ESTUDANTES
CADERNO ACADÊMICO

ÓRGÃO DE DIVULGAÇÃO CIENTÍFICO-LITERÁRIO DOS ESTUDANTES DA
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

2000

Os artigos que vêm sendo publicados, incentivadores da discussão acadêmica, têm hoje reconhecido mérito.

Temas recentes como o princípio da eficiência, organizações sociais e outros polêmicos como a prisão do depositário infiel, os contratos necessários, a moralidade administrativa, delimitação conceitual do interesse público, a contribuição previdênciária do servidores públicos federais inativos e o orçamento público são tratados com seriedade neste número.

Por todos esses fatores é que a Revista ESTUDANTES – CADERNO ACADÊMICO merece a acolhida que vem tendo não só em nosso Estado, mas em bancas acadêmicas do Rio de Janeiro, Brasília, Rio Grande do Norte e Rio Grande do Sul, por exemplo, constituindo-se em excelente referência de leitura sobre os assuntos ousados que ela aborda.

Está, portanto, sem dúvida, sendo continuadora e representante da tradição acadêmica do Recife, tradição esta que não pode ser pensada sem o estudo das Idéias da Faculdade de Direito do Recife.

DIRETÓRIO ACADÊMICO DEMÓCRITO DE SOUZA FILHO
NÚCLEO DE ESTUDOS ACADÊMICOS

ESTUDANTES CADERNO ACADÊMICO

ÓRGÃO DE DIVULGAÇÃO CIENTÍFICO-LITERÁRIO DOS ESTUDANTES DA
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

Ano 4 - Número 6
Janeiro de 2000 a Junho de 2000

Recife
2000

ESTUDANTES

Estudantes – Caderno Acadêmico ano.4– No. 6
Recife, Diretório Acadêmico Demócrito de Souza Filho e
Núcleo de Estudos Acadêmicos
1. Direito - Periódicos
340.05

CADERNO ACADÊMICO

ENTIDADES MANTENEDORAS

DIRETÓRIO ACADÊMICO DEMÓCRITO DE SOUZA FILHO

Diretoria

Gustavo Carneiro Leão - Presidente
Geraldo Vilar - 1º Vice-Presidente
Luiz Felipe Vieira - 2º Vice-Presidente
Augusto Maia - Secretário-Geral
Carlos Alberto Vieira - 1º Secretário
Alessandro Pereira - 2ª Secretário
Marconi Arani Melo - Secretário de Extensão
Carlos Roichman - Secretário Administrativo
Ana Monteiro - Secretária Acadêmica
Gustavo Amorim - Tesoureiro
Maria Isabel da Silva - Vice-Tesoureira

Representação Estudantil

Maximiliano de Sá - Conselho Departamental
Cláudia Nóbrega - I Departamento
Pedro Jorge da Costa - II Departamento
Lorena Bravo - III Departamento

NÚCLEO DE ESTUDOS ACADÊMICOS

Diretoria

André Melo Gomes Pereira - Presidente
Sílvia Regina Pontes Lopes – Secretária-Geral
Raíssa Maggi e Gabriela Maciel - Tesoureiras

CONSELHO DIRETOR

Eduardo Valadares de Brito
Flávia Danielle Santiago Lima
Marcelo Casseb Continentino
Ana Monteiro

Editoração

Eduardo Valadares de Brito

INFORMAÇÕES, CRÍTICAS, COMENTÁRIOS E ENVIO DE TRABALHOS:
ESTUDANTES - CADERNO ACADÊMICO
Praça Dr. Adolpho Cirne, S/N - Faculdade de Direito do Recife - Sala do DADSF
Recife - Pernambuco

As opiniões expressas nos trabalhos publicados responsabilizam apenas seus autores e não representam, necessariamente, a opinião dos editores e coordenadores deste periódico

Sumário

ESTUDANTES

APRESENTAÇÃO

O sexto número da **ESTUDANTES – CADERNO ACADÊMICO** demonstra, no âmbito universitário, o sucesso que um projeto sério, coordenado por alunos e professores, pode obter.

Representou, nos primeiros números, e representa, no atual, um aspecto fundamental no ensino superior que, em poucas palavras, pode ser definido como "vivência cultural", e, em Recife, significa ser contaminado pelo espírito da sua velha Faculdade de Direito, onde mais do que entrar e viver se precisa pensar e externar o pensamento. Contudo, para que este fato ocorra, é necessário que cada vez mais sejam criados mecanismos de fomento à pesquisa científica, como este periódico, o qual, sem qualquer apoio dos órgãos centrais da UFPE, mantém viva uma das mais belas tradições da FDR: **os periódicos estudantis**.

Os excelentes trabalhos que vêm sendo publicados, abordando temas recentes e incentivando a discussão científica, têm hoje o mérito reconhecido.

Tudo isso não seria possível, no entanto, sem o apoio dos alunos da graduação em Direito da UFPE, de nossa histórica biblioteca, dos professores integrantes do nosso conselho editorial, não só responsáveis pela análise dos artigos, mas constantes incentivadores de nossas atividades. Neste ponto, cabe-nos fazer uma homenagem especial ao professor Gláucio Veiga que, com 50 anos dedicados à Faculdade, permanece grande entusiasta do ensino, amante da história desta casa e instigador desta obra.

Por fim, registre-se nosso agradecimento à Pós-Graduação em Direito, a qual, sendo centro de produção das atuais *Idéias da Faculdade de Direito do Recife*, nos serve de constante inspiração e a todos que direta ou indiretamente contribuíram para concretização de mais um número da *Estudantes*.

André Melo Gomes Pereira
Presidente do Núcleo de Estudos Acadêmicos

Recife, 28 de fevereiro de 2000.

Aos amigos do NEA e da UFPE,

Venho através da presente carta relatar a minha emoção neste findar do Curso de Graduação em Direito, rememorando um pouco as amizades e realizações conquistadas.

Tenho as primeiras lembranças de um tempo que se iniciou cheio de angústias e indefinições, fruto de uma falta de amadurecimento decorrente da tenra idade que adentrei no Curso de Direito.

Depois, o momento da luta pelos espaços, da formação das amizades, do descobrimento da beleza e encanto da FDR. Momento de conviver com Mestres/Doutores como João Maurício Adeodato, Marcelo da Costa Pinto Neves, Maria Regina Rosa e Silva, Raymundo Juliano Rêgo Feitosa, Francisco Ivo Dantas Cavalcanti, Francisco Queiroz Bezerra Cavalcanti, Aurélio Boaviagem, Eugênia Barza, Larissa Medeiros, a todos agradeço o renovado estímulo de cada dia e as magnas aulas/ensinamentos.

Neste interregno, vieram os contatos com os mais antigos no Curso, tendo a felicidade de partilhar com eles experiências e beber em seus conhecimentos. Bem lembro de George Rodrigo Bandeira Galindo, de Nelson Juliano Matos, de Francisco Antônio de Barros e Silva Neto, de Mauro Leonardo Cunha, de Carla Virgínia Portela, de Luciana Medeiros Fernandes, de Leônio. Todos estes grandes amigos que amam esta Faculdade e cultuam o direito com ética e coerência profissional, destacando que me ajudaram em muito na dura caminhada visando a melhor compreender o grandioso fenômeno jurídico.

Com o tempo, começou o período do desbravamento, do lançar-se aos desafios acadêmicos. Realizei, então, as monitorias, a pesquisa de iniciação científica, participei do calor dos debates jurídicos/acadêmicos. Convivi neste período de forma mais permanente e contínua com vários mestres desta Casa e deles sempre procurei aproveitar o exemplo profissional e a postura de coerência e ombridade. Agradeço aqui aos Professores Edson Silva, João Parente, Ivo Dantas, Petrúcio Granja, Marcelo Neves, e em especial a dois grandes amigos e incentivadores de todos os momentos, o Prof. Raymundo Juliano Rêgo Feitosa e a Profa. Nilcéa Maggi. A todos estes mestres amigos meu carinho filial.

Na esteira da carreira acadêmica, surgiram as minhas participações em Congressos, os textos redigidos (lidos e relidos) com apresentações em Seminários. Aqui, o momento de compartilhar os conhecimentos e de dividir um saber ainda iniciante. Neste período, estiveram bem presentes, além dos professores, amigos de grande envergadura como André Melo, George Galindo, Domingos Augusto que até hoje compartilham de idéias e dividem esperanças,

vitórias e frustrações. Para vocês três em especial, o meu carinho e amizade com a pujança do nosso entusiasmo.

Na longa caminhada dos cinco anos de Curso de Direito, surgiram também a presente revista: Estudantes – Caderno Acadêmico, o Núcleo de Estudos Acadêmicos (NEA), o Departamento de Pesquisas Históricas que encontraram nas idéias de Nelson Mattos, Francisco Barros, Mauro Leonardo, Leônio (seus principais fundadores), um veículo sério e acadêmico de divulgação de um saber científico rico e burilado dos estudantes da Faculdade de Direito do Recife. Aqui, tive o prazer de compartilhar e dividir experiências com os acadêmicos Silvia Regina Pontes Lopes; Kylce Anne de Araújo Pereira; David Dantas; Marcelo Casseb Continentino; Eduardo Valadares de Brito; Tiago Antunes; Flávia Danielle Santiago Lima, como Secretário Geral e Presidente, aprendendo a admirar os mais novos no Curso de Graduação na esperança da renovação das idéias na FDR/UFPE. A todos estes, meu carinho e amizade, respeito e admiração.

No momento da despedida, ainda encontrei novos amigos que adentram na FDR, tais como Rodrigo Meira, Raíssa Maggi, Roberta Couto, Juliana Couto, que com certeza farão também parte da gloriosa história da FDR. Num fechar dos olhos, ainda vejo na minha lembrança o aperto de mão amigo do livreiro, Ivan; o excelente atendimento da Biblioteca da FDR, através dos amigos Hélio, Sandra, Elza; a amizade e o carinho dos companheiros dos Departamentos - Milton, Lena; a cordialidade dos funcionários da escolaridade – Eduardo, Ana Paula; a gentileza do trato de todos os bedéis e funcionários da FDR.

Por fim, chegou o momento triste da despedida, asseverando-se que o simples ato físico de adentrar de novo na Faculdade - agora como bacharel - dá uma sensação diferente, quase que um sensação de pai/mãe que revê e toca num filho querido que já está distante. Uma sensação de certo vazio pelo partir, mas também a certeza de que nos corredores da FDR deixamos um pouco de nós; fizemos parte da história gloriosa e pujante desta Instituição, construindo um pouco a FDR e dela levando o exemplo de seriedade e ética, do respeito e amor, da esperança e trabalho, da alegria e amizade.

Obrigado a todos da minha turma da FDR. Obrigado a todos do NEA. A esperança da FDR agora está dentro de cada um de vocês que permanecem nesta honrada Instituição de saber e cultura, espero que tenham fôlego para continuar realizando e engrandecendo, mantendo a tradição e abrindo as portas do futuro, sempre em corolário à majestosa história da Casa de Tobias Barreto que também é a Casa de cada um de nós.

Marcos André Couto Santos
Mestrando em Direito – UFPE
Ex-Presidente do NEA

EDITAL No. 01/2000

O Conselho Diretor da Estudantes-Caderno Acadêmico faz saber que se encontra aberto o prazo para recebimento de trabalhos para publicação neste periódico.

Os trabalhos deverão ser entregues até 09 de Junho de 2000 na Biblioteca da Faculdade de Direito do Recife ou remetidos através dos Correios (com aviso de recebimento – AR) para o endereço: *Praça Adolpho Cirne, s/n, Faculdade de Direito do Recife – Sala do DADSF – Recife – PE.*

A ESTUDANTES-CADERNO ACADÊMICO destina-se à publicação de trabalhos científicos (jurídicos e áreas afins) de autoria de alunos da graduação.

1. Os trabalhos científicos devem conter entre duas e dozè laudas, fonte Times New Roman – 13 (WORD 97), margem padrão (Superior: 2,5 cm; Inferior, 2,5 cm; Esquerda, 3 cm; Direita, 3 cm; Mediatriz, 0 cm; Cabeçalho, 1,25 cm; Rodapé, 1,25 cm; Tamanho do Papel, A4; Retrato), Espaçamento (entrelinhas) simples e parágrafo (recuo da primeira linha) com 2 cm de distância da margem, em texto todo Justificado;
2. Notas devem vir ao pé de página (Times New Roman – 11) e devidamente numeradas. As citações devem seguir o seguinte modelo: Para livros: Autor (sobrenome em letras maiúsculas), Título da Obra, Volume (se for o caso), Edição (caso não seja a primeira), Cidade em que a obra foi editada, Editora, ano e página. Ex.: MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 263. Para Coletânea de Estudos: Autor do Artigo (sobrenome em letras maiúsculas), Título do Artigo, Coordenador - ou organizador ou diretor etc. – da obra (sobrenome em letras maiúsculas), Título da obra (itálico), Volume (se for o caso), Edição (caso não seja a primeira), Cidade em que a obra foi editada, Editora, ano e página. Ex.: ROSAS, Roberto. *Controles das empresas públicas e sociedades de economia mista.* WALD, Arnoldo (coord.). O Direito na Década de 80: estudos jurídicos em homenagem a Hely Lopes Meirelles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 184. Para textos retirados da Rede Mundial de Computadores - INTERNET: Autor (sobrenome em letras maiúsculas), Título do texto, *Homepage*, Data do *download*. Ex: REMIRO BROTONS, Antonio. *Cumplimento de Obligaciones y Solucion de controversias en la Comunidad Europea.* Http://www.cefir.org.uy/docs/dt04/15remir2.htm. 20 de abril de 1998. Para Artigos de revistas: Autor do artigo (sobrenome em letras

maiúsculas), Título do Artigo (itálico), Título da Revista (sublinhado), Cidade em que a revista foi editada, Volume (se houver), Número, Ano e página. Ex.: VEIGA, Gláucio. *Teoria do Ensino e Avaliação Docente*. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito. Recife: n. 7, 1995, p. 121.

3. Os trabalhos artístico-literários devem conter entre uma e dez laudas (seguindo o mesmo padrão dos itens 1, 2 e 3);
4. Os originais devem ser encaminhados ao Conselho Diretor, digitados em duas vias (acompanhados do respectivo disquete);
5. Na primeira página deve constar informação sucinta sobre a formação e vinculação meramente acadêmicas do autor;
6. Os trabalhos entregues fora do prazo acima referido, serão submetidos ao conselho editorial apenas para o próximo número da Estudantes-Caderno Acadêmico;
7. O não cumprimento destas exigências poderá acarretar exclusão liminar do trabalho.

