviveram-lhe e atravessam os anos, servindo de bússola e carta de marear às novas gerações que se sucedem na instituição. Em vida desempenhou com louvor sua missão de *custos legis*, na morte persiste como *angelus custos*...!

Doutrina

A atividade financeira do Estado contemporâneo

Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Estado: noções gerais. 3. Necessidades públicas e serviços públicos. 4. A atividade financeira do Estado. 5. O Estado liberal e sua atividade financeira: a fiscalidade. 6. O Estado intervencionista e sua atividade financeira: a extrafiscalidade. 7. Estado de direito: a ordenação jurídica da atividade financeira estatal. 8. Conclusões.

1. Introdução

O presente trabalho não pretende construir uma teoria geral do Estado contemporâneo. Seu intuito, mais modesto, é estudar a atividade financeira estatal na atualidade a partir da evolução da concepção dos fins da referida atividade. Neste trabalho procuramos estabelecer o conteúdo de tal atividade no contexto da neutralidade típica do Estado liberal bem como definir as características extrafiscais que tal atividade assume no chamado Estado intervencionista.

Visando a atividade financeira (direta ou indiretamente) o atingimento das finalidades estatais¹, constituindo-se, pois, em uma questão central na discussão do próprio Estado², resta evidenciado que o modo de ser e atuar desta entidade e seus valores repercutem na configuração daquela atividade.

Assim, tendo em vista que uma das chaves para a melhor

* Procurador do Estado do Amazonas. Professor de Direito Financeiro e Tributário e de Direito Econômico no CIESA. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestrando em Direito no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (CPGD/UFSC).

¹ Benvenuto Griziotti, *Principios de ciencia de las finanzas*, p. 71.

² Raymundo Juliano Rêgo Feitosa, *A constituição financeira como questão crucial do direito constitucional*, p. 131.

compreensão das finanças públicas³ está no conhecimento dos aspectos fundamentais do Estado, procederemos, inicialmente, a uma breve análise de alguns desses aspectos, para, somente em seguida, adentrarmos no objeto específico que constitui o cerne do presente estudo.

2. O Estado: noções gerais

Os homens reuniram-se, embrionariamente, em grupos sociais, porque concluíram ser imprescindível à sobrevivência a colaboração mútua. Esses grupos, de organização precária, passaram, paulatinamente, a solicitar a satisfação de necessidades gerais, impossíveis de serem atendidas pela manifestação individual de cada um dos seus elementos. Assim, desde o momento em que o homem passou a viver em sociedade, teve a necessidade de criar um ente politicamente organizado para gerir os interesses coletivos⁴.

Este ente organizado, que é o próprio Estado (do latim *status*, que significa “estar firme”), é, portanto, o responsável direto pela administração dos bens e interesses da comunidade. Com o progresso da civilização, nota Aliomar Baleeiro, acentuou-se no Estado, além da função de órgão político, monopolizador do poder, o caráter de “*sistema orgânico de serviços públicos para satisfazer às necessidades gerais da população*” (grifos no original)⁵.

O Estado, como ordem política da Sociedade, é conhecido desde a antiguidade; seu conceito vem evoluindo, a partir da *polis* grega e da *civitas* romana, graças aos questionamentos e pesquisas

³ A expressão “finanças públicas” – derivada do francês *finance*, que por sua vez, se forma do antigo verbo *finer* (conseguir um fim) – é comumente empregada para designar a atividade financeira do Estado. É nesse sentido que a referida expressão é empregada no inciso I do art. 163 da CF/1988. Por vezes, a expressão “Finanças Públicas” – principalmente quando grafada com iniciais maiúsculas – é utilizada para designar não a atividade financeira estatal, mas o estudo que tem por objeto esta mesma atividade, caso em que é usualmente tomada como sinônima de “Ciência das Finanças”. É na primeira das acepções mencionadas que a expressão em questão será empregada no presente trabalho.

⁴ Ariosto de Rezende Rocha, *Elementos de direito financeiro e finanças*, v. 1, p. 35.

⁵ *Uma introdução à ciência das finanças*, p. 1.

realizadas por diversos estudiosos.

É impossível, no entanto, encontrar um conceito único de Estado que seja totalmente aceito por parte dos doutrinadores. Isto porque o Estado é um organismo social muito complexo (cujas feições variam no curso da História) e os conceitos, por sua vez, são pontos de vista específicos, embora geralmente formais, de cada autor⁶. Ademais, o conceito de Estado varia segundo o ângulo em que é considerado. Assim, do ponto de vista sociológico, é concebido como corporação territorial dotada de um poder de mando originário; sob o prisma político, considera-se a comunidade de indivíduos, fixada sobre um território, com potestade superior de ação, de mando e de coerção; sob o aspecto constitucional, caracteriza-se como pessoa jurídica territorial soberana.

Todavia, apesar da dificuldade em conceituar o Estado com precisão, observa-se nos conceitos e juízos de diversos autores alguns elementos indissociáveis que são fundamentais para a estruturação de um conceito básico de Estado, quais sejam: 1) uma sociedade permanente de pessoas; 2) um determinado território; 3) um governo independente; e 4) uma finalidade específica, que é a busca do bem comum. Considerando-se esses elementos, teremos chegado a uma visão global e abrangente do processo de conceituação do Estado, visto que se adequa às opiniões da grande maioria dos doutrinadores.

Podemos, assim, conceituar o Estado como a *pessoa jurídica soberana, constituída de um povo organizado sobre um determinado território, sob o comando de um governo, para fins de alcançar o bem comum daquele povo.*

Os elementos que compõem a estrutura formadora do Estado e que, conseqüentemente, são indispensáveis à existência do mesmo, são os chamados *elementos constitutivos do Estado*, ou, como preferem outros autores, *elementos essenciais do Estado*. Com algumas poucas exceções, concorda a maioria dos autores como sendo três os referidos elementos, embora diverjam quanto à sua

⁶ Antônio de Castro Assumpção, *O Estado contemporâneo – aspectos gerais*, p. 122.

identificação. São eles de *ordem material* e de *ordem formal*.

Os elementos materiais são a *população* e o *território*, porque se erigem em fatores concretos, sensíveis. O elemento formal é identificado com o *poder político* – ou alguma de suas expressões, como *autoridade*, *governo* ou *soberania* –, que é o vínculo que agrega o grupo humano⁷.

Entendemos, com outra parcela da doutrina, que deva ser acrescentada, entre os elementos formadores do Estado, ao lado dos três já mencionados, a *finalidade*, que é o seu elemento *espiritual* (ou *final* ou *teleológico*, como preferem alguns), sem o qual não haveria justificativa para a existência do Estado⁸.

Assim, para manter uma certa coerência com o conceito de Estado por nós adotado, vamos considerar como sendo quatro os elementos essenciais do Estado: *população*, *território*, *governo* e *finalidade*⁹. Vejamos, em breves linhas, cada um deles.

A *população* é a “base humana” da sociedade estatal, consistindo na totalidade de pessoas residentes num território, de forma indiscriminada, incluindo-se, portanto, nesse aglomerado

⁷ Nesse sentido: Léon Duguit, *Fundamentos do direito*, p. 53; Aderson de Menezes, *Teoria geral do Estado*, p. 129-130; Darcy Azambuja, *Teoria geral do Estado*, p. 18; Antônio de Castro Assumpção, *O Estado contemporâneo – aspectos gerais*, p. 127. Este último autor, contudo, reconhece que todo Estado possui uma finalidade própria (que, para muitos autores, como adiante veremos, configuraria um quarto elemento constitutivo do Estado), que, em sua concepção, consistiria “em regular e assegurar a ordem social, fixando-lhe o direito e garantindo a observância deste, defendendo-a interna e externamente; e, enfim, em administrar a coisa pública e promover o bem comum consoante as concepções dominantes” (ob. cit., p. 130).

⁸ Nesse sentido: Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 87-92. No mesmo sentido é a lição de Paulo Napoleão Nogueira da Silva, nestes termos: “é preciso ressaltar que, segundo as mais objetivas e racionais concepções da atualidade, a única justificativa para a existência do Estado é a promoção do bem comum, cuja consecução se torna a cada dia mais complexa em virtude, sobretudo, da explosão demográfica a nível mundial. Não fora essa necessidade, embora se torne culturalmente difícil conceber um mundo sem Estados, não haveria justificativa lógica para a sua existência” (*Curso de direito constitucional*, p. 35).

⁹ Aos referidos elementos acrescenta Dejalma de Campos outro: a *organização jurídica*. É que, segundo o citado autor, “somente quando a sociedade encontra-se juridicamente organizada, com uma ordem coercitiva, é que o Estado surge” (*Direito financeiro e orçamentário*, p. 19). Nesse sentido é a lição de José Geraldo Brito Filomeno, que prefere denominar o referido elemento de *ordenamento jurídico* (*Manual de teoria geral do Estado e ciência política*, p. 79-80).

humano, os nacionais e os estrangeiros¹⁰. É impossível a existência do Estado sem o elemento humano (população), pois é para ele que a referida entidade se forma.

O *território* é, assim, a “base física” do Estado¹¹. É o espaço geográfico onde o povo se fixou, em que se desenvolvem as relações sociais e dentro do qual o governo exerce sua soberania. Constituindo-se no espaço no qual os órgãos estatais têm o poder de impor sua autoridade, o território define o âmbito da competência no espaço dos órgãos supremos do Estado¹².

O *governo* o elemento condutor do Estado, que detém e exerce o poder absoluto de autodeterminação e auto-organização emanado do povo. Apesar de serem os homens essencialmente iguais, isto é, iguais por natureza, existe, em qualquer forma de sociedade humana, uma necessidade de ordem e hierarquia, sem as quais seria impossível manter unido um determinado grupo¹³. De fato, na medida em que alguns assumem o controle de um poder suficiente para resolver as questões que a todos afetam, ocupam uma posição diferenciada no âmbito daquela sociedade, uma posição de mando que implica, por parte de seus destinatários, uma de obediência¹⁴. É a esta autoridade que chamamos de *governo*, que se caracteriza por ser uma organização política efetiva e estável, em condições de presidir e manter a ordem e as instituições

¹⁰ Aderson de Menezes, *Teoria geral do Estado*, p. 132.

¹¹ Aderson de Menezes, *Teoria geral do Estado*, p. 135; Darcy Azambuja, *Teoria geral do Estado*, p. 36; José Geraldo Brito Filomeno, *Manual de teoria geral do Estado e ciência política*, p. 33.

¹² Marcello Caetano, *Manual de ciência política e direito constitucional*, p. 127.

¹³ Clóvis do Souto Goulart, *Sociedade e Estado*, p. 27 e 30. Leciona com precisão Celso Ribeiro Bastos que “uma vontade diretiva deve existir em qualquer comunidade, se se quer atingir o fim para o qual é constituída. Na verdade, impossível seria que pessoas se unissem para alcançar um objetivo comum, sem que sobre elas existisse uma vontade suprema, que guiasse e coordenasse as suas atividades individuais” (*Curso de direito constitucional*, p. 504).

¹⁴ Celso Ribeiro Bastos, *Curso de direito constitucional*, p. 5. Consoante enfatiza Léon Duguit, “parece evidente que em quase todas as sociedades, sejam humildes, bárbaras, poderosas ou civilizadas, encontramos indivíduos que parecem mandar em seus semelhantes e que de certo modo exigem obediência a suas determinações, fazendo uso da força quando julgam necessário”. E conclui: “Caracterizando assim a diferenciação política, os elementos que parecem comandar são os governantes; enquanto os comandados, os governados” (*Fundamentos do direito*, p. 31-32).

internas e representar o Estado no seu relacionamento com os demais membros da comunidade internacional¹⁵.

A *finalidade* é o fim do Estado, isto é, a função para a qual foi ele criado. Sua finalidade, consoante anteriormente exposto, é alcançar o *bem comum* de um certo povo, situado em determinado território. *Bem comum*, por sua vez, nas palavras de José Geraldo Brito Filomeno, é “a realização global do ser humano, quer do ponto de vista biológico, quer do psíquico, o que deve ser propiciado pelo Estado mediante criação de condições de cunho *político* (mantendo as seguranças interna e externa), *jurídico* (buscando o Estado de direito mediante a criação, execução e aplicação do ordenamento jurídico) e *social* (proporcionando à população em geral, e à sua faixa mais carente, em especial, condições de superação de sua insuficiência e necessidades de cunho educacional, de saúde, saneamento básico, lazer etc.)” (grifos no original)¹⁶.

Uma sociedade de natureza política como o Estado não tem um fim em si mesmo. O fim do Estado, sociedade política que é, consiste em fornecer condições para os homens que a compõem (e que nela possuem direitos e deveres), inseridos noutros grupos, que a integram – verdadeiras sociedades menores –, alcançarem os seus fins¹⁷.

Os autores que não consideram a finalidade como

¹⁵ Alguns autores preferem usar a expressão *poder político* ou *soberania* no lugar da palavra governo. Entendemos que não há inconveniente em empregar como sinônimos os termos apresentados, pois todos, em sua essência, designam a mesma coisa: o exercício do poder soberano. No entender de Marcello Caetano, contudo, poder político e soberania não são a mesma coisa: “A soberania é uma forma do poder soberano, correspondendo à sua plenitude: é um poder político *supremo e independente*” (*Manual de ciência política e direito constitucional*, p. 132 – grifos no original). Também Antônio de Castro Assumpção entende não se confundir o poder do Estado com a soberania, caso esta seja havida como significativa de um poder político absoluto, totalmente exclusivo e não sujeito a nenhum outro, porquanto esposa o referido autor o princípio do primado das normas do direito internacional público em face do direito estatal, admitindo, pois, que algumas delas, por sua destinação, podem incidir diretamente sobre o território do Estado, independentemente da vontade deste (*O Estado contemporâneo – aspectos gerais*, p. 130-131).

¹⁶ *Manual de teoria geral do Estado e ciência política*, p. 84.

¹⁷ Ronaldo Poletti, *Introdução ao direito*, p. 66.

elemento essencial do Estado, sustentam que a mesma já está implícita na idéia de sociedade, pois toda sociedade, qualquer que seja a sua natureza (cultural, comercial, política, partidária), pressupõe fins, e, destarte, sem esse elemento teleológico, inexisteria o próprio Estado. Cumpre destacar, no entanto, que existe uma diferença fundamental que qualifica a finalidade do Estado: este busca o bem comum de um certo povo, situado em determinado território. Há, portanto, uma finalidade própria do Estado, que lhe dá um caráter muito peculiar¹⁸.

Para atingir sua finalidade, como adiante se verá, o Estado emprega diversos meios, que variam conforme as épocas, os povos, os costumes e a cultura. Seu objetivo, todavia, é sempre o mesmo e não se confunde com o de nenhuma outra instituição¹⁹. O Estado não deve ser confundido, portanto, nem com as sociedades em particular, nem a Sociedade em geral.

3. Necessidades públicas e serviços públicos

Segundo Dalmo de Abreu Dallari, os agrupamentos humanos caracterizam-se como sociedades quando têm uma finalidade, um fim próprio a atingir²⁰.

Entre as sociedades políticas, há uma que se destaca das demais por possuir um poder direto sobre o indivíduo, bem como por sua amplitude: o *Estado*²¹. Todas as demais sociedades têm a organização e a atividade reguladas pelo Estado, que pode suprimi-las ou favorecê-las.

O que justifica a existência do Estado são as *necessidades*

¹⁸ Ronaldo Poletti, *Introdução ao direito*, p. 66.

¹⁹ Darcy Azambuja, *Teoria geral do Estado*, p. 5.

²⁰ *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 21.

²¹ Na lição de Egas Rosa Sampaio, "o poder do Governo é o que distingue o Estado de todas as outras sociedades organizadas" (*Instituições de ciência das finanças: uma abordagem econômico-financeira*, p. 41). No mesmo sentido é a percepção de Antônio de Castro Assumpção, que leciona: "o Estado contemporâneo se distingue de qualquer outra coletividade pública ou entidade política, tão-só por possuir *de jure proprio*, e com a só ressalva do primado do direito internacional público, o mais alto poder de dominação direta no território que lhe corresponda" (*O Estado contemporâneo - aspectos gerais*, p. 132).

humanas. As necessidades humanas são as sensações de carência de algo próprio à conservação de sua existência individual ou social, que as pessoas experimentam, conjugadas aos impulsos para fazê-las desaparecer.

Não são, entretanto, todas as necessidades humanas que justificam a existência do Estado, pois as *individuais* são aquelas que as pessoas experimentam singularmente, independentemente de suas relações com a sociedade ou com o Estado, e que, justamente por isso, devem ser satisfeitas pelo próprio indivíduo, por seu próprio esforço e custo, podendo a forma de satisfação variar de pessoa para pessoa, de acordo com a capacidade econômica de cada uma²². É o caso das necessidades de vestuário, alimentação, habitação etc.

Também não age o Estado no atendimento das *necessidades coletivas*, como tais consideradas aquelas que pertencem a determinados grupos ou setores bem definidos. É o caso dos interesses de um condomínio, de um clube, de uma associação etc. Tal espécie de necessidades humanas é sentida pelas pessoas como integrantes do grupo social específico a que pertencem e deve ser satisfeita pelo esforço da referida coletividade, considerada esta como a soma de seus indivíduos.

Há, todavia, certas necessidades que não podem ser satisfeitas pelo esforço do indivíduo e nem mesmo pelo esforço coordenado de uma determinada coletividade, pois são do interesse de todos os segmentos da sociedade²³. São as chamadas *necessidades coletivas públicas* ou, mais resumidamente *necessidades públicas*, cuja satisfação o Estado assumiu ou cometeu a outras entidades de direito público, e que são atendidas, basicamente, pelo processo do serviço público²⁴. Percebe-se, do exposto, que toda necessidade pública é, em princípio, coletiva²⁵, mas a recíproca está excluída, pois existem necessidades coletivas que

²² Benvenuto Griziotti, *Princípios de ciência de las finanzas*, p. 17.

²³ Ubaldo Cesar Balthazar, *Manual de direito tributário*, Livro 1, p. 15.

²⁴ Aliomar Baleeiro, *Uma introdução à ciência das finanças*, p. 2.

²⁵ "O Estado não deixa de ser uma grande associação. Enquanto tal, existe para o atingimento de certos fins que dizem respeito aos interesses da própria coletividade" (Celso Ribeiro Bastos, *Curso de direito financeiro e de direito tributário*, p. 1).

não são necessidades públicas²⁶. O que caracteriza estas últimas é, precisamente, a forma de necessário atendimento pelos chamados serviços públicos.

Ressalte-se que a definição de necessidades públicas depende das circunstâncias *de tempo e de espaço* e nisto consiste, precisamente, a sua relatividade histórica²⁷. São, de fato, variáveis *no tempo* as necessidades públicas: nas sociedades políticas primitivas, as necessidades consideradas públicas eram extremamente reduzidas; limitavam-se, em geral, à defesa contra a agressão externa, segurança interna e distribuição da justiça. Hoje, as necessidades públicas abrangem desde a assistência ao nascituro, prolongando-se à infância, à adolescência e à velhice desamparada, até à recreação pública. No quadro vasto e diversificado, situam-se, também, a educação, a saúde, a habitação, o fomento à produção etc.

Também são variáveis *no espaço* as necessidades públicas: na mesma época, elas se apresentam de modo desigual entre os vários países, em virtude de suas peculiaridades geográficas, culturais e políticas.

Ao conceito de necessidade pública corresponde o de *serviço público*: a necessidade pública é sentida pela coletividade; o serviço público é produzido pelo Estado visando a satisfação daquela necessidade. A cada intervenção do Estado, tendente a satisfazer uma necessidade pública, corresponde a prestação de um serviço público²⁸.

A expressão “serviços públicos” pode ser tomada em, pelo menos, duas acepções: em sentido *objetivo* e em sentido *subjetivo*.

Em sentido subjetivo (ou orgânico), corresponde o serviço público às organizações de pessoal e material que atuam sob a responsabilidade de entidades públicas, para o desempenho de funções e atribuições de sua competência.

O serviço público, em sua acepção objetiva, pode ser

²⁶ Aliomar Baleeiro, *Uma introdução à ciência das finanças*, p. 2.

²⁷ José Souto Maior Borges, *Introdução ao direito financeiro*, p. 14.

²⁸ Alberto Deodato, *Manual de ciência das finanças*, p. 10.

definido como a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade materialmente fruível pelos administrados, pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob regime de direito público (o regime jurídico-administrativo)²⁹.

Serviços públicos *gerais* (também conhecidos como *universais*) são os prestados “*uti universi*”, isto é, que atendem de forma indistinta a todos os cidadãos, sendo, por conseguinte, insuscetíveis de utilização individual e mensurável. Atendem a toda a coletividade, sem objetivar usuários determinados, como os de iluminação pública, de coleta de lixo etc. O serviço público geral é *indivisível*: não é suscetível de fracionamento entre os usuários, isto é, não se pode individualizar o serviço recebido por cada usuário³⁰.

Os serviços públicos *específicos* (também chamados de *singulares* ou *especiais*), ao contrário, são os prestados “*uti singuli*”. São os que, embora se encontrem mobilizados para servir indistintamente a todos, possibilitam a individualização do beneficiário (destinatário), sempre que a sua prestação se torna concretamente necessária, como os de fornecimento de energia elétrica e de água. Os serviços específicos gozam, portanto, de *divisibilidade*, isto é, da possibilidade de, pelo menos aproximadamente, avaliar-se a utilização individual (efetiva ou potencial) pelo usuário³¹.

Tanto os serviços públicos gerais como os especiais estão organizados para satisfazer uma necessidade pública³², apesar dos últimos atenderem de modo particular e individualizado a algumas pessoas.

4. A atividade financeira do Estado

O Estado, para atingir sua finalidade – o bem comum de

²⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 575.

³⁰ Manuel Morselli, *Compendio de ciencia de las finanzas*, p. 8; Alberto Deodato, *Manual de ciência das finanças*, p. 11.

³¹ Manuel Morselli, *Compendio de ciencia de las finanzas*, p. 8; Alberto Deodato, *Manual de ciência das finanças*, p. 11.

³² Manuel Morselli, *Compendio de ciencia de las finanzas*, p. 8.

um certo povo, situado em determinado território –, desenvolve uma série de atividades: presta serviços públicos (educação, saúde, dentre outros), exerce poder de polícia, constrói obras públicas etc. Essas atuações constituem a chamada *atividade administrativa* do Estado, que, em suma, visa ao atendimento das necessidades consideradas públicas (interesses relevantes que o Estado, através de decisão política, encampa). A atividade administrativa é, por isso, considerada a “atividade-fim” do Estado, eis que constitui o fim, a finalidade para a qual o Estado foi criado.

O Estado-Administração, todavia, não poderia alcançar os seus fins se não dispusesse de uma massa adequada de meios econômicos, que se “alimenta” ou de rendas patrimoniais do próprio Estado (e de atividades comerciais ou industriais por ele exercidas) ou, então, é obtida, através do poder de império, da riqueza dos cidadãos. Na Idade Média, as entradas da primeira espécie (receitas patrimoniais) é que tinham o papel preponderante. Na época moderna, todavia, os referidos ingressos foram perdendo a importância e, hoje, a segunda modalidade (receitas derivadas) é que, em maior proporção, preenche, através dos tributos, as necessidades do erário público.

Vê-se, portanto, que, para que o Estado possa desenvolver sua “atividade-fim”, necessita carrear recursos financeiros, sem os quais não seria possível movimentar a máquina administrativa em direção ao atendimento das necessidades públicas. Surge aí a chamada *atividade financeira do Estado*, a qual, ressalte-se, não se restringe à mera arrecadação dos meios indispensáveis à satisfação das necessidades públicas.

De fato, as finanças públicas (nas quais coordenam-se elementos econômicos, políticos e jurídicos) estão constituídas pelos *gastos* (*despesas públicas*) e seu *financiamento* (*receitas públicas*) no contexto do *orçamento* do Estado³³.

Esta é a conclusão a que se chega após a leitura da definição proposta por Rubens Gomes de Sousa, que entende a atividade

³³Raymundo Juliano Rêgo Feitosa, *A ordenação da atividade financeira e tributária do Estado*, p. 216.

financeira do Estado como a que visa “a obtenção, a administração e o emprego de meios patrimoniais que lhe possibilitem o desempenho daquelas outras atividades que se referem à realização de seus fins” (grifamos)³⁴.

Desse conceito não se afasta Ruy Barbosa Nogueira, que define a atividade financeira como “toda ação que o Estado desenvolve para obter, gerir e aplicar os meios necessários para satisfazer às necessidades da coletividade e realizar seus fins” (grifamos)³⁵.

Dos conceitos propostos pelos autores supracitados, percebe-se que, na concepção dos mesmos, a atividade financeira do Estado desenvolve-se, basicamente, em três campos afins³⁶:

a) a *receita*: que é a obtenção dos meios patrimoniais necessários à realização dos fins visados pelo Estado;

b) a *gestão*: que consiste na administração e conservação do patrimônio público;

c) a *despesa*: que é o emprego (utilização, aplicação), pelo Estado, dos recursos patrimoniais disponíveis para a realização dos fins a que se destinam.

De registrar, por outro lado, a existência de concepção doutrinária ligeiramente diversa, a qual acrescenta aos verbos *obter*, *despender* e *gerir*, acima referidos, o verbo *criar*, representativo do *crédito público*, que é o procedimento do Estado para, através de operações de empréstimos, captar recursos monetários e aplicá-los aos gastos públicos, tanto para custear investimentos como para antecipar receita, quando desequilibrado o orçamento.

Na esteira desse raciocínio, Aliomar Baleeiro leciona consistir a atividade financeira do Estado “em obter, criar, gerir e despender o dinheiro indispensável às necessidades, cuja satisfação o Estado assumiu ou cometeu àquelas outras pessoas de direito público” (grifamos)³⁷.

Filia-se, igualmente, a esta corrente doutrinária José Souto

³⁴ *Compêndio de legislação tributária*, p. 31.

³⁵ *Curso de direito tributário*, p. 3.

³⁶ Nesse sentido: Egas Rosa Sampaio, *Instituições de ciência das finanças*, p. 43-44; Dejalma de Campos, *Direito financeiro e orçamentário*, p. 22.

³⁷ *Uma introdução à ciência das finanças*, p. 2.

Maior Borges, que assevera: “Internamente, as várias manifestações da atividade financeira do Estado se exercem mediante operações de: a) *receita tributária*, ou seja, a proveniente da arrecadação de impostos, taxas e contribuições, e *receita patrimonial*; b) *despesa*; c) *orçamentação*; d) *crédito*, e.g., os empréstimos públicos internos voluntários” (grifamos)³⁸.

5. O Estado liberal e sua atividade financeira: a fiscalidade

Nos séculos XV e XVI, época das grandes navegações, encontramos o Estado associado aos comerciantes com o objetivo de desenvolver o comércio e a exploração colonial. Era o chamado “mercantilismo”.

O liberalismo econômico nasceu com a decadência do regime econômico mercantilista e o surgimento da “burguesia”. O Estado Liberal, que emergiu da Revolução Francesa (1789) e predominou durante o século XIX, tinha como postulados principais a livre iniciativa e a livre concorrência. Com o advento de tal modelo, operou-se uma dissociação bem nítida entre a atividade econômica e a atividade política: as decisões econômicas (as relativas ao emprego de fatores escassos) caberiam inteiramente aos membros da comunidade, em princípio sem qualquer interferência do Estado³⁹.

Sob esse prisma, a função do Estado era essencialmente *abstencionista*, ficando o plano decisório político circunscrito àquelas funções elementares do Estado e indispensáveis para o livre desenvolvimento da atividade dos particulares⁴⁰. Era o chamado “Estado-Polícia” (*L'État Gendarme*): aquele que, frente às liberdades em geral (e às de indústria e comércio, especialmente), assumia uma função puramente negativa (neutra), atribuindo-se-lhe, unicamente, a responsabilidade de policiar a ordem pública e, desse

³⁸ *Introdução ao direito financeiro*, p. 67. No mesmo sentido: Alberto Deodato, *Manual de ciência das finanças*, p. 17; Cláudio Martins, *Compêndio de finanças públicas*, p. 31-32 e 39; Ubaldo Cesar Balthazar, *Manual de direito tributário*, Livro 1, p. 15.

³⁹ Fabio Nusdeo, *Fundamentos para uma codificação do direito econômico*, p. 8.

⁴⁰ Fabio Nusdeo, *Fundamentos para uma codificação do direito econômico*, p. 8.

modo, criar as condições idôneas que permitissem a plena expansão das referidas liberdades⁴¹.

Na ideologia do liberalismo econômico, a atividade financeira do Estado era quase sempre *neutra*, tendo, a princípio, natureza *adjetiva* e caráter meramente *instrumental* – daí ser tradicionalmente conhecida como *atividade-meio*⁴² (ou *de segundo grau*). As atividades instrumentais ou adjetivas (“atividades-meio”) do Estado são as que, embora não atendendo diretamente a comunidade, atuam como um instrumento ou meio para a execução dessas outras atividades (“atividades-fins”) através das quais se realizam diretamente as políticas executivas dos governos⁴³. Isto significa que, na concepção do liberalismo, a atividade financeira não está incluída entre os fins do Estado, não se esgotando, pois, em si mesma.

Os tributos, nesse contexto, caracterizam-se pela chamada “fiscalidade”, que significa a utilização do instrumental tributário com o exclusivo objetivo de prover os cofres públicos, para que o Estado possa realizar seus fins (isto é, a consecução do bem comum). Representa o tributo, para o Estado Liberal, um instrumento fundamental para o desempenho das chamadas *atividades substantivas, materiais* ou *atividades-fins*, assim entendidas as atribuições específicas do Estado que – estas sim – visam diretamente ao atendimento das necessidades públicas (necessidades priorizadas institucionalmente).

Não era permitido que os tributos alterassem as regras do mercado, intervindo na livre iniciativa e na livre competição, “o que se eivaria de insanável equívoco, na opinião dos prosélitos da fiscalidade estrita”⁴⁴.

A postura de neutralidade do Estado Liberal – e de sua atividade financeira, de modo específico – gerou contrastes chocantes: fortunas imensas se acumulavam nas mãos dos dirigentes do poder econômico; o luxo, a ostentação, a ânsia

⁴¹ Neomésio José de Souza, *Intervencionismo e direito: uma abordagem das repercussões*, p. 30-31; Sahid Maluf, *Teoria geral do Estado*, p. 130.

⁴² Ubaldo Cesar Balthazar, *Manual de direito tributário*, Livro 1, p. 14.

⁴³ José Souto Maior Borges, *Introdução ao direito financeiro*, p. 39.

⁴⁴ Raimundo Bezerra Falcão, *Tributação e mudança social*, p. 43.

irrefreada de ganhar cada vez mais criaram o conflito entre as classes patronais e assalariadas. Organizaram-se, neste período, as grandes empresas, os *trusts*, os cartéis, os monopólios e todas as formas de abuso do poder econômico, acentuando-se cada vez mais o desequilíbrio social, enquanto o Estado Liberal, fiel à sua postura de simples “gendarme”, a tudo assiste de braços cruzados, limitando-se a *policiar* a ordem pública⁴⁵.

6. O Estado intervencionista e sua atividade financeira: a extrafiscalidade

Os problemas que se abateram sobre a sociedade em decorrência da sua postura de neutralidade, levaram o Estado a refletir sobre o alargamento de seus deveres para muito além da missão de garantir uma ordem jurídica para o exercício dos direitos e atividades consideradas anteriormente excepcionais passaram a constituir o exercício regular, normal, de competência, compreendida já agora na esfera própria do Estado⁴⁶.

O advento da II Guerra Mundial iria estimular ainda mais a atitude intervencionista do Estado. Este, assumindo amplamente o encargo de assegurar a prestação dos serviços fundamentais a todos os indivíduos, ampliou sua esfera de ação e a necessidade de controlar os recursos sociais e obter o máximo proveito com menor desperdício, para fazer face às emergências da guerra, leva a ação estatal a todos os campos da vida social, não havendo mais qualquer área interdita à intervenção do Estado⁴⁷.

Surge, nesse contexto, ao lado do fim meramente fiscal (função adjetiva) da atividade financeira do Estado, a possibilidade de intervenção governamental na sociedade através das finanças públicas, o que evidenciaria a existência de um fim *extrafiscal* da

⁴⁵ Sahid Maluf, *Teoria geral do Estado*, p. 130. Abstendo-se o Estado de intervir na ordem social e econômica, como observa Clóvis do Souto Goulart, sua autoridade “revelou-se fraca e impotente para acudir os mais justos reclamos dos grupos sociais e, evidentemente, do indivíduo” (*Sociedade e Estado*, p. 29).

⁴⁶ Neomésio José de Souza, *Intervencionismo e direito: uma abordagem das repercussões*, p. 38.

⁴⁷ Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 237.

atividade financeira estatal⁴⁸, que se distingue da simples fiscalidade porque não se limita a retirar do patrimônio dos particulares recursos pecuniários para a satisfação de necessidades públicas: trata-se, no dizer de Souto Maior Borges, de “*função tipicamente intervencionista e redistributiva*” (grifos no original)⁴⁹.

A extrafiscalidade, segundo Raimundo Bezerra Falcão, é “a atividade financeira que o Estado exercita sem o fim *precípuo* de obter recursos para seu erário, para o fisco, mas sim com vistas a ordenar ou reordenar a economia e as relações sociais” (grifo no original)⁵⁰.

Se, no Estado liberal, as finanças públicas eram, quase sempre *neutras*, atendendo ao objetivo de financiar o mínimo “gendarme”, no Estado moderno, intervencionista, elas são concebidas como instrumento de política fiscal dos mais poderosos⁵¹. O Estado, para realizar seus fins, abandona sua posição de neutralidade com respeito ao funcionamento do sistema econômico: é o chamado “Estado do bem-estar social” (*Welfare State*), ou simplesmente “Estado Social”, aquele cuja finalidade essencial é promover o bem-estar geral.

As finanças públicas modernas, portanto, passaram a se caracterizar precisamente pelas manifestações extrafiscais da atividade financeira do Estado. As finanças públicas, em sua função extrafiscal, tendem a influir na conjuntura econômica, regulando-a ou modificando-lhe certos ângulos estruturais, não só de ordem econômica, senão também de ordem política e social⁵². O Estado atua, nessa perspectiva intervencionista, editando normas de conteúdo financeiro ou fiscal através das quais impulsiona medidas de *fomento* ou de *dissuasão*, como, por exemplo, quando concede benefícios fiscais ou impõe cargas tributárias mais ou menos

⁴⁸ Benvenuto Griziotti, *Princípios de ciência de las finanzas*, p. 4.

⁴⁹ *Introdução ao direito financeiro*, p. 39-40. Afirma, na mesma obra, o citado autor que: “As finanças públicas desenvolvem-se não apenas para suprir necessidades estatais, mas também para a consecução de objetivos de dirigismo e ordenação econômica” (ob. cit., p. 52).

⁵⁰ Raimundo Bezerra Falcão, *Tributação e mudança social*, p. 48.

⁵¹ Alberto Deodato, *Manual de ciência das finanças*, p. 36.

⁵² Cláudio Martins, *Compêndio de finanças públicas*, p. 14.

pesadas, estimulando (incentivando) determinadas atividades econômicas ou desestimulando (coibindo) outras. O objetivo estatal, em tais casos, é a realização de outros valores (sociais, políticos ou econômicos) constitucionalmente assegurados, que prevalecem sobre finalidades meramente arrecadatórias de recursos monetários.

É o caso, por exemplo, da majoração do Imposto de Importação (I.I.) pelo Poder Executivo (art. 153, § 1º, CF/1988) com o fim de obstaculizar as operações de importação – que visa satisfazer diretamente o interesse público de proteção à indústria nacional⁵³ – ou da cobrança do Imposto Territorial Rural (ITR) com o fim de desestimular a manutenção de propriedades rurais improdutivas (art. 153, § 4º, I, CF/88⁵⁴) – que visa satisfazer diretamente o interesse público de que a propriedade atenda a sua função social (art. 5º, XXIII, CF/1988)⁵⁵.

Também como manifestação do caráter extrafiscal da atividade financeira do Estado pode ser citado o caso da cobrança progressiva do IPTU com o fim de desestimular a manutenção de propriedades urbanas não edificadas, subutilizadas ou não utilizadas (art. 182, § 4º, II, CF/1988) – que, a exemplo do ITR, visa satisfazer diretamente o interesse público de que a propriedade atenda a sua função social (art. 5º, XXIII, CF/1988)⁵⁶.

Assim, enquanto nas finanças com caráter fiscal, a

⁵³ É tão evidente o caráter extrafiscal do Imposto de Importação, que a referida exação (assim como o IPI, o I.E. e o IOF) escapa à aplicação dos postulados da anterioridade tributária (art. 150, § 1º, CF/1988) e da legalidade tributária (art. 153, § 1º, CF/1988), com o intuito de evitar que venha a perder parcela da flexibilidade que caracteriza um imposto extrafiscal. Nesse sentido: Raimundo Bezerra Falcão, *Tributação e mudança social*, p. 269.

⁵⁴ Inciso I acrescentado ao § 4º do art. 153 da CF/1988 pela Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.2003.

⁵⁵ A propriedade rural cumpre sua função social quando atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: a) aproveitamento racional e adequado; b) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; c) observância das disposições que regulam as relações de trabalho; d) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (art. 186, CF/1988).

⁵⁶ A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (art. 182, § 2º, CF/1988).

atividade financeira estatal é um instrumento indireto (ou de segundo grau) em relação aos fins do Estado (pois se apresenta apenas como meio para cobrir os gastos públicos e estes, por sua vez, é que satisfazem às necessidades públicas), a atividade financeira com caráter extrafiscal serve, ela própria, para atingir a finalidade imediata do Estado, aparecendo, pois, como um instrumento direto (ou de primeiro grau) para a consecução dos fins públicos⁵⁷.

Em verdade, como bem destaca Raymundo Juliano Rêgo Feitoza, os fins (fiscais ou extrafiscais) da atividade financeira do Estado são, em certa medida, aqueles delineados em um modelo de Estado definido no texto da Constituição Federal⁵⁸. A cada modelo de Estado (liberal ou intervencionista), a atividade financeira estatal se ajusta à teoria política dominante, apresentando-se como um instrumento de execução da doutrinas políticas vigentes e caracterizadoras do tipo estatal. É, portanto, a concepção das finalidades do Estado que, em última análise, irá determinar os contornos e dimensionar o volume das finanças públicas⁵⁹.

7. Estado de direito: a ordenação jurídica da atividade financeira estatal

Independentemente da natureza instrumental (fiscal) ou extrafiscal da atividade financeira do Estado, é importante ter em mente a relevância da noção de Estado de Direito para o

⁵⁷ Benvenuto Griziotti, *Principios de ciencia de las finanzas*, p. 6.

⁵⁸ A constituição financeira como questão crucial do direito constitucional, p. 131. Leciona, nesse sentido, Benvenuto Griziotti que “deben considerarse siempre como puntos de referencia de las finanzas los *fines del Estado*, concebidos unitariamente en el tiempo y en el espacio, o sea según las tradiciones históricas, las fuerzas de lo presente y las tendencias para lo porvenir” (*Principios de ciencia de las finanzas*, p. 10 – grifos no original).

⁵⁹ Nesse sentido é a lição de Celso Ribeiro Bastos, que, com propriedade, assevera: “sendo a atividade financeira uma parcela da atuação do Estado, só destacável para fins de conhecimento, mas não isolável das demais funções na concreta atuação do ente estatal, parece claro que o papel que as finanças públicas devem cumprir dentro dessas organizações políticas é condicionado pela própria concepção que se tenha dessas entidades” (*Curso de direito financeiro e de direito tributário*, p. 9).

surgimento e evolução da disciplina jurídica das finanças públicas.

Como é de sabença, o poder do Estado somente se caracteriza como *poder jurídico*, quando organizado e exercido segundo princípios e regras de Direito. Assim, quando submetido o Estado ao império da lei (princípio da legalidade), surge o que se convencionou denominar *Estado de Direito*⁶⁰.

Somente com o advento do Estado de Direito, que nasceu das Revoluções que acabaram com o velho regime absolutista da Idade Média, se cogitou de normas delimitadoras da ação do Estado-poder, estabelecendo balizas às prerrogativas dos governantes, nas suas relações recíprocas, e, outrossim, nas relações com os governados, consoante leciona Gustav Radbruch⁶¹: “No Estado absolutista, um compromisso legal da administração não era exequível se alcançasse a cabeça da administração: pois o soberano absolutista, que na qualidade de cabeça da administração não poderia desviar-se do direito, como sujeito da legislação poderia a qualquer tempo modificar o direito para aquele caso isolado, e o ato, inadmissível como ato administrativo, como ato legislativo poderia afirmar sua validade.

“Somente quando o *Estado constitucional*, com base na doutrina da divisão dos poderes, retira do senhor feudal – cabeça da administração – o exercício exclusivo do poder legislativo, torna-se viável um comprometimento dos órgãos administrativos pelos órgãos legisladores, um comprometimento do Estado administrador por intermédio do Estado legislador, um ‘auto-comprometimento do Estado’, ‘a legalidade da administração’, e, como sua consequência, direito dos súditos contra o Estado como tal, ‘direitos subjetivos, públicos’, e limites legais à administração”.

Resta justificado, destarte, o que inicialmente dissemos: que a idéia de regulação jurídica das finanças públicas surgiu

⁶⁰ Como bem observa Celso Antonio Bandeira de Mello, “enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria” (*Curso de direito administrativo*, p. 71 – grifos no original).

⁶¹ *Introdução à ciência do direito*, p. 167.

justamente com o advento do Estado de Direito, sendo dele uma consequência. De fato, a concepção de Estado de Direito apresenta-se como um dos pressupostos fundamentais da existência do Direito Público – onde estão inseridos o Direito Financeiro e o Tributário, que ordenam juridicamente a atividade financeira estatal –, justamente porque este estabelece normas para as atividades do Estado, e é evidente que somente com base no pressuposto da submissão da atividade pública a uma ordenação jurídica – fundamento do Estado de Direito – seria possível conceber um Direito Financeiro fixando preceitos para disciplinar a gestão dos recursos públicos, limitando, destarte, o poder das autoridades⁶². Em suma: o Estado, em um primeiro momento, cria o ordenamento jurídico-positivo pela legislação (constitucional ou infraconstitucional) e, num segundo momento, quando no exercício de suas atividades em geral – e das atividades financeiras em particular –, submete-se ao seu império (*princípio da legalidade*)⁶³.

A atividade financeira do Estado é, assim, uma *atividade jurídica*, porquanto é patente sua submissão às normas jurídicas. “Sem lei, portanto, não há atividade financeira”, conforme adverte Souto Maior Borges⁶⁴. Significa dizer que o exercício da atividade financeira estatal deve estar circunscrito às normas jurídicas. Aliás, é justamente a circunstância de a vontade do Estado ser necessariamente regulada pela lei, como destaca Raymundo Juliano Rêgo Feitoza, que permite que o conhecimento jurídico seja empregado nos estudos dos problemas que resultam da

⁶² Ensina Ernst Blumenstein que a atividade financeira estatal é regida pelo princípio fundamental do moderno Estado de Direito, pelo qual toda manifestação do poder público se submete a um ordenamento jurídico (*apud* José Souto Maior Borges, *Introdução ao direito financeiro*, p. 19).

⁶³ José Souto Maior Borges, *Introdução ao direito financeiro*, p. 19 e 24; Clóvis do Souto Goulart, *Sociedade e Estado*, p. 34. Como bem expõe Celso Ribeiro Bastos, “o próprio fundamento que em última análise confere ao Estado a prerrogativa de exercer o poder – que é a sua capacidade de impor a ordem – impede que ele deixe de sujeitar-se às leis destinadas a ordenar a própria sociedade” (*Curso de direito constitucional*, p. 23).

⁶⁴ *Introdução ao direito financeiro*, p. 19.

normatização da atividade financeira estatal⁶⁵.

8. Conclusões

Diante de tudo o que foi exposto, podemos extrair as seguintes conclusões:

a) a atividade financeira estatal é compreende o conjunto de ações que o Estado desenvolve com o objetivo de obter, criar, gerir e despender o dinheiro indispensável à satisfação das necessidades públicas;

b) o Estado Liberal, coerente com idéia de neutralidade que lhe é peculiar, ressalta o aspecto instrumental (fiscal) da atividade financeira estatal, por entender que a referida atividade não se esgota em si mesma, já que o Estado objetiva, *por meio dessa atividade*, arrecadar recursos (meios patrimoniais) para serem aplicados em nome do bem comum;

c) a atividade financeira estatal com caráter fiscal, preconizada pelo liberalismo econômico, é concebida como um instrumento indireto (ou de segundo grau) em relação aos fins do Estado, pois se apresenta apenas como meio para cobrir os gastos públicos e estes, por sua vez, é que satisfazem às necessidades públicas;

d) no Estado Intervencionista ressaltou-se o caráter extrafiscal da atividade financeira estatal, o que significa que a referida atividade passou a se desenvolver não apenas para retirar do patrimônio dos particulares recursos pecuniários para a satisfação de necessidades públicas, mas também para a consecução de objetivos de dirigismo e ordenação econômica;

e) a atividade financeira com caráter extrafiscal serve, ela própria, para atingir a finalidade imediata do Estado, apresentando-se, pois, como um instrumento direto (ou de primeiro grau) para

⁶⁵ A ordenação da atividade financeira e tributária do Estado, p. 218. Leciona, em conclusão, o eminente professor: "Fazendo um juízo global sobre as possibilidades de apreensão científica desta atividade pelos distintos ramos do conhecimento, terminantemente não se pode negar a legitimação do Direito para tê-la como objeto de conhecimento, pois este se impõe, pelo menos, como ordenação jurídica de tal atividade" (ob. cit., p. 242).

a consecução dos fins públicos;

f) independentemente dos fins (fiscais ou extrafiscais) das finanças públicas – que são aqueles delineados em um modelo de Estado definido no texto da Constituição Federal –, apresentasse a atividade financeira estatal como uma atividade essencialmente jurídica, porquanto, como manifestação do poder público, deve submeter-se, em qualquer hipótese, às normas jurídicas vigentes, princípio fundamental do Estado de Direito.

Referências bibliográficas

- ASSUMPÇÃO**, Antônio de Castro. *O Estado contemporâneo – aspectos gerais*. In: LITRENTO, Oliveiros (coord.). *Perspectivas atuais do direito: livro em homenagem ao Prof. A. Machado Paupério*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, p. 121-133.
- AZAMBUJA**, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 39. ed. São Paulo: Globo, 1998.
- BALEEIRO**, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 14. ed. Atualiz. por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- BALTHAZAR**, Ubaldo Cesar. *Manual de direito tributário*. Livro 1. Florianópolis: Diploma Legal, 1999.
- BASTOS**, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- _____. *Curso de direito financeiro e de direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BORGES**, José Souto Maior. *Introdução ao direito financeiro*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- CAETANO**, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Tomo I. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.
- CAMPOS**, Dejalma de. *Direito financeiro e orçamentário*. São Paulo: Atlas, 1995.
- DALLARI**, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- DEODATO**, Alberto. *Manual de ciência das finanças*. 9. ed. São

- Paulo: Saraiva, 1965.
- DUGUIT**, Léon. *Fundamentos do direito*. Trad. de Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1996.
- FALCÃO**, Raimundo Bezerra. *Tributação e mudança social*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- FEITOSA**, Raymundo Juliano Rêgo. *A ordenação da atividade financeira e tributária do Estado*. *Diké – Revista Jurídica do Curso de Direito da Universidade Estadual de Santa Cruz*, n. 2, Ilhéus, BA: UESC, 2000, p. 209-242.
- _____. *A constituição financeira como questão crucial do direito constitucional*. *Revista de Direito Tributário*, n. 80, São Paulo: Malheiros, s/d., p. 122-132.
- FERREIRA FILHO**, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- FILOMENO**, José Geraldo Brito. *Manual de teoria geral do Estado e ciência política*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- GOMES**, Carlos Roberto de Miranda. *Manual de direito financeiro e finanças*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- GOULART**, Clóvis do Souto. *Sociedade e Estado*. In: ROCHA, Leonel Severo (coord.). *Teoria do direito e do Estado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994, p. 25-38.
- GRIZIOTTI**, Benvenuto. *Principios de ciencia de las finanzas*. Trad. de Dino Jarach. Buenos Aires: Depalma, 1949.
- MALUF**, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MARTINS**, Cláudio. *Compêndio de finanças públicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- MELLO**, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MENEZES**, Aderson de. *Teoria geral do Estado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- MORSELLI**, Manuel. *Compendio de ciencia de las finanzas*. Trad. de Diego Abad de Santillan. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1947.
- NOGUEIRA**, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 14. ed.

- São Paulo: Saraiva, 1995.
- NUSDEO**, Fabio. *Fundamentos para uma codificação do direito econômico*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.
- POLETTI**, Ronaldo. *Introdução ao direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- RADBRUCH**, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. Trad. de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ROCHA**, Ariosto de Rezende. *Elementos de direito financeiro e finanças*. v. 1, Manaus: Edições Governo do Estado do Amazonas, 1966.
- SILVA**, Paulo Napoleão Nogueira da. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.
- SOUSA**, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. Edição póstuma, São Paulo: Resenha Tributária, 1981.
- SOUZA**, Neomésio José de. *Intervencionismo e direito: uma abordagem das repercussões*. Rio de Janeiro: Aide, 1984.

A formação extralegislativa do Direito

Ricardo Luís Sant'Anna de Andrade *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Formação Extralegislativa do Direito x Formação legislativa do Direito. 3. As fontes do Direito. 3.1. A Lei. 3.2. O Costume. 3.2.1. Requisitos. 3.2.1.1. Objetivo ou Material (*Corpus*). 3.2.1.2 Subjetivo ou Espiritual (*Animus*). 4. Classificação dos costumes segundo sua posição em face da Lei. 4.1. *Secundum Legem*. 4.2. *Praeter Legem*. 4.3. *Contra Legem*. 5. A Aplicação do costume nos dias atuais. 6. A doutrina. 7. A jurisprudência.. 8. As “reais” fontes do direito.

1. Introdução

A *Formação extralegislativa do Direito* constitui temática largamente explorada pelos doutrinadores pátrios e alienígenas, já que os meios formadores desta Ciência sempre causaram pugna entre cientistas.

Divagando acerca da temática em questão tentaremos mostrar as tradicionais fontes do Direito, amplamente difundidas nos compêndios jurídicos. Altercaremos sobre as “reais” fontes do Direito, na tentativa de perquirir sobre o seu nascedouro. Buscaremos cotejar as teses desposadas por autores contemporâneos com discursos tradicionais, procurando mostrar suas vantagens e desvantagens, cingindo nosso posicionamento eminentemente à liça científica.

Sendo de fundamental importância para o meio acadêmico o lançamento de formulações novas acerca de velhos questionamentos, ousamos discorrer sobre a matéria enfocada, buscando o acréscimo de subsídios às discussões vindouras.

* Promotor de Justiça do Estado do Ceará; Professor Universitário de Direito Penal I e II e Crimes em Espécie; Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará.

2. Formação extralegislativa do Direito x Formação legislativa do Direito

O tema que dá designação ao trabalho pretendido encerra a noção de extralegislatividade, ou seja, o prefixo “*extra*” vem predicando, valorando o substantivo “*legislativa*”. Eis que daí surge um neologismo (extralegislativa) que transmite-nos a idéia de ‘*Direito formado em posição exterior ao legislativo*’, ‘*Direito fora do legislativo*’.

Partindo-se desta premissa — que admite a possibilidade de formação do Direito fora do Legislativo — podemos concluir que existe um outro meio de formação do Direito, qual seja: a formação Legislativa do Direito.

Assim, pelo que parece, um dos meios formadores do Direito seria a atividade legiferante, desenvolvida pelos parlamentos. Todavia, *rogata venia*, cremos que não é bem assim. Reputamos que a atividade legislatória, quando muito, tem o condão de representar um anseio de uma dada sociedade num determinado tempo. Mas não que dali floresça, tenha princípio o Direito.

Daí porque temos para nós que a formação legislativa do Direito inexistente. O Parlamento — quando afinado no mesmo diapasão dos anseios sociais — reflete um querer da população. O Direito, porém, forma-se noutra endereço, que esforçaremos-nos em mostrar adiante.

3. As fontes do Direito

Inicialmente cumpre fazermos a indagação: qual o sentido do substantivo *fontes*, aqui utilizado? Cediço que o termo *fontes do Direito* é empregado como tropo, vez que “*consiste na transferência de uma palavra para um âmbito semântico que não é o do objeto que ela designa, e que se fundamenta numa relação de semelhança subentendida entre o sentido próprio e o figurado.*”¹ Fonte (de origem

¹ Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, 2ª edição revista e ampliada. Editora Nova Fronteira. São Paulo: 1994.

latina) significa “nascente, aquilo que origina ou produz; origem, causa, procedência, proveniência, origem.”² Nelson Saldanha elucida que “a sugestiva expressão latina fons et origo aponta para a origem de algo; origemno sentido concreto de causação e ponto de partida. Fonte, na linguagem corrente, pode aludir a um local ou a um fator, ou à relação entre um fenômeno e outro, do qual o primeiro serve de causa.”³ Então, o que origina o Direito? de onde provém esta Ciência?

Ressalte-se, porém, que Miguel Reale adverte que, na seara da Ciência Jurídica torna-se “indispensável empregarmos o termo fontes do Direito para indicar apenas os processos de produção de normas jurídicas.”⁴

Desconsideradas as divisões feitas pelos tratadistas (fontes formais e materiais; fontes estatais e não-estatais, etc.) costuma-se dar a seguinte resposta: as fontes do Direito são a lei, o costume a doutrina e a jurisprudência. Intentaremos estudá-las.

3.1 A Lei

Esclareça-se, desde logo, que a origem filológica do vocábulo em baila nunca foi satisfatoriamente clarificada. Alguns atribuem seu étimo à *lex*, de *legere*, ler. Outros, dizem vir de *ligare*, ligar. Assim para Frédéric Mourlon, “a palavra lei vem do latim *ligare* (*ligar*). Efetivamente, a lei liga, obriga; submete as pessoas, pela esperança de recompensas ou pelo temor de castigos, ao cumprimento de seus deveres.”⁵

O sentido de lei a que nos reportamos neste trabalho é a “regra de direito ditada pela autoridade estatal e tornada obrigatória para manter, numa comunidade, a ordem e o desenvolvimento. Norma ou conjunto de normas elaboradas e votadas pelo poder legislativo.”⁶

² Idem, *ibidem*.

³ In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Volume 38, p. 47.

⁴ In *Lições Preliminares de Direito*. 18ª edição. Editora Saraiva, São Paulo: 1991, p. 139.

⁵ Arnaldo Vasconcelos. *Teoria da Norma Jurídica*. 3ª edição. Malheiros Editores, São Paulo: 1993, p. 156.

⁶ Aurélio, in op. cit.

A idéia de lei que empregamos aqui advém do pacto social incorporado pela “teoria jurídica da Idade Média e desenvolvida, com redobrado vigor, na Idade Moderna, pelos filósofos que prepararam as revoluções liberais do século XVII e XVIII, especialmente Hobbes, Locke e Rousseau.”⁷ Assim, que “lex Estado Democrático de Direito (art. 1.º, da CF/88) *constitutio populi, qua majores natu simul cum plebitus aliquid sanxerunt.*” Para nós, o conceito será entendido como a *prescrição emanada de autoridade soberana; preceito oriundo do poder legislativo; a regra geral (...) que exprime a vontade imperativa do Estado, a que todos são submetidos.*”⁸ Portanto, a lei reveste os atos do Poder Legislativo numa presumida manifestação de vontade popular. Atos estes que, editados por órgãos próprios, destinam-se a reger as relações entre os indivíduos ou entre estes e o Estado. Há uma fiel unanimidade entre aqueles que se dedicaram a estudar a matéria, senão vejamos:

*Lei é o preceito racional dirigido ao bem-comum e promulgado por aquele que tem a seu cargo o cuidado da comunidade.*⁹

*Lei é o pensamento jurídico deliberado e consciente, expresso por órgãos adequados que representam a vontade preponderante.*¹⁰

*Lei é o preceito comum, justo, estável, suficientemente promulgado.*¹¹

Todavia, a definição que nos traz maior simpatia, pela sua maneira concisa e precisa, é a de *Beviláqua*:

*É a ordem, ou regra geral obrigatória que, emanando de uma autoridade competente e reconhecida, é imposta coativamente à obediência de todos.*¹²

Em todas as definições apresentadas a origem estatal

⁷ Arnaldo Vasconcelos, in op. cit., p. 104.

⁸ Iêdo Batista Neves. *Vocabulário Prático de Tecnologia Jurídica e de Brocardos Latinos*. Editora Fase. 1993.

⁹ Santo Tomás de Aquino *apud* Francisco Uchôa de Albuquerque in *Introdução ao Estudo do Direito*. Editora Saraiva, São Paulo: 1982. p. 175.

¹⁰ Giorgio Del Vecchio, idem, *ibidem*.

¹¹ Francisco Suarez, idem, *ibidem*.

¹² In *Comentários ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil — Edição Histórica*. Editora Guanabara. Rio de Janeiro (sem data de publicação).

e a generalidade estão presentes. Talvez por isso, a lei representou um avançado passo em termos de evolução para o Homem. Apresenta como vantagens uma maior celeridade em sua elaboração, oferece (em tese) maior certeza às relações jurídicas e é de mais fácil conhecimento de todos, vez que apresenta-se na forma escrita.

O primado da lei, nos Estados de Direito, também representa sensível evolução em contraposição aos *governos de homens*. Como lecionava *Del Vecchio*, a lei é o mais alto e perfeito grau de formação do Direito positivo, já que é a expressão racional do Direito, norma geral e abstrata através da qual se exprime a vontade do órgão legislativo.

3.2. O Costume

Costume (do latim *consuetudine*) significa “uso, hábito ou prática geralmente observada, particularidade, característica; jurisprudência baseada no uso e não na lei escrita.”¹³

Em sentido jurídico, porém, a tarefa de conceituar *costume* não é das mais fáceis, haja vista que o Direito costumeiro “*não tem origem certa, nem se localiza ou é suscetível de localizar-se de maneira predeterminada. Geralmente não sabemos onde e como surge determinado uso ou hábito social, que, aos poucos, se converte em hábito jurídico, em uso jurídico.*”¹⁴ Para Daniel Coelho de Souza, o costume se apresenta como “*norma constante, não-escrita obrigatória, só diversa da lei no aspecto formal. A lei é escrita, o costume, não. Também a lei é intencionalmente elaborada; o costume forma-se espontaneamente.*”¹⁵

Primitivamente, o Direito assumiu a forma do costume. Com a evolução da escrita e dos meios de comunicação a legislação passou a conquistar primazia. Era, portanto, o único veículo do Direito, inexistindo legislador. Daí que “*a regra de direito nasce, pois, pelo uso e extrai sua autoridade da convicção que se*

¹³ Aurélio, in op. cit.

¹⁴ Miguel Reale, in op. cit., p. 155.

¹⁵ in *Introdução à Ciência do Direito*. 3ª edição. Editora Saraiva, São Paulo: 1980, p. 151

forma lentamente nos espíritos de que é imprescindível sua aplicação, cada vez que se produz o mesmo acontecimento.¹⁶ Deste sentimento referido por Vescovi que decorre a convicção de obrigatoriedade do costume. Daí a maioria das definições navegarem pelas mesmas águas:

*A observância constante de uma norma jurídica não baseada em lei escrita.*¹⁷

*A prática de uma forma de conduta, repetida de maneira uniforme e constante pelos membros de uma comunidade, acompanhada da convicção de sua obrigatoriedade.*¹⁸

*Uso reconhecidamente obrigatório, é a norma de conduta que surgiu na prática social e a comunidade consagrou obrigatória.*¹⁹

3.2.1. Requisitos

3.2.1.1 Objetivo ou Material (*Corpus*)

O elemento objetivo ou material, também denominado pelos romanos de *inveterata consuetudo*, consiste na prática de uma conduta repetida de maneira uniforme e constante pelos membros de uma comunidade. Deve, portanto, o costume ser revestido de *longo uso, uniformidade dos atos, e notoriedade*, apresentando, segundo a doutrina dominante, as seguintes características: 1) ter uma formação espontânea, afastada, portanto, toda idéia de contradição ou resistência por parte das pessoas, cuja conduta ele deverá regular juridicamente; 2) deve ser observado com bastante regularidade, a fim de ficar patente que se trata de hábitos firmemente estabelecidos; 3) terá de estender-se publicamente ao longo de certo tempo, para que seja considerado como uma regra consagrada pelo povo e

¹⁶ Enrique Vescovi *apud* Rubem Nogueira, in *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*. 2ª edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 1994, p. 99.

¹⁷ Clóvis Beviláqua *apud* Francisco Uchôa de Albuquerque in op. cit., p. 177.

¹⁸ Francisco Uchôa de Albuquerque in op. cit., p. 177.

¹⁹ Rubem Nogueira, in op. cit., p. 99.

pelas autoridades.²⁰

3.2.1.2 Subjetivo ou Espiritual (*Animus*)

Cognominado pelos romanos de *opinio juris seu necessitate*, consiste na convicção da necessidade jurídica da conduta, isto é, na consciência de tratar-se de um comportamento que deve ser seguido por todos. Os usos devem ser, ao mesmo tempo, *lícitos, justos e úteis*.

O elemento interno do costume jurídico consiste no sentimento ou na idéia de ser a conduta repetida juridicamente obrigatória para todos, acarretando sua violação uma sanção de natureza jurídica. “*Não basta, assim, o uso, por mais prolongado que seja, mas ainda a consciência de ser ele a manifestação externa de uma norma compulsória, exigível de todos coativamente.*”²¹

4. Classificação dos costumes segundo sua posição em face da Lei

4.1. *Secundum legem*

“*São aqueles que vêm referidos na lei ou se formam desconformidade com ela, completando-a.*”²² Tem caráter interpretativo ou regulador, posto que acrescenta-se à lei, no mesmo sentido, para torná-la mais flexível, de aplicação mais fácil, ou de casuística mais minuciosa.

4.2. *Praeter legem*

É o costume típico. “*Quando não há norma legal para reger certa situação, os próprios interesses vão criando.*”²³ Para Francisco Uchôa de Albuquerque, é aquele que “*embora não mencionado pela*

²⁰ Características extraídas da obra do Prof. Rubem Nogueira.

²¹ Rubem Nogueira, in op. cit., p. 101.

²² Idem, ibidem.

²³ Daniel Coelho de Souza, in op. cit., p. 151.

*legislação pode, entretanto, ser invocado para preencher as omissões e lacunas da lei.”*²⁴

4.3 *Contra Legem*

É o costume que se opõe diametralmente à lei, com caráter revogatório. Daniel Coelho de Souza ensina que “a lei encerra certa prescrição, e o costume desenvolve-se contrariamente a ela.”²⁵

5. A Aplicação do costume nos dias atuais

Atualmente, quase todos os sistemas jurídicos têm nos costumes apenas uma fonte subsidiária ao julgador. Assim que, somente em caso de falta de resposta legal é que o juiz poderá recorrer ao costume.

Entre nós, a previsão vem estatuída no artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, *hoc modo*:

Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito.

Quando o juiz não puder subsumir o fato apresentado a nenhuma norma a lacuna resolve-se pela previsão *supra*. Impedido de furtar-se a um *decisum*, pena de denegação de justiça, o dispositivo retromencionado abre ao magistrado a possibilidade de uma integração normativa.

Hodiernamente, o costume ainda tem valor significativo no Direito Comercial e no Direito Internacional Público. Trata-se apenas de fonte meramente complementar, utilizado apenas na lacuna da lei. Esta, continua desenvolvendo papel primordial nos dias atuais.

Interessante e oportuna a explanação de Zorraquin *Becú* a respeito dos costumes, *ad litteram*:

²⁴ in op. cit., p. 181.

²⁵ in op. cit., p. 151.

A urgência em que vive o mundo moderno impede a formação de costumes e obriga a solucionar os problemas mediante a legislação que pode ser ditada e modificada rapidamente. Porém esta conclusão não significa suprimir todo o valor ao costume. Está superada também a teoria que aspira a formar o Direito científica e racionalmente em sua totalidade. Deve-se buscar uma solução de equilíbrio entre ambas as tendências opostas, reconhecendo que a ordem jurídica, se aspira realmente a ser aceita e cumprida numa comunidade, deve adaptar-se a suas modalidades e características na parte em que os costumes não se chocam com os princípios que dão fundamento ao Direito. Os usos e costumes coletivos são com efeito, a fonte inspiradora de inumeráveis leis, sentenças e doutrinas. Numa infinidade de casos converteu-se em Direito, por meio de atos formais, o que já existia como se explica, porque o legislador, o jurista ou o magistrado traduzem em normas jurídicas escritas as normas que eles mesmos vivem e acatam como membros da comunidade.

6. A doutrina

A doutrina, conhecida como a opinião dos doutos (*opinus doctorum*), é o “conjunto de estudos que os juristas realizam acerca do Direito, ora com um fim puramente teórico de sistematização de seus preceitos, ora com a finalidade de interpretar suas normas e orientar sua aplicação.”²⁶

A doutrina, entre nós, tem extrema utilidade na vida prática do foro, posto que contribui para iluminar o campo de abrangência da normatividade da lei. Noutros casos, é comum a doutrina de maior envergadura influenciar o próprio processo legislativo, convencido pela lição dos grandes mestres do Direito. Acerca da importância viva da doutrina vejamos o seguinte pensamento:

*Os juristas são porta-vozes da comunidade. Neles se manifesta uma aguda capacidade para intuir as exigências do desenvolvimento social. São dos primeiros a adquirir consciência dos desajustes entre o Direito vigente e as novas circunstâncias sociais.*²⁷

²⁶ Francisco Uchôa de Albuquerque, in op. cit., p. 185.

²⁷ Julio Cueta Rua, *Fuentes del Derecho*, Buenos Aires, 1971, p. 201

7. A jurisprudência

O vocábulo é aqui empregado não como sinônimo de ciência jurídica, mas em sentido que exprime a constante atividade da magistratura na aplicação do Direito aos casos submetidos ao seu julgamento. Por assim dizer, *“o modo pelo qual os tribunais realizam, interpretativamente, a aplicação das normas legais vigentes.”*²⁸

Atualmente, o papel desempenhado pela jurisprudência há de ser compreendido de maneira restrita, vez que, entre nós, não há lei alguma *“que obrigue o juiz a seguir jurisprudência alguma, por mais consagrada e justa que seja e por mais elevado que seja o Tribunal que a inspirou.”*²⁹ É a antiga liça da força vinculante das súmulas que, por não ser matéria de apreciação nesta epítome, reservaremos-nos ao direito de tão-somente mencioná-la.

8. As “reais” fontes do direito

Diante de todo o expandido afigura-nos a indagação? Então, não sendo as fontes do Direito a lei, o costume, a doutrina e a jurisprudência, então, o que seriam? E quais as “reais” fontes do Direito? É isso que tentaremos deslindar a seguir.

Aquilo que tradicionalmente recebe o nome de fonte do Direito seria, na verdade *forma de expressão do Direito*; ou seja, a maneira como ele se exprime, se conhece, se revela na comunhão social.

Causa-nos repulsa crer que um pedaço de papel posto à venda em livraria com o título *Código Penal, Código Civil*, seja taxado de Direito. *Rogata venia*, diante das pugnas havidas quando da exposição em classe deste trabalho, temos que o Direito é muito mais do que isso. Quando muito, nos casos em que o poder legiferante age em sintonia com o povo, a lei reflete um desejo da comunidade. Mas não que a própria lei seja o

²⁸ Iêdo Batista Neves, in op. cit.

²⁹ Francisco Uchôa de Albuquerque, in op. cit., p. 184.

Direito. Parece-nos uma visão míope e obtusa reduzir um universo de grandeza como o Direito num pífio diploma legal.

Daí por ousarmos asseverar serem a lei, o costume, a doutrina e a jurisprudência *formas de expressão do Direito*.

E as *reais* fontes do Direito, onde estariam? No arbítrio humano e na convivência social. Daí que exsurge o Direito. Sim, visto que a resolução da sociedade em determinada época, com seus membros interagindo produziriam, a nosso ver, o Direito.

A razão ontológica do Direito tem de estar umbilicalmente ligada ao homem e não a sub-produtos de sua ação. Caso contrário, desvirtuaríamos prejudicialmente o reconhecimento das essências. Temos o Direito como criação humana. Logo, o seu *eidos* deve estar no homem (arbítrio) que vive em sociedade (convivência). Já prelecionava Cícero que "*ubi homo, ibi ius*".

Ainda assim, o papel do Direito Natural, enquanto norte de ideal aos homens na busca do *optimum* em termos de justiça e igualdade quer-nos parecer uma importante fonte do Direito. Reconhecemos que a opinião é extremamente particular, ainda não aprofundada devidamente e sujeita a vergasta dos pares (como recebemos em classe). Todavia, há o desejo crescente de revigorarmos nossas forças para verticalizarmos os estudos.

Referências bibliográficas

ANDRADE, Christiano José de. *O Problema dos Métodos na Interpretação Jurídica*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 1992.

ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos Direitos dos Povos*. 5ª edição. Ícone Editora. São Paulo: 1989.

ALBUQUERQUE, Francisco Uchôa de e UCHÔA, Fernanda Maria. *Introdução ao Estudo do Direito*. Editora Saraiva, São Paulo: 1982.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª edição. Malheiros Editores, São Paulo: 1994.

Curso de Direito Constitucional. 4ª edição.

Malheiros Editores, São Paulo: 1993.

_____ *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro: 1980.

_____ *Reflexões Política e Direito*. Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará: Fortaleza: 1973.

COELHO, Luís Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. Editora Forense, Rio de Janeiro: 1981.

FARIA, José Eduardo. *Justiça e Conflito*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 1991.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*. 2.ª edição, Editora Forense, São Paulo: 1986.

_____ *Introdução ao Estudo do Direito — Técnica, Decisão, Dominação*. Editora Atlas, São Paulo: 1990.

GENRO, Tarso. *Introdução Crítica ao Direito*. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1988.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos Subjetivos, Direitos Humanos e Jurisprudência dos Interesses (relacionados com o pensamento tardio de Rudolph Von Jhering)*. Trabalho não publicado.

HART, Herbert L. A. *Direito, Liberdade, Moralidade (Law, Liberty and Morality)*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. 1987.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, 2.ª edição revista e ampliada. Editora Nova Fronteira. São Paulo: 1994.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Martins Fontes/Editora Universidade de Brasília: São Paulo: 1990.

LATORRE, Angel. *Introdução ao Direito*. Livraria Almedina Coimbra. Coimbra: 1978.

MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba y **IRIBARNE**, Manuel Fraga. *Ética Pública y Derecho*. Real Academia de Ciencias Morales e Políticas. Madrid: 1993.

MARX, Karl. *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*. Editorial Presença — Livraria Martins Fontes. Lisboa: 1983.

MERQUIOR, José Guilherme. *Rousseau e Weber — Dois Estudos Sobre a Teoria da Legitimidade*. Editora Guanabara. Rio de Janeiro: 1980.

A Natureza do Processo. Editora Nova Fronteira. São Paulo: 1982.

NEVES, Iêdo Batista. *Dicionário Prático de Tecnologia Jurídica e de Brocardos Latinos*. Edição Fase. Rio de Janeiro. 1989.20.

NOGUEIRA, Alcântara. *Conceito Ideológico do Direito na Escola do Recife*. Editado pelo Banco do Nordeste do Brasil S.A., Fortaleza: 1980.

NOGUEIRA, Rubem. *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*. 3ª edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 1989.

O'DONNELL, Guillermo, **LINZ**, Juan, **HOBSBAWM**, Eric e **JONG**, Rudolf de. *O Estado Autoritário e Movimentos Populares*. Coordenação de Paulo Sérgio Pinheiro. Editora Paz e Terra. Rio de Janeiro: 1980.

PAINE, Thomas . *Os Direitos do Homem*. Editora Vozes, Petrópolis: 1989.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 18ª edição. Editora Saraiva, São Paulo: 1991.

RUA, Júlio Cueta. *Fuentes del Derecho*. Buenos Aires: 1971.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. Editorial Presença, Lisboa: 1973.

SARAIVA, Paulo Lopo. *Antologia Luso-Brasileira de Direito Constitucional*. Estudos em homenagem do Professor Paulo Bonavides. Livraria e Editora Brasília Jurídica Ltda. Brasília: 1992.

SERRES, Michel. *O Contrato Natural*. Editora Nova Fronteira, São Paulo: 1991.

SOUZA, Daniel Coelho de. *Introdução à Ciência do Direito*. 3ª edição, Editora Saraiva, São Paulo: 1980.28.

VASCONCELOS, Arnaldo., *Teoria da Norma Jurídica*. 3ª edição. Malheiros Editores, São Paulo: 1993.

WARAT, Luís Alberto. *A Definição Jurídica — Suas Técnicas*. Editora Atrium, Porto Alegre: 1977.

WEFFORT, Francisco C. *Os Clássicos da Política — Burke*,

Kant, Hegel, Tocqueville, Stuart Mill, Marx. Editora Ática, São Paulo: 1989.

WEFFORT, Francisco C. *Os Clássicos da Política — Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista"*. Editora Ática, São Paulo: 1989.

A notória especialização como fundamento para a inexigibilidade de licitação

Aurely Pereira de Freitas *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Inexigibilidade de licitação. 2.1. Considerações preliminares. 2.2. Da notória especialização. 3. A inexigibilidade face aos princípios do art. 3.º da lei 8.666. 4. Conclusão.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, inciso XXI, determina que as obras, serviços, compras e alienações da Administração Pública serão contratadas mediante processo de licitação. No entanto, o próprio texto constitucional abre uma ressalva, excepcionando alguns casos que serão especificados na legislação.

Em certos casos, portanto, especificados em lei, a Administração poderá realizar contratos diretos. As hipóteses de contratação direta estão previstas, na sua quase totalidade, nos arts. 24 e 25 da Lei n.º 8.666/93.

O art. 24 trata dos casos de dispensa de licitação e o art. 25 dos casos de inexigibilidade. O objetivo desse trabalho é abordar de forma específica a hipótese do inciso II, do art. 25, qual seja a inexigibilidade de licitação no caso de contratação de serviços técnicos de notória especialização e de natureza singular.

Antes, porém, será feita uma análise preliminar da inexigibilidade de licitação, para então se adentrar na hipótese específica da notória especialização como fundamento para a não realização do processo licitatório.

* Promotora de Justiça Substituta, com atuação na Promotoria da Comarca de Caruaru/AM; Especialista em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.

2. Inexigibilidade de licitação

2.1. Considerações preliminares

Antes de iniciar uma análise dos casos em que a licitação é inexigível em razão de notória especialização, importante tecer algumas considerações sobre as demais hipóteses de inexigibilidade.

A inexigibilidade de licitação ocorre nas situações em que é inviável a competição, seja porque o objeto do contrato é fornecido com exclusividade, seja porque a especialização do serviço torna impossível um confronto de propostas.

Quando se tratar da hipótese do art. 25, inciso I, que diz respeito a exclusividade do fornecedor, a comprovação da exclusividade deverá ser feita com base em atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realiza a licitação ou a obra ou o serviço, permitindo a lei que essa comprovação possa ser feita também por sindicato, federação ou confederação patronal e entidades equivalentes.

O legislador, ao tratar da hipótese do dispositivo em análise, toma o cuidado de vedar a preferência de marca, uma vez que isso afrontaria o princípio da isonomia e da competitividade. A mesma preocupação pode ser observada no art. 7.º, § 5.º, da mesma Lei 8.666, que veda a realização de licitação cujo objeto inclua bens ou serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas.

O § 5.º, do art. 7.º, no entanto, traz duas ressalvas, nos casos em que for tecnicamente justificável ou quando o fornecimento dos materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.

O inciso II, do art. 25, traz a hipótese de inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos de notória especialização e de natureza singular, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação.

O inciso III, do mesmo artigo, determina que

também é inexigível licitação nos casos de contratação de profissional de qualquer setor artístico. Essa hipótese considera impossível a competição entre profissionais do setor artístico em razão da multiplicidade de estilos e características pessoais na execução do serviço. De fato, vários são os artistas de renome, nos mais diversos setores artísticos, não sendo possível compará-los em face da sua singularidade, do seu estilo próprio.

No entanto, para que se efetive a contratação, necessário que o profissional seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Importante ressaltar que a Lei 8.666/93 impõe algumas condições a serem atendidas pela Administração, tanto nos casos de dispensa quanto nos casos de inexigibilidade de licitação.

Estas condições estão previstas no parágrafo único do art. 26, não se aplicando apenas aos casos de dispensa por pequeno valor contratual, previstos nos incisos I e II, do art. 24. Nos demais casos, a Administração deve observar as seguintes condições:

I – caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II – razão da escolha do fornecedor ou executante;

II – justificativa do preço.

O processo administrativo, necessário para autorizar a dispensa ou inexigibilidade da licitação, portanto, terá que demonstrar a situação emergencial ou calamitosa, a razão para a escolha do fornecedor ou executante e a justificativa do preço, sempre que cabível no caso concreto.

A decisão que resultar do processo interno de contratação, com as dispensas previstas nos §§ 2.º e 4.º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, assim como as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8.º, deverão ser comunicados à autoridade superior, no prazo de três dias. A ratificação da autoridade superior, bem como a publicação

da decisão na imprensa oficial no prazo de cinco dias é condição para a eficácia do ato de contratação sem a prévia licitação.

As condições eleitas demonstram a preocupação do legislador com possíveis fraudes. Preocupação essa que também pode ser observada no § 2.º do art. 25, que trata da responsabilidade solidária do contratado e do agente público envolvido no caso de superfaturamento, nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

O ato de contratação também pode ser anulado se constatada ilegalidade, consequência que, não obstante possa ser deduzida do regime jurídico de direito público, encontra-se expressa no art. 49, sendo ampliada para as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação por força do § 4.º desse artigo.

Por fim, o art. 89 da lei 8.666 determina que dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei ou deixando de observar as formalidades pertinentes é crime com pena de detenção de três a cinco anos e multa. Incidindo na mesma pena aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

2.2. Da notória especialização

O § 1.º do art. 25, da Lei 8.666 considerou como de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Podê se perceber pela definição da Lei que a notória especialização deve ser aferida pelo desempenho anterior do contratante, comprovado por meio de livros, artigos, prêmios, ficando claro que a escolha não está inteiramente ao arbítrio do

administrador.

Outro ponto interessante é que o profissional deverá ser reconhecido no campo de sua especialidade, como bem ressalta ODETE MEDAUAR,

Andou bem o legislador, pois nem sempre o profissional ou a empresa desfrutam de popularidade ampla, nem sempre podem ser identificados por qualquer um do povo, sobretudo em setores de elevada sofisticação técnica (p. ex., física nuclear e mecatrônica), mas detêm reputação consagrada no campo de sua área de trabalho. (MEDAUAR, 1998, P. 56/57)

A Lei 8.666/93, elenca quais os serviços técnicos passíveis de inexigibilidade de licitação em razão da notória especialidade e natureza singular, são eles os constantes do art. 13, da mesma Lei, que assim dispõe:

Para os fins desta lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

I – estudos técnicos, planejamento e projetos básicos ou executivos;

II – pareceres, perícias e avaliações em geral;

III – assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras e tributárias;

IV – fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

V – patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI – treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

VII – restauração de obras de arte e bens de valor histórico;

Identificada que seja uma das hipóteses legais de inexigibilidade, nenhum desses universos de possíveis interessados está mais titulado ou legitimado a exigir a licitação: ela simplesmente não deverá ser realizada (FIGUEIREDO e

Assim, a notória especialização é causa para a inexigibilidade de licitação, uma vez que inviabiliza a competição entre os possíveis candidatos a execução do serviço. A contratação deve ser realizada de acordo com os critérios estabelecidos em Lei, ou seja, deve ser comprovada a notória especialização. Com base em desempenhos anteriores, estudos, experiências, publicações, prêmios, entre outros requisitos.

No entanto, não basta a comprovação da notória especialização, ainda assim, muitos são os que podem estar aptos a realizar serviços de forma especializada. Dessa forma, não obstante a existência de empresa ou pessoas de reconhecida capacidade, a escolha da Administração recairá sobre aquele que, na convicção do administrador, se mostrar mais adequado, o critério, portanto, é discricionário.

3. A inexigibilidade face aos princípios do art. 3.º da lei 8.666

O art. 3.º da Lei 8.666/93 determina que a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração. Deverá também observar os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Como ficará então a observância a esses princípios no caso de inexigibilidade de licitação?

O princípio da legalidade, resta plenamente obedecido, uma vez que as hipóteses de inexigibilidade de licitação estão previstas em lei. FERNANDO ANSELMO RODRIGUES vai além, afirmando que:

Da análise do *caput* do art. 25 da Lei 8.666/93, pode-se concluir que o rol de hipóteses elencadas como inexigíveis não deve ser considerado

taxativo, não excluindo qualquer outra hipótese em que, apesar de não elencada, o processo licitatório seja inviável. Isto vem expresso quando se ressalva que: 'É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição (...)'. (RODRIGUES, 1999, P.192)¹

De fato, estará obedecido o princípio da legalidade sempre que no caso concreto se mostrar inexigível a licitação em face da completa inviabilidade de competição.

Quanto ao princípio da impessoalidade, necessário atentar para os casos em que características subjetivas se tornam essenciais para a consecução dos objetivos visados pela Administração. Existe, nesses casos, uma exceção a regra da impessoalidade, pois a natureza singular do serviço permite a sua contratação pela Administração, sempre tendo em vista os requisitos estabelecidos em lei.

De acordo com o art. 25, II, da Lei 8.666/93, não basta que o serviço seja de natureza singular, deverá estar de acordo também com uma das hipóteses do art. 13, ser prestado por pessoas notoriamente especializadas, caracterizar a inviabilidade de competição e ainda ser necessário à Administração.

O princípio da moralidade permanece imperioso no caso das hipóteses de inexigibilidade de licitação, prevendo a Lei 8.666, sanções penais e administrativas, sem prejuízo da responsabilidade civil proveniente do ato.

O princípio da igualdade não se encontra desrespeitado, uma vez que, de acordo com o § 1.º do art. 13, da Lei 8.666, ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante

¹ Cf. Fernando Anselmo Rodrigues em *Licitações e Contratos Administrativos: temas atuais e controvertidos*. Coordenadores: Armando Verri Jr., Luiz Antônio Tavalara e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 192.

a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração. O § 5.º do art. 7.º, também da Lei 8.666, veda a realização de licitação cujo objeto inclua bens ou serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas.

Constata-se, portanto, que os casos de inexigibilidade de licitação são exceções, válidas quando, pela natureza do serviço, a competição se torne inviável, em respeito ao princípio da igualdade que deve nortear as contratações efetuadas pela Administração Pública.

A observância ao princípio da publicidade está presente no *caput* do art. 26, da Lei 8.666, que determina que as dispensas e as hipóteses de inexigibilidade deverão ser comunicadas dentro de 3 (três) dias à autoridade superior para ratificação e publicação na imprensa oficial no prazo de 5 (cinco) dias, como condição de eficácia dos atos.

O princípio da probidade administrativa deve ser observado em todos os atos da Administração Pública, não sendo diferente nos casos de inexigibilidade de licitação. A Lei 8.429/92 elenca entre os casos de improbidade administrativa as condutas que frustrem a licitude de processo licitatório ou o dispensem indevidamente.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório não encontra aplicação nos casos de inexigibilidade de licitação, em razão de ser específico do procedimento licitatório. Nos casos em que a licitação não é exigida, a escolha deve estar vinculada a razão da escolha do fornecedor ou executante, como previsto no inciso II, parágrafo único, do art. 26, da Lei 8.666/93.

Por fim, o princípio do julgamento objetivo, característico do processo licitatório e indispensável para um julgamento justo numa licitação. No caso das inexigibilidades, no entanto, que excepcionam a regra da obrigatoriedade de licitação, ele não se aplica, uma vez que a inviabilidade de competição torna impossível uma escolha de forma objetiva.

A inviabilidade da competição decorre da impossibilidade de a Administração escolher a melhor proposta, justamente porque não há parâmetros ou indicativos possíveis para se poder objetivamente escolher, e, muito menos, para se avaliar se houve na escolha do Administrador acerto, a menos que tenha ocorrido um absurdo na contratação. A escolha de determinada empresa ou pessoa para a realização de um dos serviços previamente estabelecidos no artigo 13 da Lei reside no âmbito do poder discricionário adjudicado ao Administrador. (RODRIGUES, 1999, P.195)

Com efeito, todos os princípios elencados no art. 3.º da Lei 8.666/93 encontram perfeita acolhida nas hipóteses previstas para a inexigibilidade de licitação.

4. Conclusão

O presente trabalho buscou oferecer uma visão geral das hipóteses de inexigibilidade de licitação e de forma especial da hipótese contida no inciso II, do art. 25, da Lei 8.666/93, que trata da inexigibilidade de licitação no caso de contratação de serviços técnicos de notória especialização e de natureza singular.

A análise dos princípios do art. 3.º da Lei 8.666/93 e a sua relação com as hipóteses de inexigibilidade de licitação tiveram como objetivo demonstrar o acolhimento dos princípios basilares que informam os processos licitatórios também nos casos de inexigibilidade da licitação.

Referências bibliográficas

- FIGUEIREDO**, Lúcia Valle e **FERRAZ**, Sérgio. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*, 3.ª ed., Malheiros, 1994.
- MEDAUAR**, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 6.ª ed. rev. e atual., revista dos Tribunais, 2002.

- _____, organização. *Licitações e Contratos Administrativos; coletânea de estudos*, Editora NDJ, 1998.
- VERRI JÚNIOR**, Armando; **TAVOLARO**, Luiz Antonio; **WAMBIER**, Teresa Arruda Alvim. *Licitações e Contratos Administrativos: temas atuais e controvertidos*, Revista dos Tribunais, 1999.

Análise beccariana e construções legais do crime de tortura

Marcelo Alves Pereira Eufrazio *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A tortura na ótica beccariana. 2.1. Exemplos internacionais de legislações anti-tortura. 2.2. Modelo constitucional brasileiro. 2.3. O que é a lei de tortura (Lei n° 9.455/97). 3. Conclusão.

1. Introdução

O ordenamento jurídico para se fundamentar e ganhar sustentabilidade, precisa pautar necessariamente, pela contemplação de valores morais e éticos. Essa sustentação teleológica e valorativa é indispensável para disciplinar a sociedade por meio de normas, com a finalidade de promover o respeito a pessoa humana.

Sendo assim, o combate a prática de tortura e sua capitulação enquanto crime tem por natureza a defesa da dignidade humana e a conservação do direito à vida, na medida que a trajetória que alimenta a tutela do homem, ou seja, sua integridade física, sua honra, sua liberdade, sua dignidade são fortalecidos por alguns processos histórico-filosóficos e jurídicos imbricados, dentre os quais se destacam três que servem de fundamentação para as idéias e as codificações que nasceram desde a época moderna até a contemporaneidade.

O primeiro processo trata do legado moral que o tratado *Dos Delitos e Das Penas* (1764) de Cesare Beccaria representou na mudança de paradigmas legais nos ordenamentos jurídicos penais de grande parte dos países que tinham na tortura institucionalizada seu principal meio de castigar e descobrir a “verdade” dos acusados, inclusive o Brasil.

O segundo processo, trabalha a questão da mudança dos valores morais e das mentalidades, representadas nos modelos

* O autor é historiador; bacharel em Direito; especialista em História da Filosofia (UEPB); mestre em Ciências da Sociedade (UEPB); professor convidado da UVA e FADIP.

internacionais a exemplo dos Tratados e Convenções que dizem respeito diretamente a questão da condenação da prática da tortura.

E, como terceiro processo de construção da luta pelo respeito a integridade física e psíquica do homem, se encontram os valores morais que servem para justificar o respeito aos direitos humanos fundamentais como busca efetiva da construção da noção de cidadania, notadamente representada pelo exemplo da Constituição Federal (1988) que no seu artigo 5º, traz o rol de direitos e garantias fundamentais, inclusive referente a condenação à tortura (art. III e XLIII).

2. A tortura na ótica beccariana

A história da tortura é declaradamente carregada de argumentações, técnicas e discípulos da prática dos suplícios, mas ao lado dessa trajetória de terror há de ser declarada também a história das lutas e resistências em nome da integridade física e do respeito aos direitos do prisioneiro, do acusado ou do réu.

Essa defesa, muito embora não tenha sido bastante defendida durante as fases em que a tortura se constituiu como braço representativo da força que ostentava o *status quo* de determinado setor ou classe, ainda é nos dias atuais bastante criticada, por razões que remetem diretamente a interesses sejam das classes média e alta ou de setores corruptos do nosso sistema de segurança (poder de polícia).

O primeiro documento que se tem notícia em condições de rejeitar e condenar a prática da tortura foram os comentários do humanista cristão João Vives ao *De Civitate Dei* de Santo Agostinho em pleno século XVI, que condenava a prática da tortura se os castigados eram indivíduos condenados sem defesa e provas. O mesmo pensou C. Thomasius em sua dissertação *De tortura ex foris christianorum proscribenda*, publicada em 1705 na qual ele defendia a exclusão da tortura dos processos penais, por se tratar de uma pena desproporcional e contra a justiça em geral, bem como por ser contra o senso cristão de

justiça e de proporção.

Contudo, a obra que serve de maior legado para os ordenamentos jurídicos penais contemporâneos e tem uma conotação moral bastante distinta dos anteriores por retirar o conteúdo religioso da sua abordagem é o tratado *Dei Delitti e Delle (Dos Delitos e Das Penas)* de 1764 e escrito pelo jurista italiano Cesare Beccaria.

Beccaria levantou a tese de que a tortura constituía uma injustiça e um ato ineficaz, que representava uma inversão de situações em que o inocente e fraco sofreria os suplícios injustamente e no calor do desespero acabaria confessando o que não fez, por conseguinte seria condenado, enquanto o verdadeiro criminoso por tratar-se de homem robusto e forte acostumado com as piores situações, se entregando as técnicas do torturador e confessando estaria pagando por seus crimes, mas resistindo e negando sua criminalidade seria posto em liberdade como se inocente fosse.

Essa relação já demonstra como a injustiça é formalmente praticada com o ritual procedimental das autoridades. No sentido beccariano do termo, é a tortura a consecução da vontade do mais forte pela força, com fins de obter a verdade mesmo que esta seja forjada. Assim afirma o ilustre jurista italiano:

[...] é a tortura do réu durante a instrução do processo, ou para forçá-lo a confessar o delito, ou por haver caído em contradição, ou para descobrir os cúmplices, ou por qual metafísica e incompreensível purgação da infâmia, ou, finalmente, por outros delitos de que poderia ser réu, mas dos quais não é acusado (BECCARIA, 1997, p. 61).

Então, o suplício tem como destinatário tanto o culpado quanto o inocente no sentido de que representa a este um tormento e uma confissão presumida e àquele um prévio e às vezes único castigo.

Quando afirmamos tal impressão, estamos remetendo necessariamente ao sentido psicológico com que Beccaria expôs seu estudo quanto à tortura. A própria construção ideológica que defendeu a tortura ao longo da história acreditou que as idéias religiosas e espirituais representavam uma influência sensível na purgação das faltas, ou seja, “[...] no misterioso tribunal da penitência, a confissão do pecado é parte essencial do sacramento” (BECCARIA, 1997, p.62-3).

Nesse calvário de mecanismos institucionalizados a tortura alheia é criticada na obra *Dos Delitos e das Penas* (1764), por motivos injustificados para tamanha barbárie dos quais destacamos pelo menos três desses argumentos e a respectiva posição na ótica beccariana.

A primeira justificativa diz respeito à finalidade política da pena, ou seja, a obrigação que a sociedade tem de incutir em seus partícipes o respeito e a obediência as leis. Esse respeito deve nascer de práticas políticas eficazes que tragam necessariamente as condições favoráveis de socialização dos criminosos. Neste sentido, a política da tortura é descabida e injustificável já que não significa um trabalho de valorização da ordem moral, mas da representação dos sentimentos de desprezo, revolta e desumanidade.

O segundo motivo discute a tortura como purgação da infâmia, destacado anteriormente, que representa um paradigma religioso, que acredita na dor e no sofrimento como meios de purgação da infâmia.

Como terceira justificativa para ato delituoso da tortura, Beccaria destaca a aplicabilidade da mesma aos supostos réus, ao cáirem em contradição durante o interrogatório, colocando-o como uma espécie de castigo ao temor da pena, na incerteza do julgamento, o aparato e a majestade do juiz, a ignorância que revela-se comum a quase todos os criminosos ou inocentes. Nessa visão que fundamenta os suplícios dos réus ao cáirem nas fraquezas que são tão comuns durante o terror e expectativa da dor, estariam fadados a serem culpados não pelos seus possíveis atos, mas pelos sentimentos comuns a qualquer

indivíduo seja ele culpado ou não.

Nesse sentido, a confissão arrancada pela tortura será confirmada em sentença, segundo Beccaria na maioria dos casos. Afirma ainda na sua obra:

[...] se dois homens, igualmente inocentes ou igualmente réus, o forte e o corajoso será absolvido, o fraco e o tímido será condenado, em virtude deste exato raciocínio: Eu o juiz deveria julgar-vos culpados de tal delito; tu, que és forte, soubeste resistir à dor, e, por isso, te absolvo; tu, que és fraco, cedeste a ela, e, por isso, te condeno. Sinto que a confissão arrancada entre suplícios não teria força nenhuma, mas novamente sereis torturado se não confirmardes a vossa confissão (BECCARIA, 1997, p.65).

Afinal o injustificável de tamanha crueldade com o semelhante é o desrespeito a sua condição humana, principalmente quando neste aspecto estão relacionados a sua integridade física, sua dignidade humana e o respeito pelo sua moral. Esses aspectos estão em jogo por constituírem a essência das virtudes humanas, não se trata apenas de valorizar o poder constituído, mas a organização da própria sociedade através de seus membros.

Portanto, torna-se intolerável admitir que as normas de investigação e por conseguinte os elementos dos tramites processuais em uma sociedade se revistam da prática de tortura para solucionar crimes e chegar a verdade.