Eduardo Valadares de Brito
Membro do Conselho Diretor

UMA VISÃO CRÍTICA DA INTERPRETAÇÃO NA TEORIA PURA DO DIREITO

Frederico Augusto Leopoldino Koehler (Aluno do 5° período da Graduação em Direito da UFPE)

1. Introdução

Um estudo sobre Kelsen, após décadas de debates e discussões em todos os centros jurídicos acerca da sua obra, pode parecer extemporâneo, haja vista a superação da teoria pura do direito por outras teorias mais modernas. Porém, essa primeira impressão é derrubada pelo fato de o assunto de que trataremos neste trabalho, a hermenêutica na Teoria Pura do Direito[1], ser praticamente inexplorado pelos doutrinadores. Embora só esse fato já bastasse como justificativa para o presente estudo, acrescente-se a isso a grande importância e atualidade do capítulo VIII da Teoria Pura do Direito, onde Kelsen discorre sobre a interpretação das normas jurídicas.

Contrariando o perfil legalista e conservador atribuído a ele pela maior parte dos juristas, Kelsen criou uma teoria da interpretação que estava, de certo modo, à frente do seu tempo. É isso que demonstraremos na primeira parte deste artigo, onde à teoria da interpretação jurídica kelseniana será apresentada sinteticamente em seus pontos principais.

[1] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 387 - 397.

Após, faremos nossa crítica, baseada nos modernos avanços da Hermenêutica Jurídica, e combateremos alguns aspectos da interpretação kelseniana, visando a remodelar algumas das valiosas criações do gênio de Kelsen, como por exemplo a "moldura interpretativa". No final, será explicitado o benefício dessa releitura das figuras criadas pelo mestre vienês para a evolução jurídica e para a própria vida do direito.

Com isso, objetivamos demonstrar a mudança ocorrida no modo como se portam os aplicadores-intérpretes do direito, e contribuir com novas idéias para esse campo importantíssimo da área jurídica, que é a teoria da interpretação normativa.

2. A interpretação na Teoria Pura do Direito

Nessa primeira parte deste estudo, será elaborada uma descrição sintética do pensamento de Kelsen acerca do assunto em pauta, a fim de que se possa esboçar um quadro ilustrativo do significado da interpretação na Teoria Pura do Direito.

2.1- Interpretação autêntica e não-autêntica

Hans Kelsen define: "A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior."[2] Essa progressão se dá sempre que ocorre aplicação do Direito, ou seja, no momento em que se cria norma inferior, limitada materialmente e formalmente por norma de grau superior (a criação de norma especial-inferior é sempre aplicação de norma geral-superior). Esse instante de criação-aplicação do Direito protagonizado pelo legislador ou pelo juiz, vem sempre acompanhado da interpretação, quer ele ocorra no ápice da pirâmide normativa (como por exemplo, na interpretação de norma constitucional) ou numa escala inferior (por exemplo, na interpretação de sentença judicial).

Mas, também os indivíduos, que devem portar-se de acordo com a lei, precisam compreender, e portanto, determinar o sentido das normas jurídicas que por eles hão de ser observadas. Do mesmo modo os doutrinadores, quando descrevem um direito positivo, têm de interpretar normas jurídicas.

[2] Idem, p. 387.

Daí infere-se a distinção entre duas espécies de interpretação do Direito: aquela que é realizada pelo órgão que o aplica; e a outra, que é realizada não por um órgão jurídico, mas sim, por um cidadão e, especialmente, pela ciência jurídica. A primeira denomina-se interpretação autêntica, é dotada de obrigatoriedade e é criadora de direito, sendo portanto, fonte formal do Direito; a segunda denomina-se não-autêntica, não é obrigatória e não cria direitos, sendo fonte material do Direito.

2.2- Indeterminação relativa do ato de aplicação do direito

A norma superior determina ou vincula a norma inferior de duas maneiras: a) formalmente, pois diz qual o processo que deve ser seguido para a produção da norma inferior; b) materialmente, quando determina o conteúdo sobre o que pode tratar a norma inferior ou proíbe-lhe que regule uma determinada matéria. Essa determinação, porém, não é completa. A norma superior, não podendo vincular totalmente o ato inferior, funciona como um quadro ou moldura, dentro do qual está a esfera de ação da norma inferior.

A indeterminação da norma superior pode ser intencional, ou seja, estar na intenção do órgão que estabeleceu a norma a aplicar. Exemplo: quando, na norma penal, deixa-se a opção ao juiz de aplicar pena de reclusão ou de multa.

A indeterminação do ato jurídico pode também ser a conseqüência não intencional da própria constituição da norma jurídica que deve ser aplicada pelo ato em questão. Isso ocorre quando há uma discrepância entre vontade e expressão. Exemplo: duas normas contradizentes contidas na mesma lei.

Em qualquer um dos dois casos de indeterminação, é o aplicador do direito, através de um ato voluntarístico, que escolhe qual será a alternativa que será aplicada e tornar-se-á direito positivo.

2.3- A moldura interpretativa kelseniana

A moldura interpretativa é a maior criação do pensamento kelseniano nessa matéria e foi elaborada para solucionar os casos de indeterminação das leis. Segundo Kelsen: "O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível."[3]

[3] Idem, p. 390.

Kelsen considera que a norma superior forma uma moldura determinante de um campo de ação para a norma inferior, onde há várias possibilidades legais de aplicação do direito. Pode-se visualizar a moldura como uma figura geométrica, dentro da qual cabe ao órgão aplicador do direito escolher dentre as possibilidades oferecidas previamente pela norma superior.

E como é estabelecida claramente a moldura? Ela é determinada através de um ato objetivo do órgão aplicador, com a finalidade de conhecer a moldura e as alternativas que lhe são oferecidas. Só posteriormente, no momento de escolher qual dos caminhos seguir e transformar a escolha em direito positivo, é que o intérprete realizaria um ato voluntarístico de caráter subjetivo.

Em suma: num primeiro momento, o intérprete manter-se-ia neutro, realizando um ato meramente cognoscitivo (desprovido de vontade) para conhecer a moldura e as possibilidades de sua ação. Posteriormente, através de uma volição, o intérprete escolheria qual caminho seguir e aplicaria o direito. Nas palavras do mestre vienês: "na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a *interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento)* do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito *efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.*"[4]

Esse é um duro golpe que Kelsen desfere na teoria tradicional da interpretação. Esta afirma que o aplicador do direito, através de um ato puramente intelectivo, esclarece o significado correto da norma, que é unívoco. Kelsen, como já vimos, defende a idéia da pluralidade de opções, dentre as quais o juiz escolhe uma, de acordo com sua vontade. Não há um critério de direito positivo para disciplinar qual seja a escolha certa a se fazer. Isso porque "todos os métodos de interpretação até o presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto."[5] Daí se extrai que a escolha dentre as alternativas é feita de acordo com o critério político-subjetivo, sem caber à ciência do direito analisar qual das soluções intra-molduradas escolher, já que todas são logicamente possíveis.

[4] Idem, p. 394.
[5] Idem, p. 392.

2.4- O papel da doutrina na interpretação e a natureza do ato interpretativo do cientista do Direito

A posição de Hans Kelsen a respeito do papel do cientista do Direito é baseada na sua distinção entre interpretação autêntica e não-autêntica, pois qualifica o estudioso do Direito como intérprete não-criador de direitos. Por outro ângulo de visão, o mestre austríaco atribui à doutrina o dever de absoluta neutralidade, devendo o pesquisador ser totalmente imparcial, limitando-se a interpretar objetivamente a norma através de um ato de intelecção racional.

A concepção kelseniana da neutralidade do cientista do Direito é expressada na passagem transcrita a seguir: "*A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas.*"[6] Em outro trecho, Kelsen explica que o estudioso do Direito é intérprete não-criador do Direito, por realizar interpretação não-autêntica: "A interpretação jurídico-positiva não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito."[7]

Portanto, pode-se esboçar um modelo kelseniano para o cientista do direito: é um indivíduo que realiza interpretação não-autêntica ou não-criadora de direito, através de atos meramente cognoscitivos de caráter objetivo e imparcial; aliás, esse arquétipo ideal de cientista neutro se encaixa com perfeição na "busca de pureza" objetivada pela Teoria Pura do Direito.

3. Críticas pontuais à visão kelseniana de interpretação

Nessa parte do artigo, exporemos críticas acerca de pontos determinados da interpretação na Teoria Pura do Direito, com o fito de contribuir para o seu aperfeiçoamento.

3.1. O processo de cognição como ato ideológico do intérprete

Todas as nossas críticas à teoria da interpretação baseiam-se na nossa concepção do ato intelectivo (ato através do qual conhecemos as coisas), que é diferente da concepção kelseniana. Segundo Kelsen, o ato cognoscitivo tem um

[6] Idem, p. 395.
[7] Idem, p. 395-396.

caráter de objetividade e sua função é "determinar" as coisas, sem interferência do agente. É uma apreensão objetiva da coisa examinada.

Em nossa opinião, não só o ato voluntarístico, mas também o ato intelectivo está impregnado de ideologia (significando aqui o conjunto das idéias, crenças, valores, etc. que formam a cultura de cada indivíduo), pois ela acompanha o homem desde o instante em que nasce até o momento de sua morte.

Quando um sujeito realiza um ato de cognição, imprime, nos espaços axiológicos indeterminados ou lacunosos do objeto a conhecer, a sua ideologia. Isso ocorre principalmente nos objetos *construídos* pelo homem, em contraposição aos objetos *dados* pela natureza, pois o *construído* possui uma finalidade de ser, que é um valor, e por isso suscetível de invasão da ideologia do ser cognoscente. Tobias Barreto já dizia que o Direito não é produto do céu, mas sim, criação da cultura humana; ele *é enquanto deve-ser*, isto é, o Direito é uma realidade ontológica mas com uma finalidade deontológica.

Porém, o que mais influi para transformar as normas jurídicas em terreno propício ao ataque ideológico é o seu meio de expressão: a linguagem. A linguagem é formada de *signos*, que são realidades bifásicas formadas por um *indicador ou significante* (situado no plano da expressão; como um som, grafia ou gesto), e por um *indicado ou significado* (constituído pela situação significativa)[8]. Quando o significante não tem um significado bem definido, ocorre a chamada *vaguidade*; quando o significante possui vários significados, ocorre um caso de *ambiguidade*.

A linguagem jurídica está repleta de termos vagos e ambíguos, o que causa debates acerca do significado correto de cada palavra. Todos os conceitos têm uma certa fluidez; não há conceitos prontos, acabados e imutáveis; esse é um postulado da Hermenêutica moderna. Veja-se como exemplo o artigo 121 do CP brasileiro[9], considerado como um dos tipos mais fechados do nosso ordenamento. Esse é considerado um tipo hermético, onde é desnecessária interpretação e onde o significado dos conceitos é pacífico. Mas o que significa o indicador *matar*? Significa apenas morte cerebral, ou também morte cardíaca e respiratória? E o que significa o indicador *alguém*? Significa apenas o ser humano ou também o nascituro? É claro que a Jurisprudência e a doutrina adotam um entendimento dominante, pois se não fosse assim reinaria o caos; mas isso só ocorreu após discussões e é sempre possível haver a mudança

[8] Ver: CARNAP, Rudolf. *Introducción a la semântica*. Cuadernos de Epistemología, Buenos Aires: Faculdad de Filosofia e Letras, 1965.
[9] Art. 121. Matar alguém: Pena – reclusão, de 6(seis) a 20(vinte) anos.

desses significados. A interpretação contribui para a atualização do direito vigente com as mais diversas matizes ideológicas.

Pode-se concluir essa parte com as palavras de Warat: "A pragmática, projetada ao direito, permite compreender que a ideologia é um fator indissociável da estrutura conceitual explicitada nas normas gerais."[10]

3.1.1. A impossibilidade de uma neutralidade pura do cientista do Direito

Da argumentação exposta, segue que a concepção de Kelsen sobre o caráter e o papel do estudioso do Direito não pode ser aceita. Como já foi visto anteriormente, Kelsen defende que o cientista deve ter o caráter de absoluta neutralidade perante o Direito, e que o seu papel é o de determinar cognoscitivamente as possíveis interpretações da norma superior.

De fato, seria muito bom se a realidade fosse simples e modelada conforme o ideal de imparcialidade kelseniano. Porém, o ser humano não é uma máquina; a sua mente é um caldeirão axiológico onde se misturam os valores que formam a ideologia do indivíduo. O cientista do Direito, como todo homem, toma posições diante das coisas, sendo impossível manter-se sempre imparcial.

O papel do cientista do Direito não é apenas interpretar o direito positivo para "conhecer" a moldura da norma, como se fosse um mero comentador de Códigos e legislação; ele deve também contribuir para a formação de novos significados dos termos indeterminados das normas. A norma não deve ser estudada como uma estrutura mumificada; o signo normativo não é imutável, pois, apesar de o significante permanecer o mesmo, o significado muda continuamente, num *élan* evolutivo incessante. Como exemplo disso pode-se citar o Código Comercial brasileiro de 1850, que continua a se exteriorizar da mesma forma (o significante permaneceu) mas cujo sentido vem evoluindo ininterruptamente até o momento (o significado foi alterado), seja através da atuação da doutrina, seja através da Jurisprudência. Raimundo Falcão afirma a imprescindibilidade da interpretação para a evolução do Direito: "Direito, ou qualquer outro objeto cultural, sem a abordagem do intérprete, isto é, sem o *sendo* da interpretação, é paralisia, é estagnação.[...] A própria interpretação já feita também é paralisia e estagnação. Outra interpretação que se faça, do mesmo objeto cultural – inclusive a interpretação de interpretação anteriormente feita - , é sempre nova apreensão de sentido, é

[10] WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem*. 2. ed. aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 47.

sempre uma nova interpretação, que pode até coincidir com o sentido antes captado, mas não necessariamente, pois o processo espiritual é novo."[11]

3.1.2. A interação necessária entre a norma superior e o intérprete autêntico na formação de uma moldura maleável

Nesse ponto será analisada a relação que ocorre entre o aplicador-criador do Direito, isto é, o intérprete autêntico, e a norma superior. Conforme já foi visto, Kelsen separa a interpretação autêntica em dois momentos: a) determinação objetiva, por meio de um ato cognoscitivo, da moldura prevista na norma superior; b) escolha subjetiva, por meio de um ato de vontade, de uma das possíveis opções apresentadas pela norma superior para transformação em direito positivo.

Haveria segundo Kelsen, portanto, envolvimento subjetivo do aplicador-criador do Direito no ato de interpretação normativo, mas esse liame intimista entre intérprete e norma superior ocorreria apenas no segundo momento, ou seja, no instante de opção volitiva do intérprete. O primeiro momento seria apenas de caráter objetivo, onde não caberia falar de vontade do intérprete, mantendo-se ele neutro perante a norma superior.

Em nossa concepção, em todo o percurso do processo de interpretação está sempre presente a ideologia do indivíduo, pois todo ato interpretativo é oriundo de um ser humano (um órgão, como um Tribunal por exemplo, interpreta, mas somente através de atos dos indivíduos que o constituem), e "onde está o homem está a interpretação"[12]. Isso acontece sempre, mas é mais visível naquelas normas com conceitos vagos, ou onde haja termos imprecisos, ou expressões ambíguas. Veja-se, por exemplo, quantas interpretações há para uma expressão como a *função social da propriedade*? As interpretações dadas variam à medida que diferem as ideologias de cada indivíduo, podendo, no caso da função social da propriedade, a expressão ser tanto objeto de interpretações de cunho social, como de interpretações liberais.

A enormíssima diversidade da Jurisprudência sobre a interpretação do significado de uma lei, ou de um artigo, ou até mesmo de uma simples palavra demonstra a grande variedade de interpretações que podem ocorrer sobre um mesmo objeto, a depender da ideologia e do conjunto de crenças de cada intérprete.

Entendemos, portanto, que o juiz quando interpreta e julga, não é neutro perante a norma superior; ele interpreta a norma de acordo com sua

[11] FALCÃO, Raimundo. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 147.
[12] Idem, ibidem.

ideologia e suas crenças. É importante perceber que mesmo que não faça isso intencionalmente, o intérprete sempre usa suas idéias quando julga. Até no caso do intérprete ser partidário da imparcialidade do aplicador do Direito, ele já estará aí usando de sua própria ideologia para julgar.

Cada intérprete dá à moldura um significado especial. Isso nos leva à conclusão de que a moldura (que é, na verdade, o *significado* ou *indicado* da norma superior) não está rigidamente predeterminada pela norma superior. A moldura interpretativa (ou significado da norma) é mutável e é dotada de um certo grau de flexibilidade. É claro que essa elasticidade da moldura não é infinita, pois há limites ao ato interpretativo do aplicador. Se o juiz não tivesse seu arbítrio limitado (como querem os adeptos das Escolas Realistas), então não haveria a segurança jurídica necessária ao convívio social. Deve-se ter cuidado para não se cometer nenhum dos dois erros: a) defender a rigidez absoluta da moldura; b) acreditar que não há limites à influência da vontade do intérprete na formação da moldura.

Em suma: a moldura interpretativa tem um grau médio de fluidez que permite ao Direito uma evolução permanente no *significado*(real sentido da lei) das normas sem precisar modificar a todo instante o *significante* (por exemplo: a letra da lei), observando-se sempre os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

4. Conclusão

A interpretação na Teoria Pura do Direito foi analisada e ficou patente a engenhosidade com que foi elaborada pelo mestre Hans Kelsen, que criticou as doutrinas tradicionais e fez a sua teoria para substituí-las, obtendo grande êxito. Ele criou uma bela teoria, que se for devidamente atualizada e remodelada de acordo com os modernos avanços da Hermenêutica, pode ser aplicada com ótimos resultados no cotidiano jurídico da interpretação.

Das críticas que fizemos extraímos algumas conclusões:

a) Não só os atos de vontade, mas também os atos intelectivos, estão impregnados do subjetivismo e da ideologia do intérprete;

b) Todo ato de interpretação, seja de intérprete autêntico ou não-autêntico, é um ato de caráter ideológico. Daí deduz-se que o ato de interpretação do cientista do Direito também está preenchido de ideologia, restando prejudicada a concepção kelseniana da neutralidade pura ou pureza científica do cientista do Direito;

c) A moldura interpretativa não é determinada objetivamente pela norma superior. É imprescindível a interação da ideologia do

intérprete com a norma superior para a formação da moldura. Daí deduz-se que a moldura não pode ser rígida e hermética, sendo maleável e aberta;

d) O Direito evolui permanentemente através de atos contínuos de interpretação e como prova disto temos a Jurisprudência dos Tribunais e a doutrina, onde há sempre várias posições contrapostas, que refletem diferentes ideologias vigentes na sociedade, e contribuem enormemente para o avanço do Direito e para a busca da justiça.

Finalmente, queremos enfatizar a importância de uma moldura maleável e flexível para a evolução do Direito e para a concretização da justiça. Devido à maleabilidade da moldura interpretativa, o Direito pode receber contribuições das mais diferentes matizes ideológicas para o seu processo de permanente evolução e pode aspirar a uma verdadeira busca da eqüidade, aplicando-se ao caso concreto a interpretação possível mais apropriada.

5. Bibliografia

Livros

1. CARCOVA, Carlos M. *La idea de ideología en la Teoría Pura del Derecho.* Buenos Aires: Coop. De Derecho y C. Sociales, 1973.
2. CARNAP, Rudolf. *Introducción a la semântica.* Cuadernos de Epistemologia. Buenos Aires: Faculdade de Filosofia e Letras da Universidade de Buenos Aires, 1965.
3. DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no Direito.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
4. FALCÃO, Raimundo. *Hermenêutica.* São Paulo: Malheiros, 1990.
5. KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas.* Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.
6. _____. *Teoria Pura do Direito.* Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
7. MIRANDA FREIRE, Carlos C. *Influência da Doutrina Jurídica nas Decisões Judiciais.* João Pessoa: União, 1977.
8. WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem.* 2. ed. aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

Revistas

1. SILVEIRA, José Néri da. *A função do juiz.* AJURIS. Porto Alegre. a.19. n.54, mar. 1992, p. 40-52.

DIREITO ALTERNATIVO: UMA TENTATIVA DE IMPEDIR A MODERNIZAÇÃO DO DIREITO?

Marco Aurélio Ventura Peixoto
(Aluno da Graduação em Direito da UFPE; Monitor de Introdução ao Estudo do Direito I)

1. Introdução

É crescente a discussão no mundo jurídico a respeito do chamado Direito Paralelo, inoficial, emergente, insurgente, conhecido como Direito Alternativo.

O conceito dogmático de direito, adotado pelo mundo ocidental moderno, tem seu fundamento nos juízos prescritivos e inquestionáveis do dever-ser.

Visível é, entretanto, a existência de lacunas, contradições e ambigüidades no Direito oficial. O mundo contemporâneo vive a crise do Direito Dogmático, havendo a insuficiência e a inércia estatais, que transformam em ficção a pretensão do monopólio das normas jurídicas pelo Estado.

Desponta, diante disso, o Direito Alternativo, como uma das tentativas de suprir essa lacuna, esse vazio que o Estado tem deixado na solução dos conflitos.

Para tanto, neste presente estudo, analisaremos a crise e a insuficiência do Direito Estatal, e o Direito Alternativo de uma forma especial, buscando suas raízes históricas, desfazendo ficções, definindo conceitos e analisando suas propostas como meio de preencher os vazios produzidos pelo Estado.

2. Dogmática Jurídica: a difícil modernização do Direito

Nos tempos atuais, diz-se moderno o Direito que se dogmatizou, isto é, aquele que atingiu determinado grau de complexidade e organização.[1]

O mundo moderno baseia-se na dogmática para o estudo, a interpretação e a aplicação do Direito. Mas, como pode vir um Direito a se tornar moderno?

Na verdade, há alguns pressupostos a serem atingidos para que o Direito se torne dogmático, isto é, modernize-se. Segundo a lição de João Maurício Adeodato,[2] há três pressupostos sociológicos: o primeiro deles é a pretensão, por parte do Estado, do monopólio na produção das normas jurídicas. Posteriormente, deve haver a ascensão das fontes estatais em detrimento das demais fontes do Direito. O terceiro pressuposto seria exatamente a *autopoiese*, isto é, a emancipação do subsistema jurídico dos demais subsistemas normativos éticos; conseqüentemente, para que o Direito se dogmatize, deve estar imune de fatores sociais, morais e religiosos.

O já referido autor[3] faz ainda três ressalvas de ordem epistemológica, quanto à modernização do direito. Diz ser o conceito qualitativo e não temporal, isto é, o *moderno* não diz respeito ao tempo. O conceito de modernidade não é ligado a nenhum juízo de valor, ou seja, não se quer dizer que o Direito Dogmático é melhor que outros. A última ressalva feita pelo ilustre doutrinador é que não se pressupõe uma escatologia, nada indicando, portanto, que todos os direitos conseguirão se modernizar.

O dogma jurídico faz referência a juízos prescritivos, do dever-ser. Por isso mesmo, não se deve confundir o dogma jurídico com os dogmas religiosos, visto que estes dizem respeito apenas ao mundo do ser, aos juízos descritivos.

Caracteriza-se, portanto, o Direito Dogmático, por uma maior força e presença do Estado na produção e aplicação, e por uma certa independência no tocante à ingerência de outros subsistemas éticos. Tal enfoque implica ter-se como inegáveis as normas jurídicas do ordenamento e também obriga o Estado-juiz a apreciar toda e qualquer lide que lhe é trazida.

Vê-se, por esses pressupostos e característicos acima apontados, que é lenta a modernização do Direito, ou seja, árdua se torna a tarefa daqueles que

---

[1] ADEODATO, João Maurício. *Modernidade e Direito*. Revista da Esmape. Recife, vol. 2, n. 6, 1997, p. 256.
[2] Idem, p. 258.
[3] Idem, p. 262.

buscam dogmatizar o ordenamento jurídico de determinado local. Difícil o é, principalmente em virtude da *autopoiese*, tão rara de ser conseguida, se é que alguém já a atingiu por completo.

Conforme alguns autores, não há como o Direito ser autopoiético, sendo sempre alopoiético,[4] visto que, por ser um sistema social, o Direito está em intrínseca relação com os demais sistemas, sendo necessária essa intercomunicação.

Para esses doutrinadores, a alopoiese, que é a ingerência dos demais subsistemas normativos éticos sobre o subsistema jurídico, não pode ser considerada como um mal, algo que atrapalhe o desenvolvimento do Direito. Pelo contrário, essa interferência seria algo de essencial para a boa interpretação e aplicação das normas jurídicas.

3. A Insuficiência do Estado no Direito Moderno

Embora ainda incipiente, há uma tendência em afirmar a *desdogmatização* do pensamento jurídico,[5] em virtude de o dogma inibir o processo de mudança em função da experiência.

Os pressupostos dogmáticos de ascensão e monopólio do Estado no Direito raramente são verificados e, menos ainda, se conseguirá a autopoiese, ou seja, a relativa independência do Direito. Conseqüentemente, afirma-se que o Estado tem sido insuficiente no Direito Moderno, isto é, o Direito Estatal vive uma crise bastante difícil de ser superada.

Para tanto, é necessário vermos a realidade do Direito Estatal sob dois prismas diferentes: nos países centrais, ditos desenvolvidos, e nos países periféricos, chamados subdesenvolvidos.

Na realidade do desenvolvimento, o que se observa é uma crescente complexidade com o surgimento de diversos grupos sociais, criando conflitos não previstos pelo ordenamento estatal. Conseqüentemente, aparecem novas esferas normativas, paralelas ao Direito do Estado, dando origem ao que chamamos de pluralismo jurídico.

Já o que se vê nos países subdesenvolvidos ou periféricos é diferente. Nesses locais, constata-se uma inércia do Estado em deter a produção e a aplicação do Direito.[6]

---

[4] ROCHA, Dário. *Considerações digressivas e nem sempre ortodoxas de como e porque ser e não ser alternativo*. Revista da OAB- Seccional de Pernambuco. Recife, n. 24, 1997, p. 67.
[5] MAIA, Alexandre da. *O Movimento do Direito Alternativo e sua influência na Comarca do Recife*. Revista da OAB- Seccional de Pernambuco. Recife, n. 24, 1997, p. 41.
[6] MAIA, Alexandre da. Op. cit. p. 42.

Essa crise no Direito Estatal periférico vincula-se, principalmente, à alopoiese. Essa interferência dos demais sistemas normativos sobre o jurídico tem tornado ineficaz o Direito Estatal. A alopoiese faz do Direito um sistema heteroreferente, e não auto-referente, como quer a Dogmática Jurídica. O subsistema que mais interfere é o econômico, que faz com que os privilegiados economicamente desfrutem dos benefícios do Direito, deixando os encargos para aqueles que, sob a ótica econômica, são desprivilegiados.

Vê-se, para tanto, que nos tempos atuais, há uma grave crise do Direito Dogmático, pois o Estado é insuficiente para deter o monopólio de produção e aplicação das normas jurídicas, sofrendo constantemente a interferência, e até a sobreposição de outros sistemas normativos éticos.

4. O Direito Alternativo como realidade

Alternativa é um esquema resolutivo não convencional de um problema que não teve solução convencional. É uma opção de inaceitação do convencional.[7]

Transpondo o alternativo para o plano jurídico, vemos que, dada a crise do Direito Dogmático, isto é, em virtude da insuficiência do Estado na resolução de conflitos, surgem novas formas de enfrentar essa crise. E uma dessas formas é o Direito Alternativo.

O Direito Alternativo é uma das saídas para a amplificação normativa, em conseqüência da inércia do Estado. É, de fato, uma realidade, defendida por uns, combatido por outros, mas sempre presente nos debates jurídicos da atualidade.

4.1. Evolução Histórica e Desenvolvimento

O Direito Alternativo remonta suas origens à crise do fetichismo legal. Quando os juristas não mais estavam satisfeitos com a vigência das normas jurídicas, surgiram os métodos modernos da interpretação e aplicação.

A Escola Histórico-Evolutiva, de Salleiles, ao lado da Escola do Direito Livre, de Hermann Kantorowicz, foram as antecessoras do Movimento do Direito Alternativo. Kantorowicz defendia que o juiz deveria decidir sem limites na lei, com ampla liberdade, sendo necessário primeiro, que se procurasse o justo, para depois utilizar a lei. Para ele, a justiça estaria acima da lei, autorizando o juiz a tomar decisões *contra legem*.

[7] ROCHA, Dário. Op. cit. p .69.

Para entendermos o histórico e o desenvolvimento dessa alternatividade ao Direito, temos que vislumbrar dois ângulos diversos: a Europa e a América Latina.