Termina Beccaria (1997, p. 66) seu Capítulo intitulado 'Da Tortura' questionando "Será certo torturar um homem pelo crime alheio?"

E acrescenta ainda: "Não serão descobertos os cúmplices, interrogando as testemunhas e o réu, por meio das provas e pelo corpo de delito, em suma, por aqueles mesmos meios utilizados para comprovar o delito do acusado?" (BECCARIA, 1997, p. 66).

A obra *Dos Delitos e Das Penas* de Beccaria ao levantar

a tese da injusta e ineficaz utilidade da tortura, influenciou sensivelmente o direito penal moderno, várias nações reformaram seus códigos, procurando suprimir ou reduzir os dispositivos que regulavam a tortura nas investigações ou encaminhamentos processuais. A França, por exemplo, demorou alguns anos até suprimir definitivamente a mesma de seu Código Penal o que só ocorreu quando das transformações advindas com a Revolução. Com efeito, o código napoleônico de 1810 serviu de modelo e legado para quase todos os países do mundo Ocidental.

No Brasil a influência napoleônica é observada com a normatização do Código Criminal de 1830, mas bem antes desse aparato penal, a Constituição do Império (1824) já condenava juntamente com outras nações os suplícios com meio punitivo. Estabelecendo formalmente que: “Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as demais penas cruéis” (BECCARIA, 1997, p.47). Assim sendo, conheceu as mesmas transformações na legislação, quando a tradução inglesa do tratado de Beccaria chega aos Estados Unidos e influi na reforma da legislação de vários Estados da federação.

2.1. Exemplos internacionais de legislações anti-tortura

A organização dos Estados na ordem jurídica internacional, principalmente na contemporaneidade, necessita de laços de respeito e de reciprocidade entre os povos. Essa relação de intersubjetividades ou de diálogos interculturais entre os povos, como observou Santos apud Meksenas (2002), tem sido trabalhado nos aspectos das normas internacionais através das Convenções e Tratados ou mesmo do direito comparado.

No âmbito da repressão à tortura existem Tratados e Convenções Internacionais, que servem de subsídios para organização das legislações internas, sendo aqueles reflexo das intenções de diferentes povos sobre determinado assunto, no caso em questão o crime de tortura.

Diferentes nações têm reiteradas vezes ratificado os Tratados e Convenções sobre tortura, dentre as quais destacamos:

Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Cidadão (1948);
Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948);
Convenção Americana sobre Direitos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” (1961);
Projeto de Convenção que define a Tortura como Crime Internacional (1980);
Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1985);
Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985).

Entretanto, a ratificação destes respectivos diplomas, necessita de co-responsabilidades e compromissos na ordem jurídica e social internacional e principalmente no âmbito interno. Bastos (1995, p. 153) afirma que: “Os tratados obrigam por si mesmos, ou melhor, por serem celebrados debaixo de uma norma de direito internacional que diz que os tratados concluídos devem ser cumpridos (*pacta sunt servanda*)”.

Nesse sentido, acompanharam as transformações jurídico-sociais com maior dinamismo no que tange a condenação e tipificação da tortura a Grécia e a Espanha, exemplos que foram seguidos mais tarde por outros países.

A Grécia em seu direito, incorporou os elementos essenciais das Convenções referentes a tortura. Assim sendo, pela Lei nº 1.500, de 1987, inseriu em seu art. 137 do Código Penal as letras “a”, “b”, “c” e “d” que tipificam e punem o crime de tortura.

O art. 137 do Código Penal o define com base nas Convenções internacionais:

Qualquer sistema de intensa dor física, fadiga física exaustiva, pençosa para a saúde, sofrimento mental, capaz de causar sérios danos físicos, ou ministração ilegal de substância química, narcótico ou com a finalidade de subjugar a vontade da vítima [...]

A legislação grega impõe a pena de 5 a 10 anos; em caso de lesões graves a pena aumenta de 10 a 20 anos; perpétua: no caso da morte da vítima. Neste aspecto da sanção, a legislação grega revela-se com maior severidade que os diplomas de outros países.

A legislação dispõe sobre a finalidade da tortura, ou seja, quando usada para:

- a) Extorquir confissão;
- b) Intimidação ou ainda,
- c) Punição.

Considera a mesma, ainda, como tortura, ofensas à dignidade humana como observa Sznick (1998), detector de mentiras (*lie-detector*), ofensas sexuais, bem como atos de violência, menos graves que causam apenas lesões corporais conforme capitula o art. 137, 3º. Nesses casos, considerados mais leves a pena é de 3 a 5 anos de prisão.

Por fim, a legislação grega fala em indenização em favor da vítima de tortura que, como decorre da disposição supra é de responsabilidade do Estado.

A legislação da Espanha, mais especificamente a Constituição Federativa consagra a tortura em seu art. 15. Nesse caso, além do diploma constitucional, a exemplo da legislação da Grécia, a Espanha também inseriu em seu Código Penal a tipificação da tortura como delito, mesmo que alguns tratadistas afirmem que não foi elaborado com acerto.

A Espanha consagrou a tortura como crime pela Lei nº 11.539/78, de 17 de julho de 1978, acrescentando elementos qualificadores ao crime de tortura. Questiona Sznick (1998, p.94) que: “Ao contrário da legislação grega, não seguiu o legislador espanhol as recomendações da ONU pois define o que é tortura e a considera um crime próprio que abrange apenas a autoridade ou funcionário público”.

Porém, apesar das críticas e lacunas que a legislação vigente possa ter, a tortura está agora, pela norma internacional

e constitucional, criminalizada, sendo um delito inafiançável. Com isso, sendo um crime internacional ao lado de delitos como tráfico de drogas, genocídio e discriminação racial é necessário a sua tipificação pelo direito interno de cada Estado nação, fato este já inaugurado pela Grécia e a Espanha, acompanhado por outros países a exemplo do Brasil.

2.2. Modelo constitucional brasileiro

Ao longo da trajetória de construção dos direitos foi necessário o acompanhamento de uma participação política, no sentido e compor um ordenamento jurídico-formal que pudesse regulamentar os anseios da sociedade. Essa participação política é fator preponderante para entender o nível de confiança e respeitabilidade das instituições de um país, principalmente num Estado Democrático de Direito onde os organismos estatais e não-estatais tem na participação política a compreensão da dimensão do nível de democracia, advindo principalmente das grandes revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII.

Considerado uma conquista histórica do ponto de vista da participação política, após duas décadas de ditadura militar que sufocou as discussões políticas dos diversos seguimentos da sociedade, principalmente nas esferas político-institucionais, a Carta Magna de 1988 acaba consolidando formalmente os anseios de uma grande parcela da população que reivindicava um projeto para a sociedade brasileira através de uma nova ordem institucional em termos de garantia das liberdades democráticas.

Pra tanto, há de destacar que as codificações num nível jurídico-formal são elaboradas para abrir um consenso entre interesses opostos, ou seja, das classes subalternas e das classes hegemônicas que ostentam o “*status quo*”, essa dualidade de interesses se refletiu durante a feitura da Constituição da República onde participaram da assembléia constituinte, juntamente com os representantes das vítimas da repressão do regime militar.

Por isso, a Carta Maior do país tem essa natureza de interesses, em que seu texto garante direitos, mas ao mesmo tempo recebe mecanismos para recuar diante da exigência das garantias constitucionais, como é o caso das medidas provisórias editadas sem controle externo. Assim como, por exemplo, quando a Constituição Federal no art. 5º, III e XLIII, juntamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente tipificam a tortura como crime, este último com a seguinte redação no art. 233, á revogado: “Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância, a tortura”. Porém, não definiu o que vinha a ser tortura, só após uma longa mobilização da sociedade civil, inclusive na Paraíba fora sancionada a Lei nº 9.455/97 a chamada Lei de tortura.

Essa ressalva foi observada no tocante ao art. 5º, XLIII, por Moraes (2003) que apontam para a eficácia limitada da referida norma constitucional, pois a mesma necessita da atuação do legislador infraconstitucional para que sua eficácia se produza. Assim, quanto à inafiançabilidade e insuscetibilidade de graça ou anistia foi editada a lei dos crimes hediondos. Entretanto, a definição do crime de terrorismo e tortura, foi, ainda, necessária a edição de lei infraconstitucional, de competência da União, conforme determina o art. 22, I, da Constituição Federal, tipificando-os, em razão do preceito constitucional do art. 5º, XXXIX.

A referência à prática da tortura aparece pela primeira vez na legislação brasileira somente em nossa última Constituição Federal (1988), esse fato denota dois acontecimentos, a influência e exigência da efetiva assimilação das Convenções Internacionais sobre tortura e a crescente mobilização social em torno da capitulação da prática da tortura como crime em nosso país.

No Brasil, a referida capitulação da tortura como crime está prevista na Constituição Federal no art. 5º, incisos III e XLIII, que assim rezam respectivamente:

III - ninguém será submetido a tortura nem a

tratamento desumano ou degradante;
XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Para tanto, o art. 5º da Constituição de 1988 trouxe a equiparação da prática da tortura a tratamentos desumanos e degradantes, além de colocá-los juntamente no rol de crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, bem como nos assim definidos como crimes hediondos. Lembra Moraes apud Ferreira (1989, p.67) que o direito à integridade física: “É uma reação positiva e útil ao barbarismo do regime, com suas flagelações, esterilizações, câmaras de gás, sendo inclusive muito lembrado o caso Olga Benario, companheira de Luís Carlos Prestes, e o genocídio dos judeus”.

Por outro lado, o problema que se avizinha é o fato das promessas formuladas pelo sistema democrático não serem efetivamente cumpridas. Acredita Bobbio (1986) que, essas promessas formuladas pelo sistema democrático precisam ser refletidas. Pois traduzem os ditames da democracia, essa realidade visivelmente perceptível deve ser compreendida como um processo de evolução na histórica que não está ainda definida, todavia está em construção contínua.

No Brasil essa transgressão do poder não foi diferente, apenas com algumas adaptações para os trópicos mas, com a mesma vontade de intimidação e desestruturação da vontade da vítima.

Os acontecimentos em torno da tortura à brasileira poderiam certamente ser divididos em quatro momentos da História do Brasil. Primeiro o processo de escravização a que os indígenas e negros sofreram durante a Colonização até fins do Império (1500-1889), que se constitui na oficialização da tortura como meio de institucionalização do castigar dos possíveis delitos cometidos pelos escravos. Segundo, já na República,

precisamente no Estado Novo de Getúlio Vargas (1937-1945), em meio as ameaças de influências ideológicas das camadas migrantes européias advindas com suas idéias socialistas e anarquistas, o aparelho repressor do Estado Novo a mando do chefe fascista Filinto Müller resolve importar know-how da Gestapo para treinar os policiais e as forças armadas brasileiras nas técnicas de tortura, visando combater a mobilização operária e os movimentos contra o regime ditatorial varguista.

Em terceiro, seguindo a extra-oficialidade ou clandestinidade da tortura varguista no século XX está o sistema de repressão do regime militar (1964-1979), com um aparato dos métodos de tortura aplicados pelo sistema processual baseado na Doutrina de Segurança Nacional, que vitimou centenas de pessoas, dentre elas Vladimir Herzog, jornalista da TV Cultura de São Paulo, que foi torturado e morto pelos militares nas dependências do DOI-Codi em 1975 e que mais tarde se tornaria símbolo do combate a ditadura e a tortura no Brasil.

Como quarto e último momento da História da tortura no Brasil está a fase policial, não menos sarcástica na atualidade. Nesta fase, a tortura torna-se meio de investigação policial e de instigação da atividade de feitura dos Inquéritos Policiais que poderão tornar-se Ações Penais ou não. Porém, que tem preocupado acentuadamente é o fato deste meio tornar-se mecanismo principal e por vezes preferencial no andamento das investigações, o que na lógica do legado da história da tortura perpetua a condição de aviltamento e desrespeito à condição humana.

2.3. O que é a lei de tortura (Lei nº 9.455/97)

Após sensíveis transformações no âmbito dos regimes políticos nos últimos vinte anos, a sociedade brasileira precisava de uma legislação condizente com os novos acontecimentos. Daí se justificavam os esforços de diversos seguimentos sociais pela eclosão de leis que refletisse os anseios

de boa parte dos setores da sociedade que clamavam por um urgente Estado Democrático de Direito.

No que tange aos aspectos relacionados especificamente à tortura, a Constituição Federal de 1988, refere-se no art. 5º, inciso III que: “ninguém *será* submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;”, da mesma forma o inciso XLII:

A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Conforme o inciso III tratamento degradante é todo aquele que humilha, diminuindo alguém aos olhos desse indivíduo, bem como aos olhos alheios. Enquanto a desumanidade refere-se aos contornos da subordinação imposta como obrigação, ultrapassando os limites razoáveis que podem ser exigidos de cada ser humana. Pode ser considerado desumano, por exemplo, a exploração sexual de criança ou adolescente. Nesse sentido, o legislador constitucional em ambos os incisos do art. 5º proibiu veementemente qualquer ação ou omissão que remetam à tortura, no entanto a Constituição de 1988 não definiu em lei ordinária o que seria tortura. Nem mesmo quando declarou, no inciso XLII que o legislador ordinário definisse-a como “crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia”.

Assim, o acontecimento determinante na regulamentação e definição do crime de tortura veio com a promulgação da Lei nº 9.455, de 7 de Abril de 1997, publicada no Diário Oficial da União em 08 de Abril deste mesmo ano. Após quase dez anos de criminalizada em nossa Carta Maior a prática da tortura foi tipificada pela referida lei.

A Lei 9.455/97, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura é composta de 4 artigos, sendo, que, o artigo 1º capitula todas as modalidades inflacionais previstas do crime de

tortura, além das penalidades, ali previstas pela norma, já que dispõe de 2 incisos e 7 parágrafos.

A conduta criminosa em questão, que foi definida pelo legislador infraconstitucional, no art. 1º da Lei de Tortura praticamente seguiu analogamente, os mesmos princípios legais constantes nas Convenções sobre Tortura, bem como no legado internacional da legislação grega e espanhola.

Assim sendo, o crime de tortura constitui violência extremada com o objetivo de reduzir, anular e quebrar a resistência do indivíduo, com a intenção de obter informações ou a própria confissão forjada, se utilizando da força física, provocando dor e sofrimento, mediante ameaças, mentiras e promessas, qualquer que seja os meios empregados, cujo fim último é viciar a vontade e a liberdade do indivíduo.

Daí a possibilidade de determinar o elemento subjetivo da tortura como sendo crime doloso, ou seja, dolo específico (motivado, pois visa um fim determinado), como fica caracterizado pelo inciso I, letras "a", "b" e "c".

Há ainda, no art. 1º, I, uma finalidade no constrangimento que são as modalidades que o legislador indica, como sendo a intenção de conseguir um determinado comportamento da vítima, a informação, a declaração, a confissão, a ação, a omissão em consequência da humilhação; desespero, dor moral, física, etc.

Afora se caracterizar como crime doloso específico, inobstante o fim visado pelo agente, é também crime formal, bastando apenas a conduta para se consumar o delito, independente de seu resultado.

3. Conclusão

O crime de tortura capitulado pela Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, constitui uma inovação e uma conquista da legislação e da sociedade brasileira, respectivamente. Além de conceituar "tortura" como sendo crime contra a pessoa, qualifica o mesmo em doloso ou preterdoloso, ou seja, aquele cometido

com intenção de fazer a coisa ou no caso do crime preterdoloso, aquele que o agente podia prever o resultado não querido e não previsto, mas nada fez para evitar (o caso do agente que dá intensas descargas elétricas na vítima, mesmo sem a vontade de matá-lo, mas em função dos repetidos choques leva à óbito o torturado).

Com efeito, evoluiu também quando o tipo penal é classificado como crime comum, ao dar a autoria a qualquer cidadão, independente de ser agente público ou não, diferentemente da legislação grega e espanhola precursoras na elaboração de leis penais sobre tortura.

Nesse sentido, o legado internacional dos Tratados e Convenções sobre tortura em muito contribuiu para que países que no passado tiveram experiências em regimes ditatoriais e repressivos, pudessem organizar suas legislações em defesa da integridade física e moral de seus cidadãos.

No Brasil com um passado de dois regimes ditatoriais, varguista (1937-45) e regime militar (1964-85), a Constituição Federal de 1988 insurgiu como a “Carta Cidadã” já equiparando a tortura aos crimes hediondos no artigo XLIII, uma premissa ou reclamo dos constituintes defensores da bandeira dos direitos humanos e da própria sociedade civil.

Quando Beccaria ensinava na sua obra *Dos Delitos e Das Penas* (1764), como proceder a investigação dos delitos criminais e condenava os métodos de tortura como recurso para essas investigações, usava o nobre jurista italiano não da norma vigente à época, mas do recurso educativo, sendo este um elemento epistêmico junto com a história e a filosofia dos mais significativos, porque é com a pedagogia que se transformam mentalidades e modos de proceder.

Nesta perspectiva, não restam dúvidas de que os métodos advindos das ações punitivas e investigativas desde a antiguidade até as ações estratégicas do poder institucionalizado, principalmente das investigações policiais na atualidade, são reflexo da má operacionalidade ou despreparo dos agentes públicos. Evidente que a tortura é crime comum, mas são os

funcionários do Estado, “pagos com dinheiro público” que utilizam com maior intensidade desse expediente.

Nesse sentido, uma cultura político-educativa na legislação é um aspecto há ser destacado, pois remete necessariamente a formação do cidadão enquanto processo de conscientização não só da punibilidade do delito em questão, mas também de que ao existir a norma ela deve ser obedecida e as condutas por ela disciplinadas devem ser pautadas pela moral, conseqüentemente o presídio, o hospital, o manicômio, a delegacia etc., poderão funcionar de maneira eficaz.

Referências bibliográficas

- BASTOS**, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. São Paulo: Saraiva, 1995. 161 p.
- BECCARIA**, Cesare Bonesana. Da Tortura. In: _____.
Dos Delitos e Das Penas. Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 61-66.
- BOBBIO**, Norberto; **BOVERO**, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Moderna*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1996. 285 p.
- BRASIL**. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1999. 186 p.
- BRASIL**. Estatuto (1990). Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Brasília: Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Distrito Federal, Senado Federal, Brasília, DF, 1995. 75 p.
- BRASIL**. Código (1941). Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2002. 629 p.
- BRASIL**. Lei n. 9.455, de 07 de abril de 1997. Define os crimes de tortura, e dá outras providências. In: Sznick, Valdir. *Tortura: histórico, evolução e crime*. São Paulo: Leud, 1998. p. 291-293.
- BRASIL**. *Direitos Humanos: instrumentos internacionais, documentos diversos*. Secretaria Nacional dos Direitos Humanos, Brasília:

- Senado Federal, Edições Técnicas, 1990. 567p.
- BRASIL: NUNCA MAIS.** Arquidiocese de São Paulo. *Relatório*. São Paulo: Vozes, 1985. 312 p.
- FERREIRA, Pinto.** *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1989. 456 p.
- MATTOSO, Glauco.** *O que é tortura*. São Paulo: Brasiliense, 1986. 101 p.
- MEKSENAS, Paulo.** Direitos e Participação Política. In: _____, *Cidadania, Poder e Participação*. São Paulo: Cortez, 2002. p. 31-75.
- MORAIS, Alexandre.** *Direito Constitucional*. 13 ed., São Paulo: Atlas, 2003. 836p.
- SZNICK, Valmir.** *Tortura: histórico, evolução e crime*. São Paulo: LEUD, 1998. 293 p.

Breves considerações sobre a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público no Mandado de Segurança.

Lorena Silva de Albuquerque *

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Do novo perfil constitucional do Ministério Público 3. O interesse público e o procedimento em Mandado de Segurança 4. Da nova leitura da Lei 1.533/51 à luz dos parâmetros constitucionais de atuação do Ministério Público. 5. Algumas decisões sobre a matéria 6. Conclusões.

1. Introdução

A intervenção do Ministério Público no processo civil sempre se mostrou mais divergente que na esfera penal. Por isso, na prática, sua atuação como parte ou como *custus legis* em geral decorria de aplicação irrestrita de alguns dispositivos legais ou de interpretação do caso concreto à luz, especialmente, do art. 82 do Código de Processo Civil, que traz suas hipóteses de atuação.

Assim, o histórico de sua intervenção revela a concretização de dispositivos legais sem profunda análise de seu conteúdo. Esta é uma das causas, diga-se de passagem, do grande volume de processos, que muito acentua a função de parecerista do Ministério Público em processos sem grande repercussão social.

Um exemplo prático deste cego legalismo encontra-se nas ações de mandado de segurança, disciplinada pela Lei nº1.533/51, que determina em seu art.10 que, após a notificação da autoridade coatora, seja ouvido o representante do Ministério Público, dentro de 5 (cinco) dias.

* Bacharela em Direito; Analista Judiciário do Tribunal Regional Trabalho da 11ª Região; Pós-graduanda em Direito Tributário na Universidade Federal do Amazonas.

A despeito da literalidade da lei, a questão, na prática, consiste na real necessidade desta intervenção em todas as ações de mandado de segurança, independentemente do mérito da lide.

Recentemente, alguns membros do *Parquet* vêm tentando dar uma nova leitura à Lei do Mandado de Segurança, deixando de se manifestar sobre o mérito da lide nos processos de mandados de segurança que lhe são dados, por não entenderem presente interesse público justificador de sua manifestação.

Muitos Tribunais, no entanto, vêm decidindo no sentido da obrigatoriedade desta intervenção, haja vista a expressa determinação legal da qual o membro do *Parquet* não pode se afastar.

Diante de tal situação, surge a indagação: Consiste o mandado de segurança em ação de interesse público que faz, por si só, necessária a intervenção do Ministério Público, sendo irrelevante a natureza dos direitos tutelados?

Tomando-se como norte este cenário de incertezas é que se propõe o presente artigo, que objetiva tecer breves considerações sobre o assunto.

2. Do novo perfil constitucional do Ministério Público

Para que se possa chegar a alguma conclusão sobre a intervenção do Ministério Público no mandado de segurança, é necessário realizar uma interpretação constitucional sobre as funções desta nobre instituição.

Uma análise mais profunda da atuação do Ministério Público, no entanto, requer uma abordagem, mesmo que simplória, de sua evolução histórica. O desenvolvimento de seu modelo constitucional relaciona-se diretamente com suas finalidades no processo civil.

No direito brasileiro, o Ministério Público foi previsto pela primeira vez como instituição na Carta Constitucional de 1934.

Após o retrocesso operado pela Constituição de 1937,

em 1946, a nova Carta Magna restituiu o *status* de instituição do Ministério Público, prevendo-o em capítulo próprio, com as devidas garantias, mas configurando-o como representante da União.

Na Carta de 1967, o Ministério Público foi previsto no capítulo pertinente ao Poder Executivo. Na *Lex Mater* de 1969, foi transferido ao Poder Judiciário.

Apenas com a Constituição de 1988 é que o Ministério Público passou a adquirir *status* de instituição independente dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Foi-lhe concedida uma “nova roupagem”, momento que este órgão passou a ser legítimo defensor da sociedade, sendo-lhe acometidas funções de elevada importância.

Dispositivo constitucional de grande relevância para a compreensão deste novo modelo é o art. 127, que assim determina:

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis

Seguindo este perfil, o art.129 da Constituição Federal elenca, de forma exemplificativa, várias funções institucionais do Ministério Público, todas compatíveis com o art.127 da CF/88. É o que se pode identificar, por exemplo, na defesa de direitos indígenas ou na proteção do patrimônio público e social.

Este novo modelo, assim, está estritamente ligado à defesa do interesse público. Seja na defesa do regime democrático de direito ou do direito social e individual indisponível, há evidente interesse geral de toda a sociedade.

A partir de tais dados é que se indaga se a intervenção processual do Ministério Público não deve sempre estar ligada a interesse de tal monta, ou se ato normativo infraconstitucional, anterior à nova configuração do *Parquet*, poderia estabelecer em contrário.

Sobre a intervenção do Ministério Público, vale transcrever

lição de Hugo Nigro Mazzilli¹ :

A atuação do Ministério Público é sempre *causal*, ou seja, deve pressupor: a) uma indisponibilidade de um interesse ligado a uma pessoa (por exemplo, incapaz); b) a indisponibilidade de um interesse ligado a uma relação jurídica (por exemplo, questão de estado); c) a presença de uma questão de larga abrangência social (por exemplo, interesses transindividuais).

Assim, parece necessária uma análise da causa de pedir da ação, para, então, concluir-se pela necessidade de intervenção do Ministério Público.

3. O interesse público e o procedimento em Mandado de Segurança

O mandado de segurança consiste em remédio constitucional previsto do art. 5º, inc. LXIX, onde determina que este *writ* será concedido para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Da leitura do dispositivo supracitado, observa-se que a grande nota caracterizadora deste específico procedimento é o fato de ser cabível quando desrespeitado direito líquido e certo.

Sobre a definição de direito líquido e certo, vale transcrever a lição de Hely Lopes Meirelles²:

Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado do momento da impetração. Por outras palavras, o direito

¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Ministério Público*. 2ªed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004. Pg. 31.

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, ação popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data", Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 35.

invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma geral e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante [...]. Em última análise, *direito líquido e certo é direito comprovado de plano*. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança.

A ação de mandado de segurança está regulamentada pela Lei nº1.533/51, não se submetendo ao procedimento ordinário estabelecido no Código de Processo Civil. Trata-se de ação de procedimento sumário especial.

Para que bem se entenda a relevância de sua especialidade, interessa analisar seu procedimento, que consiste no modo como se apresenta a relação jurídica. É o aspecto formal do processo.

Alexandre Freitas Câmara³ concede interessante escólio ao diferenciar processo e procedimento. Vejamos:

“Assim é que, diante das mais modernas tendências, deve ser outro o sistema empregado para distinguir processo de procedimento. Não se pode negar, porém, a distinção entre os dois fenômenos. Nesses termos, e levando-se em consideração o conceito de processo por nós adotado, pode-se dizer que o processo é uma entidade complexa, de que o procedimento é um dos elementos formadores. O procedimento, como visto, é o aspecto intrínseco do processo. O processo não é o procedimento, mas o resultado da soma de diversos fatores, um dos quais é exatamente o procedimento (e os outros são o contraditório e a relação jurídica processual).

A escolha do *iter* procedimental não é efetuada sem maiores critérios. É no direito material que o legislador vai buscar elementos indicadores da necessidade e conveniência de estabelecê-los em correspondência com determinadas pretensões de direito material.

³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições Preliminares de Processo Civil*. Vol 1. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 47

No caso específico do mandado de segurança, o procedimento reflete o direito tutelado em juízo: líquido e certo. Assim, torna-se desnecessária instrução probatória, uma vez que a prova é pré-constituída. Uma vez impetrada a ação e comprovado de plano o direito, abre-se vista à autoridade dita coatora, ao Ministério Público (aqui residem as indagações), seguindo-se para a prolação de sentença.

Apesar de o procedimento refletir o direito material, há importante regra para manejo deste *writ*: o prazo decadencial de 120 dias para sua impetração.

O artigo 18 da Lei nº1.533/51 determina que o direito de requerer mandado de segurança extingui-se-á decorridos 120 dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

Observa-se, deste modo, que, violado o direito, um grande distanciador deste remédio constitucional e as ações ordinárias consiste no lapso temporal de 120 dias. Assim, mesmo havendo prova pré-constituída e sendo o ato impugnado de autoridade público ou particular no exercício de atribuições do Poder Público, transcorrido este lapso temporal, a via adequada será sua ação ordinária.

Levando-se em consideração que, a partir das conclusões acima, o grande toque diferencial do mandado de segurança e as demais ações é a diferença procedimental (uma vez que violado o direito líquido e certo, pode-se utilizar a via ordinária), cabe, agora, analisar se há interesse público nesta ação mandamental.

A delimitação do que seria interesse público, ao mesmo tempo que difícil, mostra-se imprescindível para o desenvolvimento do presente artigo.

O interesse público divide-se em primário e secundário. O primário, verdadeiro interesse público, é aquele pertinente à sociedade como um todo, incluindo alguns de seus valores mais importantes, que muitas vezes se traduzem em direitos indisponíveis⁴. Já o interesse público secundário seria o voltado para a consecução dos fins da pessoa jurídica de direito público.

⁴ VIGLIAR, Jose Marcelo Menezes. *Tutela Jurisdicional Coletiva*. 2ªed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 66

É ao primeiro que está vinculada a atuação do Ministério Público, conforme se extrai da lição de Hugo Nigro Mazzilli⁵:

A distinção de Alessi permite evidenciar que nem sempre coincidem o interesse público primário e secundário. E é pelo primeiro que deve sempre zelar o Ministério Público, só defendendo o segundo quando efetivamente coincida com o primeiro”.

O fato de o mandado de segurança ser um remédio constitucional não o configura, a princípio, como de interesse público. Este tem um sentido mais específico. O fato de ter previsão constitucional não o eleva a este patamar. O próprio direito de ação é constitucionalizado, assim como o mandado de segurança, e nem por isso todas as ações trazem em si um conteúdo de interesse especial para toda a sociedade.

O mandado de segurança, frise-se, é apenas mais uma ação civil, com a peculiaridade de ter um rito especial, não sendo o ordenamento de atos (procedimento) relevante como a questão de mérito. Esta sim, verdadeira fonte de perquirição de interesse público.

Consoante já analisado, na prática, uma mesma matéria pode ser objeto de mandado de segurança e ação ordinária. A diferença é, basicamente, as provas de que o autor tem posse ou mesmo o prazo que deixou transcorrer para socorrer à via judicial.

Por tais motivos é que não vislumbro existir interesse público em todas ações de mandado de segurança. Além disso, a defesa da ordem jurídica, estabelecida no art.127 da Cf/88, não parece dar azo à concepção de que o Ministério Público está incumbido de análise de rito, sem atender às questões de mérito.

4. Da nova leitura da Lei nº 1.533/51, à luz dos parâmetros constitucional de atuação do Ministério Público

Considerando que a Lei nº 1.533 data de 31 de dezembro

⁵ MAZZILLI,, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 1995. Pg.71

de 1951, cuja vigência teve início durante a Carta de 1946, que previa o Ministério Público como representante da União, torna-se necessário realizar uma nova leitura do supracitado diploma legal.

O ordenamento jurídico brasileiro é regido pelo Princípio da Supremacia Constitucional, segundo o qual todos os atos normativos infraconstitucionais devem compatibilizar-se com a Carta Magna, sob pena de nulidade.

No caso da lei do mandado de segurança não se pode afirmar que a mesma foi revogada pela Carta da República de 1988. Da mesma forma, não se pode afirmar que a mesma é nula. É necessário apenas dar-lhe uma interpretação harmônica com a nova ordem constitucional.

O art.10 da Lei do Mandado de Segurança determina que após ouvido o representante do Ministério Público dentro de cinco dias os autos serão conclusos para o juiz. Este termo "ouvido" causa dúvidas: limita-se à intimação ou significa efetiva manifestação sobre o mérito da lide?

Consoante já analisado, no mandado de segurança não há especificidade quanto à questão de mérito, que pode ou não ser de interesse público. A única exigência é que se trate de direito líquido e certo violado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Ocorre que, a partir da CF/88, o Ministério Público passou a intervir em processo civil apenas quando houver interesse público. Desta forma, só atua quando presente questão que verse sobre o regime democrático de direito, ordem jurídica e interesses sociais ou individuais indisponíveis.

Na prática, inúmeros são os casos em que o mandado de segurança versa sobre direito disponível, em que não há interesse público. Nestas situações é que se indaga se o Ministério Público deve intervir.

Considerando o novo perfil constitucional do Ministério Público e sua autonomia funcional, revela-se ser mais consentânea com a Carta de 1988 a interpretação de que é necessário intimar o Ministério Público, cabendo a este decidir sobre a necessidade

de emissão de parecer versando sobre a questão de fundo.

Desta forma, o termo “ouvido” corresponderia ao pronunciamento do Ministério Público: a) sobre o mérito, quando a ação versasse sobre interesse público; b) sobre a desnecessidade de análise da questão de fundo, quando ausência o interesse público.

5. Algumas decisões sobre a matéria

A construção teórica acima delineada e, em parte, defendida por alguns, não vem encontrando recepção em muitos tribunais.

Na própria doutrina, a exemplo de Hely Lopes Meirelles, há quem defenda a necessidade de intervenção do Ministério Público, sob o fundamento de que cabe a ele intervir não só sobre o mérito mas também sobre o cabimento do mandado de segurança.

Observa-se, na prática, um rígido apego ao formalismo legal, como se a lei fosse a própria representação do interesse público, independentemente do que poderia ser entendido por isto à luz da nova Carta Constitucional.

Nossos Tribunais vinham se posicionando no sentido de anular o processo quando ausente a manifestação do Ministério Público, conforme se depreende das seguintes decisões:

“Mandado de segurança. Ministério Público. Consolidou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, em mandado de segurança, não basta a intimação do Ministério Público, fazendo-se mister o seu efetivo pronunciamento. Embargos recebidos. (STJ, EREsp 26715/AM, Corte Especial, Rel. Ministro Paulo Costa Leite, j. 03/06/1998, DJ 12.02.2001, p. 91)”.

“PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - MINISTÉRIO PÚBLICO - PRONUNCIAMENTO - NECESSIDADE - ART.10 DA LEI N.1.533/51 - NULIDADE DA SENTENÇA.

I- Tendo o Egrégio STJ provido agravo de instrumento

interposto contra decisão que, nos presentes autos, entendera desnecessário o pronunciamento ministerial no writ, por suprida a exigência do art. 10 da lei n.1.533/51 pela intimação do Ministério público, resta eivada de nulidade a sentença remetida, prolatada sem pronunciamento do Parquet Federal. II- Remessa oficial provida, para anular a sentença, retomando os autos a instância de origem, afim de que, nela ouvido o Ministério Público Federal, nova decisão seja proferida. (TRF-1ªR., REO9101104047/AM, Segunda Turma, Relator(a) Juíza Assusete Magalhães, j. 25/4/1995, DJ data: 5/6/1995, p. 34513)".

Aos poucos foram prolatadas decisões que não cominavam de nulidade sentenças desprovidas de manifestação ministerial, abrindo-se espaço para a resistência dos membros do Ministério Público em emitir parecer quando não vislumbram existência de interesse público. Vejamos:

“TRIBUTÁRIO, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. MINISTÉRIO PÚBLICO. INTIMAÇÃO. MANIFESTAÇÃO. MÉRITO DA DEMANDA. PRONUNCIAMENTO. AUSÊNCIA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. PARCELAMENTO DE DÉBITO. REGULARIDADE DA EMPRESA. CERTIDÃO NEGATIVA DO DÉBITO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. EXIGÊNCIA DE GARANTIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. A ausência de manifestação do Ministério Público nos processos em que se revela obrigatória a sua intervenção não é causa de nulidade, desde que haja sido validamente intimado a se manifestar. Precedentes do STF.
2. Procedida a regular intimação e havendo a efetiva manifestação do parquet, a **circunstância desse pronunciamento não adentrar ao mérito da demanda, sob a alegação de ausência de interesse público que o justifique, não é causa de nulidade.**
3. É pacífica a jurisprudência desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, firmado o termo de confissão de dívida e formalizado o parcelamento, é regular a situação da empresa que vem cumprindo o pacto avençado.
4. O fornecimento de Certidão Negativa de Débito não pode ser condicionado à apresentação de garantia, se tal não foi

exigida pelo credor quando da celebração do acordo. (TRF – 1ª R, Apelação em Mandado de Segurança 200135000003817/G

O
Relator(a) Desembargador Federal Mário César Ribeiro, DJ data 25/4/2003, p. 123) (grifo)

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DE ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO AGROPECUÁRIA - GDAFA. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.048-26/2000, ART. 55. ISONOMIA. CF/88, ARTS. 5º CAPUT E 40, § 8º. APOSENTADOS E PENSIONISTAS. PRELIMINARES DE FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL, AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO E INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA REJEITADAS. ARGUIÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO AFASTADA.

1. Insurgindo-se o impetrante contra o ato da autoridade impetrada que lhe negou a percepção da Gratificação de Desempenho de Atividade de Fiscalização Agropecuária - GDAFA, instituída pela Lei nº 9.641/98, nas mesmas condições pagas aos servidores em atividade, e comprovados os fatos por documentos, é adequada a via processual escolhida. Preliminares rejeitadas.

2. **Em sede de mandado de segurança é obrigatória a intervenção do Ministério Público, sob pena de nulidade. Todavia, releva-se a nulidade, quando o órgão do Ministério Público recebe os autos e deixa de emitir parecer sobre o fundamento de inexistência de interesse público que o justifique.**

3. O artigo 55 da Medida Provisória nº 2.048/26/2000, que negou aos aposentados e pensionistas a percepção da Gratificação de Desempenho de Atividade de Fiscalização Agropecuária - GDAFA, ofendeu, a um só tempo, o princípio constitucional geral da isonomia contido no art. 5º, caput, e o preceito que garante a isonomia entre servidores ativos, inativos e pensionistas (art. 40, § 8º CF/88).

4. Não se aplica aos inativos e pensionistas as restrições de que tratam os artigos 54 e 55 da Medida Provisória nº 2.048-26/2000.

5. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento. (TRF- 1ª R, Apelação em Mandado de Segurança-200133000123166/BA, Primeira Turma, j. 1/6/2004).” (grifo)

Finalmente, em decisão de extrema importância para o presente estudo, o Superior Tribunal de Justiça acordou que, para a regularidade do mandado de segurança, basta o pronunciamento do Ministério Público, seja no sentido de não emitir parecer porque não vislumbra interesse público, seja adentrando no mérito da lide. *In verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. INDICAÇÃO ERRÔNEA • DO IMPETRADO. INFORMAÇÕES PRESTADAS PELA AUTORIDADE COATORA. SUPRIMENTO DA ILEGITIMIDADE. MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. OBRIGATORIEDADE. PARECER DO PARQUET DISPENSANDO A NECESSIDADE DE PRONUNCIAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE COAGIR O ÓRGÃO A MANIFESTAR-SE. AUSÊNCIA DE NULIDADE.

1. Em sede de mandado de segurança, **deve haver o efetivo pronunciamento** do Ministério Público não sendo suficiente a sua intimação, sob pena de nulidade. (ERESP 26715 / AM ; Rel. Min. PAULO COSTA LEITE, CORTE ESPECIAL, DJ 12/02/2001; ERESP 24234 / AM; Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, CORTE ESPECIAL, DJ de 11/03/1996; ERESP 9271 / AM, Rel. Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, CORTE ESPECIAL, DJ de 05/02/1996).

2. **Considera-se efetivo o pronunciamento se o Ministério Público, abordando a questão de fundo, entende que, por força da substância do mesmo não deve atuar como *custos legis*.**

3. *In casu*, o douto representante do Parquet devidamente intimado da sentença afirmou ser desnecessária a sua manifestação. Consectariamente, ausente a nulidade processual haja vista que o Ministério Público teve a oportunidade de se manifestar e não o fez, à luz da exegese do art. 10, da Lei n.º 1.533/51.

4. **A imposição de atuação do membro do Parquet, quanto a matéria versada nos autos, infringiria os Princípios da Independência e Autonomia do órgão ministerial.**

5. Deveras, a suposta nulidade somente pode ser decretada se comprovado o prejuízo para os fins de justiça do processo, em razão do Princípio de que “não há nulidade sem prejuízo” (“pas dès nullité sans grief”).

6. A indicação errônea da autoridade coatora resta suprida em tendo esta, espontaneamente, prestado as informações confirmando a sua legitimidade passiva.

7. Recurso especial desprovido. (STJ, REsp 541199/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, j. 08/06/2004, DJ 28.06.2004 p. 195).**(grifo)**

6. Conclusões

Entendo que, frente ao novo modelo constitucional de atuação do *Parquet*, deve ser realizada uma nova leitura do art.10 da Lei do Mandado de Segurança, uma vez que a lei, por si só, não tem o condão de alterar todo o arcabouço jurídico-constitucional traçado para o Ministério Público.

A interpretação mais consentânea com a CF/88 revela-se a que apenas torna obrigatória sua intervenção quando presente o interesse público. Afinal, o Ministério Público tem função específica que não a de mero parecerista, sendo-lhe delegadas importantes funções.

Um simples rito especial não parece ser sinônimo de interesse público. O mero fato de o direito ser provado de plano e não necessitar de dilação probatória nada se relaciona com questão de mérito.

Cabe aqui observar que uma mesma matéria pode ser objeto de mandado de segurança e ação ordinária. Uma das razões pode ser o transcurso de 120 dias da ciência do ato impugnado.

Não há nada que justifique a intervenção do Ministério Público quando a matéria fosse objeto de Mandado de Segurança e sua desnecessidade quando se estivesse diante de ação ordinária.

A perda do prazo retiraria seu interesse público? Uma análise mais criteriosa poderia até mesmo afirmar ser mais justificável a intervenção na ação ordinária, onde se faz necessário dilação probatória, e não no Mandado de Segurança, cujo procedimento zela pela celeridade processual.

Em sendo assim, à luz da nova ordem

constitucional, e sob os fundamentos já ventilados, entendo que o art.10 da Lei nº1.533/65 permite a interpretação no sentido de que tal dispositivo determine a intimação do órgão do Ministério Público para que este, no exercício de sua independência funcional, afira se existe ou não interesse público a justificar a análise do mérito da lide.

Referências bibliograficas

- CÂMARA**, Alexandre Freitas. *Lições Preliminares de Processo Civil*. Vol I. 12ª ed. Rio de Janeiro:Lúmen Juris, 2005.
- _____ *Lições Preliminares de Processo Civil*. Vol III. 12ª ed. Rio de Janeiro:Lúmen Juris, 2005.
- MARINONI**, Luiz Guilherme, **ARENHART**, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MAZZILLI**, Hugo Nigro. *Ministério Público*. 2ªed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.
- _____ *Regime Jurídico do Ministério Público*. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MEIRELLES**, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, ação popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data", Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- NEGRÃO**, Theotonio. *Código de Processo Civil e Legislação em Vigor*. 35ªed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- NERY Jr**, Nelson, **NERY**, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 7ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- VIGLIAR**, Jose Marcelo Menezes. *Tutela Jurisdicional Coletiva*. 2ªed. São Paulo: Atlas, 1999.

Direito Natural e Direito Positivo

Alexandre Grassano F. Gouveia *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Histórico. 2.1 Aspectos históricos do direito natural. 2.2 Aspectos históricos do direito positivo. 3. Correntes doutrinárias do juspositivismo. 3.1. A escola exegetica. 3.2 Positivismo Inglês. 4. Teorias fundamentadoras do Direito. 4.1 Teoria do ceticismo. 4.2 Teoria do historicismo. 4.3 Teoria do teologismo. 4.4 Teoria do utilitarismo. 5. Fundamentos do Direito natural. 5.1 Jurisfilósofos do naturalismo. 6. Fundamentos do positivismo. 7. Teoria de Hegel. 8. Teoria de Hans Kelsen. 9. Convergência de fundamentos entre o Direito natural e o positivo. 10. Conclusão.

1. Introdução

O presente trabalho tem a finalidade de analisar o direito natural e o positivo, de forma a transparecer os seus conceitos, fundamentos e pensadores. Fazer considerações sobre a sua concepção, o que se entende a seu respeito, movimentos que antecederam, seguidores e defensores exponenciais, os pontos fundamentais que foram divulgados e por fim se fazer considerações, para melhor compreensão do estudo e entendimento do ordenamento jurídico em vigor.

A filosofia do direito proporciona condições para que o direito, seja analisado de forma diversa dos apresentados pelo Códigos e doutrinas, essenciais para a formação do acadêmico de direito.

No estudo serão analisada a maneiras evolutivas dos pensamentos emergentes do positivismo. As teorias fundamentadoras do direito natural, defensoras de uma norma divina, prevelecente nas condutas sociais. Serão analisados os principais fomentadores do positivismo como Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Hegel, além dos pensadores gregos, as idéias existentes na Grécia do direito, de acordo com seus filósofos.

* Acadêmico de Direito da Universidade Estadual de Londrina - PR.

No direito natural explicita-se a obra de Giorgio Del Vecchio, a explanação de Miguel Reale sobre o naturalismo, as leis naturais previstas, inclusive na Bíblia e, seguidores do período grego.

Os pensamentos terão maiores conflitos quando na metade do século XIX, prevalece a difusão do pensamento positivista, buscando os jusfilósofos da corrente diversa, jusnaturalismo, o desenvolvimento de sua teoria com o intuito de adequá-la à atualidade, apesar de ser característica deste, o acompanhamento da sociedade.

A filosofia do direito considera que, o sistema do direito positivo por si só, não é suficiente, pois, pressupõe ainda legitimidade, e, entre esta legitimidade, encontra-se o direito natural.

O direito natural possui ainda uma função ordenadora, estando presente nas decisões judiciais, principalmente no concernente à equidade, onde se registram diferentes formas de resistência ao direito humano. Já o direito positivo é aquele estabelecedor de ações que, antes de serem reguladas, podem ser cumpridas indiferentemente de um modo ou outro, mas, uma vez reguladas pela lei, importa que sejam desempenhadas do modo prescrito por ela.

O tema, apesar de ter sido debatido e fundamentado desde a Grécia, tendo vasta influência no cotidiano; justificando a natureza da existência da ordem regulamentadora da conduta de toda a sociedade.

2. Histórico

O direito até o final do século XVIII, teve sua natureza dividida em duas correntes, o naturalismo e o positivismo. As duas correntes do direito, não são consideradas diferentes relativas à sua qualidade ou qualificação. Constatase que uma diferença existente entre ambas, refere-se ao seu grau, no sentido de que uma corrente do direito é considerada superior à outra, ou seja, sendo postas em planos diferentes.

Na época clássica o direito natural não era considerado superior ao positivo, de fato, o direito natural era concebido como sendo um direito comum e o positivo como especial, assim se baseando no princípio de que o particular prevalece sobre o geral, o direito positivo prevalecia sobre o natural sempre que ocorresse um conflito.

Na idade média há contradição entre as duas espécies invertendo a relação. O direito natural é considerado superior ao positivo. Sendo que o primeiro, visto não mais como simples direito comum, mas como norma fundada na própria vontade de Deus, e, por este participada à razão humana.

Desta visão do direito natural como direito de inspiração cristã derivou a tendência permanente no pensamento jusnaturalista de considerar tal direito como superior ao positivo. Esta distinção de grau não implicava uma diversidade de qualificação, ambos eram considerados como direito na mesma acepção do termo. Passando à análise de seus específicos aspectos históricos.

2.1 Aspectos históricos do direito natural

O Direito tem como uma de suas naturezas as leis naturais, advindo com a criação da sociedade, como normas, consideradas divinas, pela qual os homens estariam subordinados. Será no pensamento grego, que encontraremos a idéia da existência de um Direito, baseado no mais íntimo da natureza humana, como ser individual ou coletivo. Acreditavam alguns pensadores, que existe um *“direito natural permanente e eternamente válido, independente de legislação, de convenção ou qualquer outro expediente imaginado pelo homem”*.

Diversas idéias começam a ser desenvolvidas a partir deste momento, e como são as idéias, que direcionam as mudanças, produto do conflito de interesses opostos, passemos a analisá-las, começando por Heráclito, será o melhor expositor da doutrina panteísta da razão universal, considerando todas as leis humanas subordinadas à lei divina do Cosmos. Heráclito

assinala que ike (a Justiça) assumia também a face de Eris (a discordia ou litígio), (daí se compreendendo que Dike - Eris não apenas governam os homens, mas o mundo), a verdade é que ele traduz a Justiça como resultado de permanente tensão social, resultado jamais definitivo porque sempre renovado. Ele transmitiu para Aristóteles as primeiras especulações em torno de uma tensão de justiça, revolucionária porque sempre renovada, mas sem opor, antes submetendo e integrando a lei positiva ao Direito Natural.

Uma escola de filosofia fundada pelo pensador de origem semita Zenon (350-250 a.C), denominada estoicismo, colocava o conceito de natureza no centro do sistema filosófico. Para eles o Direito Natural era idêntico à lei da razão, e os homens, enquanto parte da natureza cósmica, eram uma criação essencialmente racional. Portanto, enquanto este homem seguisse sua razão, libertando-se das emoções e das paixões, conduziria sua vida de acordo com as leis de sua própria natureza. A razão como força universal que penetra todo o "Cosmos" era considerada pelos estóicos como a base do Direito e da Justiça. A razão divina, acreditavam, morar em todos os homens, de qualquer parte do mundo, sem distinção de raça e nacionalidade. Existe um Direito Natural comum, baseado na razão, que é universalmente válido em todo o Cosmos. Seus postulados são obrigatórios para todos os homens em todas as partes do mundo. Esta doutrina foi confirmada por Panécio (cerca de 140 a.C), sendo a seguir levada para Roma, para ser finalmente reestruturada por Cícero, de modo que tornou o direito estóico utilizável, no contexto do Direito Romano, e propício à sua evolução.

Há uma certa discriminação entre os estóicos, que confundem lei geral do universo com o direito natural que se aplicará a todas as criaturas. Entretanto, entre eles e mais tarde entre os romanos, mas sobretudo entre os filósofos cristãos, se realçará o aspecto humano do Direito Natural. Muitas das formulações encontradas entre os estóicos são semelhantes às estabelecidas por Platão e Aristóteles. Contudo, a obscura

doutrina dos estóicos fez com que a estrutura da polis não se fundamentasse, o que para os dois filósofos gregos era algo indiscutível. Os estóicos proclamaram a humanidade como uma comunidade universal.

Como já foi determinado, o estoicismo influenciou sobre a justiça romana, e Cícero será o maior representante na antigüidade clássica da noção de Direito Natural. O que interessa a Cícero é o direito e não a Lei. Para ele os homens nasceram para a Justiça e será na própria natureza, não no arbítrio, que se funda o Direito. Apesar da riqueza do pensamento encontrada na antigüidade, sobre o direito natural e o conceito de justiça, a realidade social não correspondia, à preocupação demonstrada pelos pensadores. As civilizações ocidentais antigas baseavam-se, muitas delas, em conceitos primitivos de Justiça, sendo que o trabalho escravo se colocava na base da sociedade, como sustentáculo da vida na cidade grega ou nas cidades do Império Romano. O dinamismo demonstrado no pensamento de Heráclito e Aristóteles fica bem claro quando confronta-se certos aspectos da vida na antigüidade, com as mais recentes conquistas no campo dos direitos da pessoa humana.

O pensamento cristão primitivo, no tocante ao Direito Natural, é herdeiro imediato do Estoicismo e da Jurídica Romana. A Igreja irá pegar dos estóicos a distinção entre Direito Natural absoluto e relativo. Para eles o Direito Natural absoluto era o direito ideal que imperava antes que a natureza humana tivesse se viciado com o pecado original. Com este Direito Natural absoluto todos os homens eram iguais e possuíam todas as coisas em comum, não havia governo dos homens sobre homens nem domínio sobre escravos.

O Direito Natural relativo era, ao contrário, um sistema de princípios jurídicos adaptados à natureza humana após o pecado original. Há quem se esforçasse para tentar aproximar o Direito Natural relativo ao ideal de Direito Natural absoluto. Esperava-se que a hierarquia da Igreja vivesse daquela forma, entretanto os fiéis poderiam se limitar a cumprir o Direito.

A doutrina de Santo Agostinho (354-430 d.C.) tem

um importante papel nos postulados do Direito Natural absoluto, o qual será enunciado posteriormente. Mais tarde, a doutrina de São Tomás de Aquino (1226-1274) mostra em maior grau a necessidade da realidade através do conceito de Direito Natural relativo expressar os ideais cristãos. O papel da Igreja, em sua relação com o governo, leva-lo-á, assim como grande parte dos pensadores medievais, a colocar o Direito Natural como de importância decisiva, pois só com uma norma de caráter mais geral, colocada acima do Direito Positivo, poderia haver alguma esperança de realização da Justiça Cristã.

A doutrina do representante máximo da filosofia cristã é um primeiro passo para a autonomização do Direito Natural como Ciência, pois se a lei natural exprime o conteúdo de Direito Natural como algo devido ao homem e à sociedade dos homens, esta adquire, no tocante à criatura racional, características específicas.

Pode-se perceber neste período da História, que mais uma vez, todo o pensamento desenvolvido sobre os Direitos Naturais, e as aspirações de Justiça, permanecem distantes da realidade. Aliás, como a própria Igreja havia pregado, enquanto o Direito Natural absoluto era privilégio de seus Padres, para o imenso rebanho bastava o Direito Natural relativo.

Na Idade Média o Direito Natural era visto como vinculado à vontade de Deus. A partir da Escola de Direito Natural de Grotius (1625) não é mais entendido desta forma, vinculando-o à razão.

Com a intenção da emancipação da teologia medieval e do feudalismo, surge, a escola do direito natural clássico, tendo marcada sua evolução, em três períodos. O primeiro, com o advento do Protestantismo na religião, o absolutismo na política e o mercantilismo na economia, advindo que o direito natural será observado pela sabedoria e não do domínio de um líder, tendo como teorias de Grotius, Hobbes e Pufendorf. A Segunda etapa, compreendida inicialmente em 1649, fez-se presente a modificação no estado político, aderindo ao liberalismo e ao capitalismo liberal, na economia, situando os

pensamentos na proteção aos direitos naturais do indivíduo, contra a exploração governamental, prevalecendo as teorias de Locke e Montesquieu. E, num terceiro estágio, houve a caracterização na democracia, onde a decisão seria a majoritária do povo, sendo Jean Jacques Rousseau, o pensador político do período, confiando o direito natural à vontade geral.

Será na época do jusnaturalismo abstrato, a explicação de tudo é encontrada no próprio homem, na própria razão humana, nada de objetivo é levado em consideração, a realidade social, a História, a razão humana se tornam uma divindade absoluta. Outro importante representante do racionalismo ou, do também denominado jusnaturalismo abstrato será John Locke.

Para Locke a lei natural é uma regra eterna para todos, sendo evidente e inteligível para todas as criaturas racionais. A lei natural, portanto, é igual à lei da razão. Para ele o homem deveria ser capaz de elaborar a partir dos princípios da razão um corpo de doutrina moral que seria seguramente a lei natural e ensinaria todos os deveres da vida, ou ainda formular o enunciado integral da lei da natureza. Para Rousseau, a aventura moderna era um erro radical e procura um remédio para isso no retorno ao pensamento antigo, ao seu estado natural.

No século XVIII e XIX a guia para discernir a forma ideal e mais perfeita do direito natural foi a razão, surgindo o racionalismo, com o objetivo de construir uma nova ordem jurídica baseado em princípios de igualdade e liberdade, proclamados como os postulados da razão e da justiça. Apesar dos difusores das idéias situarem em período diverso, é predominante em suas teorias, e, segundo seus ensinamentos a caracterização dos princípios fundamentais do direito como imutável, unívoco sempre e em toda parte.

2.2 Aspectos históricos do direito positivo

Surge também como outra forma de fundamentar a natureza do direito, o direito positivo. Protágoras (481 a.C - 411

a.C.) pode ser considerado o pensador que antecipou as opiniões dos positivistas modernos. Sustentava que as leis feitas pelos homens eram obrigatórias e válidas, sem considerar o seu conteúdo moral. O direito positivo, no seu relato recente teve início no século XIX, da reação ao idealismo transcendental, especialmente de Hegel; o antigo porém, recua ao século XV, com a política prática de Nikolau Maquiavel, ao século XVI, com o método experimental de Francisco Bacon, ao século XVII, com o materialismo de Tomas Hobbes. O pensamento moderno foi acentuado na segunda metade do século e primeira metade do século atual, merecendo algumas considerações pela direta e profunda influência que essa escola filosófica exerce sobre o nosso sistema jurídico, além de refletir consideravelmente na formação de nossos juristas, sendo o resultado da jurisprudência pátria uma vinculação permanente de seus ensinamentos. O positivismo jurídico é uma concepção do direito que nasce quando direito positivo e direito natural não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio. Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito. Sendo considerado positivismo aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito, senão o positivo. O direito positivo quando de seu surgimento, considerada um doutrina primária. Ele faz-se presente na Grécia já se identificavam seus sinais. Apesar de Augusto Comte ser considerado o pai do positivismo, porque a ele se deve a sua sistematização e aprofundamento da doutrina, já se delineavam seus traços em Bacon, Descartes, Galileu, Hume, Locke e mais proximamente nas lições fundamentais de Kant. O conceito e a expressão de positivismo podem ser tomados em duas acepções, uma restrita e lata a outra. Na primeira acepção, dá-se este nome ao sistema de idéias filosóficas fundado pelo francês Augusto Comte (1789-1857) e propagado posteriormente pelo seu mais fiel discípulo, Emile Lettré (1801-1881). Na segunda, serve ele para designar um movimento bastante mais vasto, dentro do qual cabem numerosas escolas e tendências do século

XIX, dentro e fora da França, em matéria de filosofia, de métodos científicos, de psicologia, de sociologia, de história, de direito e de política. Nenhum setor dos conhecimentos humanos ficou isento da sua influência. O positivismo foi definido por Littré como uma atitude mental que visa a dar à filosofia o método positivo das ciências e às ciências a idéia de conjunto da filosofia. Essa posição foi a defendida por Comte, que pode resumir-se da seguinte maneira negativa: repúdio formal de tudo o que, de perto ou de longe, pudesse lembrar a metafísica ou ter cara de metafísica, entendendo-se por metafísica toda a proposição que excedesse o domínio da experiência e da observação humana dos fatos sensíveis. Renúncia, portanto, a toda a forma de compreender e explicar que não se fundem exclusivamente na observação dos fatos e das suas relações de antecedência e consequência. Comte determinava, nada que conhecemos para lá dos fenômenos, e o próprio conhecimento que destes temos é relativo e não absoluto. Não conhecemos nem a essência nem o modo de produção de nenhum fato; conhecemos somente as relações de sucessão e semelhança de uns fatos com outros. Estas relações são constantes, sempre idênticas nas mesmas circunstâncias. Tais semelhanças constantes, que ligam os fenômenos entre si, bem como as sucessões invariáveis que os encadeiam em séries, a título de antecedentes e consequentes, eis ao que se dá o nome de leis. É tudo o que se sabe deles. A sua essência, porém, bem como as suas causas últimas, quer eficientes, quer finais, são desconhecidas e permanecerão para sempre impenetráveis.

3. Correntes doutrinárias do juspositivismo

O historicismo Alemão, com base em Savigny. O primeiro passo para se estabelecer o positivismo foi uma crítica profunda ao direito natural, como forma de se alcançar a sua dessacralização, a fim de que as concepções e os mitos jusnaturalistas desaparecessem das consciências. Esse trabalho passou pela polêmica anti-racionalista levada a efeito na primeira

metade do século XIX pelo historicismo. As características do historicismo de Maistre, Burke e Moser, se evidenciam: pelo sentido da variedade da história devida à diversidade do próprio homem: não existe o homem com certos caracteres fundamentais sempre iguais e imutáveis, como pensavam os jusnaturalistas; existem homens, diversos entre si conforme a raça, o clima, o período histórico. O sentido irracional na história, contraposto à interpretação racionalista da história própria dos iluministas: a mola fundamental da história não é a razão, o cálculo, a avaliação racional, mas sim a não-razão, o elemento passional e emotivo do homem, o impulso, a paixão, o sentimento. Os historicistas escarnecem assim das concepções jusnaturalistas, tais como a idéia de que o Estado tenha surgido após uma decisão racionalmente ponderada de dar origem a uma organização política que corrigisse os inconvenientes do estado de natureza. Ligada à idéia da irracionalidade da história está a idéia da sua tragicidade, o pessimismo: enquanto o iluminista é fundamentalmente otimista porque acredita que o homem com sua razão possa melhorar a sociedade e transformar o mundo, o historicista é pessimista porque não compartilha dessa crença, não crê nos magníficos destinos e progressos da humanidade. Outra característica do historicismo é o elogio e o amor pelo passado: não havendo crença no melhoramento futuro da humanidade, os historicistas têm, em compensação, grande admiração pelo passado que não pode mais voltar e que aos seus olhos parece idealizado. Por isto eles se interessam pelas origens da civilização e pelas sociedades primitivas. Também este ponto de vista está em nítido contraste com os iluministas, os quais, ao contrário, desprezam o passado e zombam da ingenuidade e da ignorância dos antigos, exaltando, em contrapartida, as luzes da Idade racionalista. Tal contraste entre racionalistas e historicistas se ascende principalmente em referência ao medieval, considerado pelos primeiros uma idade obscura e bárbara, avaliada pelos segundos como a época na qual se realizou uma civilização profundamente humana que exprime o espírito do povo e a força dos sentimentos mais elevados. Ainda como

característica, tem-se o amor pela tradição, isto é, pelas instituições e os costumes existentes na sociedade e formados através de um desenvolvimento lento, secular.

Aplicando-se os traços básicos do historicismo ao estudo dos problemas jurídicos, onde Savigny, foi o seu maior expoente, como se pode constatar nos pode fazer uma idéia exata da doutrina da escola histórica do direito. Primeiro, a individualidade e variedade do homem. Aplicando este princípio ao direito, o resultado é a afirmação segundo a qual não existe um direito único, igual para todos os tempos e para todos os lugares.

O direito não é uma idéia da razão, mas sim um produto da história. Nasce e se desenvolve na história, como todos os fenômenos sociais, e portanto varia no tempo e no espaço.

O direito, quanto à irracionalidade das forças históricas não é fruto de uma avaliação e de um cálculo racional, nascendo imediatamente do sentimento da justiça. Há um sentimento do justo e do injusto, gravado no coração do homem e que se exprime diretamente através das formas jurídicas primitivas, populares, as quais se encontram nas origens da sociedade, por baixo das incrustações artificiais sobre o direito criadas pelo Estado moderno. A descrença na possibilidade do progresso humano e na eficácia das reformas induz a afirmar que, também no campo do direito, é preciso conservar os ordenamentos existentes e desconfiar das novas instituições e das inovações jurídicas que se queiram impor à sociedade, porque por trás delas se escondem somente improvisações nocivas. A escola histórica se opunha ao projeto de codificação do direito germânico.

Há neste escola, o amor pelo passado. Para os juristas partidários da Escola histórica este amor significou a tentativa de remontar além da recepção do direito romano na Alemanha, para redescobrir, reavaliar e, possivelmente, reviver o antigo direito germânico.

Para a escola histórica, o sentido da tradição, significa

reavaliação de uma forma particular de produção jurídica, isto é, do costume, visto que as normas consuetudinárias são precisamente expressão de uma tradição, se formam e se desenvolvem por lenta evolução na sociedade. O costume é, portanto, um direito que nasce diretamente do povo e que exprime o sentimento e o espírito do povo. Acaba, de tal modo, subvertida a clássica relação entre as duas fontes de direito, a lei e o costume, visto que geralmente se considera a primeira prevalente sobre a segunda. Enquanto a escola histórica pregava o direito consuetudinário e se apresentava contrária ao movimento de codificação do direito Alemão, Thibaut, encabeçou uma reação contrária, pregando essa codificação. Este movimento se identifica em sua totalidade com o Positivismo Jurídico. É bom lembrar que a identificação do historicismo com o Positivismo se prende apenas ao aspecto de que o primeiro empreende uma crítica radical ao direito natural e apregoa o direito costumeiro como a forma genuína do direito.

3.1. A escola exegetica

Duas codificações tiveram grande influência no desenvolvimento da cultura jurídica: a justiniana e a napoleônica. A primeira na Idade Média e a segunda na Moderna. A idéia de codificação surgiu por obra do pensamento iluminista na segunda metade do século XVIII, perfazendo assim, apenas dois séculos que o direito se tornou codificado. Em 1804, foi editado o Código Civil francês, como obra fundamental do período napoleônico, a qual passou a ter grandes influências no desenvolvimento e pensamento jurídico moderno e contemporâneo. Por isso é que se passou a pensar no direito em termos codificado, porém é bom frisar que, nem todos os países civilizados possuem uma ordem jurídica codificada, como é o caso do direito anglo-saxão. A idéia de codificação do direito francês teve maior aceitação em razão de ser esse país o berço do iluminismo que encarnou forças políticas da história que deu lugar a Revolução Francesa. Os primeiros projetos de Código Civil tiveram inspirações

jusnaturalistas, especialmente o de Cambecères, onde ele numa primeira tentativa dizia que sua obra estava inspirada em três princípios fundamentais: reaproximação da natureza, unidade e simplicidade. Um segundo projeto foi apresentado onde a raiz principiológica assentava nas exigências que o homem tem da sociedade: ser senhor da própria pessoa; possuir bens para poder satisfazer as próprias necessidades e poder dispor desses bens no interesse próprio e da própria família. As idéias dessas primeiras tentativas de codificação na França eram bem avançadas em alguns pontos como a não distinção entre filhos legítimos e naturais. O projeto final de autoria de Portalis em trabalho desenvolvido com uma Comissão formada por Napoleão, é o que resultou aprovado e deve ser entendido dentro de um contexto histórico da Revolução que teve sua fase culminante nos anos da Convenção que vai de 1.793 a 1.794 até à fase do Consulado de 1.800 a 1.804. O Código em seu artigo explica três conceitos básicos que poderiam colocar o Juiz em dificuldade: primeiro, a obscuridade da lei: neste caso o juiz deve tornar clara, através da interpretação, a disposição legislativa que parece obscura; em segundo, insuficiência da lei, no momento em que esta não resolve completamente um caso, descuidando a consideração de qualquer elemento: em tal caso o juiz deve completar o disposto legislativo, a integração da lei; terceiro, o silêncio da lei, quando esta se cala sobre uma determinada questão, tipificando as lacunas, as quais, por outro lado, se verificam também no caso de insuficiência da lei, neste caso o juiz deve suprir a lei, deduzindo de qualquer modo a regra para resolver a controvérsia em exame.

O advento do Código de Napoleão fez surgir a chamada escola exegética, cujos pontos fundamentais que serviram de embasamento para o seu surgimento, estão assim agrupados: primeiro, o próprio fato da codificação, pois os operadores do direito sempre procuravam a via mais simples e mais curta para resolver uma determinada questão. Segundo, a mentalidade dos juristas, dominada pelo princípio da autoridade baseado na vontade do legislador que pôs a norma jurídica em

evidência. Terceira causa, a doutrina da separação dos poderes, que constitui o fundamento ideológico da estrutura do Estado moderno. Com base nessa teoria o juiz não pode criar o direito, sob pena de estar invadido a competência legislativa. Quarto fator, seria o princípio da certeza do direito, garantido pela existência de um corpo estável de leis, devendo os conflitos serem resolvidos com fundamento nele contido e não em outros critérios. Quinto motivo, de natureza eminentemente política, é o das pressões exercidas pelo regime napoleônico sobre os estabelecimentos reorganizados de ensino superior do direito, substituindo-se as velhas Faculdades de Direito em Escolas de Direito e colocadas sob o controle direto das autoridades políticas para que pudesse ser ensinado apenas o direito positivo.

A Escola Exegética teve grandes expoentes como Bonnacase, Durantou, Demolonbe, Troplong, além de outros. Configurando as características principais como, a inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo, não negando o primeiro, mas desvalorizam sua importância e significado prático; a existência de uma concepção rigidamente estatal do direito, que tem nas normas estatais as únicas verdadeiramente jurídicas, levando a se ter uma idéia de onipotência do legislador; a interpretação da lei fundada na intenção do legislador, como consequência da característica anterior; o culto do texto da lei, devendo o intérprete cingir-se exclusivamente aos artigos do Código; e, por fim, o respeito pelo princípio da autoridade, onde se deve entender que o legislador não pode ser posto em dúvida, diante de interpretação dúbia ou que pudesse levar a um confronto com a norma.

3.2 Positivismo Inglês

A Inglaterra não adotou o sistema da codificação, porém teve o seu maior teórico, Jeremy Bentham, o qual teve grande influência na Europa, na América e na Índia, sem que obtivesse sucesso no seu país de origem. O apogeu da obra de

Bentham só veio a ocorrer por volta de 1811, depois de ter passado por três fases de sistematização. Na primeira ele propõe a uma reforma e reorganização sistemática do direito inglês nos seus vários ramos. Numa segunda fase, Bentham projeta uma espécie de digesto do direito inglês, onde deveriam conter as regras de direito que constituíam os princípios fundamentais do ordenamento jurídico inglês. Na terceira etapa, projeta uma reforma radical do direito, mediante uma codificação completa onde deveria sistematizar toda matéria jurídica em três partes: direito civil, direito penal e direito constitucional. Bentham, desenvolve uma crítica acerba sobre o sistema da common law, baseando-se em cinco pontos: primeiro, a incerteza da common law, em razão do direito não satisfazer as exigências fundamentais de toda sociedade, fazendo com que o cidadão possa prever as conseqüências das próprias ações. Em segundo aspecto, a retroatividade do direito comum, pois quando o juiz cria um novo precedente resolve a controvérsia sem se basear em norma vigente, porém através de uma norma que ele mesmo criou, tendo assim uma eficácia retroativa, uma vez que, vai incidir sobre um fato ou acontecimento que ocorreu anteriormente a sua vigência. No terceiro aspecto ele considera que o common law não se funda no princípio da utilidade pois não está embasado em princípios basilares como acontece no direito legislado, valendo-se apenas da analogia e os precedentes. No quarto aspecto, determina que esse defeito reside no fato do juiz ter de resolver qualquer controvérsia que lhe seja submetida, embora lhe falte uma competência específica em todos os campos regulados pelo direito, o que não ocorreria quando o direito fosse legislado. E, por último sustenta que através de uma crítica de caráter político que o povo não pode controlar a produção do direito por parte dos juizes. Outro filósofo que desenvolveu um trabalho teórico de grande valia na Inglaterra foi Austin, que chegou a dividir as leis em leis divinas e leis humanas, sendo estas últimas leis positivas e moralidade positiva, correspondendo, respectivamente, as que emanam de um soberano e que provêm de um sujeito humano que não possui a qualidade de soberano.

4. Teorias fundamentadoras do Direito

Há no Direito o intuito desde os tempos mais remotos, da sua forma de fundamentação, a procura de razões para sua existência, através da história. Busca caracterizações para um ordenamento que rege a sociedade desde seu surgimento. Estas teorias concentram-se em espaços diferentes. O estudo da fundamentação do direito, deve ir além das teorias do direito positivo e do natural, explicitando as demais diversas formas de fundamentação do direito.

4.1 Teoria do ceticismo

Como considerada sempre presente e um das primórdios, está a teoria do ceticismo, defendendo a impossibilidade de fundamentação do Direito, por não ter este qualquer fundamento intrínseco, mas exprimindo somente a autoridade e a força, para a regulamentação da sociedade. Qualquer que seja a forma assumida pelo ceticismo é negativo, pois, é certo que o direito consiste em um comando arbitrário. Os seus adeptos recusam a aceitar um critério universal e absoluto de justiça, superior ao fato do direito positivo, identificando a justiça com legalidade, com comando. O seu argumento principal é o da variedade dos direito positivos. Fazendo-se presente no mesmo sentido a teoria do realismo empírico, afirmando que somente o Estado pode determinar o justo e o injusto, e que o Direito começa somente com o Estado, estando o Direito ao comando arbitrário de qualquer poder. Neste pensamento o ceticismo e o realismo, encontram-se na mesma abrangência crítica, por considerarem o Estado e a força como pilares do Direito.

4.2 Teoria do historicismo

A Teoria do historicismo, considera o Direito não

sendo uma criação da Ciência nem da Filosofia, surgiu imperiosamente, revelada pela natureza humana. Ela tem como único fundamento do Direito a conexão dos fatos que o determinam. Consistindo apenas na sua relatividade, na correspondência necessária entre o Direito e seus fatores. Enquanto que o ceticismo e o realismo consideram o direito apenas como fato individual, como comando arbitrário de qualquer poder, o historicismo, por sua vez encara-o apenas na sua qualidade de fato ou processo coletivo, como produto da vida social. Nesta visão, já marca um progresso; mas seu fundamental defeito, visível na própria colocação do problema, nem assim é eliminado ou atenuado. Tem-se que o historicismo ao propugnar a necessidade da investigação histórica, está na verdade. Aliás, tal investigação é hoje admitida por todas as escolas. O seu erro começa quando, levado pela sua verdade, diligencia reduzir à investigação histórica a investigação deontológica, totalmente diversa daquela. O fator contrário ao historicismo é de que o espírito humano não pode jamais apagar-se perante um fato consumado. Além do reino dos fatos, há o reino dos valores, pertencendo o Direito a este último.

4.3 Teoria do teologismo

Outra forma de fundamentação do Direito, está a teoria do teologismo. Esta corrente de pensamento recorre à idéia da divindade como gênero dos princípios do bom e do justo, que deviam ser aceitas mediante a revelação. Nestas considerações o Estado teria uma autoridade derivado da querer divino, possuindo caráter sagrado. Existiram duas formas de fundamentação do Direito com o pensamento divino. O teologismo simples, é a primeira, entendido o Direito como comandado por um Ser supremo. A Segunda forma, denominado como teologismo semi-racional,, fundada na forma como a justiça deverá ser comandada como conteúdo da verdade. O teologismo segue como primado a *dedutio iuris*. O pensamento teológico mesmo nas suas aplicações políticas, conheceu grande

desenvolvimento nos tempos modernos, dando lugar a numerosas obras de Filosofia jurídica. Após a Revolução Francesa, e precisamente como reação contra ela, verificou-se um característico florescimento das doutrinas teocráticas, numa forma que se relaciona, sob certo aspecto com o historicismo. Assim alguns princípios de filosofia jurídica de base teológica, foram sinteticamente expostos, de modo positivo e negativo ao elenco de doutrinas condenadas pela Igreja Católica. Esta forma de teologismo representa uma notável tentativa de conciliar e conjugar entre si as exigências da fé com as exigências do pensamento especulativo. Mas, no tocante ao direito, mostra-se inteiramente incapaz de atingir este resultado. Na verdade é sempre possível retomar o argumento, e perguntar se o valor do direito apenas depende do fato de promanar da divindade, quer da sua sapiência quer da sua vontade, ou se, pelo contrário, depende de qualquer coisa que à própria divindade se impõe. As críticas tendentes a colocar o problema do direito nos seus termos puramente racionais, não se pretende atingir, nem prejudicar, as exigências próprias da religião. Ficam pelo contrário, inteira e verdadeiramente intactas as supremas aspirações da alma, sem alguma contradição com a razão. A consciência dos limites do intelecto permite, um sentimento de religioso respeito com relação aos princípios religiosos que transcendem. Este sentimento gera e alimenta outras esperanças, esperanças que ajudam a suportar dores da existência, que enquanto tais, são perfeitamente legítimas, mesmo quando não demonstradas nem experimentáveis pelos métodos da ciência.

4.4 Teoria do utilitarismo

E, por fim tem-se a teoria do utilitarismo. Ela tem como fundamento próprio e absoluto, dado que considera o justo idêntico ao útil, reduzindo o Direito à utilidade. A utilidade pode entender-se de duas maneiras: no sentido formal a abstrato ou em sentido material e concreto. Estabelecendo o primeiro sentido como tudo quanto servir à consecução de determinado fim, será

útil. Ao levarmos em consideração o segundo, teremos a palavra utilidade indicando aquilo que aos instintos individuais satisfaz, aquilo que dá prazer ao indivíduo.

O conceito de utilidade pode ser entendido sob dois aspectos, no sentido formal e abstrato ou em material e concreto. No primeiro sentido indica apenas uma relação de meio a fim, tudo quanto servir à consecução de determinado fim é, relativamente a este, útil. Se os utilitaristas aceitassem o princípio utilitário neste sentido, é evidente que, com ele, nenhum fundamento dariam ao direito. Neste sentido, de coisa alguma se pode afirmar a utilidade, uma vez que tudo pode ter: não sendo indicado o fim, o critério de utilidade não implica qualquer determinação concreta de valor. No segundo sentido, a palavra utilidade indica aquilo que aos instintos individuais satisfaz, aquilo que dá prazer ao indivíduo. Tomando-a neste sentido, a doutrina adquire, sem dúvida, caráter e conteúdo. No entanto, expondo a objeções, sendo um dos críticos, Kant e Manzoni. O utilitarismo considera que há uma certa obrigatoriedade por parte dos indivíduos, ainda que com sacrifícios, a fazer o bem e a respeitar os direitos alheios. Tais motivos éticos de natureza altruísta, não utilitária, manifestam-se mesmo nas fases primitivas da vida humana, Os direitos alheios são considerados sagrados, não por isto ser útil, mas porque se reconhece no direito um valor independente da utilidade. O utilitarismo é considerado inaceitável por todos os aspectos. O seu princípio se recusa a identificar o prazer com qualquer cálculos. E, se o seu princípio é alargado não se explica o motivo de ceder à utilidade de terceiros. Tendo como ponto negativo ainda, a possibilidade de cada um buscar para si a máxima quantidade de prazer à custa dos demais, não havendo dever moral, assim pensando que o proíba. Por seus fundamentos o utilitarismo tem consideráveis críticas, as quais influenciaram para sua inaceitabilidade.

5. Fundamentos do Direito natural

O direito natural é considerado como base no mais

íntimo da natureza humana. Há pensamentos de que existe um direito natural permanente e eternamente válido, independente de legislação, de convenção ou qualquer outro expediente imaginado pelo homem. Este pensamento já nasce numa perspectiva universal, pois a idéia de Direito Natural surge da procura de determinados princípios gerais que sejam válidos para os povos em todos os tempos. A noção objetiva do Direito Natural pode ser encontrada muito bem figurada no texto de São Paulo: *“quando os gentios, que não têm lei, cumprem naturalmente o que a lei manda, embora não tenham lei, servem de lei a si mesmos; mostram que a lei está escrita em seus corações”*¹. O direito natural é considerado o critério que se designa o justo. A fundamentação dele dá-se pela observação de conformidade entre regras jurídicas de diferentes povos, que induziu a postular uma justiça superior. Na forma de explicação ao direito, era a razão, porém, esta, não bastava para que o homem alcançasse esta vida; o fundamental eram as leis infundidas por Deus no coração do homem, às quais ele teria liberdade para seguir ou não. O recurso para conhecê-las é o amor, não a razão, conceito este provindo do pensamento de Tomás Antonio Gonzaga. No entanto, este princípio sofre restrições, as leis naturais não tinham como intimidar o homem com castigos reais: era apenas no plano da moral que ele podia sofrer alguma pressão para segui-las. Por isso, para que não existisse a possibilidade de os homens viverem apenas seguindo suas paixões, Deus teria aprovado a criação das sociedades humanas. Daí que, ainda que todos fossem por natureza iguais, esta mesma natureza teria obrigado Deus a infundir diferenças entre os homens: uns seriam governantes, outros governados. Os governantes teriam o direito e o papel de fazer, desta vez através de castigos efetivos, cumprir os preceitos estipulados por Deus. O direito natural, nestes termos, não podia mais ser interpretado de acordo com um anterior estado de liberdade; ele devia ser cumprido no presente estágio da sujeição civil. Isto não significava que o direito civil pudesse, em qualquer circunstância, ser superior ao natural; o direito natural é que,

¹ 1. Rom. 2, 14-15

dadas as características da humanidade, acabou circunscrito à esfera de atuação do civil. Estes princípios compõem a base da argumentação do Tratado de Direito Natural, de Tomás Antonio Gonzaga. O direito natural, e portanto Deus, é o que organiza as relações sociais e fornece um fundamento para as ações humanas. Tanto o governante quanto o povo, dentro de suas atribuições, devem orientar-se por Ele. As regras do direito natural de nada adiantariam se o homem não tivesse a faculdade de escolher se queria obedecê-las. A liberdade dada por Deus para que se possa merecer o prêmio ou o castigo é tão importante quanto o reconhecimento de existência deste. Sem liberdade, não haveria moral, muito menos possibilidade de agir conforme alguma noção de bem. Para poder exercer esta faculdade, o homem foi dotado de consciência, ou o raciocínio acerca da moralidade das ações. É ela quem dirige as ações voluntárias. As ações movidas pela consciência podem ser boas, se conformes à lei natural, ou más, se contrárias a ela. Como são feitas com “deliberação da alma”, são morais, livres, e podem ser julgadas. Apesar de nem todas as ações más poderem ser imputadas a seu autor, porque ele pode ter agido sem conhecer as possíveis conseqüências de seu ato, a ignorância é considerada uma inimiga do entendimento, sendo obrigação do homem vencê-la. Assim como está, muitas são as obrigações do homem: elas provêm da conveniência ou do medo, mas também fazem com que o homem acabe guiando-se pela moral. A sociedade foi formada por um pacto definitivo e insolúvel, a partir do qual as resoluções devem ser obedecidas, a obrigação de obedecer a lei vem da superioridade de quem manda, não do consentimento do súdito; ao mesmo tempo, é a congregação de cidadãos que decide, através de decretos, a constituição do governo e a eleição das pessoas que exercerão o poder. Apesar disto, a sociedade civil é necessária para que os homens gozem de uma vida segura e tranqüila. Os homens em estado de natureza seriam todos iguais; mas como, neste caso, a convivência seria impossível, pois estariam todos sujeitos ao domínio das paixões, Deus teria instituído a sociedade civil. Daí vem a inferência de que todo poder que um homem

exerce sobre outro provém apenas de Deus; é ele quem legitima o poder e o mandato do governante, já que o povo, embora tenha o direito de escolher seu soberano, não tem o poder de destitui-lo, mesmo se considerar que este encontra-se contrário à sociedade. Assim, a finalidade da sociedade civil é todos os homens a respeitarem a lei natural, mas também possibilitar que vivam de acordo com o seu desejo, como eles desejam tudo o que contribui para sua felicidade, e como não se pode viver feliz fora da sociedade, esta é uma necessidade humana. Posto que não seja mandada por Direito Natural, a lei civil, é contudo sumamente útil e necessária, para se guardarem não só os preceitos naturais que dizem respeito à paz e felicidade, mas também para se cumprirem as obrigações que temos para com Deus, porque nem a religião pode estar sem uma sociedade cristã, nem esta sociedade cristã sem uma concórdia entre os homens, nem esta concórdia se poderá conseguir sem ser por meio de uma sociedade. As leis naturais estão sempre de acordo com a justiça, enquanto que nem sempre as civis estarão de acordo com ela, já que podem ser feitas por legisladores oposicionista aos interesses sociais. Antes de Hugo Grotius, o direito natural podia ser dividido genericamente em duas correntes: uma considerava que a ordem natural era gravada por Deus na natureza e dela fluía por via da razão natural; a outra acreditava na ordem natural como aquilo que fôra por Deus ordenado e o que fôra organizado pelo homem a partir dali. Ambos partem da idéia de que os direitos inalienáveis do homem provém de essência religiosa. Grotius é considerado o ponto inicial da laicização; cristão, mas também imbuído de cultura humanista, ele considera a própria lei natural como um fundamento jurídico superior, e por isso universal. Neste ponto, sua questão é: o fundamento jurídico universal modifica-se ao longo do tempo ou não? Grotius volta-se para o estudo da natureza humana e chega à conclusão de que este fundamento jurídico é uma forma histórica, e que a fonte da lei é a sociedade. Assim, o conceito de justiça deve ser definido de acordo com a capacidade humana de exercício da sociabilidade. Ao estabelecer esta noção, Grotius reporta-se não

só à religião, mas também à política. É contra o Estado de Hobbes que ele enfatiza a necessidade de definição da esfera do jurídico em face do Estado. Apenas independente da religião e do poder é que o direito poderia permanecer fiel à formulação ideal de justiça que o sustenta. Posteriormente a Grotius tem-se Putendorf, teórico do direito natural que considera: *“Há uma íntima relação entre o direito natural e a aritmética: os princípios de direito natural são de evidência perfeita, como axiomas da matemática; por isso, é fundamental estabelecer princípios para a dedução do direito natural”*. Ao afirmar que estes princípios podem ser retirados tanto da experiência empírica quanto da tradição, Pufendorf contribui para aprofundar o movimento de secularização do direito. O objetivo principal dele era descobrir os fundamentos do direito. Para ele, no universo múltiplo do direito, havia um princípio único, a lei natural de Deus. Porque divina, esta lei seria imutável, enquanto as outras leis, advindas das organizações jurídicas humanas, variariam de acordo com as condições temporais do espaço. Neste sentido, considera que a lei natural que se impõe ao gênero humano é uma lei de obrigação, que só pode ser imputada a seres morais, dotados de razão. Assim, só o homem pode ser sujeito de direito; o imperativo da lei natural é, portanto, que a obrigação seja mantida pelos homens. Esta obrigação pode ser traduzida na observância do princípio de sociabilidade, todas as sistemas humanos de direito e as obrigações daí decorrentes devem estar assentes na idéia de que o homem é um ser social. A fonte do direito natural é a natureza humana, a ordem natural das coisas. A sua compreensão é alcançada pela conjugação da experiência e da razão; não emana de uma revelação. É uma ordem condicionada pela dimensão social do homem. O seu papel é o de preservar as condições sociais necessárias para que o homem se constitua, viabilize-se de acordo com suas potências construtivas. Esse direito não é normativo, mas apenas reúne princípios fundamentais sem qualquer compromisso ou vinculação com determinada ordem política.

5.1 Jurisfilósofos do naturalismo

Giorgio Del Vecchio, considera, como predominantemente, que o direito natural acompanhou sempre a humanidade. Há objeções contra o direito natural, pelos positivistas, como, e.g., o direito natural quer os homens livres, no entanto, existiram e ainda existem escravos. Del Vecchio assim explicita: “o direito natural é essencialmente distinto do direito positivo, precisamente porque se afirma como princípio deontológico, indicando aquilo que deve ser, mesmo que não seja”². Este princípio engloba a crítica elaborada pelos positivistas de que o direito natural apesar de sempre perfeito, existem normas contrárias aos interesses sociais, vindo o princípio deontológico, prever tal situação pelo governo de tiranos, utilizando o poder para proteção aos interesses individuais. Contrária assim, toda a sociedade, a ordem prevista pelo direito natural. Os princípios gerais do direito são para ele os princípios do direito natural, entendidos pela sua transcendentalidade e não como entidades. Del Vecchio considera o direito natural o nome com que se designa, por tradição muito antiga o critério absoluto do justo. Com tal nome de pretende dizer que o referido critério assenta na própria constituição das coisas e nunca no mero capricho do legislador momentâneo. Algumas vezes foi a reação contra a justiça positiva, outras a observação de uma conformidade entre regras jurídicas de diferentes povos, que induziu a postular uma justiça superior. E, quanto aos modos pelos quais se demonstrou a autoridade do direito natural, procedeu-se ora com argumentos teológicos, ora com dados puramente racionais. E, diversas tem sido igualmente as maneiras de conceber as relações entre os ditames do justo natural e as normas jurídicas positivas, segundo o momento histórico e a orientação especulativa. Vale aqui salientar o ponto de encontro das doutrinas de Kant e Spencer, o primeiro da razão pura, o segundo, da observação experimental das leis físicas da vida, chegando a princípios quase idênticos do direito natural. Determinando Kant, que o direito atua externamente de tal

² VECCHIO, Giorgio, Del. Trad. Ant. J. Brandão, 23ª ed. Trad. . Armenio Amado, 1951, p. 230

modo que o livre uso do teu arbítrio possa harmonizar-se com o livre uso do arbítrio dos outros, segundo uma lei universal da liberdade; definindo Spencer, que cada homem é livre de fazer o que quiser, contanto, que não prejudique a liberdade igual dos outros homens. Ele cita que seria um grave erro julgar que a idéia de direito natural possa fazer as vezes de uma definição lógica do direito. O sistema de direito natural é em última análise um sistema de direito. Vindo a juntar-se a todos os outros sistemas existentes, e deve ser tomado em consideração em igualdade com estes numa definição lógica e universal do direito.

É de se considerar que as Constituições, como os estatutos políticos fundamentais, ao proclamarem os direitos do homem, prendem-se aos enunciados do Direito Natural, principalmente no que se refere aos direitos humanos. Ficando compreendido que as metas assumidas pelo jusnaturalismo, o Direito Natural a reduz a um problema de axiologia antropológica, ou seja, dependendo do valor atribuído ao homem e das conseqüências de sua validade. A análise do direito natural varia de acordo com cada época histórica do homem. Miguel Reale, considera que o Direito Natural não pode ser conceitualmente determinado, por depender do entendimento de cada autor de sua época elabora respeito do ser humano. Havendo uma uniformidade nestas variações quanto aos valores enunciados positivamente, pretendendo a preservação pela legislação positiva e negativamente, o que não se deseja presente nas normas legais. Um dos exemplos da preservação das conquistas axiológicas, são os direitos das pessoas humanas, preservado pelos gregos, troianos, no ocidente e oriente, consideram patrimônio irrenunciável da espécie humana. Para fundamentação neste modelo de juridicidade que transcendem os tempos, tem-se duas características. Primeiramente a força coercitiva transpessoal, resultante da objetividade trans-histórica adquiridas pelos valores humanísticos mais altos e, em segundo a tensionalidade no sentido de algo comum da esperada justiça. Neste sentido determinam Miguel Reale, como necessária uma vinculação entre a idéia de justiça e a de experiência jurídica, a

qual não é senão o processo histórico-axiológico do Direito. Reale cita o direito, neste contexto:

*“o direito metafisicamente entendido, abrangendo tanto o estudo dos pressupostos histórico-axiológicos transcendentes do direito positivo a meditação sobre os valores que formando o horizonte da experiência jurídica, em cada época histórica, revelam-nos os sentido essencial dominante da positividade jurídica, tanto no seu estágio atual como no seu desenvolvimento plausível em função dos valores adquiridos”*³

Assim sendo, à medida que o homem vai elaborando ou aperfeiçoando a sua experiência estimativa, vai-se formando como horizonte da sociedade civil, uma sucessão de constelações axiológicas que, embora oriundas do espírito subjetivo, adquirem força objetiva e transpessoal, exercendo pressão, como modelos, sobre as subjetividades individuais, assim como sobre os grupos, as comunidades e as nações. Sendo para Miguel Reale a compreensão transcendental-axiológica do direito natural, não é estática, mas dinâmica; não é formal, mas de fundamental conteúdo valorativo.

O primordial valor do direito natural é a pessoa humana, transcendendo o processo histórico, o seu significado, através do qual a espécie humana toma consciência de sua dignidade ética. O relevante é que haja respeito de uma pessoa para com as demais. De acordo com a compreensão do direito natural de Miguel Reale, faz-se necessário distinguir entre princípios gerais de direito imediatos e mediatos. O primeiro expressa, de maneira direta, os valores essenciais e conaturais a qualquer forma de convivência ordenada, considerados imediatos em relação às constantes axiológicas de que promanam. Já os princípios gerais mediatos, que se harmonizam, que se harmonizam com os primeiros, e que a eles se subordinam, ou representam exigências jurídicas características de todo um ciclo

³ REALE, Miguel. *Direito Natural/Positivo*, 1ª ed. SP. Ed. Saraiva, 1984

histórico, ou então traduzem formas de compreensão que fundamentam o ordenamento jurídico de cada povo.

A concepção do direito natural, em termos de condição transcendental, lógica e axiológica, da experiência histórica possível, não cria soluções de continuidade entre os princípios gerais de direito de caráter imediato, ligados aos valores essenciais da pessoa humana, reconhecida como valor-fonte de todos os valores, e os princípios gerais mediatos que vão historicamente se objetivando nos quadros da civilização geral ou da experiência particular de cada nação.

6. Fundamentos do positivismo

O direito positivo tem por base o ordenamento jurídico, o qual será determinado nas suas características. O direito positivo determina o direito como um fato e não como um valor, tem uma abordagem valorativa do direito. Faz-se necessário salientar que o positivismo jurídico nasce de um esforço onde se procura transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que viesse a ter as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Toda ciência tem como característica fundamental a distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico, consistindo a ciência somente em juízos de fato. O movido dessa distinção e dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízo: o juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de informar, de comunicar a um outro a constatação; o juízo de valor representa, ao contrário, uma tomada de posição frente à realidade, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de influir sobre o outro, ou seja, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas. O positivista, de acordo com o positivismo jurídico de Norberto Bobbio tem a característica de atitude científica frente ao direito, considerando que ele estuda

o direito tal qual é, não tal qual deveria ser. Essa atitude contrapõe o positivismo jurídico ao jusnaturalismo, que sustenta que deve fazer parte do estudo do direito real também a sua valoração com base no direito ideal, pelo que na definição do direito se deve introduzir uma qualificação, que discrimine o direito tal qual é segundo um critério estabelecido do ponto de vista do direito tal qual deve ser.

Para se entender essa distinção entre o positivismo e o jusnaturalismo deve-se analisar a questão da validade do direito e do valor do direito, entendida a primeira como fazendo parte do ordenamento jurídico real e existindo dentro de uma sociedade, enquanto a segunda indica a qualidade de tal norma, onde se verifica que a mesma está conforme ao direito ideal.