Na Europa, onde teve início o Movimento do Direito Alternativo, por volta dos anos 60, há aspectos bastante peculiares.[8] Segundo o exemplo europeu, a alternatividade não permite que se extrapole a esfera estatal de solução de conflitos, não havendo, na verdade, um Direito Alternativo propriamente dito, mas sim, um *uso alternativo do Direito.* Busca-se concretizar algumas normas-princípio, pouco usadas no ordenamento, assim como interpretar determinadas normas de uma maneira que atenda aos princípios gerais.

A realidade latino-americana, especialmente a brasileira, é bem diferente da européia. Há o Direito Alternativo propriamente dito, como uma tendência de desburocratizar o sistema estatal.[9] É o Direito verificado na experiência social.

O Direito Alternativo no Brasil reúne um grupo de pessoas com certos objetivos comuns, organizado a partir de 1990, e que busca uma nova forma de ver, praticar e aplicar o Direito.[10] Inicialmente, agregava apenas juízes; hoje, tem a simpatia e o trabalho de advogados, promotores, procuradores, professores, estudantes e da sociedade em geral.

O primeiro passo para o início do Direito Alternativo no Brasil foi a criação de um grupo de estudos, organizado por magistrados gaúchos. Paralelamente, alguns juristas já falavam da possibilidade de criação de um Direito Alternativo, dentre os quais Edmundo Lima de Arruda Júnior e Clèmerson Merlin Clève.

Como episódio histórico para o surgimento do movimento no Brasil, remonta-se a outubro de 1990, quando um artigo redigido pelo jornalista Luiz Maklouf, no Jornal da Tarde, de São Paulo, buscava desmoralizar o grupo de estudos gaúcho. Pelo contrário, acabou dando início e força ao movimento, culminando com o I Encontro Internacional de Direito Alternativo, realizado em Florianópolis, no ano seguinte.

Constata-se logo que o Direito Alternativo encontrado na América Latina é verificável a partir da atuação da sociedade civil, que busca seus direitos independentemente do Estado. Configura-se, portanto, um Direito alopoiético, em vista de que há a interferência social na legislação estatal.

---

[8] MAIA, Alexandre da. Op. cit. p. 44

[9] MAIA, Alexandre da. Op. cit. p. 46

[10] ANDRADE, Lédio Rosa de. *O que é Direito Alternativo.* http://www.amc.org.br/artigo01.htm. 07 de outubro de 1999, p. 01.

4.2. Verdade ou ficção: o que não é Direito Alternativo?

Diante da crise do Direito Dogmático e da inércia do Estado em solucionar as lides que lhe são postas, o Direito Alternativo desponta como uma das principais saídas para a resolução desses conflitos.

Apesar disso, seja por desconhecimento, preconceito ou até má fé, o Direito Alternativo tem sido atacado pelo que não é, ou seja, criam-se ficções, mentiras acerca do Direito Alternativo, para que se coloque a sociedade de forma contrária a essa nova forma de ver o Direito.

Há um grave erro epistemológico nessas críticas ao Direito Alternativo, em vista de que seus fundamentos não encontram comprovação empírica, ao se analisar o discurso justificador da alternatividade.[11]

Alguns dizem que o Direito Alternativo se caracteriza pela negativa da lei. Isto não corresponde à realidade. A lei é conquista da humanidade e não se vislumbra uma vida numa sociedade sem normas seguras, como a lei.[12] O que ocorre é que a alternatividade luta para que surjam leis mais justas, que sejam compatíveis com os anseios da população. Não se admite que o Direito se identifique tão só com a lei, nem que o Estado detenha o monopólio da produção de normas jurídicas.

Outros combativistas dizem que ele outorga poderes ilimitados e excessivos ao julgador, que decidiria a partir do seu próprio sentimento de justiça. É outra ficção, outra inverdade criada, pois o que os alternativistas buscam é a superação do legalismo estreito, mas sempre dentro de limites, que são os princípios gerais do Direito. O compromisso do juiz seria, essencialmente, a busca incessante de justiça.

Vê-se que as agressões contra o Direito Alternativo surgem pelo que o movimento não é. As ficções criadas almejam colocar a opinião pública em oposição às idéias alternativistas. O que se sabe, em verdade, é que nenhum autor alternativo toma ou coloca como base ou requisito a anomia, o voluntarismo e o combate à lei em si.

4.3. O Direito Alternativo em suas relações com o Direito Natural

O mundo contemporâneo, com a rápida evolução de diversos

[11] ANDRADE, Lédio Rosa de. Op. cit. p. 01

[12] CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito Alternativo: Uma Revista Conceitual.* http://www.uerj.br/~direito/rqi/07/a070402.htm, 15 de outubro de 1998, p. 02.

os legisladores dá início à crise do Direito Estatal. Conforme se sabe, o Direito Alternativo é uma das tentativas propostas à solução dessa crise.

O Direito Alternativo possui intrínsecas relações com o Direito Natural, sendo esse, inclusive, o antecessor fundamental daquele[13]. O pensamento jurídico jusnaturalista influenciou e ainda influencia decisivamente o Direito moderno. Tem se apresentado variável, segundo as épocas e a sociedade, por isso sempre se apresenta de forma imprecisa.

Natural é o Direito que acredita na existência de uma lei superior, que prevalecerá em caso de conflito com a norma positiva, e que deve orientar o Direito Positivo em seus caminhos fundamentais[14]. Desautoriza a idéia de uma redução do Direito ao ordenamento legal-positivo.

É notável a relação do Direito Alternativo com o Direito Natural, já que ambos se animam da idéia de justiça, buscando os autores alternativos, de uma forma ou de outra, a justiça social. Além disso, ambos combatem o estrito legalismo, isto é, reconhecem a crise estatal no Direito e procuram, de diferentes maneiras, soluções para essa crise.

4.4. Conceito e Propostas do Direito Alternativo

Conceituar Direito Alternativo não é uma tarefa das mais fáceis, em vista de que, por ser um tema de intensos debates, inúmeras teses e conceituações já foram formuladas acerca do assunto.

Segundo vimos, há no mundo contemporâneo uma crise pela qual o Direito Dogmático passa. O Estado mostra-se fraco e impotente para solucionar os conflitos existentes em sociedade, não consegue deter o monopólio na produção das normas jurídicas, não faz prevalecer suas fontes em detrimento das demais e, pior, assiste cada vez mais intensamente à influência de diversos sistemas normativos se sobrepondo ao Direito.

Dada essa incapacidade estatal, o Direito Alternativo surge como uma opção, uma saída, em meio a essa crise. Representa uma disputa entre o *ideologicamente generoso*, alternativo, e o *formalmente preciso*, que seria o dogmático.[15] Configura-se como um Direito paralelo, fruto da inacessibilidade ao Direito

---

[13] SOUTO, Cláudio. *Tempo do Direito Alternativo: uma fundamentação substantiva.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997, p. 95.

[14] BOAVIAGEM, Aurélio Agostinho da. *O Direito Alternativo fundamenta-se no Direito vivo/ livre ou no Direito Natural? Será ele Direito?* Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco. Recife: v. 1, n. 1, 1999, p. 31.

[15] Idem, p. 16.

oficial: o direito da excludência, da opressão, da miséria.[16]

O movimento, em si, não possui uma ideologia própria, mas sim, pontos teóricos em comum, em razão das mais diversas formulações de seus membros.[17] Em geral, não se aceita o sistema capitalista como modelo econômico opressor, nem o liberalismo burguês exacerbado como sistema sócio-político. Combate-se a miséria da grande parte da população e luta-se pela democracia, entendida como a concretização das liberdades individuais e materialização da igualdade de oportunidades.

Há entre os alternativistas uma unanimidade de crítica ao positivismo jurídico, que é entendido como uma postura jurídica técnica-formal-legalista, de apego irrestrito à lei. Os juristas alternativos denunciam que o Direito tem sido excessivamente formal, incoerente e incompleto, deixando várias contradições e lacunas.

No entender de José Geraldo de Sousa Júnior, o Direito Alternativo é fruto do conjunto das formas de mobilização e organização das classes populares, que abrem espaços sociais inéditos e revelam novos atores na cena política, capazes de criar direitos.[18]

Segundo as lições de Cláudio Souto, o Direito Alternativo é a norma desviante em face à legalidade estatal, do mesmo modo que esta última lhe é desviante. Não coincide com a legalidade do Estado, só sendo tal pelo desvio, pela não identificação, pela dessemelhança em relação ao conteúdo da legislação estatal.[19] Entretanto, não se pode reduzir o Direito Alternativo a uma mera forma de manifestação popular, pois práticas insurgentes da sociedade podem, também, trazer em si uma noção de dominação nociva à comunidade em geral.

Há, na doutrina majoritária, a observação do Direito Alternativo como sendo um procedimento extradogmático, incluindo um antidogmatismo presente nas próprias normas estatais.[20]

De grande valia para a conceituação do Direito Alternativo são as formulações de Edmundo Lima de Arruda Júnior e de Amilton Bueno de Carvalho. Arruda Júnior vê o fenômeno sob duas óticas: o instituído, que se passaria ainda dentro do ordenamento estatal e o instituinte, que sendo extra-estatal, estaria dando origem ao pluralismo jurídico.

---

[16] ROCHA, Dário. Op. cit. p. 74.

[17] ANDRADE, Lédio Rosa de. Op. cit. p. 02.

[18] SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. *Tempos do Direito Alternativo*. http://www.trf1.gov.br/enfoqueiuridico/enfoque07josegeraldo.htm. 07 de outubro de 1999, p. 01.

[19] SOUTO, Cláudio. Op. cit. p. 96.

[20] MAIA, Alexandre da. Op. cit. p. 51.

Dentro da esfera do instituído, temos duas vertentes: o instituído sonegado e o instituído relido. O *instituído sonegado* seria a concretização de princípios considerados como conquista. É uma luta dentro do Direito já posto, que procura dar uma eficácia concreta aos direitos individuais e sociais constantes nos textos legais. Insere-se mais na visão européia, isto é, dos países centrais. Em termos estritos, não poderia ser considerado como alternativo, visto que está na legalidade estatal, mas é ineficaz.

Já o plano do *instituído relido*, que também se verifica mais nos países desenvolvidos, configura uma atividade de hermenêutica. Busca dar uma nova interpretação às normas jurídicas já existentes, de acordo com os anseios sociais. Também em sentido estrito não pode ser considerado alternativo, visto que se trata apenas de uma maneira diferente de interpretar as normas jurídicas já postas.

Por outro lado, aquilo que Arruda Júnior chama de *instituinte negado* é, de fato, a alternativa ao Direito Estatal, consagra o pluralismo jurídico. É uma realidade existente na América Latina. Preocupa-se com a participação das camadas populares marginalizadas, buscando atender às suas necessidades. São os direitos não positivados pela ordem estatal, mas verificados empiricamente na sociedade.

Para Amilton Bueno de Carvalho, um dos maiores estudiosos do Direito Alternativo, o tema envolve três planos, bastante semelhantes aos defendidos por Edmundo Lima de Arruda Júnior: o uso alternativo do Direito, a positividade combativa e o Direito Alternativo em sentido estrito.[21]

O *uso alternativo do Direito* tem suas raízes fincadas na magistratura democrática italiana do final dos anos 60. Ocorre dentro do sistema já positivado. Utiliza as contradições, ambigüidades e lacunas numa ótica democrática, buscando os textos de uma forma diversa da usual, extraindo um novo texto, mais compatível com as necessidades sociais. Corresponde ao instituído relido de Arruda Júnior, tendo como atores principais os juízes, promotores, advogados, professores e doutrinadores.

Já a *positividade combativa* de Amilton Bueno corresponde ao instituído sonegado de Arruda Júnior. Luta para que as conquistas democráticas que já foram erigidas à condição de lei tenham efetiva concretização, buscando estratificar os preceitos legais que permitam que os princípios aterrissem na vida diária.

O *Direito Alternativo em sentido estrito*, correspondente ao instituinte negado, emerge do pluralismo jurídico, sendo um Direito paralelo, emergente e insurgente, que coexiste com o estatal.

[21] CARVALHO, Amilton Bueno de. Op. cit. p. 3-5.

insurgente, que coexiste com o estatal.

Constata-se, logo, que há inúmeras definições e formulações para o Direito Alternativo. Há os que buscam o lado da justiça; outros defendem as forças sociais; outros ainda enxergam Direito Alternativo em um sentido amplo, dentro inclusive do ordenamento estatal. Importa, principalmente, saber que acima de tudo, visa a ser um Direito ético, pois, mesmo sendo uma alternativa ao estatal, deve obedecer aos princípios gerais consagrados pelo Direito.

5. Conclusão

No mundo contemporâneo, é notável a insuficiência estatal para regular todas as relações intersubjetivas juridicamente relevantes, existentes no seio social. Diante de tal fato, é inevitável a existência de lacunas e contradições no Direito.

Vive-se uma crise do Direito Dogmático, isto é, a ineficácia e a inércia do Estado impedem que o Direito alcance o seu objetivo de modernização. O Estado se sente impossibilitado de monopolizar a feitura de normas jurídicas e não consegue fazer prevalecer suas fontes. Pelo contrário, diversas outras fontes e até outros sistemas éticos se apresentam, invadindo a esfera estatal e, às vezes, sobrepondo-se a ela.

Em conseqüência dessa dificuldade estatal, o Direito Alternativo desponta como uma das opções, uma das saídas para a resolução de conflitos sociais. A idéia de Direito Alternativo nasce como um procedimento fora da Dogmática Jurídica. Considera-se o Estado como sendo apenas uma das formas de manifestação do Direito. O Direito Dogmático perdeu o contato com a vida social, percebendo-se conseqüentemente o Direito extra-estatal.

Conforme vimos, encontra-se o Direito Alternativo tanto no próprio ordenamento quanto fora dele. Dentro do ordenamento, busca-se maior efetividade a certas normas ou uma melhor interpretação. Fora do Direito Estatal percebe-se através do verificado empiricamente nas relações sociais.

Diante de tudo isso, cremos não poder considerar o Direito Alternativo como tentativa de desvirtuar o Direito Dogmático. Não é uma tentativa de impedir a modernização, a completa dogmatização do Direito. Pelo contrário, é algo que surge espontaneamente, como necessidade face à ineficácia do Direito Estatal em solucionar as lides existentes na realidade social.

6. Bibliografia

1. ADEODATO, João Maurício. *Ética, Jusnaturalismo e Positivismo no Direito.* Revista da OAB-Seccional de Pernambuco. Recife: n. 24, 1997.
2. _____. *Modernidade e Direito.* Revista da Esmape. Recife: vol. 2, n. 06, 1997.
3. _____. *Para uma conceituação do Direito Alternativo.* Revista do Direito Alternativo. São Paulo: n. 01, 1992.
4. ANDRADE, Lédio Rosa de. *O que é Direito Alternativo.* http://www.amc.org.br/artigo1.html. 07 de outubro de 1999.
5. BOAVIAGEM, Aurélio Agostinho da. *O Direito Alternativo fundamenta-se no Direito Vivo/Livre ou no Direito Natural? Será ele Direito?* Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco. Recife: vol. 1, n. 01, 1999.
6. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico.* 5. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1994.
7. BOLLMANN, Villian. *Jusnaturalismo e Direito Alternativo.* http://www.iacess.com.br/bollmann/trab03.htm. 15 de outubro de 1998.
8. CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito Alternativo: uma Revista Conceitual.* http://www.uerj.br/~direito/rqi/07/070402.htm. 15 de outubro de 1998.
9. GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
10. KELSEN, Hans. *Justicia y Derecho Natural in Critica del Derecho Natural.* Madrid: Ed. Taurus, 1996.
11. MAIA, Alexandre da. *O Movimento do Direito Alternativo e sua influência na Comarca do Recife.* Revista da OAB-Seccional de Pernambuco. Recife: n. 24, 1997.
12. NEVES, Marcelo. *Da autopoiese à alopoiese do Direito.* Anuário do Mestrado em Direito. Recife: n. 5, Universitária, 1992.
13. PASSOS, J. J. Calmon. *Desafios e Descaminhos do Direito Alternativo.* http://www.trf1.gov.br/enfoquejurídico/enfoque7_calmonpassos.htm 07 de outubro de 1999.
14. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito.* 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
15. ROCHA, Dário. *Considerações Digressivas e nem sempre Ortodoxas de como e porque ser e não ser alternativo.* Revista da OAB-Seccional de Pernambuco. Recife: n. 24, 1997.
16. SILVEIRA, Eustáquio. *O Verdadeiro movimento pelo Direito Alternativo.* http://www.infojus.com.br/area15/eustquio.htm. 07 de outubro de 1999.
17. SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. *Movimentos Sociais-Emergência de Novos Sujeitos: o Sujeito Coletivo de Direito in* ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima

de.(org): Lições de Direito Alternativo. São Paulo: Acadêmica, 1991.

18. _____. *Tempos do Direito Alternativo.* http://www.trf1.gov.br/enfoquejuridico/enfoque7_josegeraldo.htm, 07 de outubro de 1999.
19. SOUTO, Cláudio. *Direito Alternativo: em busca de sua substantividade conceitual.* http://www.trf1.gov.br/enfoquejuridico/enfoque7_claudio.htm, 07 de outubro de 1999.
20. _____. *Tempo do Direito Alternativo: uma fundamentação substantiva.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
21. WIESER, Renato. *O Direito Alternativo e a Justiça.* http://www.jus.com.br/doutrina.html, 07 de outubro de 1999.

DIREITO: QUERER NECESSÁRIO E POTENCIALMENTE INSURGENTE?

Marcelo Santiago Bezerra de Lima
(aluno do 5º período da graduação em Direito pela UFPE)

Sumário: 1. Introdução: Sociedade e Direito; 2. O Direito para Rudolf Stammler; 2.1. Gênero Próximo; 2.2. Diferenças Específicas; 3. Relação entre o Aspecto Vinculatório e a necessidade de Direito; 4. Relação entre o Aspecto Autárquico e a Insurgência do Direito; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

1. Introdução: Sociedade e Direito

Sociedade e Direito são inseparáveis: a vida em sociedade só é possível porque há Direito e só há Direito porque os homens vivem em sociedade. Existem os que acreditam que o Direito está apenas a serviço dos que detêm o poder político e econômico. Trata-se mesmo de uma estrutura de poder, mas que é uma exigência da sociedade, retornando para toda ela. O Direito é o instrumento de que cada pessoa dispõe para controlar o meio social. É uma criação da cultura com o fim de possibilitar a boa convivência entre os homens, ao ponto de, quando não for mais funcional, poder ser recriada, como acontece com o Direito Comunitário.

Para mostrar a aproximação entre sociedade e Direito, questiona-se se ele é um querer necessário e potencialmente insurgente. A partir da análise do moderno conceito jurídico estabelecido por Rudolf Stammler, verifica-se como o Direito se funda e se transforma na sociedade. Primeiramente, vê-se que o Direito é um querer; depois, que é um querer social; e, finalmente, que pode ser recriado. Para isso, não se faz uma análise independente de cada elemento da questão: o querer, a necessidade, a insurgência. Tais elementos guardam fortes relações entre si, que devem ser aproveitadas para o privilégio social do questionamento.

2. O Direito para Rudolf Stammler

De acordo com os princípios da Escola Histórica, vários cientistas formularam seus conceitos de Direito. Tendo como alicerces tais conceitos,

surgiram diversas doutrinas que influenciaram e ainda influenciam inúmeros pensadores do saber jurídico. Para explicar o Direito, historicistas como Hugo e Savigny recorreram a um processo genérico. Através do método indutivo (generalização de particularidades), foi que chegaram a um conceito sobre o Direito, extraído dos fatos ou fenômenos observados na História[1].

Foi Rudolf Stammler quem divergiu do Historicismo com força suficiente para estabelecer uma nova conceituação do Direito, a modernamente mais aceita. Criticando as doutrinas empíricas e buscando explicar o conhecimento jurídico por processos lógicos, apriorísticos, o filósofo neokantiano fixou seu conceito[2]. Para Stammler, o Direito é um querer vinculatório, autárquico e inviolável.

Uma definição que atenda aos pressupostos da lógica formal deve apontar o gênero próximo e as diferenças específicas do que se define, caracterizando todo o definido e apenas o definido — *Definitio fit per genus proximum et differentiam specificam*[3]. Seguindo tal lição de Aristóteles, pode-se fazer uma decomposição do conceito stammleriano.

2.1. Gênero Próximo

Diz-se que Kant foi pouco kantiano em seus *Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito.* Afirma-se isso porque, ao contrário do que fez com a Matemática ou com a Química, em relação ao Direito, Kant não indagou das condições lógicas que o tornam possível[4]. Mais kantiano que Kant no tratamento do Direito seria Stammler. Ele afirmou que as ciências têm dois pressupostos lógicos e explicou especificamente em qual dessas formas puras se enquadra a ciência jurídica. Assim, "o homem segundo a discriminação de Stammler, ou se põe perante as coisas, para contemplá-las, ou se põe perante a realidade, no sentido de um fim a atingir. *Ou percebe e conhece, ou quer*"[5]. O primeiro pressuposto lógico envolve as ciências que observam causas e conseqüências, formulando juízos de *ser* (ontologia), como a Física ou a Astronomia. Há saberes, porém, que surgem pela busca de meios adequados

---

[1] BARROS, Celso. *O Direito como razão e como história — Tese ao concurso de Introdução à Ciência do Direito na Faculdade de Direito do Piauí.* Brasília: [s.n.], 1977, p. 57.
[2] Idem, Ibidem.
[3] NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito.* 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 90.
[4] REALE, Miguel. *Filosofia do Direito.* 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 333.
[5] Idem, p. 334.

para certas finalidades. Essa relação entre meios e fins se realiza por juízos de *dever ser* (deontologia), comuns no saber jurídico.

Ao fixar o gênero próximo da definição: o Direito é um querer, Stammler não pensava num homem apenas observador da realidade, mas num homem que busca interagir com seu meio para atingir fins determinados: *um homem que quer*. Essa afirmação isolada, porém, pode gerar interpretações diversas das desejadas, pois não se fala num querer psicológico: desejo, simples vontade subjetiva. Stammler diz que *o homem quer segundo os fins*. É um querer no sentido lógico-formal, de subordinação de meios a fins[6]. Observa-se finalmente que o Direito se configura numa opção para realizar determinados fins, com a escolha de determinados meios[7].

2.2. *Diferenças Específicas*

Fixado o gênero próximo da definição stammleriana, cabe agora discriminar esse querer do Direito de outras formas de querer. Faz-se isso pelas diferenças específicas do conceito.

Stammler verifica que, em manifestações da vontade para obtenção de fins, o querer compreende tanto a moral como o social. Como critério lógico de ordenação, ele distingue o querer vinculatório do social e o querer isolado da moral. Isolado, pois "a moral se refere à vontade de um só homem"[8]; vinculatório, quando entrelaça vários indivíduos: "o que para um é meio se constitui em fim para o outro e vice-versa. O Direito se distingue, assim, juntamente com todo o social, como vontade vinculatória"[9].

Dentro da categoria de querer entrelaçante encontram-se, além do Direito, os convencionalismos ou usos sociais (regras de etiqueta, cidadania, etc.). A diferença é que o Direito se impõe autarquicamente — "é o próprio querer vinculatório que decide sobre os fins sobrepondo-se aos sujeitos vinculados"[10]. Os usos sociais, por sua vez, dependem da aceitação dos sujeitos (autonomia), não sendo impostos por força externa, de maneira heterônima.

---

[6] CAMUS, Emílio Fernandez. *El pensamiento filosofico juridico de Stammler*. Comparative Juridical Review. Flórida, vol. IX, 1972, p. 39.
[7] REALE, Miguel. Op. cit. p. 335.
[8] BARROS, Celso. Op. cit. p. 59.
[9] Idem, ibidem.
[10] AFTALIÓN, Enrique; OLANO, García; VILANOVA, José. *Introducción al Derecho*. Vol. II, 5. ed. Buenos Aires: El Ateneo, 1956, p. 447.

Há duas formas de querer vinculatório e autárquico: o que segue um padrão nas decisões e o que preza pela arbitrariedade. Se o Direito *sempre* força sanções pelo descumprimento dos seus preceitos normativos, não há arbitrariedade sobre quando sancionar: existe a certeza da sanção como garantia da inviolabilidade do Direito. Sobre esse aspecto, diz-se que o Direito é inviolável: a norma jurídica, mesmo quando descumprida, não se altera.

Conclui-se, portanto, a explicação do conceito de Direito para Rudolf Stammler: querer vinculatório, autárquico e inviolável.

3. Relação entre o Aspecto Vinculatório e a Necessidade de Direito

Um querer, no sentido lógico-formal (meios para atingir finalidades), pode ser necessário ou dispensável. O Direito é indispensável: uma verdadeira necessidade social. Afirma-se mesmo que "o Direito jamais esteve ausente no mais simples ou primitivo agrupamento humano"[11] — *Ubi societas, ibi jus*; onde há sociedade, há Direito.

O fundamento do Direito está na exigência da natureza humana de viver em sociedade[12]. A necessidade do Direito surge, assim, da vinculação, entrelaçamento, das vontades dos homens organizados socialmente. Embora seja possível imaginar um homem que tenha vivido isolado do convívio com seus semelhantes, é impossível admitir que exista Direito para esse homem, pois não há por que regular condutas entre sujeitos. As primeiras normas jurídicas surgiram no momento em que o homem primitivo começou a se vincular com seus iguais: ele sabia que se fizesse algo seria castigado e que poderia exigir certas atitudes dos outros homens.

O Direito é um querer entrelaçante, o que o torna imprescindível. Isso ocorre porque "a vida em sociedade exige o estabelecimento de normas jurídicas que regulem os atos de seus componentes; são mandamentos dirigidos à liberdade humana no sentido de restringi-la em prol da coletividade, pois esta liberdade não pode ser onímoda, o que levaria ao caos"[13]. Observa-se, então, que a necessidade deve ser vista, como o querer, sob seu aspecto lógico-formal: o homem poderia viver fora da sociedade, mas atinge melhor seus

---

[11] PANDOLFI, Luiz. *Prólogo à realidade histórica do Direito.* Revista Acadêmica. Recife: Imprensa Universitária. a. LXII, 1967, p. 265.

[12] DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 300.

[13] Idem, ibidem.

objetivos no meio social, e seus objetivos só serão atingidos se nesse meio social houver o Direito. "É uma eleição de meios para a consecução de fins"[14].

4. Relação entre o Aspecto Autárquico e a Insurgência do Direito

As vinculações entre indivíduos ocorrem de dois modos: se o querer de um se coordena ao querer do outro, os indivíduos estão num mesmo nível; quando um querer tem que se subordinar a outro, ocorre um desnivelamento entre sujeitos. Nesse segundo caso verifica-se a existência de uma estrutura de poder, que, portanto, impõe-se com autarquia, sendo heterônima em relação aos seus subordinados. O "querer autárquico (...) vale por si mesmo, sem precisar, necessariamente, da adesão daqueles que vincula"[15]. A insurgência é uma reação potencial daquele que tem o seu querer diminuído em relação a um querer diferente. Convém deixar claro que, no caso do Direito, tal insurgência é mais oposição e insubordinação que propriamente uma revolta.

As imposições do Direito podem contrariar certos segmentos da sociedade, porém, é o estabelecimento de alternativas eficazes ao que é insatisfatório que caracteriza um Direito insubordinado. "Uma alternativa é um esquema resolutivo não convencional de um problema que não teve solução convencional"[16]. Convencional seria seguir o Direito ditado pelo Estado, mas "na medida em que as instâncias tradicionais do político e do jurídico não respondem mais de modo eficaz ao avultamento de conflitos coletivos engendrados por privações, necessidades e exclusões, emerge a força dos movimentos sociais que propiciam a expansão de procedimentos extrajudiciais e práticas normativas não-estatais"[17].

Surge, assim, o chamado Direito Comunitário, pois é próprio das comunidades que de alguma forma ignoram a autarquia do Direito estatal, regulamentando elas mesmas as condutas dos seus habitantes. Dessa forma, favelas, presídios, povoados isolados ou até condomínios habitacionais estabelecem códigos de conduta próprios, que podem se insurgir contra o querer autárquico do Direito oficial. Um exemplo extremo desse Direito

[14] REALE, Miguel. Op. cit. p.336.
[15] REALE, Miguel. Op. cit. p.337.
[16] ROCHA, Dário. *Considerações digressivas e nem sempre ortodoxas de como e porquê ser e não ser alternativo.* Revista da ESMAPE. Recife: Bagaço, vol. III, n. 7, jan/jun/1998, p. 111.
[17] WOLKMER, Antônio Carlos. *Direito Comunitário alternativo: elementos para um ordenamento teórico-prático.* Lições de Direito Alternativo, São Paulo: Acadêmica, vol. II, 1992, p. 129.

insurgente é o que ocorre na Casa de Detenção de São Paulo, onde a comunidade carcerária pune dívidas não saldadas com a morte e utiliza maços de cigarros como uma espécie de moeda corrente[18]. Está-se diante de um Direito Comunitário eficaz e funcional, embora isso não signifique necessariamente um ganho em qualidade.