A respeito do problema da validade do direito encontra um adicional doutrinário, a corrente jurídica contemporânea, que pode ser considerada pertencente ao positivismo jurídico entendido em sentido genérico, embora se diferencie do positivismo em sentido estrito, sustenta que é insuficiente a definição do direito baseada no requisito único da validade, sendo necessário, pelo contrário, introduzir também o requisito da eficácia. O direito, observa essa escola, é uma realidade social, uma realidade de fato, e sua função é ser aplicado: logo, uma norma que não seja aplicada, isto é, que não seja eficaz, não é conseqüentemente, direito. A doutrina desta corrente, que é conhecida com o nome de escola realista do direito, pode ser resumida da seguinte maneira, é direito o conjunto de regras que são efetivamente seguidas numa determinada sociedade. Falando de eficácia, os realistas se referem ao comportamento dos juizes, daqueles que devem fazer respeitar as regras de conduta impostas aos cidadãos. Normas jurídicas são, pois, aquelas que os juizes aplicam no exercício de suas funções, vale dizer no dirimir as controvérsias. A definição realista do direito não faz conseqüentemente tanta referência ao legislador que estabelece a norma, mas sobretudo ao juiz que a aplica; naturalmente no aplicar as normas legislativas é possível que o juiz lhes modifique o conteúdo, e portanto é possível uma

divergência, uma defasagem entre o ordenamento do legislador e o dos juizes. Como o positivismo e o realismo definem o direito de forma anti-ideológica, sem qualquer referência a valores, pode ser chamada essa definição de formalista, levando em consideração que o direito é definido apenas em sua estrutura formal prescindindo completamente de seu conteúdo. O direito positivo tem em seu fundamento a teoria da coatividade do direito, onde, as normas são feitas valer por meio da força. O positivismo jurídico vê no elemento coação uma das essencialidades típicas do direito. Esta concepção foi teorizada no século XVII por Hobbes, na formação do Estado moderno. Não se sabe precisar o nascimento da definição coercitiva do direito, porém a tradição indica Thomasius que fez a distinção entre o direito perfeito e direito imperfeito, para posteriormente ser reservada a Kant a teorização dessa concepção como sendo a coação o elemento característico e essencial ao direito. Coube a Jhering, no entanto, a celebração mais importante desta concepção ao considerar o direito, coação e Estado elementos indissolúvelmente ligados. Todas essas teorias desenvolvidas são consideradas clássicas, frente a teoria moderna que Kelsen considera a sanção não mais como um meio para realizar a norma jurídica, mas como um elemento essencial da estrutura de tal norma. Dentro dessa nova concepção da teoria da coação o direito passa a ser visto como “um conjunto de regras que têm por objeto a regulamentação do exercício da força numa sociedade”. Para tanto sua análise passa a ser feita tendo em vista quatro pontos fundamentais: quem deve usar a força; quando o grupo monopolizador pode usar a força; como a força deve ser exercida e quanto de força deve ser exercido. As fontes do direito não são vistas assim pelo positivismo jurídico como fatos ou atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas. As fontes do direito têm a ver com a validade da norma tendo em vista a raiz de onde provém, pois a norma só é válida se for produzida por uma fonte autorizada. No positivismo jurídico é baseado no princípio da prevalência de uma determinada fonte

do direito, no caso a lei, sobre todas as demais fontes. O ordenamento jurídico deve ser complexo e hierarquizado, sendo o primeiro reconhecido pela existência de várias fontes, enquanto o segundo as normas guardam características de valores diferentes. O imperativismo da norma jurídica é proclamado como a concepção que considera o Estado como única fonte do direito e determina a lei como a única expressão do poder normativo do Estado: basta, realmente, abandonar a perspectiva legalista-estatal para que esta teoria não exista mais. Assim não se pode configurar como comando a norma consuetudinária, porque o comando é a manifestação de uma vontade determinada e pessoal, enquanto o costume é uma manifestação espontânea de convicção jurídica. Do mesmo modo o esquema imperativista é inútil, se considerarmos, em lugar do ordenamento estatal, o internacional. Este último se exprime, não só mediante costumes, mas também por meio de tratados que fundam relações bi ou plurilaterais. Ora, os tratados são expressão de vontade determinante e pessoal, mas falta neles um outro elemento característico do comando, a relação de subordinação, visto que as relações internacionais são estabelecidas em base de igualdade. A norma não é mais considerada dentro de uma estrutura isoladamente, mas um conjunto de normas jurídicas vigentes numa sociedade. Comina essa idéia com a teoria da coerência e da completitude do ordenamento jurídico. Enquanto algumas teorias como a coercitiva e a imperativista do direito surgiram antes do positivismo, a teoria do ordenamento jurídico é criação deste movimento, que visualiza a norma não em seu aspecto singular ou como um acerto de normas singulares, mas como constituído por um conjunto sistemático de todas as normas. Os jusnaturalistas concebem o direito constituído de um sistema unitário porque suas normas podem ser deduzidas de um procedimento lógico uma da outra até que se chegue a uma norma totalmente geral e que constitui um postulado moral auto-evidente, quanto os juspositivistas têm a unidade do direito num outro sentido, qual seja, porque elas são postas "pela mesma autoridade, podendo assim todas serem reconduzidas à mesma

fonte originária constituída pelo poder legitimado para criar o direito. Dentro dessa concepção as normas jurídicas devem guardar coerência e completitude, pois os positivistas negam as antinomias das normas. O positivismo só aceita a teoria da interpretação mecanicista, valendo apenas o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito. Na atividade relativa ao direito, pode-se distinguir dois momentos: o momento ativo ou criativo do direito e o momento teórico ou cognoscitivo do próprio direito; o primeiro momento encontra a sua manifestação mais típica na legislação, o segundo na ciência jurídica. Esta pode ser definida como a “atividade cognoscitiva do direito visando à sua aplicação.” O positivismo vê a natureza cognoscitiva da jurisprudência puramente declarativa ou reprodutiva de um direito pré-existente, enquanto os jusnaturalistas vêem essa atividade como criativa ou produtiva. O juspositivismo só enxerga quatro métodos de interpretação, todos eles considerados meios de interpretação textual, a saber: léxico ou gramatical; teleológico ou lógico; sistemático e histórico. O positivismo concebe a ciência do direito como construtiva e dedutiva, tendo recebido o nome usual de dogmática do direito, consistente na elaboração de conceitos jurídicos fundamentais extraídos da base do próprio ordenamento jurídico sem que estejam sujeitos a revisão ou discussão. A ambição do positivismo jurídico é assumir uma atitude neutra diante do direito, para estudá-lo assim como é, e não como deveria ser: isto é, ser uma teoria e não uma ideologia. Pois bem, podemos dizer que ele não conseguiu ser integralmente fiel a esse seu propósito, pois, na realidade, ele parece não só um certo modo de entender o direito (de destacá-lo os caracteres constitutivos), como também um certo modo de querer o direito; parece, portanto, não somente uma teoria, mas também uma ideologia, características estas provindas da teoria de Norberto Bobbio. Os aspectos ideológicos estão predominantes no pensamento de Bentham que não se limita a descrever o direito tal qual é, mas sim criticá-lo, impondo suas concepções ético-políticas. Ainda podem ser encontradas essas características na escola da exegese que veio a ser acusada de

fetichismo pela lei.

7. Teoria de Hegel

Para Hegel a filosofia jurídica é dissolução e realização, relacionada com a tradição do direito natural. A dissolução, refere-se às categorias fundamentais elaboradas pelos jusnaturalistas para construir uma teoria geral do direito e do Estado contrariadas por ele mediante uma crítica freqüentemente radical, que tende a mostrar suas inconsistência e inadequação. Significa o direito natural definitivamente morto. Com a realização, tende ao mesmo objetivo final, atingindo-o, precisamente porque forja instrumentos novos para substituir os antigos. Com a realização o jusnaturalismo é entendido como a inconsciente filosofia da história que eles têm em comum, sendo plenamente realizado.

A filosofia do direito de Hegel ao mesmo tempo em que se apresenta como a negação de todos os sistemas de direito natural, é considerado por Bobbio como o último e mais perfeito sistema de direito natural, o qual, enquanto último, representa o fim, e, enquanto mais perfeito, representa a realização do que o precedeu. Essa definição de filosofia jurídica implica uma tomada de posição contra uma diversa e mais freqüente interpretação, a que contrapõe a filosofia do direito de Hegel, fazendo dele e do jusnaturalismo dois termos de uma antítese., qual deles deva ser o termo positivo. Uns determinam que o pensamento de Hegel, era realista, revelador da natureza essencial do Estado. Em segundo lugar tem-se de que interpretando a tese do direito natural como uma contínua e sempre renovada tentativa de por o que deve ser acima daquilo que é, de contrapor a razão lúcida à força cega, de educar o poder da razão para refutar as razões do poder, acusam a filosofia jurídica de Hegel de terminar sendo uma justificação do fato consumado, uma instigação a aceitar o poder Constituído. Esta contraposição entre a filosofia do direito hegeliana e o jusnaturalismo é derivada de dois erros, existentes na literatura de Hegel. Sendo que o jusnaturalismo moderno não

é habitualmente considerado em todo o arco de seu desenvolvimento, sendo restringido a certos pensadores, como Hobbes e Rousseau, ou demais tratadistas. A crítica ao direito natural é feita negligenciando o fato de que a crítica dos conceitos fundamentais do direito natural, desde o estado de natureza até o Contrato Social, fora uma característica comuns a todas as correntes filosóficas da época. Hegel é um defensor da codificação, na qual acredita como uma das mais elevadas manifestações e uma tarefa inescapável do Estado moderno. O conceito de espírito do povo serve para afirmar um conteúdo concreto à vontade do Estado, mas a fonte última do direito do direito continua sendo a lei, enquanto suprema manifestação da ordem jurídica. Contrariando o direito natural Hegel cita: “*a totalidade ética absoluta não é mais do que um povo.*”⁴) Este pensamento implica em efeitos corrosivos sobre os pressupostos em que se haviam baseado os sistemas do direito natural. Sendo na tradição do direito natural o indivíduo singular vem antes do Estado. O Estado é um todo que é construído a partir do indivíduo, é o termo final de um processo que começa a partir do indivíduo isolado. A base da contrariedade de Hegel sobre o direito natural é a prioridade sobre o todo sobre a parte. Outra contrariedade é o estado de natureza. Onde, não recusa o conceito, mas o seu mau uso, o uso arbitrário, que depende, não mais de uma transposição a uma outra esfera, mas de uma interpretação errada. O erro consiste em fazer do estado de natureza um estado originário de inocência, termo considerado invenção do qual é responsável Rousseau. Para Hegel é necessário sair do estado de natureza. Enquanto estado de violência, o estado de natureza não é um estado jurídico e o homem, nele não tem nenhum direito. O direito é um produto social e não um fato individual, e o estado de natureza é a ausência de qualquer forma de sociedade. Ele introduz um pensamento envolvido na ética, uma nova dimensão da vida prática. Esta idéia é inaceitável pelo jusnaturalismo, pois este tinha como base apenas o direito e a moral. Mas, ele

⁴ BOBBIO, Norberto. *Hegel e o jusnaturalismo*, p. 30

determina que o direito e a moral fora suficientemente enquanto dominava um concepção de vida prática, articulada sobre a contraposição de só dois momentos, interno-externo, individual-social, privado-público. Com a figura da comunidade popular, entendida como totalidade viva e histórica, cujo sujeito não é mais o indivíduo ou uma soma de indivíduos, mas uma coletividade, um todo orgânico, determinava-se e destacava-se um novo momento da vida prática, que exigia novos instrumentos conceituais. O pensamento de Hegel demonstrou a dissolução da tradição do direito natural, ele trouxe germes que iriam dar frutos a novas teorias. Esta teoria trás a aurora, prevalecendo uma nova visão quanto as demais teorias do direito.

8. Teoria de Hans Kelsen

O pensamento de Hans Kelsen seria marcado pela tentativa de conferir à ciência jurídica um método e um objeto próprios, capaz de superar as confusões metodológicas e de dar ao jurista uma autonomia científica. Foi com este propósito que Kelsen propôs o princípio da pureza, segundo o qual método e objeto da ciência jurídica deveriam Ter, como premissa básica o enfoque normativo. O direito deveria ser encarado como norma. A noção de norma tem distinção entre as categorias do ser e do dever ser, buscado no neokantismo, sendo as normas descrições do dever ser. Cada norma vale não porque seja justa, ou porque seja eficaz a vontade que a institui, mas porque está ligada a normas superiores por laços de validade, numa série que culmina numa norma fundamental. A teoria da norma fundamental constitui o fundamento da norma jurídica. Toda norma só será considerada jurídica e legítima se for estabelecida em conformidade com as prescrições contidas na norma fundamental. Ela é fonte da jurisdição e da legitimidade, neste sentido é valorativamente neutra. Todo o universo normativo vale e é legítimo em função dela. Mas dela não se pode exigir que seja justa. Mesmo uma norma fundamental injusta valida e legítima o direito que dela decorre.

A possibilidade de um juízo de valor sobre o direito vigente depende, de norma fundamental do ordenamento moral. Como positivista, sempre afirmou que mesmo esta norma moral última seria inevitavelmente uma prescrição relativa, do ponto de vista racional e científico. O que ele queria dizer é que o estabelecimento de uma regra última absoluta quanto ao seu conteúdo, era uma questão de fé e não de ciência. Podendo ser estabelecido no máximo, uma norma fundamental absoluta quanto a sua forma. Para Kelsen o direito e Estado se confundem. Direito é um conjunto de normas, uma ordem coativa. As normas, pela sua estrutura, estabelecem sanções. Quando uma norma prescreve uma sanção a um comportamento, este comportamento será considerado um delito. O seu oposto, o comportamento que evita a sanção, será um dever jurídico. Ora, o Estado, neste sentido, nada mais é do que o conjunto das normas que prescrevem sanções de uma forma organizada. A grande obra de Kelsen, teoria pura do direito, em por objetivo a definição das condições para a construção de um conhecimento consistentemente científico do direito. É um trabalho de estudo do conhecimento das normas jurídicas. Este estudo afirma que o conhecimento da norma jurídica deve necessariamente prescindir a sua produção, bem como abstrair totalmente os valores envolvidos com sua aplicação. A pureza da ciência do direito, decorre da estrita definição de seu objeto e de sua neutralidade. A base principal do pensamento de Kelsen é a distinção entre a norma jurídica e a proposição jurídica. Ele define que o conjunto de normas jurídicas, não tem lógica interna. As autoridades elaboram-nas de acordo com sua vontade. E, será somente indiretamente, através das proposições jurídicas que as descrevem, será admissível investigar a logicidade das relações entre as normas. Determina, como sendo positivista, de modo geral, tanto aquele autor que nega qualquer direito além da ordem jurídica posta pelo estado, em contraposição às formulações jusnaturalistas e outras não formais, como o defensor da possibilidade de construção de um conhecimento científico acerca do conteúdo das normas jurídicas. O princípio

considerada, o ápice da trajetória típica da modernidade, no sentido de alicerçar na ciência o conhecimento da organização da sociedade estabelecida através de normas.

9. Convergência de fundamentos entre o Direito natural e o positivo

O direito natural é, pois, o critério que permite valorar o direito positivo e medir a sua intrínseca justiça. Se o direito positivo contrasta com o natural, este mantém todavia a sua peculiar maneira de ser, e portanto, a sua específica validade de critério ideal. A tendência do movimento histórico manifesta-se, em geral, no sentido duma consagração progressiva do direito natural pelo direito positivo. Há um pensamento, onde depois de Ter separado o elemento racional do positivo, que, se o primeiro totalmente faltasse, não teríamos já leis mas simples aparências de leis. O intérprete do direito positivo cumprirá mal a sua tarefa, se por meio do preconceito considerar simples invenção legislativa tudo aquilo que, substancialmente, se funda na razão natural. Deve-se observar que, mesmo quando o direito positivo se afasta nas suas fórmulas dos princípios do direito natural, ou deste diverge por motivos técnicos ou substanciais, nem por isso os exclui inteiramente, não deixando de lhes reconhecer ainda uma certa validade parcial e subordinada dentro do sistema. No direito moderno, encontra-se uma série de regras e institutos, que, segundo um princípio que pode-se chamar de máxima adequação, permitem abranger de qualquer modo a realidade natural, mesmo quando esta extravase das normas rigorosamente fixadas e quando venham a faltar alguns requisitos necessários para se produzirem todos os efeitos jurídicos positivos. Embora a concreta estrutura do direito positivo traga restrições ou alterações aos princípios do direito natural, nem assim estes perdem todo o seu valor, quer em si, quer para a ordem positiva.

10. Conclusão

O direito natural e o positivo, este posteriormente existente, são pensamentos que ultrapassaram os tempos, desde a Grécia; buscando teorias que justificam o direito, baseadas nas duas linhas de pensamentos o natural e o positivo.

Escolas e pensamentos fizeram surgir o direito positivo como resposta ao direito natural, primeiro tecendo-se diversas críticas para depois serem firmados pontos e idéias que se identificam perfeitamente com o positivismo.

A formalidade, abordagem valorativa do direito, a coação, a lei como única fonte de qualificação do direito, a idéia imperativa da norma, o ordenamento jurídico, o Estado como ente maior do monopólio da legislação e jurisdição, enfim toda ideologia desenvolvida pelo direito positivo, encontram-se presentes na formação dos juristas pátrios que de uma forma ou de outra aceitam esses dogmas.

Em razão dessa circunstância temos no campo doutrinário ou jurisprudencial posições que impedem um melhor desenvolvimento do direito e da Justiça no Brasil. Isso se deve por força das limitações nos campos da criação legislativa e da interpretação e aplicação do direito, sem que haja possibilidade dos juristas se valerem de outras fontes que não seja a lei, e, esta tenha se originado do Estado, além de ser censurada de forma constante e veemente qualquer criação da jurisprudência que leve a um possível divórcio com o sentido literal da norma.

O conservadorismo de muitos julgados em nossos Tribunais, o apego exagerado à lei, a valoração que se empresta a interpretação literal, são empecilhos que testemunhamos na prática diária do foro como impeditivos de uma melhor aplicação da Justiça e talvez de um desenvolvimento mais dinâmico.

Não se pode negar as grandes conquistas que o direito positivo trouxe ao direito e a justiça, especialmente o princípio da legalidade, porém, não devemos esquecer que a norma deve servir como referencial na aplicação dos casos concretos, tendo em vista a sua generalidade, o que muitas vezes necessita de uma maior adequação por parte do intérprete e aplicador.

A tese que defendo está alicerçada no fato da existência do direito positivo e do natural em consonância. Onde, o direito positivo busca no natural, solução para o conflito de normas e litígios existentes. Acredito ainda na existência de uma lei natural que os homens respeitam, por se tratar de determinadas uniformidades na conduta humana e de uma força divina.

Para que uma norma esteja presente no ordenamento jurídico, deverá ser respeitado o costume e as tendências sociais.

O direito positivo não é perfeito, pelas normas a ele inseridas estarem condicionadas ao desgaste pela evolução da sociedade. Assim, confirmo minha posição de que o direito positivo depende do direito natural, pois, será na busca de costumes e princípios do jusnaturalismo, sendo através da manifestação da sociedade que ele se expressa, a existência do verdadeiro direito.

Abandonar a idéia do direito natural é manifestação mais grave ainda, porque tal renúncia corresponde à tese de que não há, para o Estado qualquer limite na sua tarefa de legislar, sendo-lhe permitidas todas as formas de totalitarismo.

Considero essencial a existência das correntes do direito, entendendo que seus valores estão em campos específicos, sendo o direito natural a garantia do ordenamento jurídico justo da sociedade.

Referências bibliográficas

- BOBBIO**, Norberto. *Estudo sobre Hegel: Direito, Sociedade Civil, Estado*, 2ª edição. São Paulo-SP. Ed. da Universidade Estadual Paulista: brasiliense, 1995.
- BOBBIO**, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo-SP. Ícone Editora Ltda, 1996.
- BODENHEIMER**, Edgar. *Ciência do Direito, Filosofia e Metodologias Jurídicas*, Rio de Janeiro-RJ, Editora Forense.
- COELHO**, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. Prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Jr. 2ª edição. São Paulo-SP. Ed. Max Limonad, 1997.

- DEL VECCHIO**, Giorgio. *Filosofia del Derecho*. México: Union Tipografia, Editorial Hispano-Americana, 1946
- DEL VECCHIO**, Giorgio. Tradução de Antonio José Brandão. *Traduzindo a 7ª edição original*. 23ª edição. Coimbra. Armenio Amado, 1951.
- GRAU**, José Cortes. *Curso de Derecho Natural*. Madrid-España. Ed. Nacional. 1970.
- KELSEN**, Hans, 1881-1973. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre-PR. Editora Fabris, 1986.
- KELSEN**, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2ª edição. Coimbra, 1962.
- NADER**, Paulo. *Filosofia do Direito*. 6ª edição. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 1998
- REALE**, Miguel. *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*. São Paulo-SP. Ed. Saraiva, 1978.
- REALE**, Miguel. *Direito Natural/Direito Positivo*. 1ª edição. Editora Saraiva. São Paulo-SP, 1984.

Ivana Mussi Gabriel *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Concessão da Lei 8.987/95. 3. Concessão da Lei 11.079/04. 4. Conclusão.

1. Introdução

Nem sempre a atuação do Estado no setor econômico foi considerada imprescindível para o desenvolvimento global estatal. No século XVIII, os maiores pensadores iluministas defenderam um modelo de Estado verdadeiramente abstencionista, inclusive em matéria econômica. A organização e atuação do setor produtivo eram orientadas pela “mão invisível” defendida por Adam Smith, ou seja, pelas forças naturais do mercado. Assim, os indivíduos podiam exercer com liberdade qualquer atividade econômica, visando exclusivamente o lucro e o próprio bem-estar, com a menor presença possível do Estado, de acordo com a expressão “*laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*”¹.

A crise do liberalismo decorreu do individualismo exacerbado, da atuação sem peias dos detentores de capital, da concentração da riqueza nas mãos desses representantes da burguesia, o que ocasionou para imensa massa da população, em especial, para os camponeses e proletariado, uma situação de miséria dantesca e intoleráveis sofrimentos. As leis naturais da economia e do mercado foram incapazes de resolver a distribuição de riqueza produzida, pelo menos em um nível

* Advogada em São José do Rio Preto (SP); professora universitária; pós-graduada em Direito Público pela UNESP.

¹ Significa deixai fazer, deixar passar, o mundo caminha por si só.

suficiente para assegurar a todos uma existência digna.

“A crise do Estado liberal transparecia do fato de que não conseguia atender às reivindicações sociais, especialmente da classe trabalhadora, nem garantir o pleno funcionamento do mercado” (TORRES, 1995, p.10).

Nesse sentido, diante das pressões sociais e da necessidade de atuação do Estado no setor econômico, surgiu, no início do século XX, o Estado Social. Este modelo de Estado intervencionista preocupou-se em desenvolver políticas públicas ativas e prestações sociais positivas nas áreas de saúde, educação, previdência, emprego e assistência social. O Estado também passou a intensificar sua presença direta na economia, por meio da criação das empresas estatais e de vultosos investimentos na ampliação e modernização das inovações tecnológicas existentes nos mais diversos setores.

“Assumindo amplamente o encargo de assegurar a prestação dos serviços fundamentais a todos indivíduos, o Estado vai ampliando sua esfera de ação. E a necessidade de controlar os recursos sociais e obter o máximo de proveito com o menor desperdício, para fazer face às emergências da guerra, leva a ação estatal a todos os campos da vida social, não havendo mais qualquer área interdita à intervenção do Estado” (DALLARI, 1991, p.237).

Contudo, o modelo paternalista de Estado começa a entrar em crise. O crescimento desmesurado do Estado associado ao problema de falta de recursos públicos para financiar as ingerências estatais ocasionou, nos anos 80, o aparecimento do neoliberalismo. A idéia de redução do tamanho do Estado ou doutrina do Estado-mínimo, defendida pelos neoliberais, encontrou respaldo nas diretrizes da globalização econômica, tais como a livre movimentação de capitais por todos países, a quebra de barreiras comerciais e a eliminação de restrições a investimentos estrangeiros. No entendimento de Paulo Bonavides:

“Globalização é um conceito sem referência a quaisquer valores, imposto ao mundo como estratégia de perpetuação do *status quo* de dominação pelos grupos econômicos supranacionais”.

No Brasil, as políticas neoliberais, que ocasionaram a reforma do Estado, foram implementadas no governo de Fernando Collor de Mello, mas as modificações mais significativas foram sentidas no governo de Fernando Henrique Cardoso, em especial com a adoção das Emendas Constitucionais nº 5, 6, 7, 8 e 9 de 1995.

De uma maneira sistematizada, podemos identificar as três transformações estruturais existentes dentro do Estado brasileiro: extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro (revogação do artigo 171, modificação do artigo 176 e 178, da CF/88), flexibilização do monopólio das estatais (admitiu-se concessão de serviços de telecomunicação, de gás canalizado e petrolífero para empresas não estatais) e privatizações (programa de desestatização – Lei 9941/97).

Nesse sentido, a reforma do Estado consolida a idéia de que a transferência da produção para o setor privado torna-a mais eficiente. Pretende-se que o Estado reduza seu papel de executor ou prestador direto de serviços, mantendo-se, entretanto, no papel de regulador, provedor ou promotor destes, tal como o preconizado pelo artigo 174 da CF/88 (*“Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”*).

Assim, as parcerias público privadas surgem como marco regulatório de setores, uma nova modalidade de concessão, criadas com o objetivo de incentivar o investimento privado em obras públicas de infra-estrutura estratégica, mediante a garantia de retorno do capital investido ao parceiro privado, corrigindo as distorções provocadas com a ingerência direta do Estado no setor econômico.

2. Concessão da Lei 8.987/95

No Estado Moderno brasileiro, os serviços públicos podem ser prestados direta ou indiretamente. Na prestação direta ou centralizada, o serviço público é exercido diretamente pela

Administração direta, sem transferência para terceiros. Verifica-se uma coincidência entre o titular de um serviço e a pessoa jurídica prestadora do serviço público.

Contudo, na prestação indireta ou descentralizada, o serviço público é transferido para terceiros, de dentro ou de fora da Administração, podendo ser feita por outorga ou por delegação. Na descentralização por outorga ocorre a transferência da titularidade e da execução do serviço público, por lei, a terceiros de dentro da Administração, como ocorre com as entidades da Administração indireta. Na descentralização por delegação, ao contrário, há transferência apenas da execução do serviço público, por contrato ou ato, a terceiros de fora da Administração (particular), o que se dá com as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos.

“Los servicios públicos son pilares sobre los que asientan las sociedades modernas. Los transportes, las telecomunicaciones, los suministros de energía y agua, la educación y la asistencia sanitaria – junto a las infraestructuras que les sirven de soporte – son prestaciones indispensables para el normal desenvolvimiento de los individuos en la comunidad” (ROJAS, 1993, p.23).

Com a Reforma do Estado, a Lei 8987/95 passa a regulamentar o regime de concessão de serviço público para empresas particulares, com previsão das modalidades concessão de serviço público e concessão de serviço precedida de obra pública, estabelecendo as normas gerais a serem respeitadas pelos demais entes federativos, tal como exigido pelo artigo 175, *caput*, da Constituição Federal (“*Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*”).

Na concessão de serviço público ou concessão comum, a Administração direta, denominada Poder concedente, transfere, mediante contrato administrativo, a prestação de um determinado serviço público, para empresa privada, denominada de concessionária, que passa a ser remunerada exclusivamente

mediante a cobrança de tarifa do usuário do serviço público, conforme o artigo 2º, inciso I, da Lei 8987/95. Significa dizer que na concessão comum, a empresa privada investe e depois recupera seu investimento com a cobrança de tarifas dos usuários dos serviços públicos prestados.

“Concessão de serviço público é espécie de contrato administrativo por meio do qual o Poder Público concedente, sempre precedido de licitação, salvo as exceções legais, transfere o exercício de determinados serviços ao concessionário, pessoa jurídica privada, para que os execute em seu nome, por conta e risco” (FIGUEIREDO, Lúcia Valle, p.91).

O artigo 2º, inciso III da Lei 8987/95 também prevê a concessão de serviço precedida de execução de obra pública, em que o Poder concedente delega, inicialmente, a construção (total ou parcial), conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de obra pública para pessoa jurídica ou consórcio de empresas, por conta e risco do concessionário, de forma que o seu investimento seja remunerado e amortizado mediante a exploração da obra pública por prazo determinado.

Note-se que o principal objetivo da Administração é a execução da obra pública, o que não descaracteriza, em sua essência, a concessão realizada, permanecendo como de serviço público. Nesse sentido, o concessionário fica primeiro obrigado a construir, conservar, reformar, ampliar ou melhorar determinada obra pública para, em seguida, explorá-la, a fim de obter a amortização de seu investimento.

3. Concessão da Lei 11.079/04

Pode-se considerar a parceria público privada como nova modalidade de concessão, pois o artigo 2º da Lei 11.079/04 prevê as concessões patrocinada e administrativa (“*Parceria Público Privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa*”).

Na concessão patrocinada, a Administração direta transfere, mediante contrato, a prestação do serviço público para empresa particular, tal como ocorre na concessão comum, porém esta recupera seu investimento de duas maneiras, mediante a cobrança de tarifas dos usuários e através de uma contraprestação pecuniária da Administração. Em outras palavras, o Estado complementa a remuneração da concessionária através de uma contraprestação pecuniária ao parceiro privado.

A contraprestação pecuniária, novidade nas parcerias, consiste no financiamento público do investimento realizado pelo parceiro privado, que somente ocorrerá após a prestação do serviço ou a realização da obra pública. Administração, portanto, assume a responsabilidade de repartir o risco do investimento com o parceiro privado, porém dentro do limite máximo de 1% de sua receita líquida. Isso ocorre como forma de controlar as despesas públicas, no sentido de evitar qualquer ofensa à lei de responsabilidade fiscal.

Para garantia do cumprimento da contraprestação pecuniária, os parceiros privados têm direito ao denominado fundo de garantia, formado por recurso orçamentário, bens da União e títulos da dívida pública ou com o financiamento do BNDES ou outra instituição financeira federal. O fundo de garantia é indispensável para atrair os investimentos privados, pois garante que sejam cumpridos os compromissos financeiros do governo para com seus parceiros, reduzindo, assim, os riscos dos investimentos.

A concessão patrocinada será muito utilizada nos setores de prestação de serviços ou construção de obras públicas, em que a concessionária não é suficientemente remunerada pelo usuário, como ocorre com a ampliação de rodovias de baixo movimento.

Na concessão administrativa, *ipso facto*, há um mero contrato de prestação de serviço, em que a Administração é a usuária direta ou indireta. Na verdade, a concessão administrativa não se refere a um contrato de concessão, porque na concessão comum há uma relação jurídica triangular,

estabelecida entre o poder concedente, a concessionária e usuário e na concessão administrativa, ao contrário, há uma relação jurídica apenas entre usuário e o parceiro particular. Inclusive, na concessão comum, a concessionária tem seu investimento amortizado mediante a cobrança de tarifas de seus usuários e na concessão administrativa, o parceiro privado tem seu investimento amortizado mediante a contraprestação pecuniária da própria Administração.

Adotar-se-á a concessão administrativa na construção e administração de obras públicas, como hospitais, presídios públicos e escolas públicas, que não envolve a contraprestação do usuário, apenas do Estado.

Importante ressaltar que as concessões patrocinadas e concessões administrativas apenas serão utilizadas para contratações acima de R\$20 milhões e dentro do prazo mínimo de cinco anos e máximo de trinta e cinco anos, nele incluído o período de prorrogação. Significa dizer que se o valor do contrato for menor, aplica-se a lei de concessão de serviços públicos (Lei 8987/95), pois a lei de parceria público privada (Lei 11.079/04) não a revogou.

4. Conclusão

Quando o inglês Charles Dickens escreveu o romance "A Tale of Two Cities", iniciou com a seguinte frase: "Era o melhor dos tempos. Era o pior dos tempos". Embora distante dos momentos heróicos da Revolução Francesa, reproduzidos com entusiasmo na obra, os novos tempos de parcerias provocam o mesmo sentimento antagônico. Afinal, trata-se da idade da sabedoria ou da tolice, da estação da luz ou das trevas, a primavera da esperança ou inverno do desespero, o tudo ou nada?

Neste momento de reforma do Estado, a parceria público privada representa a alternativa para substituir o modelo anacrônico do serviço público, realizado diretamente pelo Estado, na medida em que busca incentivar o investimento privado nas obras de infra-estrutura setorial, com a garantia de

repartição objetiva dos riscos entre a Administração e o parceiro privado, que ocorrerá através do oferecimento de uma contraprestação pecuniária.

Na busca de uma resposta positiva ao “conto” do Estado Moderno, o sucesso da implementação dos projetos de parcerias público privadas, definitivamente, dependerá do esmero planejado da atividade econômica nacional, que deverá ser realizado com a necessária segurança jurídica, com detalhamento das cláusulas do contrato de concessão e com a prestação de serviço público eficiente, no sentido de garantir um crescimento econômico sustentável e um desenvolvimento social real, para satisfação dos interesses públicos primários.

Referências Bibliográficas

- DICKENS**, Charles. *A Tale of Two Cities*. England: Longman, 1947.
- MEDAUAR**, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MEIRELLES**, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO**, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- PIETRO**, Maria Sylvia Zanella Di. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1999.
- ROJAS**, Francisco José Villar. *Privatización de Servicios Públicos*. Madrid: Tecnos, 1993.
- SOTO KLOSS**, Eduardo. *La contratación administrativa: un retorno a las fuentes clásicas del contrato*, Revista de administración pública. Madri, 1978. v.2.
- TOJAL**, Sebastião de Barros. *Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências Reguladoras*. In: MORAES. Alexandre de (Org). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 154.
- TORRES**, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

Improbidade administrativa – autopromoção com dinheiro público

Carlos José Alves de Araújo *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Ato de improbidade administrativa. 3. Violação do princípio da impessoalidade. 4. Conclusão.

1. Introdução

Está ficando comum no País a autopromoção de agentes públicos às custas do Erário. Às escâncaras ou de forma velada, os administradores públicos, vilipendiando os ditames legais e os princípios regentes da administração pública, exibem na chamada “propaganda institucional” as atividades de governo como se fossem atos heróicos, generosidades ou magnanimidades atribuídas a eles pelo simples fato de exercer um cargo público eletivo. E sempre visando uma possível volta ao poder tentam perpetuar sua passagem pelo governo por meio da publicidade institucional, autopromocional, violadora das finalidades públicas, da impessoalidade, da legalidade, com evidente desvio de poder.

A Constituição Federal preconiza que a propaganda institucional não pode veicular imagens, nomes e símbolos que identifiquem agentes públicos. Essas disposições constitucionais geralmente são reproduzidas nas Leis Orgânicas dos municípios e nas Constituições Estaduais. Não obstante a proibição, os agentes políticos detentores de cargos eletivos quando não afrontam de forma aberta essas normas, utilizando-se de espaços públicos, obras, prédios, inaugurações, etc, para deixar seus nomes estampados em alto relevo nas placas, faixas, cartazes e outros meios de exposição pública, usam propagandas veladas,

* Promotor de Justiça em Manacapuru/AM – Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes/RJ.

subliminares, imagens, entrevistas e outros mecanismos similares com o mesmo fim: autopromoção com dinheiro público.

2. Ato de improbidade administrativa

A Lei 8.429/92 prevê no artigo 11, caput e no inciso I, as condutas acima descritas como ato de improbidade administrativa. Quando a autopromoção de agente público é veiculada e paga com recursos do erário a conduta amolda-se ao previsto no artigo 10, caput, do mesmo diploma legal, sujeita às penas do artigo 12, inciso II, da lei de improbidade, pois o ato enseja perda patrimonial para os cofres públicos, já que atende tão-somente ao interesse privado do beneficiado pela propaganda pessoal. Verifica-se neste caso o chamado enriquecimento ilícito do agente público, ou seja, o uso do cargo ou função pública para obtenção de vantagens patrimoniais indevidas (propaganda pessoal com dinheiro público).

Quando a propaganda pessoal do agente público é paga com seu próprio dinheiro (coisa difícil de acontecer) a conduta ainda assim constitui ato de improbidade administrativa e amolda-se ao disposto no artigo 11, caput e inciso I, da Lei 8.429/92, pois se configura a violação dos princípios da administração pública, mormente ao da impessoalidade e também a prática de ato visando fim proibido em lei, ensejando as punições previstas no artigo 12, inciso III, da referida lei.

A propaganda dos feitos da administração pública quando aparece com as imagens, símbolos, frases ou nomes que identifiquem agentes públicos, além de violar o princípio da legalidade, fere de pronto o princípio da impessoalidade, violando o artigo 37, parágrafo 1.º, da Constituição Federal. Esse dispositivo é claro e não carece de interpretação: “a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos”. Para fugir dessa determinação os administradores

públicos, sedentos da autopromoção com dinheiro do povo criam slogans, músicas, frases e símbolos para utilizar em qualquer tipo de realização da administração pública. A simples frase “realização do governo do Estado” ou “realização da Prefeitura Municipal” não contenta os interesses pessoais dos administradores que querem ir além do que lei permite para dar seu “cunho pessoal” à obra e aí surgem os slogans, musiquetas, as “entrevistas” e os símbolos violadores do princípio da impessoalidade.

Como premissa basilar a reger todo e qualquer ato da administração pública destaca a Constituição Federal seu art.37 ‘caput’ que “a administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e também ao seguinte”. Os mesmos princípios em questão são consagrados pela Lei 8.429/92, que prevê a punição por atos de improbidade administrativa, preconizando em seu art. 4º: “os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela observância dos princípios da legalidade, da impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos”.

3. Violação do princípio da impessoalidade

Não há dúvida em relação ao uso de nomes, imagens e símbolos para promoção de agentes públicos configurar ofensa ao princípio da impessoalidade. O professor Luís Alberto Blanche, sobre a aplicação do princípio da impessoalidade, assim leciona, *ex cathedra*:

Afirmar que a Administração deve atuar impessoalmente significa estar ela obrigada por comportamentos exclusivamente voltados à obtenção das finalidades legais, que são, em essência, impessoais, porque visam à busca do interesse da coletividade, repelindo-se toda e qualquer atuação calcada na satisfação de interesses pessoais, tanto do funcionalismo, como dos agentes políticos, detentores do poder de mando e de terceiros. São imposições decorrentes do princípio da

finalidade legal, também intimamente relacionado com o princípio da impessoalidade. (BLANCHE, 1990, p.163).

O agente público que utiliza o inheiro do erário e desvia-se da finalidade que a lei lhe impõe na propaganda institucional, especificamente determinada no artigo 37, parágrafo primeiro, da Constituição Federal, fazendo com que sua pessoa ou seu nome fique em destaque na realização de tal propaganda, certamente busca a “satisfação de interesses pessoais” citada acima por Blanche. Ainda sobre a acepção do princípio da impessoalidade, a insigne professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro comenta que:

O princípio da impessoalidade comporta dois entendimentos: um ligado à idéia de finalidade, pois a administração pública “não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o se comportamento”; e o segundo sentido explica-se pela imputabilidade, ou seja, “as realizações, atividades e atos em geral praticados pelo agente público são imputáveis ao órgão ou entidade da administração pública que ele representa” (DI PIETRO, 1997, p. 64).

O agente público que se autopromove com o dinheiro do povo retira o ato administrativo da esfera do público, deixando de ser da administração, impessoal, objetivo e passa a existir no mundo dos fatos como se fosse uma realização do agente, subjetiva, vontade do agente, desvinculada do ente estatal.

A doutrinadora Carmem Lúcia Antunes da Rocha quando leciona sobre a aplicação do princípio da impessoalidade assevera que este tem com suporte a objetividade e a neutralidade da atividade administrativa, isso tudo traduzido:

Na ausência de marcas pessoais e particulares correspondentes ao administrador que, em determinado momento, esteja no exercício da atividade administrativa, tornando-a, assim, afeiçoada a seu modelo, pensamento ou vontade e fixando como única diretriz válida o interesse público, sem preferências ou distinções (ROCHA, 1994, p. 147-150)

Infelizmente, essa neutralidade na condução da chamada “coisa pública” falada pela professora Carmem Lúcia, hoje em dia se torna cada vez mais distante dos noticiários. A corrupção parece entrar na cultura do povo e se já torna senso comum a assertiva segundo a qual política é sinônimo de “se dar bem”. O uso da máquina pública em proveito pessoal, como no caso da propaganda que comentamos acima, causa aquela sensação inaceitável que o dinheiro público, quando cai nas mãos dos agentes políticos, por força de um mandato que deveria ser popular, passa a atender aos interesses destes agentes em primeiro lugar e depois que venha o povo. É deste entendimento hoje banalizado que vão surgindo os chavões populares “ele rouba, mas faz”, como se isso fosse o ideal para a sociedade, numa inversão de valores desastrosa para a construção de um Estado Democrático. Wallace Paiva Martins Júnior nos auxilia com seus comentários pertinentes e inatacáveis sobre o assunto:

Tão arraigada na cultura popular brasileira, produziu a imagem do malbaratamento da coisa pública como regular alicerce do próprio Estado, periclitando a democracia e a existência do próprio Estado de Direito, com nocivos efeitos que amesquinham os valores éticos tão caros à nação, incorporando valores antiéticos, imorais e amorais ao ambiente social. (MARTINS JÚNIOR, 2002, p. 2)

Por fim, para citar decisão judicial sobre o tema em comento, vale a pena invocar ainda v. acórdão da Colenda 5ª Câmara Civil do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que sobre o tema assim se pronunciou:

Não pode o administrador, usando do dinheiro público, fazer propaganda de suas obras, serviços e campanhas. Aliás, num País como o nosso, com tão arcos recursos, não se pode sequer entender porque grandes importâncias em dinheiro, que poderiam ser usadas em programas sociais, são destinadas muitas vezes para propaganda e publicidade, sem conotação de informação, orientação ou educação, de obras e serviços

que se constituem obrigação do administrador eleito. Mas tal é tolerado pela lei, e não é precisamente o que se discute no presente caso. Mas nem por isso, pode se fechar os olhos a artifícios que vêm sendo utilizados pelos Srs. Administradores Públicos, para conseguirem, com uso do erário, vincular seus nomes a determinadas obras e serviços, fazendo verdadeiras campanhas de autopromoção (Apelação Cível 160.666-1/0, Cubatão, Relator Desembargador Melo Junior, v.u., 07-02-1.992).

4. Conclusão

O Ministério Público tem um papel importante no combate ao uso do erário em proveito pessoal dos agentes públicos na propaganda institucional. Como diz Fábio Medina Osório “a sobrevivência do Estado Democrático de Direito exige um combate duro e sistemático aos casos de corrupção e improbidade administrativa”. (OSÓRIO, 1997, p. 97).

O uso das recomendações (artigo 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei 8.625/93) pode auxiliar na prevenção desse tipo de fato e muitas vezes pode ser até mais eficaz que o ajuizamento de ação judicial, quando se dá publicidade deste ato do Ministério Público. Recomendar ao administrador público que não utilize símbolos, nomes e imagens nas propagandas institucionais, sob pena do ajuizamento de ação judicial e divulgar nas emissoras de rádio e televisão essa recomendação cria além do fato jurídico comum um fato político importante: O Ministério Público se apresenta à sociedade como guardião das leis que é e diz estou atento. Se o administrador violar à lei e por consequência a recomendação do Ministério Público certamente a sua defesa vai ser mais difícil porque já estava ciente de que não deveria ter agido como agiu.

Do ponto de vista legislativo o que nos parece mais coerente para a realidade brasileira seria o maior rigor do legislador no tocante a esse aspecto da propaganda institucional, fixando limites mais claros, como restringir os gastos públicos com propaganda a determinado percentual do orçamento; fixar prazos

e quantidade de inserções de propaganda institucional por ano, proibindo a veiculação desta no ano de eleição a partir do mês de janeiro, a criação de rito mais célere para as ações que busquem reparação de danos ao erário; enfim, criar mecanismos legais para coibir essa prática tão danosa à sociedade e à democracia.

Com essas medidas certamente ocorrerá significativa redução da autopromoção de agentes públicos com o dinheiro do povo.

Refêrencias bibliográficas

BLANCHE, Luís Alberto. Breves Anotações à Constituição de 1988. Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM. São Paulo: Editora Atlas, 1990.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 8.^a ed., São Paulo: Atlas, 1997.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Proibição Administrativa, 2.^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

OSÓRIO, Fábio Medina. Observações sobre a improbidade de agentes públicos à luz da lei 8.429/92. RT, vol. 740, São Paulo, jun., 1997.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil *

Luís Roberto Barroso **

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Neoconstitucionalismo e transformações do direito constitucional contemporâneo. 3. Marco histórico. 4. Marco filosófico. 5. Marco teórico. 5.1. A força normativa da Constituição. 5.2. A expansão da jurisdição constitucional. 5.3. A nova interpretação constitucional. 6. A constitucionalização do Direito. 6.1. Generalidades. 6.2. Origem e evolução do fenômeno. 6.3. A constitucionalização do Direito no Brasil. 6.3.1. O direito infraconstitucional na Constituição. 7. A constitucionalização do direito infraconstitucional. 8. Constitucionalização do Direito e seus mecanismos de atuação prática. 9. Alguns aspectos da constitucionalização do Direito. 9.1. Direito civil. 9.2. Direito administrativo. 9.3. Direito penal. 10. Constitucionalização e judicialização das relações sociais. 11. Conclusão

1. Introdução

"Chega de ação. Queremos promessas". (Anônimo)

Assim protestava o grafite, ainda em tinta fresca, inscrito no muro de uma cidade, no coração do mundo ocidental. A espirituosa inversão da lógica natural dá conta de uma das marcas dessa geração: a velocidade da transformação, a profusão de idéias, a multiplicação das novidades. Vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. Os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo rápido. Para

* Este trabalho foi escrito, em sua maior parte, durante minha estada na Universidade de San Francisco (USFCA). Sou grato a Jack Garvey pelo convite e por ter tomado a vida mais fácil durante minha estada por lá. Sou igualmente grato a Nelson Diz, Ana Paula de Barcellos e Cláudio Pereira de Souza Neto por haverem lido os originais e formulado críticas e sugestões valiosas, bem como a Eduardo Mendonça, Teresa Melo e Danielle Lins pela ajuda inestimável na pesquisa e na revisão do texto.

** Procurador do Estado; advogado no Rio de Janeiro; professor de Direito Constitucional da UERJ; mestre em Direito pela Universidade de Yale.

jingles, e não para sinfonias. O Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a *injustiça* passeia pelas ruas com passos firmes¹ e a *insegurança* é a característica da nossa era².

Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos *pós* e *neo*: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus.

O artigo que se segue procura estudar as causas e os efeitos das transformações ocorridas no direito constitucional contemporâneo, lançando sobre elas uma visão positiva e construtiva. Procura-se oferecer consolo e esperança. Alguém dirá que parece um texto de auto-ajuda. Não adianta: ninguém escapa do seu próprio tempo.

2. Neoconstitucionalismo e transformações do direito constitucional contemporâneo

Nos três tópicos que se seguem, empreende-se o esforço de reconstituir, de maneira objetiva, a trajetória percorrida pelo direito constitucional nas últimas décadas, na Europa e no Brasil, levando em conta três marcos fundamentais: o histórico, o teórico e o filosófico. Neles estão contidas as idéias e as mudanças de paradigma que mobilizaram a doutrina e a jurisprudência nesse período, criando uma nova percepção da Constituição e de seu

¹ Bertold Brecht, *Elogio da dialética*. In: *Antologia poética*, 1977.

² John Kenneth Galbraith, *A era da incerteza*, 1984.

papel na interpretação jurídica em geral.

3. Marco histórico

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. A seguir, breve exposição sobre cada um desses processos.

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª. Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria.

A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã³), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte

³ A Constituição alemã, promulgada em 1949, tem a designação originária de "Lei Fundamental", que sublinhava seu caráter provisório, concebida que foi para uma fase de transição. A Constituição definitiva só deveria ser ratificada depois que o país recuperasse a unidade. Em 31 de agosto de 1990 foi assinado o Tratado de Unificação, que regulou a adesão da República Democrática Alemã (RDA) à República Federal da Alemanha (RFA). Após a unificação não foi promulgada nova Constituição. Desde o dia 3 de outubro de 1990 a Lei Fundamental vigora em toda a Alemanha.

Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional.

No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito.

Mais que isso: a Carta de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país. E não foram tempos banais. Ao longo da sua vigência, destituiu-se por *impeachment* um Presidente da República, houve um grave escândalo envolvendo a Comissão de Orçamento da Câmara dos Deputados, foram afastados Senadores importantes no esquema de poder da República, foi eleito um Presidente de oposição e do Partido dos Trabalhadores, surgiram denúncias estridentes envolvendo esquemas de financiamento eleitoral e de vantagens para parlamentares, em meio a outros episódios. Em nenhum desses eventos houve a cogitação de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. Nessa matéria, percorremos em pouco tempo todos os ciclos do atraso⁴.

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no País é algo que merece ser celebrado.

⁴ V. Luis Roberto Barroso, *Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso*. In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2002.

Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.

4. Marco filosófico

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo⁵.

O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Considerado metafísico e anti-científico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou

⁵ Autores pioneiros nesse debate foram: John Rawls, *A theory of justice*, 1980; Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1977; Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1993. V. Albert Calsamiglia, Postpositivismo, *Doxa* 21:209, 1998, p. 209: “En un cierto sentido la teoría jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas. (...) Denominaré postpositivistas a las teorías contemporáneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política”.

o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª. Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito⁶.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia⁷.

⁶ Para um estudo mais aprofundado do tema, com referências bibliográficas, v. Luís Roberto Barroso, *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. In: *Temas de direito constitucional*, t. III.

⁷ V. Ricardo Lobo Torres, *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: Valores e princípios constitucionais tributários*, 2005, p. 41: “De uns trinta anos para cá assiste-se ao retorno aos valores como caminho para a superação dos positivismos. A partir do que se convencionou chamar de ‘virada kantiana’ (*kantische Wendé*), isto é, a volta à influência da filosofia de Kant, deu-se a reaproximação entre ética e direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no imperativo categórico. O livro *A Theory of Justice* de John Rawls, publicado em 1971, constitui a certidão do renascimento dessas idéias”.

5. Marco teórico

No plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. A seguir, a análise sucinta de cada uma delas.

5.1. A força normativa da Constituição

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

Com a reconstitucionalização que sobreveio à 2ª. Guerra Mundial, este quadro começou a ser alterado. Inicialmente na Alemanha⁸ e, com maior retardo, na Itália⁹. E, bem mais à frente,

⁸ Trabalho seminal nessa matéria é o de Konrad Hesse, *La fuerza normativa de la Constitución*. In: *Escritos de derecho constitucional*, 1983. O texto, no original alemão, correspondente à sua aula inaugural na cátedra da Universidade de Freiburg, é de 1959. Há uma versão em língua portuguesa: *A força normativa da Constituição*, 1991, trad. Gilmar Ferreira Mendes.

⁹ V. Ricardo Guastini, *La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico*. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003.

em Portugal¹⁰ e na Espanha¹¹. Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado. A propósito, cabe registrar que o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial na matéria não eliminou as tensões inevitáveis que se formam entre as pretensões de normatividade do constituinte, de um lado, e, de outro lado, as circunstâncias da realidade fática e as eventuais resistências do *status quo*.

O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis¹². Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado

¹⁰ V. J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, 1991, p. 43 e ss..

¹¹ Sobre a questão em perspectiva geral e sobre o caso específico espanhol, vejam-se, respectivamente, dois trabalhos preciosos de Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1991; e *La constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica*, 2003.

¹² Luís Roberto Barroso, A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer. In: *Anais do Congresso Nacional de Procuradores de Estado*, 1986; e tb. *A força normativa da Constituição: Elementos para a efetividade das normas constitucionais*, 1987, tese de livre-docência apresentada na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, publicada sob o título *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 1990 (data da 1ª. edição). Na década de 60, em outro contexto e movido por preocupações distintas, José Afonso da Silva escreveu sua célebre tese *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1968.

de romper com a posição mais retrógrada.

5.2. A expansão da jurisdição constitucional

Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais.

Assim se passou, inicialmente, na Alemanha (1951) e na Itália (1956), como assinalado. A partir daí, o modelo de tribunais constitucionais se irradiou por toda a Europa continental. A tendência prosseguiu com Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), na Espanha (1978) e em Portugal (1982). E também na Bélgica (1984). Nos últimos anos do século XX, foram criadas cortes constitucionais em países do leste europeu, como Polônia (1986), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992) e Eslovênia (1993). O mesmo se passou em países africanos, como Argélia (1989), África do Sul (1996) e Moçambique (2003). Atualmente na Europa, além do Reino Unido, somente a Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer modalidade de *judicial review*. O caso francês será objeto de menção à parte.

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. A denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta),

destinada ao controle por via principal – abstrato e concentrado –, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura¹³. A ela somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade¹⁴ e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental¹⁵.

No sistema constitucional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle de constitucionalidade (i) em ações de sua competência originária (CF, art. 102, I), (ii) por via de recurso extraordinário (CF, art. 102, III) e (iii) em processos objetivos, nos quais se veiculam as ações diretas¹⁶. De 1988 até abril de 2005 já haviam sido ajuizadas 3.469 ações diretas de inconstitucionalidade (ADIn), 9 ações declaratórias de constitucionalidade e 69 arguições de descumprimento de

¹³ Desde a sua criação até a configuração que lhe foi dada pela Constituição de 1969, o direito de propositura da “representação de inconstitucionalidade” era monopólio do Procurador-Geral da República. A Constituição de 1988 rompeu com esta hegemonia, prevendo um expressivo elenco de legitimados ativos no seu art. 103.

¹⁴ Introduzida pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993. V, ainda, Lei nº 9.868, de 10.11.1999.

¹⁵ V. Lei nº 9.882, de 3.12.99. Antes da lei, prevalecia o entendimento de que o mecanismo não era aplicável.

¹⁶ As ações diretas no direito constitucional brasileiro são a ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, *a*), a ação declaratória de constitucionalidade (arts. 102, I, *a*, e 103, § 4º) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º). Há, ainda, duas hipóteses especiais de controle concentrado: a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º) e a ação direta interventiva (art. 36, III). Sobre o tema do controle de constitucionalidade no direito brasileiro, v. dentre muitos: Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade*, 1990; Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2000; Ronaldo Poletti, *Controle da constitucionalidade das leis*, 2001; Lênio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, 2002; Zeno Veloso, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, 2003; e Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2004.

preceito fundamental. Para conter o número implausível de recursos extraordinários interpostos para o Supremo Tribunal Federal, a Emenda Constitucional nº 45, que procedeu a diversas modificações na disciplina do Poder Judiciário, criou a figura da *repercussão geral* da questão constitucional discutida, como requisito de admissibilidade do recurso¹⁷.

5.3. A nova interpretação constitucional

A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica. Tal circunstância é uma decorrência natural da força normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos. Porque assim é, aplicam-se à interpretação constitucional os elementos tradicionais de interpretação do Direito, de longa data definidos como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. Cabe anotar, neste passo, para adiante voltar-se ao tema, que os critérios tradicionais de solução de eventuais conflitos normativos são o hierárquico (lei superior prevalece sobre a inferior), o temporal (lei posterior prevalece sobre a anterior) e o especial (lei especial prevalece sobre a geral).

Sem prejuízo do que se vem de afirmar, o fato é que as especificidades das normas constitucionais (v. *supra*) levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da

¹⁷ A EC nº 45/2004 introduziu o § 3º do art. 102, com a seguinte dicção: “§ 3º. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade

18

Antes de prosseguir, cumpre fazer uma advertência: a interpretação jurídica tradicional não está derrotada ou superada como um todo. Pelo contrário, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas, provavelmente a maioria delas. Sucede, todavia, que os operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional. A partir daí deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de *nova interpretação constitucional*, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico¹⁹. Procede-se, a seguir, a uma breve comparação entre os dois modelos.

A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao *papel da norma*, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao papel do *juiz*, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Vale dizer: a resposta

¹⁸ V. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2003.

¹⁹ No caso brasileiro, como no de outros países de constitucionalização recente, doutrina e jurisprudência ainda se encontram em fase de elaboração e amadurecimento, fato que potencializa a importância das referências estrangeiras. Esta é uma circunstância histórica com a qual precisamos lidar, evitando dois extremos indesejáveis: a subserviência intelectual, que implica na importação acrítica de fórmulas alheias e, pior que tudo, a incapacidade de reflexão própria; e a soberba intelectual, pela qual se rejeita aquilo que não se tem. Nesse ambiente, não é possível utilizar modelos puros, concebidos alhures, e se esforçar para viver a vida dos outros. O sincretismo – desde que consciente e coerente – resulta sendo inevitável e desejável. Em visão aparentemente diversa, v. Virgílio Afonso da Silva, *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*, 2005.

para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como *regras*, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante *subsunção*²⁰.

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao *papel da norma*, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao *papel do juiz*, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

Estas transformações noticiadas acima, tanto em relação à norma quanto ao intérprete, são ilustradas de maneira eloquente pelas diferentes categorias com as quais trabalha a nova interpretação. Dentre elas incluem-se as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação. Abaixo uma breve nota sobre cada uma delas.

As denominadas *cláusulas gerais* ou conceitos jurídicos indeterminados contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social e boa fé, dentre

²⁰ Identificada a norma aplicável, procede-se ao enquadramento do fato no relato da regra jurídica, pronunciando-se a conclusão. Um raciocínio, portanto, de natureza silogística, no qual a norma é a premissa maior, o fato relevante é a premissa menor e a conclusão é a sentença.

outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação²¹.

O reconhecimento de normatividade aos *princípios* e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo (v. *supra*). Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance²².

²¹ As cláusulas gerais não são uma categoria nova no Direito — de longa data elas integram a técnica legislativa — nem são privativas do direito constitucional — podem ser encontradas no direito civil, no direito administrativo e em outros domínios. Não obstante, elas são um bom exemplo de como o intérprete é co-participante do processo de criação do Direito. Um exemplo real, amplamente divulgado pela imprensa: quando da morte da cantora Cássia Eller, disputaram a posse e guarda do seu filho, à época com cinco anos, o avô materno e a companheira da artista. O critério fornecido pela Constituição e pela legislação ao juiz era o de atender ao “melhor interesse do menor”. Sem o exame dos elementos do caso concreto e sua adequada valoração, não era possível sequer iniciar a solução do problema.

²² Tome-se, como exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana e veja-se a divergência quanto à sua interpretação, manifestada por dois juristas da nova geração, criados no mesmo ambiente acadêmico. Ana Paula de Barcellos situa o mínimo existencial no âmbito da dignidade humana e dele extrai os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002, p. 305). Dessa posição diverge Daniel Sarmento, por entender inadequada a escolha de algumas prestações sociais, com exclusão de

A existência de *colisões de normas constitucionais*, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais²³, passou a ser percebida como um fenômeno natural – até porque inevitável – no constitucionalismo contemporâneo. As Constituições modernas são documentos dialéticos, que consagram bens jurídicos que se contrapõem. Há choques potenciais entre a promoção do desenvolvimento e a proteção ambiental, entre a livre-iniciativa e a proteção do consumidor. No plano dos direitos fundamentais, a liberdade religiosa de um indivíduo pode conflitar-se com a de outro, o direito de privacidade e a liberdade de expressão vivem em tensão contínua, a liberdade de reunião de alguns pode interferir com o direito de ir e vir dos demais²⁴. Quando duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato, é intuitivo que não possam fornecer, pelo seu relato, a solução do problema. Nestes casos, a atuação do intérprete criará o Direito aplicável ao caso concreto.

A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de ponderação²⁵. A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, cronológico e da especialização – quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária. Neste cenário, outras que, a seu ver, são igualmente direitos fundamentais, como o direito à “saúde curativa” (*Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 114).

²³ Note-se que há direitos fundamentais que assumem a forma de princípios (liberdade, igualdade) e outros a de regras (irretroatividade da lei penal, anterioridade tributária). Ademais, há princípios que não são direitos fundamentais (livre-iniciativa).

²⁴ Sobre o tema das restrições aos direitos fundamentais, v. Jane Reis Gonçalves Pereira, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional. Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, 2004, tese de doutoramento apresentada ao programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

²⁵ Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1997; Robert Alexy: *Teoria de los derechos fundamentales*, 1997, Daniel Sarmento, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 2000.

a ponderação de normas, bens ou valores (v. *infra*) é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará *concessões recíprocas*, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à *escolha* do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da *razoabilidade*.

Chega-se, por fim, à *argumentação*²⁶, à razão prática, ao controle da racionalidade das decisões proferidas, mediante ponderação, nos *casos difíceis*, que são aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável. As decisões que envolvem a atividade criativa do juiz potencializam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de Poderes – por esta última, o juiz limita-se a aplicar, no caso concreto, a decisão abstrata tomada pelo legislador. Para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos²⁷.

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito

²⁶ Sobre o tema, v. Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado da argumentação: A nova retórica*, 1996 (1ª. edição do original *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique*, 1958); Robert Alexy, *Teoria de la argumentación jurídica*, 1989 (1ª. edição do original *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978); Manuel Atienza, *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*, 2002; Margarida Maria Lacombe Camargo, *Hermenêutica e argumentação*, 2003; Antônio Carlos Cavalcanti Maia, *Notas sobre direito, argumentação e democracia*. In: Margarida Maria Lacombe Camargo (org.), *1988-1998: uma década de Constituição*, 1999.

²⁷ Sobre o tema, v. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade judicial*, 2005. V. tb. Neil Maccormick, *Legal reasoning and legal theory*, 1978.

constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

6. A constitucionalização do direito

6.1. Generalidades

A locução *constitucionalização do Direito* é de uso relativamente recente na terminologia jurídica e, além disso, comporta múltiplos sentidos. Por ela se poderia pretender caracterizar, por exemplo, qualquer ordenamento jurídico no qual vigorassem uma Constituição dotada de supremacia. Como este é um traço comum de grande número de sistemas jurídicos contemporâneos, faltaria especificidade à expressão. Não é, portanto, nesse sentido que está aqui empregada. Poderia ela servir para identificar, ademais, o fato de a Constituição formal incorporar em seu texto inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais do Direito. Trata-se de fenômeno iniciado, de certa forma, com a Constituição portuguesa de 1976, continuado pela Constituição espanhola de 1978 e levado ao extremo pela Constituição brasileira de 1988. Embora esta seja uma situação dotada de características próprias, não é dela, tampouco, que se estará cuidando²⁸.

²⁸ Embora não se possa negar que a presença, na Constituição, de normas cujo conteúdo pertence a outros ramos do Direito (civil, administrativo, penal)

A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico²⁹. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares. Veja-se como este processo, combinado com outras noções tradicionais, interfere com as esferas acima referidas.

Relativamente ao *Legislativo*, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à *Administração Pública*, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação

influência a interpretação do direito infraconstitucional correspondente. Votar-se-á ao ponto mais à frente.

²⁹ Alguns autores têm utilizado os termos *impregnar* e *impregnação*, que em português, no entanto, podem assumir uma conotação depreciativa. V. Louis Favoreu – notável divulgador do direito constitucional na França, falecido em 2004 –, *La constitutionnalization du droit*. In: Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, 1998, p. 191: “Quer-se designar aqui, principalmente, a constitucionalização dos direitos e liberdades, que conduz a uma impregnação dos diferentes ramos do direito, ao mesmo tempo que levam à sua transformação”. E, também, Ricardo Guastini, *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano*. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 49: “Por ‘constitucionalización del ordenamiento jurídico’ propongo entender um proceso de transformación de um ordenamiento al término del qual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”.

direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao *Poder Judiciário*, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os *particulares*, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.

6.2. Origem e evolução do fenômeno

O estudo que se vem empreendendo até aqui relata a evolução do direito constitucional na Europa e no Brasil ao longo das últimas décadas. Este processo, que passa pelos marcos históricos, filosóficos e teóricos acima expostos, conduz ao momento atual, cujo traço distintivo é a constitucionalização do Direito. A aproximação entre constitucionalismo e democracia, a força normativa da Constituição e a difusão da jurisdição constitucional foram ritos de passagem para o modelo atual³⁰. O leitor atento já terá se dado conta, no entanto, de que a seqüência histórica percorrida e as referências doutrinárias destacadas não são válidas para três experiências constitucionais marcantes: as do Reino Unido, dos Estados Unidos e da França. O caso francês será analisado um pouco mais à frente. Um breve comentário é pertinente sobre os outros dois.

No tocante ao Reino Unido, os conceitos não se aplicam. Embora tenha sido o Estado precursor do modelo liberal, com

³⁰ Alguns autores procuraram elaborar um catálogo de condições para a constitucionalização do Direito. É o caso de Ricardo Guastini, *La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: El caso italiano*. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 50 e ss., que inclui entre elas: (i) uma Constituição rígida; (ii) a garantia jurisdicional da Constituição; (iii) a força vinculante da Constituição; (iv) a "sobreinterpretação" da Constituição (sua interpretação extensiva, com o reconhecimento de normas implícitas); (v) a aplicação direta das normas constitucionais; (vi) a interpretação das leis conforme a Constituição; (vii) a influência da Constituição sobre as relações políticas.

limitação do poder absoluto e afirmação do *rule of the law*, falta-lhe uma Constituição escrita e rígida, que é um dos pressupostos, como o nome sugere, da constitucionalização do Direito. Poder-se-ia argumentar, é certo, que há entre os britânicos uma Constituição histórica e que ela é, inclusive, mais rígida que boa parte das Cartas escritas do mundo. Ou reconhecer o fato de que o Parlamento inglês adotou, em 1998, o “Human Rights Act”, incorporando ao direito interno a Convenção Européia de Direitos Humanos³¹. Mas mesmo que se concedesse a esses argumentos, não seria possível superar um outro: a inexistência do controle de constitucionalidade e, mais propriamente, de uma jurisdição constitucional no sistema inglês³². No modelo britânico vigora a supremacia do Parlamento, e não da Constituição.

Já quanto aos Estados Unidos, a situação é exatamente oposta. Berço do constitucionalismo escrito e do controle de constitucionalidade, a Constituição americana – a mesma desde 1787 – teve, desde a primeira hora, o caráter de documento jurídico, passível de aplicação direta e imediata pelo Judiciário. De fato, a normatividade ampla e a judicialização das questões constitucionais têm base doutrinária em *O Federalista* e precedente jurisprudencial firmado desde 1803, quando do julgamento do caso *Marbury v. Madison* pela Suprema Corte. Por esta razão, a interpretação de todo o direito posto à luz da Constituição é característica histórica da experiência americana, e não singularidade contemporânea³³. O grande debate doutrinário nos

³¹ A nova lei somente entrou em vigor em 2000.

³² A propósito, e em desenvolvimento de certo modo surpreendente, deve ser registrada a aprovação do Constitutional Reform Act, de 2005, que previu a criação de uma Suprema Corte (In: www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/20050004.htm, visitado em 8 ago. 2005). Assinale-se a curiosidade de, não existindo uma Constituição escrita, ter sido aprovado, não obstante, um ato que a reforma.

³³ Veja-se, a este propósito, exemplificativamente, a jurisprudência que se produziu em matéria de direito processual penal, pela submissão do *common law* dos Estados aos princípios constitucionais. Em *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 1961, considerou-se ilegítima a busca e apreensão feita sem mandado, como exigido pela 4ª. Emenda. Em *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335, 1963, entendeu-se que a 6ª. emenda

Estados Unidos é acerca da legitimidade e dos limites da atuação do Judiciário na aplicação de valores substantivos e no reconhecimento de direitos fundamentais que não se encontrem expressos na Constituição (v. infra).

Há razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha. Ali, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores³⁴. O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais. O primeiro grande precedente na matéria foi o caso Lüth³⁵, julgado

assegurava a todos os acusados em processo criminal o direito a um advogado. Em *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966, impôs-se à autoridade policial, na abordagem de um suspeito, que comunique a ele que a) tem o direito de permanecer calado; b) tudo que disser poderá e será usado contra ele; c) tem direito a consultar-se com um advogado antes de depor e que este poderá estar presente ao interrogatório; d) caso não tenha condições financeiras para ter um advogado, um poderá ser-lhe designado. V. Kermit L. Hall, *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*, 1999; Paul C. Bartholomew e Joseph F. Menez, *Summaries of leading cases on the Constitution*, 1980; Duane Lockard e Walter F. Murphy, *Basic cases in constitutional law*, 1992. Para uma análise objetiva e informativa sobre este e outros aspectos, em língua portuguesa, v. José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, *Interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal*. In: José Adércio Leite Sampaio, *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, 2003.

³⁴ Sobre a questão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais na literatura em língua portuguesa, v. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 2001, p. 149, Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998, p. 214, e Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 371.

em 15 de janeiro de 1958³⁶.

A partir daí, baseando-se no catálogo de direitos fundamentais da Constituição alemã, o Tribunal Constitucional promoveu uma verdadeira “revolução de idéias”³⁷, especialmente no direito civil. De fato, ao longo dos anos subsequentes, a Corte invalidou dispositivos do BGB, impôs a interpretação de suas

³⁵ Os fatos subjacentes eram os seguintes. Erich Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, incitava ao boicote de um filme dirigido por Veit Harlan, cineasta que havia sido ligado ao regime nazista no passado. A produtora e a distribuidora do filme obtiveram, na jurisdição ordinária, decisão determinando a cessação de tal conduta, por considerá-la em violação do § 826 do Código Civil (BGB) (“Quem, de forma atentatória aos bons costumes, infligir dano a outrem, está obrigado a reparar os danos causados”). O Tribunal Constitucional Federal reformou a decisão, em nome do direito fundamental à liberdade de expressão, que deveria pautar a interpretação do Código Civil.

³⁶ *BverfGE* 7, 198. Tradução livre e editada da versão da decisão publicada em Jürgen Schwabe, *Cinquenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, 2003, p. 132-37: “Os direitos fundamentais são antes de tudo direitos de defesa do cidadão contra o Estado; sem embargo, nas disposições de direitos fundamentais da Lei Fundamental se incorpora também uma ordem objetiva de valores, que como decisão constitucional fundamental é válida para todas as esferas do direito. (...) Esse sistema de valores – que encontra seu ponto central no seio da comunidade social, no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana... – oferece direção e impulso para o legislativo, a administração e o judiciário, projetando-se, também, sobre o direito civil. Nenhuma disposição de direito civil pode estar em contradição com ele, devendo todas ser interpretadas de acordo com seu espírito. (...) A expressão de uma opinião, que contém um chamado para um boicote, não viola necessariamente os bons costumes, no sentido do § 826 do Código Civil. Pode estar justificada constitucionalmente pela liberdade de opinião, ponderadas todas as circunstâncias do caso”.

Esta decisão é comentada por inúmeros autores nacionais, dentre os quais: Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998, p. 220-2, onde descreve brevemente outros dois casos: “Blinkfuer” e “Wallraff”; Daniel Sarmiento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 141 e ss.; Jane Reis Gonçalves Pereira, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional. Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, p. 416 e ss.; e Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, 2004, p. 105 e ss..

³⁷ Sabine Corneloup, Table ronde: Le cas de l’Allemagne. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 85.

normas de acordo com a Constituição e determinou a elaboração de novas leis. Assim, por exemplo, para atender ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, foram introduzidas mudanças legislativas em matéria de regime matrimonial, direitos dos ex-cônjuges após o divórcio, poder familiar, nome de família e direito internacional privado. De igual sorte, o princípio da igualdade entre os filhos legítimos e naturais provocou reformas no direito de filiação³⁸. De parte isso, foram proferidos julgamentos interessantes em temas como uniões homossexuais (homoafetivas)³⁹ e direito dos contratos⁴⁰.

Na Itália, a Constituição entrou em vigor em 1º de janeiro

³⁸ Sabine Corneloup, Table ronde: Le cas de l'Alemagne. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 87-8, com identificação de cada uma das leis. A jurisprudência referida na sequência do parágrafo foi localizada a partir de referências contidas nesse texto.

³⁹ Em um primeiro momento, em nome do princípio da igualdade, uma lei de 16 de fevereiro de 2001 disciplinou as uniões homossexuais, pondo fim à discriminação existente. Em um segundo momento, esta lei foi objeto de arguição de inconstitucionalidade, sob o fundamento de que afrontaria o art. 6º, I da Lei Fundamental, pelo qual "o casamento e a família são colocados sob proteção particular do Estado", ao legitimar um outro tipo de instituição de direito de família, paralelo ao casamento heterossexual. A Corte não acolheu o argumento, assentando que a nova lei nem impedia o casamento tradicional nem conferia à união homossexual qualquer privilégio em relação à união convencional (1 BvF 1/01, de 17 jul. 2002, com votos dissidentes dos juízes Papier e Hass, v. sítio www.bverfg.de, visitado em 4 ago. 2005).

⁴⁰ Um contrato de fiança prestada pela filha, em favor do pai, tendo por objeto quantia muitas vezes superior à sua capacidade financeira foi considerado nulo por ser contrário à moral (*BverfGE* t. 89, p. 214, *apud* Sabine Corneloup, Table ronde: Le cas de l'Alemagne. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 90); um pacto nupcial no qual a mulher, grávida, renunciou a alimentos em nome próprio e em nome da criança foi considerado nulo, por não poder prevalecer a liberdade contratual quando há dominação de uma parte sobre a outra (1 BvR 12/92, de 6 fev 2001, unânime, v. sítio www.bverfg.de, visitado em 4 ago. 2005); um pacto sucessório que impunha ao filho mais velho do imperador Guilherme II o dever de se casar com uma mulher que preenchesse determinadas condições ali impostas foi considerado nulo por violar a liberdade de casamento (1 BvR 2248/01, de 22 mar 2004, unânime, v. sítio www.bverfg.de visitado em 4 ago. 2005).

de 1948. O processo de constitucionalização do Direito, todavia, iniciou-se apenas na década de 60, consumando-se nos anos 70. Relembre-se que a Corte Constitucional italiana somente veio a se instalar em 1956. Antes disso, o controle de constitucionalidade foi exercido, por força da disposição constitucional transitória VII, pela jurisdição ordinária, que não lhe deu vitalidade. Pelo contrário, remonta a esse período a formulação, pela Corte de Cassação, da distinção entre normas *preceptivas*, de caráter vinculante e aplicáveis pelos tribunais, e normas de *princípio* ou *programáticas*, dirigidas apenas ao legislador e não aplicáveis diretamente pelo Judiciário. Assim, pelos nove primeiros anos de vigência, a Constituição e os direitos fundamentais nela previstos não repercutiram sobre a aplicação do direito ordinário⁴¹.

Somente com a instalação da Corte Constitucional – e, aliás, desde a sua primeira decisão – as normas constitucionais de direitos fundamentais passaram a ser diretamente aplicáveis, sem intermediação do legislador. A Corte desenvolveu um conjunto de técnicas de decisão⁴², tendo enfrentado, durante os

⁴¹ Sobre o tema, v. Vezio Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizione di principio*, 1952; José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1968; Ricardo Guastini, La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003; e Therry Di Manno, Code Civil e Constitution en Italie. In: Michel Verpeaux (org), *Code Civil e Constitution(s)*, 2005.

⁴² Além das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, a Corte utiliza diferentes técnicas, que incluem: 1) *decisões interpretativas*, que correspondem à interpretação conforme a Constituição, podendo ser (a) com *recusa* da argüição de inconstitucionalidade, mas afirmação da interpretação compatível ou (b) com *aceitação* da argüição de inconstitucionalidade, com declaração de inconstitucionalidade da interpretação que vinha sendo praticada pela jurisdição ordinária, em ambos os casos permanecendo em vigor a disposição atacada; 2) *decisões manipuladoras*, nas quais se dá a aceitação da argüição de inconstitucionalidade e, além da declaração de invalidade do dispositivo, a Corte vai além, proferindo (a) *sentença aditiva*, estendendo a norma à situação nela não contemplada, quando a omissão importar em violação ao princípio da igualdade; e b) *sentença substitutiva*, pela qual a Corte não apenas declara a inconstitucionalidade de determinada norma, como também introduz no sistema, mediante declaração própria, uma norma nova. Sobre o tema, v. Ricardo Guastini, La “constitucionalización” del

primeiros anos de sua atuação, a arraigada resistência das instâncias ordinárias e, especialmente, da Corte de Cassação, dando lugar a uma disputa referida, em certa época, como “guerra das cortes”⁴³. A exemplo do ocorrido na Alemanha, a influência da constitucionalização do Direito e da própria Corte Constitucional se manifestou em decisões de inconstitucionalidade, em convocações à atuação do legislador e na reinterpretação das normas infraconstitucionais em vigor.

De 1956 a 2003, a Corte Constitucional proferiu 349 decisões em questões constitucionais envolvendo o Código Civil, das quais 54 declararam a inconstitucionalidade de dispositivos seus, em decisões da seguinte natureza: 8 de invalidação, 12 interpretativas e 34 aditivas⁴⁴ (sobre as características de cada uma delas, v. nota ao parágrafo anterior). Foram proferidos julgados em temas que incluíram adultério⁴⁵, uso do nome do marido⁴⁶ e direitos sucessórios de filhos ilegítimos⁴⁷, em meio a outros. No plano legislativo, sob influência da Corte Constitucional, foram aprovadas, ao longo dos anos, modificações profundas no direito de família, inclusive em relação

ordenamiento jurídico: El caso italiano. In: Miguel Carbonnel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 63-7.

⁴³ Thierry Di Manno, Table ronde: Le cas de l'Italie. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 107.

⁴⁴ Thierry Di Manno, Table ronde: Le cas de l'Italie. In: Michel Verpeaux, *Code civil e constitution(s)*, 2005, p. 103.

⁴⁵ Sentença 127/1968, j. 16 dez 1968, Rel. Bonifácio, v. sítio www.cortecostituzionale.it, visitado em 4 ago. 2005. A Corte invalidou o artigo do Código Civil (art. 151, 2) que tratava de maneira diferente o adultério do marido e o da mulher. O da mulher sempre seria causa para separação, ao passo que o do homem somente em caso de “injúria grave à mulher”.

⁴⁶ Sentença 128/1970, j. 24 jun 1970, Rel. Mortati, v. sítio www.cortecostituzionale.it, visitado em 4 ago. 2005. A Corte proferiu sentença aditiva para permitir à mulher retirar o nome do marido após a separação (ocorrida por culpa do marido), o que não era previsto pelo art. 156 do Código Civil.

⁴⁷ Sentença 55/1979, j. 15 jun 1979, Rel. Amadei, v. sítio www.cortecostituzionale.it, visitado em 4 ago. 2005. A Corte declarou a inconstitucionalidade do art. 565 do Código Civil, na parte em que excluía do

ao divórcio, no direito à adoção e no direito do trabalho. Estas alterações, levadas a efeito por leis especiais, provocaram a denominada “descodificação” do direito civil⁴⁸.

Na França, o processo de constitucionalização do Direito teve início muito mais tarde e ainda vive uma fase de afirmação. A Constituição de 1958, como se sabe, não previu o controle de constitucionalidade, quer no modelo europeu, quer no americano, tendo optado por uma fórmula diferenciada: a do controle prévio, exercido pelo Conselho Constitucional em relação a algumas leis, antes de entrarem em vigor⁴⁹. De modo que não há no sistema francês, a rigor técnico, uma verdadeira jurisdição constitucional. Não obstante, alguns avanços significativos e constantes vêm ocorrendo, a começar pela decisão de 16 de julho de 1971⁵⁰. A

benefício da sucessão legítima os filhos naturais reconhecidos.

⁴⁸ N. Irti, *L'età della decodificazione*, 1989. V., tb., Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 5.

⁴⁹ Na sua concepção original, o Conselho Constitucional destinava-se, sobretudo, a preservar as competências de um Executivo forte contra as invasões do Parlamento. Suas funções principais eram três: a) o controle dos regimentos de cada uma das câmaras (Assembléia Nacional e Senado), para impedir que se investissem de poderes que a Constituição não lhes atribui, como ocorrido na III e na IV Repúblicas; b) o papel de “justiça eleitoral”, relativamente às eleições presidenciais, parlamentares e aos referendos; c) a delimitação do domínio da lei, velando pela adequada repartição entre as competências legislativas e regulamentares. Esta última função se exercia em três situações: a do art. 41, relacionada à invasão pela lei parlamentar de competência própria do governo; a do art. 61, alínea 2, que permitia ao primeiro-ministro provocar o controle acerca da inconstitucionalidade de uma lei, após sua aprovação, mas antes de sua promulgação; e a do art. 37, alínea 2, relativamente à modificabilidade, por via de decreto, de leis que possuíssem caráter regulamentar. Com a reforma constitucional de 1974, o controle de constitucionalidade das leis passou a ser a atividade principal do Conselho, aproximando-o de uma corte constitucional. V. Louis Favoreu, *La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958*. In: www.conseil-constitutionnel.fr, visitado em 26 jul. 2005; François Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel*, 3 vs., 1997; John Bell, *French constitutional law*, 1992.

⁵⁰ Objetivamente, a decisão nº 71-44 DC, de 16.07.71 (In: www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144dc.htm, visitado em 26 jul. 2005), considerou que a exigência de autorização prévia, administrativa ou judicial, para a constituição de uma associação violava a liberdade de associação. Sua importância,

ela seguiu-se a Reforma de 29 de outubro de 1974, ampliando a legitimidade para suscitar-se a atuação do Conselho Constitucional⁵¹. Aos poucos, começam a ser incorporados ao debate constitucional francês temas como a *impregnação* da ordem jurídica pela Constituição, o reconhecimento de força normativa às normas constitucionais e o uso da técnica da interpretação

todavia, foi o reconhecimento de que os direitos fundamentais previstos na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e no preâmbulo da Constituição de 1946, incorporavam-se à Constituição de 1958, por força de referência constante do preâmbulo desta, figurando, portanto, como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis. Esta decisão reforçou o prestígio do Conselho Constitucional, que passou a desempenhar o papel de protetor dos direitos e liberdades fundamentais. Além disso, consagrou o “valor positivo e constitucional” do preâmbulo da Constituição e firmou a idéia de “bloco de constitucionalidade”. Essa expressão significa que a Constituição não se limita às normas que integram ou se extraem do seu texto, mas inclui outros textos normativos, que no caso eram a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e o Preâmbulo da Constituição de 1946, bem como os princípios fundamentais das leis da República, aos quais o referido preâmbulo fazia referência. Sobre a importância dessa decisão, v. Léo Hamon, *Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels*, *Dalloz*, 1974, p. 83-90; G. Haimbowgh, *Was it France's Marbury v. Madison?*, *Ohio State Law Journal* 35:910, 1974; J.E. Beardsley, *The Constitutional council and Constitutional liberties in France*, *American Journal of Comparative Law*, 1972, p. 431-52. Para um comentário detalhado da decisão, v. L. Favoreu e L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 2003. Especificamente sobre bloco de constitucionalidade, v. Michel de Villiers, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 2001; e Olivier Duhamel e Yves Mény, *Dictionnaire constitutionnel*, 1992.

⁵¹ A partir daí, o direito de provocar a atuação do Conselho Constitucional, que antes recaía apenas sobre o Presidente da República, o Primeiro-Ministro, o Presidente da Assembléia Nacional e o Presidente do Senado estendeu-se, também, a sessenta Deputados ou sessenta Senadores. O controle de constitucionalidade tornou-se um importante instrumento de atuação da oposição parlamentar. Entre 1959 e 1974, foram proferidas apenas 9 (nove) decisões acerca de leis ordinárias (por iniciativa do Primeiro-Ministro e do Presidente do Senado) e 20 (vinte) acerca de leis orgânicas (pronunciamento obrigatório). De 1974 até 1998 houve 328 provocações (*saisine*) ao Conselho Constitucional. Os dados constam de Louis Favoreu, *La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958*. In: www.conseil-constitutionnel.fr, visitado em 26 jul.2005.

conforme a Constituição⁵². Tal processo de constitucionalização do Direito, cabe advertir, enfrenta a vigorosa resistência da doutrina mais tradicional, que nele vê ameaças diversas, bem como a usurpação dos poderes do Conselho de Estado e da Corte de Cassação⁵³.

6.3. A constitucionalização do Direito no Brasil

6.3.1. O direito infraconstitucional na Constituição

A Carta de 1988, como já consignado, tem a virtude suprema de simbolizar a travessia democrática brasileira e de ter contribuído decisivamente para a consolidação do mais longo período de estabilidade política da história do país. Não é pouco. Mas não se trata, por suposto, da Constituição da nossa maturidade institucional. É a Constituição das nossas circunstâncias. Por vício e por virtude, seu texto final expressa uma heterogênea mistura de interesses legítimos de trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais, cumulados com paternalismos, reservas de mercado e privilégios corporativos. A euforia constituinte – saudável e inevitável após tantos anos de exclusão da sociedade civil – levaram a uma Carta que, mais do que analítica, é prolixa e

⁵² V. Louis Favoreu, *La constitutionnalisation du droit*. In: Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, 1998, p. 190-2.

⁵³ Veja-se a discussão do tema em Guillaume Drago, Bastien François e Nicolas Molfessis (org.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, 1999. Na conclusão do livro, que documenta o Colóquio de Rennes, de setembro de 1996, François Terré, ao apresentar o que corresponderia à conclusão do evento, formulou crítica áspera à ascensão da influência do Conselho Constitucional: “Les perpétuelles incantations que suscitent l’État de droit, la soumission de l’État à des juges, sous l’influence conjuguée du kelsenisme, de la mauvaise conscience de l’Allemagne Fédérale et de l’américanisme planétaire sont lassantes. Des contrepoids s’imposent. Puisque le Conseil constitutionnel est une juridiction, puisque la règle du double degré de juridiction e le droit d’appel sont devenus paroles d’évangile, il est naturel et urgent de faciliter le recours au referendum afin de permettre plus facilement au peuple souverain de mettre, lè cās échéant, un terme aux errances du Conseil constitutionnel” (p. 409).

corporativa⁵⁴.

Quanto ao ponto aqui relevante, é bem de ver que todos os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram aspectos seus, de maior ou menor relevância, tratados na Constituição. A catalogação dessas previsões vai dos princípios gerais às regras miúdas, levando o leitor do espanto ao fastio. Assim se passa com o direito administrativo, civil, penal, do trabalho, processual civil e penal, financeiro e orçamentário, tributário, internacional e mais além. Há, igualmente, um título dedicado à ordem econômica, no qual se incluem normas sobre política urbana, agrícola e sistema financeiro. E outro dedicado à ordem social, dividido em numerosos capítulos e seções, que vão da saúde até os índios.

Embora o fenômeno da constitucionalização do Direito, como aqui analisado, não se confunda com a presença de normas de direito infraconstitucional na Constituição, há um natural espaço de superposição entre os dois temas. Com efeito, na medida em que princípios e regras específicos de uma disciplina ascendem à Constituição, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante. Trata-se da constitucionalização das fontes do Direito naquela matéria. Tal circunstância, nem sempre desejável⁵⁵, interfere com os limites de atuação do legislador ordinário e com a leitura constitucional a ser empreendida pelo Judiciário em relação ao tema que foi constitucionalizado.

7. A constitucionalização do direito infraconstitucional

Nos Estados de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e, sobretudo, o Brasil, a constitucionalização

⁵⁴ Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, Doze anos da Constituição brasileira de 1988. In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2002.

⁵⁵ Tanto a doutrina como a jurisprudência, no plano do direito penal, têm condenado, por exemplo, a constitucionalização da figura dos “crimes hediondos” (art. 5º, XLIII). V., por todos, João José Leal, *Crimes hediondos – A Lei 8.072 como expressão do direito penal da severidade*, 2003.

do Direito é um processo mais recente, embora muito intenso. Verificou-se, entre nós, o mesmo movimento translativo ocorrido inicialmente na Alemanha e em seguida na Itália: a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico. A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos.

Do centro do sistema jurídico foi deslocado o velho Código Civil. Veja-se que o direito civil desempenhou no Brasil – como alhures – o papel de um direito geral, que precedeu muitas áreas de especialização, e que conferia certa unidade dogmática ao ordenamento. A própria teoria geral do direito era estudada dentro do direito civil, e só mais recentemente adquiriu autonomia didática. No caso brasileiro, deve-se registrar, o Código Civil já vinha perdendo influência no âmbito do próprio direito privado. É que, ao longo do tempo, na medida em que o Código envelhecia, inúmeras leis específicas foram editadas, passando a formar microssistemas autônomos em relação a ele, em temas como alimentos, filiação, divórcio, locação, consumidor, criança e adolescente, sociedades empresariais. A exemplo do que se passou na Itália, também entre nós deu-se a “descodificação” do direito civil⁵⁶, fenômeno que não foi afetado substancialmente pela promulgação de um novo Código Civil

⁵⁶ Sobre o caso italiano, v. Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 6: “O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”. Sobre o caso brasileiro, vejam-se, dentre outros: Maria Celina B. M. Tepedino, A caminho de um direito civil constitucional, *Revista de Direito Civil* 65:21; e Gustavo Tepedino, *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: Premissas para uma reforma legislativa*. In: Gustavo Tepedino (org.), *Problemas de direito civil-constitucional*, 2001.

em 2002, com vigência a partir de 2003⁵⁷.

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional⁵⁸.

À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior. Aplica-se a Constituição:

a) *Diretamente*, quando uma pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional. Por exemplo: o pedido de reconhecimento de uma imunidade tributária (CF, art. 150, VI) ou o pedido de nulidade de uma prova obtida por meio ilícito (CF, art. 5º, LVI);

⁵⁷ O novo Código Civil, com início de vigência em 2003, foi duramente criticado por setores importantes da doutrina civilista. Gustavo Tepedino referiu-se a ele como “retrogrado e demagógico” acrescentando: “Do Presidente da República, espera-se o veto; do Judiciário que tempere o desastre” (*Revista trimestral de direito civil* 7, 2001, Editorial). Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, consideraram inconstitucional o projeto de Código Civil, em parecer publicado sob o título Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição, *Revista trimestral de direito civil* 4:243, 2000, por não traduzir a supremacia da dignidade humana sobre os aspectos patrimoniais e por violar o princípio da vedação do retrocesso. Em sentido contrário, v. Judith Martins Costa, *O direito privado como um “sistema em construção”*. In: www.jus.com.br, visitado em 4 ago. 2005; e Miguel Reale, *Visão geral do novo Código Civil*. In: www.jus.com.br, visitado em 4 ago. 2005 e *O novo Código Civil e seus críticos*. In: www.jus.com.br, visitado em 4 ago. 2005.

⁵⁸ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, 1991, p. 45: “A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo”. V. também, Paulo Ricardo Schier, *Filtragem constitucional*, 1999.

b) *Indiretamente*, quando uma pretensão se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões:

(i) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque se não for, não deverá fazê-la incidir. Esta operação está sempre presente no raciocínio do operador do Direito, ainda que não seja por ele explicitada;

(ii) ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

Em suma: a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.

8. A constitucionalização do Direito e seus mecanismos de atuação prática

A constitucionalização do Direito, como já antecipado, repercute sobre os diferentes Poderes estatais. Ao legislador e ao administrador, impõe deveres negativos e positivos de atuação, para que observem os limites e promovam os fins ditados pela Constituição. A constitucionalização, no entanto, é obra precípua da jurisdição constitucional, que no Brasil pode ser exercida, difusamente, por juízes e tribunais, e concentradamente pelo Supremo Tribunal Federal, quando o paradigma for a Constituição Federal. Esta realização concreta da supremacia formal e axiológica da Constituição envolve diferentes técnicas e possibilidades interpretativas, que incluem:

a) o reconhecimento da revogação das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição (ou à emenda constitucional), quando com ela incompatíveis;

b) a declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais posteriores à Constituição, quando com ela incompatíveis;

c) a declaração da inconstitucionalidade por omissão, com

a conseqüente convocação à atuação do legislador⁵⁹;

d) a interpretação conforme a Constituição, que pode significar:

(i) a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes;

(ii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de uma determinada interpretação possível da norma – geralmente a mais óbvia – e a afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição⁶⁰.

Aprofunde-se um pouco mais o argumento, especialmente em relação à interpretação conforme a Constituição. O controle de constitucionalidade é uma modalidade de interpretação e aplicação da Constituição. Independentemente de outras especulações, há consenso de que cabe ao Judiciário pronunciar a invalidade dos enunciados normativos incompatíveis com o texto constitucional, paralisando-lhes a eficácia. De outra parte, na linha do conhecimento convencional, a ele não caberia inovar na ordem jurídica, criando comando até então inexistente. Em outras palavras: o Judiciário estaria autorizado a invalidar um ato do Legislativo, mas não a substituí-lo por um ato de vontade própria⁶¹.

Pois bem. As modernas técnicas de interpretação

⁵⁹ Isso quando não prefira o Supremo Tribunal produzir uma decisão integrativa, a exemplo da sentença aditiva do direito italiano. Esta atuação envolve a sempre controvertida questão da atuação como legislador positivo (v. *infra*)

⁶⁰ Relativamente a esta segunda possibilidade, v. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2004, p. 189.

⁶¹ Nesse sentido, v. STF, DJU 15 abr. 1988, Rp 1.417-DF, Rel. Min. Moreira Alves: “Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF – em sua função de Corte Constitucional – atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo”. Passa-se ao largo, nesta instância, da discussão mais minuciosa do tema, que abriga inúmeras complexidades, inclusive e notadamente em razão do reconhecimento de que juízes e tribunais, em múltiplas situações, desempenham uma atividade de co-participação na criação da norma.

constitucional – como é o caso da interpretação conforme a Constituição – continuam vinculadas a esse pressuposto, ao qual agregam um elemento inexorável. A interpretação jurídica dificilmente é unívoca, seja porque um mesmo enunciado, ao incidir sobre diferentes circunstâncias de fato, pode produzir normas diversas⁶², seja porque, mesmo em tese, um enunciado pode admitir várias interpretações, em razão da polissemia de seus termos. A interpretação conforme a Constituição, portanto, pode envolver (i) uma singela determinação de sentido da norma, (ii) sua não incidência a uma determinada situação de fato ou (iii) a exclusão, por inconstitucional, de uma das normas que podem ser extraídas do texto. Em qualquer dos casos, não há declaração de inconstitucionalidade do enunciado normativo⁶³, permanecendo a norma no ordenamento. Por esse mecanismo

⁶² A doutrina mais moderna tem traçado uma distinção entre enunciado normativo e norma, baseada na premissa de que não há interpretação em abstrato. *Enunciado normativo* é o texto, o relato contido no dispositivo constitucional ou legal. *Norma*, por sua vez, é o produto da aplicação do enunciado a uma determinada situação, isto é, a concretização do enunciado. De um mesmo enunciado é possível extrair diversas normas. Por exemplo: do enunciado do art. 5º, LXIII da Constituição – o *preso* tem direito de permanecer calado – extraem-se normas diversas, inclusive as que asseguram o direito à não auto-incriminação ao *interrogado* em geral (STF, DJU 14 dez. 2001, HC 80.949, Rel. Min. Sepúlveda Pertence) e até ao *depoente em CPI* (STF, DJU 16 fev. 2001, HC 79.812, Rel. Min. Celso de Mello). Sobre o tema, v. Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 1969, p. 270 e ss.; Friedrich Müller, *Métodos de trabalho do direito constitucional*, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Edição especial comemorativa dos 50 anos da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*, 1999, p. 45 e ss.; Riccardo Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, 1996, p. 82-3; e Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 2003, p. 13.

⁶³ Na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão: “Ao juiz não é permitido mediante ‘interpretação conforme a Constituição’ dar um significado diferente a uma lei cujo teor e sentido resulta evidente” (1 BvL 149? 52-33, 11 jun. 1958); na do Supremo Tribunal Federal brasileiro: “se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo” (STF, DJU 15 abr. 1988, Rp 1.417-7/DF, Rel. Min. Moreira Alves).

se reconciliam o princípio da supremacia da Constituição e o princípio da presunção de constitucionalidade. Naturalmente, o limite de tal interpretação está nas possibilidades semânticas do texto normativo⁶⁴.

9. Alguns aspectos da constitucionalização do Direito

9.1 Direito civil⁶⁵

As relações entre o direito constitucional e o direito civil atravessaram, nos últimos dois séculos, três fases distintas, que vão da indiferença à convivência intensa. O marco inicial dessa trajetória é a Revolução Francesa, que deu a cada um deles o seu objeto de trabalho: ao direito constitucional, uma Constituição escrita, promulgada em 1791; ao direito civil, o Código Civil napoleônico, de 1804. Apesar da contemporaneidade dos dois documentos, direito constitucional e direito civil não se integravam nem se comunicavam entre si. Veja-se cada uma das etapas desse processo de aproximação lenta e progressiva:

⁶⁴ Pietro Perlingieri, *Perfis de direito civil*, 1997; Maria Celina Bodin de Moraes: A caminho de um direito civil constitucional, *Revista de Direito Civil* 65:23, 1993; A constitucionalização do direito civil, *Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro* 17:76, 1999; *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, 2003; Conceito de dignidade humana: Substrato axiológico e conteúdo normativo. In: Ingo Wolfgang Sarlet, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2003; Gustavo Tepedino: *Temas de direito civil*, 2004; *Problemas de direito civil constitucional* (coord.), 2000; O direito civil e a legalidade constitucional. In: *Revista Del Rey Jurídica* 13:23, 2004; Luiz Edson Fachin: *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo* (coord.), 1998; *Teoria crítica do direito civil*, 2000; Heloísa Helena Barboza, *Perspectivas do direito civil brasileiro para o próximo século*, *Revista da Faculdade de Direito, UERJ*, 1998-99; Teresa Negreiros: *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, 1998; *Teoria do contrato. Novos paradigmas*, 2002; Judith Martins Costa (org.), *A reconstrução do direito privado*, 2002; Paulo Luiz Neto Lobo, *Constitucionalização do direito civil*, *Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro* 17:56, 1999; Renan Lotufo, *Direito civil constitucional*, cad. 3, 2002; Michel Verpeaux (org.), *Code Civil et Constitution(s)*, 2005.

⁶⁵ Sobre o tema, v. Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, 1999, p. 26; e Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. I, 2004, p. 18.

1ª. fase: *Mundos apartados*

No início do constitucionalismo moderno, na Europa, a Constituição era vista como uma Carta *Política*, que servia de referência para as relações entre o Estado e o cidadão, ao passo que o Código Civil era o documento *jurídico* que regia as relações entre particulares, freqüentemente mencionado como a “Constituição do direito privado”. Nessa etapa histórica, o papel da Constituição era limitado, funcionando como uma convocação à atuação dos Poderes Públicos, e sua concretização dependia, como regra geral, da intermediação do legislador. Destituída de força normativa própria, não desfrutava de aplicabilidade direta e imediata. Já o direito civil era herdeiro da tradição milenar do direito romano. O Código napoleônico realizava adequadamente o ideal burguês de proteção da propriedade e da liberdade de contratar, dando segurança jurídica aos protagonistas do novo regime liberal: o contratante e o proprietário. Esse modelo inicial de incomunicabilidade foi sendo progressivamente superado.

2ª. fase: *Publicização do direito privado*

O Código napoleônico e os modelos que ele inspirou – inclusive o brasileiro – baseavam-se na liberdade individual, na igualdade formal entre as pessoas e na garantia absoluta do direito de propriedade. Ao longo do século XX, com o advento do Estado social e a percepção crítica da desigualdade material entre os indivíduos, o direito civil começa a superar o individualismo exacerbado, deixando de ser o reino soberano da *autonomia da vontade*. Em nome da solidariedade social e da função social de instituições como a propriedade e o contrato, o Estado começa a interferir nas relações entre particulares, mediante a introdução de *normas de ordem pública*. Tais normas se destinam, sobretudo, à proteção do lado mais fraco da relação jurídica, como o consumidor, o locatário, o empregado. É a fase do *dirigismo contratual*, que consolida a publicização do direito privado⁶⁶.

⁶⁶ A primeira parte da frase (“Ontem os Códigos; hoje as Constituições”) foi pronunciada por Paulo Bonavides, ao receber a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1998. O complemento foi feito por Eros Roberto Grau, ao receber a mesma medalha, em 2003, em discurso publicado

3ª. fase: *Constitucionalização do direito civil*

“Ontem os Códigos; hoje as Constituições. A revanche da Grécia contra Roma”⁶⁷. A fase atual é marcada pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde passa a atuar como o filtro axiológico pelo qual se deve ler o direito civil. Há regras específicas na Constituição, impondo o fim da supremacia do marido no casamento, a plena igualdade entre os filhos, a função social da propriedade. E princípios que se difundem por todo o ordenamento, como a igualdade, a solidariedade social, a razoabilidade. Não é o caso de se percorrerem as múltiplas situações de impacto dos valores constitucionais sobre o direito civil, especificamente, e sobre o direito privado em geral⁶⁸. Mas há dois desenvolvimentos que merecem destaque, pela dimensão das transformações que acarretam.

O primeiro deles diz respeito ao *princípio da dignidade da pessoa humana* na nova dogmática jurídica. Ao término da 2ª. Guerra Mundial, tem início a *reconstrução* dos direitos humanos⁶⁹,

em avulso pelo IAB: “Ontem, os códigos; hoje, as Constituições. A revanche da Grécia sobre Roma, tal como se deu, em outro plano, na evolução do direito de propriedade, antes justificado pela origem, agora legitimado pelos fins: a propriedade que não cumpre sua função social não merece proteção jurídica qualquer”.

⁶⁷ Para este fim, v. Gustavo Tepedino (org.), *Problemas de direito civil constitucional*, 2000, obra coletiva na qual se discute a constitucionalização do direito civil em domínios diversos, incluindo o direito das obrigações, as relações de consumo, o direito de propriedade e o direito de família. Sobre o tema específico da boa-fé objetiva, vejam-se Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, 1999; e Teresa Negreiros, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, 1998.

⁶⁸ Este é o título do celebrado trabalho de Celso Lafer, *A reconstrução dos direitos humanos*, 1988. Sobre o tema, v. tb. Antônio Augusto Cançado Trindade, *A proteção internacional dos direitos humanos: Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, 1991.

⁶⁹ O conteúdo jurídico da dignidade humana se relaciona com a realização dos direitos fundamentais ou humanos, nas suas três dimensões: individuais, políticos e sociais. Sobre o tema, vejam-se Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios: O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002; Ingo Sarlet, *Dignidade da*

que se irradiam a partir da dignidade da pessoa humana⁷⁰, referência que passou a constar dos documentos internacionais e das Constituições democráticas⁷¹, tendo figurado na Carta brasileira de 1988 como um dos *fundamentos* da República (art. 1º, III). A dignidade humana impõe limites e atuações positivas ao Estado, no atendimento das necessidades vitais básicas⁷²,

pessoa humana e direitos fundamentais, 2004; José Afonso da Silva, Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia, *Revista de Direito Administrativo* 212:89, 1998; Carmen Lúcia Antunes Rocha, O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social, *Revista Interesse Público* 4:2, 1999. Vejam-se dois excertos representativos do entendimento dominante: José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa*, 1998, p. 102: “[O] princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais”; e Daniel Sarmento, *A ponderação de interesses na Constituição brasileira*, 2000, p. 59-60, “O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado”.

⁷⁰ Como, e.g., na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, na Constituição italiana de 1947, na Constituição alemã de 1949, na Constituição portuguesa de 1976 e na Constituição espanhola de 1978.

⁷¹ Sobre o tema, v. Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002, p. 305: “O conteúdo básico, o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade. (...) Uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça”.

⁷² Em denso estudo, Maria Celina Bodin de Moraes, Conceito de dignidade humana: Substrato axiológico e conteúdo normativo. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2003, decompõe o conteúdo jurídico da dignidade humana em quatro princípios: igualdade, integridade física e moral (psicofísica), liberdade e solidariedade.

expressando-se em diferentes dimensões⁷³. No tema específico aqui versado, o princípio promove uma *despatrimonialização*⁷⁴ e uma *repersonalização*⁷⁵ do direito civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica.

O segundo desenvolvimento doutrinário que comporta uma nota especial é a *aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas*⁷⁶. O debate remonta à decisão do caso *Lüth* (v. *supra*),

⁷³ O termo foi colhido em Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 33. Aparentemente, o primeiro a utilizá-lo foi Carmine Donisi, Verso la 'depatrimonializzazione' del diritto privato. In: *Rassegna di diritto civile* 80, 1980 (conforme pesquisa noticiada em Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 115).

⁷⁴ Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição, *Revista trimestral de direito civil* 4:243, 2000: "(A) aferição da constitucionalidade de um diploma legal, diante da *repersonalização* imposta a partir de 1988, deve levar em consideração a prevalência da proteção da dignidade humana em relação às relações jurídicas patrimoniais". A respeito da *repersonalização* do direito civil, v. também Adriano de Cupis, *Diritti della personalità*, 1982.

⁷⁵ Sobre este tema, v. duas teses de doutorado desenvolvidas no âmbito do Programa de Pós-graduação em Direito Público da UERJ, ambas aprovadas com distinção e louvor e publicadas em edição comercial: Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004; e Jane Reis Gonçalves Pereira, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional*, 2005. Aliás, trabalhos de excelente qualidade têm sido produzidos sobre a matéria, dentre os quais Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, 2004; Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2003; Rodrigo Kaufmann, *Dimensões e perspectivas da eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, 2003 (dissertação de mestrado apresentada à Universidade de Brasília); Luís Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, 2004, mimeografado, tese de livre-docência apresentada na Universidade de São Paulo – USP; André Rufino do Vale, *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, 2004; e Thiago Luís Santos Sombra, *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas*, 2004.

⁷⁶ Vejam-se, exemplificativamente, algumas delas: a) pode um clube de futebol impedir o ingresso em seu estádio de jornalistas de um determinado veículo de comunicação que tenha feito críticas ao time (liberdade de trabalho e de imprensa)?, 192 - *Revista do Ministério Público do Estado do Amazonas* v. 6

que superou a rigidez da dualidade público-privado ao admitir a aplicação da Constituição às relações particulares, inicialmente regidas pelo Código Civil. O tema envolve complexidades e não será aprofundado aqui. As múltiplas situações suscetíveis de ocorrerem no mundo real não comportam solução unívoca⁷⁷. Nada obstante, com exceção da jurisprudência norte-americana (e, mesmo assim, com atenuações), há razoável consenso de que as normas constitucionais se aplicam, em alguma medida, às relações entre particulares. A divergência nessa matéria reside, precisamente, na determinação do modo e da intensidade dessa incidência. Doutrina e jurisprudência dividem-se em duas correntes principais:

a) a da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais, mediante atuação do legislador infraconstitucional e atribuição de sentido às cláusulas abertas;

b) a da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, mediante um critério de ponderação entre os princípios constitucionais da livre iniciativa e da autonomia da vontade, de um lado, e o direito fundamental em jogo, do outro lado.

O ponto de vista da aplicabilidade direta e imediata afigura-se mais adequado para a realidade brasileira e tem prevalecido na doutrina. Na ponderação a ser empreendida, como na ponderação em geral, deverão ser levados em conta os elementos do caso concreto. Para esta específica ponderação entre autonomia da vontade *versus* outro direito fundamental em questão, merecem relevo os seguintes fatores: a) a igualdade ou desigualdade material

b) pode uma escola judaica impedir o ingresso de crianças não judias (discriminação em razão da religião)?; c) pode o empregador prever no contrato de trabalho da empregada a demissão por justa causa em caso de gravidez (proteção da mulher e da procriação)?; d) pode o locador recusar-se a firmar o contrato de locação porque o pretendente locatário é muçulmano (de novo, liberdade de religião)?; e) pode um jornalista ser demitido por ter emitido opinião contrária à do dono do jornal (liberdade de opinião)?

⁷⁷ Para um aprofundamento do tema, v. Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004; e Jane Reis Gonçalves Pereira, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional*, 2005.

entre as partes (*e.g.*, se uma multinacional renuncia contratualmente a um direito, tal situação é diversa daquela em que um trabalhador humilde faça o mesmo); b) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério (*e.g.*, escola que não admite filhos de pais divorciados); c) preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; d) risco para a dignidade da pessoa humana (*e.g.*, ninguém pode se sujeitar a sanções corporais)⁷⁸.

O processo de constitucionalização do direito civil, no Brasil, avançou de maneira progressiva, tendo sido amplamente absorvido pela jurisprudência e pela doutrina, inclusive civilista. Aliás, coube a esta, em grande medida, o próprio fomento da aproximação inevitável⁷⁹. Ainda se levantam, aqui e ali, objeções de naturezas diversas, mas o fato é que as resistências, fundadas em uma visão mais tradicionalista do direito civil, dissiparam-se em sua maior parte. Já não há quem negue abertamente o impacto

⁷⁸ No caso da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, esta é uma das principais linhas do Programa de Pós-graduação em Direito Civil, onde foram pioneiros doutrinadores como Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barbosa. Na Universidade Federal do Paraná, destacam-se os trabalhos do Professor Luiz Edson Fachin. Na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, da Professora Judith Martins Costa. Na PUC de São Paulo, do Professor Renan Lotufo. Na Universidade Federal de Alagoas, Paulo Netto Lôbo.

⁷⁹ Gustavo Tepedino, O direito civil e a legalidade constitucional, *Revista Del Rey Jurídica* 13:23, 2004: "Ao contrário do cenário dos anos 80, não há hoje civilista que negue abertamente a eficácia normativa da Constituição e sua serventia para, ao menos de modo indireto, auxiliar na interpretação construtiva da norma infraconstitucional". Em seguida, em preciosa síntese, identifica o autor as quatro objeções mais frequentes à aplicação da Constituição às relações de direito civil: a) não cabe ao constituinte, mas ao legislador, que constitui uma instância mais próxima da realidade dos negócios, a regulação da autonomia privada; b) a baixa densidade normativa dos princípios constitucionais propiciaria excessiva discricionariedade aos magistrados; c) a estabilidade milenar do direito civil restaria abalada pela instabilidade do jogo político-constitucional; d) o controle axiológico das relações de direito civil, para além dos limites claros do lícito e do ilícito, significaria desmesurada ingerência na vida privada.

da Constituição sobre o direito privado⁸⁰. A sinergia com o direito constitucional potencializa e eleva os dois ramos do Direito, em nada diminuindo a tradição secular da doutrina civilista.

9.2. Direito administrativo⁸¹

⁸⁰ Sobre as transformações do direito administrativo na quadra atual, v. Diogo de Figueiredo Moreira Neto: *Sociedade, Estado e administração pública*, 1996; *Mutações do direito administrativo*, 2000; e *Direito regulatório*, 2003; Caio Tácito, O retorno do pêndulo: Serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro, *Revista de direito administrativo* 202:1, 1995; Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 1990; Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, 1998; Maria Sylvia di Pietro, *Parcerias na Administração Pública, concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*, 1999; Carlos Ari Sundfeld, *Direito administrativo ordenador*, 2003; Patrícia Batista, *Transformações do direito administrativo*, 2003; Marcos Juruena, *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*, 2000; Paulo Modesto, A reforma da previdência e a definição de limites de remuneração e subsídio dos agentes públicos no Brasil. In: *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*, 2004; Humberto Ávila, Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: *O direito público em tempos de crise – Estudos em homenagem a Ruy Rubem Ruschel*, 1999; Alexandre Aragão, *Agências Reguladoras*, 2002; Gustavo Binenbojm, Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: Um novo paradigma para o direito administrativo, *Revista de direito administrativo* 239:1, 2005. V. tb. Luís Roberto Barroso: Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2002; A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. In: *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003; Regime constitucional do serviço postal. Legitimidade da atuação da iniciativa privada. In: Idem; *Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática*. In: Idem; Para a formação da doutrina administravista no Brasil, preste-se a homenagem devida e merecida a Miguel Seabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 1ª edição de 1957, e Hely Lopes Meirelles, *Curso de direito administrativo brasileiro*, 1ª edição de 1964. Caio Tácito, além de escritos e inúmeros pareceres, dirige desde 1993 a Revista de Direito Administrativo, a mais antiga e prestigiosa publicação na matéria. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Elementos de direito administrativo*, 1ª edição de 1980, e, depois, *Curso de direito administrativo*, teve influência decisiva no desenvolvimento de um direito administrativo na perspectiva da cidadania e não da Administração.

⁸¹ Sobre o tema, v. Patrícia Batista, *Transformações do direito administrativo*, 2003, p. 36-7.

O direito constitucional e o direito administrativo têm origem e objetivos comuns: o advento do liberalismo e a necessidade de limitação do poder do Estado. Nada obstante, percorreram ambos trajetórias bem diversas, sob influência do paradigma francês. De fato, o direito constitucional passou o século XIX e a primeira metade do século XX associado às categorias da política, destituído de força normativa e aplicabilidade direta e imediata (v. *supra*). O direito administrativo, por sua vez, desenvolveu-se como ramo jurídico autônomo e arrebatou a disciplina da Administração Pública. A existência de uma jurisdição administrativa dissociada da atuação judicial e o prestígio do Conselho de Estado francês deram ao direito administrativo uma posição destacada no âmbito do direito público⁸², associando-o à continuidade e à estabilidade das instituições⁸³. Somente após a 2ª. Guerra Mundial, com o movimento de constitucionalização, esta situação de preeminência iria se modificar.

Não se vai reconstituir o histórico da relação entre o direito constitucional e o direito administrativo, que é feito pelos administrativistas em geral⁸⁴ e desviaria o foco da análise que aqui se quer empreender. Na quadra presente, três conjuntos de circunstâncias devem ser considerados no âmbito da constitucionalização do direito administrativo: a) a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública; b) a seqüência de transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos;

⁸² A propósito, v. o célebre artigo de Georges Vedel, *Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif*. In: *Mélanges Waline*, 1974. Sobre o tema, v. também Louis Favoreu, *La constitutionnalisation du droit*. In: Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, *La constitutionnalisation des branches du droit*, 1998, p. 182.

⁸³ V. por todos, Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 1993, p. 31. Para uma visão severamente crítica da origem e evolução do direito administrativo, v. Gustavo Binenbojm, *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*, *Revista de Direito Administrativo* 239:1, 2005.

⁸⁴ V. Patrícia Batista, *Transformações do direito administrativo*, 2003, p. 74.

c) a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias do direito administrativo. Todas elas se somam para a configuração do modelo atual, no qual diversos paradigmas estão sendo repensados ou superados.

A presença de dispositivos sobre a Administração Pública nas Constituições modernas tem início com as Cartas italiana e alemã, em precedentes que foram ampliados pelos Textos português e espanhol. A Constituição brasileira de 1988 discorre amplamente sobre a Administração Pública (v. *supra*), com censurável grau de detalhamento e contendo um verdadeiro estatuto dos servidores públicos. Nada obstante, contém algumas virtudes, como a dissociação da função administrativa da atividade de governo⁸⁵ e a enunciação expressa de princípios setoriais do direito administrativo, que na redação original eram os da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. A Emenda Constitucional nº 19, de 4.06.98, acrescentou ao elenco o princípio da eficiência⁸⁶. A propósito, a tensão entre a eficiência, de um lado, e a legitimidade democrática, de outro, é uma das marcas da Administração Pública na atualidade⁸⁷.

De parte isso, deve-se assinalar que o perfil constitucional do Estado brasileiro, nos domínios administrativo e econômico, foi alterado por um conjunto amplo de reformas econômicas, levadas a efeito por emendas e por legislação infraconstitucional, e que podem ser agrupadas em três categorias: a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro, a flexibilização de monopólios estatais e a desestatização. Tais transformações modificaram as bases sobre as quais se dava a atuação do Poder

⁸⁵ A Lei nº 9.784, de 29.01.99, que regula o processo administrativo no plano federal, enuncia como princípios da Administração Pública, dentre outros, os da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

⁸⁶ V. Luís Roberto Barroso, *Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática*. In: *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003, p. 303-4.

⁸⁷ As agências reguladoras, como categoria abstrata, não receberam disciplina constitucional. O texto da Constituição, todavia, faz menção a duas delas: a de telecomunicações (art. 21, XI) e a de petróleo (art. 177, § 2º, III).

Público, tanto no que diz respeito à prestação de serviços públicos como à exploração de atividades econômicas. A diminuição expressiva da atuação empreendedora do Estado transferiu sua responsabilidade principal para o campo da regulação e fiscalização dos serviços delegados à iniciativa privada e das atividades econômicas que exigem regime especial. Foi nesse contexto que surgiram as agências reguladoras, via institucional pela qual se consumou a mutação do papel do Estado em relação à ordem econômica⁸⁸.

Por fim, mais decisivo que tudo para a constitucionalização do direito administrativo, foi a incidência no seu domínio dos princípios constitucionais – não apenas os específicos, mas sobretudo os de caráter geral, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Também aqui, a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais⁸⁹. Dentre eles é possível destacar:

a) a redefinição da idéia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado

Em relação a este tema, deve-se fazer, em primeiro lugar, a distinção necessária entre interesse público (i) *primário* – isto é,

⁸⁸ Sobre este tema específico, v. os projetos de doutoramento de Gustavo Binenbojm, *Direitos fundamentais, democracia e Administração Pública*, 2003, e de Arícia Corrêa Fernandes, *Por uma releitura do princípio da legalidade administrativa e da reserva de Administração*, 2003, ambos apresentados ao Programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sob minha orientação. V. tb. V. Patrícia Batista, *Transformações do direito administrativo*, 2003; e Gustavo Binenbojm, Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo, *Revista de Direito Administrativo* 239:1, 2005.

⁸⁹ Esta classificação, de origem italiana, é pouco disseminada na doutrina e na jurisprudência brasileiras. V. Renato Alessi, *Sistema Istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 1960, p. 197, *apud* Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 2003, p. 57. Depois de Celso Antônio, outros autores utilizaram esta distinção. V. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, 1997, p. 429 e ss..

o interesse da sociedade, sintetizado em valores como justiça, segurança e bem-estar social – e (ii) *secundário*, que é o interesse da pessoa jurídica de direito público (União, Estados e Municípios), identificando-se com o interesse da Fazenda Pública, isto é, do erário⁹⁰. Pois bem: o interesse público secundário jamais desfrutará de uma supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular. Se ambos entrarem em rota de colisão, caberá ao intérprete proceder à ponderação desses interesses, à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto⁹¹.

b) a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária

Supera-se, aqui, a idéia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem.

⁹⁰ Para um aprofundamento dessa discussão, v. meu prefácio ao livro de Daniel Sarmiento (org.), *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*, 2005. V. tb., naturalmente, o próprio livro, do qual constam textos de grande valia sobre o tema, escritos por Humberto Ávila, Paulo Ricardo Schier, Gustavo Binenbojm, Daniel Sarmiento e Alexandre Aragão. O texto de Humberto Ávila foi pioneiro na discussão da matéria. Sob outro enfoque, merece referência o trabalho de Fábio Medina Osório, *Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito brasileiro?*, *Revista de Direito Administrativo* 220:107, 2000.

⁹¹ Sobre princípios constitucionais da Administração Pública, v. Carmen Lúcia Antunes Rocha, *Princípios constitucionais da Administração Pública*, 1994; Romeu Bacellar, *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*, 1998; Juarez Freitas, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 1999; Ruy Samuel Espíndola, *Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: Anotações em torno de questões contemporâneas*, *Interesse Público* 21:57, 2003.

c) a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo

O conhecimento convencional em matéria de controle jurisdicional do ato administrativo limitava a cognição dos juízes e tribunais aos aspectos da legalidade do ato (competência, forma e finalidade) e não do seu mérito (motivo e objeto), aí incluídas a conveniência e oportunidade de sua prática. Já não se passa mais assim. Não apenas os princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade permitem o controle da discricionariedade administrativa (observando-se, naturalmente, a contenção e a prudência, para que não se substitua a discricionariedade do administrador pela do juiz)⁹².

Um último comentário se impõe nesse passo. Há autores que se referem à mudança de alguns paradigmas tradicionais do direito administrativo como caracterizadores de uma *privatização do direito público*, que passa a estar submetido, por exemplo, a algumas categorias do direito das obrigações. Seria, de certa forma, a mão inversa da *publicização do direito privado*. Na verdade, é a aplicação de princípios constitucionais que leva determinados institutos de direito público para o direito privado e, simetricamente, traz institutos de direito privado para o direito público. O fenômeno

⁹² Não é possível aprofundar o tema, que é rico e intrincado, sem um desvio que seria inevitavelmente longo e descabido nas circunstâncias. Vejam-se, sobre a questão: Pietro Perlingieri, *Perfis de direito civil*, 1997, p. 17; Maria Celina Bodin de Moraes, A caminho de um direito civil constitucional, *Revista de Direito Civil* 65:23, 1993, p. 25; e Gustavo Tepedino, Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*, 2004, p. 19: “Daí a inevitável alteração dos confins entre o direito público e o direito privado, de tal sorte que a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado. Em outras palavras, pode-se provavelmente determinar os campos do direito público ou do direito privado pela prevalência do interesse público ou do interesse privado, não já pela inexistência de intervenção pública nas atividades de direito privado ou pela exclusão da participação do cidadão nas esferas da administração pública. A alteração tem enorme significado hermenêutico, e é preciso que venha a ser absorvida pelos operadores”.

em questão, portanto, não é nem de publicização de um, nem de privatização de outro, mas de constitucionalização de ambos. Daí resulta uma diluição do rigor da dualidade direito público-direito privado, produzindo áreas de confluência e fazendo com que a distinção passe a ser antes quantitativa do que qualitativa⁹³

9.3. Direito penal

A repercussão do direito constitucional sobre a disciplina legal dos crimes e das penas é ampla, direta e imediata, embora não tenha sido explorada de maneira abrangente e sistemática pela doutrina especializada. A Constituição tem impacto sobre a validade e a interpretação das normas de direito penal, bem como sobre a produção legislativa na matéria. Em primeiro lugar, pela previsão de um amplo catálogo de garantias, inserido no art. 5º (v. *supra*). Além disso, o texto constitucional impõe ao legislador o dever de criminalizar determinadas condutas⁹⁴, assim como impede a criminalização de outras⁹⁵. Adicione-se a circunstância de que algumas tipificações previamente existentes são questionáveis à luz dos novos valores constitucionais ou da transformação dos costumes⁹⁶, assim como podem ser

⁹³ Como, por exemplo, nos casos de racismo, tortura, ação de grupos armados contra a ordem constitucional, crimes ambientais e violência contra a criança, dentre outras referências expressas. V. arts. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV, 7º, X, 225, § 3º e 227, § 4º.

⁹⁴ Como por exemplo: "Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos"; "Art. 5º. (...) XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização (...); XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar".

⁹⁵ É o caso de tipos previstos no Código Penal (CP), como os de sedução (art. 217), adultério (art. 240) ou de escrito obsceno, assim descrito: "Art. 234. Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa".

⁹⁶ Duas decisões do Supremo Tribunal Federal exemplificam o argumento. Na primeira, concedeu-se *habeas corpus* em favor de um jovem acusado de estupro,

excepcionadas em algumas de suas incidências concretas, se provocarem resultado constitucionalmente indesejável⁹⁷.

A constitucionalização do direito penal suscita um conjunto instigante e controvertido de idéias, a serem submetidas ao debate doutrinário e à consideração da jurisprudência. Boa parte do pensamento jurídico descrê das potencialidades das penas privativas de liberdade, que somente deveriam ser empregadas em hipóteses extremas, quando não houvesse meios alternativos eficazes para a proteção dos interesses constitucionalmente relevantes⁹⁸. Os bens jurídicos

por haver mantido relação sexual com uma menina de 12 anos. Por maioria, decidiu a Corte que a presunção de violência do art. 224 do CP é relativa e que o crime não se configurava, à vista de elementos do caso concreto – consentimento da vítima e sua aparência de ter mais de 14 anos – que tornariam extremamente injusta a aplicação literal do dispositivo do Código Penal (STF, DJU 20 set. 1996, HC 73662-MG, Rel. Min. Marco Aurélio). Num outro caso, a Corte trancou a ação penal promovida contra ex-Prefeita Municipal, pela contratação de boa-fé, mas sem concurso público, de um único gari. O fundamento utilizado foi a *insignificância jurídica do ato apontado como delituoso, gerando falta de justa causa para a ação penal* (STF, DJU 11 set. 1998, HC 77003-4, Rel. Min. Marco Aurélio). Sobre o tema da interpretação conforme a equidade, de modo a evitar a incidência iníqua de determinada regra, v. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005.

⁹⁷ O presente parágrafo beneficia-se da discussão de idéias trazidas por Valéria Caldi de Magalhães, *Constitucionalização do direito e controle de constitucionalidade das leis penais: Algumas considerações*, mimeografado, 2005, trabalho de final de curso apresentado na disciplina *Interpretação Constitucional*, do Programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Averbou a autora: “Ao mesmo tempo em que o funda e autoriza, a Constituição reduz e limita o direito penal, na medida em que só autoriza a criminalização de condutas que atinjam de modo sensível um bem jurídico essencial para a vida em comunidade. Este é o papel do direito penal: atuar como última *ratio*, quando seja absolutamente necessário e não haja outros mecanismos de controle social aptos a impedir ou punir aquelas lesões”.

⁹⁸ Lênio Luiz Streck e Luciano Feldens, *Crime e Constituição*, 2003, p. 44-5: “No campo do Direito Penal, em face dos objetivos do Estado Democrático de Direito estabelecidos expressamente na Constituição (erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e regionais, direito à saúde, proteção do meio-ambiente, proteção integral à criança e ao adolescente, etc.), os delitos que devem ser penalizados com (maior) rigor são exatamente aqueles que, de uma maneira ou

constitucionais obedecem a uma ordenação hierárquica, de modo que a gravidade da punição deve ser graduada em função dessa lógica⁹⁹. A disciplina jurídica dada a determinada infração ou a pena aplicável não deve *ir além* nem tampouco *ficar aquém* do necessário à proteção dos valores constitucionais em questão. No primeiro caso, haverá inconstitucionalidade por falta de razoabilidade ou proporcionalidade¹⁰⁰; no segundo, por omissão em atuar na forma reclamada pela Constituição¹⁰¹.

outra, obstaculizam? dificultam? impedem a concretização dos objetivos do Estado Social e Democrático. Entendemos ser possível, assim, afirmar que os crimes de sonegação de tributos, lavagem de dinheiro e corrupção (para citar apenas alguns) merecem do legislador um tratamento mais severo que os crimes que dizem respeito às relações meramente interindividuais (desde que cometidos sem violência ou grave ameaça)”.

⁹⁹ É o caso da disciplina penal dada pela Lei nº 9.677/98 (Lei dos Remédios) à adulteração de cosméticos. O delito é equiparado à adulteração de medicamentos que, por sua vez, prevê penas mínimas superiores à do crime de homicídio para a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (CP, art. 273 e § 1º, a). Sobre o tema, v. Miguel Reale Júnior, A inconstitucionalidade da Lei dos Remédios, *Revista dos Tribunais* 763:415, 1999. Outro exemplo é o da Lei nº 9.437/97, que em seu art. 10 pune com penas idênticas o porte de arma de fogo e o porte de arma de brinquedo. Sobre a proporcionalidade no âmbito do direito penal, v. Ingo Sarlet, Constituição e proporcionalidade: O direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência, *Revista de Estudos Criminais* 12:86, 2003.

¹⁰⁰ Valéria Caldi de Magalhães, *Constitucionalização do direito e controle de constitucionalidade das leis penais: algumas considerações*, mimeografado, 2005, p. 15, considera de “duvidosa constitucionalidade” a previsão legal de extinção da punibilidade de crimes contra a ordem tributária, em razão do pagamento do tributo antes e, até mesmo, após o recebimento da denúncia. A matéria é disciplinada pelo art. 34 da Lei nº 9.249/95 e pelo art. 9º da Lei nº 10.684/2003.

¹⁰¹ STF, ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio. Por 7 votos a 4, o STF decidiu conhecer da ação e apreciar-lhe o mérito. Alguns dos argumentos apresentados pela autora da ação, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde foram os seguintes: (i) atipicidade do fato: pelo direito positivo brasileiro, a vida se extingue pela morte encefálica; o feto anencefálico não chega sequer a ter vida cerebral (princípio da legalidade); (ii) exclusão da punibilidade: o Código Penal determina a não punição nos casos de risco de morte para a mãe e de estupro; tais situações, por envolverem feto com potencialidade de vida, são mais drásticas do que a da anencefalia, que só não foi prevista expressamente por inexistirem recursos

Uma hipótese específica de constitucionalização do direito penal suscitou candente debate na sociedade e no Supremo Tribunal Federal: a da legitimidade ou não da interrupção da gestação nas hipóteses de feto anencefálico. Na ação constitucional ajuizada pediu-se a interpretação conforme a Constituição dos dispositivos do Código Penal que tipificam o crime de aborto, para declarar sua não incidência naquela situação de inviabilidade fetal. A grande questão teórica em discussão era a de saber se, ao declarar a não incidência do Código Penal a uma determinada situação, porque isso provocaria um resultado inconstitucional, estaria o STF interpretando a Constituição – que é o seu papel – ou criando uma nova hipótese de não punibilidade do aborto, em invasão da competência do legislador¹⁰².

Não é propósito desse estudo, voltado para uma análise panorâmica, percorrer caso a caso o impacto da Constituição sobre os diferentes segmentos do Direito. A constitucionalização, como já observado, manifesta-se de maneira difusa pelos diferentes domínios, ainda que em graus variados. As idéias gerais apresentadas são válidas, portanto, para todos os ramos, aí incluídos o direito do trabalho, o direito comercial, o direito ambiental, o direito processual e assim por diante.

10. Constitucionalização e judicialização das relações sociais

A constitucionalização, na linha do argumento aqui desenvolvido, expressa a irradiação dos valores constitucionais

tecnológicos de diagnóstico, quando da elaboração do Código Penal, em 1940 (interpretação evolutiva); (iii) violação do princípio da dignidade da pessoa humana, tanto na versão da integridade física quanto psíquica, pela imposição de sofrimento imenso e inútil à mulher, obrigando-a a levar a termo uma gestação inviável

¹⁰² A Constituição de 1988 manteve o sistema eclético, híbrido ou misto, combinando o controle *por via incidental e difuso* (sistema americano), que vinha desde o início da República, com o controle *por via principal e concentrado*, implantado com a EC nº 16/65 (sistema continental europeu). V. Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2004.

pelo sistema jurídico. Esta difusão da Lei Maior pelo ordenamento se dá por via da jurisdição constitucional, que abrange a aplicação direta da Constituição a determinadas questões; a declaração de inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis; e a interpretação conforme a Constituição, para atribuição de sentido às normas jurídicas em geral. No caso brasileiro, deve-se enfatizar, a jurisdição constitucional é exercida amplamente: do juiz estadual ao Supremo Tribunal Federal, todos interpretam a Constituição, podendo, inclusive, recusar aplicação à lei ou outro ato normativo que considerem inconstitucional¹⁰³.

Ao lado desse exercício amplo de jurisdição constitucional, há um outro fenômeno que merece ser destacado. Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo. Isso conduz a um último desenvolvimento de natureza política, que é considerado no parágrafo abaixo.

Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal

¹⁰³ O tema é ainda pouco explorado na doutrina. V., em entanto, o trabalho-pesquisa elaborado por Luiz Werneck Vianna, Maria Alice de Carvalho, Manuel Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, 1999. E também, para duas visões diversas, Luiz Werneck Vianna (org.), *A democracia e os três Poderes no Brasil*, 2002, e Rogério Bastos Arantes, *Ministério Público e política no Brasil*, 2002. Para uma análise crítica desses dois trabalhos, v. Débora Alves Maciel e Andrei Koerner, Sentidos da judicialização da política: Duas análises, *Lua Nova* 57:113, 2002.

circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes.

Pois bem: em razão desse conjunto de fatores – constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário –, verificou-se no Brasil uma expressiva *judicialização* de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final¹⁰⁴. Vejam-se abaixo, ilustrativamente, alguns dos temas e casos que foram objeto de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal ou de outros tribunais, em período recente:

(i) Políticas públicas: a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição dos inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça);

(ii) Relações entre Poderes: determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebra de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal;

(iii) Direitos fundamentais: legitimidade da interrupção da gestação em certas hipóteses de inviabilidade fetal;

¹⁰⁴ No direito comparado, no qual o tema é discutido de longa data, v., exemplificativamente: Hamilton, Madison e Jay, *The federalist papers*, 1981 (a publicação original foi entre 1787 e 1788), especialmente *O Federalista n° 78*; John Marshall, voto em *Marbury v. Madison* [5 U.S. (1 Cranch)], 1803; Hans Kelsen, *Quién debe ser el defensor de la Constitución*, 1931; Carl Schmitt, *La defensa de la constitución*, 1931; John Hart Ely, *Democracy and distrust*, 1980; Alexander Bickel, *The least dangerous branch*, 1986; Ronald Dworkin, *A matter of principle*, 1985; John Rawls, *A theory of justice*, 1999; Jürgen Habermas, *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*, 1989; Bruce Ackerman, *We the people: Foundations*, 1993; Carlos Santiago Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa*, 1997. Na literatura nacional mais recente, vejam-se: Bianca Stamato Fernandes, *Jurisdição constitucional*, 2005; Gustavo Binenbojm, *A nova jurisdição constitucional brasileira*, 2004; Cláudio de Souza Pereira Neto, *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*, 2002; José Adércio Leite Sampaio, *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, 2002.

(iv) Questões do dia-a-dia das pessoas: legalidade da cobrança de assinaturas telefônicas, a majoração do valor das passagens de transporte coletivo ou a fixação do valor máximo de reajuste de mensalidade de planos de saúde.

Os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são, como se sabe, *jurídicos*, mas a natureza de sua função é inegavelmente *política*, aspecto que é reforçado pela exemplificação acima. Sem embargo de desempenhar um poder político, o Judiciário tem características diversas das dos outros Poderes. É que seus membros não são investidos por critérios eletivos nem por processos majoritários. E é bom que seja assim. A maior parte dos países do mundo reserva uma parcela de poder para que seja desempenhado por agentes públicos selecionados com base no mérito e no conhecimento específico. Idealmente preservado das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis. Mas o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade.

Nesse ponto se coloca uma questão que só mais recentemente vem despertando o interesse da doutrina no Brasil, que é a da legitimidade democrática da função judicial, suas possibilidades e limites. Relativamente ao controle de constitucionalidade das normas, já há alguma literatura recente¹⁰⁵. No tocante ao controle de constitucionalidade de políticas públicas, o tema só agora começa a ser desbravado¹⁰⁶. Vale a pena investir uma energia final nessa matéria.

¹⁰⁵ V. Ana Paula de Barcellos, Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, *Revista de direito administrativo* 240, 2005; e Marcos Maselli Pinheiro Gouvêa, *O controle judicial das omissões administrativas*, 2003. Abordagens iniciais da questão podem ser encontradas em Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2003; e Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2004.

¹⁰⁶ A expressão “dificuldade contra-majoritária” (*the counter-majoritarian difficulty*) foi cunhada por Alexander Bickel, *The least dangerous branch*, 1986, p. 16, cuja 1ª edição é de 1962.

Em sentido amplo, a jurisdição constitucional envolve a interpretação e aplicação da Constituição, tendo como uma de suas principais expressões o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. No Brasil, esta possibilidade vem desde a primeira Constituição republicana (controle incidental e difuso), tendo sido ampliada após a Emenda Constitucional nº 16⁷ 65 (controle principal e concentrado). A existência de fundamento normativo expresso, aliada a outras circunstâncias, adiou o debate no país acerca da legitimidade do desempenho pela corte constitucional de um papel normalmente referido como *contra-majoritário*¹⁰⁷: órgãos e agentes públicos não eleitos têm o poder de afastar ou conformar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular.

Ao longo dos últimos dois séculos, impuseram-se doutrinariamente duas grandes linhas de justificação desse papel das supremas cortes? tribunais constitucionais. A primeira, mais tradicional, assenta raízes na soberania popular e na separação de Poderes: a Constituição, expressão maior da vontade do povo, deve prevalecer sobre as leis, manifestações das maiorias parlamentares. Cabe assim ao Judiciário, no desempenho de sua função de aplicar o Direito, afirmar tal supremacia, negando validade à lei inconstitucional. A segunda, que lida com a realidade mais complexa da nova interpretação jurídica, procura legitimar o desempenho do controle de constitucionalidade em outro fundamento: a preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado democrático. Ao juiz constitucional cabe assegurar determinados valores substantivos e a observância dos procedimentos adequados de participação e deliberação¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Sobre o tema, vejam-se Cláudio Pereira de Souza Neto, *Jurisdição, democracia e racionalidade prática*, 2002; José Adércio Leite Sampaio, *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, 2002; Bianca Stamato, *Jurisdição constitucional*, 2005.

¹⁰⁸ V., especialmente, Ana Paula de Barcellos, Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, *Revista de direito administrativo* 240, 2005. Em duas passagens, sintetiza a autora, de maneira feliz, os dois pólos da questão: "Em um Estado democrático, não se pode pretender que a Constituição invada o espaço da política em uma versão de substancialismo radical e elitista, em que as decisões políticas são transferidas, do povo e de seus representantes,

A questão do controle das políticas públicas envolve, igualmente, a demarcação do limite adequado entre matéria constitucional e matéria a ser submetida ao processo político majoritário. Por um lado, a Constituição protege os direitos fundamentais e determina a adoção de políticas públicas aptas a realizá-los. Por outro, atribuiu as decisões sobre o investimento de recursos e as opções políticas a serem perseguidas a cada tempo aos Poderes Legislativo e Executivo. Para assegurar a supremacia da Constituição, mas não a hegemonia judicial, a doutrina começa a voltar sua atenção para o desenvolvimento de parâmetros objetivos de controle de políticas públicas¹⁰⁹.

O papel do Judiciário, em geral, e do Supremo Tribunal, em particular, na interpretação e na efetivação da Constituição, é o combustível de um debate permanente na teoria filosofia¹¹⁰

para os reis filósofos da atualidade: os juristas e operadores do direito em geral”. Porém de outra parte: “Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas *jurídicas*, dotadas de *superioridade* hierárquica e de *centralidade* no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas – que irá ou não realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma: não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo” (grifos no original).

¹⁰⁹ Os conceitos de teoria e de filosofia constitucional não se confundem, mas vêm se aproximando, como notou Cláudio Pereira de Souza Neto, *A teoria constitucional e seus lugares específicos: Notas sobre o aporte reconstrutivo*. In: *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*, 2005, p. 87 e ss.: “Tradicionalmente, a teoria da constituição se destinava à identificação, análise e descrição do que ‘é’ uma constituição. Hoje, contudo, abrange também o campo das indagações que versem sobre o que a constituição ‘deve ser’, *i. e.*, incorpora dimensões racional-normativas, as quais se situam na seara do que se vem denominando ‘filosofia constitucional’”.

¹¹⁰ Em *Dred Scott vs. Sandford* [60 U.S. (10 How.) 393], julgado em 1857, a Suprema Corte considerou serem inconstitucionais tanto as leis estaduais como as federais que pretendessem conferir cidadania aos negros, que eram vistos como seres inferiores e não tinham proteção constitucional. Na mais condenada decisão do constitucionalismo americano, a Suprema Corte alinhou-se com a defesa da escravidão. Muitos anos se passaram até que o Tribunal recuperasse sua autoridade moral e política. V. Nowack, Rotunda e Young, *Constitutional law*, 2000, p. 687.

constitucional contemporânea, pelo mundo afora. Como as nuvens, o tema tem percorrido trajetórias variáveis, em função de ventos circunstanciais, e tem assumido formas as mais diversas: ativismo *versus* contenção judicial; interpretativismo *versus* não-interpretativismo; constitucionalismo popular *versus* supremacia judicial. A terminologia acima deixa traçar a origem do debate: a discussão existente sobre a matéria nos Estados Unidos, desde os primórdios do constitucionalismo naquele país. A seguir uma palavra sobre a experiência americana.

A atuação pró-ativa da Suprema Corte, no início da experiência constitucional americana, foi uma bandeira do pensamento conservador. Não há surpresa nisso: ali se encontrou apoio para a política da segregação racial¹¹¹ e para a invalidação das leis sociais em geral¹¹², culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte¹¹³. A situação se inverteu

¹¹¹ A partir do final do século XIX, a Suprema Corte fez-se intérprete do pensamento liberal, fundado na idéia do *laissez faire*, pelo qual o desenvolvimento é melhor fomentado com a menor interferência possível do Poder Público. A decisão que melhor simbolizou esse período foi proferida em 1905 no caso *Lochner vs. New York* (198 U.S. 45), na qual, em nome da liberdade de contrato, considerou-se inconstitucional uma lei de Nova York que limitava a jornada de trabalho dos padeiros. Sob o mesmo fundamento, a Suprema Corte invalidou inúmeras outras leis. Esse período ficou conhecido como era *Lochner*.

¹¹² Eleito em 1932, após a crise de 1929, Franklin Roosevelt deflagrou o *New Deal*, programa econômico e social caracterizado pela intervenção do Estado no domínio econômico e pela edição de ampla legislação social. Com base na doutrina desenvolvida na era *Lochner*, a Suprema Corte passou a declarar inconstitucionais tais leis, gerando um confronto com o Executivo. Roosevelt chegou a enviar um projeto de lei ao Congresso, ampliando a composição da Corte – *Court-packing plan* –, que não foi aprovado. A Suprema Corte, no entanto, veio a mudar sua orientação e abdicou do exame do mérito das normas de cunho econômico e social, tendo por marco a decisão proferida em *West Coast vs. Parrish* (300 U.S. 379), datada de 1937.

¹¹³ Veja-se o registro dessa mudança em Larry D. Kramer, *Popular constitutionalism*, circa 2004, *California Law Review* 92:959, 2004, p. 964-5: “(The Warren Court), for the first time in American history, gave progressives a reason to see the judiciary as a friend rather than a foe. This had never been a problem for conservatives. Going all the way back to the Federalist era, conservatives had

completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, nas presidências Warren e Burger, produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais¹¹⁴, incluindo negros, presos e mulheres, bem como questões relativas a privacidade e aborto¹¹⁵.

Pelos anos seguintes, o debate central na teoria constitucional norte-americana contrapôs, de um lado, liberais (ou progressistas), favoráveis ao *judicial review* e a algum grau de ativismo judicial, e, de outro, conservadores, favoráveis à auto-contenção judicial e a teorias como originalismo e não-interpretativismo¹¹⁶. De algum tempo para cá, em razão do amplo

always embraced an idea of broad judicial authority, including judicial supremacy, and they continued to do so after Chief Justice Warren took over. For them, the problem with the Warren Court was simply that its decisions were wrong. (...) Beginning with Robert Bork's 1968 attack on the Court in *Fortune Magazine*, many conservatives started to assail the Court using the traditionally liberal rhetoric of countermajoritarianism”.

¹¹⁴ Earl Warren presidiu a Suprema Corte de 1953 a 1969; Warren Burger, de 1969 a 1986. Algumas decisões emblemáticas desses períodos foram: *Brown vs. Board of Education* (1954), que considerou inconstitucional a política de segregação racial nas escolas públicas; *Griswold vs. Connecticut* (1965), que invalidou lei estadual que incriminava o uso de pílula anticoncepcional, reconhecendo um direito implícito à privacidade; e *Roe vs. Wade* (1973), que considerou inconstitucional lei estadual que criminalizava o aborto, mesmo que antes do terceiro mês de gestação. No domínio do processo penal, foram proferidas as decisões marcantes já mencionadas (v. *supra*), em casos como *Gideon vs. Wainwright* (1963) e *Miranda vs. Arizona* (1966)

¹¹⁵ A crítica de viés conservador, estimulada por longo período de governos republicanos, veio embalada por uma corrente doutrinária denominada de *originalismo*, defensora da idéia pouco consistente de que a interpretação constitucional deveria ater-se à intenção original dos criadores da Constituição. Sobre o tema, v. Robert Bork, *The tempting of America*, 1990, e William Rehnquist, *The notion of a living Constitution*, *Texas Law Review* 54:693, 1976. Em sentido oposto, v. Morton J. Horwitz, *Foreword: the Constitution of change: legal fundamentality without fundamentalism*, *Harvard Law Review* 107:30, 1993, e Laurence Tribe, *American constitutional law*, 2000, p. 302 e s. Para uma análise ampla dessa temática em língua portuguesa, v. Bianca Stamato, *Jurisdição constitucional*, 2005.

¹¹⁶ Vejam-se alguns textos escritos nos últimos anos. Em favor do “popular

predomínio republicano e conservador, com reflexos na jurisprudência da Suprema Corte, alguns juristas liberais vêm questionando o que denominam “supremacia judicial” e defendendo um ainda impreciso constitucionalismo popular, com a “retirada da Constituição dos tribunais”¹¹⁷.

O debate, na sua essência, é universal e gravita em torno das tensões e superposições entre constitucionalismo e democracia. É bem de ver, no entanto, que a idéia de democracia não se resume ao princípio majoritário, ao governo da maioria. Há outros princípios a serem preservados e há direitos da minoria a serem respeitados. Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado¹¹⁸. No geral, o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o

constitutionalism”, v.: Larry D. Kramer, *The people themselves: Popular constitutionalism and judicial review*, 2004; Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the courts*, 1999; Jeremy Waldron, *The dignity of legislation*, 1999; Richard D. Parker, “Here the people rule”: *A popular constitutionalist manifest*, 1994. Em defesa do “judicial review”, v.: Christopher L. Eisgruber’s, *Constitutional self-government*, 2001; Erwin Chemerinsky, In defense of judicial review: A reply to professor Kramer, *California Law Review* 92:1013, 2004; Frederick Schauer, Judicial supremacy and the modest Constitution, *California Law Review* 92: 1045.

¹¹⁷ Christopher L. Eisgruber, Constitutional self-government and judicial review: A reply to five critics, *University of San Francisco Law Review* 37:115, 2002, p. 119-31.

¹¹⁸ A jurisdição constitucional legitimou-se, historicamente, pelo inestimável serviço prestado às duas idéias centrais que se fundiram para criar o moderno Estado democrático de direito: constitucionalismo (i.e., poder limitado e respeito aos direitos fundamentais) e democracia (soberania popular e governo da maioria). O papel da corte constitucional é assegurar que todos estes elementos convivam em harmonia, cabendo-lhe, ademais, a atribuição delicada de estancar a vontade da maioria quando atrepele o procedimento democrático ou vulnere direitos fundamentais da minoria. Um bom exemplo foi a decisão do STF reconhecendo o direito público subjetivo, assegurado às minorias legislativas, de ver instaurada Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI dos Bingos). Diante da inércia dos líderes partidários em indicar representantes de suas agremiações, a Corte concedeu mandado de segurança para que o próprio Presidente do Senado designasse os nomes faltantes. V. *Inf. STF 393*, MS 24.831, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22 jun. 2005.

Judiciário para preservá-los¹¹⁹. O *deficit* democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contra-majoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação.

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *deficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais¹²⁰. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional.

No Brasil, só mais recentemente se começam a produzir estudos acerca do ponto de equilíbrio entre supremacia da Constituição, interpretação constitucional pelo Judiciário e

¹¹⁹ V. Vital Moreira, O futuro da Constituição. In: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho, *Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, 2001, p. 323: "Na fórmula constitucional primordial, 'todo poder reside no povo'. Mas a verdade é que, na reformulação de Sternberger, 'nem todo o poder vem do povo'. Há o poder econômico, o poder mediático, o poder das corporações sectoriais. E por vezes estes poderes sobrepõem-se ao poder do povo".

¹²⁰ Luís Roberto Barroso, Disciplina legal dos direitos do acionista minoritário e do preferencialista. Constituição e espaços de atuação legítima do Legislativo e do Judiciário. In: *Temas de direito constitucional*, t. III, 2005, p. 314-5: "Como já referido, porém, a Constituição não ocupa, nem pode pretender ocupar todos os espaços jurídicos dentro do Estado, sob pena de asfixiar o exercício democrático dos povos em cada momento histórico. Respeitadas as regras constitucionais e dentro do espaço de sentido possível dos princípios constitucionais, o Legislativo está livre para fazer as escolhas que lhe pareçam melhores e mais consistentes com os anseios da população que o elegeu.

processo político majoritário. O texto prolixo da Constituição, a disfuncionalidade do Judiciário e a crise de legitimidade que envolve o Executivo e o Legislativo tornam a tarefa complexa. Os diversos outros ingredientes da vivência brasileira espantam os riscos de tédio ou marasmo, embora provoquem sustos paralisantes. A difícil tarefa de construir as instituições de um país que se atrasou na história exige energia, idealismo e imunização contra a amargura. Não adianta: ninguém escapa do seu próprio tempo.

11. Conclusão

O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.

Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance. A constitucionalização, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais.

Tal fato potencializa a importância do debate, na teoria constitucional, acerca do equilíbrio que deve haver entre supremacia constitucional, interpretação judicial da Constituição e processo político majoritário. As circunstâncias brasileiras, na quadra atual, reforçam o papel do Supremo Tribunal Federal,

inclusive em razão da crise de legitimidade por que passam o Legislativo e o Executivo, não apenas como um fenômeno conjuntural, mas como uma crônica disfunção institucional.

O crime de embriaguez ao volante do artigo 306 da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro)

*Edna Lima de Souza **

*Ó espírito invisível do vinho – já que não tens nome – eu
te chamarei de demônio. (William Shakespeare)*

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. A embriaguez. 2.1. Definição da palavra embriaguez. 3. Análise do artigo 306 do CTB. 3.1. Elementos do tipo penal. 3.2. Influência de álcool ou substância de efeitos análogos. 3.3. Natureza do crime. 3.4. Derrogação do art. 34 da LCP. 4. Aplicação do artigo 306 do CTB. 4.1 Ação penal. 4.2. Penalidades previstas. 4.3. Teste de alcoolemia. 4.4. Fiança. 5. Medidas despenalizadoras da Lei n. 9.099/95. 5.1. Transação penal. 5.2. Suspensão condicional do processo. 6. Conclusão.

1. Considerações iniciais

Entrou em vigor, em 23 de janeiro de 1998, o Código de Trânsito Brasileiro (CTB), instituído pela Lei No. 9.503, de 23 de setembro de 1997, que, em alguns pontos, seguiu os novos rumos traçados pelos preceitos do Direito Penal mínimo e pelo princípio da lesividade.

Além de estabelecer novas regras para o tráfego terrestre, o CTB criou novos tipos penais e recriou alguns que já existiam no Código Penal e na Lei de Contravenções Penais (LCP), provocando, assim, muitas discussões doutrinárias. Dentre elas, destacam-se estudos sobre o artigo 306 do novo Código, que já obrigou muita gente a gastar tinta para esclarecer os seus

* Promotora de Justiça do Amazonas. Titular da Promotoria de Justiça Especializada em Delitos do Trânsito. Pós-graduada – Lato Sensu em Direito Penal e Processual Penal (Universidade Cândido Mendes – RJ) e Direito Ambiental (UFAM).

posicionamentos.

A discussão doutrinária gira em torno da contravenção penal do artigo 34 (direção perigosa - embriaguez), que era tratada como infração de perigo abstrato, enquanto o CTB passou a exigir a comprovação de **perigo efetivo de dano**.

Porém, a dúvida maior refere-se à revogação ou não do artigo 34 da LCP (direção perigosa) face à redação do artigo 306, do CTB, que, além de regular a mesma infração, acrescentou a elementar **expondo a dano potencial a incolumidade de outrem**.

Daí surgiu outra questão que diz respeito à natureza do crime, se se trata de crime de perigo abstrato ou de perigo concreto.

Nessa linha, a conduta típica do artigo 306 do CTB, segundo Damásio de Jesus, "*consiste em conduzir veículo na via pública, sob a influência de substância inebriante, de forma anormal, expondo a segurança alheia a perigo de dano (perigo coletivo)*." (Crimes de Trânsito, Saraiva, 1998, p. 147)

Não se tem a intenção de esgotar o tema, porém faz-se um estudo sobre o crime denominado "Embriaguez ao Volante", à luz do Código de Trânsito Brasileiro, para introduzir os objetivos centrais que são apresentar comentários de vários doutrinadores acerca do questionamento que se tem levantado quanto à derrogação do artigo 34 da Lei de Contravenções Penais, a partir da vigência do Código de Trânsito Brasileiro; aplicação de medidas despenalizadoras; arbitramento de fiança etc.

Esse trabalho é mais uma fonte de consulta, fornecendo informações sobre o crime de embriaguez ao volante previsto no Código de Trânsito Brasileiro e a aplicação das penalidades ali impostas.

2. A embriaguez

Quando se fala em embriaguez, logo associa-se o termo 'as palavras álcool, bebida alcoólica, alcoolismo, alcoólatras etc., e estas lembram, sem dúvida, comportamentos anti-sociais

(desrespeito, ameaças, brigas, contendas, confusões etc), e choro, e dor, e tristeza, e morte.

O **hábito** de ingerir bebida alcoólica e a **dependência** dessa droga são os dois requisitos que se leva em conta para enquadrar um indivíduo como alcoólatra, conforme se depreende do conceito de alcoólatra apresentado pela Organização Mundial de Saúde (OMS ou WHO):

Alcoólatras são bebedores excessivos, cuja dependência do álcool chega a ponto de acarretar-lhes perturbações mentais evidentes, manifestações afetando a saúde física e mental, suas relações individuais, seu comportamento sócio-econômico ou pródomos de perturbações desse gênero e que, por isso, necessitam de tratamento. (Curso básico de medicina legal, RT, 1991, p. 381)

Importante para o estudo é destacar os tipos de bebida mais consumidos por usuários de álcool e como tais indivíduos são classificados: **Enolistas**: servem-se de bebidas fermentadas, como cervejas, vinho, chope etc; **Etilistas**: usam bebidas destiladas, como cachaça, uísque, gin etc; e **Absintistas**: preferem bebidas aromáticas, como absinto, licores etc.

Ressalta-se que o teor alcoólico das bebidas fermentadas aumenta 5 a 20% progressivamente em relação aos destilados que é de 40 a 60%, e os aromáticos no percentual acima de 60%. (op. cit. p. 382)

2.1. Definição da palavra embriaguez

A palavra **embriaguez**, segundo o dicionário escolar da língua portuguesa, significa “ebriedade, bebedeira, inebriamento, êxtase, enlevação.” (p. 466)

Odon Ramos Maranhão denomina **embriaguez simples (ou fisiológica)** “a intoxicação por álcool etílico, de caráter agudo, em que os fenômenos tóxicos guardam certa relação com a quantidade de bebida ingerida”, a qual tem sido considerada como típica e usada para descrição dos fenômenos próprios do alcoolismo, não se

levando em conta os de caráter crônico. Ensina, também, que a embriaguez classifica-se em três períodos: a fase eufórica, a agitada e a comatosa. Veja-se a característica de cada uma:

Fase eufórica - as funções intelectuais mostram-se excitados e o paciente particularmente eufórico. A vontade e a auto-crítica mostram-se rebaixadas. A capacidade de julgamento se compromete. (...) é possível que o bebedor faça confissões ou revele segredos que pretende guardar (ocorre certo desmascaramento).

Fase agitada (período médico-legal) - Caracteriza-se pelas perturbações psicossensoriais profundas. Estas são responsáveis por acidentes ou infrações penais (atos anti-sociais). Alteram-se as funções intelectuais, o juízo crítico, a atenção, a memória. (...) Há perda de equilíbrio e a pessoa marcha de modo incoordenado (marcha ebriosa) ou se desequilibra caindo em variadas condições (ferimentos variados).

Fase comatosa - inicialmente há sono e o coma se instala progressivamente. Pode ocorrer espurcícia, por relaxamento dos esfíncteres e vômito, conseqüente à náusea. Depois sobrevém anestesia profunda, abolição dos reflexos, paralisia e hipotermia. O estado comatoso pode se tornar irreversível (mortal). (Curso básico de medicina legal, RT, 1991, pp. 383 a 385)

Sob a ótica da fisiopatologia, o referido autor leciona que, geralmente, o álcool é introduzido no organismo por via digestiva, contudo, poderá ocorrer por via respiratória (intoxicações profissionais), por via cutânea e raramente por via intravenosa (medidas tarapêuticas ou anestésicas). Chegando ao estômago, rapidamente passa ao sangue, mediante simples mecanismo de difusão, afetando todos os órgãos (cérebro, glândulas genitais etc), vísceras (fígado, rins), tecidos e humores (líquido céfalo-raquidiano, amniótico etc) e as secreções e excreções (leite, saliva, esperma, urina). A defesa do organismo se processa por oxidação (mais de 90%) e excreção (de 2 a 10%). Somente uma pequena parte é eliminada pelos rins, ou seja, cerca de 3% e a outra pelo aparelho respiratório (2 a 4%). O organismo

humano, até onze horas após o consumo, elimina 70% do álcool ingerido e antes das vinte e quatro horas, elimina 100% dessa bebida. (ob. cit. p.383)

Para o Professor Fernando Y. Fukassawa, a **embriaguez** é *“intoxicação transitória e aguda produzida pelo álcool ou outra substância inebriante; voluntária ou culposa, embora interfira na capacidade psíquica da pessoa”* (Crimes de trânsito, Ed. Oliveira Mendes, 1998, p.152)

Afirma, ainda, o referido Professor, citando Almeida Jr., que a palavra **embriaguez** *“será usada para significar que o indivíduo está de forma influenciado pelo álcool, que perdeu o governo de suas faculdades a ponto de tornar-se incapaz de executar com prudência o trabalho a que se consagra no momento”*. (ob. cit. p.155)

O ilustre Cássio M. Honorato, citando Paulo José da Costa Jr. e Maria Elisabeth Queijo, afirma que:

A **embriaguez** só se apresenta quando o grau de **intoxicação** atinge sensivelmente a conduta do indivíduo, prejudicando-o. O indivíduo poderá dirigir sob a influência de álcool sem estar embriagado (concentração superior a 1,5 centímetros cúbicos por 1.000 centímetros cúbicos de sangue) (Trânsito: infrações e crimes, Millennium, 2000, p.137) (grifo).

A definição de **embriaguez** trazida por Arnaldo Rizzardo é simples e esclarecedora, ao comentar o artigo 306 do CTB:

A **embriaguez** corresponde a um estado temporário de **intoxicação** da pessoa, provocada pelo álcool ou substância análoga ou de semelhantes efeitos, que priva do poder de autocontrole e reduz ou anula a capacidade de entendimento. (Comentários ao código de trânsito brasileiro, RT, 1998, p.766)

Ao analisar o CTB, observa-se a existência de vários dispositivos referindo-se a embriaguez, como infração administrativa ou como crime. As **infrações** são encontradas nos artigos **165** e **166**. Os **crimes** estão descritos, nos artigos **306** e **310**. E as medidas administrativas, nos artigos **269**, **276** e **277**.

Na Lei de Contravenções Penais (LCP), destacam-se dois dispositivos referindo-se a infração de embriaguez, que são os artigos 34 e 62, denominados direção perigosa de veículos

e apresentação em público, embriagado, respectivamente. Ressalte-se que a pena máxima cominada para ambas contravenções é de 03 (três) meses de prisão simples ou multa.

3. Análise do artigo 306 do CTB

O artigo 306 do CTB criou um tipo penal especial, em relação aos artigos 34 e 62 da Lei das Contravenções Penais, visando disciplinar situações em que os condutores de veículos estiverem embriagados ou alcoolizados.

A legislação anterior (Resolução No. 737 do CONTRAN, de 12 de setembro de 1989, revogada pela Resolução No. 52/98) previa a tolerância para o condutor que apresentasse até **8 (oito) decigramas** de álcool por litro de sangue, que corresponderia a 2 (duas) doses de bebida destilada ou 3 (três) doses de bebida fermentada. De acordo com o artigo 165 do CTB, essa tolerância foi reduzida para **6 (seis) decigramas**. Senão veja-se na própria redação do referido dispositivo: “Dirigir sob influência de álcool, em nível superior a **seis decigramas por litro de sangue**, ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.” (grifo)

3.1. Elementos do tipo penal

Para melhor compreensão do objetivo da norma insculpida no artigo em análise, faz-se necessário, primeiramente, saber que o **bem jurídico** tutelado pela norma é a **incolumidade pública** quanto à segurança no tráfego de veículos automotores.

Em seguida, destaca-se a importância de identificar os sujeitos do delito (ativo e passivo). A princípio, o **sujeito ativo** pode ser qualquer pessoa. Contudo, por ser um crime especial, somente poderá ser praticado por condutor de veículo automotor. Significa dizer que o agente não pratica crime se o mesmo estiver na condução de outra espécie de veículo (ex. bicicleta). O fato, nesse caso, poderá constituir contravenção penal ou infração administrativa.

O **sujeito passivo** do tipo penal em questão é a **coletividade**. Em determinadas situações, porém, poderá existir

outro sujeito, que seja, a vítima do “dano potencial” decorrente da ação da pessoa que dirige o veículo.

Tipo objetivo do crime refere-se à realização típica no conduzir veículo automotor, em via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem.

Observa-se que o crime foi designado “embriaguez ao volante” pelo parágrafo único do artigo 291. Interessante notar que o tipo penal não utiliza o vocábulo “embriaguez” e, sim, a expressão “sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos”.

O tipo subjetivo do delito é o dolo que significa a vontade livre e consciente de dirigir veículo automotor, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a perigo a incolumidade pública.

Leciona o Professor Damásio E. de Jesus que os elementos do tipo penal previstos no artigo 306 do CTB são: a) condução de veículo automotor em via pública; b) ingestão anterior ou concomitante de substância alcoólica ou de efeitos análogos; c) alteração, por estimulação ou depressão, do sistema nervoso central, com redução da capacidade da função motora, da percepção ou do comportamento; d) afetação da capacidade de dirigir veículo automotor (modificação significativa das faculdades psíquicas ou sua diminuição) em razão da alteração mencionada no item anterior; e) condução anormal, de acordo com as regras de circulação viária: conduta imprudente, descuidada ou perigosa; e f) nexo de causalidade entre a condução anormal e a ingestão de substância alcoólica. (ob. cit. p. 137)

3.2. Influência de álcool ou substância de efeitos análogos

Comentando sobre os efeitos do álcool no organismo humano, os biólogos José Luiz Faria Vasconcelos e Fernando Gewandsznajder, citados por Cássio Mattos Honorato, observaram o seguinte:

A intensidade dos efeitos varia de acordo com a quantidade de álcool ingerida e acumulada pelo organismo. Assim, a partir de uma concentração de cerca de 0,5 g de álcool por litro de sangue, o indivíduo começa a se sentir relaxado e tranquilo. Com concentrações entre 0,5 e 1,5 g por litro os reflexos e a coordenação motora diminuem, surgindo os primeiros sinais de embriaguez: o indivíduo anda sem firmeza, tem dificuldade para falar e avaliar distâncias e menor capacidade de raciocinar e aprender.

Entre 1,5 e 2g começa a chamada intoxicação alcoólica: nota-se claramente que o indivíduo está bêbado; pois tem dificuldade de permanecer em pé, apresentando descontrole das emoções e idéias incoerentes. Com 3g por litro, ele pode ficar inconsciente; concentrações maiores podem fazê-lo entrar em coma e morrer”(op. cit. p.136)

Refere-se o artigo 306 do CTB à expressão “substância de efeitos análogos”. Já o artigo 165 do mesmo Código menciona “qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”. Sobre isso, passa-se a fazer alguns comentários.

Entende que substâncias de efeitos análogos ao do álcool no organismo humano são aquelas que provocam inicialmente uma sensação de euforia e desinibição. Em seguida, causam efeito depressivo sobre o sistema nervoso e relaxamento muscular, comprometendo a coordenação motora, os reflexos, e a capacidade de raciocinar, de falar e avaliar distâncias.

No entanto, a descrição desses sintomas não é suficiente para o perfeito enquadramento da conduta do agente no tipo penal do artigo 306, eis que o CTB não estabeleceu de forma expressa que substâncias são consideradas de efeitos análogos ao do álcool para aplicação aos crimes de trânsito. Por isso, o Prof. Cássio Mattos Honorato defende a opinião que se trata de norma penal em branco, a qual necessita de uma outra norma administrativa, elaborada pelo Poder Público com fundamentos em laboratórios oficiais, ou por instituições públicas ou privadas credenciadas pelo órgão executivo de trânsito, tomando como exemplo a Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976 (lei de tóxicos) que foi complementada pela Portaria

No. 344, de 12 de maio de 1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária - Ministério da Saúde, contendo lista de substâncias entorpecentes, psicotrópicos, substâncias sujeitas a controle especial, substâncias retinóicas, imunossupressoras etc, e substâncias de uso proscrito no Brasil. (ob. cit. p.139)

Verifica-se que o Código de Trânsito e a Resolução 81/98 do CONTRAN não apresentaram definição para o termo "substância de efeitos análogos ao álcool", utilizada no artigo 306. Contudo, observa-se que o legislador adotou na regra administrativa do artigo 165 a mesma expressão da Lei Antitóxicos (Lei 6.368/76) "substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica". Neste caso, pode-se adotar os requisitos da lei de tóxicos.

Enquanto não existe uma definição complementar, emprestando-se as definições já existentes e aplicando a interpretação sistemática, pode-se apresentar exemplos de algumas dessas substâncias, tais como: maconha, haxixe, ópio e seus derivados como heroína, morfina, LSD, sedativos, tranquilizantes, subatâncias voláteis como éter etílico, clorofórmio, cloreto de etila, óxido nitroso, acetona, tolueno, cola e outros.

Nessa linha, o ilustre Vicente Greco Filho, referindo-se aos psicotrópicos que causam dependência química, esclarece o seguinte:

Psicolépticos são drogas que diminuem o tono psíquico; são os tranquilizantes, hipnóticos, depressores das tensões emocionais. Destacam-se, entre eles, os barbitúricos que combatem a insônia, mas seu uso prolongado produz estados de apatia e de indiferença, **semelhante à 'ressaca' alcoólica, diminuindo a acuidade sensorial e a coordenação motora.** Provocam depressão respiratória, decréscimo do tônus muscular e diminuição da secreção gástrica. Com o tempo, desorganiza-se o sistema nervoso autônomo. A margem de segurança entre a dose terapêutica e a tóxica é muito sutil.

Os barbitúricos, nos dias que correm, ganharam foros de verdadeira calamidade pública, pela dependência que criam, pela potencialização de seus efeitos quando associados ao álcool pelo seu abuso, que leva à morte ou, intencionalmente, ao suicídio.

(Tóxicos: prevenção - repressão. São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 5-6)
(grifo)

Ensina, ainda, Vicente Greco Filho sobre as consequências causadas por essas drogas (onde se inclui o álcool):
“Nos Estados Unidos, dos 40.000 acidentes automobilísticos fatais, uma grande proporção é causada pela embriaguez alcoólica ou pela ação de produtos farmacêuticos (psicotrópicos em geral).” (ob. cit. p. 6)

3.3. Natureza do crime

Para definir a natureza do crime de embriaguez ao volante, surgiram quatro posições doutrinárias, as quais destacam-se a seguir:

Crime de perigo concreto – Se o sujeito dirige veículo em via pública em estado de embriaguez não configura o crime do artigo 306 do CTB, visto que se exige da conduta do agente o resultado perigo concreto. Não sendo demonstrado perigo concreto o fato é atípico, subsistindo infração administrativa.

Crime de perigo abstrato - O simples fato de o agente dirigir veículo em estado de embriaguez caracteriza o crime, mesmo que não se comprove o perigo concreto.

Contravenção penal do artigo 34 da LCP - Quando houver perigo concreto, ocorre o crime previsto no artigo 306 do CTB. Havendo a simples embriaguez, sem perigo concreto, aplica-se o artigo 34 da LCP, que é de perigo abstrato.

Crime de lesão e mera conduta - Dirigindo embriagado e de forma anormal (crime de mera conduta), o sujeito expõe a coletividade à probabilidade de dano, que constitui lesão ao objeto jurídico tutelado “*incolumidade pública*”, que se refere a segurança do trânsito (delito de lesão). O perigo é elemento do tipo, porém não é concreto, nem abstrato. Esta é a posição de Damásio de Jesus.

O Professor Fernando Y. Fukassawa, por sua vez, defende a idéia que o crime descrito no artigo 306 é de perigo

abstrato e não concreto por considerar que o perigo para a incolumidade pública torna-se evidente quando o condutor de veículo automotor, sob a influência do álcool ou substância de efeitos análogos, não mais tem o controle pessoal para dirigir o seu móvel. Nessa linha de pensamento, o delito se caracteriza com a comprovação da desestabilização do condutor e não com a prova do quase dano a outrem, visto que *“estar embriagado pressupõe a ingestão de álcool bastante para provocar a desestabilização do condutor, daí gerando perigo para a incolumidade pública.”*

A opinião do ilustre professor respalda-se em legislações penais de outros países, como França (artigo L.1, do Code de la route); Espanha (artigo 379 do Código Penal espanhol) e Alemanha (Trunkenheit in Verkehr, § 316) (op. cit. pp.155, 156 e 157)

3.4. Derrogação do art. 34 da LCP

Acalmados os questionamentos sobre a aplicabilidade da Lei n. 9.099/95 (art. 291 do CTB) e sobre a classificação do delito como sendo de perigo concreto ou abstrato, atualmente, existem grandes debates jurídicos envolvendo o artigo 306 do CTB, no tocante às elementares do tipo penal, emergindo também a controvérsia a respeito da derrogação do artigo 34 da LCP.

A opinião do ilustre Professor **Damásio E. de Jesus** é a seguinte:

Se o motorista bebeu, mas normalmente, sem afetar o nível de segurança na circulação de veículos, não há o crime do art. 306, podendo ocorrer infração administrativa, se ficar apurada a presença de álcool ou substância análoga em quantidade superior a 6 decigramas por litro de sangue. Não subsiste a infração do art. 34 da LCP.

De observar que o derogado art. 34 da LCP, ao definir a direção perigosa, que se aplicava à embriaguez ao volante antes do advento da Lei n. 9.503/97, contém a elementar “pondo em perigo a segurança alheia”, semelhante à do art. 306, que menciona a

exposição da incolumidade de outrem a dano potencial. Não obstante, a jurisprudência, amplamente prevalente, sempre entendeu não constituir infração de perigo concreto, contentando-se com a realização da conduta. (Crimes de Trânsito, Saraiva, 1998, p. 149)

O entendimento do culto **Cássio Mattos Honorato**

é o que se transcreve:

Adotando-se um ou outro posicionamento, em razão dos elementos objetivos descritos no tipo penal previsto no art. 306 da nova Lei de Trânsito, entendo não haver necessidade de comprovar-se a existência de perigo concreto aos demais usuários da via pública. Optando-se pela tese do perigo abstrato, esse seria presumido pela lei, em razão dos riscos criados pela conduta perigosa. Adotando a tese do crime de mera conduta, a elementar “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem” decorreria da própria conduta perigosa de conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou de substância de efeitos análogos, emergindo, assim, o perigo de dano. (ob. cit. p. 448 e 449)

A opinião de **Fernando Y. Fukassawa** é nesse

sentido:

Cuida-se de uma das hipóteses da antiga e genérica contravenção penal de direção perigosa de veículo (art. 34 da Lei de Contravenções Penais). Mas, este dispositivo da Lei Contravencional não está revogado porque: a) o art. 306 somente incrimina a conduta de quem esteja na direção de veículo automotor; b) a contravenção poderá ser praticada na direção de *qualquer veículo terrestre* com outras características ou embarcações em águas públicas e c) sob várias outras formas poderá ser realizado o tipo contravencional (“cavalo de pau”, “empinamento de motocicletas” etc) (ob. cit. p. 152)

Fernando Célio de Brito Nogueira tem o seguinte

posicionamento:

Assim, respeitando posições em contrário, nos filiamos à tese de que o novo Código de Trânsito derogou tacitamente não somente a contravenção do art. 32 da LCP, como também a do art. 34 da

LCP, e importará em “abolitio criminis” em relação a ambas as figuras típicas. Os casos de quebra de segurança viária que não encontrarem adequação nos arts. 306, 308 e 311 do Código de Trânsito importarão, por certo, em infrações administrativas (arts. 161 a 225 do Código de Trânsito).

Se o legislador tivesse revogado expressamente as contravenções penais em tela, a controvérsia por certo não existiria. Vislumbrar a revogação tácita ou presumida da lei importa em tema que sempre ensejou controvérsia, dúvida e resistência” (Crimes do Código de Trânsito. Atlas, 1999, p. 124)

Geraldo de Faria Lemos Pinheiro defende a seguinte idéia:

Já no art. 306 o legislador tipificou como crime aquele cuja prática ocorra na direção de veículo automotor, excluindo, portanto, os demais veículos. Daí entendemos que podem ser aplicados o art. 62 ou o 34 da Lei das Contravenções Penais para os casos de embriaguez na direção de veículo que não seja automotor.

A leitura da Resolução do Conselho Nacional de Trânsito, de no. 81/98, nos arts. 3º e 4º pode induzir a interpretação de que o Contran desejou equiparar o tipo do art. 306 ao tipo do art. 165, ou seja, só ocorrerá a infração quando o nível alcoólico for superior a seis decigramas por litro de sangue ou se houver prova de atuação de qualquer substância entorpecente.

4. Aplicação do artigo 306 do CTB

Embora tenha gerado muitas discussões, o crime previsto no artigo 306 do CTB, denominado embriaguez ao volante ou dirigir embriagado, vem sendo aplicado normalmente pelos operadores do direito, sendo que cada um defendendo o seu posicionamento.

O entendimento, antes de vigorar o código de trânsito, era que o condutor de veículo que se encontrasse embriagado ou alcoolizado colocava em perigo outras pessoas e, por isso, praticava uma contravenção penal, cuja pena de prisão simples era de 15 (quinze) dias a 03 (três) meses, ou multa, segundo

inteligência do artigo 34 da LCP.

Com o advento do CTB, a contravenção passou a ser crime e, conseqüentemente, com majoração de pena para 06 (seis) meses a 03 (três) anos de detenção. Só que a contravenção era considerada delito de perigo abstrato, enquanto o crime, agora, exige a comprovação da elementar “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”, para o preenchimento do novo tipo penal.

Pela leitura do artigo 306, entende-se que seja suficiente a mera influência, ou a presença de alguma quantidade de álcool no sangue. Ou melhor, basta a constatação do efeito do álcool no comportamento do motorista, alterando o seu modo de conduzir o veículo automotor, não exigindo a total embriaguez, visto que há limite legal. Nessa linha, haveria o crime se o agente fosse encontrado dirigindo, de forma irregular, sob a influência de, por exemplo, 4 decigramas de álcool por litro de sangue, conforme defende Damásio E. de Jesus (op. cit., p. 152).

Essa interpretação é resultado da omissão no texto do referido artigo do nível de concentração de álcool por litro de sangue, como exatamente consta de outros dispositivos do código, que são exemplos os artigos 165 e 276, do CTB.

Dúvida não existe quanto à aplicação de medida administrativa para o sujeito que dirigir veículo automotor em estado de embriaguez, eis que o artigo 165 é bastante claro ao definir que só ocorrerá a infração se restar comprovado o teor alcoólico superior a seis decigramas por litro de sangue ou se provada a influência de substância entorpecente. Acompanhando o referido dispositivo, a **Resolução do Conselho Nacional de Trânsito nº 81, de 19 de novembro de 1998**, disciplinou o uso de medidores de alcoolemia e a pesquisa de substâncias entorpecentes no organismo humano, estabelecendo os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes, mencionando o limite de tolerância de **06 decigramas** por litro de sangue, ou **0,3 miligramas** por litro de ar expelido dos pulmões, conforme se constata:

Art. 1º. A comprovação de que o condutor se acha impedido de dirigir veículo automotor, sob suspeita de haver excedido os limites de seis decigramas de álcool por litro de sangue, ou de haver usado substância entorpecente, será confirmado com os seguintes procedimentos:

I- teste em aparelho de ar alveolar (bafômetro) com a concentração igual ou superior a 0,3 mg por litro de ar expelido dos pulmões;

II- exame clínico com laudo conclusivo e firmado pelo médico examinador da polícia judiciária;

III- exames realizados por laboratórios especializados indicado pelo órgão de trânsito competente ou pela polícia judiciária, em caso de uso de substâncias entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos de acordo com as características técnicas científicas.

Art. 2º É obrigatória a realização de exame de alcoolemia para as vítimas fatais de trânsito.

Art. 5º Os aparelhos sensores de ar alveolar serão aferidos por entidades indicadas pelo órgão máximo executivo de trânsito da união, que efetuará seu registro, submetendo posteriormente à homologação do CONTRAN.

Art. 6º Os aparelhos sensores de ar alveolar em uso em todo território nacional terão o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para aferição e registro no órgão máximo executivo de trânsito da União.

Art. 7º. Fica revogada a Resolução nº 52/98 - CONTRAN.

Para regular o artigo 5º da Resolução acima transcrita, o CONTRAN baixou a Resolução No. 109, de 21 de dezembro de 1999, publicada no DOU de 06 de janeiro de 2000, determinando que a homologação de cada modelo de aparelho sensor de ar alveolar (etilômetros, etilotestes ou bafômetros) será feita mediante Portaria do órgão máximo executivo de trânsito da União, ou seja, DENATRAN. Este passou tal incumbência ao Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial - INMETRO, por intermédio da Portaria No. 01, de 07 de janeiro de 2000, publicada no DOU de 10 de janeiro de 2000.

Observa-se, no entanto, que, utilizando-se a interpretação sistemática do código, a aplicação do artigo 306 do CTB está relacionado ao tipo administrativo do artigo 165, que seja, o crime de embriaguez ao volante ocorrerá quando o nível

alcoólico for superior a 6,0 (seis) decigramas por litro de sangue ou 0,3 miligramas por litro de ar expelido dos pulmões, conforme o aparelho de exame ou teste utilizados.

Segundo tal entendimento, pode-se afirmar que a construção do tipo penal do crime previsto no artigo 306 baseia-se em dois critérios: o condutor está sob a influência de álcool ou de substâncias de efeitos análogos e expõe a dano potencial a incolumidade de outrem. Caso não seja comprovado este último critério, o condutor deverá responder pela infração administrativa. Essa tem sido a opinião dominante.

Embora haja previsão para o exame de sangue, tem-se observado que, na prática, tal procedimento não vem sendo utilizado, sob a alegação de falta de estrutura e de reagentes nos Institutos de Criminalística e Hospitais Públicos, razão por que, na prática, a prova material do crime em análise é feita somente pelo resultado obtido através de aparelho de ar alveolar, popularmente conhecido por “bafômetro”.

Analisando os elementos objetivos descritos no tipo penal do artigo 306, o ilustre Cássio Mattos Honorato apresenta a seguinte conclusão:

Entendo não haver necessidade de comprovar-se a existência de perigo concreto aos demais usuários da via pública. Optando-se pela tese do perigo abstrato, esse seria presumido pela lei, em razão dos riscos criados pela conduta perigosa. Adotando-se a tese do crime de mera conduta, a elementar “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem” decorreria da própria conduta perigosa de conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou de substância de efeitos análogos, emergindo, assim, o perigo de dano. (ob. cit., p. 449)

Os Tribunais do país têm decidido nesse mesmo sentido, senão veja-se:

TRÂNSITO - Agente que, comprovadamente embriagado, ao volante de seu carro, repentinamente pára o automóvel, dá marcha a ré e passa a distratar os circunstantes - Caracterização do crime previsto no art. 306 da Lei No. 9.503/97, eis que este tipo penal não exige a ocorrência de perigo concreto, bastando o dano

4.1 Ação penal

Esclarece-se que a ação penal referente ao crime tipificado no artigo 306 do CTB (embriaguez ao volante) é pública incondicionada e de competência da Justiça Comum, com o rito do artigo 539, do Código de Processo Penal. Implica dizer que não há exigência de representação criminal contra o autor do fato para instauração de inquérito policial e da respectiva ação penal, eis que o sujeito passivo do crime é a coletividade, não se aplicando, assim, o disposto no artigo 88 da Lei 9.099/95.

Consoante determina o artigo 291, da Lei 9.099/95, são aplicáveis os artigos 74 e 76 da referida Lei, mesmo que a pena máxima prevista abstratamente seja de 03 (três) anos de detenção, porém a competência para julgar e apreciar o processo é da Justiça comum., onde são adotados procedimentos do Juizado Especial Criminal, no que couber.

4.2. Penalidades previstas

Embora se trate de crime afiançável, o cidadão que for flagrado pela autoridade policial conduzindo veículo automotor em estado de embriaguez alcoólica sofre algumas punições severas, as quais atingem de imediato as suas finanças. Como se diria, em linguagem popular, o ataque fere-o na parte mais dolorida, que seja, o seu bolso.

Isso porque o sujeito ativo desse tipo de delito, geralmente, não tem antecedentes criminais, nunca fora preso, nem processado, e possuem boa situação econômica. Por isso, sente-se constrangido e humilhado ao receber voz de prisão em flagrante delito e, conseqüentemente, por ser indiciado em inquérito policial. Pois, tais sujeitos, por questões culturais e permissivas da sociedade, não se consideram criminosos. No entanto, costumam ingerir bebidas alcoólicas e dirigir seus móveis

pondo em risco a própria vida e a dos outros. Muitos deles, por nunca terem sido questionados, nem sofrido qualquer penalidade, continuaram essa prática por muitos anos até que esbarraram na fiscalização mais rigorosa que atualmente vem sendo adotada.

Se o veículo for retido e levado ao estacionamento do DETRAN, o sujeito terá que pagar diária do referido estacionamento e requerer alvará judicial para liberar o seu veículo. Para ganhar liberdade, o mesmo deve depositar a quantia arbitrada pela autoridade policial a título de fiança. Além disso, o infrator ainda está sujeito a pesada multa administrativa no valor equivalente a 900 UFIR ($180 \times 5 = 900$), cuja quantia corresponde a R\$ 864,99 (oitocentos e sessenta e quatro Reais e noventa e nove centavos), bem como o recolhimento da carteira de habilitação, a possível suspensão do documento mediante portaria, e a anotação menos de 07 pontos na Carteira de Habilitação.

Caso o acusado venha a ser condenado pela prática do crime de embriaguez ao volante, previsto no artigo 306, do CTB, o juiz poderá aplicar as seguintes espécies de penas: detenção, suspensão ou proibição da permissão ou habilitação, e multa.

Todos os crimes previstos no CTB são punidos com pena de detenção, tendo sido estabelecido como regra que a pena mínima é de 06 meses para quase todos os delitos. No entanto, há uma única exceção para o crime tipificado no artigo 302 do CTB, denominado homicídio culposo, que prevê pena de 02 (dois) anos a 04 (quatro) anos de detenção, cumuladas com outras penalidades.

Analisando conjuntamente as regras da Lei No. 9.099/95 e as do Código Penal, constata-se que a pena pecuniária não admite mais sua conversão em pena privativa de liberdade. Nada impede, contudo, que a multa seja cobrada pela forma determinada nos artigos 50 e 51 do Código Penal. Estabelece o artigo 50, § 1º, do Código Penal que a cobrança da multa poderá ser feita mediante desconto em folha de pagamento do devedor, sendo possível propor até como transação, caso o autor do fato

tenha vínculo empregatício.

O artigo 306 em estudo prevê a aplicação de multa cumulativa com as outras penalidades acima mencionadas.

De acordo com o artigo 164, *caput*, da Lei de Execução Penal (LEP), o prazo para pagamento da multa imposta pela sentença é de 10 (dez) dias, a partir da intimação do condenado.

As penas restritivas de direitos referentes a suspensão ou proibição são principais e cumulativas.

Antes de falar-se sobre esses tipos de pena, é importante esclarecer que o termo permissão refere-se a habilitação provisória ou precária. Trata-se de novidade introduzida pelo código de trânsito no artigo 148, determinando que o candidato aprovado nos exames recebe uma carteira provisória (permissão) para dirigir veículo automotor. Se durante um ano não cometer infração de trânsito, aquele motorista receberá a carteira nacional de habilitação definitiva.

A suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação pressupõe que o infrator condenado não possui permissão, nem habilitação para dirigir veículos. Essa pena não se inicia enquanto o sentenciado estiver recolhido à prisão, por efeito de condenação penal, consoante inteligência do artigo 293, § 2º do CTB. Porém, se estiver preso por condenação civil inicia-se o prazo para cumprimento da pena.

Esse tipo de pena pode ser imposta como penalidade principal ou cumulativamente com detenção e multa. Também, o juiz pode decretar, como medida cautelar, em qualquer fase das investigações ou do processo, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção, se julgar necessário para garantia da ordem pública, conforme disciplina o artigo 294 do CTB.

Entende-se que a suspensão da permissão ou da habilitação (suspensão do direito de dirigir) é aplicada como pena criminal no caso de ser o réu reincidente em crimes de trânsito. A proibição da permissão ou da habilitação (proibição do direito de dirigir) traz como consequência a cassação do documento de

habilitação, devendo o condenado ser submetido a novos exames para voltar a dirigir.

4.3. Teste de alcoolemia

Como todo crime, a embriaguez também precisa ser comprovada. Nesse caso, com prova material obtida por exames clínicos, testes em aparelho de ar alveolar (bafômetro), exames realizados por laboratórios especializados.

Embora não sejam todos adotados, existem métodos de avaliação técnica para detectar a quantidade de álcool existente no sangue do indivíduo. Tratando do assunto, Odon Ramos Maranhão apresenta esses métodos: **Nicloux** - que se baseia na oxidação do álcool pelo bicromato de potássio em meio sulfúrico e na troca de coloração da mistura que passa de amarela a azul-esverdeada, pela formação de sulfato de cromo; **Newman** - o líquido contendo álcool a ser dosado é destilado e os vapores reagem com mistura sulfocrômica. A oxidação produz ácido acético e o excesso de bicromato é dosado por iodometria; e **Widmark** - o álcool é oxidado por bicromato de potássio e o excesso dosado por iodometria.

Da mesma forma, leciona Odon Ramos Maranhão que há métodos chamados espirométricos que avaliam a dosagem de álcool nos pulmões. São eles: **Alcoômetro de "Yale"** - o ar expirado reage com pentóxido de iodo a quente, cujo vapor é absorvido por uma solução diluída de amido e iodeto de potássio, que resulta cor azul. A intensidade desta é proporcional ao álcool do ar expirado e é medida por célula fotoelétrica. As variações são transmitidas a um quadrante luminoso, que fornece a dosagem; e **"Bafômetro"** - recolhe o ar expirado em balão plástico padronizado, mediante bocal descartável, usado individualmente. Esse ar atravessa uma ampola teste (contendo reagente, para ser reduzida pelo vapor de álcool), que muda de cor, permitindo a avaliação em escala colorimétrica (reação irreversível). (ob. cit., pp. 390-391)

Logo que o CTB entrou em vigor, surgiu outro grande

questionamento quanto à obrigatoriedade de o condutor submeter-se a exame de alcoolemia. Isso ocorre devido à redação dos artigos 269, inciso IX, e 277, bem como a Resolução CONTRAN No. 81/98, que determinam que todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito e sob suspeita de estar alcoolizado, deverá ser submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia, ou outro exame que por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado. Da mesma forma, referem-se a obrigação de adotar a mesma medida administrativa em caso de suspeita de uso de substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos.

Embora esses dispositivos apresentem base para obrigar o motorista a submeter-se a exame de alcoolemia, o atual CTB não positivou como infração penal a hipótese de o condutor de veículo recusar-se a fazer tal exame, a exemplo do que ocorre em outros países como Espanha, Portugal, França e Alemanha.

Sobre o tema, os doutrinadores dividem-se em dois blocos: os que consideram ser obrigatório o teste do bafômetro e aqueles que entendem não obrigatório o teste, sendo que este só poderá ser feito com o consentimento do condutor.

O principal defensor da obrigatoriedade dos testes de alcoolemia é Fernando Y. Fukassawa que, apoiando-se nos artigos 277 e 269, IX do CTB, ensina que “*o condutor suspeito não poderá se recusar à extração de sangue e ao emprego de bafômetro ou qualquer outro exame legalmente autorizado*”. (op. cit. p.153)

Na mesma linha, o prof. Agamenon Bento do Amaral, citado por Cássio M. Honorato, manifesta-se a favor da imposição administrativa para obrigar o condutor a submeter-se a exames necessários, justificando que as autoridades de trânsito e as policiais estão legitimadas legalmente para apurar a infração penal cometida (artigos 4º e 5º , VII, do Código de Processo Penal, e § 4º , do artigo 144, da Constituição Federal). E, ainda, o motorista que, sob suspeita de estar dirigindo alcoolizado, recusa-se a fazer o teste do bafômetro comete o crime de desobediência, tipificado no artigo 330, do Código Penal. O referido professor

discorda dos doutrinadores que defendem a tese de que ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo, e que a submissão a exame indesejado fere o princípio constitucional do estado de inocência, para justificar a desobediência do condutor infrator.

O professor Antônio Fabrini Mirabete, por sua vez, entende que a submissão ao teste do bafômetro não é inconstitucional, visto que decorre de lei (artigo 5º, II, da CF). Contudo, manifesta-se que o exame de dosagem alcoólica não é obrigatório, por violar a integridade física do motorista, e por se tratar de exame evasivo, só pode ser feito com o consentimento do interessado. (Boletim IBCCrim No. 61, p.13)

Para outros doutrinadores, os exames pelo bafômetro ou por dosagem alcoólica não podem ser realizados sem o consentimento do condutor, pois entendem que ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo, com suporte no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque e do Pacto de São José da Costa Rica, dos quais o Brasil é signatário. Bebem dessa fonte os autores como Vicente Greco Filho, Flávio Gomes, Antônio Magalhães Gomes Filho, Cássio Mattos Honorato e outros.

4.4. Fiança

Olhando sob a técnica jurídica, o termo fiança significa garantia real que é espécie do gênero CAUÇÃO, sendo que esta poderá ser real (dinheiro, bens) ou fidejussória (pessoal).

A Caução fidejussória, por ser uma garantia pessoal, constitui a fiança, propriamente dita; enquanto a real é que se denomina simplesmente caução. Daí pode-se afirmar que o termo correto para a garantia dada em dinheiro ou bens seria caução, visto que nenhuma garantia pessoal é ofertada no momento em que se recolhe a quantia arbitrada.