5. Conclusões

O desenvolvimento do conceito de Rudolf Stammler leva a uma reflexão que privilegia o social. Vê-se, pela vinculação, que o Direito é uma necessidade primária — inseparável — da sociedade; pela insurgência, como o homem transforma o Direito ao seu favor, se a estrutura autárquica não se adapta às diversas realidades dos meios sociais.

Para Stammler, o Direito contém um elemento de vontade que compreende o desejo dos homens de alcançar fins comuns. Destacando-se a conservação da própria sociedade como um fim comum a todos os homens, fica clara a necessidade do Direito, determinada por um querer lógico-formal indispensável.

A vinculação entre indivíduos é tão próxima da necessidade do Direito, que, quando as práticas jurídicas ordinárias não podem surtir efeitos dadas certas circunstâncias sociais, buscam-se soluções alternativas. Uma estrutura de poder, autárquica, causa potencialmente a insurgência dos seus subordinados. O Direito Comunitário corresponde, portanto, ao fim comum — alternativo — que certos homens vinculados estabelecem de regular suas próprias condutas.

Provam-se, dessa forma, as aproximações, inter-relações, entre Direito e sociedade: um encontra sua função no outro; um encontra seu fundamento no outro.

[18] SOUZA, Okky de. *A vida no Purgatório: o dia-a-dia espantoso da Casa de Detenção de São Paulo, que será desativada.* Veja. São Paulo: Abril, ed. 1561, a. XXXI, nº 34, 1998, p. 72.

6. Bibliografia

Livros

1. AFTALIÓN, Enrique; OLANO, García; VILANOVA, José. *Introducción al Derecho.* 5. ed. Buenos Aires: El Ateneo, 1956.
2. BARROS, Celso. *O Direito como razão e como história — Tese ao concurso de Introdução à Ciência do Direito na Faculdade de Direito do Piauí.* Brasília: [s.n.]. 1977.
3. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
4. NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito.* 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
5. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito.* 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

Revistas

1. CAMUS, Emílio Fernandez. *El pensamiento filosofico juridico de Stammler.* Comparative Juridical Review. Flórida: [s.n.], vol. IX, 1972, p. 18-48.
2. PANDOLFI, Luiz. *Prólogo à realidade histórica do Direito.* Revista Acadêmica. Recife: Imprensa Universitária, a. LXII, 1967, p. 265-270.
3. ROCHA, Dário. *Considerações digressivas e nem sempre ortodoxas de como e porquê ser e não ser alternativo.* Revista da ESMAPE. Recife: Bagaço, vol. III, n. 7, jan/jun, 1998, p. 103-120.
4. SOUZA, Okky de. *A vida no Purgatório: o dia-a-dia espantoso da Casa de Detenção de São Paulo, que será desativada.* Veja. São Paulo: Abril, ed. 1561, a. 31, n. 34, 1998, p. 72-76.
5. WOLKMER, Antônio Carlos. *Direito Comunitário alternativo: elementos para um ordenamento teórico-prático.* Lições de Direito Alternativo. São Paulo: Acadêmica, vol. II, 1992, p. 126-144.

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL NO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Antiógenes Viana de Sena Júnior (Acadêmico do 7° Período da Faculdade de Direito do Recife - UFPE)

Sumário: 1. A Alienação Fiduciária e a Reserva de Domínio como Formas de Garantia; 2. A Equiparação do Devedor a Depositário; 3. Sobre a Ação de Depósito; 4. O Problema da Equiparação Legal perante a Constituição Federal de 1988; 5. O Sentido e o Alcance do Art. 5.°, LXVII, da Constituição Federal de 1988; 6. Da não Recepção da Lei 4728/65 e do Decreto-Lei n.° 911/69 perante a CF/88; 7. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de São José da Costa Rica no Sistema Jurídico Brasileiro; 8. O Comportamento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal; 8.1. Superior Tribunal de Justiça; 8.2. O Supremo Tribunal Federal; 9. Últimas Linhas; 10. Bibliografia.

1. A Alienação Fiduciária e a Reserva de Domínio como Formas de Garantia

O dinamismo da circulação de riquezas impõe realidades a serem normatizadas pelo Direito. A venda a crédito, hoje tão freqüente quanto a venda à vista, fez necessário o regramento jurídico das técnicas de garantia do vendedor.

A obrigação, em Roma, encontrava garantia na pessoa do devedor, compromentendo sua vida ou sua liberdade. As circunstâncias históricas impulsionaram o direito a eleger, posteriormente, o patrimônio como garantia dos créditos[1]. Surge o penhor e a hipoteca, dentre outros instrumentos de garantia. Todavia sob as exigências das avenças ecomômicas, surgiram outros institutos voltados a preservar e conceder segurança ao credor, a destacar a venda com reserva de domínio e a venda com alienação fiduciária. Ambas

[1] BESSONE, Darcy. *Da Compra e Venda: promessa, reservada de domínio e alienação em garantia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 3.

atribuem o uso e gozo da coisa ao vendedor sem descuidar da garantia real do credor.

A venda com reserva de domínio e a compra e venda com alienação fiduciária possuem traços comuns, a saber:

a) O vendedor não transfere o domínio ao comprador, antes que se complete o pagamento total do preço;

b) O devedor-fiduciante (na alienação fiduciária) e o comprador (na reserva de domínio) ficam com a posse direta do bem, enquanto a outra parte (credor-fiduciário na alienação fiduciária e vendedor na reserva de domínio) fica com a propriedade;

c) O vendedor e o credor fiduciário retêm o domínio tão somente no interesse da garantia do integral pagamento do preço;

d) Os riscos correm por conta daquele que exerce o uso e gozo sobre a coisa (o devedor-fiduciante e o comprador);

e) São negócios jurídicos bilaterais, onerosos, acessórios. A maioria dos doutrinadores classifica os dois institutos como compra e venda condicional.

A compra e venda com reserva de domínio surgiu historicamente antes da alienação fiduciária. Tanto que com a introdução da alienação fiduciária no direito brasileiro, em 1965, a utilização da reserva de domínio foi praticamente abandonada[2].

Como os dois institutos prevêem o pagamento de prestações futuras, deflui a possibilidade de inadimplemento daquele que exerce o uso e gozo sobre a coisa.

Na reserva de domínio, com o inadimplemento do comprador, abre-se a possibilidade de alienar o bem, requerendo a apreensão e depósito da coisa, através de penhora. Entretanto, o CPC prevê, em seu art. 1070, § 1.º, a realização de leilão para que se aliene judicialmente o bem[3].

Na alienação fiduciária, ocorrendo o inadimplemento, o *caput* do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 911/69, prevê que o proprietário fiduciário poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial[4].

---

[2] BULGARELLI, Waldírio. *Contratos Mercantis*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1993, p. 207-208.

[3] Eis a dicção do § 1.º , do art. 1070, Código de Processo Civil: "*Efetuada a penhora da coisa vendida, é lícito a qualquer das partes, no curso do processo, requerer-lhe a alienação judicial em leilão.*"

[4] Assim dispõe o art. 2.º do Decreto-Lei n.º 911/69: "*No caso de inadimplemento ou mora*

De imediato, nota-se a infeliz distinção. Na compra e venda com reserva de domínio, ocorrendo o inadimplemento do comprador, para se alienar o bem, será necessário leilão. Na alienação fiduciária, o credor-fiduciário, com o inadimplemento do devedor-fiduciante, estará livre para alienar a coisa da forma como melhor satisfizer seus desejos, sem precisar recorrer a leilão, hasta pública etc.

Este é um dos motivos para que as instituições financeiras prefiram utilizar a alienação fiduciária em detrimento da reserva de domínio. Todavia o principal atrativo da utilização desse instituto será visto adiante.

2. A Equiparação do Devedor a Depositário

Foi a Lei n.º 4728, de 14 de julho de 1965 (Lei do Mercado de Capitais), em seu art. 66 que introduziu no sistema jurídico brasileiro o instituto da alienação fiduciária:

"Art. 66. Nas obrigações garantidas por alienação fiduciária de bem móvel, o credor tem o domínio da coisa alienada, até a liquidação da dívida garantida.

§ 1.º. omissis.

§ 2.º. O instrumento da alienação fiduciária transfere o domínio da coisa alienada, independentemente de sua tradição, continuando o devedor a possui-la em nome do adquirente, segundo as condições do contrato, e com as responsabilidades de depositário."

Todavia a redação acima gerou grande polêmica a respeito de qual o meio judicial adequado para a execução da propriedade fiduciária, caso o alienante, devedor inadimplente, se recusasse a devolver a coisa. Esclarecendo qual o meio adequado para recorrer ao judiciário nesse caso, foi baixado o Decreto-Lei n.º 911, de 1.º de outubro de 1969, modificado a redação do art. 66, da Lei n.º 4728/65:

"Art. 66. A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornado-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal."

---

nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao vendedor o saldo apurado, se houver."

O credor (adquirente, fiduciário) tem a propriedade resolúvel e a posse indireta do bem, sendo ainda por ficção legal, depositante desse bem. O devedor (alienante, fiduciante) tem a posse direta, até a liquidação da dívida, ocasião em que adquire o domínio da coisa, sendo por determinação legal depositário.

Através do contrato de depósito, previsto no Código Civil em seus arts. 1265 a 1287, uma pessoa (depositante) entrega a outra (depositário) um bem para que este o guarde, conserve-o e o devolva, quando reclamado. O depositário tem a posse direta do bem, todavia não o possui com *animus domini*. O depositário deve restituir o bem ao depositante quando este solicitar. Se assim não proceder, poderá ser preso civilmente por prazo não excedente a 1 ano[5].

De acordo com o entendimento de Francisco dos Santos Amaral[6], no caso de inadimplemento do devedor, concede a lei ao credor fiduciário:

a) a faculdade de vender extrajudicialmente o bem;
b) o direito de requerer a busca e apreensão do bem;
c) o direito de requerer ação de depósito, se o bem não for encontrado na posse do devedor-fiduciante;
d) o direito de propor ação executiva;
e) o direito de propor ação possessória;
f) o direito de considerar vencida a dívida, independentemente de aviso ou notificação judicial, se o devedor não pagar uma das prestações em que parcelou o débito.

O credor-fiduciário tem um leque diversificado de instrumentos para que não sofra seu crédito qualquer risco. A escolha do meio para satisfação do crédito fica ao alvedrio da financeira.

São suspeitos os argumentos para a introdução desse mecanismo no direito brasileiro. Quem simplesmente quer comprar um eletrodoméstico ou um veículo, caso se submeta a uma alienação fiduciária, será considerado pelo Decreto-Lei n.º 911/69 como depositário, com todas as responsabilidades a este inerentes, isto é, caso se torne inadimplente, pode ser preso civilmente para que o crédito da financeira seja satisfeito. Eis o principal motivo que faz da alienação fiduciária o mecanismo mais utilizado pelas instituições financeiras nas vendas a crédito.

---

[5] Eis a dicção do Código Civil, art. 1287: "*Seja voluntário ou necessário o deposito, o depositário, que o não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo, mediante prisão não excedente a 1 (um) ano, e a ressarcir os prejuízos (art. 1273).*"

[6] AMARAL, Francisco dos Santos. *A Alienação Fiduciária em Garantia no Direito Brasileiro*. Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro. Rio de Janeiro: [s.n.], vol. 1, n. 1, jul/1982, p. 169-170.

Segundo Waldírio Bulgarelli, o que ocorreu foi um acentuado reforço da garantia nas operações com as financeiras. A atividade de crédito, ao contrário do que ocorre no resto do mundo, passa a ser uma atividade em que não há risco para o banqueiro[7].

3. Sobre a Ação de Depósito

A ação de depósito está prevista no Código de Processo Civil, em seus arts. 901 a 906.

Se o bem alienado fiduciariamente não se achar na posse do devedor, ou não for encontrado, o credor poderá intentar ação de depósito, diretamente ou requerer a conversão da busca e apreeensão, já proposta[8].

Recebida a petição inicial e verificada a presença das condições de ação e dos pressupostos processuais, o juiz cita o réu para:

a) entregar a coisa;
b) depositá-la em juízo;
c) consignar-lhe o equivalente em dinheiro ou
d) contestar a ação.

Se o réu contestar ação, observar-se-á o rito ordinário.

Procedente o pedido do autor, o juiz expede mandado para a entrega da coisa ou do equivalente em dinheiro em 24 horas, sob pena de ser decretada a prisão civil do devedor, por prazo não superior a um ano.

4. O Problema da Equiparação Legal perante a Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 – CF/88, em seu 5.°, LXVII veda a possibilidade de prisão por dívida, excetuando a do inadimplente de pensão alimentícia e a do depositário infiel. Eis a dicção legal: "*Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.*"

O art. 66 da Lei 4728/65, com redação dada pelo Decreto-Lei n.° 911/69 equipara, em sua última parte, o devedor da alienação fiduciária a um depositário: "*...tornado-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e pena*".

As seguintes questões decorrem desse contexto:

[7] BULGARELLI, Waldírio. Op. cit. p. 308
[8] AMARAL, Francisco dos Santos. Op. cit. p. 169-170.

a) Qual o sentido e o alcance do art. 5.º, LXVII, da CF/88? O depositário mencionado no texto constitucional é aquele que é parte do contrato de depósito nos moldes que prevê o CC ou qualquer outro assim considerado por disposição infraconstitucional?

b) Teriam sido a Lei 4728/65 e o Decreto-lei n.º 911/69 recepcionados pela Constituição Federal de 1988?

c) Como fica a vigência do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1992 (Pacto de São José da Costa Rica), do qual o Brasil é signatário e que, através do Decreto Legislativo n.º 226/91 ingressou em nosso ordenamento, proibindo a prisão civil por dívida, exceto no caso de inadimplemento de pensão alimentícia. O Decreto Executivo n.º 592, de 6 de julho de 1992, que promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de São José da Costa Rica, em seu art. 11, prevê: "*Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual?*"

5. O Sentido e o Alcance do Art. 5.º, LXVII, da Constituição Federal de 1988

O art. 5.º, LXVII da CF/88, refere-se ao depósito em sua feição típica e não às situações de equiparação legal, como é o que ocorre na alienação fiduciária, em que o devedor fiduciante é equiparado ao depositário por força de lei (art. 66 da lei 4728/65, com redação dada pelo DL 911/69). Tais equiparações eram admitidas pela Constituição anterior, pois permitia a regulação da matéria em lei ordinária. Fábio Ulhoa Coelho mostra interessante julgado: "*O art. 5.º, da CF estabelece a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e do depositário infiel. Este dispositivo, ao excluir a expressão 'na forma da lei', constante do art. 153, § 17, da antiga Carta, vedou a aplicação dos casos em que cabe o constrangimento através de lei ordinária. Assim, o devedor alienante fiduciário não pode ser considerado depositário infiel, passível de sofrer constrição de sua liberdade, já que o bem sob garantia fiduciária não pressupõe a figura do depósito*[9]."