Para o legislador processual penal, portanto, fiança é uma garantia real, pois o Código de Processo Penal vigente, artigo 330, dispõe que a fiança consiste em depósito em dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública,

federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar.

A fiança tem como finalidade assegurar o pagamento das custas processuais (em caso de condenação), da satisfação do dano *ex delicto* e de eventual pena de multa, consoante os artigos 332, 408 § 3º, 393, I, 326, *in fine*, e 336, todos do Código de Processo Penal. Também, a fiança funciona como um sub-rogado da prisão provisória, decorrente de flagrante ou de pronúncia, e até de prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível, o que constitui-se em real vantagem para o indiciado ou réu a substituição da medida coercitiva pela prestação da caução. Ainda que, para alguns, seja um sacrifício cumprir as condições impostas, o benefício de ganhar a liberdade é bem maior.

A prestação da fiança poderá ser feita em qualquer fase do inquérito, ou mesmo do processo, enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória. O valor da caução será fixado pela autoridade que a conceder, segundo entendimento dos artigos 325 e 332, do CPP, ou seja, autoridade policial ou autoridade judiciária.

Sobre a competência para arbitrar a fiança, Luiz Cláudio Silva resume o assunto, dizendo:

Têm competência para arbitrar fiança o juízo criminal, em qualquer das hipóteses de cabimento do benefício, e a autoridade policial, enquanto o flagrante não for remetido para o juízo competente, concorrentemente, nos delitos penais em que a pena privativa de liberdade cominada for de detenção ou prisão simples. Depois de remetido o auto para o juízo criminal, somente lá poderá agora ser arbitrada a fiança. (in Juizado Especial Criminal: prática e teoria do processo. Rio de Janeiro: Forense, 2ª edição, p. 139)

Segundo determina o artigo 322, do CPP, admitem o benefício da fiança os delitos punidos com detenção ou prisão simples. Dispõe o parágrafo único desse artigo que “nos demais casos do art. 323, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em quarenta e oito horas”.

Os crimes afiançáveis admitem o pagamento de

fiança, porque o Estado considerou o indivíduo (agente infrator) digno de sua confiança, e que, embora tenha praticado um crime, não fugirá do distrito da culpa, podendo, assim, responder ao processo em liberdade e conviver na sociedade enquanto analisa-se o fato a ele imputado.

Aplicam-se aos crimes cometidos na direção de veículo automotor, previstos no Código de Trânsito Brasileiro, as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, bem como a Lei No. 9.099, de 26-09-95, de acordo com o que determina o artigo 291, do referido Código de Trânsito.

Considerando que todos os crimes previstos na Lei No. 9.503/97 (CTB), nos artigos 302 a 312, são punidos com pena de detenção, há de se afirmar que todos eles são afiançáveis, e o valor a ser recolhido como pagamento de fiança será arbitrado pelo Delegado de Polícia, segundo inteligência do artigo 322, do CPP. Por exemplo, o crime tipificado no artigo 302 (homicídio culposo na direção de veículo automotor) é punido com pena de detenção de 02 a 04 anos; o do artigo 303 (lesão corporal culposa na direção de veículo) é punido com pena de detenção de 06 meses a 02 anos; o do **artigo 306 (conduzir veículo sob a influência de álcool), com pena de detenção de 06 meses a 03 anos**; artigo 309 (dirigir veículo sem habilitação), pena de detenção de 06 meses a 01 ano; artigo 310 (confiar direção a pessoa não habilitada), pena de 06 meses a 01 ano. Esses são os delitos mais comuns que chegam à Vara Especializada em Crimes do Trânsito em Manaus.

O valor da fiança, na prática, tem sido ínfimo em relação à gravidade do delito e ao objetivo do instituto. Geralmente, a autoridade policial arbitra quantia que varia de meio salário mínimo (R\$150,00) a dois salários mínimos (a R\$600,00). Na maioria dos casos, os motoristas envolvidos nesse tipo de crime têm condições financeiras de pagar fiança com valor superior.

5. Medidas despenalizadoras da Lei n. 9.099/95

Com exceção do crime de homicídio culposo (art.

302), os demais crimes previstos no Código de Trânsito (303 a 312) são beneficiados com institutos despenalizantes trazidos pela Lei No. 9.099, de 26 de setembro de 1995, que criou os juizados especiais cíveis e criminais, embora esses delitos sejam da competência da Justiça Comum.

Pela redação do parágrafo único do artigo 291 do CTB, ficou autorizada a aplicação no Juízo Comum das medidas despenalizadoras: composição dos danos, transação penal e representação do ofendido, instituídas nos artigos 74, 76 e 88, da Lei No. 9.099/95, respectivamente.

Na verdade, o Código de Trânsito não alterou a natureza dos seus crimes, apenas autorizou a adoção de certos procedimentos característicos dos delitos de menor potencial ofensivo, no que couber, aos crimes de trânsito. Daí explica-se a adoção do instituto da transação penal ao crime tipificado no artigo 306 do CTB, embora a este tipo de crime o novo Código tenha cominado pena máxima de 03 anos de detenção, É o que se depreende da leitura do referido artigo 291 do CTB que trouxe tal previsão legal.

5.1. Transação penal

Sérgio Turra Sobrane leciona que, para aproximar-se de uma definição de transação penal, há de fazer depuração do originário na esfera civil, mantendo-se a essência da definição legal do artigo 1.025 do CC, sem considerar as injunções das relações obrigacionais. Veja-se a definição apresentada:

A transação penal pode ser definida como o ato jurídico através do qual o Ministério Público e o autor do fato, atendidos os requisitos legais, e na presença do magistrado, acordam em concessões recíprocas para prevenir ou extinguir o conflito instaurado pela prática do fato típico, mediante o cumprimento de uma pena consensualmente ajustada. (Transação Penal. Saraiva, 2001, p.75)

A Lei No. 9.099/95, em seu artigo 76, estabeleceu

que “o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta.” Também disciplinou sobre as causas impeditivas da proposta e da homologação, determinado que não será admitida a proposta se estiver comprovadas três situações, ou seja, se ficar provada existência de uma das causas impeditivas para se obter o benefício.

Olhando por outro prisma, a falada lei, na verdade, estabelece três causas que podem impedir a formulação de proposta de transação ao autor do fato. São elas: anterior condenação, transitada em julgado, a pena privativa da liberdade, pela prática de crime; anterior benefício, no prazo de cinco anos; e os antecedentes, a conduta social, a personalidade do autuado, os motivos e circunstâncias indicando não ser necessária e suficiente a medida.

Preenchidos os requisitos legais, o Ministério Público formula a proposta ao autor do fato, face à possibilidade de uma ação penal e a incerteza daquele se obterá uma condenação, enquanto este não tem certeza de sua absolvição, especialmente se constar dos autos a prova material de sua embriaguez.

A transação penal não admite a aplicação de pena restritiva de liberdade (pena carcerária), conforme ocorre no direito norte-americano com o denominado “*plea bargaining*”. As penas que poderão ser aplicadas referem-se a multa e a pena restritiva de direitos constantes dos artigos 43 a 48 do Código Penal, com a redação dada pela Lei No. 9.714, de 25 de novembro de 1998.

A proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos pode ser consubstanciada em penas pecuniária ou de prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, ou multa.

Atentos a tais princípios, os promotores da Vara Especializada em Delitos do Trânsito, no Estado do Amazonas têm formulado muitas propostas de transação penal, em processos de embriaguez ao volante, as quais concentram-se em aplicar uma pena pecuniária ou prestação de serviço à comunidade, durante seis meses. Esse período não é aleatório,

porém baseado na pena mínima prevista - seis meses de detenção - para o crime do artigo 306 do CTB. O valor proposto a título de pena pecuniária é estabelecido de acordo com a situação financeira do autor do fato, que varia de R\$100,00 a R\$200,00 cada parcela.

A prestação de serviço à comunidade consiste em trabalhar sem remuneração, durante 05 a 06 meses, em uma instituição governamental ou não, cumprindo 08 a 06 horas semanais de trabalho. A prestação pecuniária refere-se a pagamento de determinado valor (em espécie ou em cestas básicas) em favor de instituições de caridade, asilos, hospitais, escolas, creches etc., durante seis meses. A fiscalização é feita diretamente pelos diretores das entidades onde os autuados cumprem a transação, mediante encaminhamento mensal de frequência e recibos de pagamentos à CEAPA (Central de Acompanhamento de Penas e Medidas Alternativas).

Na mencionada Vara Especializada, determinou-se que somente após o cumprimento dos termos da transação é que o juiz declara a extinção da punibilidade. Embora muitos doutrinadores defendam que o Ministério Público não pode oferecer denúncia caso o autor do fato não cumpra as condições da transação penal, entende-se que tal medida (denúncia) pode ser perfeitamente aplicada. Basta que o Juiz não extinga a punibilidade na sentença que homologa o acordo penal.

Além disso, dificilmente o autuado descumpra a obrigação assumida como transação. Porém, quando isso acontece abre-se oportunidade de o mesmo apresentar sua justificativa para a interrupção do cumprimento. O Juiz a analisa, releva e permite que o apenado continue a cumprir a transação, em vez de revogá-la. Nesse caso, o beneficiado toma consciência da seriedade do acordo e passa a cumpri-lo até o final.

Na prática, a transação penal é mais aplicada ao crime de embriaguez ao volante do que a suspensão processual. Raramente, um indiciado recusa a proposta de transação penal, razão por que o Ministério Público oferece poucas denúncias pela prática do crime tipificado no artigo 306 do CTB e, em

conseqüência, não propõe o *sursis processual*. Também, ocorre de o autor não ser localizado ou, comparecendo, não fazer jus ao benefício por não preencher os requisitos legais do mencionado artigo 76; nesse caso, a denúncia é oferecida.

5.2. Suspensão condicional do processo

A suspensão condicional do processo é cabível no crime de embriaguez ao volante, por imposição do artigo 89 da Lei No. 9.099/95, visto que o artigo 306 do CTB prevê, abstratamente, a pena mínima de 06 meses.

Embora pouco aplicado no delito em exame, pelas razões já explicitadas, faz-se necessário discorrer brevemente sobre o tal instituto.

Para concessão do benefício, exige-se que o acusado preencha determinados requisitos, tais como: a) inexistência de processo em curso; b) inexistência de condenação anterior por crime; c) presença dos demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena (artigo 77 do Código Penal). Os requisitos previstos no mencionado artigo 77 são: que o condenado não seja reincidente em crime doloso e que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, e ainda os motivos e as circunstâncias autorizem o benefício.

Os pressupostos para a homologação judicial da suspensão processual dizem respeito aos itens seguintes: recebimento da denúncia; proposta do Ministério Público; legalidade da proposta; aceitação do acusado; e presença de advogado.

A proposta formulada pelo Ministério Público consiste em suspender o andamento do processo por dois a quatro anos e compõe-se das condições estabelecidas pela Lei No. 9.099/95, artigo 89, § 1º.

Além desses itens acima transcritos, determina o § 2º do citado artigo que outras condições poderão ser impostas desde que sejam adequadas ao fato e à situação do acusado. Com

base nesse dispositivo, os Promotores de Justiça que atuam nas Varas de Trânsito têm proposto mais uma condição que se refere a obrigação de o motorista infrator (acusado), frequentar curso de trânsito com conteúdo voltado para condutores infratores, cuja escola incluem obrigatoriamente os cursos de direção defensiva e a educação de trânsito.

O acusado, ao ouvir a proposta formulada pelo Ministério Público, analisa-a e visualiza os benefícios da suspensão processual, como: evita a prisão; reduz o custo do delito; não se obriga a comparecer em Juízo, como réu, por várias vezes; diminui o serviço judiciário, para que a Justiça cuide de crimes mais graves; não existe instrução, nem sentença, nem rol de culpados, antecedentes criminais, reincidência etc.

Havendo descumprimento de qualquer condição imposta, o benefício poderá ser revogado pelo juiz que determinará o prosseguimento da ação penal contra o acusado, conforme prevê o § 4º, do mesmo artigo. Por outro lado, se no período de prova (02 anos), o acusado não der causa para revogação obrigatória nem facultativa, o juiz declarará extinta a punibilidade. Nesse ponto difere do “sursis”, eis que este sendo revogado, o condenado passa a cumprir a pena que fora imposta na sentença condenatória, enquanto a suspensão processual evita a sentença pelo sobrestamento da ação penal e, sendo-a revogada, o processo segue o seu curso regular.

6. Conclusão

O Código de Trânsito Brasileiro, instituído pela Lei No. 9.503, de 23 de setembro de 1997, que entrou em vigor em 23 de janeiro de 1998, inovou ao majorar a pena cominada aos crimes de lesão corporal culposa (06 meses a 02 anos) e homicídio culposo (02 a 04 anos), e elevar à crime a contravenção de embriaguez ao volante, com previsão de pena de 06 (seis) meses a 03 (três) anos. Mesmo assim, verifica-se uma insatisfação na sociedade que alega impunidade nos crimes de trânsito, acreditando que a condenação por crime culposo é insuficiente;

querem, por isso, a condenação por crime doloso e a conseqüente prisão.

No tocante ao delito embriaguez ao volante, o sentimento de impunidade é maior, porque já se tornou comum ver-se pessoas dirigindo seus veículos após tomarem alguns copos com cerveja, ou mesmo com cachaça, desafiando as autoridades de trânsito e afrontando a sociedade com a sua conduta irreverente. Também, tornou-se comum presenciar jovens que, após ingerirem bebidas alcoólicas em festas, bailes, shows etc, saem dirigindo seus veículos na madrugada, sem serem abordados por policiais.

Devido a gravidade do delito, alguns doutrinadores, como Fernando Y. Fukassawa, Cássio Mattos Honorato, Maurício Antônio R. Lopes etc, defendem a posição de que o crime em análise é de perigo abstrato, sendo desnecessária a comprovação de perigo concreto, eis que o perigo para a incolumidade pública é evidente quando o agente, sob influência do álcool ou substância de efeitos análogos, perde o devido controle pessoal para dirigir. Significa dizer que, para caracterizar o crime do artigo 306 do CTB é necessário que se comprove a desestabilização do condutor e não o quase dano a pessoas.

Ademais, na França, Espanha e Alemanha, a conduta do motorista que dirige sob efeitos de bebida alcoólica é punida por crime de perigo abstrato.

Quanto ao tema da aplicação do artigo 34 da LCP, após a vigência do Código de Trânsito, há uma corrente defendida pela maioria dos doutrinadores que consideram aquele artigo derogado tacitamente pelo novo Código de Trânsito, importando em "abolitio criminis" quanto à figura contravencional. E se ocorrer desrespeitos à segurança viária que não se enquadrem nos artigos 306, 309 e 311 do CTB, deve-se tratá-las como infrações administrativas previstas nos artigos 161 a 255 do Código de Trânsito.

No entanto, respeitando as idéias em contrário, entende-se que o artigo 34 da Lei de Contravenções Penais não foi derogado pelo artigo 306 do CTB, pois este somente se refere à condução de veículo automotor, excluindo a condução de

qualquer veículo terrestre com outras características ou embarcações em águas públicas. Neste caso, serão punidos os infratores por contravenção penal e enquadradas no referido artigo 34.

Apesar de toda a discussão, os delitos de embriaguez continuam ocorrendo, principalmente em épocas festivas. Daí conclui-se que o cidadão não teme as sanções que lhe são aplicadas, não que exatamente queira desobedecer à lei, mas, sim, porque ainda não conseguiu se conscientizar do perigo a que expõe a sociedade e a si mesmo. O poder Judiciário está fazendo a sua obrigação, punindo com maior rigor a conduta criminosa; a fiscalização de trânsito tem sido mais ostensiva, autuando maior número de infratores. Tanto que, na Vara de Trânsito de Manaus, tem aumentado a cada ano o número de processos por embriaguez ao volante, senão compare-se: em 1998, foram instaurados 126 inquéritos policiais por embriaguez (art. 306 do CTB); em 1999, cresceu para 157; em 2000 para 205; em 2001, 439 ; e no ano de 2002, 488; 2003, 460; 2004, 425; em 2005 (até junho), 274.

Além disso, já se constatou que a exasperação de penas não reduz a criminalidade, nem a violência, pois os crimes de trânsito continuam ocorrendo apesar dos aumentos das penas e das severas multas, confirmando, assim, que o encarceramento não readapta o delinquente; ao contrário, perverte-o, corrompe-o, embrutece-o. O caminho a seguir é o da educação desse cidadão para conduzir-se de forma mais responsável.

Existe hoje um consenso que preconiza a adoção de penas alternativas em substituição à pena de prisão, inserida na tão comentada Lei nº 9.099/95, que representa uma luz indicativa de adaptação da realidade vivida, mediante a aplicação de institutos despenalizadores como a transação penal e a suspensão condicional do processo, desde que o autor do fato delituoso cumpra determinadas condições a ele impostas. É verdade que a televisão, como meio de comunicação de massa, tem contribuído bastante na divulgação de campanhas educativas no trânsito, na tentativa de evitar a ocorrência de sinistros envolvendo veículos automotores, de pequeno e de grande porte,

alertando os motoristas que evitem ingerir bebida alcoólica antes de conduzir seus móveis. É um passo inicial para conscientização da sociedade.

Sugere-se, no entanto, que as campanhas de educação no trânsito sejam intensificadas, com enfoque especial para o perigo das bebidas alcoólicas e esclarecendo sobre os seus efeitos no organismo humano e que a pessoa pode divertir-se e alegrar-se sem álcool ou drogas. Outra medida que se pode apresentar é incrementar a fiscalização nas estradas e principais vias públicas, principalmente nos dias feriados e épocas festivas, ocasiões em que mais se exige a presença das polícias militar e rodoviária para prevenir e reprimir atos concernentes à segurança pública.

Referências bibliográficas

- ANDRADA**, Doorgal Gustavo Borges de. *Crimes e Penas do Novo Código de Trânsito: breves comentários*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, 102p.
- CAPEZ**, Fernando e **GONÇALVES**, Victor Eduardo Rios. *Aspectos criminais do Código de Trânsito*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FUKASSAWA**, Fernando Y. *Crimes de Trânsito* (De acordo com a Lei No. 9.503, de 23-9-1997). São Paulo: Oliveira Mendes, 1ª edição, 1998, 214p.
- GOMES**, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo: o novo modelo consensual de justiça criminal: Lei 9.099, de 26.09.95*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. 232 p.
- GRECO FILHO**, Vicente. *Tóxicos: prevenção - repressão: comentários à Lei No. 6.368, de 21-10-1976, acompanhados da legislação vigente e de referência jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 7ª ed., ampl. e atual., 1991, 440p.
- GRINOVER**, Ada Pellegrini et al. *Juízados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.95*, 3. ed. rev. e atual., 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. 415 p.
- HONORATO**, Cássio Mattos. *Trânsito: infrações e crimes*. São Paulo : Millennium, 1ª edição, 2000, 632p.

- JESUS**, Damásio Evangelista de. *Crimes de Trânsito*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MARANHÃO**, Odon Ramos. *Curso básico de medicina legal*. 4ª ed. rev. e ampl. 3ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, 468p.
- MIRABETE**, Júlio Fabbrini. *Juízados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- _____. *Crimes de Trânsito têm normas gerais específicas*. Boletim IBCCrim No. 61, dez/97, pp. 13 e 14.
- PINHEIRO**, Geraldo de Faria Lemos. *A embriaguez no código de trânsito brasileiro*. Boletim IBCCrim, São Paulo, ano 7, n. 83, p. 3 e 4, out. 1999.
- RIZZARDO**, Arnaldo. *Comentários ao código de trânsito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, 856p.
- ROCHA**, Luiz Otávio de Oliveira e BAZ, Marco Antônio Garcia. *Fiança criminal e liberdade provisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed. rev. e atual., 2000, 288p.
- SILVA**, Luiz Cláudio. *Juízado Especial Criminal: prática e teoria do processo*. Rio de Janeiro : Forense, 2ª edição, 1998, 235p.
- SOBRANE**, Sérgio Turra. *Transação Penal*. São Paulo: Saraiva, 1ª edição, 2001, 145p.

O direito de preempção do Município na regularização fundiária e na execução de programas e projetos habitacionais de acordo com o Estatuto da Cidade

Géber Mafra Rocha *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breve retrospecto do direito de preempção. 3. A preempção no Estatuto da Cidade. 4. A regularização fundiária pelo Município. 5. A execução de programas e projetos habitacionais de interesse social. 6. Conclusão.

1. Introdução

A Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988, reservou um capítulo à política urbana, curiosamente no título relativo à ordem econômica¹, enfatizando a natureza social, notadamente nos artigos 182 e 183 do texto constitucional.

No artigo 182, observa-se o destaque às funções sociais da cidade, bem como ao bem-estar de seus habitantes, remetendo ao plano diretor o caráter instrumental para a consecução do fim colimado, traduzido pela desapropriação, pelo parcelamento do solo e pelo imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo.

Pelo artigo seguinte, instituiu-se, em sede constitucional, a usucapião especial de pequenas áreas urbanas utilizadas para moradia, salientando, uma vez mais, o escopo social do constituinte.

* Promotor de Justiça e mestrando em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas.

¹ O magistério de Édis Milaré (*in Direito do ambiente : doutrina, jurisprudência, glossário*. 3 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004. pp.623-624) indica que apesar do constituinte ter enfatizado o aspecto econômico da política nacional urbana, esta é, na verdade, mais social que econômica eis que ligada aos assentamentos humanos, a processos demográficos, a estilo de vida, a valores culturais próprios, a fonte de interação de indivíduos e grupos.

Estes, portanto, são os registros constitucionais que ensejaram a Lei 10.257, de 10.7.2001, que se autodenomina Estatuto da Cidade, fato peculiar, haja vista que não é corrente uma lei dar-se um apelido.

A propósito, tão logo foi editado, o Estatuto da Cidade recebeu críticas por comentaristas de renome que reclamaram maior apuro do texto legal acima mencionado, como por exemplo o fato de constar no corpo legal a identificação como um *regulamento* quando, rigorosamente, tal é competência reservada constitucionalmente ao Executivo (artigo 84, IV). Além disso, a norma regulamentar é hierarquicamente inferior e segue as balizas estabelecidas pela lei formal.

A despeito de tais críticas, o Estatuto da Cidade representa valioso instrumento legal propiciando não somente os mecanismos da política urbana prevista na Carta Política de 1988, mas porque oportuniza o exercício de comandos legais específicos, como, por exemplo, o direito de preempção a ser exercido pelo Poder Público municipal.

2. Breve retrospecto do direito de preempção

O direito de preempção é uma instituição tradicional no direito civil, segundo a tradição romana, era o que se denominava de *pactum prothimiseos* e, desde então, apesar do decurso do tempo não se viu grandes mudanças, guardando a idéia originária de preferência. Desse modo é que “direito de preempção”, “direito de preferência” e “direito de prelação” ainda guardam o significado de anterioridade (*prae*) na compra (*emptio*).

Com efeito, direito de preempção é aquele que assegura, a uma determinada pessoa, a primazia da compra de um determinado móvel ou imóvel a ser vendido pelo seu proprietário.

No Código Civil vigente houve a repetição da redação do diploma legal anterior (1916), e com um conceito pouco apropriado para o uso e a tradição do instituto limitou-se a se referir à preferência como a que “impõe ao comprador a obrigação de oferecer ao vendedor a coisa que aquele que vai

vender, ou dar em pagamento, para que este use de seu direito de prelação da compra, tanto por tanto” (artigo 513).

É de se extrair de tal retrospecto, portanto, os tipos legal e contratual de preferência, cuja evidência dispensa mais comentários.

Além disso, válida é a referência ao Código Civil sobretudo pelo disposto no parágrafo primeiro do artigo 4º do Estatuto da Cidade, que reserva aplicação subsidiária do *codex*.

De qualquer modo, com relativa facilidade se constata que o instituto conserva sua utilidade, a despeito da singleza conceitual dispensada pelo legislador infraconstitucional, fato reconhecido pela melhor doutrina.²

3. A preempção no Estatuto da Cidade

Nos artigos 25 a 27, do Estatuto da Cidade, o legislador ordinário ocupou-se em tratar do direito de preempção. Novamente a referência foi, no mínimo, incompleta já que no *caput* do artigo 25 há menção isolada de aquisição por alienação onerosa, não se referindo sobre a possibilidade de permuta, doação, dação em pagamento, e ainda, as hipóteses contempladas pelo direito sucessório.

Outro ponto não tratado pelo Estatuto é se seria possível, ou não, a preferência ser exercida considerando outras condições, divergindo, *v.g.*, sobre o valor porém sendo vantajosa quanto a outros itens da aquisição. Ao se restringir a preço e condições de pagamento impossibilitou fossem cogitadas outras faces do negócio dando pouca margem para o exercício da preferência.

Nada obstante, houve a previsão do exercício do direito de preferência pelo Poder Público em algumas

² Comentando sobre a definição de preempção dada pelo novo Código Civil, Diógenes Gaspatini a descreve como sendo “conceito acanhado” e que apesar disso “não embotará a largueza que se observa na prática desse instituto” (*in* Estatuto da Cidade : Comentários à Lei Federal 10.257/2001. Malheiros Editores : São Paulo, 2003, p. 194)

hipóteses, sob a justificativa de atender à finalidade social. A par da repartição de competências, ao Município coube a política urbana e, portanto, é o ente responsável diretamente pelo exercício de tal prelação, podendo, ainda, criar um órgão específico para o mister.

O artigo 26 do Estatuto da Cidade enumera, por meio de seus incisos, situações em que o legislador faculta ao Município preferência sobre os demais interessados, enquanto que no artigo 27 consta como se dará o exercício de tal direito.

Dentre as hipóteses arroladas no artigo 26, constam a possibilidade do exercício do direito de preferência quando for necessária à regularização fundiária pelo ente municipal e a execução de programas e projetos habitacionais que tenham a marca do interesse social. Neste trabalho, serão estudadas, portanto, as hipóteses contempladas nos incisos I e II, cujo conteúdo, a meu ver, é mais amplo que os demais casos.

4. A regularização fundiária pelo Município

Dentre os casos previstos pelo legislador no artigo 26, está o direito de preempção a ser exercido em relação a imóvel indispensável à regularização fundiária (inciso I).

O legislador, com acerto, não se aventurou em definir o termo *regularização fundiária*, deixando aos comentaristas tal tarefa. Não reclama maior dificuldade compreender o sentido utilizado na lei, notadamente nos tempos atuais em que se constata, com freqüência cada vez maior, a incoincidência entre o sistema registral e a realidade fundiária.

No campo e na cidade se observa a disparidade entre o titular que consta nos registros de imóveis e quem se apresenta como proprietário dos imóveis, fruto direito de um sistema oficial de financiamento habitacional fracassado e minado por inúmeros planos econômicos, de invasões ou ocupações irregulares das propriedades e da fuga dos interessados do sistema registral pelo alto custo, preferindo os chamados “contratos de gaveta”, evento comum principalmente quando o trato negocial

do imóvel é gerido pelo sistema financeiro da habitação.

Diógenes Gasparini³, comentando o referido inciso, cita como exemplo uma invasão de determinada área na qual o seu proprietário recebe uma proposta de compra da associação dos invasores. Entende o mencionado autor que, neste caso, o Município, ou quem lhe faça as vezes, possui o direito de prelação, sob o argumento de que será mais fácil promover a regularização fundiária e a um custo menor, pois ocorrerá antes que a intervenção urbana municipal valorize a propriedade.

Válido o exemplo, pelo que acrescento também ser possível a preempção na hipótese do predito imóvel ser objeto de venda para quitar dívidas do titular se o imóvel tiver sido dado em garantia. Uma vez estipulado o seu valor, o Município, ou o órgão por ele criado com a tarefa de cuidar da política urbana, poderia reclamar primazia frente aos demais interessados e assim executar, mais adequadamente, a regularização fundiária, sem prejuízo de alcançar outros objetivos, inclusive os previstos de forma específica nos incisos III a VIII do mesmo artigo 26 da Constituição da República Federativa do Brasil (constituição de reserva fundiária, ordenamento e direcionamento da expansão urbana, equipamentos urbanos comunitários, criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes, criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental, proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico).

A possibilidade de ser entregue um título dominial a um ocupante irregular permitindo que o mesmo resgate sua dignidade quanto à moradia é, sem dúvida, positiva, porém deve-se considerar outras fases a serem cumpridas anteriormente, sobretudo quanto ao planejamento urbano, sob pena de, em seguida à entrega do título definitivo, constatar-se a necessidade do município reaver o imóvel, momento em que não poderá mais ser alterada a titularidade, a não ser pela via da desapropriação, hipótese que representaria custo adicional ao erário.

³ *op. cit.* p. 204.

5. A execução de programas e projetos habitacionais de interesse social

Segundo o Estatuto da Cidade, a execução de programas e projetos habitacionais de interesse social também pode justificar o exercício do direito de preferência pelo Poder Público municipal.

A finalidade da previsão do inciso II do artigo 26 do Estatuto da Cidade reside na execução de políticas públicas pelo município que importem em equacionar o problema habitacional em determinada área de modo mais prolongado (programa) ou de modo mais curto (projeto).

Novamente aqui pode ser aferido o objetivo do legislador em oferecer elementos ao administrador municipal para executar uma política urbana eficaz, oportunizando, portanto, a prelação frente aos demais interessados.

Pode-se utilizar, pelas mesmas razões invocadas anteriormente, o exemplo das invasões ou ocupações irregulares de áreas urbanas agora sob o prisma de ações e políticas públicas mais objetivas.

Quando há menção a um projeto ou a um programa oficial, presume-se o prévio planejamento de escolas, feiras, postos de saúde, policiamento, enfim setores necessários ao bom funcionamento daquele setor habitacional.

A partir do momento em que determinado programa é apresentado à comunidade e algum desses setores não está presente pode-se exigir do poder público a sua inserção oportuna em que, valendo-se da prelação, poderá o município invocá-la para complementar a referida inclusão no programa ou projeto antes incompleto.

6. Conclusão

Em qualquer caso, o direito de preferência é um importante instrumento a ser empregado rapidamente e em larga escala, de modo a evitar que a cidade se torne um

aglomerado sem planejamento e sem preocupação com o bem-estar de seus ocupantes. Nos casos em que isso já se observa de modo predominante, também será possível minimizar a problemática urbana com o implemento de tais recursos jurídicos previstos no Estatuto da Cidade.

A relevância do tema que se apresenta se impõe pela utilidade do assunto no quadro atual da preservação de áreas urbanas em prol do bem-estar de seus munícipes e em defesa da ordem urbanística⁴.

Isso é importante, especialmente quando se verifica o grande número de invasões (ou ocupações indevidas)⁵, devendo-se observar o alcance de tais medidas como previstas, fazendo-as atender à função social da cidade perseguida pela Constituição e pelo Estatuto da Cidade, em consonância com o desestímulo a práticas irregulares como as invasões.

Referências bibliográficas

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 6ª ed. São Paulo : Lumens Juris, 2002.

CUSTÓDIO, Héliça Barreira. *Direito ambiental e questões jurídicas relevantes*. Campinas, SP : Millennium, 2005.

DALLARI, Adilson Abreu; **FERRAZ**, Sérgio (Coord.). *Estatuto da cidade (comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. São Paulo : Malheiros, 2003.

⁴ Expressão criada pelo Estatuto da Cidade que passa a integrar o conjunto de valores ou bens a serem defendidos pela ação civil pública (artigo 1º da Lei 7.347/85, com a redação dada pelo artigo 53 da Lei 10.257/2001).

⁵ Héliça B. Custódio (*in* Direito ambiental e questões jurídicas relevantes. – Campinas, SP : Millennium Editora, 2005. p. 638) chama atenção que as invasões e favelas, além de degradarem e descaracterizarem os valores urbanístico-ambientais locais, sujeitam os infratores à obrigação de reparar os danos causados aos legítimos proprietários ou possuidores dos imóveis desvalorizados (CF, art. 37, § 6º, c/c art. 225, § 3º), bem como violam flagrantemente a expressa norma constitucional sobre a contribuição de melhoria (CF, art. 145, III).

- DERANI**, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2ª edição. São Paulo : Max Limonad, 2001.
- FIORILLO**, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 3ª ed. São Paulo : Saraiva, 2002.
- FIORILLO**, Celso Antonio Pacheco; **RODRIGUES**, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. São Paulo : Max Limonad, 1997.
- MACHADO**, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Malheiros, 2004.
- MILARÉ**, Édis. *Direito do ambiente : doutrina, jurisprudência, glossário*. 3. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004.

O sistema de “cotas” para negros nas universidades estaduais e federais, como modo de implementação de ações afirmativas, tem respaldo constitucional?

Aurely Pereira de Freitas *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Ações afirmativas. 3. Conclusão.

1. Introdução

Como introdução ao tema proposto, cabe definir o que se entende como igualdade, para então se passar a uma análise da existência ou não de respaldo constitucional para o sistema de cotas, como modo de implementação de ações afirmativas.

O conceito de igualdade é objeto de discussões há muito tempo. Três posições podem ser destacadas: a dos nominalistas, idealistas e realistas.

Para os nominalistas, a igualdade não passaria de um simples nome, os homens nasceriam desiguais e assim perdurariam. Para os idealistas, o igualitarismo seria absoluto. “Afirma-se, em verdade, uma igual liberdade natural ligada à hipótese do estado de natureza, em que reinava uma igualdade absoluta”.(Locke, 1960, p.115).¹

A posição realista reconhece a desigualdade do homem em muitos aspectos, mas defende a igualdade substancial, “pois em cada um deles, o mesmo sistema de características inteligíveis proporciona, à realidade individual, aptidão para existir”.

* Promotora de Justiça Substituta, com atuação na comarca de Caruaru;
Especialista em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.

¹ Cf. Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil*, II, § § 4 a 6, especialmente; Montesquieu, *De l'esprit des lois*, I, 2 e 3, *apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 19.ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2001, p. 215.

(Faria, 1973, p.43)²

Surge assim, a noção de igualdade jurídica, que não obstante as desigualdades naturais, físicas, políticas, deve prevalecer.

Um conceito de igualdade foi muito difundido no meio acadêmico, qual seja o de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade. Aristóteles vinculou essa idéia de igualdade e justiça.

O grande desafio, no entanto, está em utilizar um critério de discriminação que possua uma compatibilidade lógica com os preceitos defendidos na Constituição. Dessa forma, uma norma que contenha um critério de discriminação pode ou não estar de acordo com os princípios constitucionais, dependendo para isso uma análise do objetivo da norma e a compatibilidade lógica desta com o discrimen.

É preciso, portanto, analisar as diferenças entre uma igualdade formal, perante a lei, e uma igualdade material, efetiva.

Porque existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais, do que se extrai que a lei geral, abstrata e impessoal que incide em todos igualmente, levando em conta apenas a igualdade dos indivíduos e não a igualdade dos grupos, acaba por gerar mais desigualdades e propiciar a injustiça, daí porque o legislador, sob 'o impulso das forças criadoras do direito [como nota Georges Sarotte], teve progressivamente de publicar leis setoriais para poder levar em conta diferenças nas formações e nos grupos sociais: o direito do trabalho é um exemplo típico' (L. INGBER, IN PERELMAN, 1971, p.1/3)³

² Cf. Faria, Anacleto de Oliveira, 1973 *Do Princípio da Igualdade Jurídica*, p. 43, *apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 19.^a ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2001, p. 215.

³ Cf. L. Ingber, "A proposta de *l'égalité dans la jurisprudence belge*", in Charles Perelman *et al.*, *L'égalité*, v. I/3 e ss; *O materialismo histórico no estudo do direito*, p.316 *apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 19.^a ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2001, p. 216/217.

A questão colocada, da significação de uma igualdade material ou apenas formal, está no âmago da discussão a respeito de ações afirmativas.

2. Ações afirmativas

As ações afirmativas, que buscam reparar as desigualdades sociais, estão de acordo com a linha de pensamento defendida pelos Realistas, ou seja, a igualdade jurídico-formal não pode mais ser considerada como suficiente, ao menos não de acordo com os princípios estatuídos na Constituição de 1988.

A implementação da igualdade deve levar em conta as distinções existentes entre os diversos grupos, deve servir de arcabouço para a justiça social; não se pode entender o princípio da Igualdade com uma visão individualista.

A Constituição Federal, no *caput* do art.5.º, afirma que todos são iguais perante a lei, estando vedada a distinção de qualquer natureza. O art. 7.º, inciso XXX, proíbe critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Como compatibilizar esses dispositivos com as ações afirmativas?

Para os que criticam a política de cotas para negros e pessoas carentes, seriam inconstitucionais as discriminações não autorizadas pela constituição e tal inconstitucionalidade deve ser corrigida pela Justiça.

De acordo com a lição de José Afonso da Silva, o princípio da igualdade jurisdicional apresenta-se sob dois aspectos, a seguir expostos:

Como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da justiça. (SILVA, 2001, p. 221)

Na visão dos que defendem a inconstitucionalidade, portanto, o legislador teria criado uma

situação absurda de afronta à Constituição ao editar uma lei que cria cotas para negros em Universidades Públicas.

Os que defendem a constitucionalidade da lei de cotas afirmam que essa política afirmativa realiza na prática a igualdade, que antes existia no plano unicamente formal.

A realização da igualdade perante a justiça, assim, exige a busca da igualização de condições dos desiguais, o que implica conduzir o juiz a dois imperativos, como observa Ingber: de um lado, cumpre-lhe reconhecer a existência de categorias cada vez mais numerosas e diversificadas, que substituem a idéia de homem, entidade abstrata, pela noção mais precisa de indivíduo caracterizada pelo grupo em que se insere de fato; de outro lado, deve ele apreciar os critérios de relevância que foram adotados pelo legislador. (SILVA, 2001, p. 223)

Também para Gelson Salomão Leite e Fábio Andrade Medeiros, dentre muitos outros, o princípio da igualdade deve se traduzir em uma igualdade material e não apenas formal:

Consagrada no art. 5.º como disposição genérica, a igualdade exige que a lei imprima tratamento homogêneo a situações equivalentes. A lei deve também servir como instrumento de desequiparação tratando-se de situações jurídicas distintas.

De inspiração aristotélica, o princípio da igualdade exige que o que seja essencialmente igual receba um mesmo tratamento jurídico, ao passo que o que seja essencialmente desigual receba um tratamento diferente. (LEITE e MEDEIROS, 2003, p. 391)

Dessa forma, a constitucionalidade ou não do sistema de cotas para negros nas universidades, assim como as cotas para pessoas carentes, dependerá do conceito adotado em relação ao princípio de igualdade, se material ou puramente formal.

No entanto, uma análise do princípio da igualdade não poderia estar completa sem a clássica enumeração de Celso

Antônio Bandeira de Mello a respeito dos requisitos para a legitimidade da discriminação, quando da busca pela igualdade material.

Que a discriminação não atinja de modo atual e absoluto um só indivíduo; que o fator de desigualação consista num traço diferencial residente nas pessoas ou situações – vale dizer, que não lhes seja alheio; a existência de um nexó lógico entre o fator de discrimen e a discriminação legal estabelecida em razão dele; que, no caso concreto, tal vínculo de correlação seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, visando ao bem público, à luz do texto constitucional. (BANDEIRA DE MELLO, 2003, P.41)

O conceito de igualdade material, portanto, não está a autorizar todo e qualquer tipo de discriminação, necessário, pois, atentar para os requisitos que impedem que este seja utilizado de forma ilegítima. Os requisitos apontados por Celso Antônio Bandeira de Mello, no entanto, não desautorizam a utilização de ações afirmativas, se não vejamos.

As discriminações compensatórias, como é o caso das cotas para negros, não atingem apenas um indivíduo, mas uma parcela da população. O traço diferencial reside na situação de desigualdade econômica e de oportunidades, que pode ser observado nas pessoas que não obtiveram acesso a melhores oportunidades de estudo, de uma forma geral. A cor da pele foi erigida em fator de desigualação por fatores históricos e sociológicos, bem como em estudos que comprovam o número reduzido de pessoas da cor negra em Universidades, eis aí também o nexó lógico para a discriminação estabelecida pela lei. Por fim, no caso concreto, existem interesses constitucionalmente protegidos pertinentes ao caso, tais como: a educação como direito de todos e dever do Estado; o acesso ao ensino público de qualidade; e a gestão democrática do ensino público.

Importante salientar, no entanto, que mesmo constitucional, uma ação afirmativa deve ser implementada com

extremo cuidado, sob pena de criar mais situações desiguais. C sistema de aferição da capacidade econômica deve ser melhor estudado, uma simples declaração escrita da condição de pobreza assim como o fato de o aluno ter estudado em escola pública durante toda sua vida, não são suficientes para se constatar condição de carente. Uma pessoa que com muito sacrifício conseguiu se manter em uma escola particular, mesmo que por pouco tempo, não pode ser excluída da ação afirmativa. Da mesma forma, uma pessoa de cor negra, que obteve condições de estudo privilegiadas não pode ser tratada como outro da mesma cor que não obteve essas boas condições.

A melhor solução, talvez, fosse criar um critério de discriminação unicamente econômico. Não há sentido em privilegiar um aluno de cor negra, que sempre estudou em colégio particular, apenas pela sua cor, ainda que esta não seja uma realidade comum. O que traz a desigualdade é a falta de condições de estudo, que independente da cor, é fruto da desigualdade econômica.

Outro cuidado importante diz respeito à manutenção da qualidade de ensino nas Universidades Públicas. A maioria das pessoas que não conseguem lograr êxito em um vestibular para ingresso em Universidade Pública possui alguma deficiência em sua formação acadêmica, o que pode vir a comprometer o rendimento após o ingresso, mediante as cotas, em uma Universidade.

Para minimizar os riscos da formação de maus profissionais, não excluído de todo mesmo em caso de alunos aprovados em vestibular que não possuem o benefício das cotas, o critério a ser escolhido para selecionar os alunos carentes deve garantir um determinado nível de conhecimento acadêmico para a aprovação.

Uma das razões para um aluno, proveniente das camadas sociais marginalizadas, não conseguir ingressar numa Universidade, ainda que com um bom nível de formação acadêmica, é a enorme concorrência, extremamente desigual, pois o aluno que possui condições de pagar por uma formação mais completa sempre estará um passo a frente.

A esse fator, podemos somar o fato de não existirem suficientes vagas nas Universidades Públicas do País. Essa defasagem acaba gerando o privilégio para aqueles que possuem melhores condições de preparação.

Para ilustrar melhor o pensamento, tomemos como exemplo o Exame da Ordem dos Advogados do Brasil. Nele os candidatos não estão competindo entre si, não existe uma nota "de corte", que limite o número de aprovados, o que se exige é que o candidato possua um determinado nível para bem exercer a profissão, os que não atingem essa exigência são reprovados.

O ideal seria que o critério de seleção para a Universidade Pública seguisse esse mesmo modelo, no entanto, não existem vagas para todos.

O que se está tentando demonstrar, é que existe uma zona cinzenta na qual se torna difícil separar os alunos que não conseguem aprovação no vestibular por não terem capacidade, daqueles que não conseguem ser aprovados em razão da enorme concorrência, que beneficia os mais abastados. Daí a necessidade de critérios responsáveis para a instituição das ações afirmativas.

O fenômeno que pode ser observado atualmente, mostra a incoerência do atual sistema, os alunos com dificuldades financeiras, que não tem condições de ingressar numa Universidade Pública, acabam por pagar uma Universidade Particular, em alguns casos de qualidade duvidosa, para obter a chance de possuir um diploma de nível superior.

Evidentemente, face ao atual reduzido número de vagas, muitos alunos capacitados não estão conseguindo lograr êxito no vestibular em razão da implementação das cotas. Esse número de alunos, no entanto, frente ao comprovadamente maior número de excluídos, torna-se um número bem reduzido. Ronald Dworkin, analisando o modelo norte-americano de discriminação compensatória, faz interessante colocação sobre o tema:

Em determinadas circunstâncias, uma política que coloca muitos indivíduos em situação de desvantagem pode,

mesmo assim, ser justificada, porque dá melhores condições à comunidade como um todo.

Qualquer instituição que recorra a essa idéia para justificar uma política discriminatória vê-se diante de uma série de dificuldades teóricas e práticas. Em primeiro lugar, há dois sentidos distintos em que se pode afirmar que uma comunidade está melhor como um todo, ainda que alguns de seus membros não estejam bem, e qualquer justificação deve especificar a qual desses sentidos faz referência. Pode estar melhor em um sentido utilitarista, ou seja, porque o nível médio ou coletivo do bem-estar comunitário aumentou, apesar de o bem-estar de alguns indivíduos ter diminuído. Por outro lado, pode estar melhor em um sentido ideal, ou seja, porque é mais justo ou, de algum outro modo, mais próximo de uma sociedade ideal, quer o bem-estar médio seja ou não aumentado. (DWORKIN, 2002, p. 357/358)

A modificação da ordem atual das coisas, portanto, está a exigir ações afirmativas, uma vez que a situação reinante é incompatível com o Princípio da Igualdade, no sentido que se procurou demonstrar na presente exposição. Eventuais ajustes podem ser feitos, na medida em que a experiência prática apontar melhores caminhos, o que não se pode é afastar por completo ações que buscam melhorar a distribuição do ensino superior no país.

3. Conclusão

O respaldo constitucional para a aplicação de ações afirmativas, dentre elas o sistema de cotas, existe sim em nosso ordenamento jurídico. A igualdade em seu sentido material é amplamente reconhecida por doutrina e jurisprudência, mesmo entre os críticos da política de ações afirmativas. O que é objeto de ampla discussão é se o sistema de cotas, de fato, garante uma igualdade substancial ou se agrava a situação existente, gerando mais desigualdade.

De uma forma ou de outra, respeitados os

entendimentos contrários, certos aspectos, como a desigualdade econômica, podem sim, ser utilizados como um discrimen para um tratamento realmente igualitário. A igualdade material é, sem sombra de dúvida, um fundamento que permite à legislação tutelar pessoas que se encontram em situação econômica inferior.

O ideal seria que no Brasil o ensino público, fundamental e médio, possuísse a mesma qualidade observada no ensino superior. Também seria ideal, que o número de vagas nas Universidades Públicas garantisse a intenção do legislador constitucional, de um ensino de caráter gratuito e universal.

No entanto, até que esse mundo ideal se realize, necessário garantir aos que já se encontram no sistema educacional, uma chance real de competição, para que as oportunidades não fiquem condicionadas a evento futuro e incerto, como a melhora da educação fundamental, fato que, irrefutavelmente, deverá ser um objetivo a ser buscado pelo Estado, mas que talvez garanta uma melhor condição apenas aos filhos dos atuais estudantes, ou netos, ou quem sabe bisnetos.

Referências bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003, 93p.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, 568p.

LEITE, George Salomão. *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*, São Paulo: Malheiros, 2003, 429p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000, 820p.

O Terceiro Setor no Brasil – aspectos tributários: isenções, imunidades, demais benefícios

Kátia Maria Araújo de Oliveira *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Imunidades tributárias no Terceiro Setor. 3. Isenções tributárias das entidades do Terceiro Setor. 4. Demais benefícios fiscais relacionados ao Terceiro Setor. 5. Conclusão.

1. Introdução

O Terceiro Setor, também chamado de “*Setor Solidário, Setor Coletivo e Setor Independente*. Sendo por excelência um setor solidário, onde alguns velam por muitos, onde o individual dá lugar ao coletivo, recebe a denominação de Setor Independente por se mostrar equidistante do Poder Estatal e do Poder Econômico, gerador de riquezas (...) As entidades jurídicas não governamentais, sem finalidade lucrativa, objetivando o bem da coletividade, inserem-se neste setor. O terceiro setor jamais procura auferir lucros e, em razão disto, não pode ser inserido dentro das atividades mercantis usuais, com regulamentação específica própria”¹, acompanha as novas noções de Estado, no caso a evolução do conceito de participação estatal, sendo indispensável avaliar seus números na economia brasileira:

Eduardo Sazzi, na obra “Terceiro Setor: regulação no Brasil” assim se expressa:

“recentes pesquisas apontam que o Terceiro Setor gastou no Brasil cerca de 10,9 bilhões de reais em despesas operacionais no ano de 1995, o que corresponde a 1,5% do PIB daquele ano. Parcela significativa dos recursos (61,1%) foi gerada pelas próprias entidades: o governo contribuiu com 12,8% e os Doadores Privados, com o restantes 26,1%, computadas as doações em moeda e bens de pessoas físicas e jurídicas e o valor do trabalho voluntário”.

* Promotora de Justiça de 2ª Entrância; Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes; Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Federal do Amazonas.

¹ RAFAEL, Edson José. *Fundações e Direito* - São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1997.

O terceiro setor é composto por organizações que apresentam as seguintes características: **estruturadas, privadas, não distribuidoras de lucro, autônomas e voluntárias**. Em termos de direito brasileiro, configuram-se como organizações do terceiro setor as entidades de interesse social sem fins lucrativos, como as associações, e as fundações de direito privado, enumeradas no atual Código Civil Brasileiro, todas com autonomia própria, cujo objetivo é o atendimento a necessidades sociais.

A este respeito, ou seja, no tocante ao regime jurídico das pessoas jurídicas que compõem o Terceiro Setor diz-se que

“juridicamente entidades privadas sem fins lucrativos podem assumir duas formas distintas: a de sociedade civil sem fins lucrativos, também denominada associação civil, ou a fundação. A existência dessas duas formas não é casual. Corresponde a duas manifestações típicas do chamado ‘espírito comunitário’, a razão de ser do Terceiro Setor: o associar e o dar”².

São inúmeros os questionamentos no tocante ao “financiamento” do Terceiro Setor, e é justo ressaltar que este setor goza de inúmeros benefícios estatais, sendo a “ajuda” do Poder Público efetivada através das imunidades bem como das isenções fiscais auferidas por estas entidades.

2. Imunidades tributárias no Terceiro Setor

Ensina Leandro Marins que *“imunidade tributária é norma constitucional de delimitação da competência das entidades tributantes de promover a oneração de certas pessoas, em função de características próprias estabelecidas”³*

² FALCÃO, Joaquim e CUENCA, Carlos. *Diretrizes para nova legislação do Terceiro Setor, in Mudança social e reforma legal: estudos para uma legislação do Terceiro Setor* - Brasília: Conselho da Comunidade Solidária: Unesco, 1999.

³ SOUZA, Leandro Marins de. *Tributação do terceiro setor no Brasil* – São Paulo: Dialética, 2004.

Conceituando imunidade tributária Hugo de Brito Machado assevera que *“imunidade é o obstáculo decorrente de regra da Constituição, é incidência de regra jurídica de tributação. O que é imune não pode ser tributado. A imunidade impede que a lei defina como hipótese de incidência tributária aquilo que é imune. É limitação de competência tributária”*.⁴

As imunidades tributárias do Terceiro Setor e seus dispositivos constitucionais são:

- a)- imunidade tributária a impostos das instituições de educação e de assistência social (artigo 150, VI, “e” da CF/88).
- b)- imunidade tributária a impostos das entidades sindicais dos trabalhadores (artigo 150, VI, “c” da CF/88)
- c)- imunidade tributária a contribuição para a seguridade social das entidades beneficentes de assistência social (artigo 195, parágrafo 7º da CF/88).

3. Isenções tributárias das entidades do Terceiro Setor

Como visto, as imunidades tributárias atuam, por determinação constitucional, no âmbito da delimitação das competências tributárias. Por outro lado, a isenção tributária é concedida por norma de estrutura que se manifesta no âmbito do exercício da competência tributária, também estabelecida constitucionalmente.

A respeito ensina Rubens Gomes de Sousa, que *“isenção é favor fiscal concedido por lei, que consiste em dispensar o pagamento de um tributo devido. Na isenção o tributo é devido, porque existe a obrigação, mas a lei dispensa o seu pagamento; por conseguinte, a isenção pressupõe a incidência porque é claro que só se pode dispensar o*

⁴ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

*pagamento de um tributo que seja efetivamente devido.*⁵

As isenções tributárias possuem fundamento constitucional, pois a Carta Magna ao estabelecer os princípios vetores da tributação, previu hipóteses em que as pessoas políticas podem optar por não fazer incidir determinado tributo sobre certas pessoas ou atividades, através das isenções.

Algumas das isenções tributárias concedidas as entidades do Terceiro Setor são:

- a) Isenção tributária a contribuições para a Seguridade Social destinada às Entidades Beneficentes de Assistência Social (artigo 55 da Lei 8.212/91): Cota patronal, Cofins, CSLL e Contribuição ao SAT.
- b) Isenção Tributária ao Imposto de Renda e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido das Instituições de Caráter Filantrópico, Recreativo, Cultural e Científico e Associações Civis (artigo 15 da Lei 9.532/97)
- c) Isenção Tributária ao Imposto de Renda das Sociedades e Fundações de Caráter Beneficente, Filantrópico, Caritativo, Religioso, Educativo, Cultural, Instrutivo, Científico, Artístico, Literário, Recreativo e Esportivo das Associações e Sindicatos que tenham por objeto cuidar dos interesses de seus Associados, salvo Entidades Educacionais, de Assistência á Saúde, de Administração de Planos de Saúde, de Prática Desportiva de caráter profissional e de Administração de Desporto (artigo 30 da Lei 4506/54, artigo 28 do Decreto-Lei nº 5.844/43 e artigo 18 da Lei nº 9.532/97).

⁵ SOUSA, Rubens Gomes de – *Compêndio de legislação tributária*, edição póstuma, coord. IBET, São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

- d) Isenção Tributária a Contribuição ao Salário Educação das Escolas Comunitárias, Confessionais ou Filantrópicas, das organizações de fins culturais e das organizações hospitalares e de assistência social (artigo 1º da Lei 9.766/98 e artigo 3º do Decreto 3.142/99).
- e) Isenção Tributária ao Imposto de Importação e ao Imposto sobre Produtos Industrializados destinada às Instituições de Educação e de Assistência social (artigo 2º, I, “b” da Lei 8.032/90, artigo 1º, IV da Lei 8.402/92 e artigos 135,I, “b” e 245 do Decreto nº 4.543/2002).
- f) Isenção Tributária ao Imposto de Importação e ao Imposto sobre Produtos Industrializados e ao Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante, destinada às Instituições Científicas e Tecnológicas (artigo 2º, I, “b” da Lei 8.032/90, artigo 1º, IV da Lei 8.042/92 e artigos 135, I, “b” e 245 do Decreto 4.543/2002).
- g) Isenção Tributária ao Imposto de Importação dos objetos de arte recebidos por doação por museu (artigo 1º da Lei 8.961/94 e artigos 135, II, “p” e 178 do Decreto 4.543/2002).
- h) Isenção Tributária ao Imposto sobre Produtos Industrializados das Instituições de Educação ou de Assistência Social (artigo 7º, II e IV da Lei 4.502/64 e artigo 51, I do Decreto 4.543/2002).

4. Demais benefícios fiscais relacionados ao Terceiro Setor

Além das imunidades e isenções tributárias, o

ordenamento jurídico pátrio prevê outras hipóteses de benefícios fiscais relacionados ao Terceiro Setor.

No âmbito federal, destacam-se algumas hipóteses de fomento das atividades do Terceiro Setor, a saber:

- a)- dedução, do imposto de renda, de doações efetuadas por pessoas jurídicas a instituições de ensino e pesquisa.
- b)- dedução, do imposto de renda, de doações efetuadas por pessoas jurídicas a entidades civis sem fins lucrativos e de utilidade pública.
- c)- Lei de Incentivo à Cultura (Lei Rouanet)
- d)- Lei de Incentivo as Atividades Áudio Visuais (Lei do Audiovisual)
- e)- Fundos federais, estaduais e municipais dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes (Lei 8.069/90).

5. Conclusão

Como visto o Terceiro Setor, que deveria ser regulado com especial atenção pela sociedade pátria, pois fundamenta sua existência em princípios como a solidariedade, a filantropia, a benemerência, o amparo aos desvalidos, encontra-se regulado por uma legislação dispersa e mal elaborada, não sendo suas atividades devidamente reconhecidas pelos membros da sociedade onde atua.

O Estado deve incentivar o desenvolvimento destas entidades, devendo estar munido do aparato necessário para a fiscalização sobre os serviços por elas prestados, e que seriam de responsabilidade do Poder Público.

Tendo em vista o papel que desempenha, o Terceiro Setor necessita de instrumentos jurídicos adequados, instrumentos que devem servir não apenas para que a entidade prospere, como também que forneçam ao Estado o material necessário para que a função das entidades seja levada a efeito com transparência e eficiência.

No tocante a importância do Terceiro Setor, faz-se necessária a citação do jurista português Vital Moreira afirmando que

“as fundações e o chamado ‘sector não lucrativo’ (non profit), em geral têm um papel cada vez mais relevante na sociedade e na economia dos países mais desenvolvidos, quer em termos de serviços por elas prestados nas mais diversas áreas, quer pelo volume de emprego por que são responsáveis. Devem ser obviamente encorajadas e apoiadas. Mas não devem servir de capa a iniciativas empresariais apócrifas nem de fuga às responsabilidades públicas.”⁶

O mais grave, no que pertence a regulação do Terceiro Setor no Brasil, é a legislação tributária aplicável, onde a intenção é, sempre, de limitar a fruição de benefícios por parte das entidades do Terceiro Setor, com desrespeito, inclusive, a preceitos constitucionais. Deve o Estado Brasileiro, ao contrário, implementar estrutura capaz de fiscalizar os benefícios concedidos no campo tributário.

Através dos mecanismos adequados de fiscalização e controle, a criação de um Estado Social, que substituirá o Estado Liberal, que substituiu o Estado Medieval será concretizada.

Referências bibliográficas

BALEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*, 7ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FALCÃO, Joaquim e **CUENCA**, Carlos. *Diretrizes para nova legislação do Terceiro Setor, in Mudança social e reforma legal: estudos para uma legislação do Terceiro Setor – Brasília: conselho da comunidade solidária: Unesco, 1999.*

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

⁶ MOREIRA, Vital. A regulação das fundações, in MOREIRA, Vital e MARQUES, Maria Manuel Leitão. *A mão visível: mercado e regulação*, Coimbra: Almedina, 2003.

MOREIRA, Vital e **MARQUES**, Maria Manuel Leitão. *A regulação das fundações. A mão visível: mercado e regulação*, Coimbra: Almedina, 2003.

RAFAEL, Edson José. *Fundações e Direito* – São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1997.

SOUZA, Leandro Marins de. *Tributação do terceiro Setor no Brasil* – São Paulo: Dialética, 2004.

SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*, edição póstuma, coord. IBET, São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

O familismo amoral e as redes de parentesco: dominância social

João Gaspar Rodrigues *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O feudalismo no Brasil-colônia: lineamentos históricos. 3. O familismo na história brasileira e universal. 3.1. O conceito de familismo. 3.2. A função da família no processo de socialização do indivíduo. 3.3. A feudalidade das relações sociais no Brasil de hoje. 3.4. O filhotismo brasileiro. 4. Os grupos privilegiados e a herança social. 5. Conclusão.

“A Nação precisa que os filhos lhe falem sempre, nas horas decisivas, como quem fala de coração. O futuro depende em grande parte de um movimento atual de franqueza e de coragem. O tempo de ser **bom moço** já não é mais de hoje. Cada qual deve a si mesmo o respeito de dizer a palavra da consciência, com desinteresse e calma...” (E. Roquette-Pinto, *Ensaios de antropologia brasileira*, p. 10).

“Raros os homens que dizem o que pensam e escrevem o que sentem” (Humberto de Campos).

1. Introdução

Investigar as causas do nosso sofrimento social e político, sem as desfraldar como justa reprovação e propagar pela palavra escrita ou falada as reformas desejáveis, não passa de gesto escolástico e vazio de sentido. Reproduzir sem moralizar, é trabalho de romancista: belo, mas, num primeiro momento, estéril. O verdadeiro objetivo da ciência, como declara Lester Ward, é beneficiar o homem. Uma ciência que não consegue isso, por mais agradável que seja seu estudo, carece de vida, de utilidade. Passa a ser um divertimento erudito para iniciados ou uma ciência morta.

A realidade social não requer apenas pintores que a aprisione e a reproduza, em momentos estáticos e em traços

* Promotor de Justiça do Amazonas; Pós-graduado em direito penal e processo penal pela Universidade Cândido Mendes/RJ; Autor dos livros: *O Ministério Público e um novo modelo de Estado* e *Tóxicos: uma abordagem crítica da Lei n. 6.368/76*.

esteticamente ficcionais. Os problemas já conhecemos de há muito, e de tanto serem martelados tendem a incomodar como o ranger de uma porta, insensibilizando-nos. Que esperamos para propor modelos de ação e de reforma? Que se constitua uma nova ciência da corrupção, da malandragem ou da cretinice oficial? Tal não é possível. Esta prudência conservadora, que manda esperar que a ciência se constitua (se desenvolva e crie dogmas) para iniciar uma ação reformista, ignora a premência da situação; ignora ainda, que não se muda só com conhecimento, mas com vontade, assim como, se caminha não por saber as leis da física e do equilíbrio dos corpos, mas porque, efetivamente se caminha. Às vezes, devemos assumir riscos e avançar à frente da ciência, pois muitas vezes serve-se mais à vida com nossas impressões e sensações que com os preconceitos e as racionalizações científicas.

“É evidente - diz Durkheim - que é preciso viver e que temos muitas vezes de andar à frente da ciência. Neste caso, fazemos como podemos, utilizando os rudimentares conhecimentos científicos de que dispomos, completando-os com as nossas impressões, as nossas sensações, etc. Nessa altura não corremos riscos, é verdade, mas é por vezes necessário arriscar”. A ciência vai mais devagar; precisa de tempo, sobretudo para se tomar praticamente utilizável; e tempo - com sua irmã colaça paciência - é o que não temos. As gerações se degradam e levam neste processo de contaminação, outras que mal despertaram para a construção da vida social.

Para moldar a vida dos homens, o impulso é mais eficaz do que o propósito consciente, dizia Bertrand Russell. Aliviado do peso de elucubrações transcendentais e metafísicas, e como um soldado de equipamento leve, avancemos no campo inimigo para trabalhar com os dados já existentes, visando aperfeiçoá-los.

Ouçamos o que diz um moderno sociólogo americano¹:

“O processo implicado na análise correta das forças societárias é monótono e prolongado. Os problemas sociais, especialmente os mais urgentes, devem ser tratados conforme surjam; a sociedade não pode esperar que se conheçam todas as causas e que se desenvolvam métodos científicos para estudá-las (...).

Mesmo nas áreas em que o conhecimento é suficientemente sólido para permitir lidar eficazmente com os problemas, poucas tentativas são feitas para aplicá-lo às situações

¹ Samuel Koenig, *Elementos de sociologia*, p. 354.

adequadas. O conhecimento de como lidar com um problema não garante sua aplicação. Ele deve ser primeiro aceito pelos membros de uma sociedade, e essa aceitação (...) é sempre cercada de obstáculos, como a dificuldade de provar a eficácia da solução proposta e a quase invariável resistência à inovação. (...) O conhecimento das causas de problemas sociais não implica necessariamente o conhecimento de como eliminá-los, ou mitigá-los”.

O problema da interferência do familismo nas engrenagens do serviço público está a exigir antes uma solução prática, experimental, do que uma racionalização científica, dado o caráter crônico dos assaltos familísticos à seiva da riqueza nacional. O conhecimento disponível destas imperfeições sociais é suficiente para indicar a natureza do problema e o tipo de abordagem necessário. Falta-nos, entretanto, a vontade firme de combatê-las e extirpá-las de nosso meio. Por isso nos interessa, agora, bater na tecla correta, a da solução. Debater o problema encambulhado com as prováveis soluções, se não traz algo de definitivo no horizonte da ciência social prática, habitua-nos na educação da polêmica, da contestação e da crítica. E de quebra, atribui ao discurso doutrinário um tom mais incisivo, prático e educativo.

Os ensinamentos repassados nos bancos escolares não nos habilitam ao enfrentamento dos movimentos subterrâneos da vida social (até porque, parece uma luta contra fantasmas). Recebemos uma paisagem colorida e, na prática, temos de conviver com uma desoladora imensidão em preto-e-branco. E no torvelinho dessa maré, a dúvida nos assalta, carregando o espírito de indagações. Qual a função da educação formalizada? É um comitê de propaganda e transmissão de normas (e padrões) prevalentes na sociedade ou uma alavanca para estimular a crítica científica de qualquer natureza? É apenas uma instituição de transmissão mecânica dos fatos históricos sem avançar sobre os erros cometidos e os acertos possíveis (e desejáveis)? A opção por qualquer das duas alternativas dará um índice seguro do grau de desenvolvimento, modernização e amadurecimento de determinada sociedade.

A sociedade moderna, dada a complexidade cada vez maior da ciência, da técnica e a extrema heterogeneidade de padrões, requer de seus membros um grande número de habilidades racionais e uma postura, até certo ponto, científica. Não obstante, asseveram Rumney e Maier, “há um limite para a ênfase dada pela sociedade moderna à razão e à verdade verificável: ela não consegue admitir que

a orientação cognoscitiva e crítica face ao mundo seja a mais importante.

Dáí procurarem as escolas, o maior das vezes, formar técnicos em lugar de pensadores e cientistas. O *scholar*, o persistente pesquisador da verdade, é culturalmente falando, um tipo periférico [e marginal] e não um tipo central. O diplomado ideal de uma escola superior é, sobretudo, um indivíduo perfeitamente domesticado, inteligente sem ser excessivamente brilhante, bem informado sem ser sobrecarregado de conhecimentos(...) politicamente imparcial, porém firmemente conservador”².

Não fará parte a nossa estrutura universitária, com suas insuficiências críticas, da cruel engrenagem para frear o desenvolvimento social? Qualquer escola, em qualquer lugar ou país, é sempre um instrumento ideológico. Todas as instituições escolares contribuem, com um grau maior ou menor de eficácia, para justificar e conservar as sociedades em que existem. Não é sem razão a afirmação de Marx de que a classe detentora dos meios de produção material dispõe igualmente, e por isso mesmo, dos meios de produção mental, de tal forma que lhe estão também submetidas, no conjunto, as idéias daqueles não possuidores dos meios de produção mental.

Quase toda educação tem um motivo político, diz Bertrand Russell. Visa ao fortalecimento de algum grupo, nacional, religioso, ou até mesmo social, na competição com os demais grupos. Em geral, esse é o motivo que determina quais os assuntos ensinados, o conhecimento oferecido e o conhecimento negado, como também o que decide quais os hábitos mentais se espera que os alunos adquiram. Dificilmente se faz alguma coisa para fortalecer o crescimento interior da mente e do espírito; de fato, aqueles que mais educação tiveram são, muito freqüentemente, atrofiados em sua vida mental e espiritual, desprovidos de impulsos e possuidores, apenas, de certas aptidões mecânicas que ocupam o lugar do pensamento vivo³.

Não se pode negar que o sistema educacional, aqui e acolá, forme jovens críticos, analíticos e razoavelmente desprovidos de preconceitos, mas não no que diz respeito a problemas sociais. Em tudo que se relaciona com os rumos sociais do pensamento e da ação, sujeitos a controvérsias e polêmicas, o sistema é inflexível. Pode ensinar a pensar claramente, mas ao mesmo tempo, sobre o que se deve pensar. É como dá com uma mão e retirar com outra.

² *Sociology: the science of society*, p. 154.

³ Bertrand Russell, *Princípios de reconstrução social*, p. 107.

No Brasil, tanto na educação elementar quanto universitária, o objetivo é antes produzir crença do que pensamento – somos educados para acreditar; antes obrigar os jovens a manter opiniões positivas a respeito de assuntos duvidosos do que permitir que vejam a dúvida e se sintam encorajados à independência mental. Não se busca a verdade, mas o desejo de ter como verdade determinado credo. E com isso fincam-se na cabeça das novas gerações velhos hábitos e preconceitos, tornando-os um fator decisivo na vida prática do indivíduo.

Uma educação adequada e fértil deveria criar no indivíduo uma desenvolvida capacidade crítica e uma maneira justa de pensar, que o impeça de agir sob a simples sugestão ou impulso, seguindo passivamente o comportamento tradicional. Educado por esta forma, impelido a agir racionalmente, o indivíduo não é facilmente manobrado por agitadores de massas ou por preconceitos de grupos. Reluta em acreditar prontamente⁴. Pensa e considera todas as idéias como possíveis ou prováveis em vários graus e sem certeza absoluta, analisando com critério e cautela todas as provas. O exercício da boa cidadania requer indivíduos intelectualmente independentes e insubmissos ao dogmatismo político. É o ideal revolucionário da **cidadania esclarecida**.

É curioso observar o conceito que um sociólogo americano (Giddings) dá sobre uma pessoa educada. Segundo ele, um homem, ou mulher, educado é aquele que descobriu a maior parte dos modos pelos quais os seres humanos têm feito asneiras, aquele que refletiu sobre esses modos durante bastante tempo e com suficiente seriedade para desenvolver uma aversão a eles. Uma pessoa educada sabe quais as idéias e práticas que foram quase universalmente desacreditadas entre povos civilizados, quais as geralmente desacreditadas, embora grandes grupos ainda se atenham a elas, quais as que se estão tomando desacreditadas e quais as que são desacreditadas pelos peritos que as estudaram exaustivamente⁵.

O certo é que o exercício da crítica social reformista torna-se, por vezes, um movimento antipático e incômodo aos apologistas (e beneficiários) dos interesses assentados. A reação é natural. Afinal, a crítica científica e as controvérsias sobre aspectos sacrossantos e não-racionais da sociedade, podem contribuir para uma radical mudança,

⁴ Em lugar de credulidade, o objetivo da educação deve ser o de estimular a dúvida construtiva, o atrativo da aventura mental, o sentimento de conquistar novos espaços pelo empreendimento e pela ousadia do pensamento.

⁵ *Apud* Koening, 1970:188.

com desestabilização da aconchegante coesão social, com arrefecimento do doce calor do grupo.

As deformações sociais – familismo, nepotismo etc. – que no Brasil saltam aos olhos até dos menos observadores, prosseguem tranqüilamente seu curso histórico, por conta de uma conhecida incapacidade crítica. Sem compreender o que *existe*, com suas conexões históricas, não podemos apontar o que *deve ser*. Quando se é ensinado ou condicionado a acreditar que as coisas devem permanecer no estado em que estão, quando nossa vontade funciona automaticamente regulada pelos hábitos, não há razão para nos inquietarmos, perguntando o que elas deveriam ser, nem, por consequência, o que elas são. Não se pode deduzir o que se deve fazer do que se faz (mecanicamente).

Meu objetivo é submeter o familismo, como forma de parasitismo social, a um estudo científico, e não a um ataque difamatório. Para isto recorri a uma abordagem interdisciplinar - sociológica, antropológica, histórica e política -, ao escarafunchar as causas que levam a este esteriotipado comportamento (anti-) social.

2. O feudalismo no Brasil-colônia: lineamentos históricos

O Brasil, embora não tenha vivido cronologicamente o período da Idade Média e do feudalismo, apresentou (e apresenta, como será mostrado) relações sociais tidas como específicas da Idade Média. Ainda mais, o feudalismo e a era mediéevica, deixaram ao longo do seu cortejo funerário, viva e persistente herança, que influencia os rumos do moderno Estado brasileiro e faz da sociedade civil um pêndulo entre o atraso e a modernização.

Alguns sustentam a tese de que o Brasil chegou a viver efetivamente o feudalismo, como resquício português implantado em nossas terras. A propósito anota Raymundo Faoro em sua excelente obra *Os donos do poder – formação do patronato político brasileiro*:

“O sistema de colonização do Brasil teria lançado, no mundo rural, as raízes do feudalismo indígena. Feudalismo nascido neste lado do Atlântico, gerado espontaneamente pela conjunção das mesmas circunstâncias que produziram o europeu. Feudalismo renascido na América, renovo da velha árvore multissecular portuguesa. Feudalismo, no século XVI ainda vivo na Península Ibérica, que se prolongou no Brasil (...) Perdido na sua integridade histórica ou como tipo ideal, persistiria a reminiscência, por meio dos ‘traços’, ‘aspectos’,

'restos' – no horizonte remoto, ou diante dos olhos, sempre o feudalismo” (p. 152).

É importante registrar que Faoro se alia aos que repelem a tese do feudalismo brasileiro. Para ele a colonização brasileira teve “acentuado cunho patrimonial, pré-moderno” (p. 155). Os argumentos apresentados por ele, infelizmente, não convencem. E a razão, sem a menor dúvida, está com os que defendem a tese contrária; a tese de que tínhamos uma “sociedade feudal pré-capitalista de economia dirigida”, imprecisa e indefinida do ponto de vista histórico. Vianna Moog, em seu belíssimo livro *Bandeirantes e pioneiros – paralelo entre duas culturas*, refere que o Brasil colonial só experimentou uma rápida fase de mercantilismo e capitalismo puro, quando da invasão e permanência em Pernambuco dos holandeses. Tão logo este domínio é liquidado, diz ele, recai o Brasil em pleno feudalismo, o campo volta a predominar sobre a cidade, as consciências voltam a atribular-se por motivos econômicos, a unidade social mais importante não será mais o armazém, mas o engenho, com aspirações de auto-suficiência tipicamente medieval. Era a Idade Média, superada na Europa, que se prolongava de mil formas na América Latina: na arquitetura, na escultura, na pintura, na legislação, nos costumes. Mas, como os tempos não retroandam, as conseqüências seria uma grande indecisão entre o passado e o futuro, uma *economia* indefinida, nem inteiramente feudal, nem inteiramente capitalista, mas um misto de medievalismo, modernismo, feudalismo e mercantilismo, um feudalismo desprovido de espírito medieval, e um mercantilismo a que faltaria o verdadeiro espírito do capitalismo (p. 87).

Os colonos e afidalgados senhores de engenhos, magnificentes, arbitrários, servidos, obedecidos, respeitados, fazendo pouco caso da burocracia vigilante, “com a palavra desafiadora à flor dos lábios, rodeados de vassalos (jagunços e agregados) prontos a obedecer-lhes ao grito de rebeldia”, como imagem pálida e desfocada dos antigos barões medievais, compunham o aparato do decadente e esquecido período histórico, que parecia reviver na América seiscentista.

O fazendeiro do açúcar, o senhor de engenho (cuja classe T. Barreto batizou de “açucarocracia”) se faz nobre (uma *nobreza rural*, na terminologia adotada pela sociologia romântica), em equivalência ao nobre europeu, ambos proprietários de terras. Com os filhos instruídos e “adoutorados” na velha Europa, os aristocratas do açúcar, nos pródromos da Independência reivindicam o poder político, que

os retirariam do acanhado cenário campesino. Assim, acabam reunidos em suas mãos o poder político (soberania) e a propriedade (latifúndio escravocrata), e por consequência, a dominância social.

Estas formas latifundiárias de posse e exploração do solo, herdadas das penínsulas mediterrânicas, que representam? Um resquício vivo do feudalismo. À medida que as necessidades de defesa se tornavam menos urgentes, diz-nos Pierre George, o castelo foi sendo substituído pela grande casa senhorial com a sua capela, as suas instalações para os escravos e para os servos e as pequenas casas das famílias emancipadas...⁶

A forma escolhida de parcelamento do território brasileiro recém-descoberto pelos portugueses, as capitanias hereditárias (onde o povo ficava à mercê dos senhores – donatários –, sem a mínima proteção), é essencialmente um sistema medievo-feudal, introduzido inicialmente nas ilhas de Madeira e Açores, onde o clima, a terra virgem e o trabalho assíduo dos portugueses ali estabelecidos, satisfeitos com o sistema, logo deram às ilhas, até então, despovoadas, o aspecto de pedaços tirados à terra lusitana.

O esquema de colonização já aprovado nas ilhas do Atlântico, diz Friederici, que veio a ser adotado, era de estrutura e caráter absolutamente medievais, como o eram, igualmente, o espírito e os métodos de toda a colonização portuguesa, iniciada na primeira terça parte do século (XVI) e que continuava baseada nas tradições daquele tempo⁷.

O isolamento, o asfixiante insulamento, em que cada um se bastava e a completa falta de segurança dos moradores das diversas capitanias, também responde a uma característica feudal com forte presença na era colonial do Brasil. Conta-se que os senhores de engenho se jactavam da auto-suficiência de suas casas, onde de fora só entrava sal, ferro e querosene. A respeito da auto-suficiência de nossos engenhos, reportava-se frei Vicente do Salvador a um bispo de Tucumã que, de passagem pelo Brasil, observava que quando mandava alguém comprar um frangão, quatro ovos e um peixe para comer, nada lhe traziam, porque não se achavam na praça nem no açougue; se mandava pedir

⁶ *Population et peuplement*, p. 153. Diz Afonso Arinos, que se não foi uma espécie de feudalismo brasileiro, a civilização da casa-grande teve pelo menos alguns característicos feudais. Entre eles, a ruindade das estradas (*Desenvolvimento da civilização material no Brasil*, p. 22). Cf também Georg Friederici, *Caráter da descoberta e conquista da América pelos europeus*, Vol. II, p. 42.

⁷ *Cit.*, p. 126.

as mesmas coisas e outras mais às casas particulares, mandavam-lhas. “Verdadeiramente”, comentava, “nesta terra andam as coisas trocadas porque ela toda não é república, sendo-o cada casa”⁸.

Por essa época, o Brasil não passava de uma província de Portugal. As suas diversas regiões com baixo povoamento era simplesmente uma justaposição de famílias, que viviam encerradas em torno de si mesmas e só se reuniam em dias de festa.

Embora por muitos confundido, a escravidão não foi uma instituição feudal, mas tipicamente capitalista. A escravidão, adormecida como instituição durante a Idade Média⁹ – dada a falta de rentabilidade –, renasceria, principalmente, devido o aparecimento do continente americano como prodigioso depósito de matérias-primas. O braço escravo foi empregado no trabalho para criar uma corrente de mercadorias que se consumisse nos mercados europeus. Depois, então, a América, enriquecida por sua vez com o trabalho escravo, criaria o seu próprio mercado interno, transformando-se em excelente consumidora da produção européia. Isto é um processo tipicamente capitalista e não feudal. O escravo não somente produz num mecanismo inquestionavelmente capitalista, senão que a venda do escravo a empresas coloniais, na provisão de mão-de-obra para a vasta maquinaria da produção capitalista colonial, está a cargo de sociedades e indivíduos organizados segundo princípios capitalistas que buscam proveitos nitidamente comerciais. As bases do tráfico negreiro são as mesmas da empresa capitalista, diz-nos Sergio Bagú: sociedades por ações ou empresários individuais – conforme a importância do negócio –, dividendos, acumulação de benefícios, competência internacional¹⁰.

No final do Império Romano, deu-se o desaparecimento gradativo da escravidão. Em seu

⁸ Paulo Prado, *Retrato do Brasil*, pp. 71-72; Paulo Mercadante, *A consciência conservadora no Brasil*, p. 85.

⁹ Adormecida, porém não extinta de toda, como diz Georg Friederici. O comércio escravista negro de Portugal começou quando o tráfico medieval, perdidas suas principais fontes de abastecimento, se achava em vias de extinção, ainda não tendo cessado de todo. No reino bizantino, portador das tradições da Roma antiga, a escravidão manteve ainda por séculos sua forma essencial – a da Antiguidade. Não houve, pois, intervalo entre a escravidão da Antiguidade e a moderna, dos negros, segundo Friederici (*Caráter da descoberta e conquista da América pelos europeus*, Vol. II, p. 31).

¹⁰ Sergio Bagú, *Economia de la Sociedad Colonial*, p. 127. Ver também Vianna Moog, *Bandeirantes e pioneiros – paralelo entre duas culturas*, p. 108.

lugar seguiu-se um regime de servidão, consubstanciado num novo sistema de posse de terras pelo qual os rendeiros livres aos poucos decaíam para uma situação semi-servil. A insegurança da época, proporcionada pela invasão das hostes bárbaras, compeliu muitos a vender seus serviços em troca de proteção. O certo é que a servidão foi a instituição produzida durante o período turbulento e instável que se sucedeu à queda do Império Romano, perdurando por toda a Idade Média.

Por outro lado, a base econômica do regime feudal europeu se sustentava na pequena produção do camponês e dos artesãos livres. A produção era basicamente de subsistência, não se destinando ao mercado. No Brasil colonial não, a grande propriedade rural produzia para exportar rumo ao mercado europeu, sedento pelos produtos tropicais. Há a considerar, entretanto, para justificar esta diferença estrutural entre os dois sistemas (feudal brasileiro e europeu), o fato do feudalismo europeu se processar numa época em que não existia um Estado coeso e forte, para centralizar e dirigir as atividades; enquanto, o feudalismo brasileiro tinha na dianteira um Estado organizado e centralizador (Portugal) a explorar por intermédio das engrenagens medievais implantadas por ele, os produtos da grande propriedade. Diante disto, a solução foi exportar.

Salvo alguns aspectos como estes, a organização colonial assumia um tom marcadamente feudal e deslocadamente medieval, como frisa Moog, ou medularmente feudal, na visão de Limeira Tejo¹¹. Prefiro dizer que foi implantado entre nós um sistema de exploração com viés medieval e feudal, contendo, pela disposição das coisas e as exigências das circunstâncias da época, elementos mercantilistas e pré-capitalistas.

Paulo Mercadante seguindo por esta senda, acusa o senhorio rural de fins do século XVIII como um tipo misto, que se

¹¹ O sociólogo francês Roger Bastide, por largos anos professor na Universidade de São Paulo, também compartilha a idéia de que Portugal implementou no Brasil recém-descoberto uma experiência feudal (cf. *Brasil, terra de contrastes*, pp. 20-21). Pensamento igualmente partilhado por Robert M. MacIver: "Predominava uma variedade particularmente retrógrada de feudalismo" (*The Web of Government*, p. 244).

porta como senhor rural em sua fazenda, mas que se encontra voltado para o mercado externo, onde a sua produção com valor de troca é colocada. É dúplice, econômica e mentalmente [um tipo indefinido e paradoxal]: vive numa fazenda de escravos de látigo em punho enquanto se empolga pelas idéias liberais correntes nos países europeus já libertos do feudalismo; revolucionário, quando analisa as suas relações de produção com o mercado externo, e conservador, quando reage a quaisquer idéias de abolição. Seu caminho é necessariamente o compromisso entre a escravatura e o liberalismo econômico¹². Liberalismo restrito às relações externas de produção, pois, internamente, seus princípios eram repudiados por representar a possibilidade de graves distúrbios na ordem social e política (a escravidão fazia sangrar o frágil liberalismo brasileiro).

Limeira Tejo faz referência a uma minoria organizada que domina as máquinas partidárias e os postos chaves da administração, e que sobrevive exercendo o poder em benefício próprio. Uma minoria organizada em grupos e camarilhas, tendo por base as "grandes famílias", que só podem respirar num clima de corrupção e favoritismo. Vivem esses grupos influentes tão embutidos na concha de suas empedemidas ambições que não percebem estar sua posição ameaçada pela deterioração da existência à volta dos seus castelos. Em função disso, sua conclusão a respeito da sociedade brasileira (em 1949) é oracular: "Atualmente, não somos nem mesmo uma sociedade feudal, pois desapareceu a velha obrigação do senhor para com o servo. Somos uma imensa tribo, com 'guerreiros' ociosos (...), exclusivistas e privilegiados..." (*Um retrato sincero do Brasil*, p. 21). E páginas adiante ainda, analisando a opressão industrial sobre a massa operária, lança mais um petardo: a sociedade nacional continua sendo, no fundo, um complexo colonial de base escravagista (p. 67).

Coincidente com essa opinião, lançada em meados do século XX, Humberto de Campos,

¹² *A consciência conservadora no Brasil*, p. 105.

literato e político, ao analisar a situação fundiária do país, diz: "A má distribuição da riqueza, a manutenção de um regime econômico verdadeiramente medieval, completa o quadro alegórico do nosso primitivismo agrário" (*Crítica - IV série*, p. 97).

A ocupação portuguesa teve início com o enfeudamento do território colonial, aplicando-se aqui antigas práticas e costumes feudais, já decadentes na velha Europa, mas que, segundo Varnhagen, citado por Paulo Mercadante, eram os mais proficuos meios para colonizar os países ermos de gente¹³. Estrutura-se a propriedade em moldes feudalizados, seguindo-lhe acessoriamente, costumes, hábitos e vícios comportamentais de uma época senão totalmente morta, pelo menos, moribunda no resto da Europa quinhentista.

3. O familismo na história brasileira e universal

"Ainda não somos, moralmente, um país. Somos um ajuntamento de aventureiros e de dirigentes profundamente desonestos" (Monteiro Lobato).

A herança varou os séculos e ainda apresenta quistos isolados que têm suas raízes enterradas no fundo de nossas instituições, afetando o moderno comportamento social. Circula entre nós como fácil moeda corrente, o filhotismo, como forma de libertação do trabalho (sonho dos primeiros colonizadores desta terra) e de acesso facilitado às benesses sociais; medem-se as conquistas por uma escala imóvel de valores em que apenas, ou sobretudo, o prestígio onomástico e familístico – por consangüinidade ou afinidade – faz mover o pêndulo da ascensão social; predomina uma ordem burocrática corporativa, feudalizada e ineficiente – servida ainda pelo bacharelismo despreparado; o localismo e o paroquialismo se irmanam na defesa intransigente e folclórica de interesses parciais sem atenção aos reclamos nacionais e gerais (particularismo); e a autoridade é sobreposta arrogantemente ao cidadão (caciquismo). Tudo, enfim, tresanda à Idade Média, a começar por estes entranhados costumes institucionais, que de tão inviscerados, só são percebidos quando observados com atenção.

¹³ *Ob. cit.*, p. 86. Cf. ainda Nestor Duarte, *Reforma agrária*, pp. 13-14.

Quanto ao particularismo referenciado acima, como tópico do atraso de nossa sociedade, é necessário fazer um rápido comentário. A modernização de uma sociedade simples, vinculada pelo parentesco – é dizer, a passagem de uma sociedade de clã e de parentesco (ou mecânica) para uma sociedade orgânica ou hierarquicamente diferenciada - tende a erodir as exclusividades particularistas, adotando um modelo universalista e abrindo as carreiras aos talentos. Quando pessoas, diz Goldthorpe¹⁴, em sociedades menos industrializadas [entenda-se menos modernas, na visão do autor] recrutam trabalhadores ou admitem discípulos tomando por base a consangüinidade, a isso chamamos nepotismo e o consideramos incompatível com os rumos de uma sociedade moderna.

O homem existiu primeiro no seio de grupos isolados, hordas ou clãs; a formação original deve-se aos vínculos sanguíneos. Esta primitiva forma social ao mesmo tempo em que proporcionava segurança e proteção ao indivíduo¹⁵, promovia também o triste espetáculo da guerra universal, de todos contra todos, sintetizado no famoso aforismo de Hobbes: *bellum omnium contra omnes*. Em função de um interesse comum, bem como do aumento do número de membros dos antigos grupos societários, além da dispersão geográfica, as diversas famílias se unem e formam grupos, de onde nasce uma nova sociedade, com interesses e objetivos distintos.

Embora o novo arranjo social tenha como peças componentes as diversas redes de parentesco e os laços de sangue, organicamente seus interesses superam a estreita faixa dos impulsos egoísticos dos clãs. Surgem novas variáveis aptas a regular o convívio sob perspectivas mais abrangentes: a justiça, a legalidade, a moral e o direito. As relações deixam de ser informais e passam a ser formais. Além disso, a comunidade e o Estado passam a oferecer segurança, auxílio e facilidades que só eram, outrora, possíveis no grupo familiar.

Não só a expansão da população e do território foi

¹⁴ J. E. Goldthorpe, *Sociologia do terceiro mundo...*, p. 27.

¹⁵ E nesse ponto podemos nos socorrer da lição de H. G. Wells: "Esse mundo primitivo antes de 600 A. C. era um mundo em que um 'estranho', isolado, era um ser raro e suspeito que corria sérios perigos. Poderia sofrer horríveis crueldades, pois não havia leis para protegê-lo. Poucos indivíduos, portanto, se arriscavam. Vivia-se e morria-se preso a uma tribo patriarcal, no caso dos nômades, ou a alguma grande casa, ou a algum dos grandes templos, no caso dos civilizados. Ou, então, era-se escravo e vivia-se no rebanho dos servos" (*História universal*, II/305).

responsável pelo aperfeiçoamento das relações primárias, mas principalmente o contexto de maior complexidade cultural. Enquanto em condições mais simples e primitivas, os grupos desempenham pessoalmente seus negócios, articulando-se entre si (cooperação entre as pessoas e as famílias), com a complexidade social temos a concentração dos negócios nas mãos de especialistas que atuam em cima de procedimentos objetivos e genéricos – onde a liga é menos a simpatia, e mais o contrato e o interesse. Ou seja, numa sociedade altamente especializada, a forma predominante é uma integração racionalizada e impessoal de grande número de especialistas que cooperam para atingir algum objetivo específico. Há um aumento da racionalidade em substituição progressiva aos laços de afeto, simpatia e parentesco.

A sociedade à medida que se afasta da tradição, da interação dos grupos familísticos, racionaliza suas atividades, divide seu trabalho à base de conhecimento e capacidade, especializando-se e adotando novas linhas de comando (é o chamado *processo social de especialização* que não se confunde com o processo de especialização de tarefas dentro das organizações administrativas). E reflete em sua evolução o espírito orientador da ciência e da tecnologia, já que com elas caminha *pari passu*.

A dependência aos especialistas altamente treinados exige a nomeação *por mérito*, em vez de eleição ou nomeação política. Exige um sistema de carreiras garantidas; de outra forma, o indivíduo não empregará o tempo necessário a adquirir especialização. Exige, outrossim, que a organização tenha, definitiva e razoavelmente garantida, uma divisão de trabalho em funções e seções definidas. O especialista treinado não se permitiria, via de regra, ser utilizado como *homem dos sete instrumentos*. Na verdade, a divisão de trabalho em organizações, na maior parte, segue simplesmente as especializações existentes na sociedade como um todo¹⁶.

Apreende-se o exato alcance das características dos laços de parentesco pelo contraste que se pode fazer atualmente entre os grupos rurais e os grupos urbanos. Na comunidade urbana, a estrutura social se baseia em grupos de interesses; na comunidade rural, em grupos de parentesco. Os círculos de contato social ampliam-se mais na cidade que no campo, tornando a vida urbana mais complexa, variada e rica.

¹⁶ Victor A. Thompson, *Moderna organização*, p. 20.

Os laços primários do habitante da cidade, mesmo em relação à família, tendem a ser de natureza menos íntima. Além disso, o morador da cidade apresenta um curso mais racional de comportamento (em regra, não obedece a impulsos emotivos), guiando-se por seus próprios interesses, ocupando-se com sua própria vida e não com as dos outros – seja para beneficiar ou prejudicar.

O processo transicional de uma sociedade primitiva para uma sociedade moderna tem como principal característica a substituição da noção de **consangüinidade** pela de **contigüidade**. Diz T. Barreto: “No reino animal, os indivíduos, quase exclusivamente, só podem reunir-se uns com os outros pelo caminho das relações sexuais, e isto mesmo nos graus mais próximos de procedência congênera. Ao contrário o homem pode unir-se com os seus iguais, sem atenção às distinções de raça ou de nacionalidade, não só por aquele caminho, mas também e sobretudo pela reciprocidade social”¹⁷. E poderia ter dito, desdobrando o raciocínio: o fato de uma sociedade manter-se coesa, em suas linhas gerais, pelos laços de consangüinidade (é dizer, das relações sexuais) aproxima-a, de forma clara, do primitivismo das sociedades animais inferiores, e bem inferiores.

O caminho que leva ao progresso exige seja largado como ferro velho o suspeito fardo dos laços de sangue. Há, portanto, em qualquer agrupamento social uma luta constante contra as primitivas redes de parentesco. Onde o combate tende a eliminar estes laços (no que eles têm de anti-sociais) ou restringi-los ao legítimo espaço familiar, a modernização tende a ser um processo menos doloroso e injusto.

O Brasil, em todo seu desenrolar histórico, apresenta uma sociedade marcada por formas políticas que assaltam constantemente a esfera pública em função de interesses particularistas de grupos privilegiados. Repetir isso já vai se tomando um chavão secular, encontrando eco em inúmeros intelectuais das mais diferentes escolas de pensamento, desde conservadores até reformistas. A única novidade é a completa indiferença à constatação, também já secular.

O familismo, sinônimo moderno de favoritismo e

¹⁷ *Estudos de direito e política*, p. 24.

apadrinhagem, em que as pessoas fazem uso de suas relações de família para alcançar seus fins, constitui um dos atributos do caráter nacional moldado ainda na colonização lusa¹⁸, como nos dá conta Vianna Moog. Descrevendo a atitude mental dos jovens brasileiros educados em Portugal e precursores da nacionalidade nascente no Brasil-colônia, Moog diz que eles “têm a mesma sentimentalidade católica, o mesmo apego à família, vivem muito mais em função da família que da comunidade” (*Ob. cit.*, p. 114). Dessa conformação ibérica, por um fenômeno de contágio e disseminação social, certamente irrompe o gérmen do atual e corrompido familismo brasileiro, em que a ordem social é uma extensão da família e a afetividade prevalece sobre a neutralidade especializada, apanágio das modernas sociedades. Mas se recuarmos na história da humanidade veremos que o familismo se perde nas dobras das civilizações antigas, como a Cananéia, em que a influência tribal ou de família era tão poderosa a ponto dos direitos individuais serem muito fracos e um forte grupo familiar ser a melhor garantia de segurança individual do que a bravura pessoal ou o poder principesco¹⁹. Nesta civilização, como em outras, existiam certos indivíduos que pela sua posição social não tinham direito à proteção de parentes de sangue nem a ameaça de vingança por suas famílias. Esta exclusão representava uma espécie de morte social. A eles dava-se o nome de “habiru” (o correlativo na Índia seria “pária”). Estes “habirus” viriam a constituir os hebreus, povo eleito de Deus. E foram estes “excluídos”, os hebreus, que deram o primeiro grande passo para a criação dos nossos processos intelectuais modernos trocando uma atitude mitológica por uma atitude lógica perante o universo.

O sistema de castas indiano, uma complicada divisão vertical de estrutura social, onde é proibido aos indivíduos que pertencem à classe inferior, qualquer contato com as castas superiores — sendo considerado aviltante qualquer proximidade ou

¹⁸ A mentalidade predominante na colonização portuguesa, tanto no Oriente quanto na América, pode ser resumida em duas palavras: ganhar e gozar. “O Oriente, com tais homens e com a mentalidade que se tomou predominante na colonização portuguesa, constituiu o aprendizado daqueles que, mais tarde, vieram a ser os chefes e os elementos ativos na descoberta, penetração e conquista do Brasil” (Georg Friederici, *Caráter da descoberta e conquista da América pelos europeus*, Vol. II, p. 73).

¹⁹ Carroll Quigley, *A evolução das civilizações*, pp. 175 e 206.

contato, aplicando a penalidade de expulsão da casta -, não é único. O sistema feudal da Europa medieval foi uma espécie muito próxima do sistema de castas (MacIver ensina que o sistema de castas prevaleceu “em grandes áreas da Europa, durante as fases mais primitivas do feudalismo” —cf. *The Web of Government*, p. 105) e deixou marcas perceptíveis ainda hoje — o Brasil está recheado dessas cicatrizes. Alguns grupos étnicos, como os judeus e os negros, são ainda tratados, em certos aspectos, como castas em diversos países espalhados pelo mundo — exemplo são os guetos de negros nos Estados Unidos.

Na comunidade hindu dos dias atuais esses grupos familiares reunidos e endogenamente cooperativos ainda podem ser encontrados sob a forma de um primitivo patriarcado. É um sistema de família reunida, uma corporação cooperativa, em que homens e mulheres têm uma posição perfeitamente definida. À frente da corporação fica o membro masculino mais velho da família, e excepcionalmente, na falta deste, o membro feminino mais velho. Todos os membros válidos contribuem com o seu trabalho e os seus ganhos, sejam devidos à habilidade manual ou à agricultura ou ao comércio, para o depósito comum; os membros mais fracos, viúvas, órfãos e parentes pobres, todos têm que ser mantidos e sustentados; filhos, sobrinhos, irmãos, primos, todos devem ser tratados igualmente, porque qualquer preferência indevida levará a partir-se a família. As afeições familiares, os laços de família são sempre muito fortes e, portanto, a manutenção de um mesmo padrão de tratamento entre tantos membros não é tão difícil.

A família reunida mantém-se junta, algumas vezes, por várias gerações, até que, tornando-se demasiado numerosa e pesada, parte-se em famílias menores. São comuns aldeias inteiras, povoadas por membros do mesmo clã. A cooperação existente dentro do grupo familiar torna-o comparável a um pequeno Estado, mantido em coesão por uma forte disciplina, baseada em amor e obediência. Vêm-se, todos os dias, os membros mais novos aproximando-se do chefe da família e lhe retirando o pó dos pés, como um penhor de benção; sempre que partem para qualquer empreendimento, dele se despedem

e levam a sua benção²⁰. Em tal regime, o afeto, a simpatia, a emoção, superam quando da distribuição das benesses sociais, o trabalho, o empenho pessoal e o talento.

Mas há exemplo contrário na história. Na China dos mandarins (sob a dinastia Ming, de 1368 a 1644, e sob a dos Tsing, de 1644 a 1912), a sociedade chinesa encontrava-se organizada de forma tal que somente as diferenças de capacidade espiritual entre os seus membros deviam distinguir os homens. Todos deviam ter as mesmas oportunidades de instrução – ideal democrático das atuais sociedades civilizadas. A ordem social, em suma, fundava-se não sobre o nascimento, mas sobre o mérito do espírito e do coração.

H. G. Wells (*História universal*, II/351) põe em relevo essa lição histórica: “A classe literária destaca-se, cedo, porém, da classe sacerdotal. Torna-se uma classe burocrática, servindo aos reis e governantes locais. Aí se encontra a diferença fundamental entre a história da China e a de qualquer outra história ocidental”. “Os mandarins”, prossegue adiante, “que são os homens letrados da China, não constituem uma casta; não se é mandarim por nascimento mas por educação; os mandarins são retirados, por educação e por concurso, de todas as classes da comunidade, e o filho de um mandarim não tem nenhum direito prescrito de suceder ao seu pai. Em consequência dessa diversidade de origem e formação, enquanto os brâmanes são, como classe, ignorantes mesmo dos seus próprios livros sagrados, mentalmente negligentes e cheios de suficiência pretensiosa, o mandarim chinês, pelo contrário, tem a energia que provém do trabalho mental árduo” (*idem*, p. 378).

Na época dos Ming e dos Tsing, estas concepções não só dominavam o espírito dos magistrados e dos letrados, mas o de todos os chineses, até ao mais humilde camponês²¹. Até o imperador quando da escolha de seu sucessor não se preocupava com os direitos de primogenitura, escolhendo o mais capaz e preparado dos seus filhos para governar.

A burocracia existente, funcionários civis e militares, era recrutada através de concurso e entre letrados titulares de graus “universitários”. Estes graus eram atribuídos por concurso. Por lei, os concursos eram acessíveis a todos os chineses do sexo masculino. O menor dos camponeses podia aspirar a tornar-se ministro, e este princípio

²⁰ Bhupendranath Basu, *apud* H. G. Wells, *História universal*, II/441-442.

²¹ Roland Mousnier, *As hierarquias sociais*, p. 82.

estava enraizado no espírito dos chineses. Estudar não era caro. Bastava possuir um pequeno número de clássicos fundamentais, um ou dois livros de história, alguns manuais. Havia escolas elementares nas aldeias e entre os clãs patriarcais. À cabeça de cada cantão e de cada prefeitura, existiam escolas públicas gratuitas e confucionistas, subvencionadas pelo Estado. Era moda dos letrados famosos e dos grandes funcionários darem cursos públicos nos templos e edifícios públicos e promoverem a abertura de academias privadas gratuitas. O governo atribuía bolsas aos estudantes promissores. Era uma sociedade aberta ao **talento**.

Mesmo nesta sociedade entretecida por mecanismos modernos, o familismo infiltrava-se em suas dobras. Havia sempre mais pretendentes a cargos públicos do que postos disponíveis. Era necessária uma vaga. Então, a influência de um pai ou de um tio que tivessem feito carreira tornava-se preciosa. Os filhos de magistrados eram beneficiados. Os concursos, por seu turno, criavam laços e davam origem a grupos de assistência mútua, úteis aos recém-chegados. Os examinadores tornavam-se patronos dos admitidos por concurso e estes seus fiéis. Os licenciados e doutores de um mesmo concurso tornavam-se como que parentes, devendo-se assistência e socorro, qualquer que fosse a diferença de suas origens. E por estas brechas do sistema meritocrático, o subsistema familístico espalhava seus perniciosos efeitos.

Mesmo assim, com o sistema de concursos, a mobilidade social vertical (ascendente e descendente) era muito grande. Era raro que uma grande família pudesse manter-se nos lugares públicos importantes por mais de duas ou três gerações. A elite não formava um grupo hereditário fechado. Quase um terço dos magistrados provinha de famílias que não contavam qualquer graduado entre os seus membros, durante as três últimas gerações²².

Na Inglaterra, país festejado como detentor da democracia mais sólida do mundo atual, o familismo há pouco mais de um século tinha forte influência na composição dos dirigentes graduados da nação. Laski e Nightingale, revela Aliomar Baleeiro, há anos, procederam a laboriosas pesquisas, estabelecendo que apenas 1.000 famílias opulentas supriam o Império Britânico de estadistas, parlamentares, diplomatas, oficiais gerais, bispos, altos magistrados, enfim dirigentes. Dificilmente, ascenderia a postos de comando quem não nascesse ou não se aliasse,

²² Roland Mousnier, *Ob. cit.*, pp. 86 e 88.

pelo casamento, a essas 1.000 famílias poderosas²³.

3.1. O conceito de familismo

O familismo é um conceito analítico desenvolvido para interpretar a relação (negativa) entre as atitudes sociais e os valores familiares. É uma das forças que moldam a vida da comunidade. De tamanha importância se reveste este conceito, dentro do amplo campo da instituição familiar, que sua análise deu surgimento a um novo ramo da Sociologia, a chamada Sociologia Familiar, encarregada, dentre outras coisas, de investigar os problemas contemporâneos relacionados à família. É o familismo um inchaço patológico a exigir a atenção cuidadosa deste ramo de estudo científico.

Os fenômenos sociais têm, dentro de certos limites, uma gênese psicológica, sendo alicerçados nos desejos, emoções e aspirações dos homens. O familismo, como fator anti-social de antagonismo e discórdia, guarda conexões psicológicas e históricas esclarecedoras de suas motivações inconscientes. É um dos fenômenos sociais mais primitivos.

Os estudos de parentesco tiveram início na segunda metade do século XIX, com as obras de John F. McLennan (*Primitive marriage*, 1865), Lewis H. Morgan (*The systems of consanguinity and affinity*, 1871) e Engels (*A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, 1884). Estes estudos pioneiros, além de abrirem um fecundo tema para a antropologia social, contribuíram para um esboço da teoria do parentesco.

A santidade do familismo em uma sociedade agrária e atrasada é corroída e desgastada pelo contato íntimo com novos sistemas de vida contraditórios, competitivos e alavancados em novos interesses. A conduta social correspondente a esse novo meio ambiente dos interesses infiltra-se entre os vários grupos ou classes, dissolvendo, aos poucos, a antiga influência da rede de parentescos. O senso do favorecimento pessoal e da ajuda mútua, instituições do antigo esquema familístico, são perturbados e ameaçados pelas reivindicações vitoriosas dos interesses multigrupais. Uma nova mentalidade democrática insere-se silenciosamente por entre as fileiras amortalhadas dos antigos grupos familiares, removendo senilimos abusos e explorações do nome, até

²³ *A política e a mocidade*, p. 86.

então abrigados pela tradição. Há uma purificação de elementos dogmáticos e irracionais, numa clara demonstração de incapacidade da ética fragmentada e provisória do familismo em manter aglutinada uma sociedade com novos e multifacetados interesses grupistas. O afastamento dos indivíduos e dos grupos uns dos outros na luta competitiva e a preocupação de alcançar o sucesso material sob as bênçãos da capacitação técnica e do mérito próprio enfraquecem o sentimento das relações mais sólidas e mais íntimas do endereço familiar. O surto de novas estruturas de poder compromete o esquema familístico.

O familismo tende a refluir para seus limites normais (dentro da funcionalidade da família) quando a sociedade revela progressos industriais e técnicos, com a criação subsequente de muitos focos de interesses opostos que competem ou transacionam entre si buscando vantagens. O atrito dos interesses é absolutamente incompatível com os privilégios hereditários adquiridos com a simples certidão de nascimento. A imobilidade dessa sociedade menos apurada não se afeiçoa ao aspecto transicional de uma outra, que nasce de suas entranhas, com ímpeto ascensional, recusando partilhar do natural tribalismo dos homens.

A regulação desses diversos interesses requer do legislador estatal uma visão bem mais ampla que a fornecida pela restrita luneta do familismo. A expansão da sociedade com o vislumbre de novos horizontes remete ventos mais fortes na vela da legislatura, exigindo maior empenho no encaminhamento das soluções por via legal.

Mas, como diz MacIver (*As malhas do governo*, p. 26): “O governo de um Estado, necessariamente, herda os vícios internos da estrutura básica da sociedade: a família. E isso porque o governo de qualquer sociedade começa com a família”. Constatação que dá a dimensão da dificuldade em se mudar a mentalidade reinante a partir dos moldes oficiais.

A propósito do processo de mudança de uma sociedade menos apurada para um nível mais evoluído e complexo, diz-nos MacIver:

“Onde, contudo, as comunidades expandiram-se em população e recursos, onde ampliaram seus limites por meio de guerras ou não, e colocaram sob seu domínio outros grupos ou comunidades, onde devido a essas condições foi acelerado o ritmo da mudança social, e especialmente onde surgiram conflitos e desajustamentos entre as categorias econômicas ou classes sociais mais demarcadas da sociedade

maior, nesses casos os velhos costumes populares consagrados pelo tempo não mais proporcionaram a necessária orientação²⁴.

Ao longo deste estudo far-se-á uso constante deste termo da teoria antropológica: o familismo, assinalando suas implicações malfazejas para o serviço público brasileiro.

3.2. A função da família no processo de socialização do indivíduo

A família, como grupo primário (unidade social básica), exerce uma importante função que é de dotar o indivíduo de um refúgio, onde possa apoiar-se em relações afetivamente calorosas²⁵; um grupo dominado pelo afeto, em vez do cálculo, e, acima de tudo, um ambiente onde todas essas coisas, segundo se pode confiar, persistirão por longos períodos, ao contrário das mudanças desconcertantemente rápidas do mundo lá fora. É a satisfação do desejo de segurança, sentimento distribuído, em maior ou menor grau, a todo ser humano. Há também no familismo o que Gumplowicz chamou de **singenismo**, um sentimento primordial entre os membros do grupo de fazerem parte dele e de se autoprotegerem. Este sentimento de solidariedade, segundo Gumplowicz, é importante apenas na formação original dos grupos.

No familismo amoral a solidariedade e a fidelidade têm limites bem definidos: a conveniência e o bem-estar de seus membros. Os integrantes deste grupo primário mostram cooperação, boa vontade, auxílio mútuo e respeito pelos direitos dos outros (componentes do grupo interno, bem entendido), mas até o ponto em que seus próprios interesses não estejam em jogo e correndo o risco de serem sacrificados. O instinto parental cede espaço ao instinto de conservação. Isso demonstra que a afetividade que os une não é pura ou absoluta, pois as

²⁴ *The Web of Government*, pp. 66-67.

²⁵ Sem a afetividade, o nosso eu jamais chegaria a constituir-se. Isso porque a inteligência, considerada isoladamente, volta-se para o exterior. E ao nos esclarecer sobre a realidade externa não é para dar-nos a nós mesmos, mas a fim de nos fazer ver um objeto que não é o que somos. Ao mesmo tempo que revela a nossa consciência, desliga-nos do nosso eu para nos unir, como a um puro espetáculo, a um mundo impessoal que nada espera de nós senão o esquecimento de nós próprios. Pela afetividade, ao contrário, o mundo interessa-se por nós e interessa-nos por ele. E aquilo que era para nós somente um objeto indiferente, torna-se elemento de nossa história, estremecimento da nossa carne, emoção, alegria, dor. Privados de vida afetiva jamais poderíamos sair da nossa noite primitiva. Daí a importância do regaço acolhedor da família (Jacques Lavigne, *id.*, p. 72).

afeições familiares são misturadas com os nossos desejos e movimentos individuais, essencialmente egoísticos. Em relação aos grupos externos a atitude é de hostilidade, desprezo e, muitas vezes, de ódio.

A família é uma das instituições sociais mais conservadoras por está mais próxima da ordem natural biológica, ligada às tradições, aos costumes e a toda uma estrutura e dinâmica que tendem mais para manter a ordem existente, numa função de transmissão dos valores culturais da sociedade, do que à sua transformação. O seu destino biológico é perpetuar, assegurar e proteger a sua descendência, destino biológico que assegura por outra via o reconhecimento e a existência de valores que superam a criança e se estendem a todo o domínio da simpatia, do amor e que implica um estado de subordinação e lealdade.

Ferdinand Tönnies, em *Gemeinschaft und Gesellschaft* (*Comunidade e sociedade*), analisando as diferenças entre o localismo de uma sociedade rural e o cosmopolitismo de uma sociedade urbana, ressalta a característica apontada acima. Diz ele: "Não obstante sua estreita interdependência, as pessoas e as famílias são antagônicas, pois suas ações e pensamentos são motivados por interesses egoístas"²⁶.

O sentimento interno de todo grupo primário tende a ver a si mesmo em termos elevados, considerando a si como o melhor ou o maior, possuidor de altos valores espirituais ou culturais, tendo as pessoas mais inteligentes e talentosas, e como tal, merecedor de todos os benefícios da sociedade conglobante. Somente a diversidade de relações (culturais, econômicas, políticas etc.) proporcionada pela sociedade moderna é capaz de criar uma interdependência entre os diversos grupos familísticos, unindo-os no objetivo comum.

Isto nos leva a mais uma característica importante do familismo: um certo etnocentrismo, que vê no grupo familiar o centro de tudo e coloca todos os demais grupos (e também instituições, órgãos etc) como de segunda ordem e estimados em função do valor que possam ter em relação a ele. E implica também na adoção de um duplo padrão moral. Há dois códigos morais: um para os companheiros do grupo e outro para os estranhos a ele. Quando se lida com estranhos ao grupo é de elevado mérito mercantilar proteções, mentir, ser desonesto, trapacear para garantir vantagens; mas dentro do grupo nada disto é permitido, pois haveria discórdia e desarmonia, e conseqüente entibiamento grupista.

As funções da família são inumeráveis: econômicas,

²⁶ *Apud* Koenig, *cit.*, p. 249.

religiosas, protetoras, educacionais e de prestígio. Pode-se fazer rápida enumeração: tem a função básica de propagar a espécie, de socializar o indivíduo, regular as relações sexuais, assegurar a satisfação das necessidades afetivas de seus membros, possibilitar os cuidados prolongados de que as crianças precisam e transmitir os valores culturais. Mas acima de tudo, sua função social fundamental é a de garantir a renovação e continuidade da sociedade, perpetuando a raça.

A família está associada a todas as grandes crises e transições da vida, diz MacIver. Ela é o foco das relações mais íntimas, aquelas em que a personalidade do homem e da mulher se exprime mais profundamente e é mais completamente posta à prova. É o agente primário na formação dos hábitos e atitudes vitais dos seres humanos. É o centro das mais impressionantes comemorações e rituais, as ligadas ao casamento, à morte e à iniciação da criança nas crenças e normas da comunidade. É o coração, o lar, o lugar onde as gerações se reúnem continuamente, onde os velhos e jovens têm de aprender a se ajustar constantemente a seus perenemente mutáveis papéis no ciclo da vida²⁷.

Integra parte da função da família no mundo moderno, se assim podemos afirmar, o fornecimento de uma série de relações pessoais com cuja estabilidade, durante longos períodos, se possa contar. Mas o fortalecimento da solidariedade de parentesco e o aumento de compromisso afetivo, não podem constituir um embaraço aos avanços sociais experimentados pelas sociedades modernas ou transicionais. O mundo familiar é um mundo paralelo e não invasivo, que deve oferecer um contributo ao desenvolvimento social, jamais um estorvo. Estorvo este, presente na tendência para a demanda de *status* e prestígio - um estéril *capital social* -, sem reparar na moralidade dos meios para alcançar estes objetivos.

Uma ou outra função da família receberá maior importância de acordo com a configuração cultural geral do grupo social e de uma série de condições e circunstâncias muito variáveis. A própria instituição familiar, considerada em seu todo, embora básica em todos os tempos, varia de importância segundo as condições verificadas.

É na família que o indivíduo recebe suas primeiras e duradouras impressões. Através dela é introduzido no mundo em que passará a vida e onde se relacionará com outras pessoas. Dela recebe os primeiros valores, que serão o capital axiológico de que disporá

²⁷ *The Web of Government*, p. 24.

pela vida afora e aprende o código de sua sociedade. Todo o mundo ao redor do indivíduo tem importância no seu processo de socialização, mas o grupo íntimo da família e os indivíduos mais próximos (amigos, colegas de trabalho etc.) são os de maior significância para o seu condicionamento social e formação de sua personalidade humana.

Através do contato com o grupo primário (núcleo familiar + companheiros próximos), o indivíduo desenvolve a idéia de si próprio, podendo alimentar sentimentos de amor, simpatia, lealdade, honestidade etc. Isso se dá pela tomada de consciência das atitudes deste grupo (principalmente dos membros do núcleo familiar – pai, mãe e irmãos) para com ele. Assim, a criança forma sua concepção a respeito de si mesma, e também desenvolve sua personalidade – adicionando valores, hábitos, costumes etc. – através de como imagina que os outros a consideram, pelas atitudes adotadas em relação à sua pessoa. É o chamado “eu refletido”. Resulta daí, que o indivíduo se representa dessa maneira vaga e indireta – através dos outros –, acabando por ser incapaz de fazer um retrato de si mesmo como realmente é.

Se o afeto familiar e seus desdobramentos protetivos se mantêm restritos ao âmbito da família, temos um fenômeno social saudável. Dá-se a corrupção quando esta rede de parentesco passa a incursionar no meio social, deturpando parâmetros e afastando instituições reguladoras da dinâmica social, com imposição de seus interesses gregários primitivos. Suas tendências só obtêm significado anti-social por se manifestarem em sociedade e perante outros indivíduos. Daí ser importante, como diz Koenig, uma vigilância cerberesca sobre estes grupos primários, pois estão sujeitos não só ao aperfeiçoamento, como também à degeneração e ruína (familismo).

Entende-se por sistema de parentesco uma rede de relações sociais formando uma parte da rede total da estrutura social. Os direitos e obrigações dos parentes entre si e o uso social que observam em seus contatos sociais, fazem parte do sistema. O culto dos ancestrais também constitui o sistema de parentesco, afetando as relações entre os vivos.

A sociedade não é um simples somatório de indivíduos – embora seja o indivíduo a única matéria da sociedade –, supera este tosco conceito matemático para se constituir num ser que tem sua própria vida, consciência, interesse, história e normas. Não é, definitivamente, uma substância, uma entidade metafísica.

É princípio válido tanto nas ciências naturais quanto sociais,

que um todo tem, com freqüência, propriedades muito diferentes daquelas que possuem as partes constituintes. Por este modo, não é possível reger a sociedade, em sua trajetória evolutiva, através de normas – individuais ou familiares – que não sejam tipicamente sociais (por índole ou forma), o que, por desdobramento lógico, exclui o familismo e a apadrinhagem como normas de conduta num meio social. Esta evidência, por óbvio, não tem por efeito sufocar o individualismo, a liberdade ou os laços familiares, mas limitá-los na fronteira que separa o social do individual (ou familiar).

Uma coletividade tem sua maneira própria de pensar e sentir. Uma consciência nova construída pela união, fusão, combinação, ação e reação das consciências particulares. Mais uma vez, advirta-se, não é simplesmente o somatório das consciências individuais que forma e plasma a consciência social. Paralelamente a esta consciência da sociedade subsiste a consciência individual e de classe – grupista ou familiar – que tende a interferir mais ou menos intensamente, dependendo da solidez e da coesão do meio social onde atua. Mesmo compondo a sociedade, sendo sua matéria-prima, o homem dela se destaca e se diferencia, por ser um indivíduo e não uma unidade padronizada ou um simples número de utilidade estatística.

As consciências individuais, associando-se de uma maneira estável, diz Durkheim, geram, devido às relações de troca entre elas, uma nova vida, muito diferente daquela de que elas seriam o teatro se tivessem permanecido isoladas umas das outras; é a vida social. As instituições e as crenças religiosas, as instituições políticas, jurídicas, morais, econômicas, numa palavra, tudo o que constitui a civilização, não existiriam se não houvesse sociedade²⁸.

3.3. A feudalidade das relações sociais no Brasil de hoje

É preciso por em relevo, para dar seqüência à discussão, que no centro desse conjunto de poderes políticos e familiares, vemos, no Brasil, pairar sobranceiros ainda, os privilégios. Em muitos aspectos, vemos a sociedade brasileira aprisionada num sistema feudal de direitos, privilégios e obrigações fixamente determinadas, que confere mando e superioridade por um “fenômeno de interpenetração inversa de valores”. E nesta zanga-burrinha, o indivíduo já nasce habilitado a reivindicar tais e tais direitos, pois lavrados em seu legado de usufrutuário

²⁸ *A ciência social e a ação*, p. 131.

de uma ordem estática, essencialmente feudal.

“O rico homem em seu castelo, o pobre em seu portão,
Deus os fez superior ou inferior,
E ordenou sua posição”.

Será, efetivamente, exagero afirmar que temos, senão uma ordem feudal, mas resquícios fortes (e vivos) de um sistema feudal? Vejamos. Na Europa medieval a relação entre o vassalo (que pode muito bem ser identificado ao nosso atual *beneficiário*, *apadrinhado* e *favorecido* do serviço público) e seu senhor – suserano – (na versão moderna brasileira o *beneficiador*, *apadrinhador* ou *favorecedor*) era simbolizada no **ato de reverência** ou **homenagem**²⁹ (veja o paralelismo com os princípios obedecidos pelo *beneficiário* moderno: o da subserviência ou aderência e do puxa-saquismo), espécie de contrato cerimonial em que o vassalo colocava-se a si e aos seus à disposição do suserano, em troca da proteção deste. Fidelidade e homenagem, benefício e recomendação, traços característicos do sistema feudal. Há alguma diferença com o que ocorre nos bastidores da administração pública, na busca obsessiva por proteção e apadrinhagem? Os beneficiários – “criaturas fiéis” – tudo depõem aos pés do oráculo protetor: coragem, honra, caráter etc. Dão-se ao chefe, votam-lhe uma inteira fidelidade, uma dedicação absoluta, consagram-lhe os seus serviços, batem-se por ele em intrigas, em rixas, falam, escrevem, cabalam a seu favor. Em troca, o senhor, o protetor, aninha-os sob suas poderosas asas, concede-lhes confiança e faz-lhes confidências, guia-os em suas carreiras, brinda-os com comodidades, isenções alodiais etc. Beneficiários e beneficiadores medem a estima de um para outro, pelo que cada um pode oferecer e não pelo que cada um é – ambos se deixam seduzir pela habilidade e velhacaria mútua, mantendo cômoda indiferença pela desonestidade ou outros vícios. A

²⁹ Revendo a história medieval, vemos duas formalidades agregadas ao contrato de enfeudação: a homenagem, juramento de fidelidade do vassalo, e, da parte do suserano a investidura, ou entrega do feudo. Comprometia-se o primeiro a dar para o segundo: auxílio militar, judiciário e financeiro, sendo este para resgatá-lo quando cativo, dotar sua filha, armar o filho cavaleiro e preparar a guerra. Cabia ao suserano proteger o vassalo e transferir-lhe alguns de seus direitos, tais como arrecadar impostos, fazer a guerra e cunhar moeda. O juramento de homenagem segundo a forma tradicional praticada no período mediévico, conforme o ensinamento de Seignobos, o vassalo, de joelhos, com as mãos nas mãos do senhor, comprometia-se a servi-lo contra todo o homem ou mulher que pudesse viver ou morrer. Cf. a propósito Charles Seignobos, *Histoire sincere de la nation française – essai d'une histoire de l'évolution du peuple français*, trad. de Anísio Teixeira, p. 95 e 143.

feudalidade destas relações, embora extemporânea, é evidente.

A diferença marcante, que confere, inclusive, um tom picaresco ao enredo, cinge-se ao tipo de proteção. No período propriamente feudal, o vassalo implorava proteção contra a violência e barbárie da época, para continuar a viver e produzir tranqüilamente³⁰. Hoje não, a proteção não é contra bandidos ou atos ilegais, mas contra aqueles que agem estritamente dentro da lei e da moral, com o trabalho, o esforço próprio e o merecimento. Há, nos dias que seguem, uma luta aberta entre o homem que se preparou e o homem de nascimento, entre o costume estabelecido de um lado e a vontade criadora e a imaginação de outro.

Este confronto entre um subsistema anti-social (quase-feudal) e elementos tipicamente modernos se dá sob o olhar complacente e ineficiente do Direito e de seus aplicadores. As regras formais são aplicadas, muitas vezes, por capricho e desejos inconfessáveis, possibilitando a barganha de vantagens particulares. Numa sociedade, diz um acatado sociólogo, em que a lei e a ordem são administradas de forma relaxada e caprichosa, o indivíduo não pode confiar nas diretrizes e na lei para sua proteção, seja quanto à confiança de seus contatos, à segurança de suas propriedades ou até mesmo à defesa de sua pessoa. O patrocínio de uma pessoa poderosa pode parecer melhor garantia de segurança em um ou em todos os sentidos. Quanto tal relação constitui, formal e explicitamente, a base das relações sociais e políticas, temos naturalmente **um sistema feudal**³¹.

A corrupção é uma alternativa num Estado onde a administração da lei e da justiça carece de previsão e imparcialidade; e isto reforça extraordinariamente a necessidade que as pessoas sentem de um relacionamento quase feudal com um padrinho poderoso que possa protegê-las e garantir-lhes uma ascensão individual e profissional, que de outro modo, seria sensivelmente prejudicada pela forma como as coisas são dispostas e pelo *status quo*. Isto constitui, francamente, uma das mais fortes raízes da corrupção.

Por vício de formação histórica, diz Limeira Tejo, temos

³⁰ É pelo bandoleirismo que se explica a origem do regime feudal, que agrupava, em torno do castelo senhorial, fortaleza da ordem, as populações agrícolas, desejosas de encontrar asilo e proteção, contra a rapinagem que desolava os campos - Henri Robert, *Os grandes processos da história*, p. 172.

³¹ J. E. Goldthorpe, *A sociologia do terceiro mundo...*, p. 369.

sido uma nação de charlatães, carreiristas, doutores por apelido e até de professores universitários que precisariam fazer um curso primário. A cavação - que é o emprego ou negócio obtido por proteção - é a arma do sucesso, a impostura o meio de alcançar posições, o brilho do 'traquejado' a condição essencial para fazer parte dos conselhos de Estado, integrar comissões administrativas, assumir a chefia de serviços, assessorar o presidente da República³².

A nossa ordem social não é apenas carregada de privilégios, conservadora, estática ou paralisada. Ela é **paralisante**. Não é suficiente alguns pararem no tempo com seus privilégios e favorecimentos, é imprescindível que todos permaneçam neste abraço de inércia, e se para tanto for necessário, cortam as asas de quem se atrever a alçar algum vôo acima da linha do mar. Evidência que se vê nas palavras de desesperança de Guimarães Rosa: dar certo, no Brasil, é muito perigoso; é um lugar onde o sucesso alheio ofende (a discórdia entre talento e felicidade no Brasil é secular)³³. Portanto, não é exagero verbal dizer que temos uma **estrutura social paralisante**.

É fácil depor um exemplo para ilustrar o que acabamos de afirmar acima. Os núcleos de colonização na onda migratória transoceânica deslanchada com a independência política representam a prova incontestada do efeito ofídico e paralisante de nossa ordem social. O povoamento estrangeiro - diferente do que se esperava - logo aderiu às velhas regras professadas pelos mazombos coloniais, tomando de empréstimo o espírito sugador e ocioso da ordem social aqui jacente. Uma massa de gente que deveria com o trabalho e a dignidade do esforço próprio representar uma excepcional força de democratização, rapidamente corrompeu-se, aderindo à fácil ambição de alcançar posições nos balcões administrativos do Estado. Os ansiosos elementos livres para povoar a nova terra e recheá-la com novos e fortes costumes, facilmente se escravizaram ao velho espírito nativo, demonstrando, com isso, uma grande capacidade de assimilação! Ou, por outro lado, fraca resistência ao efeito paralisante da sociedade indígena.

Tal fato não passou desapercibido de intelectuais estrangeiros, que não conseguem esconder certa perplexidade, a

³² *Retrato sincero do Brasil*, p. 23.

³³ Vejamos também a posição de T. Barreto a respeito: "São inúmeras as causas do atraso em que jazemos; mas, entre elas, se me antolha de uma influência enorme a falta de discernimento em apreciar o verdadeiro mérito" (*Direito público brasileiro*, em: *Estudos de Direito I*, p. 131).

exemplo de Pierre George, para quem na “América do Sul tudo se processa como se a pressão da imigração do século XIX não tivesse sido suficientemente forte para rebentar as cadeias das estruturas sociais do período colonial e imediatamente pós-colonial. Estruturas sociais paralisantes e demora na industrialização dão ao povoamento das terras tropicais, como ao da zona temperada da América do Sul, características profundamente diferentes das da América do Norte e da Austrália”³⁴.

3.4. O filhotismo brasileiro

“Tudo parece com o tempo
Bastões, fachadas, brasões d’armas,
Arminhos, bandeiras, escudos...
Eis que tudo isso é simples fumo”
(Nicolau de Malézieu).

Embora largamente utilizada, a prática do filhotismo e da apadrinhagem não é revelada em público, nem pelos beneficiários nem pelos beneficiadores. Buscam eles, na verdade, cheios de vergonha - alguns mais atrevidos e orgulhosos, cheios de ira -, reprimi-la, ocultá-la e negá-la³⁵. Isto porque, ela é marcada por um *prestígio negativo*, que embora torne prestigioso e influente o apadrinhado (num plano subterrâneo, obscuro e dissimulado), é repelida pela sociedade e pela censura pública, e até pela cortina de fumaça da hipocrisia institucional. A história universal nos dá um exemplo semelhante. Os usurários e banqueiros judeus de Portugal, nos séculos XV e XVI, embora ricos e poderosos, não desfrutavam da simpatia social, e, portanto, de poder político. E isso porque de acordo com o código da Igreja de então, o emprestador de dinheiro era de fato, segundo os decretos do Terceiro Concílio de Latrão (1175), Lião (1274) e Viena (1312), um réprobo. A propriedade, na época, para ter significação política e social, tinha de vir diretamente da terra, o que explica a política anticambista e anticapitalista. Como diz Heilbroner, os primeiros capitalistas não eram

³⁴ *Population et peuplement*, p. 129.

³⁵ Esforço inútil, pois como as coisas no mundo estão dispostas de acordo com a verdade e o bem, não há refúgio entre o céu e a terra capaz de ocultar um tratante. Cometido um crime ou feita uma trapaça, faz-se de vidro a Terra. Alguma circunstância denunciadora sempre transpira.

os pilares da sociedade, mas os párias, os *déracinés*³⁶.

Mas, apesar da censura pública e do repúdio quase unânime, o patronato persiste, submerso num plano obscuro (mas vivo), condicionado pela cabala do corporativismo e do burocratismo, avançando intimoratamente sobre o serviço público, que é reconhecido como próprio e pessoal; não raro, hereditário. A troca de benefícios é a base de sustentação dessa prática medieval. É uma via de mão dupla, um *toma-lá-dá-cá* lúdico, um arranjo de comadres...! Um não escuta, não vê e nem fala, finge até não existir para não perturbar o gozo de mando do outro (com todas as caudas que acompanham esta fruição: arbítrio, rapinância, impostura, etc). Este agradece e retribui com facilidades e comodidades funcionais. E assim o círculo vicioso dessas relações primárias de ajudância, com elos firmemente soldados, vai se eternizando na associação entre beneficiários e beneficiadores, apadrinhados e apadrinhadores, e na indiferença esperançosa dos excluídos esparramados no pó das crenças perdidas. Hoje os que recebem graciosamente, serão amanhã os beneficiadores, e assim as coisas prosseguem, num atavismo irritante, medieval e caduco. O melhor dos mundos para uma diminuta minoria!

Os excluídos indiferentes (mas esperançosos), referidos acima, com suas “cabeças de avestruz” enterradas na fofa areia da conveniência, esperam, numa espécie de resistência passiva e silêncio prudente, lograr o benefício no futuro, como retribuição ao seu frutuoso e respeitoso silêncio – compõem, por isso, uma categoria especial, os *beneficiários retardatários*. Como quem diz de si para si: “Calma, paciência, a minha vez chegará”. Hoje vítima, amanhã carrasco. Há uma explicação para tanta esperança: a injustiça é cíclica, sinuosa, vai e volta. O segredo para ser premiado com a injustiça é um só: esperar pacientemente e de boca cerrada. Agir como o pássaro surpreendido por uma tempestade: se encolher e manter-se imóvel. Se o indivíduo nada tem de mais precioso para empenhar na troca, acaba sendo o silêncio, a omissão, a obediência sem indagação e sem réplica, a brandura de modos, a complacência e as convicções moderadas, os subprodutos mais valorizados nos balcões administrativos. Este jogo comadresco de antigo estilo é uma válvula de segurança garantidora da estabilidade institucional, que leva o “excluído” eventual a aceitar com estoicismo e com a impassibilidade pétrea, um ou dois atos de injustiça – ou alguns - até a sua inserção na posição que entende ser de direito, face às acrobacias morais a que foi

³⁶ *Grandes economistas*, p. 13.

forçado a realizar. Após isso, fica provisoriamente apaziguado, mais uma vez silenciado, encapuchado, abatido, amordaçado com o sedenho da conveniência. Afinal, silêncio é sinônimo de merecimento – tolo silenciado, sábio louvado, diz o código tribal.

É o ideal das mediocracias: indivíduos que não se incomodam por nada (a não ser por seus interesses singulares e pessoais) e não incomodam ninguém, sem possuir nenhum propósito fundamental de vida. Um teatro de marionetes...! Sítio estreito onde é força calar; onde só existem duas alternativas: a evasão covarde, por um lado, e o partidarismo, por outro.

Francis Bacon, interpretando a fábula de Endimião (pastor amado pela Lua exclusivamente quando estava dormindo; em troca desse amor furtivo, seus carneiros engordavam e se multiplicavam), diz que os príncipes (representados pela Lua) – na versão moderna, governantes, administradores etc. – não admitem facilmente ao seu convívio homens perspicazes e curiosos, que estão sempre atentos e nunca dormem. Preferem os de caráter brando e complacente, que obedecem sem perguntar, parecem ignorantes e obtusos, e estão como que adormecidos. Acatam e não esmiúçam³⁷. *Haec fabula docet...* Indivíduos que não se incomodam por nada e não incomodam ninguém. O ensinamento moral do mito é imorredouro e adequa-se com perfeição ao sistema interno das atuais organizações administrativas do país e ao exercício do poder político, que repelem de si os talentos e aninham as nulidades, engordando-lhes ainda, como a Lua da fábula, o saldo bancário e o ego de toupeira. Espetáculo que pode ser reduzido à sabedoria adagial: “Antes um asno que me carregue que um cavalo que me derrube”.

Há, verdadeiramente, uma conspiração de silêncio, com flagrante prevalência da opinião de que, por mais profundas que sejam as discórdias, o prestígio e a própria sobrevivência do grupo dependem de uma frente unida cuja liga mais forte é o compartilhamento de convicções moderadas, quando não, conservadoras. O limite de tolerância para os conflitos internos e a rota racionalizada para a solução é a baliza do meio-termo, do equilíbrio, do compadrio. O sentimento de que a camarilha privilegiada tem o dever de manter-se unida e leal entre si, aflora à percepção do menos observador dos homens. É a lógica institucional – troca de favores entre beneficiados e beneficiadores

³⁷ *A sabedoria dos antigos*, p. 44.

– que acaba por absorver e obter a adesão até dos mais renitentes e rebeldes.

Existe um grupinho de excluídos, todavia, que ao invés de ficarem calados e esperarem passivamente sua vez na cirandacirandinha, adotam, por cálculo maquiavélico, a postura de criticastros ácidos, mordazes e temíveis. Mas não passa de um *mise-en-scène*, de um efeito cênico, de uma farsa ridícula. No fundo, querem atemorizar a cúpula dirigente (e ordenadora de despesas), e pela chantagem do terror, obter dividendos que por outro modo, viriam lentamente – dada a preferência pelos apadrinhados. Inserem-se, a custo de marteladas e bordoadas, como piolhos por costuras, nas dobras convenientes da administração. E lá perdem o ímpeto de guerra, e de supostos generais-em-chefe da brigada rebelde, passam a soldados subservientes e saciados, prontos a recolher as vantagens materiais ligadas à nova situação. De incendiários irresponsáveis, passam a bombeiros disciplinados e alinhados, enquanto nada muda na combustão espontânea da corrupção disseminada e da sem-vergonhice institucionalizada. Oportunistas sem consciência é o que verdadeiramente são! Ah, dizia Thoreau em tempos passados, como fede a bondade corrompida: é um odor ao mesmo tempo humano, divino e de carniçal! Razão talvez assista a um polêmico pensador nacional quando dizia: os vigaristas de hoje não vêm mais dos antros marginais das cidades, tangidos pela perseguição policial. Rompem dos estratos sociais mais estilizados, aboletam-se em cargos públicos e aí deitam raízes, a sugar para todos os lados, amarasados, esmorecidos.

O silêncio vale ouro para uma administração pública fundeada no familismo e no mais de primitivo que exista na sociedade; é sempre a mais natural e melhor maneira de se conduzir. Tanta importância tem o silêncio que alguns espertalhões de personalidade sintética (numa combinação química de velhacaria com oportunismo), como dito acima, valorizam-no em si pela adoção sistemática da prática mais adversa ao mutismo institucional: o criticismo irresponsável, rude e viperino. Uma técnica comercial disfarçada de propósitos elevados. Mas o véu de uma ilusão rasga-se com a mesma facilidade com que é tecido, e estes velhacos de uma hora para outra se vêem descobertos em sua pérfida intenção, embora já com o butim firmemente seguro nas presas de mercenário.

Conta-nos Paulo Mercadante que no período após a independência política do Brasil surgiu uma elite – já nossa conhecida

– que exercia uma espécie de censura sobre aqueles pretendentes em ingressar na vida pública. “A admissão à vida pública só se fazia mediante a confiança do grupo dominante. Ingressava na magistratura ou na administração, na política ou no magistério, tornando-se membro do partido conservador ou liberal, após demonstrações inequívocas quanto às suas convicções moderadas”³⁸.

Trazendo a lição histórica e cotejando-a com o tempo presente, vemos a sobrevivência do passado em alguns hábitos e costumes de hoje. É certo que o concurso público coíbe, por muitos ângulos, a antiga censura, mas não a elimina por completo. Quando não há trapaças ou fraudes nas provas – e a experiência diária nos confirma da presença delas em muitos setores públicos –, elas surgem, subterraneamente, quando a pessoa já integra o serviço público e busca sua ascensão na carreira – o familismo, o favoritismo, a apadrinhagem etc, compõem o rol de trapaças. E aqui, se analisarmos com cuidado, veremos que a elite sempre encontra uma fórmula para fazer do avanço uma âncora aos seus privilégios. A diferença é que no passado a censura era aberta, hoje é subterrânea (embora dentro do grupo seja escancarada), e talvez, por isso, seja até mais eficaz – o que representa uma avanço qualitativo nas manobras de sobrevivência dos privilégios grupistas. Ou seja: são conservadores em relação ao avanço da sociedade, mas progressistas no que tange às táticas de sobrevivência do grupo! “Progressista” talvez não seja a palavra adequada para a esperteza raposina dessa gente, mas “adaptabilidade”, aquela adaptabilidade passiva de que já falei alhures³⁹.

Outra conclusão extraível da lição acima é que – e isso não mudou em nada – para compor o grupo de elite (e obter dele os favores e a proteção de rebanho), o indivíduo precisa provar categoricamente que reza pela mesma cartilha, professando o mesmo credo ideológico e acreditando nos mesmos deuses – e até nas mesmas visagens. E para isso precisa ser discreto – uma sombra que se esgueira –, pesar em balança de precisão astronômica cada palavra que articula ou escrevinha, andar com um saquinho de verdades pré-fabricadas – e gastá-las com moderação senão com sovinaria –, manter uma postura de respeito e de servilismo às autoridades mais velhas e, verdade seja dita, bajular a valer! Amaciar a cabeça com toda a espécie de bajulação,

³⁸ *Ob. cit.*, p. 277.

³⁹ João Gaspar Rodrigues, *O atraso brasileiro – uma exposição crítica das vergonhas nacionais*, p. 150.

para devorar o corpo, como dizia Alencar em relação ao clero de sua época.

Há quem veja no puxa-saquismo uma profissão; uma profissão tanto mais apetecida quando se vislumbra a facilidade de seu exercício, que não exige habilitações obrigatórias, nem horário fixo, sendo altamente rendosa e mesmo divertida. A perfídia, a intriga, a adulação e o servilismo proliferam ao mesmo tempo, como ramos da mesma árvore, e são os meios de que se serve habitualmente o puxa-saquista, tendo-os por princípios. E não apenas estes vícios disputam nele a primazia. A opinião de que a honestidade e a probidade são ilusões, deixa-lhe visível marca no caráter e dita sua máxima de vida: "Adivinhar quem irá ganhar a partida e colocar-se logo ao pé dele"; pertencer ao quadro vitorioso, estar com a onda do futuro. Pouco se lhe dá para subir, se o faz de rastos ou às gatinhas. É, enfim, um receptáculo fácil de dejeções morais.

Ele não olha de frente, seu espírito ama os recantos, as evasivas e as portas secretas; tudo o que se esquiva o encanta, aí encontra ele seu mundo, sua segurança, seu repouso; sabe como ninguém conservar o silêncio, não esquecer, esperar, diminuir-se provisoriamente, amarfanhar-se. Venera, enfim, a prudência, a prudência da decadência, numa visão nietzschiana. E impõem-se pelo número, fortalecem-se no calor do rebanho e se divertem uns com os outros. Procuram-se. Atraem-se.

Acima de tudo, quem quiser tirar proveito institucional e "subir na vida", além de pertencer à "família certa", dizer e fazer as "coisas certas", saber como "agir certo" e associar-se com as "pessoas certas", não pode ser um fator de perturbação. Não devem ser *pessoas*, mas protótipos, que não vivem segundo o sentido humano da palavra: seguem *leis de procedimento* sem conteúdo moral. E foi isso que o grande economista John Maynard KEYNES (o homem que pegou pelos cabelos o mundo capitalista, como diz Heilbroner) percebeu no serviço público quando por dois anos permaneceu no Departamento da Índia, a serviço da Inglaterra. Verificou que no serviço público uma observação impensada pode levar alguém ao ostracismo.

Quando um indivíduo, por um motivo ou outro, passa a incomodar o *status quo*, as inimizades “gratuitas” atiram um laço pelo pescoço da criatura perturbadora da paz, numa espécie de filosofia de viver e não deixar viver. Este “laço” no jargão dos velhacos recebe inúmeras acepções: *sacanagem*, *armação*, *grampo*, *mexerico*, *intriga* etc. É uma caudal vocabular que enriquece continuamente o idioma falado na terra e empobrece a moral.

No pugilato sabe-se que um *job* no estômago é fatal para o adversário, podendo representar o sucesso no combate. O mesmo princípio é aplicado na vida comum. Quando um indivíduo com seu comportamento ou discurso passa a destoar da grande maioria, alguns representantes desta dispõem-se a armar o teatro onde germinarão os laços ou *sacanagens* (com escusas pelo emprego do chulismo), com o intuito de pegar o insolente elemento. Normalmente, tais indivíduos para fazer calar a língua “maledicente” do agressivo indivíduo, projetam prejudicar-lhe por algum modo na carreira profissional, de onde provêm os meios de sobrevivência. Eles atacam o “estômago” como o inimigo que corta o suprimento de víveres do exército invasor para lograr êxito no combate. É a política castrense de *terra arrasada*. Não há diferença no esporte, na guerra e na vida profissional; em tais espaços, todos os meios são lícitos para alcançar os fins.

Narra José de Alencar, em *O Garatuja* (p. 07), livro de crônicas coloniais, que naquele tempo o cidadão, porque servira cargo de juiz de fora e presidente da câmara, julgava-se obrigado a oferecer a seu país o fruto dos conhecimentos adquiridos nas diligências do serviço público. Hoje em dia, continua Alencar (nos idos de 1872), nem a juizes, nem a edis, sobra tempo para se ocuparem com tais nugas, pois todo se vai em subir e descer de escadas, por e tirar o chapéu, dobrar e torcer a cerviz. Eis um retrato atual, atualíssimo, do nosso pingue e enxundioso beneficiário.

Retomemos o fio da meada. O familismo, como movimento anti-social, insere um germe de corrupção altamente poderoso no serviço público. Ele estimula a *lealdade emocional* ao invés da *lealdade normativa* ou *institucional*. O indivíduo premiado pelo esquema de parentesco aprende a reconhecer, antes de tudo, uma atitude de respeito e lealdade com os grupos familiares ou seu superior imediato, depreciando os objetivos globais da organização administrativa ou mesmo os objetivos mais específicos de seus cargos. Sua relação com a administração passa a ser simplesmente utilitária, parasítica e de

exploração. Ou seja, a conquista do cargo ou da ascensão funcional interna, o sucesso profissional na carreira, não se deve ao trabalho nem à instituição – através das normas regulamentadoras e de movimentação da Administração –, mas aos laços sanguíneos e à rede de padrinhos. Portanto, é natural o sentimento de reverência e gratidão voltar-se para fora dos quadros administrativos. Remarque-se, portanto, a fidelidade do apadrinhado não será, e nem poderia ser, com os fins administrativos e funcionais, que se identificam em suprema instância com os do povo, mas, como sempre, com o grupo que lhe apóia. Talvez se salve um ou outro desse esquema de vassalagem às camarilhas, mais pelo estofo moral individual, do que por eventual fragilidade da lógica do sistema.

É o beneficiário do esquema de parentesco o grande sabotador do sistema institucional. Para conseguir seus objetivos, ele não só apenas não trabalha, como conspira contra os fins institucionais quando, por exemplo, não atua funcionalmente para preservar relações familísticas.

Sobre a *lealdade emocional* dos beneficiários do esquema familístico há curiosa passagem atribuída ao Duque de Caxias, onde ele, chefe de numerosa família de militares, nunca quis junto de si os seus parentes; nem nos campos de batalha nem na administração pública. Defendia o sistema com esse argumento: “...os desonestos vêm que correm menos riscos junto do poderoso, quando contam com **a cumplicidade dos parentes**; estes ficam por isso mais expostos à tentação; ora, a demissão ou a simples dispensa de um parente colocado em cargo de confiança seria, entretanto, uma punição mais cruel que a de um estranho; além disso um general ou um administrador não pode confessar que, fora de sua família, não tem soldados leais nem amigos dignos, porque, nesse caso, deveriam renunciar ao comando”⁴⁰.

O serviço público é tido ainda, num país depauperado como o nosso e submetido docilmente às garras do Estado, como a principal fonte de poder, prestígio, glória, estabilidade e enriquecimento. Um símbolo social de superioridade. O “ideal da vadiagem paga”, como dizia Euclides da Cunha. Principalmente, para quem não tem pruridos de moralidade e deita a dormir a consciência. Por isso, há uma casta que se encasula nos cargos públicos, onde faz seus ninhos de rato, tornando-os quase familiares e hereditários. Uma espécie de

⁴⁰ Visconde do Rio Branco, *apud* Alberto de Faria, *Maná*, p. 40.

“patriciado administrativo”, faminto por empregos públicos, numa “infatigável ânsia de fortuna”, no dizer de Rocha Pombo. E assim, o serviço público serve de despejo para os membros menos competentes da comunidade, porém, bem arranjados em termos de família, amigos e padrinhos. E é nas mãos destes ignorantes donde pendem os cordões administrativos, já dizia antigo escritor, que de longa data se encontram os destinos do país.

É preciso lembrar que o concurso público de provas e títulos é uma conquista contemporânea (ainda escamoteada pelo favoritismo) insculpida nas Constituições modernas (entre nós, data da década de 1930). No Brasil, entretanto, o momento histórico da instituição dos concursos públicos só assume importância para os cronologistas, porque administrativamente há subsistemas que ainda logram reduzir a higidez do sistema instituído. A história revela que os cargos e funções públicas eram adquiridos, ou por herança ou por pecúnia⁴¹. A venalidade dos cargos garantia a preeminência social às classes abastadas e aristocráticas, que votavam respeitável desprezo à instrução. Lamentavelmente, ainda resta, nos dias de hoje, resquícios desse esquema pretérito. Eliminar totalmente este hábito ainda está a exigir algum tempo e muita bordoadada na canalha mal acostumada.

A “nobreza” familística moderna, tal como as antigas linhagens aristocráticas de tão triste memória, nutre igual desprezo pela instrução e pelo trabalho árduo. Era uma raridade os chamados “fidalgos de pena e tinta” – *gentils hommes de plume et d'encre*.

O familismo moderno tem uma ligação muito íntima de similaridade com o tribalismo adâmico, motivo pelo qual, não é impróprio falar em destribalização como forma de purificar essas redes de obrigações sociais – de parentes e amigos -, tornando impessoal e afetivamente neutro o relacionamento social, no que tange à busca de oportunidades no mercado de trabalho (público ou privado). Enquanto não houver uma separação nítida da vida pública em relação à vida doméstica, a sociedade permanecerá no jardim de infância do desenvolvimento social – uma civilização tribal, muito assemelhada, em pontos fundamentais para o progresso, com a primitiva ordem comunal.

⁴¹ “Os próprios cargos públicos do Brasil, reservados a premiar serviços e colocar a nobreza ociosa, passaram a ser vendidos, a partir do século XVIII” (Raymundo Faoro, *ob.cit.*, p. 274).

As tribos antigas não passavam de grandes uniões de grupos humanos vinculados por laços de parentesco. Dividiam-se em gens, que por sua vez, constituíam-se de um grupo de pessoas, tendo por liga o parentesco consanguíneo. E é no parentesco – e no seu sistema disciplinar – que a história registra a primeira forma de governo (prerrogativas do patriarca), seguido pela autoridade e por último, pela cidadania.

São traços característicos do familismo: a cooptação, a hereditariedade e a endogamia. Tudo isso sob o aconchegante calor do sentimento tribal. Sob essa estrutura viciosa e complacente, não se pode aconselhar os mesquinhos protegidos (afilhados) a terem uma coragem firme, uma atitude acima da dúvida e uma têmpera que não se dobre sob as agruras da vida.

Não se pode negar que o patronato em determinados períodos da humanidade tenha obtido justificação e acolhida social. Igualmente, reconhece-se que tenha servido, dado o caráter endógeno e familiar, a empresas históricas incapazes de serem levadas a cabo por um sistema social aberto e competitivo. Exemplo são as grandes navegações do século XV, onde segundo Raymundo Faoro, “somente esta organização política ensejaria, naquela hora, a magna arrancada ultramarina”⁴². Por esta quadra histórica ainda tinha ampla repercussão, pelos seus saudáveis efeitos práticos, a roçarem pela vida cotidiana, o ensinamento escolástico de Santo Tomás: os deveres para com os parentes primam sobre os deveres para com os estranhos.

O ensinamento de Santo Tomás, entretanto, não encontra amparo naquele que foi o fundador do Cristianismo: Jesus Cristo. Primeiro, Cristo desautorizou e condenou o patriotismo tribal dos judeus em se suporem credores privilegiados de Deus (o povo eleito) – parábola do bom samaritano e dos trabalhadores. Depois afastou todas as afeições familiares estreitas e restritivas, remarcando que no Reino do Céu não há privilégios, nem concessões, nem escusas e pretextos. Todos são tratados com igualdade. Em

⁴² *Os donos do poder*, p. 67.

Mateus 12:46-50 vem inscrito: "Certa vez, estando ainda a pregar ao povo, a sua mãe e seus irmãos chegaram e desejaram falar-lhe. Então disse-lhe alguém: - Olha, tua mãe e teus irmãos estão aí fora, desejando falar contigo. Mas, respondeu ele, dirigindo-se àquele que lhe falara: - Quem é minha mãe? E quem são meus irmãos? E estendeu para os seus discípulos as suas mãos e disse: eis aí meus irmãos e minha mãe! Pois quem quer que faça a vontade de meu Pai que está no Céu, esse é meu irmão, irmã e mãe".

Era um tempo (Idade Média) em que as pessoas recepcionavam com muita docilidade os produtos do passado. Era um meio governado pelo hábito e pela tradição. Época cinzenta, em que a mudança histórica (e social) seguia uma linha evolutiva linear, sem sobressaltos, nem contrastes. Bárbara, cruel, inculta, mas estável, imóvel, satisfeita. A vida quotidiana desse tempo transcorria em nível terrivelmente baixo, física, intelectual e moralmente. Cada pessoa tinha e conhecia seu lugar, e parecia aceitá-lo com certo grau de satisfação ou de resignação, pois não despendia muita energia para manter-se imóvel. Período onde as diferenças entre pais e filhos eram pequenas, insignificantes, em que estes eram simplesmente continuadores, imitadores servis daqueles. Todos queriam ficar em paz para viver como seus pais tinham vivido e como seus filhos viveriam. A reverência, a obediência, não conheciam os sobressaltos da rebeldia. O mundo era enfadonhamente previsível⁴³. Ao invés do risco e da modificação, a palavra de ordem era a segurança primeiro. Neste meio histórico e social, as proteções familiares, nos termos ensinados pelo padre da Igreja, eram extremamente importantes para a sobrevivência do indivíduo.

A importância do esquema de parentesco, nas palavras de Goldthorpe, como instituição dentro da qual as pessoas nascem, unem-se e morrem, não tem paralelo na ascensão do moderno Estado industrial, com toda sua complexidade; sua relativa

⁴³ Era um tempo facilmente compreensível, fácil de penetrar, nenhum véu ocultava sua ordem e seus princípios. Era um mundo auto-reprodutor, auto-suficiente, cristalizado, fossilizado, mergulhado em seus costumes e com eles satisfeitos.

importância, entretanto, parecia afetada pelo fato de que há muitas outras estruturas sociais além da família, e a caminho de adquirirem importância comparável (*Sociologia do terceiro mundo...*, p. 189).

As instituições nascem, desenvolvem-se (modificam-se até para perdurar) e perecem. Não é o reconhecimento da teoria organicista que nos leva à afirmação. A instituição surge para suprir uma necessidade social. Quando sua utilidade cessa em virtude de mudanças sociais, ela torna-se inútil ou até mesmo pernicioso (de instituição social passa a ser anti-social) – como é o caso do familismo -, dando-se o seu perecimento (que pode ser a perda de sua funcionalidade, sem a extinção propriamente dita). Sua perdurabilidade tem a ver com o atendimento das necessidades sociais em diferentes condições históricas.

Nada se ganha em preservar formas passadas quando novas condições exigem mudanças nos objetivos e funções de uma instituição. Na verdade, perde-se, e perde-se muito! O que antes apresentava uma funcionalidade social, passa hoje a ser um problema social. Nenhuma forma institucional pode satisfazer perpetuamente as necessidades da sociedade.

Francisco Rodrigues Lobo, cronista lusitano, revela como no período quinhentista se dava a ascensão social numa sociedade atrasada e fechada como a portuguesa, em que o merecimento nada valia e a conquista do emprego, do posto, da dignidade se fazia à custa da intriga bem tecida, do cálculo, da conversa doce e de hábeis elogios. “E como neste tempo os homens estão já desenganados de quão pouco valem merecimentos; que vieram a chamar valia às aderências⁴⁴, e lhes tem mostrado a experiência a verdade daquele rifão que cada um dança seguindo os amigos que tem na sala e que só põe em pé os serviços que os arrima a boa parede, por mais arrastados que andassem na opinião da gente, já nenhum pretendente discreto faz tanto cabedal⁴⁵ deles (merecimentos) como de ministros que o ouçam, criados que o admitam, amigos que o lembrem, ricos que o abonem, terceiros que o cheguem e peitos que o despachem. Para o que o avisado, depois de fazer o sinal da cruz à sua pretensão, primeiro sabe os que valem com o Príncipe, depois disto os que têm lugar e entrada com os privados⁴⁶,

⁴⁴ Aderência aqui significa “união, adesão”.

⁴⁵ A expressão idiomática “fazer cabedal de” significa “dar ou ligar importância a”.

⁴⁶ Favorito.

logo conhecer os criados mais mimosos; em sabendo a sala do valido⁴⁷, tomá-la de empreitada, ser contínuo no passeio dele, aonde a todos a primeira cortesia e o mais humilde seja a sua, o riso sempre na boca, os oferecimentos na língua, os olhos só no seu intento; dar o melhor lugar a todos, porque acaso não falte a algum que pode ser em seu favor; não se aparte da vista do que granjeia; faça-se encontradiço aonde o veja, na igreja tomar o lugar da porta, na sala, a saída, no acompanhamento, o dianteiro, para parar aonde fique tomando os olhos do privado⁴⁸, para assim, ou com a continuação mereça, ou com a importunação o despache; use do traje limpo, mas não custoso, o comer, leve, mas concertado, porque argüem moderação com gravidade; o falar, sempre à vontade do ministro, dizendo os améns a todas as suas orações; mostrar-se ao favor humilde, à repreensão, agradável, à esperança, contente, ao desengano, confiado; falar a todos no seu negócio, porque muitas vezes acerta um, de que ele não esperava, abrir caminho a seu despacho; (...) vê tudo e olha pouco; vigia porque, como dizem, a quem vela, tudo se lhe revela, mas, com os olhos no que procura, dissimula o que vê; ouve e não escuta: e assim, as más respostas dos ministros cansados ou insolentes não o escandalizam, antes lhes mostra alegria fazendo do escândalo matéria de agradecimento; cheira de longe o que receia, e dissimula, fingindo confiança no que merece; apalpa e tenta todos os meios de seu remédio e finge-se ignorante a tudo o que lhe revela; (...) acomodar a vontade com a sua em um voluntário e forçoso cativoiro⁴⁹.

Eis um espelho que ainda reflete com perfeição a prática secular das estratégias que substituem o mérito na aquisição de projeção social. Uma posição ascensão social, diga-se a bem da verdade, à vista dos modernos padrões de competitividade, pois dentre outros (cooperação e ajuda mútua), subverte o consagrado princípio da vitória do mais apto e do mais capaz, em prol da corruptela do melhor adaptado ao ambiente social (que resultou no moderno *darwinismo social*), convertido na *jungle-law*, numa competição impiedosa pela sobrevivência darwinística dos mais inescrupulosos.

⁴⁷ Favorito.

⁴⁸ Favorito, valido.

⁴⁹ *Corte na aldeia*, Lisboa, 1945, pp. 289-291.

4. Os grupos privilegiados e a herança social

É verdade científica, garimpada no ramo da ciência específica, que as estruturas sociais de um país podem frustrar numa parte notável o fruto dos esforços de desenvolvimento de sua gente. Tentar o desenvolvimento *à outrance*, com uma estrutura social desfavorável, quando não, francamente contrária – face à manutenção dos privilégios –, é como remar contra a maré, o único efeito manifesto é o cansaço, o imobilismo desalentador. O progresso não é mecânico nem automático; depende de dois elementos: do esforço e da vontade dos homens.

O indivíduo, através do talento, do esforço próprio e da vontade firme, pode triunfar em qualquer meio. Todavia, o êxito completo exige uma certa organização da vida comunitária, no sentido de propiciar ao indivíduo condições indispensáveis ao seu desenvolvimento perfeito. Isto porque, mesmo sendo o indivíduo um todo fisiológico, moral e intelectual, não é separável do meio social circundante. A natureza humana é intrinsecamente social, forjada no atrito das relações sociais, o que levou Heidegger a dizer que o homem não é dotado de uma essência ou natureza imutável, mas é, pelo contrário, uma realidade sempre informada de novo pela história e pela sociedade envolvente. As próprias qualidades do homem que fazem dele um ser humano – linguagem, moral, cultura – são, em si mesmas, produtos sociais. O homem isolado, independente, nunca existiu, a não ser no espírito fantasioso de Rousseau. O homem é, ao mesmo tempo, uma criatura de circunstâncias (sociais) e um criador de circunstâncias; é, em suma, um produto da sociedade, mais do que sua causa.

Entre nós, diria o sábio de Escada⁵⁰: “Tudo que constitui o homem de hoje, o homem do *direito*, da *moral*, da *religião*... é um produto social”. O indivíduo deixado em completo isolamento, deteriora-se mental e fisicamente, e sua natureza humana gradualmente degenera.

No final do século XIX, Émile Durkheim, considerado o pai da moderna sociologia, revelou que a natureza humana é meramente o material indefinido que o fator social molda e transforma. O homem é homem porque tem uma vida social. A história revela,

⁵⁰ Tobias Barreto, *Estudos de direito e política*, p. 25.

assegura Durkheim, que mesmo as emoções mais profundas como o ciúme sexual, o amor do pai por seu filho ou filha, ou o amor filial pelo pai, estão longe de ser inerentes à natureza humana. Assim, pode-se dizer, que a mente humana é uma tela vazia, cujo preenchimento se dá à medida que a pessoa amadurece, adquirindo os matizes da cultura local. Georg Simmel e o cientista franco-russo Dimitrie Draghicesco, por outro modo, acentuaram que o indivíduo é simplesmente um reflexo microscópico da sociedade em que vive.

É falsa a representação que tem o indivíduo como uma espécie de ilha inacessível, onde a pessoa reina soberanamente, de onde sai quando quer e onde só penetramos com a sua autorização. Nada disso. Enquanto o indivíduo se dobra sobre si mesmo para escapar de toda e qualquer influência, o meio em que se movimenta, o ar que respira, a sociedade que o envolve, tudo isto penetra nele, nele se imprime, modela-o e forma-o, sem que ele se dê conta, sinta e, sobretudo, sem que ele disso tenha de se queixar; é assim que se forma a melhor parte de si mesmo. Ele não pode fugir do seu conatural gregarismo e nem do fato de que sua personalidade emerge do convívio social.

Dentro da sociedade brasileira, entretanto, existem certos grupos sociais atropilhados, que podem se constituir em entrave tanto ao avanço social quanto ao aperfeiçoamento individual, na defesa intransigente de seus privilégios. Mesmo quando os ventos da mudança são inevitáveis, como a avalanche de neve prestes a despencar do cume da montanha, estes grupos dominantes sempre encontram uma fórmula capaz de conciliar atraso com progresso. Ocorre, então, que a mudança é realizada de tal modo que as velhas classes dominantes e as velhas formações privilegiadas não sejam destruídas, mas acabem se fundindo com os novos elementos e as novas atitudes. É solução vulpina: reformar alguma coisa para que nada se transforme, e para isto embuçam-se de reformadores para não perderem a cena — *reformar para conservar*. Em suma, muda a música, mas a dança continua a mesma.

Que grandeza pode um povo sustentar se os seus agentes públicos não reúnem a principal qualidade exigida nos tempos modernos, que é a capacidade técnica e científica?⁵¹ Requisitos que são esmagados pela onda avassaladora do familismo favorecedor e

⁵¹ De acordo com Bertrand Russell, a base mais importante de todo progresso social deve ser a eficiência técnica aumentada, maior resultado a partir de uma dada quantidade de trabalho (*Princípios de reconstrução social*, p. 96).

apadrinhador. Nesta seara, muitos colhem seus rendosos cargos ou ascendem funcionalmente pela revelha arte do beija-mão e da pedincha, pés-de-cabra dos incompetentes e incapazes. De um lado, temos uma “força de progresso”, de movimentação (o trabalho digno e elevado), de outro, uma “âncora de inércia” (os artificios no trabalho, as maroteiras). Positivamente, o que se vê ostentado com volúpia é uma arrogância oca e vazia manifestada até na andadura e no ventre saliente (e pregueado) da criatura, sem raízes no merecimento intelectual ou técnico. O nascedouro - desse intolerável entesoamento - é a segurança proporcionada pelos padrinhos.

Por trás destas duas forças ou destas duas mentalidades, há uma tragédia cujo desfecho representará o futuro que aguarda o país. A incompetência administrativa, alimentada por diversos subsistemas - dentre eles, o famígero apadrinhamento -, cria um abismo para onde não cessa de rolar a expectativa de progresso do povo administrado e suas esperanças de uma vida melhor. Ferir estes anseios vale por mais algumas gerações de pessimismo e abatimento coletivo, ácido cujo poder destrutivo espalha-se pelo porvir da nação. As chagas nacionais, diante de uma época de exigências dinâmicas, não podem esperar um diagnóstico tardio, requerem sejam pensadas *hic et nunc*. As coisas não submetidas a uma mudança imediata, reconhecida esta necessidade, tendem a permanecer fixas, ou pelo menos, a apresentarem maior resistência ao processo de transformação. Num temporal não podemos perder tempo com especulações teóricas sobre os raios, o que vale é encontrar meios de fugir à fúria dos elementos.

Os beneficiários do apadrinhamento, submetidos ao oxigênio viciado do cargo público, obtido sem esforço, se não se esgotam totalmente, degenerando nos inevitáveis *ismos* (pedantismo, charlatanismo, almofadismo, filosofismo, gongorismo, enfatismo, carreirismo, proselitismo, localismo, provincianismo etc.), amortalam-se com os louros da conquista e passam a fruir placidamente um ócio indiferente, desdenhando o trabalho e a produtividade. Eis a recompensa que recebe o serviço público do afilhado cheio de apetite: indiferença e desdenho; preguiça e arrogância. E mais: ele não quer o bem da sociedade, mas como dizia padre Antônio Vieira, os seus *bens*; em geral, despreza toda forma honesta de atividade; não faz mais que chupar, aproveitar, encher-se, saciar-se, e ao invés de fertilizar o serviço público com bons préstimos de seu ventre repleto e insaciável, esteriliza-o com o seu mau exemplo.

O agente público criado e nutrido pelas benesses do nepotismo só conhece a *regra de três* que nunca contribui, nunca dá, raramente empresta e não faz senão a mesma pergunta a respeito de qualquer projeto: "Aumentará o número de pães?". Importa ganhar o mais possível, trabalhando o mínimo necessário. É destituído do sentimento de honra e de retidão que deve presidir as relações humanas; idéias elevadas não as têm. Tudo - princípios, virtude, honestidade, seriedade etc. - é reduzido a simples meios e a meros substratos ínfimos de cálculos grosseiros. Depois que a moral do gozo material e do menor esforço se insinua, tudo o mais passa a ser de somenos em seu horizonte restrito.

É um espécime que adora arrotar conceitos melosos de justiça social, direito social, promoção social, pelos efeitos propagandísticos e demagógicos na estreita faixa intelectual do público-alvo, no vão empenho de se mostrar progressista e de acordo com os novos tempos. Mas não está preparado, nem acadêmica nem socialmente, para entender o alcance finalístico de tais termos nem dos novos tempos, pois aprisionado no anacronismo da ostentação oca de valores espirituais e materiais, como forma de manter um decaído prestígio pessoal e familiar. Quem é educado na guerra não sabe o que é paz; da mesma forma, quem é educado no egoísmo dos objetivos e apetites pessoais não sabe o que é espírito coletivo e solidariedade. A sua função social é de mero contraste, como o tolo que nos ensina a não sermos ridículos em nossos comportamentos e atitudes.

À dependência ao serviço público, ao trabalho, ao esforço construtivo e orgânico, estas criaturas preferem o servilismo fofo aos padrinhos e protetores de ocasião. E neste servilismo conveniente vê-se alguns traços característicos de seu comportamento: a gravidade, o formalismo, o orgulho, a sobranceira, o gosto pelo grandioso, pelo luxo, pela magnificência e pela pompa. Ao invés do culto à Minerva, rendem homenagens ao herói nacional Malasarte, o folclórico herói que sem esforço ou trabalho, mas somente pela astúcia, intriga, cálculo, manobra e habilidade, resolve todos os problemas.

Trabucar, laborar, dar à unha, afadigar-se, focar, lidar, mourejar, obrar, ralar, fazer serão, seroar, serandar, são expressões totalmente desconhecidas a estes indivíduos privilegiados. Todavia, albardar, depenar, aldrabar, imposturar, intrujar, mariolar, vadiar, bargantear, madracear, preguiçar, fazer cera, mangonar, engonhar, matar o tempo, madraceirar, inzonar, morangar, mandriar, marombar, andar

à tuna, aldear, parolar, à boa vida, ronçar, zumbaiar, apajear, bajular, turiferar, larachear, sabujar, adular, turibular, bajoujar, bafar, astuciar, velhacar, fradejar, marotear, parasitar, corvejar, gralhar, porquear, raposinhar, raposar, ratonar, sucilar, engazopar, chatinar, barganhar, trampear, endrominar, larapiar, apadroar, onzenar, calacear, bazofiar, vagamundear, trampolinar, velhaquear, são termos bem seus conhecidos, a que se junta o *dolce far niente*. Nessas circunstâncias em que se encontra o apadrinhado, **nada fazer é fazer tudo!**⁵²

O beneficiário ainda tem entre suas “qualidades”, o de saber persuadir com eloquência, dissimular com cautela e calar quando é necessário não falar. Tem ainda o raro talento de *savoir-vivre* e a arte de se meter em toda parte e de saber tirar partido de tudo, com o elevado talento de falsificar o semblante de acordo com as exigências das circunstâncias (*aguda ciência das conveniências*). É a “unção feita homem”, na clássica definição de Luiz XIV em relação ao cardeal de Polignac. Também é tão voraz por privilégios que onde os encontra faz como a jibóia: engole sem mastigar. E com todos esses atributos, em regra, se tem na conta de um César caricato que chega, vê e vence. E aprendeu antes de todos, que para obter êxito na carreira pública, o indivíduo deve tratar os princípios e o Direito como entidades metafísicas, meros motivos para ressaltar aparências, e não como bases para agir.

Guardemos os rápidos traços com que o inesquecível mestre Aliomar Baleeiro pinta o nosso beneficiário: “Adivinhar quem irá ganhar a partida e colocar-se logo ao pé dele. Essa máxima digna de Sancho Pança, ou de qualquer homem apenas de pança, atingiu em nosso país, à perfeição inaudita de não se procurar adivinhar quem vence: adere-se, desacanhadamente a quem venceu” (*A política e a mocidade*, p. 37).

O perfil do nosso beneficiário, em regra, assemelha-se ao do francês Filipe do Palais-Royal, duque d’Orleans (regente de França em tempos idos), do qual se dizia ser insinuante e cheio de lábia, de uma diplomacia discreta e flexível, cheia de matizes, de meias-tintas;

⁵² Sintomaticamente, pelo rápido apanhado, a língua portuguesa é mais rica em variantes sinonímicas da vadiagem e das ladinices que do trabalho árduo e produtivo. Encerra na multiplicidade sinonímica o costume pouco lisonjeiro do ócio parasítico e da prática (provinciana) intriguista entre nós.

dava a entender sem se pronunciar; dava esperança sem se comprometer; aquiescia mesmo, embora não aprovasse; retrocedia sem renunciar; a sua preciosa afabilidade servia de defesa e de arma; era insensível às injúrias, impávido diante das ameaças; jamais se embaraçava com as promessas que seu constante desejo de agradar prodigalizava, sem contudo a isso dar importância; dizia sim a um e, momentos depois, não a outro, sobre o mesmo objeto.

O certo é que a luta por benefícios dentro dos quadros do familismo dá oportunidades ao bajulador ambicioso, ao maquinador esperto e ao insinuante de interesses escusos. E coloca a vida entre duas políticas: a do êxito *versus* a da honestidade. Nesta, os atos são aprovados de acordo com o código moral, procurando o agente conformar-se com o equilíbrio entre a liberdade individual e o respeito devido à necessidade dos demais e do futuro que a sociedade julga mais conveniente em todos os sentidos. Na **política do êxito**, os atos são julgados pela respectiva eficiência quanto ao alcance dos objetivos pessoais e imediatos, sancionando-se qualquer meio que permita alcançá-los sem correr grandes riscos de punição, de castigo ou de prejuízo.

A política do êxito revela claramente o abandono parcial ou total de uma filosofia social, com a conseqüente adoção de outra que tende no sentido de progredir desde o conceito solitário de vida para o da forma predatória ou de rapina. Esta filosofia é uma espécie de doença social (*parasitose social*) que na hipótese de ir muito longe pode significar a progressiva falência das medidas de repressão de caráter moral, e, finalmente, o aumento da confiança franca de todos no direito da força e da astúcia. Tal postura perante a vida, acarreta, enfim, uma luta de extermínio (*nature red in the tooth and claw*), onde os implacáveis instintos da *jungle* e as leis impiedosas do estado de natureza prevalecem na grande comédia social.

Todo vício ou virtude social tem uma razão cujas raízes mergulham na história e aí recebem a devida explicação. A história é um campo de prova, sem a qual o presente se torna um grande enigma e cujas repercussões se refletem na posteridade. Dado esse caráter elucidativo e explicativo, a história desempenha na ordem das realidades sociais, segundo um antigo e acatado sociólogo, um papel análogo ao do microscópio na ordem das realidades físicas. E a partir daí, pode-se indagar: a repulsa de alguns grupos ao trabalho orgânico e a preferência escancarada pelas facilidades ilegítimas do serviço público estatal, onde recebem seu batismo histórico? Explicar determinado comportamento

social é compreender os diversos elementos que serviram à sua formação, é mostrar as suas causas e as suas razões de ser. O descobrimento destas causas pressupõe uma referência ao momento em que elas foram operantes, ao momento em que suscitaram o comportamento que procuramos entender. É somente cortando e aprisionando este momento que se torna possível compreender como estas causas agiram e as conseqüências que geraram. Este momento, entretanto, ficou para trás. O único meio de conseguir saber como nasceu cada um destes elementos é observando o próprio instante em que nasceu. Este nascimento se deu no passado, conseqüentemente, só pode ser conhecido através da história.

É assim que as questões sociais, favoráveis ou não à coesão da sociedade, se escalonam, ou seja, nas diferentes etapas do passado e é na condição de as situar devidamente no estrato histórico correto, de as classificar e relacionar com os diversos meios históricos onde nasceram, que é possível entendê-las e resolvê-las.

Deste modo, a resposta à indagação feita acima, exsurge de uma rápida consulta ao nosso passado colonial⁵³. No período colonial e logo após a independência política⁵⁴, no início do século XIX, com a abertura dos portos à navegação estrangeira e quebra de monopólios comerciais, a renda dos antigos senhores teve um sensível aumento. Todavia, como não tínhamos capitais em volume suficiente, nem fontes de trabalho livre para aproveitarmos todos os benefícios das medidas liberalizantes e nos pormos de conformidade com os novos fatos, apelamos, como sempre, para a ostentação, velho expediente de afirmação social. O caudal de estudantes para a velha Europa foi engrossado, não atrás de novos conhecimentos para moldar uma nação independente, mas em busca, tão-só, de um título que os habilitasse, aristocraticamente, junto à Corte. Cada família ansiava ter entre seus elementos um político, um padre e um militar. Eram as

⁵³ Ninguém contesta em relação aos países com passado colonial, a importância de conhecê-lo (passado) em suas minúcias históricas e míticas, para o entendimento preciso da realidade de hoje. O estudo, portanto, deste passado, eleva-se em dois níveis: 1- o que realmente aconteceu: nível histórico; 2- as idéias que o povo faz acerca do que aconteceu no passado, idéias estas, muitas vezes, selecionadas, distorcidas ou equivocadas: nível mítico.

⁵⁴ No Brasil, assim como em antigas colônias (sul-americanas) espanholas, a "independência" política foi obtida por um grupo fortemente ligado à metrópole, que continuou a dominar a população de origem não-européia. Criou-se, nesse sentido, uma situação colonial interna (sucessora da externa), cujos reflexos se fazem sentir até hoje.

dignidades que atendiam aos reclamos representativos da época.

O político, o padre e o general são as três pontas de lança da sociedade agrícola na direção dos novos acontecimentos – e não o comerciante, o industrial e o financista. Eles representavam, por um lado, a presença do espírito territorial nos postos-chaves da administração do país, com a missão de impedir que fossem mudadas as regras do jogo. De outra parte, exercendo atividades não profissionais – dependendo pecuniariamente da exploração de propriedades onde não moviam uma palha – seu canudo, sua sotaina e sua espada eram símbolos aristocráticos que davam um brilho novo e fulgurante ao orgulho ainda rústico das grandes famílias. Ninguém mandou o filho – como depois o faria a burguesia – a adquirir prática dos negócios e, muito menos, meter-se neles. Comprar e vender, ou simplesmente colocar a própria produção, eram operações medidas pelo dinheiro e, como tais, envolviam questões pequeninas, incompatíveis com a superioridade social dos grandes senhores. Para lidar com o vil metal existiam os comissários, os quais – do acordo com a filosofia patriarcal da época – eram gente que também precisava viver.

Era tão arraigado o preconceito do “trabalho baixo” que – quando as coisas se tornaram negras para os proprietários de terra – tornou-se muito mais imoral exercê-lo, do que usar posições e influências para tirar fatias no bolo das negociações com o Estado⁵⁵, impedindo a ruína econômica com o parasitismo às rendas públicas. Com a soberania política (que nos libertou do círculo apertado dos interesses metropolitanos) e a inexistência de uma consciência nacional firme, a mentalidade proprietária se firmou e com ela todo um cortejo de hábitos e comportamentos viciosos, estendendo seu sistema radicular malfazejo até os dias de hoje. Eis aí o gancho histórico que explica, com folga, o atual familismo, nepotismo, apadrinhamento e tudo que tresanda a favorecimento nas estruturas corroídas da Administração Pública.

Se observarmos com atenção veremos que em nossa sociedade as relações de favor, de dependência, atravessaram a formação política brasileira. As classes dominantes do país se acostumaram a fazer do Estado brasileiro seu instrumento econômico privado por excelência⁵⁶.

⁵⁵ Limeira Tejo, *Retrato sincero do Brasil*, p. 135.

⁵⁶ Silene de Moraes Freire, *Estado, democracia e questão social no Brasil*, em: *Política social e democracia*, p. 169.

Claro que não podemos condenar um hábito coletivo que estava de acordo com determinadas circunstâncias nacionais da época. Mas devemos acusar e bater sobre o uso dessa herança nos tempos modernos, quando as circunstâncias sociais já não autorizam, e francamente, recriam, a prática destes vícios morais, por não coincidirem com os ideais de progresso nacional. A história não apresenta um determinismo irracional; não é por sermos herdeiros deste hábito que temos de segui-lo. Os condicionamentos sociais d'antanho desapareceram com as centúrias e não podem legitimar a revivêscência de antigos comportamentos que cobram, invariavelmente, seu tributo ao progresso do país. Dentre estes comportamentos, o familismo é comparável a uma jazida de minério não-renovável, cujo uso e exploração por séculos esgotaram suas possibilidades.

O homem é essencialmente histórico, ou seja, varia de acordo com o lugar e o tempo. É variável por excelência. E é variável – atributo precípua da historicidade – porque cada geração toma como ponto de apoio para a sua vida o legado cultural herdado da geração precedente e de acordo com o avançar da vida social vai introduzindo modificações nessa herança cultural, compatíveis com as exigências do tempo em que vive. São acrescentados novos conhecimentos, novas experiências, invenções etc; outros aspectos são desprezados; e correções são implementadas. E este processo de variabilidade (*mudança social*) se manifesta de geração a geração e é responsável pelo progresso humano e social. Sempre, entretanto, haverá um ponto de partida: a herança cultural.

Há em antropologia filosófica o que se chama de *historicidade gnosiológica*, em que o passado sedimenta-se no sujeito cognoscente, plasma as suas faculdades cognitivas e influi sobre cada uma das suas atividades. A mente humana não é apenas uma *tabula rasa in qua nihil scriptum est*, mas um substrato que já tem sua forma a priori: a herança do passado.

O homem para progredir precisa preencher dois requisitos básicos aparentemente contraditórios. De um lado, ser capaz de aproveitar o passado e as conquistas obtidas por seus predecessores. Por outro, precisa ter a capacidade de tornar-se livre daquilo que foi ontem, estando apto a aceitar (e encontrar) novas formas e maneiras,

inclusive a coragem de corrigir e aumentar a herança cultural graciosamente recebida. Deve está preparado para avançar por sobre os túmulos, superando os limites traçados por pessoas já desaparecidas. Como vem inscrito nas lições filosóficas de Nietzsche, para poder viver o homem deve possuir a força de quebrar um passado e de destruí-lo, e é preciso que empregue essa força periodicamente.

É necessário limitar o respeito pelos antigos, dividindo com justiça nossa credulidade e desconfiança em relação ao passado. Se considerarmos que os antigos tivessem sido tão cautelosos no acréscimo dos conhecimentos recebidos, ou se os seus contemporâneos tivessem sentido as mesmas dificuldades em aceitar as novidades que lhes eram oferecidas (por um apego irracional ao tradicional), teriam os antigos se privado de seus inventos e descobertas, e deles privado a posteridade. Assim como os antigos só se serviram dos conhecimentos recebidos como meios para chegar a outros novos, e que essa feliz audácia lhes abriu caminho para grandes coisas e acontecimentos, devemos aceitar com o mesmo espírito aquilo que nos legaram e, seguindo-lhes o exemplo, convertê-lo em meio e não em fim de nosso estudo; e procurar, servindo-nos de suas lições e ensinamentos, superá-los.

Estranho é o modo por que reverenciam os sentimentos dos antigos, diz Blaise Pascal. Transformam em um crime contradizê-los, e em um atentado acrescentar-lhes o que quer que seja, como se não tivessem deixado verdades por se conhecerem. Não será isso tratar indignamente a razão humana e colocá-la a par do instinto dos animais, em suprimindo a principal diferença que consiste em que os efeitos do raciocínio aumentam sem cessar, enquanto permanece o instinto no mesmo estado?

Toda a série de homens no decurso de tantos séculos deve ser considerada como um só homem subsistindo sempre e aprendendo continuamente; donde se conclui quanta injustiça existe no respeito que dedicamos à antiguidade e a seus filósofos; se a velhice é a idade mais distante da infância, quem não percebe que a velhice nesse homem universal não deve ser procurada perto de seu nascimento, porém o mais longe possível dele? Aqueles a quem chamamos antigos eram na verdade novos em todas as coisas, e constituíam realmente a infância dos homens; e como acrescentamos a seus conhecimentos a experiência dos séculos que se seguiram, é em nós que podemos

encontrar essa antiguidade que veneramos nos outros⁵⁷.

Além disso, a verdade deve sempre levar vantagem sobre a força da antiguidade, ainda que recém-descoberta, pois será sempre mais velha que todas as opiniões anteriores a seu respeito, tendo em conta que ela já existia antes do momento em que passou a ser conhecida.

Como um ser social, o homem precisa de alguma forma se ligar ao passado, mas como indivíduo, ou seja, como um sujeito que vive por sua conta, tendo de elaborar uma forma própria de existência, pode libertar-se da tirania do passado, sem repeti-lo passivamente. As tradições e o passado, entretanto, não são simples informações por registrar, fazem parte da vida da pessoa, determinam suas perspectivas e suas projeções, seu modo de ver e de agir. Posta assim, assume a questão contornos simples: a sociedade é a base e o indivíduo o agente do progresso.

Há dois grandes obstáculos ao progresso humano e social: o hábito e a tradição. As pessoas agem, compelidas em grande parte, por hábitos e costumes arraigados. A assunção de uma nova prática requer a substituição de um anterior hábito. Tarefa complexa e difícil, dado a fixidez de antigos hábitos. Assim, o novo comportamento será encarado com desconfiança e prevenção, com forte tendência a ser rejeitado.

O respeito pelo passado ou a tradição, outro grande óbice à mudança social, representa um apego sentimental das pessoas ao antigo, ao tradicional, mesmo quando não apresenta nenhuma funcionalidade no presente.

Na apreciação sociológica do familismo, a origem histórica serve para esclarecer este instituto, é verdade, mas para evidenciar a funcionalidade na sociedade moderna assume papel secundário. O que importa é verificar nos dias de hoje sua funcionalidade estrutural para a sociedade. Desempenha um papel significativo na satisfação das necessidades sociais? E até que ponto os grupos sociais são, positivamente, favorecidos pelas redes de parentesco?

A família no mundo ocidental ao longo da história sofreu profundas transformações, que se acentuam cada vez mais. Todavia,

⁵⁷ Pascal, *Fragmentos de um tratado do vácuo*, em: *O pensamento vivo de Pascal*, p. 31.

muitos dos aspectos que a caracterizaram em períodos mais recuados, permanecem inalterados ainda hoje. Algumas dessas características, recebidas dos tempos antigos e que não parecem ajustar-se às circunstâncias sociais presentes, constituem o centro dos problemas com que se defronta a sociedade, especificamente, brasileira.

As distorções da família – conceitualizadas genericamente no familismo – se fazem sentir rápida e desastrosamente. As vantagens facilmente adquiridas, os favorecimentos ilegítimos, o nepotismo escrachado – servidos pelo conduto do familismo – quebram a energia das vontades, adormecem a iniciativa e habituam o favorecido à inércia improdutiva diante de energias que se atrofiam; um *tedium vitae*. É tão certo o marasmo advindo das facilidades nepóticas, que se aplica aquele velho anexim devidamente adaptado às coisas do espírito: pai rico, filho nobre, neto pobre (orgulhoso e estúpido). Eis o ciclo que se perpetua alimentado pelo subsistema do familismo. É uma tendência inata ao ser humano proteger os seus iguais, corrompida geometricamente nos nepotes. A propósito, lembro-me de uma passagem de Diderot em seu famoso diálogo *O sobrinho de Rameau* (p. 78): “Os talentos não se transmitem como a nobreza, que é transmissível e cuja celebridade aumenta passando do avô ao pai, do pai ao filho, do filho ao neto, sem que o antepassado outorgue qualquer mérito ao descendente. **A velha cepa se ramifica num enorme caule de idiotas...**”, com mãos largas e imaginação curta, do berço à cova.

Vemos tal espetáculo retratado nos versos de Emerson:

“Curse, if thou wilt, thy sires,
Bad husbands of their fires
Who when they gave thee breath
Failed to bequeath
The needful sinew stark as once
The Baresark marrow to thy bones,
But left a legacy of ebbing veins,
Inconstant heat and nerveless reins –
Amid the Muses left thee deaf and dumb,
Amid the gladiators halt and numb”.

(“*Amaldiçoá, se queres, teus genitores,
Maus maridos de más esposas
Que ao te darem a vida
Deixaram de legar-te*”)

*A fibra antiga rija como outrora
Aos teus ossos a medula necessária,
Mas deixaram-te por legado veias decadentes,
Um ardor inconstante e entranhas sem energia -
Entre as Musas, deixaram-te surdo e mudo,
Entre os gladiadores, deixaram-te coxo e trôpego”.*

Privilégios e postos funcionais alcançados através da apadrinhagem e não do mérito pessoal, autoriza a acusação justíssima de que provêm do nada, são “aquisições” acidentais que não deitam raízes no agente e fica-lhe na posse porque nenhuma insatisfação individual ou coletiva mais incisiva contestou-lha. Tais benesses obtidas por estas vias tortuosas tendem no futuro, quando não no presente mesmo, a revelar o caráter e a qualidade do beneficiário: absolutamente negativo e desprezível. E isto porque, e aqui lembro as palavras de Jacques Maritain (1965:46), “tudo o que vem do nada tende por si ao nada”. O que o homem adquire por esforço próprio e merecimento é uma propriedade viva, permanente e firme, que não teme as conjunturas políticas ou administrativas, os estados de ânimo do dirigente ou governante de plantão, “nem os motins, nem as revoluções, nem o fogo, a tempestade, as bancarrotas, mas que se renova sempre, em qualquer lugar que esteja”.

Eis aí, portanto, a recompensa desses beneficiários das facilidades administrativas: nada. Se aliarmos o princípio aceito por todos de que a Natureza não se conforma com o vácuo e que nenhuma faculdade humana foi criada sem finalidade, fica fácil concluir que o esforço e a inteligência são mecanismos não apenas úteis, mas necessários ao desenvolvimento humano e social. A vida é uma batalha – que não se apieda dos apáticos, indiferentes, pusilânimes, parasitas etc. - na qual devemos mostrar nosso valor.

Do esmorecimento das energias sai o parasitismo, agarrado com suas ventosas e colchetes, para sobreviver, à famigerada rede protetora da apadrinhagem. O favorecido consome o tempo a mendigar ou a articular novas e mais ricas vantagens com seus tentáculos cobiçosos, molemente recostado nas facilidades do familismo - cada prazer da fortuna traz consigo a insaciedade, dizia antigo escritor nativo. O trabalho profícuo (e orgânico) para ele perde inteiramente valor e passa a ser uma indignidade, pois, afinal, enquanto a fonte de padrinhos

permanecer jorrando⁵⁸, enquanto os braços não perderem o falso brilho que seduz (nem tudo que reluz é ouro, diz velho e sábio ditério popular), enquanto a troca de favores for cavalheirescamente respeitada, nada há com que se preocupar. A vida, enfim, se oferece sem suor, como gozava Adão antes do pecado, mas com sangue alheio, acepipe precioso aos parasitas.

É a mais pura e genuína verdade: as gotas de suor do povo sofrido e esquecido se transformam em pingos de ouro para uma casta diminuta e privilegiada de aventureiros, que procura seu bem-estar às expensas e a despeito do trabalho dos outros. Parecem forjadas de um barro mais puro, mas, na verdade, são criaturas indolentes, a quem a *struggle for life* repugna e que se enchem de facilidades e privilégios sem escrúpulos ou moral certa. Ou nas palavras de Afonso Arinos de Melo Franco⁵⁹: sanguessugas do Estado que devoram os gozos da vida e arrotam o sofrimento dos humildes. Nenhuma consciência orienta suas vidas, nenhum ideal ou aspiração superior, senão a avidez do poder, de dignidade social e de honras.

A concorrência livre e saudável, sem auxílios artificiais e desleais, tendo como critério a capacidade e mérito de cada indivíduo constitui, positivamente, a bela luta pela vida, uma justa força selecionadora a agir na sociedade humana, responsável na natureza animal pela harmonia que tanto enche e seduz o olho humano (o homem apresenta uma “insaciável exigência de harmonia”, segundo Emerson). Mas no meio humano, de acordo com Alberto Torres (1978:42), a simpatia, a preferência, o espírito de classe e o coleguismo; confraternidades de toda a espécie – para não falar do nepotismo e de mais baixas formas de solidariedade – criam hierarquias, vantagens, superioridades e subalternidades, *que deslocam, se não neutralizam, completamente*, critérios e estalões da concorrência e do êxito.

A luta no trabalho e na indústria, superando a luta por facilidades, gera efeitos práticos inarráveis: extinção dos privilégios de casta, diminuição dos parasitas da sociedade, aproximação dos grupos sociais, aumento do número dos que trabalham, criando vínculos de elevada solidariedade com os seus iguais. E esta perspectiva possibilita que as condições de êxito social sejam, dada a igualdade das capacidades, iguais para todos, numa nova atitude psicológica e psico-social dos indivíduos em relação à coletividade.

⁵⁸ O rifão popular, *quem tem padrinho não morre pagão*, é, entre nós, filosofia bem fundada.

⁵⁹ *Pela liberdade de imprensa*, p. 106.

Mais uma vez sugere Alberto Torres que com o desenvolvimento da ambição, fundada no trabalho, apura-se o zelo pela sorte da família (não o degenerado familismo): o sentimento humano – disperso, até então, por toda espécie de crenças – torna-se objetivo, concentrando-se nos laços das afeições reais: o amor vai absorvendo a fé; a divindade vivifica-se nas diversas formas do ideal, que, para as almas mais simples, se resume no problema da sorte dos filhos. Enfim, às seduções de aventura sucede a ambição de segurança, de tranquilidade, de paz, bases únicas do trabalho contínuo e previdente. A dignidade do esforço próprio é uma das grandes molas da efetivação democrática e criadora de solidariedade orgânica, conclusão a que todos chegam sem muita dificuldade.