O contrato de depósito disciplinado nos arts. 1265 a 1287 do Código Civil não se equipara, em absoluto, ao contrato de alienação fiduciária. Daí não haver lógica jurídica para a aplicação da prisão civil na alienação fiduciária,

[9] 1.º TACivSP, RT, 665/107, m. v. citado por COELHO, Fábio Ulhoa. *Código Comercial e Legislação Complementar Anotados*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 88.

até por que não é esse o sentido da Constituição. É atípico o depósito na alienação fiduciária, instituído por equiparação para reforço às garantias em favor dos credores[10]. Cabe sim a prisão do depositário infiel naqueles casos em que aquele que possui a posse imediata da coisa (depositário) recebe a coisa para guardar, conservar e restituir, o que, sem dúvida, não é o caso da alienação fiduciária, onde o depositário retém o bem em função da compra e venda a crédito, com ânimo de definitividade[11]. O comprador do bem teve intenção apenas de adquirir o domínio e de consumir a coisa, deparando-se, na maioria dos casos, com verdadeiros contratos de adesão, em que, para adquirir o bem, subsume-se à alienação fiduciária.

Há no art. 5.º, LXVII, uma regra geral de que não haverá prisão civil por dívida e duas exceções a essa regra: a do inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel. Tais exceções têm natureza de norma excepcional, já que restringem o exercício de direito.

A prisão aqui debatida é típico caso de prisão por dívida, pois uma vez paga essa, a apreensão do objeto alienado torna-se prejudicado. Foi-se a época em que a vida e a liberdade respondiam pelas obrigações civis e comerciais. Hoje, é o patrimônio que é convocado para tanto. Não pode o devedor comprometer sua liberdade como garantia de seus débitos. A liberdade é um bem da vida insubstituível e não poderá ser aferida patrimonialmente, na esfera civil. Esses são os valores jurídico-sociais que deram vida à norma do art. 5.º, LXVII da CF/88 e a justificam no sistema geral da legislação.

Carlos Maximiliano, citando o cânon 19, título I, Livro I do *Codex Juris Canonci*, ensina que as normas positivas que estabelecem pena, restringem o livre exercício dos direitos, ou contêm exceção à lei, submetem-se à interpretação estrita[12]. É a aplicação do brocardo latino *exceptiones sunt strictissimae interpretationis* (interpretam-se as exceções estritissimamente).

Sendo ainda mais enfático, Carlos Maximiliano leciona que, quando o estatuto fundamental define as circunstâncias em que um direito pode ser exercido, ou uma pena aplicada, esta especificação importa proibir implicitamente qualquer interferência legislativa para sujeitar o exercício do direito a condições novas ou estender a outros casos a penalidade[13].

---

[10] GOMES, Chiang de. *Alienação Fiduciária*. Revista Jurídica. [s.l.: s.n.], n. 218, dez/95, p. 135.

[11] Idem, ibidem.

[12] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 226.

[13] Idem, p. 313.

De acordo ainda com Carlos Maximiliano, interpretam-se estritamente as disposições que limitam a liberdade, tomada esta palavra em qualquer das suas acepções: liberdade de locomoção, trabalho, trânsito, profissão, indústria etc.[14]

Ilustrativo a respeito do tipo de interpretação que deve ser dado ao art. 5.°, LXVII, CF/88, é esse acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – BUSCA E APREENSÃO – CONVERSÃO EM AÇÃO DE DEPÓSITO – PRISÃO CIVIL – DESCABIMENTO EM HIPÓTESES DE SITUAÇÃO EQUIPARADA AO DEPÓSITO, MAS QUE NÃO SE CONSTITUI EM FEIÇÃO TÍPICA DE DEPÓSITO LEGAL OU CONVENCIONAL – Aos efeitos do art. 5°, inc. LXVII da CF/88, a prisão civil está restrita aos casos de depósito legal ou convencional típico, e não, às situações de equiparação legal, como o que ocorre nas hipóteses de alienação fiduciária, em que o devedor fiduciário é equiparado ao depositário por força de lei (art. 66 da L. 4.728/65). Tais equiparações eram admitidas pela Carta anterior, porque permitia a regulação em lei ordinária. Ante o silêncio da Constituição vigente, e por ser excepcional a prisão civil, incabível interpretação ampliativa do conceito de depositário infiel, restando vedada constrição pessoal com base em depósitos considerados atípicos. (TARS – AC 195.122.213 – 5ª C. Cível – Rel. Juiz Jorge Alcebíades Perrone de Oliveira – J. 26.10.1995).

Não é possível fazer ampliações do que dispõe a CF, no seu art. 5.°, LXVII, pois se trata de restrição de direitos, o que requer interpretação estrita. José Raul Gavião de Almeida, citado por Chiang de Gomes, sintetiza a questão: *"Não se nega, possa o legislador criar novos casos de depósito, em face do seu poder legiferante, não pode é sujeitá-los à prisão civil, sob pena de descaracterizar o tipo conceitual do constituinte. É que as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias não podem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais, não podem subverter as normas constitucionais, transformando as restrições em regra, redundando, praticamente, na sua supressão[15]."* Completa Barbosa Moreira, citado por Chiang

[14] Idem, p. 231.
[15] Idem, ibidem.

de Gomes, que reconhecer à lei ordinária a possibilidade de equiparar outras situações, substancialmente diversas, à do depositário infiel, para o fim de tornar aplicável a prisão civil, equivale a esvaziar a garantia constitucional.

6. Da não Recepção da Lei 4728/65 e do Decreto-Lei n.º 911/69 perante a CF/88

A norma do Decreto-Lei n.º 911/69 que equipara o devedor na alienação fiduciária ao depositário, para fins de prisão civil, é contrária ao art. 5.º, LXVII, que só prevê este constrangimento nos casos de inadimplemento no depósito previsto no Código Civil e no caso de injustificável não-pagamento de prestação alimentícia.

Além do mais, esse decreto-lei alfineta o princípio do devido processo legal, pois admite o deferimento de medida liminar em ação de busca e apreensão, sem requerer o *fumus boni juris* e o *periculum in mora.*

Desta forma é forçoso admitir que o Decreto-lei 911/69 não foi recepcionado pela CF/88.

Se ainda não bastassem os argumentos que demonstram a não recepção do Decreto-Lei n.º 911/69 pela CF/88, dito diploma legal foi baixado com o vício da inconstitucionalidade perante a Constituição Federal de 1969.

A expedição de Decretos-lei estava normatizada pelo art. 55 da CF/69, que estabelecia:

"Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

I – segurança nacional;

II – finanças públicas, inclusive normas tributárias; e

III – criação de cargos públicos e fixação de vencimentos."

É notório que o dito decreto-lei não versa sobre quaisquer das matérias que a CF/69 permitia versar. Não é preciso muito esforço mental para concluir pela inconstitucionalidade do Decreto-lei n.º 911/69, em face da CF de 1969, já que a existência dos Atos Institucionais não o cobre de legitimidade, dado que a própria figura do ato institucional feria a ordem constitucional da Carta Magna de 1969[16].

[16] LACERDA, Nathanael Lima. *Alienação Fiduciária – Prisão Civil – Depositário Infiel – DL 911/69 – Inconstitucionalidade pelo Prisma da CF/69 e da CF/88.* Revista Jurídica [s.l.: s.n.], n. 250, Ago/98. p. 48-51.

7. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de São José da Costa Rica no Sistema Jurídico Brasileiro

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi aprovado pelo Poder Legislativo através do Decreto Legislativo n.º 226, de 12.12.91 e promulgado pelo Decreto Executivo n.º 592, de 06.07.92.

Esse tratado internacional veda a prisão por dívida, exceto no caso de inadimplemento injustificável de prestação alimentícia. Interessante, a esse respeito o voto do Ministro do STJ Ruy Rosado de Aguiar[17]:

> *"(...)*
>
> *No plano exclusivamente infraconstitucional, observa-se que a norma geral sobre a prisão do depositário está no art. 1287 do Código Civil, que permite compelir o depositário a restituir o bem, sob pena de prisão não excedente a um ano; o procedimento para a sua decretação está nos arts. 902 e 904 do CPC, sobre a ação de depósito. A lei especial sobre alienação fiduciária (Lei 4728/65, art. 66 e DL n.º 911/69) não contém norma específica sobre prisão do devedor, fazendo remissão ao Código de Processo Civil, regra de procedimento, que por sua vez regulou o modo de o juiz decretar a prisão do depositário prevista na regra geral do art. 1287, do Código Civil. O tratado internacional aprovado e promulgado no Brasil, tendo eficácia de lei ordinária, pode revogar a lei geral. No caso, o tratado revogou a regra geral do Código Civil, retirando o suporte a que fez remissão a lei especial (DL 911/69). Daí se conclui que, no plano da legislação ordinária, a norma vigorante sobre a prisão civil é o disposto no Pacto de São José, pois que, embora permitido constitucionalmente a prisão do depositário infiel, diante da norma permissiva do texto de 1988, a regra geral que a instituiu no país (art. 1287 do CC) ficou derrogado pelo novo diploma (tratado aprovado), da mesma hierarquia no elenco das leis.*
>
> *(...)"*

Segundo o Ministro do STJ, o Brasil, ao firmar o Pacto acima citado, incorporou em seu arcabouço jurídico norma do patamar de lei ordinária, vindo a derrogar o Código Civil, o Código de Processo Civil e, com maior razão, o DL 911/69.

Nada obstante o entendimento do Ministro Ruy Rosado, o Pacto de São José da Costa Rica não revogou o art. 1287 do Código Civil - CC, que

[17] STJ. EREsp n.º 149518-GO, Corte Especial, rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, jul. 05.05.1999.

prevê a prisão civil para aquele que não restituir a coisa dada em depósito. O art. 1287 do CC foi recepcionado pela CF/88, que permite (como exceção) a prisão civil do depositário infiel. Desta feita, o artigo da Lei Civil em análise passou a ter como fonte o art. 5.º, inciso LXVII, CF/88, e a instituir no plano infraconstitucional a prisão civil do depositário infiel.

O Pacto de São José da Costa Rica, quando ingressou no sistema jurídico brasileiro, não revogou o art. 1287, CC, pois se isso pretendesse, estaria maculando a Lei Maior. O art. 1287, CC, vige por conseqüência do art. 5.º, LXVII, que lhe dá legitimidade. O Pacto insere-se no sistema para consolidar a regra da Carta Maior Brasileira da não permissão da prisão por dívida. Todavia é a própria CF/88 que excetua e não pode um Pacto, que se insere com foros de lei ordinária, fazer desaparecer uma das exceções postas pelo Legislador Constituinte.

Assim, no Brasil, vigora a prisão civil daquele que, no depósito previsto no CC, não restituir o bem reclamado pelo depositante.

8. O Comportamento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal

8.1. O *Superior Tribunal de Justiça*

O Superior Tribunal de Justiça firmou posição a respeito da prisão civil do depositário infiel nos contratos de compra e venda com alienação fiduciária. A Corte Especial do STJ julgou Embargos de Divergência em Recurso Especial e decidiu por unanimidade que é impossível a prisão civil por dívida para o inadimplente no contrato de alienação fiduciária. Abaixo estão trechos do voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, que relatou os embargos acima mencionados:

> *"(...)*
> *Assim, no âmbito do Direito Civil, no nível infraconstitucional, parece indispensável visualizar a alienação fiduciária em garantia de acordo com os princípios definidores da propriedade e do depósito, para concluir pela inexistência do contrato de depósito, ao menos com o fim de excluir a prisão civil como conseqüência do inadimplemento de um negócio bancário.*
> *(...)*
> *Por todas essas razões, conheço dos embargos e os acolho, para me filiar ao entendimento expresso no r. acórdão paradigma e considerar ilegal o decreto de prisão civil do alienante fiduciário.(EREsp. n.º 149518-GO, Corte Especial, rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, jul. 05.05.1999)."*

Antes da uniformização de jurisprudência, o STJ decidia tanto pela possibilidade quanto pela impossibilidade da prisão civil no caso em comento:

Pela impossibilidade da prisão:

> ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – DEVEDOR-FIDUCIANTE – INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÃO – PRISÃO CIVIL COMO DEPOSITÁRIO INFIEL – IMPOSSIBILIDADE – CF, ART. 5°, LXVII – CC, ARTS. 1.265/87 – DL 911/69 – Segundo a ordem jurídica estabelecida pela Carta Magna de 1988, somente é admissível prisão civil por dívida nas hipóteses de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e de depositário infiel (CF, art. 5°, LXVII). O devedor-fiduciante que descumpre a obrigação pactuada e não entrega a coisa ao credor-fiduciário não se equipara ao depositário infiel, possível de prisão civil, pois o contrato de depósito disciplinado nos arts. 1.265 a 1.287, do CC, não se equipara, em absoluto, ao contrato de alienação fiduciária. A regra do art. 1° do DL 911/69, que equipara a alienação fiduciária em garantia ao contrato de depósito, perdeu a sua vitalidade jurídica em face da nova ordem constitucional. HC concedido. (STJ – RHC 5.500 – SP – 6ª T. – Rel. Min. Vicente Leal – DJU 24.06.1996)
>
> 100336 – PRISÃO CIVIL – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA – INTERPRETAÇÃO DO ART. 66, DA LEI N° 4.728/65, ALTERADO PELO DECRETO-LEI N° 911/69, EM FACE DO NOVO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL – ORDEM CONCEDIDA – I. O paciente é representante legal de devedora que, em contrato de alienação fiduciária, deu em garantia bem posteriormente apreendido por terceiro em outra ação de busca e apreensão. Na ação de busca e apreensão originária, posteriormente convertida em ação de depósito, foi decretada a prisão civil do paciente que, na qualidade de depositário, tendo sido devidamente intimado, não apresentou o bem (máquina de extrusão e moldagem). A decisão transitou em julgado. II. A Constituição Federal prevê a prisão civil por dívida em apenas

dois casos: inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e depositário infiel (art. 5°, LXVII). No parágrafo 2° desse mesmo art. 5°, está dito que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Em 1991, foi incorporado em nosso ordenamento constitucional, pelo Decreto Legislativo n° 226, de 12/12/91, textos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que em seu art. 11 veda taxativamente a prisão civil por descumprimento de obrigação contratual. Por outro lado, no caso específico da "alienação fiduciária em garantia", não se tem um contrato de depósito genuíno. O devedor fiduciante não está na situação jurídica de depositário. O credor fiduciário não tem o direito de exigir dele a entrega do bem. Nem mesmo de proprietário deve ser rotulado, pois nem sequer pode ficar com a coisa, mas apenas com o produto de sua venda, deduzido o montante já pago pelo devedor. (STJ – RHC 4.210 94.039687-2 – 6ª T. – Rel. p/ Ac. Min. Adhemar Maciel – J. 29.05.1995).