No meio irracional, em que não há moral nem ética, onde predomina o instinto puro e simplesmente, o recurso às “artimanhas”, “ardis”, “desvios de astúcia”, não merece recriminação nem exprobração. É o reino da amoralidade, da “inocência universal”, onde não há mérito nem demérito. Entre os homens, entretanto, agentes morais por definição, os atos e comportamentos devem obedecer a uma escala de legitimidade moral e social, uma espécie complexa de judicatura ética⁶⁰. No mundo animal irracional, a regra é o emprego de todos os meios para a consecução dos fins sob o influxo de uma necessidade interna alimentada pelo determinismo do meio externo; no mundo humano racional dá-se o contrário. O homem pode guiar sua vontade pelo intelecto, fazendo o que este afirmar ser direito e reto, não sendo apenas um peão no tabuleiro de xadrez das forças sociais ou familísticas. Por isso é que o favoritismo e o nepotismo, como exceções ilegítimas à regra, devem ser impiedosamente atacados e eliminados. Combater essa tendência hereditária vale por curar uma forma de paralisia social.

Não há lugar para louvores ou censuras num mundo inteiramente determinista. Os animais inferiores ao homem, diz Lombardi, postos diante de um bem sensível proporcionado às suas exigências, não podem deixar de tender para ele, a

⁶⁰ A moral orienta o pensamento e determina a direção da ação. E o ser humano é dentro de sua consciência e no domínio do seu ser, uma unidade equilibrada pela razão, devendo encontrar nela a regra de sua conduta.

menos que um outro estímulo sensível mais intenso neutralize a primeira atração (*O homem e a história*, p. 155). É o determinismo sensitivo, o *apetitus naturalis* – segundo São Tomás de Aquino. O homem, entretanto, apresenta a capacidade de resistir aos estímulos sensíveis e renunciar livremente àquilo que antecipadamente sabe ser incapaz de saciá-lo. Ao *apetitus naturalis* – apetite sensitivo – junta-se o apetite intelectual. É a vontade.

Em sua *Autobiografia*, o destacado filósofo inglês John Stuart Mill revela o seu desejo no tempo (futuro) em que a sociedade não mais será dividida em duas classes: a dos indolentes e a dos operosos; e em que a divisão do produto do trabalho, ao invés de depender de circunstâncias de nascimento, como se dá, em grande parte, será feita de acordo com um rigoroso espírito de justiça⁶¹. Por esta época Mill lutava com um problema muito nosso conhecido: o problema da **pobreza imerecida** e, igualmente, da **riqueza imerecida**.

Na ebríez das conquistas facilitadas ceva-se o mérito de muitos tolos. É um tipo de gente que cobiça muito “mais a fortuna e o saber obtidos a golpe de sorte e de audácia, do que o saber e a fortuna que se constroem pela constância no estudo ou no trabalho”. Talvez até tenham inventado o adágio popular que diz ser o dinheiro dos trouxas patrimônio dos sábidos. Há um exemplo muito interessante dado por Vianna Moog que esclarece bem a pouca dignificação do trabalho e do esforço entre nós. Há um catedrático que não trabalha - conta-nos ele -, que passa meses sem cuidar de sua cadeira, e outro que é pura dedicação ao trabalho e ataca todos os pontos do seu programa com um sentido prático? Entre os dois, é frequente não hesitarmos, preferindo o que não trabalha. A presunção geral é que o que não trabalha é culto, e não o outro. Saber, fama e fortuna à custa de esforços práticos não nos inspiram, em regra, grande respeito. O que realmente admiramos não é a cultura em ação, mas a cultura e o saber em disponibilidade. Desde o momento em que a cultura entra em ação e vai ser posta à prova, deixando de ser mero devanear no infinito incorpóreo da imaginação para descer ao mundo da ação, que o tempo e a experiência e as circunstâncias devem demarcar, começa a

⁶¹ *Apud* S. E. Frost Jr., *Basic teachings of the great philosophers*, p. 206.

deterioração da sua respeitabilidade, porque o que realmente se quer é que a cultura seja estática e abstrata e não dinâmica e prática (*Ob. cit.*, 1964:146).

E a consciência? E a virtude? Qual nada! Face às facilidades da vida, no reino das forças cegas, são relegadas a segundo plano, não entrando na craveira de prioridades e cogitações. Usam essas palavras com o mesmo automatismo de um homem ao cumprimentar outro com um “bom dia”. Vão além, desdenham da possibilidade de aperfeiçoamento moral do homem e fazem pouco caso das barreiras éticas. Não há arrepios de consciência nem remorsos. Tudo flui debaixo do caudaloso rio da conveniência, onde as consciências são penteadas e mundificadas, e as virtudes convenientemente esquecidas como que mergulhadas nas águas do lendário rio Estige. De que importa ser condenado por meia dúzia de moralistas se a multidão e o sucesso ditam a absolvição. Os fins justificam os meios. Rastejar, aviltar-se, prostituir-se é nada diante dos convenientes fins alcançáveis. Os seres humanos são feitos da frágil argila, que sob os efeitos das paixões e conveniências do momento se desfaz em lama.

E quanto aos princípios? Só dois têm importância no horizonte restrito do beneficiário: o princípio da subserviência ou aderência e do puxa-saquismo. Pelo lado dos beneficiadores: o princípio da autoridade. Os demais... pura perda de tempo; filosofices de quem não tem nada melhor para fazer ou perde seu tempo espiolhando bizantinices⁶². No corpo dessa equação de princípios da conveniência não entra de forma alguma a ingratidão e a insubordinação (consubstanciada esta última, num leve altear de voz ou no peso de alguns adjetivos mal alinhados). Incidir em tais erros significa a danação do beneficiário, a desautoração, sem contemporização ou compaixão. É como se diz, o diabo tem uma capa com que cobre e outra com que descobre. A benevolência do beneficiador segue a todos que lhe devotam um silêncio acariciador, lisonjeiro, cúmplice. São regras fixas de um jogo implacável - a política do meio-termo, da moderação, que faz as delícias da mentalidade conservadora -, uma gangorra em que cada participante sabe exatamente o lugar que lhe cabe, a postura a assumir e o peso a aplicar no sobe-e-desce das conveniências.

⁶² Imagine se fôssemos adiante em nossa ousadia filosófica e falássemos sobre o amor à verdade, o amor ao bem e o amor à beleza, seria o mesmo que pedir um desconto no passe de internamento num manicômio. O ruído do escárnio ecoaria em nosso rosto!

O beneficiador é, num sistema de ajuda mútua, o outorgador de títulos, honrarias e privilégios a outros homens, o manancial, por assim dizer, da distinção. É, pois, o ápice de um sistema de classes, assim como de um sistema de poder. Faz-se respeitar pelas intrigas que estimula, em cuja urdidura alcança o êxito provisório da chefia gerencial de uma organização administrativa. É mestre em “cochicho”, fazendo lavrar entre os subordinados ódios e desavenças, fortalecendo-lhe a dominância pela secular máxima romana do *divide et impera*.

O que vai dito não difere muito da crítica de Emerson sobre os métodos praticados em seu tempo na busca de progresso e desenvolvimento individual. Tem o jovem talento e virtude?, indagava o sábio americano para uma platéia atenta. Então menos ainda progredirá, e, se progredir, deverá sacrificar todos os sonhos brilhantes da sua juventude e mocidade, como se fossem ilusões; deverá esquecer as preces da sua infância; e deverá tomar sobre si o arreio da rotina e da obsequiosidade⁶³.

Esses beneficiários dos privilégios, das exceções e do favoritismo lembram, em tudo e por tudo, os antigos mazombos coloniais⁶⁴, podendo-se afirmar, sem receio de equívoco, que são seus herdeiros diretos, na medida em que continuam a conceber a vida patriarcalmente, “ao jeito de autênticos patrícios à espera de novos privilégios”. A propósito do assunto, preciosa é a lição de Vianna Moog (1964:117):

“O mazombo não era pela igualdade política e muito menos pela igualdade social. Era antes, rasgadamente, pelo privilégio, contanto, naturalmente, que o privilégio fosse para ele. Sim, com o mazombo tudo era diferente. Com que tranquilidade pleiteava e aceitava o privilégio e a exceção! Que se não concedesse aos outros o que ele desejava, que contra os outros se invocassem as leis e os regulamentos, estava certo. Mas que nas vírgulas das escrituras se enredassem com ele, filho de senhor de engenho ou neto de bandeirantes, só por pirraça ou

⁶³ Extrato de uma conferência feita em Boston, a 25 de janeiro de 1841.

⁶⁴ Os mazombos eram filhos de portugueses nascidos no Brasil. Categoria social a que ninguém de bom grado gostava de pertencer e que era tratada pela gente reinol como “açúcar da pior espécie”, em alusão às suas origens dos engenhos do Brasil. Dentre as qualidades desta espécie estava o desamor ao lugar e à comunidade em que vivia. Somente tinham em alta conta os seus próprios interesses, na defesa dos quais moviam céu e terra, lisonjeando, transigindo e corrompendo.

provocação farisaica. Então não sabiam que tudo aquilo que lhe dessem ou concedessem estaria sempre aquém daquilo a que ele aspirava pelo favor que fazia de viver entre mestiços e botocudos? A vida para ele, filho de algo, devia ser uma soma de direitos e de privilégios; nunca uma soma de trabalhos, responsabilidades e deveres.

E aí de quem lhe negasse o que pleiteava! Ficava tomado de ódio e de ressentimento, um ressentimento tanto mais terrível para o seu equilíbrio emocional quanto acabava refluindo contra ele mesmo. E porque desaprendera a discriminar, sofria intensamente, assim pelos grandes como pelos pequenos motivos, e às vezes mais pelos pequenos do que pelos grandes. Gozando pouco com o que se lhe dava, sofrendo intensamente pelo que se lhe recusava, só de uma coisa não era capaz o mazombo: de alegrar-se com o trabalho.

Trabalhar?! Bem, quer dizer... Isto dependia. Se se tratasse de uma simples sinecura, com dinheiro certo para receber no fim do mês, à maneira de uma pensão vitalícia, muito bem. Na impossibilidade de uma mina de ouro, de um chefe ou de um protetor providencial, de uma concessão do governo para arrendar a terceiros, de uma advocacia administrativa graças à amizade de um ministro de Estado, não haveria fugir à sinecura. Nada, porém, que implicasse ter de trabalhar regularmente e organicamente, ou o que é pior, ter de confessar algum esforço às pessoas de suas relações, que trabalho duro foi feito para negro. Ademais, que vantagem ganhar a vida trabalhando honestamente? Onde o golpe, a mina de ouro?"

José de Alencar, no livro *Guerra dos mascates* (p. 106), revela a origem do vocábulo *mazombo*. Diz ele: "*Mazombo* era o título popular que tinham naquela época os principais, entre os nobres pernambucanos. A história, que nos conservou o vocábulo, hoje caduco, descuidou-se de transmitir a origem; de modo que, a não ser o precioso manuscrito desta crônica, não poderia o Instituto Histórico, apesar de profundas e sábias investigações, assentar opinião segura em tão escabroso assunto.

Tinha a destruição dos Palmares divulgado boa cópia de nomes africanos, empregados pelos negros na sua república. Zambi chamavam ao cabo supremo, a quem todos obedeciam; e muzambi, eram os grandes oficiais, do serviço do maioral, e

seus ministros.

Por desprezo, entraram os mercadores portugueses a alcunharem os nobres pemambucanos de *mazombos*, como para inculcá-los de cabecilhas de negros, querendo com isso lançar-lhes o labéu de gente de cor. É peço esse de nossos irmãos, que mais tarde inventaram com a mesma intenção o epíteto afrontoso de *pé-de-cabra*'.

Espantoso! O quadro pintado por Moog é uma descrição palpitante da realidade atual do país. Há engano nisso? Há má-fé ou maledicência? Exagero? Não. Nada de ilusões, o encaixe é perfeito à realidade vivida entre nós; parece feito sob encomenda para ilustrar a nossa abordagem e rasgar novos horizontes no questionamento inquietante sobre o caráter nacional. E isso nos leva a uma conclusão desoladora: muita pouca coisa mudou neste país, em termos sociais e morais, pois continuamos a ter uma fauna social composta por estes exemplares humanos, enamorados do prestígio das posições ("assaltantes de posições", na impiedosa terminologia adotada por Alberto Torres), espetacularmente aboletados no serviço público, com uma afeição egoísta aos privilégios que não se importam de justificar pelas virtudes de ciência, coragem e talento.

Não sem razão, Alberto Torres tinha como certo, que os países de origem colonial têm por móvel psíquico de formação a cobiça desordenada de aventureiros. Tanto a cobiça quanto os aventureiros ainda vagueiam, como almas penadas, entre nós, em busca do privilégio, da facilidade, da riqueza rápida e da fama. E enquanto estes bens não chegam, ou chegam em doses insuficientes, eles vão apurando a astúcia, o poder de sedução, a arte de fazer amigos e não criar desafetos. Segundo o mesmo Alberto Torres, esses hábitos perduram enquanto permanecem as condições sociais que os alimentam.

Observando-se o Brasil de hoje, escreve Caio Prado Júnior, o que salta à vista é um organismo em franca e ativa transformação e que não se sedimentou ainda em linhas definidas; que não *tomou forma*. É verdade que em alguns setores aquela transformação já é profunda e é diante de elementos própria e positivamente novos que nos encontramos. Mas isto, apesar de tudo, é excepcional. Na maior parte dos exemplos, *e no conjunto, em todo caso, atrás daquelas transformações que às vezes nos podem iludir, sente-se a presença de uma realidade já muito antiga*

*que até nos admira de aí achar e que não é senão aquele passado colonial*⁶⁵.

São dois Brasis: um arcaico, outro moderno. Fenômeno também percebido e referido por Jacques Lambert:

“No próprio interior do Brasil, apresenta-se de maneira bastante acusada a mesma diferença que separa um país novo e próspero, de um velho país colonial e miserável, diferença observada no plano internacional, por exemplo, entre os países novos do Prata e as velhas sociedades coloniais da América andina. O Brasil reproduz em seu seio os contrastes do mundo: nele encontramos aspectos que lembram os de Nova Iorque ou Chicago, ao lado de outros que evocam os da Índia e do Egito”⁶⁶.

No Brasil, há menos uma estratificação de classes sociais e mais uma justaposição de épocas históricas diversas, no dizer de Pedro Calmon. Há uma convivência de fragmentos do passado com o presente, sob o impulso para o futuro. Não é de espantar, portanto, que na sociologia de Gilberto Freyre esteja presente o desejo permanente de caracterizar o Brasil como uma reunião de elementos antagônicos e harmonização dos contrastes. “Considerada de modo geral, a formação brasileira tem sido (...) um processo de equilíbrio de antagonismos. Antagonismos de economia e de cultura. A cultura européia e a indígena. A européia e a africana. A africana e a indígena. A economia agrária e a pastoril. A agrária e a mineira. O católico e o herege. O jesuíta e o fazendeiro. O bandeirante e o senhor de engenho. O paulista e o emboaba. O pernambucano e o mascate. O grande proprietário e o paria. O bacharel e o analfabeto. Mas predominando sobre todos os antagonismos, o mais geral e o mais profundo: o senhor e o escravo”⁶⁷.

É... Muitos reféns (ou *vítimas inconscientes*) dessa herança cultural do passado colonial buscam se proteger debaixo das asas da

⁶⁵ *Formação do Brasil contemporâneo*, p. 11.

⁶⁶ Jacques Lambert, *Le Brésil*, Librairie Armand Colin, Paris, 1953, p. 64.

⁶⁷ Gilberto Freyre, *Apud* Roger Bastide, *Brasil, terra de contrastes*, p. 11.

afilhadagem. Primeiro, por não ter outra fonte de inspiração para uma conduta moral mais elevada⁶⁸ - como já dito, a rede de parentes é tudo que têm; segundo, por saberem que quem tiver padrinho fará o que quiser, sem precisar recorrer às sutilezas da pecúnia ou, pior ainda, do trabalho extenuante. É um salvo-conduto contrabandeado contra as dificuldades da vida. *The cat would eat fish and would not wet her feet* - o gato quer comer o peixe sem molhar as patas.

E os apadrinhados como não obtiveram a vantagem funcional por trabalho e mérito próprios, educados que foram na ignorância do esforço, cultivam o ócio e o aplicam em afazeres mais proveitosos que o trabalho, como nas articulações políticas. E o efeito contagiante dessa prática (diria *círculo vicioso*) salta, por assim dizer, aos olhos, num óbvio processo de "bola de neve". O behaviorismo nos legou uma acertada sentença: a de que as pessoas habitualmente tendem a fazer aquilo que são recompensadas por fazerem e não aquilo por que são punidas. Desse modo, se o trabalho é absorvente e não retribui em vantagens o tempo e o esforço despendidos, e se somente o jogo político alimentado pelo ócio do favorito garante futuras e mais gratas conquistas funcionais, então é melhor negócio por o trabalho em segundo plano - desincumbindo-se dele de forma burocrática e nada criativa - e trilhar a senda que rende frutos imediatos e recompensadores. Afinal para quê esgotar esforços que irão se perder, anônimos e invisíveis, no ventre corrupto da politiquice institucional? O resultado de tudo isso: perda de valores intelectuais com desastrosa influência de incapazes, cujos zurros e intrigas congestionam os corredores das repartições⁶⁹.

Assim, por contraste, o trabalho puro passa a ser visto com indignidade e desprezo, em função da degradação de um modo de vida antes tido em alta conta, mas desvalorizado ao impacto do espírito predatório de uma minoria privilegiada. Uma coisa exclui a outra: a admiração pelo trabalho predatório pelos frutos imediatos e facilitados que rende, impede a valorização do trabalho orgânico e produtivo. Cria-se, então, um quisto ocioso dentro da organização

⁶⁸ No exemplo do pai ou do avô? - indaga Vianna Moog, *ob. cit.*, p. 119. Como este exemplo é o único que lhe sobe à mente, aplica-se o lema do americano tradicionalista: "O que foi bom para o meu avô e para o meu pai deve ser bom também para mim". Sentença que o acompanhará pela vida guiando-lhe as vistas míopes e traçando-lhe as pegadas a seguir.

⁶⁹ Se nós fizéssemos calar todos os acusacristos, os tolos com fumaças de autoridade, os ridículos vaidosos com plumagem de pavão real, reinaria nesta terra um silêncio sepulcral.

administrativa cuja tendência é inchar sempre e cada vez mais, pelo afluxo de novos adeptos à prática predatória de benesses sociais, sem trabalhar.

É interessante observar o efeito contagioso dessa prática predatória. Os elementos, para não dizer os grupos, que assim se comportam despertam velhas atitudes de admiração pela força pessoal e pela esperteza raposina. Aos olhos da sociedade, ou mais restritamente dos demais agentes da organização administrativa, os indivíduos ou grupos são ainda mais dignos de admiração e temor pelos golpes de fortuna que protagonizam, enredando, intrigando e vitoriando em suas pretensões não convencionais. E essa admiração leva à prática da imitação, do proselitismo.

Na verdade, aqueles que se dedicam ao trabalho e vêm nele uma forma de ascensão social, tendem à insubmissão e ao ressentimento quando a aspiração não se concretiza diante dos favorecimentos nepóticos. Os grupos que ficam em uma posição de menos oportunidade ou de inferioridade social, diz MacIver, tendem a desenvolver, máxime em épocas de transição social rápida, ressentimento contra o exclusivismo da maioria dominante. Este estado de ânimo transforma-se em rebeldia contra toda a ordem social, assim como contra a autoridade que a sustenta. Quando isto se dá, perdem o respeito pela lei e mostram-se dispostos a violá-la em qualquer oportunidade⁷⁰.

Um grupo ou uma classe que se julgue excluída das oportunidades e vantagens de que outras classes injustamente desfrutam, passa a olhar rancorosamente o Estado, ou mais restritamente, a organização administrativa respectiva, como um poder estranho, um mero órgão de interesses dominantes.

Os princípios que regulam a nossa conduta perante a vida são semelhantes ao processo de adaptação dos organismos vivos. Através deste processo, as atividades fisiológicas se orientam, mecânica e inconscientemente, para o ponto de maior viabilidade de conservação da vida, do indivíduo ou da espécie. Os nossos atos, juízos e idéias, de modo equivalente, se orientam no sentido de melhor preservar a vida. Por este sucinto esquema, vemos o efeito maléfico que exerce sobre as consciências individuais a prática indecorosa do familismo, obrigando os indivíduos, por uma questão de sobrevivência funcional-

⁷⁰ *The Web of Government*, p. 83.

administrativa, a se adaptar às suas regras.

Recusado sucessivas vezes em promoção interna em determinada empresa, um executivo observa: Conforme já lhe disse antes, atrasei-me três anos na empresa por ter entrado na lista negra de alguém. Estou ficando mais experimentado e mais vivo sobre estas coisas. Eu sempre dizia aquilo que julgava que devia dizer, mas agora imagino que a empresa quer outras coisas de mim; por isso, **agirei como eles desejam. Não quero mais ser passado para trás**⁷¹.

Não podemos nos afastar de uma funesta conclusão: de que muitos carregam as correias às costas, com religiosa abnegação e sem descanso, para alguns poucos privilegiados se refestelarem gostosamente no doce vaivém das comodidades. Ao ônus do trabalho não vêem os bônus da recompensa. Há, portanto, um misto de desencanto e injustiça, que alimenta a dúvida persistente sobre o efetivo valor do trabalho, do aperfeiçoamento intelectual e da dedicação messiânica aos fins institucionais de determinada organização administrativa.

Somos capazes de um esforço rigoroso na busca de soluções? Teremos a inteligência e a energia necessárias para nos desvencilhar de velhos hábitos que nos são agradáveis e cômodos, por um lado, mas impedem a livre evolução da sociedade? Onde encontrar energia para superar os obstáculos e limá-los? A fé nesta possibilidade e neste esforço concentrado para as necessárias reformulações não conhece limites na alma piedosa dos reformistas.

5. Conclusão

Aderir a inovações no campo do familismo é muito difícil, não porque a cultura brasileira seja infensa a mudanças. Não. O problema é que o beneficiário do patronato ao por na balança da conveniência as vantagens e desvantagens de eventual abandono desta prática tradicional em confronto com a livre competição, vê os prejuízos de uma adesão definitiva e retorna ao regaço protetor da apadrinhagem, onde as

⁷¹ Paul R. Lawrence, *apud* Joseph H. Litterer, *Análise das organizações*, p. 326.

vantagens continuam sendo maiores e certas, sem o contraponto do esforço árduo. O nosso espírito propende para o menor esforço e se há um hábito a impulsioná-lo, a facilidade para aderir à lei do mínimo esforço aumenta. A mudança comportamental fica, por isso, a meio caminho da adesão: na fase de experimentação.

A mudança histórica ou social depende de dois fatores: 1- existência de um ambiente social estimulador do pensamento individual; 2- que as inovações e mudanças realizadas por alguns indivíduos, ou até mesmo as críticas desfechadas contra antigos modos coletivos, sejam aceitas favoravelmente e com facilidade, com predominância de uma atitude em prol das mudanças progressistas. A combinação desses dois fatores dá uma idéia aproximada da atitude preponderante no grupo ou na sociedade relativamente à mudança.

Quando um estado social, mesmo que contraproducente, resiste um certo tempo, as pessoas maleáveis não tardam em adaptar-se: por uma espécie de perversão dos instintos sociais elas acabam por ter necessidade deste estado de coisas tal como se ele fosse normal e natural.

De uma coisa, entretanto, os cientistas sociais não têm dúvida: a tradição e a ligação à família são encarados como obstáculos para a modernidade e o desenvolvimento, embora estes fatores variem de um contexto para outro. E como tais vícios estão ligados à infância do indivíduo, assim como à infância histórica do povo, fica difícil elaborar um esquema científico capaz de desenvolver um senso moral, um espírito equilibrado e justo, em sua forma individual e coletiva. Em verdade, como a sociedade atual só se tem ocupado de valores materiais, desprezando os problemas humanos mais importantes, há uma relativa ignorância sobre as condições reais de desenvolvimento de certas atividades não-intelectuais, como o senso moral – que é tão indispensável quanto o sentido da vista ou do ouvido, pois o hábito de distinguir o bem do mal deve ter a mesma nitidez da distinção entre luz e obscuridade, ou silêncio e barulho.

O protecionismo, o favoritismo e o privilégio, como símbolos da gênese primitiva de nosso passado colonial, romantizados até na nossa literatura⁷², a despeito de movimentos sociais contrários que tentam substituir essas revelhas imagens por outras mais adequadas

⁷² Exemplo é o personagem José Dias, da obra *Dom Casmurro*, de Machado de Assis, que quintessencia o apego ao passado, a despreocupação com os aspectos morais da vida e o desprezo pela dignidade do trabalho.

aos novos tempos, ainda continuam a vigorar por toda parte com um sensível raio de influência. O móvel psíquico de nossos ancestrais foi incorporado à imaginação popular e à cultura brasileira, habituando as inteligências a trazerem à mão o livro das graças, das esmolas e da pedincha, em lugar do esforço próprio, do trabalho e da produção. Tudo resulta numa sociedade, cuja estrutura pesada resta impregnada de alguns erros do passado.

Não obstante a dificuldade em modificar parâmetros mentais adquiridos na infância, somos, em certa medida, senhores de algumas ações voluntárias. Por esforço próprio podemos modificar nossos hábitos de pensamento e de vida. Esta renovação individual é um tributário indispensável no imenso caudal da reforma das instituições. Não é, como se diz, no tumulto da praça pública que as revoluções começam, mas no íntimo do coração dos homens.

As inovações, os novos hábitos, os novos matizes comportamentais, como contribuições individuais, tendem com o tempo a interferir e se combinar com os modos coletivos degenerados e preexistentes. Essas contribuições inovadoras, embora sendo obra individual, podem inviscerar-se na sociedade e incorporar-se ao uso anterior, modificando-o.

Não custa sonhar. Acreditar que através do sonho pode-se alcançar a realidade idealizada, parece ingenuidade, mas se o sonho é coletivo, as possibilidades de concretizá-lo se multiplicam e passamos a ter o santo-e-senha para as ansiadas mudanças de comportamento; sempre é melhor acreditar na bondade natural do ser humano e em sua capacidade de aperfeiçoamento moral, fiando-se mais nas lições otimistas de Rousseau do que nas de Maquiavel; acreditar, enfim, que a vida pode se integrar num dever coletivo e não numa estéril busca de prazer, riqueza e mando. Esperemos e não nos apressemos, tudo vem a seu tempo e modo; e a vida nos ensina a ter paciência, a esperar que o fruto amadureça antes de sacudir o galho.

Referências bibliográficas

- BACON, Francis. (2002), *A sabedoria dos antigos*. São Paulo, Unesp.
- BALEEIRO, Aliomar. (1957), *A política e a mocidade*. Bahia, 7ª edição, Progresso.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder— formação do patronato político brasileiro*,

- FERREIRA**, Pinto. (1988), *Manual de sociologia e de pesquisa social*. 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense.
- GEORGE**, Pierre. (1975), *Population et peuplement*. Tradução de Inês Duarte Ferreira e Vera Fatcher Pereira, São Paulo, Difel.
- GOLDTHORPE**, J. E. *Sociologia do terceiro mundo – disparidade e desenvolvimento*, Zahar.
- KOENING**, Samuel. (1970), *Sociology - An Introduction to the Science of Society*. Tradução de Vera Borda, Rio de Janeiro, Zahar.
- LAMBERT**, Jacques. (1953), *Le Brésil*. Paris, Librairie Armand Colin.
- LAVIGNE**, Jacques. (1958), *L'Inquiétude humaine*. Tradução de Costa Maia, Porto, Asa.
- LITTERER**, Joseph A. (1977), *The analysis of organizations*. Tradução de Auriphebo B. Simões, 1ª edição, 2ª Tiragem, São Paulo, Atlas.
- MERCADANTE**, Paulo. (1980), *A consciência conservadora no Brasil*. 3ª edição, Rio de Janeiro, Topbooks.
- MONDIN**, Battista. (1980), *L'uomo: chi è? Elementi di antropologia filosofica*. Tradução de R. Leal Ferreira e M. A. S. Ferrari, 3ª Edição, São Paulo, Paulinas.
- MOUSNIER**, Roland. (1974), *As hierarquias sociais – de 1450 aos nossos dias*. Lisboa, Publicações Europa-América.
- SICHES**, Recásens. (1970), *Tratado General de Sociologia*, Vol. I. Tradução de João Baptista Coelho Aguiar, Porto Alegre, Globo.
- TREDGOLD**, R. F. (1965), *Relações humanas na indústria moderna*. Rio de Janeiro, Zahar.

Terras indígenas e a súmula 650 do STF

Roberto Lemos dos Santos Filho *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Interpretação do entendimento sumular. 3. Conclusão.

1. Introdução

Há pouco mais de dois anos o Egrégio Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 650 que enuncia: “os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto” (Diário da Justiça da União de 09 de outubro de 2003, p. 3).

2. Interpretação do entendimento sumular

Essa Súmula foi veiculada em razão de provocações da Suprema Corte para pronunciamento acerca de eventual interesse da União Federal na solução de ações de usucapião em terras situadas nos Municípios de Guarulhos e de Santo André, no estado de São Paulo, em vista do disposto no art. 1º, alínea “h”, do Decreto-Lei nº 9.760/1946¹.

Em diversas ações de usucapião relacionadas a terras situadas em Guarulhos-SP e Santos André-SP, a União sustentava possuir interesse na solução do litígio, ao argumento de que a área usucapienda estava encravada em antigo aldeamento indígena, tratando-se, portanto, de bem da União, a teor do disposto no Decreto-Lei nº 9.760/1946, e no art. 20,

* Mestre em Direito pela Universidade Católica de Santos-SP; Juiz Federal Titular da 1ª Vara Bauru-SP.

¹ Decreto-Lei nº 9.760/1946: “art. 1º Incluem-se entre os bens imóveis da União: h) os terrenos dos extintos aldeamentos de índios e das colônias militares, que não tenham passado, legalmente, para o domínio dos Estados, Municípios ou particulares;”

incisos I e XI, da Constituição.

Ocorre que a jurisprudência predominante do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e do Superior Tribunal de Justiça, já estava assentado que o Decreto-Lei nº 9.760, onde arrolados exaustivamente os bens da União, foi editado sob a égide da Constituição de 1.937, e não foi recepcionado pela Constituição de 1988, inexistindo, assim, interesse da União Federal no deslinde da ação de usucapião².

Assim, a Súmula 650 do Supremo Tribunal Federal teve apenas o condão de cristalizar em definitivo os entendimentos estampados em inúmeros julgados proferidos pelos Colendos Tribunal Regional Federal da 3ª Região e Superior Tribunal de Justiça, especificamente quanto a inexistência de interesse da União em ações de usucapião em terras a que se refere o art. 1º, alínea "h", do Decreto nº 9.760/1946.

É necessário que os operadores do direito atentem ao fato de que aplicação da Súmula 650-STF deve ser realizada aos casos específicos a que ela tem relação, vale dizer, usucapião de terras indígenas a que se refere o Decreto-Lei nº 9.760/1946, não descurando das orientações constantes da Agenda 21 (ONU/Rio-1992), onde firmadas propostas para assegurar o desenvolvimento sustentável³, e determinada a

² Confira-se dentre outros: Recurso Especial nº 97.00216276/SP, Relator Ministro Nilson Naves, DJ 10.05.1999, pág. 164; Recurso Especial nº 97.00339491/SP, Relator Ministro Ruy rosado de Aguiar, DJ 06.04.1998, pág. 127; Resp. 97.00509915/SP, Relator Ministro Nilson Naves, DJ 21.06.1999, pág. 151.

³ Sobre a Agenda 21 (ONU/Rio-1992), assim discorre Antonio Augusto Cançado Trindade, *Direitos Humanos e Meio Ambiente. Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*, Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor 1993, pp. 102-103: "A Agenda 21 enfatiza, em suma, o atendimento das necessidades humanas básicas, com atenção especial à proteção e educação dos grupos vulneráveis e dos segmentos mais pobres da população, como pré-requisito para o desenvolvimento sustentável (capítulo 6 par. 18). A Agenda 21 manifesta a esperança de que, mediante a integração de considerações ambientais e desenvolvimentistas se logre a 'parceria global' – baseada nas premissas da resolução 44/228, de 1989, da Assembléia das Nações Unidas – de modo a atender as necessidades humanas básicas, melhor proteger e gerir os ecossistemas e aprimorar padrões de vida para todos (capítulo 1 par. 1-2)."

necessidade de proteção da terra indígena.

Também é imperiosa a necessidade da análise e da aplicação do entendimento sedimentado na Súmula 650-STF em conformidade com o disciplinado no art. 231 da Constituição de 1988⁴, bem como com o preconizado no art. 14, itens 1, 2 e 3 da Convenção 169 da OIT⁵ que versa sobre os direitos dos povos indígenas e tribais.

É preciso ter em mente, ademais, que o próprio Estado estimulou o apossamento de terras indígenas no intuito de expandir as fronteiras agrícolas, muitas vezes conferindo títulos de terras que desde o Alvará de 1º de abril de 1680 estavam destinadas à satisfação de direitos indígenas⁶. Não pode ser

⁴ Constituição de 1988, art. 231: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças, tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.”

⁵ Convenção 169/OIT, art. 14: “1. Dever-se-ão reconhecer aos povos indígenas e tribais direitos de propriedade e posse da terra que ocupam tradicionalmente. Além disso, nos casos devidos, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito desses povos de utilizar terras que não sejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais tradicionalmente tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dispensada especial atenção à situação de povos nômades e de agricultores itinerantes. 2. Os governos deverão adotar as medidas que se fizerem necessárias para demarcar as terras tradicionalmente ocupadas por esses povos e garantir a efetiva proteção de seus direitos de propriedade e posse. 3. Procedimentos adequados deverão ser instituídos, no âmbito do sistema jurídico nacional, para dar solução a reivindicações de terras por esses povos.”

⁶ Como assentou o Ministro Ilmar Galvão no voto proferido no mandado de segurança-STF nº 21.575-5/MS, onde discutido o alcance do comando contido no art. 231 da Constituição: “... forçoso é convir, careceria de legitimidade a alienação feita pela unidade federada, inaugurando a cadeia sucessória exibida pelos impetrantes, cuja desconsideração, por parte da FUNAI, estaria justificada não por eventual efeito desconstitutivo que se pudesse atribuir à norma constitucional, mas pela circunstância – nela declarada pelo próprio legislador constituinte, tal a importância por ele emprestada a tema anteriormente relegado a segundo plano – de serem públicas e federais ditas terras, conseqüentemente **res extra commercium**, insuscetível de alienação pelos governos estaduais e por particulares.”

olvidado, outrossim, o fato de a Constituição de 1988 ter reafirmado o indigenato, vale consignar, direito congênito aos índios sobre as terras que ocupam ou ocuparam, independente de título ou reconhecimento formal.

Como pondera Paulo de Bessa Antunes⁷:

“A Constituição de 1988 não criou novas áreas indígenas. Ao contrário, limitou-se a reconhecer as já existentes. Tal reconhecimento, contudo, não se cingiu às terras indígenas já demarcadas. As áreas demarcadas, evidentemente, não necessitavam do reconhecimento constitucional pois, ao nível da legislação infraconstitucional, já se encontravam afetadas aos povos indígenas. O que foi feito pela Constituição foi o reconhecimento de situações fáticas, isto é, a Lei Fundamental, independentemente de qualquer norma de menor hierarquia, fixou critérios capazes de possibilitar o reconhecimento jurídico das terras indígenas. Não se criou direito novo.

É preciso estar atento ao fato de que as terras indígenas foram pertencentes aos diversos grupos étnicos, em razão da incidência de direito originário, isto é, direito precedente e superior a qualquer outro que, eventualmente, se possa ter constituído sobre o território dos índios. A demarcação das terras tem única e exclusivamente a função de criar uma delimitação espacial da titularidade indígena e de opô-la a terceiros. A demarcação não é constitutiva. Aquilo que constitui o direito indígena sobre as suas terras é a própria presença indígena e a vinculação dos índios à terra, cujo reconhecimento foi efetuado pela Constituição Brasileira.”

Segundo Vicente Greco Filho⁸, a

⁷ Ação Civil Pública, Meio Ambiente e Terras Indígenas, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1998, p.171.

⁸ Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1996, 11ª edição, p. 369-371

uniformização de jurisprudência por intermédio de súmula visa o ideal de justiça igual para todos os casos que igualmente se subsumem à mesma norma legal, pois à ordem jurídica repugna que casos iguais sejam julgados de maneira diferente. Adverte o citado mestre que “a interpretação prévia, num caso determinado, ou abstraída de um caso determinado, corre o risco de ser irremediavelmente errada, tendo em vista a sua precipitação e falta de visão de todas as peculiaridades do problema”.

O art. 231 da Constituição assegura aos índios os direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam, sendo certo que essa expressão não designa ocupação imemorial⁹, terras ocupadas por índios desde tempos remotos. Tal expressão refere-se ao modo tradicionalmente utilizado pelos indígenas para ocupação e relacionamento com as terras. Segundo Marco Antônio Barbosa¹⁰:

“Visou o legislador constituinte deixar claro que o Estado brasileiro reconhece aos índios direitos territoriais preexistentes ao próprio Estado

⁹ De acordo com José Afonso da Silva, *in* Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 829-830: “*Terras tradicionalmente ocupadas* não revela aí uma relação temporal. Se recorrermos ao Alvará de 1º de abril de 1680 que reconhecia aos índios as terras que ocupavam no sertão, veremos que a expressão *ocupadas tradicionalmente* não significa ocupação imemorial. Não quer dizer, pois, terras imemorialmente ocupadas, ou seja: terras que eles estariam ocupando desde épocas remotas que já se perderam na memória e, assim, somente estas seriam as terras deles. Não se trata, absolutamente, de *posse* ou *prescrição imemorial*, como se a ocupação indígena nesta se legitimasse, e dela se originassem seus direitos sobre as terras, como uma forma de *usucapião imemorial*, do qual emanariam os direitos dos índios sobre as terras por eles ocupadas, porque isso, além do mais, é incompatível com o reconhecimento constitucional dos direitos originários sobre elas... O *tradicionalmente* refere-se, não a uma circunstância temporal, mas *ao modo tradicional* de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos pelo qual se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realize segundo seus usos, costumes e tradições.”

¹⁰ Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil. São Paulo: Editora Plêiade, 2001, p. 87-88.

brasileiro, por isso a utilização das expressões: reconhecidos e direitos originários.

E isso tem importância jurídica porque a nova Constituição brasileira admitiu que não é ela que veio atribuir esse direito, mas que ela simplesmente reconhece que tal direito já existia e que se trata de um direito originário, isto é, um direito anterior à própria formação do Estado brasileiro.

Nesse ponto também andou muito bem o legislador constituinte por diversas razões, dentre as quais destacaremos algumas que nos parecem as mais significativas:

1. Foi coerente jurídico-historicamente com a tradição do direito indigenista luso-brasileiro, que desde as leis portuguesas consagrou o indigenato, instituto jurídico através do qual se reconhece, no Brasil, direito congênito aos índios sobre as terras que ocupam, independentemente de título aquisitivo, não sujeito a legitimação e fora do sistema romanístico da posse e da propriedade, contemplado na legislação civil.

2. Muito embora, como dissemos, este direito já fosse consagrado aos índios desde as leis portuguesas para o Brasil e estivesse também assegurado na Constituição anterior, nela não vinha explícita a menção ao reconhecimento do direito originário sobre as terras ocupadas.

3. A nova formulação reforça a necessidade da aplicação constitucional e das leis, dentro da idéia de que o objetivo constitucional é o de proteger e garantir o território de um povo, com toda a amplitude que esses termos exigem (...)

5. Definidos nesses limites os preceitos da propriedade da União e do reconhecimento do direito originário dos índios sobre as terras que ocupam e afastada a falsa premissa anteriormente presente na legislação de que os povos indígenas eram transitórios e que deviam inexoravelmente desaparecer, soa falsa qualquer abordagem do tema sobre a propriedade da União e a posse indígena que, de algum modo, queira associar essas expressões ao sentido a elas empregado em qualquer outro ramo do direito, notadamente em

sua clássica utilização civilista.”

Redigida de forma pouco precisa, a Súmula 650-STF deve ser aplicada tão-somente às hipóteses a que ela se refere - usucapião de terras mencionadas no art. 1º, alínea “h”, do Decreto nº 9.760/1946 -, devendo os operadores do direito atentar para as peculiaridades e as circunstâncias constantes dos precedentes que embasaram a edição do enunciado, sob pena de violação ao disposto no art. 231 da Constituição e ao art. 14 da Convenção 169-OIT¹¹.

A proteção e garantia dos direitos assegurados aos grupos vulneráveis, entre os quais estão inseridos os indígenas, é a meta a ser alcançada por todos os que lutam pela efetividade dos direitos humanos, pelo que a Súmula 650-STF deve ser interpretada e aplicada nos estreitos limites dos precedentes que a orientaram. Importa trazer à reflexão as seguintes ponderações de Ana Valéria Araújo¹²:

“Se é verdade, portanto, que os juízes às vezes desfazem as leis, é também certo que é este mesmo Judiciário quem as consolida. Afinal, os direitos indígenas têm sido postos à prova e, pouco a pouco, vão conseguindo ganhar o respaldo judicial. Assegurar plena efetividade a esses direitos, porém, é ainda um desafio. Trata-se de um processo lento, que passa até mesmo pela educação de juízes quanto às modernas concepções do Direito, a ser

¹¹ Como observa Dalmo de Abreu Dallari em estudo publicado na Revista Informação Legislativa, Brasília, a 28, nº 111, julho-setembro de 1991, p. 320: “... é possível sustentar que os objetivos inspiradores do art. 14 da Convenção nº 169 da OIT são coincidentes com os que deram origem ao art. 231 da Constituição. E os efeitos de ambos são praticamente os mesmos, pois se é verdade que pelo fato de não serem proprietários os índios brasileiros não poderão dispor das terras que tradicionalmente ocupam é igualmente certo que também a União, embora proprietária, não tem o poder de disposição. E os grupos indígenas gozam permanentemente, e com toda a amplitude, dos direitos possessórios sobre essas terras.”

¹² Disponível em: <http://www.socioambiental.org/pib/portugues/direito/judic.shtm>, acesso em: 13.10.2005.

vencido dia após dia pelos próprios índios, suas organizações, pelo Ministério Público, advogados e todos os que atuam nessa questão”.

3. Conclusão

A Súmula 650-STF tem aplicabilidade limitada às ações de usucapião relativas às terras mencionadas no art. 1º, alínea “h”, do Decreto-Lei nº 9.760/1946. A incidência desse enunciado a hipóteses outras acarreta manifesta violação ao art. 231 da Constituição, ao art. 14 da Convenção 169-OIT, e às orientações da Agenda 21 (ONU-Rio/1992). O emprego da Súmula 650-STF a espécies não relacionadas a ações de usucapião de terras a que se refere o art. 1º, alínea “h”, do Decreto-Lei nº 9.760/1946, resulta inescusável afronta ao direito internacional dos direitos humanos.

Referências bibliográficas

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Ação Civil Pública, Meio Ambiente e Terras Indígenas*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

ARAÚJO, Ana Valéria. *Judiciário*, ISA – INSTITUTO SÓCIO AMBIENTAL, Disponível em: <http://www.socioambiental.org/pib/portugues/direito/judic.shtm>, acesso em: 13.10.2005.

BARBOSA, Marco Antonio. *Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil*, São Paulo: Editora Plêiade, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Reconhecimento e proteção dos direitos dos índios*. Revista Informação Legislativa, Brasília, a. 28, n. 111, julho/setembro 1991.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996, 11ª edição.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002, 21ª edição.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Direitos Humanos e Meio Ambiente. Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer

Lorena Silva de Albuquerque *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Tutela específica 3. As obrigações “de fazer” e “não fazer” e as alterações implementadas 4. Sincretismo processual e classificação das sentenças 5. Conclusão

1. Introdução

Uma nova abordagem do direito processual civil o visualiza como instrumento¹ da efetividade dos postulados do direito material. Esta teoria não retira do direito processual sua autonomia nem a sua importância, mas realça a necessidade da adequação de seus institutos à natureza das relações de direito material tuteladas em juízo. Uma dissociação destes ramos do direito prejudicaria o alcance rápido e efetivo dos resultados almejados.

No estudo desta adequação, muitas são as críticas (na verdade, constatações de falhas) ao nosso sistema processual, dentre as quais encontramos as relacionadas aos subterfúgios de que o devedor poderia se utilizar para postergar a efetivação das decisões judiciais, levando à morosidade do processo de execução. Na forma como estava disposto, em que era ainda mais provável que se alcançasse uma tardia prestação jurisdicional, especialmente nas obrigações de fazer e não fazer, que se resolviam, muitas vezes, numa tutela substitutiva através de perdas e danos, tendo em vista a insistência do devedor/réu em não cumprir a obrigação nos termos acordados e determinados pelo direito material.

Como conseqüência, tinha-se uma insatisfatória prestação da tutela jurisdicional, haja vista a demora de sua

* Bacharela em Direito, Analista Judiciário do Tribunal Regional Trabalho da 11ª Região, pós-graduanda em Direito Tributário pela Universidade Federal do Amazonas.

¹ Sobre o tema, de indubitável importância é a obra “A instrumentalidade do

incidência no mundo empírico e a obtenção de um resultado não específico, fosse a obrigação fungível ou infungível.

Neste processo de busca pela adequação do direito processual civil a estas obrigações, conjugado com o anseio de rápida solução do litígio e alcance da efetividade da prestação jurisdicional, a Lei nº 8.952/94, seguindo a linha do Código de Defesa do Consumidor, alterou a redação do art. 461 do Código de Processo Civil, que determina que na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer, o juiz concederá tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Eis o fundamento da tutela específica no sistema processual civil brasileiro.

2. Tutela específica

Na atualidade, um dos grandes anseios em relação ao processo civil é o alcance de efetividade da prestação jurisdicional. Busca-se uma tutela célere, efetiva e, assim, satisfatória.

A inafastabilidade da prestação jurisdicional, prevista no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, deve ser analisada como a garantia de uma efetiva prestação jurisdicional, o que não se coaduna com mero acesso formal. A simples prolação de sentença não garante uma satisfatória prestação jurisdicional. A tutela específica, sim.

Tutela específica consiste naquela que alcança o objetivo de que o processo dê à parte exatamente o que pleiteia, isto é, o que é garantido pelo direito material². É a modificação de uma situação jurídica, segundo os desígnios do direito material, quer dizer, obter o que deveria ter sido produzido mediante o adimplemento. Está intrinsecamente ligada à noção de efetividade da prestação jurisdicional. Já dizia Chiovenda que dar efetiva

processo” do insigne Cândido Rangel Dinamarco.

² CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Volume 1. 352 - Revista do Ministério Público do Estado do Amazonas v. 6

prestação jurisdicional implicava dar a quem tem um direito, na medida do possível, e precisamente aquilo a que ele tem direito³.

O Código de Processo Civil, em consonância com o Código Civil de 1916, não previa forma eficaz para que o autor de uma ação obtivesse em juízo o cumprimento da obrigação inadimplida. Sempre vigorou o princípio de que as obrigações convertiam-se em perdas e danos.

O que vigia era uma tutela ressarcitória, onde a obrigação era substituída por pecúnia. Esta tutela sempre foi privilegiada pelos sistemas jurídicos, afinal, é fruto de um Estado Liberal. Assim, o sistema processual era despido de instrumentos que permitissem a intervenção estatal necessária à concretização da tutela específica.

Esta dificuldade mostrava-se mais evidente quando se tratava de obrigação de fazer e não fazer. Pelo fato de a efetivação das mesmas necessitar da vontade do devedor e não se dispor de meios para interferir nesta vontade, restava apenas a sua conversão em perdas e danos.

Sob influência da busca de efetividade processual, buscou-se não se prestigiar a tutela substitutiva, de perdas e danos, mas a específica, isto é, a que concedia ao credor o direito assegurado por lei. Neste íterim, e precisamente em relação às obrigações de fazer e não fazer, a Lei n.º 8.952/94 munuiu o juiz de novos poderes, novas medidas das quais poderia se valer para alcançar tal desiderato, encontradas nos parágrafos do art. 461 do CPC.

A respeito desta correlação, vale transcrever lição de Humberto Theodoro Júnior, ao lecionar:

“A essência do pensamento de CHIOVENDA, que se apresenta como o grande idealizador da efetividade processual, consiste justamente na afirmativa de que o processo, para ser efetivo, deverá apoiar-se num sistema que assegure a quem tem

8ªed.Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. Pg. 92

³ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Volume 1.

Revista do Ministério Público do Estado do Amazonas v. 6 - 353

razão uma situação jurídica igual à que deveria ter se derivado do cumprimento normal e tempestivo da obrigação. E, na medida em que se evidencie a possibilidade de dano ou perigo de perecimento de direito, essa situação deve ser, desde logo e especificamente, protegida, o que é, precisamente, a hipótese do art. 461 (do CPC brasileiro), no que diz respeito às obrigações de fazer e não fazer” (Humberto Theodoro Jr, artigo “Tutela específica da Obrigação de fazer e não fazer”.

3. A Obrigações “de fazer” e “não fazer” e as alterações implementadas

As obrigações de fazer constituem-se na prestação de atos de natureza física ou intelectual, fática ou jurídica⁴. As obrigações de não fazer são obrigações negativas em que o devedor compromete-se a uma abstenção⁵.

A tutela jurídica do descumprimento das obrigações de fazer e não fazer sempre foi limitada pelo dogma da intangibilidade da vontade humana, próprio do sistema liberal. Conforme ensinamento de Pablo Stolze, “a visão tradicional do direito das obrigações, pelo seu cunho intrinsecamente patrimonialista, sempre defendeu que seria uma violência à liberdade individual da pessoa a prestação coercitiva de condutas, ainda que decorrentes de disposições legais e contratuais”⁶.

Assim, não havendo ânimo de adimplir, e considerando a não interferência na vontade humana, a obrigação tendia a converte-se em perdas e danos.

Em termos processuais, as regras de processamento de efetivação das obrigações de fazer e não fazer situavam-se no Livro II, do Código de Processo Civil, referente ao processo de

8ªed.Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. Pg. 92.

⁴ POPP, Carlyle. Execução de obrigações de fazer. Curitiba: Juruá, 2001. Pg. 67

⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2001. Pg. 98

⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso de Direito

execução.

Observa-se, desta forma, que o credor tinha que se valer tanto do processo de conhecimento (salvo se a obrigação fundar-se em título extrajudicial, claro) como do processo de execução para a busca do adimplemento da obrigação.

Muitas eram as dificuldades do processo de execução. Moacyr Amaral dos Santos⁷ lecionava que raramente se tornava possível a execução específica das obrigações de fazer e não fazer:

“Essa dificuldade se explica por motivos de ordem prática e de ordem jurídica.

Reside a razão de ordem prática na circunstância do cumprimento da obrigação *faciendi vel non* depender de uma atividade ou uma abstenção do obrigado e, pois, sua vontade de realizar aquela atividade ou abstenção. Não querendo exercer aquela atividade ou esta abstenção, geralmente não se tinha meios adequados a exigir-lhe o cumprimento específico da obrigação.

A questão de ordem jurídica se funda no princípio conforme o qual ninguém é obrigado a fazer ou não fazer senão na consonância de sua vontade. Daí a regra de que ninguém pode ser coagido a fazer ou não fazer: *nemo potest cogi ad factum*. Repugnava ao direito a idéia de força contra a pessoa do obrigado para constrangê-lo ao cumprimento da obrigação”.

Diante desta situação, a Lei n. 8.952/94 inovou o estatuto processual civil brasileiro, com a especial regulação das tutelas específicas das obrigações de fazer e não fazer no art. 461 do CPC. A partir de então, temas como tutela específica, sincretismo processual, eficácia das sentenças passaram a ser alvo de debates.

A supracitada lei deu nova redação ao art. 461 do Código de Processo Civil, que determinou que na sentença que

Civil- Obrigações. Volume II. São Paulo: Saraiva, 2003. Pg. 57.

⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. São
Revista do Ministério Público do Estado do Amazonas v. 6 - 355

tiver por objeto a prestação de obrigação de fazer e não fazer o juiz privilegiará a tutela específica ou pelo equivalente. Conforme § 1º deste artigo, a conversão da obrigação em perdas e danos somente será possível se o autor requerer ou for impossível a obtenção da tutela específica.

O fim especificado no *caput* do artigo em comento encontra seus instrumentos nos parágrafos seguintes, onde se encontram a multa e as medidas executivas.

Nos termos do §4º do art. 461 do CPC, o juiz poderá impor multa diária ao réu, independentemente do pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

Através da imposição da multa, objetiva-se que o réu cumpra a decisão. Este cumprimento dá-se pela desvantagem que se mostraria seu descumprimento, pois, além da condenação pela obrigação, o devedor ainda teria que arcar com o ônus da multa imposta pela decisão inobservada.

Esta medida tem cunho eminentemente coercitivo, e guarda estrita relação com a sentença mandamental. Não possui, desta forma, natureza ressarcitória ou condenatória. Não é por outra razão que seu valor pode ser alterado, conforme dispõe §6º do art. 461 do CPC.

Observa-se aqui, que o Código de Processo Civil passa a interferir na vontade humana. O dogma de sua intangibilidade passa a ser relativizado para dar lugar ao novo anseio de efetividade da tutela jurisdicional.

Outra medida de apoio são as chamadas medidas executivas, previstas no parágrafo quinto do art. 461 do CPC, que determina que para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

Ao contrário das multas, em que o juiz deve incurrir

no íntimo do devedor a vontade de adimplir, aqui o juiz dispensa esta vontade. O próprio Estado encarrega-se de fazer com que a prestação seja adimplida, o que poderá ser feito pelo credor ou por terceiro.

Estas medidas, cujo rol do §5º é meramente exemplificativo, estão diretamente relacionadas com a tutela executiva, em que se encontram as sentenças executivas. Há quem denomine execução direta⁸.

4. Sincretismo processual e classificação das sentenças

Tradicionalmente, o sistema processual sempre foi pautado numa dicotomia clássica: processo de conhecimento e execução.

No processo de conhecimento, a atividade é meramente cognitiva, predominantemente intelectual, objetivando, nas palavras de Barbosa Moreira⁹ “a formulação da norma jurídica concreta”.

O processo de execução, por outro lado, é prevalentemente material, onde se busca um resultado prático, fisicamente concreto¹⁰.

A despeito da existência de algumas exceções a esta dicotomia processual, como a ação de demarcação, ela sempre foi regra. A execução forçada, instrumento de coação, não se confundia com o processo de conhecimento, distintos eram os dois processos, formando, cada qual, relação jurídica autônoma.

Apesar da tradição, esta classificação sofreu forte abalo. Não deixou de existir, mas teve campo de aplicação

Paulo: Saraiva, 1985. Pg. 374

⁸ JORGE, Flávio Cheim, DIDIER JR, Fredie, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A Nova Reforma Processual*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Pg. 225.

⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. Pg. 3

¹⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues Wambier, CORREIA DE ALMEIRA, Flávio Renato, TALAMINI, Eduardo. *Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 5ª ed, v. 2. E atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos

reduzido.

A dicotomia processual não propiciava a obtenção de uma tutela jurisdicional efetiva. A mesma tendia a ser lenta e ressarcitória.

Em razão dos prejuízos advindos da necessidade de nova ida ao Poder Judiciário após este mesmo órgão já ter afirmado o direito do autor, passou-se a propugnar por uma “racionalização” de atos, de forma a se privilegiar o alcance de uma tutela jurisdicional mais célere. Além de mais célere, igualmente efetiva, uma vez que o tempo é grande inimigo da Justiça, como já dizia Carnelutti.

Cumprindo tal finalidade, a Reforma de 1994, ao regular a tutela das obrigações de fazer e não fazer, quebrou esta dicotomia processual, esta imposição de instauração de um processo de execução, autônomo, gerador de uma nova relação processual e com requisitos próprios.

Com a nova redação dada ao art. 461 e seus §§ do Código de Processo Civil, observou-se a implementação de sincretismo processual. O processo de conhecimento ganhou institutos do processo de execução, permitindo que nele mesmo ocorra uma alteração no mundo fático, acarretando, assim, uma interpenetração de fases processuais.

Através deste novo procedimento, o juiz, ao sentenciar, impõe multa ou determina medidas executivas. Através da multa, coage o devedor a cumprir seu dever, fazendo com que a obrigação seja adimplida no próprio processo de conhecimento. Através das medidas executivas, o juiz determina, independentemente da vontade do devedor, a efetivação de medidas necessárias ao alcance da tutela específica ou resultado prático equivalente, restando ainda mais clara a incidência no mundo empírico. Em sendo assim, torna-se desnecessário o Processo de Execução.

Além do sincretismo processual, a inclusão destas duas novas medidas impôs um novo estudo sobre a classificação das sentenças, uma vez que a sentença que impõe multa ou

medidas executivas não se coadunava com a classificação clássica.

Tradicionalmente as sentenças classificam-se em declaratórias, constitutivas e condenatórias.

Humberto Theodoro Júnior¹¹ leciona que as sentenças declaratórias são aquelas em que o Órgão Judicial, verificando a vontade concreta da lei, certifica a existência de um direito, sem o fim de preparar a consecução de qualquer bem. A sentença condenatória seria aquela em que se exerce uma função dupla, pois além de apreciar e declarar o direito existente, prepara execução, atribuindo ao vencedor um título executivo, possibilitando-o recorrer ao processo de execução caso o vencido não cumpra a prestação a que foi condenado. A sentença constitutiva, por outro lado, é aquela que cria, modifica ou extingue um estado ou relação jurídica, onde seu efeito opera instantaneamente, de modo a não comportar ulterior execução da sentença.

A sentença que fixa multa ou determina medidas coercitivas não se enquadra naquela classificação trinária da sentença em declaratória, constitutiva e condenatória. Ela contém um *plus*. Em razão disso, ao lado destas três modalidades, não se pode ignorar outras duas modalidades: a sentença mandamental e a sentença executiva, formando uma classificação quinária.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart¹² explicam que:

“(…) Na sentença mandamental, há ordem, ou seja, *imperium*, e existe também coerção da vontade da vontade do réu; tais elementos não estão presentes no conceito de sentença condenatória, compreendida como sentença

Tribunais, 2002. Pg. 37.

¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil.v.2. Rio de Janeiro: Forense, 1995. Pg 513-514

¹² MANINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do *Revista do Ministério Público do Estado do Amazonas v. 6 - 359*

correlata com a execução forçada”.

A sentença mandamental é caracterizada por dirigir uma ordem para coagir o réu; seu escopo é convencer o réu a observar o direito por ela declarado”.

A sentença mandamental, desta forma, é a prevista no §4º do art. 461 do CPC. Têm lugar quando o juiz, objetivando a tutela específica, fixa multa.

A sentença executiva é aquela em que o juiz determina as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. “Esta sentença permite, independentemente da vontade do réu e sem a propositura da ação de execução, a realização do direito do autor”¹³

5. Conclusão

A busca pela tutela específica é própria de um Estado que objetiva a efetividade da tutela jurisdicional.

Sua implementação surge da necessidade de não mais se privilegiar uma tutela ressarcitória, substitutiva. Faz-se necessário dar a quem tem um direito, na medida do possível, e precisamente aquilo a que ele tem direito. A busca pela efetividade da prestação jurisdicional, que passa pelo ideal de tutela específica, não se resume às obrigações de fazer e não fazer. É importante para qualquer espécie de obrigação, é uma necessidade da coletividade.

No Brasil, a Lei nº 8.952/94 não foi a primeira a munir o juiz de novos poderes de coerção de modo a alcançá-la. O Código de Defesa do Consumidor já dispunha a respeito.

A importância da lei foi ampliar o campo de aplicação

Processo de Conhecimento. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Pg. 470

¹³ MANINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Pg.463

do instituto. Por ela, as obrigações de fazer e não fazer são genericamente submetida ao procedimento. Hoje, com o advento da Lei nº 10.444/02, similar procedimento é adotado nas obrigações de entregar coisa.

Isto tudo quer apenas demonstrar a relevância do assunto e esta nova tendência do direito processual civil.

Além da previsão genérica, ampliando seu campo de aplicação, a inovação trouxe consigo toda uma teoria de importância ímpar para o processo civil, principalmente quando se leva em consideração as inúmeras dificuldades de nosso sistema processual.

O procedimento da tutela específica consiste, basicamente, em propiciar ao juiz medidas, multa e medidas executivas, adequadas a se obter tal intento. Romperam-se vários dogmas, implementou-se sincretismo processual, e evidenciou-se a existência de outras sentenças que não as decorrentes da tradicional classificação quinária. Estas quebras, no entanto, objetivam algo maior. Objetivam a própria efetividade da prestação jurisdicional.

Referências bibliográficas

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Volume 1. 8ªed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

_____ Volume 3. 4ªed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

DIDIER JR, Fredie. *Direito Processual Civil*. 1ªed. Salvador: Jus Podium, 2002.

DINAMARCO, Candido. *A Reforma da Reforma*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____ *A instrumentalidade do processo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze, **FILHO**, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de Direito Civil- Obrigações*. Volume II. São Paulo: Saraiva, 2003.

JORGE, Flávio Cheim, **DIDIER JR**, Fredie, **RODRIGUES**, Marcelo Abelha. *A Nova Reforma Processual*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

- MARINONI**, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (individual e coletiva)*. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
-
- Tutela Específica*. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MANINONI**, Luiz Guilherme, **ARENHART**, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MOREIRA**, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- NERY JÚNIOR**, Nelson, **NERY**, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7ªed. ver. Ver e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SANTOS**, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- TALAMINI**, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa* (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art.84). 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- NEGRÃO**, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 30ªed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- POPP**, Carlyle. *Execução de obrigações de fazer*. Curitiba: Juruá, 2001. Pg. 67
- THEODORO JÚNIOR**, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v.2. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- VENOSA**, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2001.
- WAMBIER**, Luiz Rodrigues Wambier, **CORREIA DE ALMEIRA**, Flávio Renato, **TALAMINI**, Eduardo. *Curso avançado de Processo Civil: Processo de Execução*. 5ªed. V. 2. ver e atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
-
- Curso avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento* Vol. 1. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Um estudo sobre o licenciamento ambiental

Andréa Lasmar de Mendonça *

Luciana Toledo Martinho **

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conceito. 3. Relevância do licenciamento ambiental. 4. Posição constitucional do licenciamento ambiental. 5. Posição legal do licenciamento ambiental. 6. Aspectos penais do licenciamento ambiental. 7. Conclusão.

1. Introdução

O licenciamento ambiental constitui importante instrumento da política nacional do meio ambiente, conservando a natureza jurídica de procedimento administrativo através do qual é possível conter atividades que degradem a natureza, ou minimizar seus efeitos.

Impactantes acabam por ser todas as obras empreendidas pelo ser humano, porém, o licenciamento ambiental pode significar o elemento de equilíbrio a que se refere o conceito constitucional de direito ao meio ambiente.

Pelas modalidades de licenciamento ambiental: licença prévia, licença de operação e licença de instalação, passa a possibilidade de exigência do Estudo de Impacto Ambiental – EIA, e do Relatório de Impacto Ambiental – RIMA.

Regido por atos normativos que estabelecem seus requisitos mínimos, como demonstrado no estudo de caso tratado no presente trabalho, o EIA traduz-se num elemento

* Advogada; Professora do Curso de Direito da Universidade Paulista – UNIP; Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas – UEA.

** Promotora de Justiça; Titular da 21ª Promotoria de Justiça; Professora do Curso de Direito do Centro Universitário do Norte – UNINORTE; Professora do Curso de Direito da Universidade Paulista – UNIP; Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas – UEA.

indispensável para a análise administrativa acerca da licença ambiental.

2. Conceito

No desenho do Sistema Nacional do Meio ambiente destacam-se, como forma de concretizar a consecução do meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto constitucionalmente, os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente.

Quanto ao licenciamento ambiental, correto é enquadrá-lo como sendo um desses instrumentos, e um dos mais relevantes e eficazes, bem assim que se operacionaliza através de um procedimento administrativo, uma vez que toca aos órgãos administrativos competentes proceder à análise cabível, com vistas à concessão ou denegação da licença.

O conceito clássico de licença advém do Direito Administrativo, e no dizer de um dos seus mais respeitados expoentes, pode ser tida como “ato administrativo vinculado e definitivo, pelo qual o Poder Público, verificando que o interessado atendeu a todas as exigências legais, facultar-lhe o desempenho de atividades, ou a realização de fatos materiais”¹

No campo do Direito Ambiental, porém, a licença toma outra conotação, que pode ou não, a depender da situação, guardar os mesmos elementos da licença do conceito administrativista.

Distingue-se mais marcadamente a licença ambiental da administrativa, por, ao contrário desta, que constitui um ato vinculado, ser um ato discricionário, que não emerge, como a licença administrativa, de um direito subjetivo do interessado.

Cumprе, primeiramente, lembrar, que o licenciamento ambiental compreende três momentos distintos, a saber:

- Licença prévia: dirige-se à fase preliminar de qualquer projeto, e tange à aprovação de aspectos como

¹ MEIRELLES, Hely L. *Direito Administrativo Brasileiro*, 21ª ed, p. 170

localização, concepção e viabilidade ambiental;

- Licença de instalação: outorgada após a licença prévia, autoriza a instalação do projeto, já com as especificações aprovadas, e os mecanismos de controle ambiental;
- Licença de operação: a partir da concessão da licença de operação ou de funcionamento, o projeto passa a operar.

Estas etapas do licenciamento ambiental estão previstas na Resolução CONAMA n. 237/97, que, conceituou licenciamento e licença ambiental, com as seguintes palavras:²

- Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.
- Licença Ambiental: ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente, estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.

O Estudo Prévio de Impacto Ambiental – EPIA, antes denominado Estudo de Impacto Ambiental – EIA, atravessa as etapas do licenciamento, podendo ser exigido em qualquer delas.

O estudo de impacto ambiental é, portanto, um instrumento que visa a relatar o risco que uma atividade potencialmente degradadora representa ao meio ambiente, e quão impactante

² Res. N. 239/97 – CONAMA, 19/12/1997

seria tal atividade para o meio ambiente, restando atribuído aos órgãos administrativos competentes, o dever de autorizar ou não a realização da atividade, após a análise do EPIA.

Também a já mencionada Resolução CONAMA 239/97 conceitua, de modo genérico, estudos ambientais, como sendo “todos e quaisquer estudos relativos aos aspectos relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise da licença requerida, tais como: relatório ambiental, plano de recuperação de área degradada e análise preliminar de risco”.

Ao lado do EPIA aparece o Relatório de Impacto Ambiental – RIMA, com a função de explicitar numa linguagem acessível ao público em geral o conteúdo do EPIA, apresentado em linguagem técnica, posto que se dirige à análise por pessoal especializado.

3. Relevância do licenciamento ambiental

Previsto pela Lei n. 6938/81, o licenciamento ambiental tem relevância, na medida em que pode relaciona-se com a concretização do princípio da prevenção, norteador do Direito ambiental.

O controle exercido pelas licenças e pela obrigatoriedade de apresentação do EPIA no que tange às atividades potencial ou efetivamente poluidoras, previne a implementação e desenvolvimento de atividades danosas ao meio ambiente, sem os respectivos meios de controle ambiental.

Dada à sua relevância, não pode o licenciamento reduzir-se a “mera expedição de alvará, sem outras considerações ou avaliações”.³

O licenciamento ambiental, dessa forma, se operado com o cuidado requerido, interfere positivamente na realização do meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto na Constituição Brasileira.

Isso pode ser verificado, exemplificativamente, através

³ MACHADO, Paulo Affonso L. *Direito Ambiental Brasileiro*, 12 ed p. 260

do conteúdo mínimo exigido para a formulação do EPIA e do respectivo RIMA, estatuído pela Res. CONAMA n. 1/86⁴.

O EPIA deverá, no dizer da referida Resolução:

- Contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização de projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto;
- Identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade;
- Definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza;
- Considerar os planos e programas governamentais, propostos e em implantação na área de influência do projeto, e sua compatibilidade.

A par disso, o EPIA deverá desenvolver as seguintes atividades técnicas:

- Diagnóstico ambiental da área de influência do projeto completa descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações, tal como existem, de modo a caracterizar a situação ambiental da área, antes da implantação do projeto, considerando:

a) o meio físico - o subsolo, as águas, o ar e o clima, destacando os recursos minerais, a topografia, os tipos e aptidões do solo, os corpos d'água, o regime hidrológico, as correntes marinhas, as correntes atmosféricas;

b) o meio biológico e os ecossistemas naturais - a fauna e a flora, destacando as espécies indicadoras da qualidade ambiental, de valor científico e econômico, raras e ameaçadas de extinção e as áreas de preservação permanente;

c) o meio sócio-econômico - o uso e ocupação do solo, os usos da água e a sócio-economia, destacando os sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade, as relações

⁴ Res. N. 01 CONAMA, 23/01/1986

de dependência entre a sociedade local, os recursos ambientais e a potencial utilização futura desses recursos.

- Análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais.
- Definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas os equipamentos de controle e sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas.
- Elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos positivos e negativos, indicando os fatores e parâmetros a serem considerados.

4. Posição constitucional do licenciamento ambiental

O art. 225 da Constituição Brasileira, em seu inciso IV⁵, positivou, erigindo ao patamar de preceito constitucional, a exigência do estudo prévio de impacto ambiental – EPIA em caso de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente.

Neste mesmo dispositivo, o texto constitucional garantiu a publicidade do EPIA, que vem harmonizar-se ao texto do *caput*, que obriga o Poder Público e a coletividade à defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

No âmbito do Estado do Amazonas, a Constituição Estadual, em seu art. 230, VI⁶, atribui ao estado e ao Município a exigência de estudo prévio de impacto ambiental, como medida

⁵ BRASIL. *Constituição Brasileira*, 1988

⁶ *Constituição do Estado do Amazonas*

assecuratório do equilíbrio ambiental, nos moldes do que preconiza a Constituição Brasileira, no que toca ao caráter de publicidade, inclusive. Discute a doutrina especializada a respeito da questão da competência para o licenciamento ambiental – se federal, estadual ou municipal.

Sem embargo, há que se fazer uma leitura singela do texto constitucional, que, em seu art 23, VI atribui a competência comum, federal, estadual e municipal, portanto, para a proteção do meio ambiente, o que pode, também ser perseguido através do instrumento do licenciamento ambiental que, nesse diapasão, seria da competência comum das entidades da Federação.

Não cabe falar em licenciamento ambiental e suas modalidades, sem mencionar a crítica de que tais procedimentos não mais seriam que entraves burocráticos ao desenvolvimento.

O licenciamento ambiental, ao aplicar o princípio da prevenção, cuida da preservação do meio ambiente para as futuras gerações, sendo corolário, também, do princípio da solidariedade.

Esclarecedor é o ponto de vista realçado por Mirra⁷, segundo o qual, “entre decidir com rapidez sobre a implementação de um empreendimento e decidir com maior margem de acerto ou menor margem de erro, após cuidadosa avaliação das repercussões ambientais do projeto, optaram o legislador e o constituinte pela segunda alternativa.”

5. Posição legal do licenciamento ambiental

O licenciamento ambiental foi mencionado na Res. CONAMA 01/86, que previu a obrigatoriedade de apresentação do então denominado Estudo de Impacto Ambiental – EIA.

É de tal resolução que se extraem as situações que vinculam a concessão de licença à apresentação do EPIA, bem como seu conteúdo mínimo, e diretrizes.

⁷ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Impacto ambiental. *Aspectos da legislação brasileira*. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2005, p. 4

Posteriormente, na lei que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente⁸, figurou, na condição de instrumento de tal política, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente, o licenciamento ambiental e o estudo de impacto ambiental.

A mesma lei, em seu art. 10, amarra o desenvolvimento de qualquer atividade potencialmente danosa ao meio ambiente ao “prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis”.

Por caráter supletivo, pertinente à atuação do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Renováveis – IBAMA, MACHADO⁹ ensina deva-se entender a situação em que o órgão estadual for inepto, inerte ou omissor no procedimento de concessão da licença ambiental.

Adiante, a Lei 6938/81 atribui ao IBAMA a tarefa do licenciamento em caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional, o que pode resultar numa confusão de atribuições, tal como a vivenciada pelo Estado do Amazonas, no licenciamento do gasoduto Coari-Manaus.

O licenciamento ambiental está adstrito a prazo de validade, o que se afigura salutar. Ao dispor sobre os prazos para o licenciamento, a Resolução 239/97 – CONAMA, assevera que a licença prévia não terá prazo superior a cinco anos; a licença de instalação não terá prazo superior a seis anos, e a licença de operação não terá prazo superior a dez anos.

Ainda no que tange aos aspectos legais, cumpre dizer que a lei é o único instrumento pelo qual se pode instituir modalidade de licença ambiental no ordenamento jurídico pátrio.

⁸ BRASIL Lei 6938/81

⁹ MACHADO, Paulo Affonso L. Op. Cit, p. 261

6. Aspectos penais do licenciamento ambiental

A preocupação para com o meio ambiente ecologicamente equilibrado, definido pela Carta Política de 1988 como bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, não obstante as imperfeições técnicas contidas no preceito, demonstra a relevância do valor social do meio ambiente em nossa sociedade.

A previsão constitucional demonstra a inter-relação do meio ambiente, em si um direito fundamental, com outros direitos desta categoria, tais como o direito à saúde e ao desenvolvimento econômico.

Aliado a isso, verifica-se a carga de solidariedade contida no texto constitucional, que atribui a todos – Poder Público e coletividade – o dever de preservar o meio ambiente, não apenas para a realização de seus próprios interesses, mas também com vistas às gerações futuras.

Tamanha relevância, conduz, de modo lógico, à tutela penal do meio ambiente, ou seja, na responsabilização penal daqueles que ameaçarem ou que concretamente frustrarem o meio ambiente, que é um bem juridicamente tutelado.

Logo, o licenciamento ambiental, posto que é um instrumento que contribui para a manutenção do equilíbrio ambiental, e para a realização, em última análise, da Política Nacional do Meio Ambiente, deve ter seus preceitos reguladores respeitados, sob pena de configurar-se infração penal.

Em seu art. 225, § 3º a Constituição Brasileira prevê a responsabilização penal das pessoas físicas e jurídicas que incorrerem na prática de condutas consideradas lesivas ao meio ambiente.

Merecem destaque na relação licenciamento ambiental – Direito Penal, as tipificações constantes da Lei 9605/98¹⁰, que, em seu art. 60 atribui a sanção de detenção de um a seis meses e multa para a conduta de não observar a exigência legal

¹⁰ BRASIL. Lei 9605/98, 12/02/1998

de licença ambiental.

Ao dispor sobre os crimes contra a administração ambiental, a mesma *Lex* tipifica a conduta do funcionário público que falsear, omitir a verdade, sonegar informações ou dados técnico-científicos em procedimento de licenciamento ambiental, punindo-a com pena de reclusão de um a três anos.

No art. 67, por seu turno, a denominada Lei dos Crimes Ambientais tipifica e pune a conduta do funcionário público que conceder licença ambiental em desacordo com a lei, com a pena de um a três anos de detenção e multa.

A tutela penal do meio ambiente, no específico aspecto do licenciamento ambiental opera favoravelmente a um necessário rigor em sua concessão.

7. Conclusão

O licenciamento ambiental constitui um dos mais relevantes instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, sendo um modo eficaz de controle da ação humana no que se refere ao meio ambiente.

Representado pelas licenças prévia, de instalação e de operação, do licenciamento ambiental também faz parte o estudo prévio de impacto ambiental – EPIA, e o relatório de impacto ambiental – RIMA, exigíveis em qualquer fase do licenciamento.

Previsto constitucionalmente, e também na legislação infraconstitucional, que o regula, o EPIA fornece dados para embasar a concessão ou denegação da licença ambiental.

O licenciamento ambiental, procedimento administrativo que é, exige do órgão licenciador rigorosa conduta na análise e concessão, posto que sua atuação descuidada ou tendenciosa pode interferir diretamente, e de forma negativa na concretização do meio ambiente ecologicamente equilibrado que prevê nossa Constituição.

Nesse ponto, útil se faz a tutela penal do meio ambiente que, sensível à relevância do licenciamento ambiental, deu lugar à tipificação de condutas que culminem em seu regular

permanentemente, e com toda a amplitude, dos direitos possessórios sobre essas terras.”

¹² Disponível em: <http://www.socioambiental.org/pib/portugues/direito/judic.shtm>, acesso em: 13.10.2005.

Vantagens Individuais do Servidor Público e o Direito Adquirido

*Edgard Maia de Albuquerque Rocha **

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Identificação de Servidor Público. 3. Sistema Remuneratório dos servidores públicos. 4. Direito adquirido: conceito e garantia do direito adquirido na Constituição da República. 5. Norma, princípio, regra e direito adquirido. 6. Conflitos de normas (Princípios e Regras). 7. Aparente colisão entre normas constitucionais. 8. O direito adquirido contra a Constituição, estampado na restrição de vantagens individuais. 9. Conclusão

1. Introdução

As modestas linhas têm o objetivo de apresentar uma pequena abordagem sobre a garantia do servidor público no que respeita à irredutibilidade de sua remuneração, conquistada de acordo com normas constitucionais e infra-constitucionais, postas e pressupostas. Daí a idéia nutrida por todo trabalhador público de que seus ganhos, alcançados sob as rédeas da legalidade, estão protegidos pelo instituto do direito adquirido, enquadrando-se este no âmbito maior do direito, na forma como é assegurado na nossa atual Constituição da República, no entendimento dos teóricos e no modo como a jurisprudência pátria trata a presente matéria.

O interesse por esse tema que, por sinal, já foi palco de algumas controvérsias, justifica-se em face de ainda não ter a nossa Corte maior julgado a prevalência das disposições do artigo 9º da EC nº 41/2003 sobre o direito adquirido.

A incolumidade a esse direito fundamental se tratava de posição pacífica no direito nacional até que os constituintes deliberaram pela introdução no Ato das Disposições Transitórias da Constituição de 1988, parte final do artigo 17, de disposição que restringe “o direito adquirido”, consagrado que foi pelo

* *Promotor de Justiça de 2ª Entrância; Especialista em Direito Público e Privado, pela FGV; e Especialista em Direito Penal e Processo Penal, pela UFAM*

próprio poder constituinte originário, nas disposições do artigo 60, § 4º, inciso IV, c/c o disposto no artigo 5º, inciso XXXVI, da vigente Constituição, vislumbrando-se um aparente conflito de normas constitucionais.

No que pese ser posição pacífica dos nossos principais doutrinadores a afirmativa de que quando se trata de normas constitucionais não cabe falar em antinomia, considerando que o legislador constituinte por estar agindo num plano superior pode dispor da forma que melhor entender, este não é o nosso entendimento. Torna-se necessário que essas vezes autorizadas apresentem posição mais convincente, dispensem a essa questão um aprofundamento maior, com fundamentos jurídicos mais substanciais. E que o guardião da nossa Carta Política procure exarar posição mais firme, mais uniforme, quando decidir sobre direito fundamental, como é o caso do direito adquirido, o que redundaria numa melhor construção do direito, para atender com maior segurança os reclamos da sociedade.

Em atenção ao tema proposto necessário se faz apresentar uma identificação do servidor público, lembrando as suas espécies, notadamente aquele que teve direito adquirido, decorrentes de vantagens pessoais, restringido por disposições da Carta Política de 1988 e suas Emendas posteriores, e o conceito do próprio direito adquirido para, a partir de então, entrar nas supostas colisões de normas constitucionais.

2. Identificação de Servidor Público

A Administração Pública, para exercer suas funções estatais, lança mão de agentes públicos, que na classificação do saudoso Hely Lopes Meirelles, representam as seguintes espécies: *agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados*, que, por sua vez, se subdividem em subespécies ou subcategorias¹. Classificação essa que se sobrepõe por estar mais condizente com a realidade nacional

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. pág. 74.

Das espécies acima relacionadas entendemos que para o tema proposto é suficiente a definição de apenas duas, quais sejam, *os atentes políticos* e *os agentes administrativos*.

Por *Agentes Políticos*, de acordo com o conceito do citado administrativista, entende-se como “os componentes do Governo nos seus primeiro escalões, investidos em cargos, funções, mandados ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhes são privativos. Nesta categoria encontram-se os *Chefes de Executivo* (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus *auxiliares imediatos* (Ministros e Secretários de Estado e de Municípios); os *membros das Corporações Legislativas* (Senadores, Deputados e Vereadores); os *membros do Poder Judiciário* (Magistrados em geral); os *membros do Ministério Público* (Procuradores da República e da Justiça, Promotores e Curadores Públicos); os *membros dos Tribunais de Contas* (Ministros e Conselheiros); os *representantes diplomáticos* e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase-judiciais, estranhas ao quadro do serviço público”.

Já os *Agentes Administrativos*, segundo o saudoso mestre, “são todos aqueles que se vinculam ao Estado ou às suas entidades autárquicas e fundacionais por relações profissionais, sujeitos à hierarquia funcional e ao regime jurídico determinado pela entidade estatal a que servem”. São unicamente servidores públicos, com maior ou menor hierarquia, encargos e responsabilidades profissionais dentro do órgão ou da entidade a que servem, conforme o cargo, emprego ou a função em que estejam investidos.

Dentro da categoria dos *agentes administrativos* identifica-se as seguintes modalidades admitidas pela Constituição

da República de 1988: a) *servidores públicos concursados* (art. 37, II); b) *servidores públicos exercentes de cargos ou empregos em comissão titulares de cargo ou emprego público* (art. 37, V); e c) *servidores temporários*, contratados “por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público” (art. 37, IX).

Convém lembrar que por *servidores públicos em sentido amplo* deve-se entender como “todos os agentes públicos que se vinculam à Administração Pública, direta e indireta, do Estado, sob regime jurídico (a) estatutário, geral ou peculiar, ou (b) administrativo especial, ou (c) celetista (regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT), de natureza profissional e empregatícia”².

Em fim, esclareça-se que a Constituição Federal, já com a redação resultante das Emendas n^{os} 19 e 20, classifica os servidores públicos em sentido amplo em quatro espécies: *agentes políticos*, *servidores públicos* e os *contratados por tempo determinado*.

3. Sistema remuneratório dos servidores públicos

Os ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da Administração direta, autárquica e fundacional, os membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, os detentores de mandato eletivo e os demais agentes políticos, bem como os empregados públicos das chamadas pessoas governamentais, com personalidade de Direito Privado, desfrutam de um *sistema remuneratório*, na exegese dos artigos 37, incisos X, XI, XII, XIII, XIV e XV, e 39, § 1^o, da Constituição Federal.

As modalidades de remuneração em sentido amplo, na lição do professor Hely Lopes Meirelles (obra citada, página 449), compreende: a) *subsídio*, constituído de parcela única e pertinente, aos agentes políticos; b) remuneração, dividida em (b1) *vencimentos*, que corresponde ao *vencimento* (no singular, como

² MEIRELLES, Hely Lopes. Obra citada, pág. 391.

está claro no art. 39, § 1º, da CF, quando fala em “fixação dos padrões de vencimento”) e às *vantagens pessoais* (que, como diz o mesmo art. 39, § 1º, são os demais componentes do sistema remuneratório do servidor público titular de cargo público na Administração direta, autárquica e fundacional), e (b2) *salário*, pago aos empregados públicos da Administração direta e indireta regidos pela CLT, titulares de empregos públicos, e não de cargos públicos.

Registre-se que a Constituição e a EC 19/98 em alguns pontos empregam terminologia equivocada e não sistematizada, como por exemplo, o artigo 37, XV, quando fala em *vencimentos* quer se referir a remuneração, e no inciso X desse artigo *remuneração* significa *vencimentos*.

Visando uma padronização na remuneração de pessoal do setor público e procurando estirpar as sangrias aos cofres públicos, a título de *vencimentos* (ou *proventos*, ou *pensões*) e *vantagens pecuniárias*, aqui incluídos os *adicionais*, as *vantagens pessoais* e outros penduricalhos, estabeleceu o constituinte derivado um teto remuneratório, limitando ao subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Federal (art. 37, XI), os subsídios, os vencimentos, os salários e os proventos, pensões outra espécie remuneratória, percebidos, cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza.

Saliente-se que os empregados públicos das empresas públicas e das sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, também estarão submetidos ao teto geral se essas pessoas jurídicas receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral (art. 37, § 9º).

Temos a seguir as disposições das normas constitucionais que desenham a remuneração dos servidores públicos e da lei ordinária que definiu os subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Constituição da República de 1988

Art. 37

XI - 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 outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão 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; (redação modificada pela EC 41/2003)

§ 11. Não serão computadas, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do caput deste artigo, as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei; (redação dada pela EC 47/2005)

§ 12. Para os fins do disposto no inciso XI do caput deste artigo, fica facultado aos Estados e ao Distrito Federal fixar, em seu âmbito, mediante emenda às respectivas Constituições e Lei Orgânica, como limite único, o subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, não se aplicando o disposto neste parágrafo aos subsídios dos Deputados Estaduais e Distritais e dos Vereadores. (redação dada pela EC 47/2005)

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

XV - fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º;

150, II; 153, III; e 153, § 2º, I. (redação dada pela EC 41/2003)

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS

Art. 17. 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, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.

Como complemento das imposições trazidas pelo artigo 37, XI, a Emenda Constitucional nº 41/2003 traz em seu texto os seguintes dispositivos:

Art. 8º 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, 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 da maior remuneração mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal a que se refere este artigo, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.

Art. 9º Aplica-se o disposto no art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias aos vencimentos, remunerações e subsídios 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 outra espécie remuneratória percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza.

Finalmente, depois de muita cobrança, superando-se e atendendo-se a muitos interesses em jogo, foi sancionada a lei ordinária federal fixando o subsídio de Ministro do Supremo Federal, trazendo as disposições a seguir transcritas.

LEINº 11.143, DE 26 DE JULHO DE 2005.

Art. 1º O subsídio mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal, referido no art. 48, inciso XV, da Constituição Federal, será de R\$ 21.500,00 (vinte e um mil e quinhentos reais) a partir de 1º de janeiro de 2005.

Art. 2º O caput do art. 2º da Lei no 8.350, de 28 de dezembro de 1991, passa a vigorar com a seguinte redação a partir de 1º de janeiro de 2005:

"Art. 2º A gratificação mensal de Juízes Eleitorais corresponderá a 18% (dezoito por cento) do subsídio de Juiz Federal." (NR)

Art. 3º A partir de 1º de janeiro de 2006, o subsídio mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal será de R\$ 24.500,00 (vinte e quatro mil e quinhentos reais) e a gratificação mensal de Juízes Eleitorais corresponderá a 16% (dezesseis por cento) do subsídio de Juiz Federal.

Bem. Como visto nas disposições acima expostas há restrição expressa ao direito adquirido (art. 17 da ADCT, e 9º da EC nº 41/2003). Inicialmente abriu-se a porta da discussão que já estava sendo superada, não só pelo exaurimento da norma transitória, mas também por reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal que vem mantendo fora do computo do teto constitucional as parcelas de natureza individuais, entretanto surge a EC 41/2003 revigorando a restrição que tinha sido imposta pela mencionada regra de natureza transitória.

Nas próximas considerações apresentaremos algumas notas sobre o instituto do direito adquirido e o significado da parcela pecuniária conhecida por vantagem pessoal.

4. Direito Adquirido: conceito e garantia na Constituição da República

Buscar-se a essência da expressão “*direito adquirido*”, com o objetivo de se estabelecer um conceito, não é uma empreitada tão simples. Ao adentrar-se nessa seara ver-se-á que os fundamentos se irradiam para o princípio da irretroatividade das leis. Aí, recomenda-se primeiro fazer-se a distinção entre “*Direito Intertemporal*”, de quem o direito adquirido é espécie, e a “*Irretroatividade*”.

Tratando da matéria o Professor Zélio Furtado da Silva contribui com a seguinte distinção: “Morfologicamente, *intertemporal* é uma palavra composta pela partícula *inter* (do latim *inter*), cujo significado é interação; e, *temporal* (do latim *temporalis*), relativo a tempo, isto é, aquilo que está integrado ao tempo. Enquanto que, *irretroatividade* exprime qualidade do ato ou do fato que não pode atingir o passado ou agir sobre os fatos ou os atos passados. Assim, no plano jurídico, irretroatividade designa que uma lei nova não pode retroagir. E o Direito Intertemporal é aquele que resulta de uma lei revogada, mas que, apesar disto, persiste. Sendo assim, são dois fenômenos distintos: o princípio segundo o qual a lei não retroage, e aqueles direitos que perduram inatingidos com a vigência de uma nova disposição”.³

Apesar da remota origem, posto que encontra suas raízes no direito natural e no direito divino, a definição do direito adquirido é deveras complicada, existindo doutrinadores que considera esse tema indefinível. Duguit, citado por diversos autores, teria dito que há cinquenta anos ensinava o Direito e não fazia outra coisa. No Entanto, não sabia o que era direito adquirido; “ou existe o direito ou não existe e, se existe, é sempre adquirido. Em outros termos, todo direito é adquirido”.⁴

³ Direito Adquirido à Luz da Jurisprudência do STF Referente ao Servidor Público, Editora de Direito, pág. 35.

⁴ Raul Machado Horta, *Apud* Zélio Furtado da Silva, Ob. Citada, pág. 46.

No que pese todos os reveses, a expressão *direito adquirido*, numa interpretação morfológica, significa o direito que já incorporou ao patrimônio da pessoa, constituindo um bem a merecer tutela legal.

No Brasil, a definição legal de direito adquirido vamos encontrar no § 2º do artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42), que assim expressa:

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

Partindo deste conceito, Oscar Tenório, considera que *direito adquirido* é um bem jurídico, criado por um fato capaz de produzi-lo, segundo as prescrições da lei então vigente, e que, de acordo com os preceitos da mesma lei, entrou para o patrimônio do titular. Acham-se no patrimônio os direitos que podem ser exercidos, como, ainda, os dependentes de prazo ou de condição preestabelecida, não alterável a arbítrio de outrem

Como se trata de norma de direito posto e pressuposto, é importante verificar se essa regra definidora está incluída dentro da finalidade maior do Direito. Socorremo-nos, então, da recomendada lição do conceituado Professor Reis Friede:

*"Direito é antes de tudo imperativo de ordem que se exprime, sobretudo, pela intangibilidade da ordem jurídica oficial geradora de segurança no mais amplo sentido, como imperativo último da própria sobrevivência do Estado e da natural imposição da segurança das relações sócio-jurídicas, dentro do contexto amplo do binário básico do Direito que privilegia, além da dimensão do valor da Justiça, fundamentalmente a Segurança das Relações Jurídicas".*⁶

⁵ Apud Zélio Furtado da Silva, Ob cit., pág. 49.

⁶ *Questões de Direito Positivo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Thex Editora. pág. 20.

Do paralelo entre a norma e o conceito, supra transcritos, um valor se destaca, que é a segurança da relação jurídica, e essa segurança tem sua garantia na norma jurídica vigente na época da constituição da relação jurídica. A não observação deste elemento básico do Direito põe em risco a estabilidade das relações sócio-jurídicas. Assim, percebe-se claramente o ajustamento da definição de direito adquirido feito pela lei infraconstitucional com o objetivo maior do direito.

Dentre tantos que se pronunciaram sobre direito adquirido destacamos o trabalho do Dr. Mário Corrêa Bittencourt, em artigo publicado na RT 739, ao citar trechos do voto do Desembargador Cordeiro Fernandes, em acórdão do TJSP:

"O que o direito transitório protege é o próprio fato aquisitivo, cuja eficácia jurídica não pode ser eliminada por uma lei diversa daquela sob a qual ocorreu o fato" (Cf. Paul Roubier, Le droit transitoire, 2eme édition, 1960, n. 41, p. 185 et seq.). (Apud RT 442/66)

A lei nova não pode, portanto, ferir direitos adquiridos. E nota Porchat, com muita adequação, que, no Brasil, desde o Império, não é permissível, por disposição constitucional, a lei retroativa.

É sumamente importante, adverte Savigny, que se possa ter uma confiança segura na autoridade das leis existentes. E não haveria nenhuma segurança para os cidadãos, se os seus direitos pudessem a cada passo, ser postos em questão ou suprimidos pela vontade do legislador. O interesse geral não é senão a resultante dos interesses individuais (Planiol). Os fatos consumados sob a vigência de uma lei continuam a produzir sob a vigência da lei posterior os efeitos que lhe eram atribuídos por aquela. Nisso consiste o direito adquirido. (RT 442/67)

Lei posterior que viesse a atribuir ao mesmo fato efeitos diversos, ou lhe recusasse a potencialidade de produzir os efeitos segundo a lei do tempo em que se consumou era apto a produzir (sic), estaria pretendendo, precisamente, a retroatividade que a nossa Constituição declara ilegítima" (Francisco Campos, RT 442/67).

Ainda no mesmo artigo, o autor cita trechos do voto do Min. Alfredo Buzaid, decisivo no julgamento do RE 95.519-DF pelo STF:

“Com efeito, todos sabem que a lei é feita para valer para o presente e para o futuro, não devendo, de ordinário, atingir atos ou fatos ocorridos no passado. A doutrina fundamenta esta regra geral, apresentando argumentos políticos, sociológicos e jurídicos. Diz-se que uma lei vale só para o futuro, justamente porque a sua eficácia nasce depois de sua promulgação. Os romanos expressaram esta idéia com as palavras: Quid cumque post hanc legem rogata (Cícero, Pro Rabir, VII, 14; D. 35.2.1). Se ela estendesse os seus efeitos aos fatos pretéritos, isso significaria que ela adquiria existência e eficácia quando ainda não existia. Portanto, os atos e fatos passados se regem pela lei sob cujo império ocorreram ou tiveram nascimento (Ferrara, Trattato di Diritto Civile Italiano, I, 257)” (RT 591/259).

Prosseguindo, argumenta: *“Uma sábia política não consente que o legislador possa destruir o passado, tornando inválidos os atos legitimamente praticados sob o regime das leis então existentes, porque criaria grave incerteza sobre o valor e eficácia das relações jurídicas, instituiria o perigo permanente da instabilidade dos negócios e ludibriaria a esperança dos povos, que confiaram na promessa e na mensagem do legislador (Cunha Gonçalves, Tratado de Direito Civil, 1/342). O Estado, sendo o guardião da ordem jurídica, estaria em contradição consigo mesmo, se nas relações jurídicas, bem como direitos e obrigações criados sob a proteção de suas leis e sob a sua garantia, quisesse depois, arbitrariamente, destituir-lhes a eficácia (Ferrara, op. Cit., I/257 et seq.)”*

O insigne Pontes de Miranda, também citado pelo signatário do artigo suso mencionado, fornece-nos as seguintes lições:

“Em verdade, a lei nova não incide sobre fatos pretéritos, sejam eles, ou não, atos, e por conseguinte — não pode ‘prejudicar’ os direitos adquiridos já irradiados e os que terão de irradiar-se” (Comentários à Constituição de 1967, com a Revista do Ministério Público do Estado do Amazonas v. 6 - 385

emenda de 1969, t. V, p. 67).

Mas a lei nova não pode ir para o passado, tornando deficiente o suporte fático que não o era ao tempo em que se deu a incidência da lei velha (Tempus regit factum)"(Op. Cit., t. V, p. 69).

O efeito retroativo, que invade o passado, usurpa o domínio da lei que já incidiu, é efeito de hoje, riscando, cancelando, o efeito de pretérito: o hoje contra o ontem, o voltar no tempo, a reversão na dimensão fisicamente irreversível"(Op. Cit., t. V, p. 80).

É claro que a maioria das citações acima expostas estão voltadas contra normas legais infra-constitucionais, o que na nossa modesta opinião suas lições não escapam de serem apropriadas para contraditar normas constitucionais. Não é suficiente utilizar-se do argumento de que a Constituição está no plano superior, até porque não se pode conceber uma Constituição que não esteja enquadrada no plano maior do direito, principalmente quando se trata de Constituição estruturada em princípios.

5. Garantia do direito adquirido na Constituição da República

As Constituições Brasileiras de 1934, 1946, 1967 e 1988, consagraram expressamente como princípio constitucional o Direito Adquirido, muito embora já fosse considerado como princípio-reflexo do princípio da irretroatividade ampla da lei, consagrado nas Constituições de 1824 e 1891. Registre-se que a Carta de 1937, que instituiu o regime autoritário, não ratificou o princípio da intangibilidade do direito adquirido, assim como não considerou como norma constitucional a retroatividade benéfica da lei penal.

Mesmo estando incluso entre as garantias constitucionais, o direito adquirido não logrou conceituação por parte de nossos constituintes, que deixaram essa tarefa para o legislador infra-constitucional. A definição veio ainda na vigência

da Constituição de 1891, nas disposições introdutórias da Lei 3.071/1916 (Código Civil). Raul Machado Horta assevera que “a Introdução ao Código Civil não só definiu (art. 3º, § 1º) como impôs à lei o respeito ao direito adquirido (art. 3º, *caput* e § 1º), *in verbis*: “A lei não prejudicará, em caso algum, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, ou a coisa julgada. Consideram-se adquiridos, assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida, inalterável, a arbitrio de outrem”⁷. Registre-se que, na vigência da Carta de 1937, esta disposição foi revogada pela nova Lei de Introdução do Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42), contudo a Lei nº 3.238/57 a restabeleceu, em obediência ao preceito consagrado na Carta de 1946.

A Constituição de 1988 contempla o princípio do direito adquirido como um direito fundamental, situando-o no título dos *Direitos e Garantias Fundamentais*, precisamente no capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, no art. 5º, inciso XXXVI, *verbis*: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Desta forma, a lei, e por esta entenda-se o produto do processo legislativo, dentre as espécies indicadas no artigo 59 da Constituição vigente, não poderá ofender o Direito Adquirido.

Assim, consoante lição de Uadi Lammêgo Bulos, “emendas à constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções não poderão voltar no tempo, prejudicando direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos e coisas julgadas, porque todas essas modalidades normativas integram o significado amplo do signo *lei*”⁸.

Em relação à lei, no seu significado constitucional, é posição dominante no Direito Brasileiro que esta não poderá

⁷ *Constituição e Direito Adquirido*. Revista Trimestral de Direito Público, vol. 1, pág. 56.

⁸ *Constituição Federal Anotada*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. pág. 180.

ofender o direito adquirido, em razão deste possuir característica de intangibilidade. Resta saber se a própria Constituição, que o consagra, poderá desconsiderá-lo, admitindo-se a possibilidade da coexistência de dois princípios aparentemente conflitantes, ou de um princípio e uma regra aparentemente conflitantes. Antes de abordar esta questão convém passar uma pequena vista sobre a seara das normas jurídicas, no que concerne à possibilidade da existência de colisão entre as mesmas.

6. Conflitos de Normas (princípios e regras)

Antes de se cogitar na possibilidade de colisão ou de supremacia entre as normas jurídicas, é necessário verificar a importância e a relação entre as suas espécies.

Assevera Canotilho que a teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre *normas e princípios*. Abandonou-se essa terminologia para, em sua substituição, considerar-se *regras e princípios* como duas espécies de normas.⁹ Portanto, *norma* é o gênero, e *regras e princípios*, suas espécies.

Inúmeros têm sido os modos apontados pela doutrina para distinguir regras de princípios. Canotilho indica os seguintes critérios:

a) *Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida;*

b) *Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa;*

c) *Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex. princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex. princípio do Estado de Direito);*

⁹ *Direito Constitucional*, 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. pág. 166.

d) *Proximidade da idéia de direito: os princípios são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (DWORKIN) ou na idéia de direito (LAREZ); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; e*

e) *Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.*¹⁰

Abordando o tema, Paulo Bonavides, cita o Professor alemão Robert Alexy, com a seguinte contribuição:

*“... é, portanto, diferença entre duas espécies de normas. Lembra que os critérios propostos à distinção ora estabelecida são inumeráveis. O mais freqüente, acentua, é o da generalidade. De acordo com este, diz Alexy, os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade relativa, ao passo que as regras, sendo também normas, têm, contudo, grau relativamente baixo de generalidade”*¹¹

Ilustrando a assertiva de que os princípios possuem elevado grau de generalidade, enquanto as regras possuem grau baixo de generalidade (grau de abstração relativamente reduzido), vale a pena citar os ensinamentos de Robert Alexy:

“Los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas con un nivel relativamente bajo de generalidad. Un ejemplo de una norma con un nivel relativamente alto de generalidad es la norma que dice que cada cual goza de libertad religiosa. En cambio, una norma según la cual todo preso tiene derecho a convertir a otros presos tiene un grado relativamente bajo de generalidad. Según el criterio de generalidad, se podría pensar que la primera norma podría ser clasificada como principio y la segunda como regla”¹².

Como normas fundamentais do sistema, “os

¹⁰ Ob. cit., pág. 166/167.

¹¹ *Curso de Direito Constitucional* 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. pág. 249.

¹² *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales : Madrid, 1993, p. 83 e 84.

princípios consagram valores que servem de fundamento para todo o ordenamento jurídico e irradiam-se sobre este para transformá-lo em verdadeiro sistema, conferindo-lhe a necessária harmonia. Não seria exagero dizer que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores”.¹³

Os princípios, portanto, fundamentam toda a ordem jurídica através do universo de valores, devendo ser utilizados para preencher as lacunas existentes na lei, além de originarem outros princípios correlatos.

Além do aspecto da generalidade, outra diferença importante entre princípios e regras diz respeito ao fato de que aqueles configuram ordem, e devem ser atendidos, enquanto as regras podem ser cumpridas ou não. Os princípios constituem ordem, não deixando margem para descumprimento.

Por sinal, Geraldo Ataliba com a sapiência que lhe era peculiar afirmou: “mesmo no nível constitucional, há uma ordem que faz com que as regras tenham sua interpretação e eficácia condicionada pelos princípios. Estes se harmonizam, em função da hierarquia entre eles estabelecida, de modo a assegurar plena coerência interna ao sistema (a demonstração cabal disso está em J. M. Teran, *Filosofia del Derecho*, p. 146)”¹⁴

Nessa esteira podemos observar que, ocorrendo choque entre princípio e regra, aquele deve prevalecer, ao passo que se o caso envolver colisão entre princípios, a solução passará pelo exame da lei de colisão.

Encerrando esse tópico é bom que se diga que a doutrina não costuma abordar essa questão sobre possível conflito entre princípio e regra. Certamente porque regras são normas prescritivas, de aplicação imediata, ao passo que princípios são normas valorativas. Todavia, o que não se pode esquecer é que

¹³ TAVARES, Ande Ramos. *A Categoria dos Preceitos Fundamentais na Constituição Brasileira*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 34. 2001.

¹⁴ ATALIBA, Geraldo. *In República e Constituição*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985, p. 6

toda regra tem seu fundamento em um princípio. Não se podendo conceber regra sem que esteja escudada em algum princípio.

7. Aparente colisão entre normas constitucionais

Assim se concebendo, e para efeito de argumentação, como resolver o aparente conflito entre o disposto no artigo 5º, inciso XXXVI e o artigo 17 do ADCT, aparentemente revigorado pelas disposições do artigo 9º, da EC 41/2003, da atual Carta da República? Ou, pergunta-se aos cientistas do direito: qual o princípio que rege a parte final do citado artigo 17?

É sabido que, em sede de Direito Constitucional Brasileiro, há quase unanimidade na doutrina o entendimento em ignorar antinomias entre normas constitucionais. Poder-se-ia, para sustentar controvérsias, argumentar que a CF/88, em seu artigo 5º, inciso XXXVI, que estabeleceu o princípio do direito adquirido, inserido no capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, prepondera sobre o artigo 17, inserido no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, porque entre princípios e regras prevalecem aqueles.

Em apelo ao direito comprado não devemos esquecer a idéia da existência do direito suprapositivo, defendida, dentre outros, pelo professor alemão Otto Bachof, que admite a declaração de inconstitucionalidade da própria constituição quando contrariar o direito suprapositivo. Fincou o renomado jurista, *verbis*:

“Pressuposto da obrigatoriedade da idéia de justiça para o direito é, todavia, a existência de um consenso social acerca pelo menos das idéias fundamentais da justiça. Apesar de todas as divergências no pormenor, creio que deve reconhecer-se um tal consenso: o respeito e a proteção da vida humana e da dignidade do homem, a proibição da degradação do homem num objecto, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, a exigência da igualdade de tratamento e a proibição do arbítrio são postulados da justiça de evidência imediata. Um Estado poderá certamente desrespeitar tais princípios, poderá fazer passar também por “direitos” as

prescrições e os actos estaduais que o desrespeitem e poderá impor a observância destes pela força. Um tal direito aparente nunca terá, porém, o suporte do consenso da maioria dos seus cidadãos e não pode, por conseguinte, reivindicar a obrigatoriedade que o legitimaria... O Tribunal Constitucional Federal, do mesmo modo que outros tribunais alemães, reconheceu em várias decisões a existência de direito "suprapositivo", obrigando também o legislador constituinte. Considera-se ele competente para aferir por esse direito o direito escrito. Também uma norma constitucional pode ser nula, se desrespeitar em medida insuportável os postulados fundamentais de justiça".¹⁵

O guardião de nossa Constituição está com a missão de decidir sobre a prevalência das disposições do artigo 9º da Emenda Constitucional nº 41/2003, para então ser confirmado ou não o direito fundamental esculpido no art. 5º, inciso XXXVI, combinado as disposições do artigo 60, § 4º, inciso IV, da nossa Carta Política.

8. O direito adquirido contra a Constituição, estampado na restrição de vantagens pessoais

Muitas vezes, inclusive de pessoas dotadas de grande saber jurídico, afirmam que inexistente direito adquirido contra a Constituição, todavia não apresentam incontroversa justificação.

Outras, enfrentam a problemática matéria argumentando sobre a necessidade de conciliar os interesses particulares com o da ordem pública, onde afirmam que o direito adquirido não pode está na contramão do interesse coletivo, uma vez que aquele é manifestação de interesse particular que não pode prevalecer sobre o interesse geral.

O Professor Hugo de Brito Machado, em seu artigo intitulado "*Direito Adquirido e Coisa Julgada como Garantias Constitucionais*", publicado na RT 714, oferece respeitáveis ponderações, entendendo, em primeiro lugar, ser necessário

¹⁵ FILHO, Evilásio Correia de Araújo. *É possível a Aplicação dos Juizados Criminais no Âmbito da Justiça Federal Comum, Eleitoral e Militar*. Teiajurídica, em 04/08/97. 392 - Revista do Ministério Público do Estado do Amazonas v. 6

distinguir a irretroatividade das normas jurídicas em geral, que é preceito de lógica jurídica, da garantia decorrente de preceito de determinado ordenamento jurídico, como o residente no art. 5º, XXXVI, de nossa CF/88, segundo o qual a “lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Acrescenta, o insigne mestre:

“O princípio da irretroatividade, posto no plano da Teoria Geral do Direito, tem fundamento lógico-jurídico. Na verdade norma nenhuma retroage, pois o tempo é irreversível. O que pode haver é aplicação da lei, no presente, a certos efeitos de fatos ocorridos no passado. Isso, porém, só excepcionalmente se admite. A regra é a aplicação da lei apenas aos fatos posteriores ao início de sua vigência. A não ser assim, ter-se-ia destruído o próprio Direito, pela negação de sua principal finalidade, que é a de assegurar a estabilidade social.

Diz-se que não existe direito adquirido contra a Constituição porque o legislador constituinte, laborando no plano da Lei Maior, não está submetido aos limites nela estabelecidos, e pode, portanto, dizer expressamente que determinada norma aplica-se a projeções de fatos do passado. Entretanto, se a norma da Constituição nada dispõe a respeito de sua aplicação, a questão de direito intertemporal resolve-se pela irretroatividade, nos termos da lógica jurídica”¹⁶.

O direito adquirido diretamente atingido pelo preceito do artigo 9º da EC 41/2003 corresponde às vantagens pessoais, que fazem parte das retribuições pecuniárias acrescidas aos subsídios ou vencimentos. Tais vantagens individuais, ou vantagens pessoais subjetivas são conquistadas em razão unicamente do decurso do tempo de serviço (*facto temporis*) e, uma vez concedidas, incorporam-se automaticamente ao vencimento e o acompanham em todas as suas mutações, inclusive quando se converte em proventos da inatividade.

É oportuno lembrar a seguinte consideração de Hely Lopes Meirelles, onde se pode identificar com melhor clareza as

¹⁶ MACHADO, Hugo de Brito. *In Direito Adquirido e Coisa Julgada como Garantias Constitucionais*. Artigo publicado na RT 714.

vantagens pessoais de outras vantagens pecuniárias.

“As vantagens pecuniárias podem ser concedidas tendo-se em vista unicamente o tempo de serviço, como podem ficar condicionadas a determinados requisitos de duração, modo e forma da prestação de serviço (vantagens modais e condicionais). As primeiras tornam-se devidas desde logo e para sempre com o só exercício do cargo pelo tempo fixado em lei; as últimas (modais ou condicionais) exigem, além do exercício do cargo, a ocorrência de certas situações, ou o preenchimento de determinadas condições ou encargos estabelecidos pela Administração. Exemplo típico de vantagens dependentes apenas do tempo de serviço são os adicionais por biênio, triênio, quinquênio etc.; exemplos de vantagens condicionais ou modais temos-los nos adicionais de tempo integral, de dedicação plena e de nível universitário, como, também, nas gratificações por risco de vida e saúde, no salário-família, na licença-prêmio convertível em pecúnia e outras dessa espécie”¹⁷.

Consideram-se as vantagens pessoais, como os anuênios, biênios, triênios ou quinquênios, direito individual, enquadrado na categoria dos direitos fundamentais, alinhado no inciso XXXVI, da Constituição da República, sendo garantido pela nossa Carta Política, como imutável por força emenda constitucional, na exegese do artigo 60, § 4º do mesmo Diploma Político.

O Ilustre jurista baiano Paulo Modesto, com a sua extraordinária capacidade de resumir o pensamento jurídico, ao abordar sobre a segurança jurídica e o direito intertemporal, traz a seguinte contribuição:

“É bem de ver que a regra do art. 5º, XXXVI, dirige-se, primariamente, ao legislador e, reflexamente, aos órgãos judiciários e administrativos. Seu alcance atinge, também, o constituinte *derivado*, haja vista que a não-retroação, nas hipóteses constitucionais, configura direito individual que, como tal, é protegido pelas limitações materiais do art. 60, § 4º, IV, da CF.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Obra citada, pág. 459.

Disso resulta que as emendas à Constituição, tanto quanto as leis infraconstitucionais, não podem malferir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. O princípio da não-retroatividade só não condiciona o exercício do poder constituinte *originário*. A Constituição, como ato de criação ou de reconstrução do Estado, faz a travessia entre o poder político soberano e a nova ordem jurídica, não sofrendo limitação por parte do ordenamento constitucional anterior. Como regra, todavia, a supressão de um direito adquirido somente deverá ocorrer por força de disposição expressa da nova Constituição”¹⁸.

Inquietas com as disposições aprovadas pela Reforma da Previdência, a ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO-CONAMP, por seu Presidente, e a ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS-AMB, por seu Presidente, formularam vários questionamentos ao Ilustre constitucionalista José Afonso da Silva, obtendo, dentre outras, respostas aos seguintes quesitos:

“1) Pode emenda constitucional em face do princípio da irredutibilidade (artigos 128, §5º, I “c”; 95, III, e 37, XV, da Constituição Federal) provocar diminuição ou corte de remuneração, subsídios, proventos, pensões ou vencimentos (art. 1º da PEC 40, na parte em que dá nova redação ao inciso XI do art. 37, e artigos 8º e 9º) ?

Não. Emenda Constitucional não pode desprezar o princípio da irredutibilidade de subsídio ou de remuneração. Pois, trata-se de um princípio constitucional geral que protege todas as formas de estímulos da relação de trabalho, tanto as das relações de trabalho privados como as das relações de trabalho público, sejam, salários, vencimentos, remunerações ou subsídios (exceto os subsídios de mandato eletivo que não constituem estímulos de relação de trabalho). Esse princípio hoje imanta todas as normas constitucionais relativas aos estímulos da relação de trabalho (CF, arts. 7º, VI; 37, XVI; 42, § 1º c/ 142, § 3º, VIII; 95, III: 128, § 5º, I, c, e 142, § 3º, VIII). Com relação à magistratura, o princípio

¹⁸ MODESTO, Paulo. *In Reforma da Previdência*. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2004, p. 125.

já é secular, pois já constava do art. 57, § 1º, da constituição de 1891. Ora, diminuir ou cortar remuneração, subsídios e vencimentos, com incidência apenas sobre alguns agentes públicos, por emenda constitucional não infringe apenas o princípio da irredutibilidade, mas também o princípio da igualdade de tratamento. A diminuição de proventos e pensões esbarra com uma situação jurídica subjetiva definitivamente constituída e, como nos demais casos, é inconstitucional.

2) Pode emenda constitucional (art. 9º da PEC 40) atribuir eficácia a norma de efeitos instantâneos, imediatos e exauridos, veiculadora de restrições ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, editada pelo poder constituinte originário?

Não. Emenda constitucional, como demonstrado amplamente, não pode atribuir eficácia a norma de efeitos instantâneos, imediatos e exauridos, em hipóteses alguma, e menos ainda a norma veiculadora de restrições ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Portanto, o art. 9º da PEC é inconstitucional na medida em que determina a aplicação do art. 17 do ADCT a situações que ela cria. Esse art. 17, que veio da atuação do poder constituinte originário, estava vinculado a situações que decorria da passagem do sistema constitucional anterior para o sistema constitucional superveniente. Enfim, vinculava-se ao disposto nos incs. XI e XIV do texto originário da constituição. Esses incisos foram completamente modificados pela EC-19/1998. Só isso bastava para o esaurimento da eficácia do art. 17. Mas este foi aplicado nos limites daqueles incisos, com o que sua eficácia se esgotara. Logo, o que o art. 9º da PEC pretende é criar, por vias transversas, um dispositivo novo que restrinja ou afaste a incidência do direito adquirido, mas isso esbarra com o art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, porque, como demonstrado, emenda constitucional não pode abolir o direito adquirido, e se o faz incide em inconstitucionalidade, como é o caso¹⁹.

Também atendendo a consulta da CONAMP e da AMB, e publicado no caderno já referido, o insigne mestre Celso Antônio Bandeira de Melo assim se pronunciou sobre a

¹⁹ MELO, Celso Antônio Bandeira de; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira; e SILVA, José Afonso. *In Reforma da Previdência*. Rio de Janeiro. CONAMP, caderno publicado em 2004, p. 54-55.

aplicabilidade do artigo 9º da Emenda Constitucional 41/2003 ao restabelecer a vigência do artigo 17 do ADCT.

“O art. 17 do ADCT evidentemente tem de ser compreendido e interpretado na conformidade das normas constitucionais então vigentes, pois a elas é que estava reportado. Ou seja: o texto em questão levava em conta um dado regramento atinente a agentes públicos e não regramentos que ulteriormente vieram a sucedê-los. Como disposição transitória que é, sua aplicação já não poderia ser extrapolada para situações diferentes daquelas que então foram levadas em conta. Contudo, além disto, dita extrapolação seria impossível uma vez que Emenda Constitucional, como reiteradamente dito, não poder afrontar direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada, sendo certo que a irredutibilidade de vencimentos constitui-se em um direito adquirido dos agentes públicos e os proventos e pensões, demais disto, ainda compõem a figura do chamado ato jurídico perfeito. Logo, o fato da PEC “sub examine” reporta-se ao art. 17 do ADCT, não significa que, por força disto, ela consiga se investir em poderes que ultrapassam o âmbito de uma simples Emenda e o dispositivo transitório em questão não ganha, por força da PEC, uma eficácia distinta daquela que lhe resultada da remissão a texto anterior que não mais existe”²⁰.

9. Conclusão

Nossa despreziosa posição sobre o dispositivo constitucional supra mencionado é no sentido de que ele, como o constituinte *derivado* não fez nenhuma referência a fatos constituídos no passado, essa norma constitucional, inserida na nossa Carta Política por força de uma emenda, não tem o poder de atingir o direito adquirido. Sem considerar o fato de que tendo sido o direito adquirido com a observação das regras da Lei Maior, então vigente, não pode ser atingido, sob pena de se por em risco a credibilidade do valor e da eficácia das relações jurídicas. Talvez por esta razão tenha o legislador constituinte originário considerado os direitos catalogados no artigo 5º como “cláusulas

²⁰ Obra citada, p. 92..

pétreas”, incluindo-os entre os insuscetíveis de serem modificados por Emenda Constitucional, conforme dispõe o art. 60, § 4º, da Constituição da República.

Compartilhamos também com a opinião de que a intenção de nosso legislador, no caso vestido na camisa de constituinte *derivado*, em ressuscitar o já exaurido e extravagante artigo 17 do ADCT não foi apropriada e atenta contra a própria Constituição, ao atingir direito fundamental por ela consagrado.

E quanto ao cômputo das vantagens individuais no teto geral constitucional, já legalmente estipulado por lei, entendemos que deve prevalecer a partir da data da publicação da Lei 11.143/2005, que fixou o subsídio dos Ministros do Supremo Federal, situação que respeitará o direito fundamental conhecido por “direito adquirido”.

Referências bibliográficas

- ALEXY**, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales : Madrid, 1993
- ATALIBA**, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985.
- BONAVIDES**, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BULOS**, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CANOTILHO**, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- FILHO**, Evilásio Correia de Araújo in *É possível a Aplicação dos Juizados Criminais no Âmbito da Justiça Federal Comum, Eleitoral e Militar*. Teiajurídica, em 04/08/97.
- FRIEDE**, Reis. *Questões de Direito Positivo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Thex Editora.
- HORTA**, Raul Machado. *Constituição e Direito Adquirido*. Revista Trimestral de Direito Público, vol.1.
- MACHADO**, Hugo de Brigo. *Direito Adquirido e Coisa Julgada como Garantias Constitucionais*. RT 714.

- MEIRELLES**, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MELO**, Celso Antônio Bandeira de; **MOREIRA NETO**, Diogo de Figueiredo Moreira; e **SILVA**, José Afonso. *In Reforma da Previdência*. Rio de Janeiro. CONAMP, caderno publicado em 2004.
- MODESTO**, Paulo. *Reforma da Previdência*. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2004.
- SILVA**, Zélio Furtado da. *Direito Adquirido à Luz da Jurisprudência do STF Referente ao Servidor Público*. Editora de Direito.
- TAVARES**, Ande Ramos, *in A Categoria dos Preceitos Fundamentais na Constituição Brasileira*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 34.

Trabalhos
Forenses



Ação civil pública por ato de improbidade administrativa

Carlos José Alves de Araújo *

REQUERENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS

REQUERIDO: ***

LEGISLAÇÃO APLICÁVEL: LEI 8.429/92

PEÇA PROFISSIONAL: AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS, por intermédio do Promotor de Justiça infra-assinado, com fundamento nos artigos 129 inciso III da Constituição Federal, 1º inciso IV, 3º e 11, da Lei Federal 7.347/85, 26 inciso IV alínea “b” da Lei Federal 8.625/93, 103 inciso VIII da Lei Complementar Estadual 734/93 e 17 da Lei Federal 8.429/92, respeitosamente, vem promover a presente **AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA** em face de ***, brasileiro, casado, policial militar da reserva, Prefeito do Município de Manacapuru/AM, domiciliado na Praça 16 de julho, s/n, Centro, pelos motivos de fato e razões de direito adiante expostas:

1. FATOS

1.1 A TV AMAZONAS e o SBT, canais de televisão e rádio, através de suas repetidoras nesta cidade, divulgaram propaganda de promoção pessoal do requerido nos dias 18 a 21 de maio e de 18 de junho a 21 de junho, conforme os documentos em anexo (docs. 01 a 05). Pelas referidas propagandas o Município pagou R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) à RÁDIO TV DO AMAZONAS LTDA (doc. 02); R\$ 4.000,00 (quatro mil

* Promotor de Justiça em Manacapuru/AM. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes – RJ.

reais) pelos meses de maio e junho/2004 à TELEVISÃO A CRÍTICA LTDA (doc. 03); R\$ 6.000,00 (seis mil reais) pelos meses de maio e junho/2004, à CEGRASA (doc. 04), conforme os contratos de publicidade juntados à presente, **totalizando prejuízo ao erário no montante de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).**

1.2 O teor das propagandas, obviamente de conhecimento público nesta cidade, falava sobre os “60 dias de governo do Prefeito ***”, sobre “as obras do Prefeito ***”, enfim, toda a propaganda enfatizou o “Prefeito ***” e não o Município de Manacapuru ou a Prefeitura Municipal de Manacapuru, como se pode ver nos vídeos tapes que seguem junto à presente em gravação (segue com a presente um DVD com as propagandas ilícitas).

1.3 **Verifica-se que o requerido divulgou nas emissoras de TV desta cidade uma ação na área de saúde onde médicos atendiam pessoas numa quadra esportiva da cidade, todos vestidos com uma camiseta branca onde se lê “Prefeito *** em letras verdes (ver DVD), que demonstra claramente o uso dos serviços, do pessoal e do dinheiro público para promoção pessoal.**

1.4 Extrema de dúvida que as propagandas publicitárias paga pela Municipalidade de Manacapuru/AM visavam à autopromoção de ***, em vista da eleição que se aproxima, devendo, portanto, serem aplicadas pelo Poder Judiciário as sanções previstas na Lei 8.429/92, para o pronto restabelecimento da ordem jurídica violada.

2. DIREITO

2.1 A Administração Pública só pode utilizar dinheiro público para publicidade nos estritos limites previstos no § 1º do artigo 37 da Constituição Federal. As propagandas ora comentadas não foram direcionadas à Prefeitura Municipal de Manacapuru/AM, mas à pessoa de ***. A Constituição Federal estabelece que:

“Artigo 37 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte”:

omissis;

“§ 1º - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos”.

2.2 Logo, era indevido à Municipalidade de Manacapuru/AM custear propaganda pessoal do requerido. O erário não poderia ser onerado para o custeio de despesa que não trouxe benefício algum à administração pública municipal. Lembre-se que o contrato de prestação de serviços cobre despesas com publicidade de atos do interesse do Município, e dentre eles, não se insere, e nem poderia ser o contrário, qualquer propaganda particular da pessoa do administrador público. Não se confundem atos de interesse do Município com as vontades pessoais do administrador público diante do princípio da impessoalidade.

2.3 Sem embargo, **anote-se que as matérias divulgadas não têm nenhum caráter educativo, informativo ou de orientação social.** Prestaram apenas para que *** fosse colocado como o benfeitor de Manacapuru, como se o mesmo estivesse custeando de seu próprio bolso as ações sociais do Município. **Sua conduta, efetivamente, caracterizou, além de imoralidade administrativa e lesão ao erário, improbidade administrativa nos termos dos artigos 9º inciso XII e 11, inciso I, da Lei Federal 8.429/92.**

2.4 Não é novidade para ninguém que o administrador

público não se pode valer do cargo para usar o dinheiro público em seu benefício. Vale a pena invocar v. acórdão da Colenda 5ª Câmara Civil do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que sobre o tema pronunciou:

“Não pode o administrador, usando do dinheiro público, fazer propaganda de suas obras, serviços e campanhas. Aliás, num País como o nosso, com tão poucos recursos, não se pode sequer entender porque grandes importâncias em dinheiro, que poderiam ser usadas em programas sociais, São destinadas muitas vezes para propaganda e publicidade, sem conotação de informação, orientação ou educação, de obras e serviços que se constituem obrigação do administrador eleito. Mas tal é tolerado pela lei, e não é precisamente o que se discute no presente caso. Mas nem por isso, pode se fechar os olhos a artifícios que vêm sendo utilizados pelos Srs. Administradores Públicos, para conseguirem, com uso do erário, vincular seus nomes a determinadas obras e serviços, fazendo verdadeiras campanhas de autopromoção” (Apelação Cível 160.666-1/0, Cubatão, Relator Desembargador Melo Junior, v.u., 07-02-1.992).

2.5 Na doutrina administrativista, como não poderia deixar de ser, os autores são unânimes na argumentação do acórdão acima citado e nos diz Marcelo Caetano, o funcionário deve:

“servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades deles decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer” (apud José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, pg. 571, Malheiros Editores, 9ª ed.).

2.6 Aqui justamente residem o enriquecimento ilícito e a lesão ao erário na medida em que para colher proveito pessoal o agente público nada despendeu, pois, usou contrariamente à lei recursos do erário municipal (quantificados monetariamente na verba pública gasta já referida) para satisfazer suas aspirações políticas, mormente sua reeleição.

2.7 Na vigência da Lei Federal 8.429/92 a prestação negativa é fórmula de enriquecimento ilícito, de vantagem econômica indevida. Francisco Bilac Moreira Pinto assinalava:

“A vantagem econômica, sob forma de prestação negativa, é aquela que nada acrescenta, diretamente, à fortuna do agente passivo da corrupção”.

“Ela representa, porém, para o servidor público, enriquecimento ilícito indireto, porque corresponde à poupança de despesas a que se obrigou. Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos, p. 269, Ed. (Forense)”.

2.8 Ademais, atentou o requerido contra os princípios da moralidade e da impessoalidade administrativas **usando de sua competência para atingir fim diverso e estranho à disciplina da administração pública e manifestamente proibido em lei, utilizando verba pública para fazer publicidade de cunho eminentemente pessoal**, sem qualquer conotação de orientação social, informação ou educação. Frise-se, por oportuno, que ao mesmo tempo em que o ordenamento jurídico possibilita, e estimula a publicidade dos atos do poder público, não confere liberdade de agir discricionária ao seu conteúdo, **exigindo caráter educativo, informativo ou de orientação social, e vedando a promoção pessoal de qualquer forma**. É lógico que o agente público ***. ora requerido, não imprimiu qualquer conteúdo lícito a publicidade divulgada e dela se aproveitou para promoção pessoal absolutamente desnecessária, incabível e contrária a legislação.

2.9 Aliás, é bom lembrar que o requerido violou a Lei Orgânica do Município de Manacapuru, pois o artigo 88 diz que *“a administração pública municipal direta ou indireta obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.”* E o parágrafo 3.º do mesmo artigo, em simetria com a Constituição Federal, preconiza que *“na publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos ou entidades municipais, não deverá constar*

nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou funcionários públicos.”

3. PEDIDOS

3.1 Face ao exposto, é a presente para requerer a Vossa Excelência se digne determinar a autuação desta com os documentos que a instruem, bem como o DVD que a acompanha, e também:

3.1.1 A citação do requerido para, querendo, contestar a presente ação no prazo legal e sob pena de revelia;

3.1.2 A intimação da MUNICIPALIDADE DE MANACAPURU/AM para integrar a lide na qualidade de litisconsorte ativa, nos termos do artigo 17 § 3º, da Lei Federal 8.429/92;

3.1.3 A produção de todas as provas imprescindíveis em Direito admitidas.

3.1.4 Julgar procedente os pedidos para o fim de condenar *** , com fundamento nos artigos 9.º inciso XII e 11 inciso I da Lei Federal 8.429/92, às seguintes penalidades na forma e gradação do artigo 12, inciso I e III, da Lei Federal 8.429/92 :

3.1.4.1 Por ter causado prejuízo ao erário, na forma do artigo 9.º, inciso XII da Lei 8.429/92: a) perda da função pública; b) suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 08 a 10 anos; c) pagamento de multa civil até 03 (três) vezes o valor do dano causado ao erário; d) ressarcimento integral do dano aos cofres públicos da MUNICIPALIDADE DE MANACAPURU/AM, pelo valor de **R\$ 15.000,00 (quinze mil reais)**, acrescidos de juros de mora e corrigido monetariamente; e) proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de 10 (dez) anos;

3.1.4.2 Por ter atentado contra o princípio da impessoalidade, e praticado ato visando fim proibido lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência, na forma do artigo 11, caput e inciso I da Lei 8.429/92: a) perda da função pública; b) suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 03 a 05 anos;

c) pagamento de multa civil até 03 (três) vezes o valor do dano causado ao erário; d) ressarcimento integral do dano aos cofres públicos da MUNICIPALIDADE DE MANACAPURU/AM, pelo valor de **R\$ 15.000,00 (quinze mil reais)**, acrescidos de juros de mora e corrigido monetariamente; e) proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de 03 (três) anos; Dá-se a causa o valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Termos em que, pede deferimento.

Manacapuru/AM, 26 de agosto de 2004

Ação Civil Pública – Destituição de Conselheiro Tutelar por falta do requisito idoneidade moral

Christianne Corrêa Bento da Silva *

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS, através da 3ª Promotoria de Justiça da Comarca de XXX, instituição permanente incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, situada na estrada das flores, n.159, Fórum de Justiça, nesta Comarca, vem, através da Promotora de Justiça infra-assinada, com base no artigo 1º, inciso IV da Lei 7.347/85, propor **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** com pedido liminar em face do senhor ***, brasileiro, solteiro, Conselheiro Tutelar, com *** anos de idade, residente e domiciliado na rua ***, n. ***, nesta Cidade, em face dos fundamentos fáticos e jurídicos a seguir expostos:

1. Da legitimidade do Ministério Público

O Ministério Público, Instituição essencial à Justiça, tem como função precípua a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, segundo o teor do artigo 127 da Carta Constitucional de 1988.

Na mesma esteira, o artigo 129 de nossa Lei Maior estabelece como mecanismo de atuação do Ministério Público a propositura de ação civil pública em defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Também o Estatuto da Criança e do Adolescente, no inciso V, do artigo 201, atribui ao *parquet* competência para promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância

* Promotora de Justiça no Amazonas

e à adolescência, inclusive os definidos no artigo 220, §3º, inciso II, da Constituição Federal.

A Lei Orgânica Estadual n. 011/93, em seu artigo 3º, inciso IV, alínea “a”, reza que: “são funções institucionais do Ministério Público: instaurar procedimento administrativo e inquérito civil, e propor ação civil pública na forma da Lei: para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direito de valor artístico e a outros interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos”.

2. Dos fatos

No dia 12/11/2004, iniciou-se os trabalhos presididos pelo senhor JOÃO JOSÉ, presidente do Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, com a expedição do Edital 01/2204 para a realização da eleição do Conselho Tutelar desta Comarca, triênio 2005/2008.

Durante os preparativos para o pleito, houve intervenção do Ministério Público em vários momentos, tendo o Órgão ministerial sido o responsável pela revisão de todos os editais, revisão dos documentos apresentados pelos candidatos, elaboração da prova que seria aplicada aos candidatos e palestra realizada aos aptos a concorrerem à eleição.

A eleição foi realizada em 17.11.04, tendo sido eleitos os senhores: PEDRO, LUIZ, ANA, LAURA E ROBERTO.

Ocorre que em razão de denúncias formalizadas por cidadãos parintinenses, o Ministério Público instaurou Inquérito Civil n. 001/2005, cuja cópia segue integral em anexo, o qual, no término da apuração dos fatos, concluiu-se que um dos candidatos eleitos, o senhor ***, não preenche um dos requisitos elementares contidos no artigo 133 do Estatuto da Criança e do adolescente para que o eleito seja empossado no cargo de Conselheiro Tutelar.

Conforme apurado nos autos do citado inquérito civil, às fls. 66/67, o senhor ***, em termo de declaração, confirmou que recebia pensão em favor de seus sobrinhos menores de idade Angelo, Nair e Bianca, os quais passaram a morar consigo, mesmo possuindo genitor com vida.

Ressaltou ainda o declarante que, quando da propositura da ação de prestação de contas, concordou que, durante três anos, faria o pagamento ao menores no valor mensal de R\$50,00 (cinquenta reais).

Por fim, confessou que possui contra si outra ação, esta para pagamento de pensão alimentícia em atraso, movida pelo menor PAULO CÉSAR.

3. Do direito

A criação do Conselho Tutelar cabe ao Município, através de Lei, a qual disporá sobre o processo de escolha dos conselheiros tutelares pela comunidade local.

O processo de escolha deverá ser conduzido pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente – CMDCA, que deve ser criado e estar funcionando antes do Conselho Tutelar.

Nesta Comarca, numa mesma lei, foi criado o CMDCA, o Fundo Municipal e o Conselho Tutelar, definindo as diretrizes de sua política municipal de atendimento à criança e ao adolescente.

Assim, a Lei Municipal n.70/1991 disciplinou, cabendo ao Executivo garantir ao Conselho Tutelar as condições para o seu correto funcionamento: instalações físicas, equipamentos, transporte e outros suportes definidos de acordo com a demanda desta Comarca.

Nesta esteira, o Conselho Tutelar é integrado ao sistema administrativo do Município, com previsão orçamentária para a execução de suas tarefas, devendo o conselheiro ser escolhido pelo povo, nomeado pelo chefe do Executivo, tomar posse e entrar no exercício de sua função pública.

Desta maneira, trata-se de cargo em comissão de conselheiro tutelar, sendo esta sua natureza jurídica, com mandato fixo de três anos, conforme estipulado no artigo 132 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

Ressalta-se que a função de Conselheiro Tutelar é serviço público relevante (artigo 135 da Lei 8.069/90).

Ao ser escolhido para esse cargo, ao ser nomeado, ao tomar posse, ao entrar em exercício, o conselheiro tutelar cumpre todos os passos exigíveis de um servidor público comissionado para uma função pública, que é a de zelar por direitos constitucionais das crianças e adolescentes. Este deve ser o trâmite para o acesso ao cargo.

Não obstante a isso, o artigo 133 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece requisitos mínimos para a candidatura a membro do Conselho Tutelar, exigências estas que devem prevalecer mesmo após o pleito, sendo impostas aos conselheiros mesmo após a entrada em exercício no cargo. São elas:

Artigo 133 – Para a candidatura a membro do Conselho Tutelar, serão exigidos os seguintes requisitos:

I – reconhecida idoneidade moral;

II – idade superior a 21 (vinte e um) anos;

III – residir no município.

Desta maneira, esses três requisitos são condições *sine qua non* para que o cidadão seja empossado ou permaneça no cargo de conselheiro tutelar.

3.1 Do requisito “idoneidade moral”

Idoneidade, no conceito de Aurélio Buarque, *in* DICIONÁRIO BÁSICO DA LINGUA PORTUGUESA, editora Nova Fronteira, 1ª edição, 1995, página 349 é: “Qualidade de idôneo (...); próprio para alguma coisa; que tem condições para desempenhar certos cargos ou realizar certas obras”.

Para o mesmo autor, página 442, Moral é o “conjunto de regras de conduta consideradas como válidas, quer de modo absoluto para qualquer tempo ou lugar, quer para grupo

ou pessoa determinada; (...); que tem bons costumes”.

Nessa esteira, o requisito de “reconhecida idoneidade moral” representa, perante a comunidade, que o cidadão goza de todo o respeito em face de ser uma pessoa com credibilidade, irreparável conduta moral, ilibado respeito por seus pares e integridade no cumprimento de suas obrigações legais.

Segundo o entendimento dos autores Cury, Garrido e Marçura, *in* ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE ANOTADO, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2000, página 121, ao comentar o inciso I do artigo 133 da Lei 8.069/93, ressalva que a idoneidade moral é comprovável mediante certidões dos distribuidores cíveis e criminais.

Ocorre que o senhor ***, em que pese o mesmo ter participado da gestão anterior do Conselho Tutelar e ter desenvolvido trabalho de forma satisfatória, não pode o Ministério Público deixar de observar o teor das Certidões que instruem os autos, de fls.44/46, expedidas pelos 2º e 3º Cartórios desta Comarca, as quais noticiam que o mesmo possui ações tramitando contra si.

O fato torna-se ainda mais grave na medida em que se verifica que tratam de ações as quais envolvem menores, sendo uma de execução de alimentos e outra de Prestação de Contas em razão de guarda judicial.

Quanto à **ação execução de alimentos, Processo n. 181/2004**, esta foi paga devidamente, conforme Certidão de fls.170, estando a pensão alimentícia atualizada até o mês de fevereiro/2005. Infelizmente, se observa nos autos acima mencionados, que o alimentante por vezes, atrasa o pagamento por vários meses, tanto que ensejou a referida ação de execução, fazendo o depósito dos valores mediante ameaça de prisão.

No que concerne à **ação prestação de contas em tutela, Processo n.107/98**, esta não foi feita pelo senhor *** conforme determinado pelo magistrado ainda no ano de 1998, tendo os requerentes pleiteado, no ano passado, através da

Defensoria Pública, a atualização dos débitos ao Cartório, o que foi deferido pelo Juiz. Buscando ter vista dos autos, soube o Ministério Público que os mesmos estão com o serviço contábil, não podendo o *parquet* manusear os autos.

Por este fato, os cidadãos desta Comarca têm se mostrado irredimidos no sentido de que como uma pessoa com problemas de tal natureza pode estar ocupando o cargo de Conselheiro Tutelar e falando sobre direitos fundamentais quando o próprio descumpriu e permanece descumprindo suas obrigações?

4. Do requerimento da medida liminar

Não pode o Conselho Tutelar cair em descrédito, sendo alvo de críticas pela sociedade por culpa exclusiva de um de seus membros, o qual está na ativa, prejudicando a imagem do órgão, que é voltado ao atendimento dos preceitos contidos no Estatuto da Criança e do Adolescente, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da infância e juventude.

Desta maneira, o perigo na demora do provimento pleiteado nesta ação civil pública reside no fato de que o senhor *** está no exercício de cargo em que sua condição pessoal o impede claramente de integrar o grupo a qual está pertencendo, praticando atos que contrariam a própria situação pela qual está passando, com ações judiciais tramitando contra si, estando indubitável e latente o *fumus boni iuris*.

O requerido já está há 04 (quatro) meses executando a função de Conselheiro Tutelar e precisa ser afastado imediatamente do cargo para dar lugar a quem realmente preencha todas as condições pessoais e morais para o exercício da função.

Por tais motivos, o Ministério Público requer seja deferida a tutela liminar, *inaudita altera pars*, com a determinação de imediato afastamento de *** do cargo de conselheiro tutelar, sendo chamado para ocupar a vaga o 1º suplente na eleição,

conforme fls. 104, para que imediatamente seja empossada a senhora MARIA CARDOSO, sendo procedidas as devidas comunicações à Prefeitura Municipal desta comarca.

5. Pedido

Ante o exposto, requer o *parquet* a procedência da presente ação civil pública para que o senhor *** seja destituído da função de Conselheiro Tutelar, por considerar que os fatos contra si alegados depõem contra a moral que o cargo de Conselheiro Tutelar exige.

XXX, 11 de maio de 2005

Contra-razões de Recurso em Sentido Estrito.

Francisco das Chagas Santiago Cruz *

Processo n.: 011.95.001764-0

Recorrente: **ANTÔNIO EVALDERICK DO VALE BARBOSA**

Advogada: Doutora Luciana da Silva Terças

Peça Ministerial: **Contra-razões de Recurso em Sentido Estrito.**

Eminente Julgador,

O Ministério Público do Estado do Amazonas, por seu Promotor de Justiça, tempestivamente, oferece as **CONTRA-RAZÕES DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO**, tendo como recorrente **ANTÔNIO EVALDERICK DO VALE BARBOSA**, já devidamente qualificado nos presentes autos.

1. Breve histórico do Processo:

1 - O Recorrente foi denunciado no dia 28/02/2000, como incurso no delito capitulado no art. 121, § 2º, incisos I e IV, do CPB, ocorrido no dia 28/04/1995, acusado de ser o executor, a mando de **ORIVAM ANTÔNIO LIRA**, da vítima **SÉRGIO GÉRIKAS** (fls.03).

2 - Em outubro de 2002, editou-se o decreto de Prisão Preventiva (fls. 283) do Recorrente, dado como foragido, sendo recolhido ao cativeiro oficial em maio de 2003, permanecendo até o presente momento.

3 - Editada e prolatada a Sentença de Pronúncia em

* Promotor de Justiça.

fevereiro de 2005 (fls. 626, 627 e 628), remetendo o Recorrente a Julgamento pelo Tribunal do Povo.

4 – Impetrado Recurso em Sentido Estrito, irresignado com a decisão do Juízo *a quo* e, sobre esta, passamos a nos manifestar:

A irresignação do Recorrente faz sentido. Vejamos: Analisando detidamente os autos, há uma única testemunha ocular do fato, JOSÉ ÉDSON LOURENÇO DA COSTA (fls. 26) que, naquele momento, encontrava-se a certa distância do local do crime, chegando a ver os indivíduos que executaram a vítima, descrevendo as características físicas dos mesmos (fls. 26). Um deles, o já falecido LUCÍDIO HERBERT TORRES, foi reconhecido pela Testemunha em Auto de Reconhecimento (fls. 36) como sendo um dos autores dos disparos efetuados contra SÉRGIO GÉRIKAS. Quanto ao Recorrente, não foi feito em nenhuma fase processual o Auto de Reconhecimento. Aqui, portanto, começa a declinar os indícios da autoria do Recorrente.

Importante relatar, que foram requisitadas à autoridade policial inúmeras Promoções (06 ao total) pelo Órgão Ministerial, mas negligenciadas e não atendidas (fls. 86, 147, 156, 182, 190, 247), fazendo com que se levasse quase 05 (cinco) anos para ser oferecida a denúncia. Percebe-se, ainda, o amadorismo reinante em nossa polícia para estabelecer critérios técnicos capazes de elucidar os crimes. Falta uma polícia técnica-científica bem aparelhada para enfrentar essa complexidade de crimes que ocorrem diariamente em nossa sociedade.

Seguindo-se a análise, em sede de testemunhos, não há nenhum deles que apontam ao Recorrente, com fundados indícios, em ser o mesmo o executor do crime. Inexiste qualquer referência a seu nome, circunstâncias ou fatos capazes de lhe atribuir o delito em tela. Com efeito, a razão da inclusão do Recorrente no rol dos suspeitos não está aclarada nos autos. Não há antecedentes lógicos capazes de identificá-lo a fim de estabelecer um elo mínimo capaz de torná-lo um integrante daquela empreitada criminoso.

No relatório da Autoridade Policial (fls. 67), que foi

com base nas declarações da testemunha ocular, que descreveu as características físicas dos indivíduos acusados (altura, peso, trajes, vestimentas e etc.) que os levou até ao Recorrente. Entretanto, como já afirmado, não foram acostados aos autos elementos que corroborassem com as suposições policiais.

Houve até o momento presente, uma suposição da autoridade policial, que não deixa de ser legítima, pois é de seu mister, mas que até esta fase processual, não forneceu provas das alegações suficientes que, de *per se*, seriam elementos necessários para a formação da culpa em relação ao Recorrente.

Analisando as provas técnicas, em especial o Laudo de Exame de em Projétil de Arma de Fogo n° 95 0545 (fls. 94) e o Laudo de Exame do Local de Morte Violenta n° 95 0714 (fls. 135) em nada esclareceu, pois não apontou provas contra o Recorrente ou indícios que o ligassem ao fato criminoso.

Ressalte-se de passagem, que nesta fase processual, a pronúncia do acusado, prevalece, mesmo havendo dúvida quanto sua inocência. No caso em tela, não se trata de dúvida, mas sim, da própria inexistência de indícios capazes de apontar o Recorrente como executor do crime, o que com certeza, se existisse, seria argumento suficiente capaz de levá-lo a uma suposta condenação. Assim, não foram produzidas provas capazes de dar certeza quanto ao que foi alegado.

Em suma, não está devidamente comprovada a relação de causalidade entre a conduta do agente (recorrente) com o fato delituoso, sendo elemento essencial para a subsunção do fato à norma, que atribui ao agente a autoria do crime.

Com efeito, em sede de provas, a verdade histórica é que se deve buscar, pois a verdade absoluta é inalcançável. É aquela verdade, vizinha mais próxima da certeza – antítese da dúvida -, que deve nos autos ser apurada. Na ausência dela, não há sequer dúvida, mas caso de inexistência de alegação.

Seria elucidativo para o caso em questão se a Testemunha ocular do crime, JOSÉ EDSON LOURENÇO DA COSTA, fizesse a acareação com o Recorrente, a fim de reconhecê-lo, mas em nenhum momento veio a ser feito,

inclusive, foi dispensada sua oitiva durante a instrução processual.

Assim, sob a ótica constitucional da pronúncia e impronúncia através do princípio da inocência, podemos verificar a colisão entre princípios, quais sejam, o princípio da inocência e da preservação do *status libertatis* frente ao *jus puniendi* estatal. A palavra princípio é ambígua, pois pode apresentar uma acepção diversa da comumente conhecida, que é, causa primária, começo, base e razão. Dentro de nosso ordenamento jurídico princípio tem outro significado, como alude Celso Antônio Bandeira de Mello “princípio é mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá o sentido harmônico.” (CF. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Criação de Secretarias Municipais”, RDP, n. 15, jan/mar 1971 e Curso de Direito Administrativo, p.450 – 451).

Este princípio é muito mais que um simples conceito, um começo; nele está inserido o bem maior do Homem; que é sua liberdade.

Traz a Constituição Federal em seu art. 5º, LVII o princípio da Presunção de Inocência, que diz: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

O princípio da Presunção de Inocência, não pode ser de forma alguma ferido, pois vem tipificado na lei fundamental do país. Não há como julgar alguém se essa pessoa ainda não houver sido considerada culpada perante o juízo competente, e não só “considerada”, mas principalmente que a sentença tenha sido transitada em julgado.

Para garantia fundamental que é pretendida nesse inciso do art. 5º é a liberdade individual do cidadão acima de tudo, pois é a liberdade, o bem mais precioso que existe.

Logo, infere-se em analisar o PRINCÍPIO DA

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA VERSUS PRONÚNCIA .

Em crimes de Competência do Tribunal do Júri, o Magistrado proferirá sentença, que poderá ser de pronúncia (408-CPP); impronúncia (409-CPP) ou absolvição sumária do acusado (410- CPP).

O M.M. juiz deve fundamentar sua decisão, com base na existência do crime imputado ao réu e da sua provável participação no delito, “dando os motivos do seu convencimento”, (408, in fine – CPP).

Este poder de decisão, dado ao M.M. juiz confronta-se com o princípio da presunção da inocência (art.5º, LVII da C.F./88), pois este não admite a suspeita de culpa; devendo antes haver trânsito em julgado.

Devido à problemática que envolve a pronúncia, tudo que ela acarreta, se vai contra a presunção de inocência ou não; gera divergência entre tribunais e doutrinados.

Nas palavras de Adriano Marrey: “é evidente, decidindo estar convicto da existência do crime, da suficiência dos indícios colhidos e de que seja o indivíduo apontado como réu o seu autor, cumpre ao juiz pronúciá-lo, dando os motivos de seu conhecimento.” (Adriano Marrey. Teoria e Prática do Júri: doutrina, roteiros, questionários, jurisprudência. 6º ed).

Ainda há entendimentos que na fase da pronúncia vigora o princípio *in dubio pro societate*, pois em caso de dúvida deve o juiz pronunciar o réu, para que não subtraia a apreciação do caso do Tribunal do Júri.

A respeito do tema *In Dubio Pro Reo versus In Dubio Pro Societate*, Ulysses Ribeiro nos deixa um memorial, que passamos a transcrever alguns trechos:

“O abalo psicológico nunca pode ser desprezado, uma vez que, são inquestionáveis as perdas sofridas pelo cidadão em sua auto-estima, a marginalização social a ser enfrentada mesmo diante da absolvição, bem como da completa discriminação a ocorrer no seio de uma sociedade elitista como a nossa.”

“Não basta a dúvida, hoje, em face do sistema

acusatório e não inquisitório”. A lei exige “a existência de elementos significantes quanto à autoria, segundo a regra da razoabilidade, tendo em vista as regras normais de apreciação de provas.”

Segue a lição do Mestre

“*In Dubio Pro Societate* não passa de mera frase de efeito sem laços de parentesco com o nosso sistema jurídico positivo.”

“Positivado o princípio da Presunção de Inocência “C.F., art. 5º, LVII, a aplicação do *In Dubio Pro Reo* passa a ter assento constitucional e torna-se regra nos casos em que a lei não dispor expressamente de forma diversa.”

“Essas conseqüências inquestionavelmente graves, não podem ser infringidas a um cidadão de forma simplista, subjetiva, sob pena de revelar a grande preocupação dispensada ao princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de impedir que a atividade primitiva do Estado, manifestado sob o interesse de velar pela segurança da coletividade, resulte como justificativa à depreciação do indivíduo”.

“Com reflexo dessas novas construções jurídicas/políticas, hoje não mais se admite a opção, com fincas em simples probabilidade, suposições, conjecturas ou presunções, como fontes seguras para a decretação da pronúncia. No contrário, em sendo o veredicto do júri qualificado pela soberania, que se consubstancia em sua irreformabilidade em determinadas circunstâncias, e tendo em vista a ausência de fundamentação da decisão, a função, as vezes esquecida, da pronúncia é a de impedir que um inocente seja submetido aos riscos do julgamento social, irrestrito e incensurável”.

“O Princípio *In Dubio Pro Societate* sobrepondo ao *In Dubio Pro Reo*, *data venia*, está irremediavelmente ultrapassada. A lição era do passado, é a leitura da década de 1.940. A função da pronúncia, hoje, é exatamente o contrário: é evitar, conforme salientado, que alguém que não merece ser condenado possa sê-lo. Não mais vigora aquela interpretação de que “a função da pronúncia é a de remeter o réu a júri”. (Memorial- Recurso em

Sentido Estrito- n. 1.514/01).

Com efeito, faz-se necessário verificar o LIAME ENTRE PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A DECISÃO DE IMPRONÚNCIA.

A decisão de impronúncia é terminativa, é proferida quando o juiz não se convence da prova do fato típico ou de corpo de delito, por via de tal decisão o julgador reconhece inexistir justa causa para submeter o acusado a um julgamento popular, isto é, Tribunal do Júri.

A ligação, ou seja, correlação existente entre impronúncia e o Princípio de presunção de inocência, é que na dúvida a existência do crime e dos indícios de autoria do juiz deveria impronunciar o réu, não deixando que ele seja julgado por um júri soberano.

O que mais ocorre em se Tratando de Tribunal do Júri, é que na dúvida o juiz vai tomar a decisão de pronunciar o réu, mandando-o para o julgamento do júri popular. Essa espécie de decisão deveria ser totalmente inversa, ou seja, o juiz ao ter dúvida teria que impronunciar o réu, exercendo, assim, o princípio de presunção de inocência elencado na Constituição.

Vejamos, a pronúncia fere a Constituição, há inversão da regra procedimental *in dubio pro reo* para *in dubio pro societate*. A pronúncia é uma decisão interlocutória e não uma sentença, por isso entende-se que bate de frente com o princípio da presunção de inocência. Sendo apenas uma decisão, que não julga o mérito e não põe fim ao processo, por que deixa que o réu vá a julgamento pelo Tribunal do júri?

O princípio *in dubio pro reo*, significa que na dúvida decide-se a favor do réu, isso nada mais é que presumir que ele seja inocente.

Muitas vezes não há prova contra o réu, e mesmo assim é pronunciado. Qual júri acreditaria na inocência do réu, se o próprio juiz passa a decisão para eles. E onde fica a tão falada "presunção de inocência"?

Assim, vem a Jurisprudência se pronunciando:

TJSP: "A lei exige para a pronúncia, a prova da

existência de autoria. Faltando qualquer desses requisitos, é caso de impronúncia.” (HC 111 514, do TJSP, de 17.08.71)

A Constituição diz que ninguém poderá ser considerado culpado, antes de sentença condenatória transitada em julgado, então se o juiz tem dúvidas ou não tem provas suficientes porque optar pela pronúncia, se é a impronúncia é um meio de colocar em prática o princípio constitucional.

Jurisprudência que vão de encontro com esse em passe de pronunciar, seguindo o princípio do *In Dubio Pro Societate* ou impronunciar, respeitando o art.5º, LVII, da Carta Magna, tomando como princípio o *In Dubio Pro Reo*:

TFR: “Prevalência do Princípio da presunção de inocência, ante, a fragilidade, ou inexistência de prova concludente, não há de impressionar-se o juiz criminal com a vida pregressa do réu, para proferir a condenação, invertendo o princípio da presunção de inocência pela de culpa.” (ACR nº 0007206 S.P)

STJ: “Aduzem inexistirem indícios veemente de autoria e que o indiciamento contraria o princípio da presunção de inocência. Ainda, ser o indiciamento ato irreversível que manchará a vida dos Pacientes, além de não ser medida necessária para o andamento da investigação criminal, em nada influenciado a produção de prova.” (HC nº 17731 RS)

Mas qual o problema nessa inversão? Os piores possíveis, vejamos: em caso de dúvida da autoria e materialidade do crime, o juiz amparado pelo princípio *In Dubio Pro Societate* enviará os autos para apreciação do soberano Tribunal do júri. Para que o caso possa ser julgado por representantes da coletividade em nome da justiça.

É assim que os jurados são vistos, e é assim que se sentem; como procuradores de uma população que com os seus votos, seus julgamentos estarão livrando a sociedade de mais um...”marginal”, e saíram do Tribunal com a plena convicção que fizeram justiça.

Parte-se do pressuposto que a pessoa que esta no banco dos jurados é culpada, mesmo que as provas sejam

ambíguas, os depoimentos contraditórios.

Não se pode submeter um inocente ao julgamento social irrestrito e incensurável, supondo que é culpado; para depois averiguar sua culpa ou não; pois as máculas deixadas nessa pessoa jamais se apagam.

Leciona o Ministro Evandro Lins e Silva:

“É alógico o procedimento penal contra quem tem em seu favor o benefício da dúvida. Quanto mais depressa se resolva essa situação, melhor para a própria sociedade de que o réu faz parte. O juízo de acusação, posto diante do júri há de ter como pressuposto absoluto a prova da existência de um crime contra a vida e Indícios Suficientes de autoria ou participação de alguém. Ninguém é culpado mais ou menos, ou quase, ou duvidosamente. É ou não é. Não há grau intermediário. Nessa dúvida, a lei indica o caminho; reabre-se o processo”. (Sentença de Pronúncia- Evandro Lins e Silva -in- Grupo Brasileiro Associação Internacional de Direito Penal – A I. D.P).

TJPR: “Para a pronúncia a lei exige impõe a certeza do delito e a existência de indícios de que o réu concorra para o mesmo.” (RT 465/369)

O professor Amadeo de Almeida Weinmann falando sobre a pronúncia diz que “a sentença de pronúncia há de sofrer, nos dias atuais, o tempero da regra Constitucional que presume a inocência do cidadão no processo penal e tem como corolário à aplicação do *in dubio pro reo*, o *nom liquet* impronunciando o réu. Não há que se falar em pronúncia, na dúvida, nos dias de hoje. Na procura da verdade, o homem se depara com o terrível anátema: É falível. É inversamente falível. Não só ignora as coisas, como se equivoca, freqüentemente, com elas.” (O princípio do In Dubio Pro Reo - Amadeo Almeida Weinmann – Ver. Jurídica n. 278 – dez./2000.)

É de José Frederico Marques a lição: “se assim não fizer, se, diante da simples possibilidade de ser o réu o autor do crime, for ele exposto ao júri, ter-se-á criado verdadeiro prodígio jurídico; a garantia contra condenação arbitrária transformada monstruosamente em exposição ao risco de condenação

despótica.” (José Frederico Marques. Elemento de Direito Processual, Vol. 3- 1998.)

A liberdade, é o direito mínimo dado ao cidadão, para que este se proteja do poder ilimitado do Estado, assegurando a própria efetividade jurídica.

Ante tal quadro, a reforma do despacho de pronúncia se impõe, como manifestação de efetiva submissão ao ordenamento jurídico pátrio vigente.

Manaus, 28 de maio de 2005.

Denúncia por crime eleitoral e outros a ele conexos

Edmilson da Costa Barreiros Júnior *

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS, através de seu agente infra-assinado, no uso de suas atribuições legais, **em exercício das atribuições junto à 14ª ZONA ELEITORAL**, em especial o art. 129, inciso I, da Constituição Federal c/c arts. 24 e 41 do Código de Processo Penal e art. 357 e §§ do Código Eleitoral, vem, junto a V. Exa., deduzir a pretensão punitiva estatal ao ofertar

DENÚNCIA POR CRIME ELEITORAL E OUTROS A ELE CONEXOS

em desfavor de 1) **AAA** (“DVIMS”), com dados no auto de qualificação anexo; 2) **BBB** (“CETAX”), qualificado às fls. 110; 3) **CCC**, qualificado às fls. 64/66; 4) **DDD**, qualificado no auto de qualificação anexo; 5) **EEE**, qualificado às fls. 122/123; 6) **FFF** (“JORN”), qualificado às fls. 38/39; 7) **GGG** (“ZÉC”), qualificado às fls. 41/42; 8) **HHH** (“FILHO DO FER”), qualificado às fls. 102/104; 9) **III** (“FER”), qualificado às fls. 160; 10) **JJJ**, qualificado às fls. 153; 11) **LLL** (“C COMP”), qualificado às fls. 114/115; 12) **MMM** (“NEGBUR”), qualificado no auto de interrogatório anexo; 13) **NNN**, qualificado às fls. 116/117; 14) **OOO**, brasileiro, casado, advogado, portador da OAB/AM n. ABCD, residente no Conj. MJ, Qd XX, Casa XX, Fones (068) 32XX-XXXX e 92XX-75XX, Rio Branco/AC, qualificado no espelho eleitoral anexo; 15) **PPP**, vulgo “FIN”, residente na Rua da SXXX, YYY, Bairro Pxxxx do Pxxxxx, nesta cidade; 16) **QQQ**, com endereço à fl. 118 de cópias do IP 020/04; 17) **PCSZA**, com endereço à fl. 121 de cópias do IP 020/04; e 18) **RRR** (“LUCMONT”), com

* Promotor de Justiça de Boca do Acre/AM; Titular da 14ª Zona Eleitoral.

endereço no PA Monte, Linha XX, n. XX, Lábrea/AM;

pela prática das infrações penais a seguir narradas e capituladas:

Consta da presente peça informativa que, no dia 03 de outubro de 2004, logo após o encerramento das eleições municipais, o Cartório da 14^a Zona Eleitoral encontrava-se em dificuldades técnicas para concluir a apuração.

Nesse ínterim, no início da noite, reuniu-se uma multidão de revoltosos, diante do Fórum de Justiça, que gritava palavras de ordem e ofendia a dignidade de todas as autoridades envolvidas na condução do processo eleitoral. O descontrole da multidão passou a ocorrer entre 21h 30 e 22h 30. Os policiais resistiram enquanto puderam.

Após o pequeno contingente policial militar deixar o recinto, Boca do Acre/AM conheceu a maior destruição de prédios públicos e privados, gerada por revolta social, sem precedentes em sua centenária História. Em razão dos acontecimentos, os resultados oficiais do pleito só foram dados no dia seguinte. A extensão dos danos e a imputação pessoal das responsabilidades passam adiante a ser narrada.

I. Da Materialidade dos Delitos

a) Da Prefeitura Municipal. Segundo o Laudo n. 15X/04-SR/DPF/AC, de vinte e uma laudas e um croqui (**que faz parte integrante da denúncia**), verificaram-se as condições de incêndio e de danos no prédio que abrigava a Prefeitura Municipal de Boca do Acre/AM, localizada na Rua Cecília Leite, n. 80, no Pxxxx do Pxxxxx. Era vizinha à Câmara Municipal e em frente ao Fórum.

No prédio de alvenaria, funcionavam diversos setores da Administração: setor de pessoal, DETRAN, Setor de Terras, Junta de Serviço Militar, Arquivo Morto, Assessoria Jurídica, Setor de Tributação, Gabinete do Prefeito, entre outros.

Foram encontrados fumaça, focos de incêndio, **sinais**

de arrombamento na porta dos fundos, na lateral esquerda; a perícia constatou existência de diversos resíduos de líquido combustível, utilizado para a geração do fogo; **houve comprometimento da estrutura do prédio, dos bens móveis que o guarneciam e destruição (supressão indevida) de todos os documentos, antigos e atuais, imprescindíveis para a vida da Comuna.**

Destruíram-se, também, todos os bens móveis que guarneciam o Município. O rol detalhado encontra-se no relatório anexo, enviado pelo Ofício n. 090/2004, de 10/12/04, firmado pela Secretária Municipal de Administração, FSNC, **e faz parte integrante desta denúncia.**

O laudo contém diversas fotos demonstrando a extensão dos danos e detalhando o modo de evolução do crime. Descreve-se ter havido material combustível bastante para início, aquecimento e propagação do fogo. O acesso foi pela porta dos fundos arrombada. Ao chegar ao telhado, feito de PVC e com telhas de madeira, o mesmo propagou o fogo por toda a extensão do prédio.

Por tais razões, existem provas bastantes de ocorrência, em concurso formal, dos delitos dos arts. 250, § 1º, II, b) e 305 do Código Penal, lesando o patrimônio imobiliário e mobiliário da Prefeitura Municipal de Boca do Acre e a Fé Pública de peculiar interesse municipal.

b) Câmara Municipal de Vereadores. Segundo o Laudo n. 15X/04-SR/DPF/AC, de catorze laudas e um croqui **(que faz parte integrante da denúncia)**, verificaram-se as condições de incêndio e de danos no prédio que abriga a Câmara Municipal de Vereadores de Boca do Acre/AM, localizada na Rua Cecília Leite, no Pxxxx do Pxxxxx, em frente ao Fórum.

Narrou-se que, dos dois blocos de alvenaria que compõem a construção, houve arrombamento de porta e janela do primeiro bloco, mas por onde não se conseguiu o acesso ao interior. O laudo narra destruição interna de diversos instrumentos (hastes, paus e pedras) utilizados para a destruição de vidraças e oposição de barreira que continha líquido inflamável.

Houve rompimento de janela e de portas, danos a computadores e outros bens.

Dos recipientes encontrados, um estava com 400 mililitros de líquido de odor forte e inflamável. Uma outra estava derretida, de onde proviera a combustão. Encontraram-se outros vestígios de artefatos incendiários.

O delito somente não se consumou por intervenção da testemunha CBENTO, proprietário de posto de gasolina próximo, que, com outros populares, se aventurou a apagar o fogo com extintores de incêndio, para evitar a propagação até seu imóvel lindeiro, o que geraria explosão catastrófica. Os danos restringiram-se, ao final, a vidraças, três portas, uma mesa e duas cadeiras. Somente o segundo bloco da Câmara foi alvo da tentativa de incêndio.

Por tais razões, existem provas bastantes de ocorrência, em concurso formal, dos delitos dos arts. 250, § 1º, II, b) e 305 c/c art. 14, II, do Código Penal, pois houve tentativa de lesão ao patrimônio imobiliário e mobiliário da Câmara Municipal de Boca do Acre e a Fé Pública de peculiar interesse municipal, consistente nas leis, projetos e arquivos parlamentares.

c) TV Boca do Acre – Rede Amazônica. Segundo o Laudo n. 15X/04-SR/DPF/AC, de treze laudas e um croqui (**que faz parte integrante da denúncia**), verificaram-se as condições de incêndio e de danos no prédio da teledifusora, próxima à Câmara Municipal e à Prefeitura de Boca do Acre/AM, localizada no Pxxxx do Pxxxxx.

A simples edificação de alvenaria não possuía cerca, muro ou qualquer obstáculo. Suas antenas transmissoras não sofreram danos. As entradas não foram violadas. O interior do imóvel não foi invadido. Na porta principal, verificou-se uma mancha negra, com queima parcial e fuligem, comprometendo-lhe a estrutura física. Houve combustão da porta ao teto da fachada. Encontraram-se, no chão, vestígios do artefato incendiário (coquetel *molotov*), à base de combustível. Nos arredores foram encontrados objetos plásticos envoltos em fita adesiva, com forte odor de gasolina. Provavelmente foram

utilizados para transporte dos instrumentos incendiários até o local.

Os peritos afirmaram que o fato foi doloso. Os pavios incendiários não deixaram dúvidas, já que tinham a quantidade mínima necessária para a evolução de um incêndio. O ambiente aberto e queima rápida facilitaram a curta duração do incêndio e na extinção do foco, sem provocação de danos maiores. Não foi comprometida a estrutura do prédio. O incêndio não se consumou porque os agentes responsáveis, em um ambiente mais aberto e sem locais para a própria ocultação, arvoraram-se em prosseguir com os danos em outros locais da cidade, sem se preocupar em garantir a consumação. Mas prejudicaram, por diversos dias, a veiculação da programação televisiva normal.

Por tais razões, existem provas suficientes de configuração do crime do art. 250, § 1º, II, b) c/c art. 14, II, do Código Penal, pois houve tentativa de incêndio em prédio de uso público, de uma concessionária de serviço público de radiodifusão de sons e imagens, expondo a perigo seu patrimônio.

d) Dos veículos. Segundo o Laudo n. 16X/04-SR/DPF/AC, de nove laudas e um croqui (**que faz parte integrante da denúncia**), demonstraram-se danos nos dois caminhões, que estavam, a serviço da Justiça Eleitoral, em frente ao Fórum de Justiça da Comarca, na Rua Cecília Leite, 89, Pxxxx do Pxxxxx.

Os dois veículos, de placas brancas JWR-9191 Manaus/AM e JWP-6493 Manaus/AM, pertencentes ao patrimônio público, estavam estacionados, um em frente ao outro, diante do Fórum, para isolar a multidão que se aglomerava diante do prédio.

Constataram-se impactos com objetos rígidos (pedras ou tijolos) na carroceria e próximas aos vidros, bem como na cabine; quebraram-se retrovisores e pára-brisas, com ao menos dezesseis marcas de impacto. Garrafas de âmbar e cacos de vidro estavam sobre os capôs. Havia resíduos de queima e deposição de fuligem sobre o tanque de combustível na porta direita e estribo direito da cabine. As mangueiras do tanque de combustível estavam queimadas e havia marcas de derramamento de líquido

combustível no asfalto.

Como não foi encontrado artefato incendiário, os peritos deduziram que houve rompimento da mangueira de combustível que gerou o derramamento; ateou-se fogo e a quantidade reduzida não manteve a chama para garantir o processo de combustão.

Ante o exposto, existem provas bastantes de ocorrência, do delito do art. 250 c/c art. 14, II, do Código Penal, pois a tentativa de incêndio pôs em risco o patrimônio móvel, com concreta exposição a riscos outros.

e) Rádios locais. Segundo o Laudo n. 20X/04-SR/DPF/AC, de dezoito laudas e um croqui (**que faz parte integrante da denúncia**), demonstrou-se o incêndio na rádio "Eu e Você AM"/"Tupã FM", localizada na Av. Jacinto Ale, Pxxxx do Pxxxxx.

Houve comprometimento da estrutura e consumição total de móveis, documentos, equipamentos eletrônicos, portas, janelas, telhado e de setenta por cento, aproximadamente, da área edificada. A Rádio Difusora de Boca do Acre/AM era composta de três edificações e tinha cerca de 184 m² de área construída. A parte frontal não tinha muros para delimitar área.

Na rádio TUPÃ FM, houve arrombamento e pouca propagação do foco de queima, gerando danos em uma mesa, pintura de paredes e sujeira em forro, porta e janela. No segundo prédio do complexo, com 129 m² de área construída, com fachada "Rádio Eu e Você AM", houve devastação completa. Todos os móveis, equipamentos eletro-eletrônicos, janelas, portas e telhados, bem como a estrutura do prédio, foram comprometidos. A terceira edificação, a menor, apenas foi arrombada.

Havia uma sala com latas de tinta e solventes, na própria rádio. Os agentes dispuseram dos mesmos no próprio local, o que facilitou a manutenção e propagação do fogo. Encontrou-se um ar-condicionado usado como suporte para deposição de material sólido e início do fogo. Encontram-se vestígios de líquido combustível. Há provas claras de incêndio criminoso.

Em assim sendo, existem provas suficientes de configuração do crime do art. 250, § 1º, II, b), do Código Penal, pois houve incêndio em prédio de uso público, de uma concessionária de serviço público de radiodifusão sonora, expondo a perigo a incolumidade pública, e inutilizando o patrimônio mobiliário e imobiliário para seu apriorístico escopo.

f) Do Poder Judiciário local. A Polícia Federal, inexplicavelmente, até o presente dia não enviou o laudo pericial. Entretanto, o mesmo, até o final da instrução criminal,

pode ser juntado, para os efeitos do art. 569 do CPP. Para os fins do art. 41 do CPP, contudo, os indícios de materialidade constantes são bastantes para caracterizar *fumus boni iuris* de existência do fato criminoso. As fotos ora juntadas, denotando danos no telhado, fundos, parte frontal, sempre dos lados interno e externo, corroboram o alegado, pois são visíveis os vestígios de fuligem, prova do emprego do fogo e da tentativa de incêndio.

Ademais, o depoimento do Escrivão JSOUTO informa que foi exposto a concreto perigo de dano. Narrou grande quantidade de fumaça, oriunda dos fundos do prédio. O fogo não consumiu o fórum porque o depoente veio, com vizinhos, resgatou os computadores e demais bens das Justiças Comum Estadual e Eleitoral; ato contínuo, debelou o incêndio, fato alheio à vontade dos piromaníacos.

Houve dolo manifesto, outrossim, de destruição de todos os documentos públicos e privados existentes, tal como ocorrera na Prefeitura Municipal. Os focos vieram do fundo do fórum; na frente, na mesa do aludido depoente, foram queimadas partes das ações de execução fiscal 187/2001, 188/2001, 189/2001, 190/2001; além da ação de execução e petição inicial de monitória, n. 98/99, requerida por CAMatos em face de BA Ltda., provida de onze cheques de diversos valores, emitidos contra Banco do Brasil S/A.

Na verdade, com focos na frente e fundos do prédio, **os quais fatalmente encontrar-se-iam até consumação total do imóvel e de seus bens pelas chamas**, vê-se que a real intenção dos agentes era destruir todo o prédio, com emprego

de fogo, gerando perigo de dano para a incolumidade pública, em prejuízo dos arquivos públicos, da administração da justiça, comum e eleitoral, bem como de todos os serviços do Poder Judiciário, Ministério Público e dos advogados militantes na comarca de Boca do Acre/AM.

Em sucinta análise, existem provas bastantes de ocorrência, em concurso formal, dos delitos tentados dos arts. 250, § 1º, II, b) e 305 do Código Penal c/c arts. 72, III, Lei n. 9.504/97 e art. 14, II, CP, lesando o patrimônio imobiliário e mobiliário do Poder Judiciário, inclusive da Justiça Eleitoral e a Fé Pública de peculiar interesse de todos os jurisdicionados da comarca, não havendo prejuízos maiores em razão de circunstâncias alheias à vontade dos agentes.

g) Da residência do então Prefeito ILIM.

Segundo a Informação Técnica n. 027/04-SR/DPF/AC, de cinco laudas (**que faz parte integrante da denúncia**), verificaram-se as condições de incêndio no imóvel, que era a residência do Exmo. Sr. Prefeito Municipal de Boca do Acre/AM, Antonio Iran de Souza Lima, situada na Av. WW, n. ZZ, Pxxxx do Pxxxxx, nesta cidade.

Os *experts* constataram o arrombamento e a destruição de portões, vasos, caixa d'água, bem como outros bens móveis que guarneciam a residência. Relatam que a casa foi consumida pelo fogo, só restaram paredes e alguns objetos de estrutura metálica. Houve posterior desabamento, em parede da lateral direita. Consta às fls. 75/77 rol com, baseado em declaração do ofendido ILIM, todos os bens móveis que lhe guarneciam a residência incendiada, **que faz parte integrante desta denúncia.**

Conquanto não tenham sido encontrados vestígios de artefatos incendiários ou de líquidos inflamáveis, houve prova de incêndio criminoso, com os depoimentos auxiliares, de testemunhas que verificaram elementos da multidão enfurecida ateando fogo no imóvel.

h) Da empresa COPARSERV. Consoante depoimento da vítima NETECAMP, bem como fotografias (fl.

74 de cópias do IP n. 020/04), houve danos causados pela multidão violenta, que ameaça, inclusive, destruir toda a sede da empresa, localizada na Rua C-A 2, n. QQQ, Pxxxx do Pxxxxx, nesta cidade. Sofreu prejuízo material em diversos bens, como máquina de fax, computador, aparelho de encadernar, máquina de xérox, uma guilhotina, um bebedouro, móveis destruídos. Por tais razões, houve a incidência dos delitos dos arts. 163, p. único, I c/c art. 155, § 4º, IV, do Código Penal.

Por fim, o *Parquet* reserva-se para expressar sua *opinio delicti*, em ação própria, ou ulterior aditamento, acerca dos demais indivíduos, ao término das apurações paralelas, do IP n. 020/04, instaurado pela Polícia Civil, e com cópias destes autos, com a identificação e demais dados coligidos.

II. Da Autoria

1) **AAA (“DVIMS”)**. Omitiu-se quando teve sua solicitação direta, por rádio, para interferir e evitar o avanço da multidão enfurecida. Não tinha a intenção de evitar o tumulto, já que incentivou a prática de tais atos, oferecendo bebidas alcoólicas a correligionários, incitando-os à violência. O fato se deu na Rua Cecília Leite, em frente ao Banco BASA, horas antes do início da apuração.

O relatório de inteligência da Polícia Militar informava que suas ordens, para as pessoas a quem embriagava, era “*Vamos quebrar tudo aí! Depois a gente vai e quebra a casa do Prefeito*”. Era auxiliado por seu filho “DDD”. Foi citado como autor da depredação na empresa COPARSERV. Destarte, assumiu os riscos de produzir os resultados lesivos supra descritos; o denunciado portou-se totalmente indiferente a todos os prejuízos materiais e morais experimentados pela comunidade bocacrense.

2) **BBB (“CETAX”)** foi avistado, com uma tocha nas mãos, ateando fogo no prédio da Prefeitura Municipal; pulou o muro, em fuga, logo após, enquanto o imóvel era consumido pelas chamas. Foi visto, enquanto testemunhas aguardavam a

apuração, com uma série de manifestantes exaltados (dentre os quais LLL, NNN, "NEGBUR", JJJ, HHH FILHO DO FER), por testemunhas que tiveram de se ausentar, da Prefeitura Municipal, pois o grupo logo incendiaria o local. O incêndio adveio, minutos após. Foi reconhecido como um dos líderes e incitadores da multidão enfurecida que foi atizada a incendiar o Fórum de Justiça local.

3) **CCC**. Era liderança destacada no grupo político de DVIMS. Foi apontado, pelo relatório de Inteligência da Polícia Militar, junto com ZÉC e CCC. a ordem dada para os simpatizantes do grupo político era "*Vamos quebrar tudo aí! Depois a gente vai e quebra a casa do Prefeito*". Neste mesmo relatório, existe a informação que, após receber o dinheiro de DVIMS, este denunciado adquiriu, em companhia de ZÉC, o combustível para a preparação dos coquetéis molotov. Foi visto, outrossim, nas proximidades do Fórum de Justiça, por volta de 21h; estava com sua esposa e com "ZÉ GOGÓ", um dos identificados na fita; na ocasião, disse que se ILIM vencesse a eleição, o Fórum seria quebrado. Em tal horário aproximado, pessoas presenciaram o mesmo incitar populares a destruir o fórum, sob argumento que a juíza só sairia de lá com ILIM reeleito. Foi citado como autor da depredação na empresa COPARSERV outrossim. Destarte, assumiu os riscos de produzir os resultados lesivos supra descritos; o denunciado portou-se totalmente indiferente a todos os prejuízos materiais e morais experimentados pela comunidade bocacense.

4) **DDD** auxiliou seu genitor, AAA, a distribuir bebida para correligionários, horas antes da apuração. Estavam em frente ao BANCO BASA, na Rua Cecília Leite, nas proximidades da Prefeitura Municipal, Câmara de Vereadores e Fórum de Justiça. Nesta oportunidade, o candidato a prefeito incitava os populares a destruir o Fórum e a Casa do Prefeito ILIM. Foi citado como autor da depredação na empresa COPARSERV.

5) **EEE** era o fiscal, da Coligação liderada por AAA, no interior do Fórum, durante a apuração. Antes desta acabar,

mas com os dados extra-oficiais em mãos, o mesmo deixou o Fórum e disse para os manifestantes: “*como perdemos na política, vamos fazer o que foi combinado*”. É prova cabal que os incêndios estavam programados, independente do resultado, com antecedência. Destarte, assumiu os riscos de produzir os resultados lesivos supra descritos; o denunciado portou-se totalmente indiferente a todos os prejuízos materiais e morais experimentados pela comunidade bocacrense.

6) FFF (“JORN”). Foi líder, na manifestação em frente ao Fórum, da turba de manifestantes. Por meio de recados verbais, principalmente para “Zebedeu” e “Zé Gogó”, e outros indivíduos de fora da cidade, cuidava para que os ânimos permanecessem sempre alterados, o que fatalmente resultou nos incêndios, consumados e tentados, narrados na denúncia.

7) GGG (“ZÉC”). Foi uma liderança marcante. Teve atuação destacada no relatório de Inteligência da Polícia Militar, junto com “DVIMS” e CCC. a ordem dada para os simpatizantes do grupo político era “*Vamos quebrar tudo aí! Depois a gente vai e quebra a casa do Prefeito*”. Neste mesmo relatório, existe a informação que, após receber o dinheiro de “DVIMS”, este denunciado adquiriu, em companhia de CCC, o combustível para a preparação dos coquetéis molotov. Destarte, assumiu os riscos de produzir os resultados lesivos supra descritos; o denunciado portou-se totalmente indiferente a todos os prejuízos materiais e morais experimentados pela comunidade bocacrense. Em medida cautelar de busca e apreensão, a Polícia Federal encontrou, no escritório deste denunciado, dentre outros instrumentos, duas garrafas “pet”, com óleo diesel (fls. 52/57). Os vidros quebrados nos fundos da Câmara Municipal, nas proximidades do local da diligência, denotam que o material utilizado para os diversos incêndios foi fornecido por este denunciado, dentre outros. Pende, no Instituto de Criminalística da Polícia Federal em Brasília/DF, perícia para comparação dos referidos combustíveis com os demais, encontrados nas cenas dos delitos.

8) HHH (“FILHO DO FER”) foi avistado, com

uma tocha nas mãos, ateando fogo no prédio da Prefeitura Municipal; pulou o muro, em fuga, logo após, enquanto o imóvel era consumido pelas chamas. Foi identificado, outrossim, logo após os incêndios, por testemunhas, liderando a multidão de destruidores. Ademais, foi visto, enquanto testemunhas aguardavam a apuração, com uma série de manifestantes exaltados (dentre os quais LLL, NNN, "NEGBUR", CETAX, JJJ), por testemunhas que tiveram de se ausentar, da Prefeitura Municipal, pois o grupo logo incendiaria o local. O incêndio adveio, minutos após. Foi citado como autor da depredação na empresa COPARSERV, bem como identificado como um dos autores do incêndio nas rádios locais. Foi reconhecido como um dos líderes e incitadores da multidão enfurecida que foi atçada a incendiar o Fórum de Justiça local.

9) III ("FER") foi visto, entrando no ginásio onde havia pessoas presas, por infrações de "boca-de-urna", incitando os presos a quebrarem os prédios públicos e privados, após a libertação. Para incitar a violência das pessoas presas, disse que a Juíza do pleito estava "roubando votos de DVIMS para ILIM" e que todos "Quebrariam o pau lá fora" quando as prisões fossem relaxadas. O fato se deu por volta de 11h, ainda durante a votação. Foi reconhecido como um dos líderes e incitadores da multidão enfurecida que foi atçada a incendiar o Fórum de Justiça local.

10) JJJ apontou a participação de LLL e "NEGBUR" como autores de incêndios. Foi visto, enquanto testemunhas aguardavam a apuração, com uma série de manifestantes exaltados (dentre os quais LLL, NNN, "NEGBUR", CETAX, HHH FILHO DO FER), por testemunhas que tiveram de se ausentar, da Prefeitura Municipal, pois o grupo logo incendiaria o local. O incêndio adveio, minutos após.

11) LLL ("C COMP") foi delatado, como autor dos incêndios, JJJ. Foi visto, enquanto testemunhas aguardavam a apuração, com uma série de manifestantes exaltados (dentre os quais JJJ, NNN, "NEGBUR", CETAX, HHH FILHO DO FER), por testemunhas que tiveram de se ausentar, da Prefeitura

Municipal, pois o grupo logo incendiaria o local. O incêndio adveio, minutos após.

12) MMM (“NEGBUR”) foi delatado, como autor dos incêndios, JJJ. Inclusive, foi visto na residência do Prefeito ILIM, com outros desordeiros, que realizavam depredação, saque e incêndio. Foi visto, enquanto testemunhas aguardavam a apuração, com uma série de manifestantes exaltados (dentre os quais LLL, NNN, JJJ, CETAX, HHH FILHO DO FER), por testemunhas que tiveram de se ausentar, da Prefeitura Municipal, pois o grupo logo incendiaria o local. O incêndio adveio, minutos após. Foi identificado como um dos autores do incêndio nas rádios locais. Foi reconhecido como um dos líderes e incitadores da multidão enfurecida que foi atizada a incendiar o Fórum de Justiça local.

13) NNN foi visto, enquanto testemunhas aguardavam a apuração, com uma série de manifestantes exaltados (dentre os quais LLL, JJJ, “NEGBUR”, CETAX, HHH FILHO DO FER), por testemunhas que tiveram de se ausentar, da Prefeitura Municipal, pois o grupo logo incendiaria o local. O incêndio adveio, minutos após.

14) OOO, candidato a Vice-Prefeito de AAA, foi visto, entrando no ginásio onde havia pessoas presas, por infrações de “boca-de-urna”, incitando os presos a quebrarem os prédios públicos e privados, após a libertação. O fato se deu horas antes do início da apuração. Eis o procedimento: após o Sr. “FER” deixar o local, este denunciado foi até o recinto. Perguntou para o carcereiro: “todo mundo aqui é nosso?”. Ao ter a “certeza moral” de que não seria delatado, incitou os eleitores à violência. Disse que se a Juíza não libertasse todos, os mesmos deveriam, após a votação, irem “quebrar o pau do lado de fora”, dizendo especificamente para quebrar o fórum, em tom desrespeitoso à Juíza de Direito da 14ª Zona Eleitoral. No dia dos fatos, todos os presos foram libertados às 19h 30. Destarte, assumiu os riscos de produzir os resultados lesivos supra descritos; o denunciado portou-se totalmente indiferente a todos os prejuízos materiais e morais experimentados pela comunidade

bocacrense.

15) PPP (“FIN”) foi denunciado como um dos incentivadores, exaltados, da multidão, para realizar os atos de incêndio e danos diversos, descritos supra. Inclusive, em relação à rádio, foi flagrado em conversa, ocorrida por volta de 07 h de 04/10/04, com o denunciado EEE, na padaria deste, pela qual “FIN” dissera: “*SE NAQUELA NOITE NÃO TIVESSE APARECIDO GASOLINA, QUEBRAVA A RÁDIO COM CAPACETE*”. O denunciado, na ocasião, ainda tentava incitar EEE e outros correligionários a retornar para “retirar o prefeito ladrão da Prefeitura”.

16) QQQ foi identificado como uma das pessoas, com certa liderança, que estava em frente ao Fórum de Justiça, incitando a multidão a promover a destruição nos prédios públicos e privados, consoante narrado no item “materialidade”.

17) PCSZA foi identificado como uma das pessoas, com certa liderança, que estava em frente ao Fórum de Justiça, incitando a multidão a promover a destruição nos prédios públicos e privados, consoante narrado no item “materialidade”.

18) RRR (“LUCMONT”) foi identificada como uma das pessoas, com certa liderança, que estava em frente ao Fórum de Justiça, incitando a multidão a promover a destruição nos prédios públicos e privados, consoante narrado no item “materialidade”. Além disso, estava presente, participando dos atos destrutivos, no evento que resultou em saque, depredação e incêndio na residência do Prefeito ILIM.

III. Dos Requerimentos e Pedidos Finais

Forte em tais razões, o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS, NO EXERCÍCIO DAS ATRIBUIÇÕES DE MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL**, entende que os denunciados praticaram, em tese, os seguintes crimes, **sob séries para as quais se imputa o concurso material**:

Tipo Penal	Objeto Material do Delito
Arts. 250, § 1º, II, b) e 305 do Código Penal	Prefeitura Municipal
Arts. 250, § 1º, II, b) e 305 c/c art. 14, II, do Código Penal	Câmara Municipal
Art. 250, § 1º, II, b) c/c art. 14, II, do Código Penal	Retransmissora Local de Televisão
Art. 250 c/c art. 14, II, do Código Penal	Veículos
Art. 250, § 1º, II, b) do Código Penal	Rádios Locais
Arts. 250, § 1º, II, b) e 305 do Código Penal c/c arts. 72, III, Lei n. 9.504/97 e art. 14, II, CP.	Fórum de Justiça
Art. 250, § 1º, II, a) do Código Penal	Residência do Prefeito ILIM
Arts. 163, p. único, I c/c art. 155, § 4º, IV, do Código Penal	CopArSERV

Em assim sendo, requer o *Parquet* o recebimento e autuação da denúncia e das peças anexas; com citação dos réus para depoimento pessoal, com ulterior observância dos arts. 359 a 361 e 364 do Código Eleitoral (com aplicação subsidiária da lei processual penal) e acompanharem a ação penal, até final condenação, no curso da qual, a par de outras provas a serem, eventualmente, produzidas, deverão ser ouvidas as vítimas e as testemunhas adiante arroladas (consoante majoritário entendimento doutrinário e jurisprudencial, para cada fato criminoso narrado, vale um limite de oito testemunhas, como se houvessem sido oferecidas uma denúncia autônoma para cada infração; igual entendimento também socorre à Defesa).

Protesta-se por **aditamento** da presente, caso surjam, no decorrer da ação penal, novas provas da participação de outros indivíduos nos delitos em epígrafe, ou em outras infrações penais, conexas ou em continência com as ora narradas.

Com fundamento no art. 80 do CPP, a Acusação reserva-se para manifestar sua *opinio delicti*, sobre as condutas dos demais indiciados, responsáveis pelos delitos, ocorridos na residência do Prefeito ILIM, em ação penal movida neste Juízo de Direito, ou em aditamento, consoante discrição do Agente Ministerial, **após o retorno do IP n. 020/2004, instaurado pela Polícia Civil, até o momento baixado para diligências, ou até provas colhidas em investigações outras.**

Por fim, com fundamento no art. 569 do CPP, protesta-se por suprimento futuro, de quaisquer omissões ou devidas retificações, nesta exordial acusatória; sempre justificadas

em razão das diversas dificuldades de investigações dos agentes policiais e ministerial, em crime multitudinário, consoante precedentes contidos no Informativo n. 29 do Supremo Tribunal Federal: “Tratando-se de crime multitudinário, eventuais omissões da denúncia sobre circunstâncias do fato não constituem causa de inépcia. Omissões que, ademais, ‘poderão ser supridas a todo tempo antes da sentença final (CPP, art. 569).’ Cuidava-se na espécie de crime de dano qualificado imputado a diversas pessoas pelo fato de haverem depredado as instalações de delegacia policial, em protesto contra a posse de novo titular. Precedente citado: HC 71899-RJ (DJ de 02/06/95). HC 73.638-GO, rel. Min. Maurício Corrêa, 30/04/96.”

Nestes termos,

Pede deferimento.

Boca do Acre/AM, 15 de setembro de 2005

A Revista Jurídica do Ministério Público Amazonense, em sua sexta publicação anual ininterrupta, reúne ao longo de suas páginas a quintessência do pensamento dos mais destacados membros da nossa instituição e de outros profissionais espalhados pelo país. Acolhe a todos que queiram colaborar na construção desse ambicioso projeto intelectual, não tendo reservas, prevenções ou preconceitos de espécie alguma. Acima de tudo importa-lhe o talento, a inteligência, o empenho e o mérito, indiferente de onde brotem. Volta-se o projeto antes para a universalização que para o paroquialismo míope; antes para a crítica fecunda que para os clichês e lugares-comuns; prefere a inteligência indômita e sem peias ao tecnicismo acadêmico, estéril e repetitivo. Competência e talento, definitivamente, são os ídolos em cujo sacrário a Revista ardorosamente rende homenagens.