Pela possibilidade da prisão:

CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – DEVEDOR-FIDUCIANTE – INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÃO – PRISÃO CIVIL COMO DEPOSITÁRIO INFIEL – PRECEDENTES DO STF – Segundo a ordem jurídica estabelecida pela Carta Magna de 1988, somente é admissível prisão civil por dívida nas hipóteses de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e de depositário infiel (CF, art. 5°, LXVII). Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, proclamado em sucessivos julgamentos, o devedor-fiduciante que descumpre a obrigação pactuada e não entrega a coisa ao credor-fiduciário se equipara ao depositário infiel, passível de prisão civil, pois o contrato de depósito, disciplinado nos arts. 1.265 a 1.287, do Código Civil se equipara ao contrato de alienação fiduciária. (STJ – RHC 7.552 – PR – 6ª T. – Rel. Min. Vicente Leal – DJU 17.08.1998, pág. 91)

8.2. O Supremo Tribunal Federal

O STF vem decidindo pela possibilidade da prisão civil do depositário infiel. Observe-se o seguinte acórdão, da relatoria do Ministro Celso de Mello:

> ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR FIDUCIANATE. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL. INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. A prisão civil do devedor fiduciante, nas condições em que prevista pelo DL n.° 911/69, reveste-se de plena legitimidade constitucional e não transgride o sistema de proteção instituído pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da costa Rica).
> A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem enfatizado que a equiparação do devedor fiduciante ao depositário infiel não ofende a Constituição da República. Precedentes.

Todavia, o entendimento não é unânime. O Ministro Marco Aurélio tem sustentado a impossibilidade da prisão civil do inadimplente na alienação fiduciária. Observe-se o seguinte trecho de um voto do Ministro Marco Aurélio:

> *"(...)*
> *Senhor Presidente, admito a criatividade, quer no campo normativo, quer no da interpretação de regras que compõem a ordem jurídica. Todavia, tudo a de ocorrer mediante estrita observância ao Texto Maior, que, no caso, excepciona a proibição de vir-se a ter prisão por dívida civil, fazendo-o de forma limitada. Descabe admitir que a parte final do inciso LXVII do artigo 5.° da Constituição Federal encerra caminho aberto a que o legislador cole a contrato de compra e venda - alfim verdadeiro contrato de compra e venda de bem móvel - esse meio coercitivo para o recebimento do preço pactuado, que é a prisão.*
> *(...)*

Por tais razões, concedo a ordem para afastar a possibilidade de o paciente vir a ser preso em virtude de ação de depósito intentada a partir do contrato de alienação fiduciária firmado. É como voto na espécie com a devida vênia àqueles que entendem de modo diverso.(STF, HC n.º 72131-RJ, jul. 22.11.95)."

9. Últimas Linhas.

Protegidas pela lucidez são as palavras de Waldírio Bulgarelli[18], ao analisar a situação do devedor-fiduciante perante o credor-fiduciário (financeiras):

> *Ao infeliz fiduciante resta bem pouco, posto que nunca se viu tão grande aparato legal concedido em favor de alguém contra o devedor. Assim, não pode discutir os termos do contrato, posto que, embora "disfarçado" em contrato-tipo o contrato de financiamento com garantia fiduciária é efetivamente contrato de adesão, com as cláusulas redigidas pela financeira, impressas, e por ela impostas ao financiado; não é sequer, o devedor, um comprador que está em atraso, posto que, por "um passe de mágica" do legislador, foi convertido em DEPOSITÁRIO (naturalmente, foi mais fácil enquadrá-lo, por um Decreto-Lei, entre os depositários, do que reformar a Constituição, admitindo mais um caso de prisão por dívidas), terá direito, se já pagou mais de 40% (quarenta por cento) do preço financiado, a requerer a purgação da mora, em três dias; terá direito ao saldo do bem vendido pela financeira depois de descontado todo o rol de despesas, taxas, custas, comissões etc., fato que dificilmente virá a ocorrer; trate, por isso, o devedor de jamais se atrasar e nunca, mas nunca pense em não pagar sua dívida, posto que o mundo ruirá sobre si, e fique feliz se não for preso.*

É estranho que até hoje as normas do Decreto Lei n.º 911/69 - DL 911/69 - não tenham sido alvo de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade. As aberrações jurídicas que tomam vida no seio desse diploma normativo quebram a lógica do sistema e fazem tábula rasa dos ditames constitucionais.

O absurdo se torna ainda maior se for analisado o aspecto social da questão. O STF já decidiu ser a prisão civil incompatível com a prisão albergue ou com a prisão domiciliar (HC n.º 74381/PR, 1.ª Turma, 26.08.97). O sistema

[18] BULGARELLI, Waldírio. *Contratos Mercantis*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1993, p. 311-312.

penitenciário no Brasil encontra-se falido, pondo em contato direto criminosos de diferentes graus de periculosidade. E é para esse ambiente que será recolhido o inadimplente da alienação fiduciária, geralmente o trabalhador que deseja adquirir um automóvel ou a dona de casa que compra uma máquina de lavar roupas.

O que se tem na verdade é a demonstração de força das instituições financeiras, que amoldam o sistema jurídico ao seu mecanismo de ação no mercado.

10. Bibliografia

1. AMARAL, Francisco dos Santos. *A Alienação Fiduciária em Garantia no Direito Brasileiro.* Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro. Rio de Janeiro: jul/1982, vol. 1, n. 1, p. 157-175.
2. BULGARELLI, Waldírio. *Contratos Mercantis.* 7. ed. São Paulo: Atlas, 1993.
3. CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Prisão Civil.* Revista Jurídica. [s.l.: s.n.], n. 219, jan/96, p. 41s.
4. COELHO, Fábio Ulhoa. *Código Comercial e Legislação Complementar Anotados.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
5. COSTA, Fernando Corrêa. *Da Prisão Civil na Alienação Fiduciária.* Revista Jurídica. [s.l.: s.n.], n. 214, ago/1995, p. 26s.
6. DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos.* V. 5. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
7. GOMES, Chiang de. *Alienação Fiduciária.* Revista Jurídica. [s.l.: s.n.], n. 218, dez/1995, p. 135.
8. LACERDA, Nathanael Lima. *Alienação Fiduciária – Prisão Civil – Depositário Infiel – DL 911/69 – Inconstitucionalidade pelo Prisma da CF/69 e da CF/88.* Revista Jurídica. [s.l.: s.n.], n. 250, ago/1998, p. 48s.
9. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito.* 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

A PROBLEMÁTICA DA DEFESA DOS DIREITOS DO NASCITURO

Ana Paula Saraiva de Carvalho
(aluna da graduação em Direito da UFPE).

Maria Carolina Miranda Jucá
(Aluna da graduação em Direito da UFPE, monitora da cadeira de Direito Civil 1).

1. Introdução

O Direito é o princípio de adequação do homem à vida social e surge quando se estabelecem relações intersubjetivas, haja vista ter sido criado para servir ao homem e estabilizar o meio político em que ele vive. No centro de qualquer relação jurídica aparecem entes capazes de adquirir direitos e obrigações, os quais costumam receber o nome de *sujeitos de direito.*

Antes de discutir quem pode ser sujeito de direito em um sistema jurídico, ponto em que nos deteremos em especial nessa exposição, faz-se necessário, como antecedente lógico, entender o que significa ser sujeito de direito e qual a sua relação com a idéia de *pessoa.*

Ser sujeito de uma relação jurídica implica a possibilidade de participar ativa e passivamente de relações jurídicas. Ser pessoa é justamente a qualidade de participar dessas relações. Assim, enquanto a subjetividade é um conceito dinâmico, necessitando de situações que se desenvolvam no mundo fático, a noção de pessoa é mais abstrata, formando um conceito universal que precisa de concretização. É o ordenamento jurídico quem atribui a condição de sujeito de direito, ou define quem pode ser pessoa. A tendência natural seria

compreender que somente o ser humano pode figurar em relações jurídicas. Afinal o direito é criação do homem e para o homem. Sabemos, porém, que ao longo da história o ser humano e sujeito de direito nem sempre coincidiram. O homem, por exemplo, já foi escravo, fato que o tirou da condição sujeito, e o levou à posição de coisa, ou seja, tornou-o *objeto* da relação jurídica. Aparentemente, é muito fácil dizer quem é pessoa em nosso ordenamento atual. Afinal, o Código Civil traz em suas disposições iniciais diversas referências ao tema. Entretanto, a questão não é tão simples como se pensa, haja vista a existência de várias controvérsias quanto ao início da personalidade e os direitos do nascituro. É justamente sobre este problema da personalidade consubstanciada na figura do nascituro que desenvolveremos nessa exposição, ressaltando a certeza de que este não é um questionamento puramente teórico, mas de grande fundo prático, dado que da condição de pessoa emerge uma gama de direitos, personalíssimos ou não.

2. Diversas concepções em torno do nascituro

Segundo Pontes de Miranda[1], *nascituro* "é o concebido ao tempo em que se apura se alguém é titular de um direito, pretensão, ação ou exceção, dependendo a existência de que nasça com vida". Distingue-se da figura dos *nondum conceptus*, que é o ser humano futuro, que pode vir a ser concebido. Assim, o primeiro é ente que já existe, ainda que apenas no ventre materno, enquanto o segundo é mera prole eventual, à espera de uma geração.

Ao longo da história, cogitaram-se diversas teorias a respeito do nascituro, as quais acabam por se resumir em duas grandes correntes: uma de origem romana, de inspiração justinianéia; e outra vinculada à escola pandectista alemã[2].

A doutrina romana defende que o nascituro é sujeito de direitos, sendo as pessoas divididas em nascidas e concebidas, estas existentes apenas no ventre materno. Haveria, assim, uma paridade ontológica entre nascido e o nascituro. Essa teoria influenciou bastante as Ordenações, Consolidações e Esboço de Texeira de Freitas (que chegou a usar em referência ao nascituro o termo "pessoa por nascer"), além de ter grande influência sobre as legislações

[1] PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado.* Tomo I: Parte Geral – Introdução, Pessoas Físicas e Jurídicas. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 166.

[2] CATALANO, Pierangélo. *Os Nascituros entre o Direito Romano e o Direito Latino-Americano (A propósito do art. 2º do Projeto de Código Civil brasileiro).* Revista de Direito Civil, Agrário e Empresarial, p. 44.

ibéricas e latino-americanas, notadamente os códigos do México (art. 22), Argentina (arts. 51 a 62), Chile (art. 75) e Paraguai (art. 31).

Os ensinamentos germânicos, por sua vez, aparecem na Idade Moderna, vindo a distinguir juridicamente os conceitos de homem e pessoa. Isso significa que, para essa corrente, aquela paridade existente entre o nascido e o nascituro será descartada pelo direito positivo e substituída pelos conceitos abstratos de sujeito de direito, pessoa fictícia e personalidade. Nesse sentido, o nascituro não seria ainda pessoa, condição que só adquiriria com o nascimento com vida. Tal pensamento inspirou as legislações teutônicas e o Código Civil italiano.

Conforme mencionado, dessas duas correntes derivaram inúmeras teorias, algumas das quais passamos a analisar a seguir.

Merecem grande destaque as teorias ficcionistas, cujo maior defensor foi **Savigny**. Segundo ele, protege-se o nascituro com base na ficção de já considerá-lo nascido. Seria, portanto, desde já uma pessoa, ainda que fingida, posição que é extremamente questionável, por transformar em realidade física algo que ainda não existe no plano fático.

Em contraposição à teoria da ficção aparece a "teoria dos direitos sem sujeitos", de **Windscheid**, o qual não chegava nem a fingir a existência da personalidade no nascituro, mas a negá-la terminantemente.

R. Stammler, por sua vez, fala que não há direitos sem sujeitos, apenas direitos com sujeitos indeterminados. Nessa linha de pensamento, o *conceptus*, mesmo que ainda não nascido, já é ser humano presente, com indeterminação apenas do sujeito de direito. Assim, desde a concepção já teria acontecido a transmissão de direitos, mas essa não surtiu efeitos ainda porque não se sabe ao certo quem seriam seus titulares.

Von Tuhr segue uma linha diferente das anteriores, trazendo novos elementos para combater a teoria de Winsdcheid. Diz ele que a capacidade só começa com o nascimento, fato que impede o nascituro de ter direitos. Teria, na verdade, expectativas de direitos resguardadas para que, se houver nascimento com vida, aconteça a efetiva constituição do direito com eficácia retroativa. Note-se que por essa teoria, o fato jurídico que enseja o direito já se produziu, mas esse tem sua origem postergada ao nascimento. Como haveria direito futuro, com certa probabilidade, deve esse ser resguardado, pelo mesmo fundamento da cautelaridade de medidas.

Bastante questionável é a chamada teoria da condição, de **E. Heymann**. Segundo ele, os direitos e deveres decorrentes da herança passam ao *conceptus* desde já, mas condicionados resolutivamente, o que significa dizer que vindo ele a nascer morto os efeitos desses direitos desapareceriam. Ao

mesmo tempo, os direitos dos outros herdeiros do *de cujus* estariam subordinados a uma condição suspensiva, uma vez que, vindo o *conceptus* a nascer morto, diversos novos direitos caberiam aos herdeiros de personalidade plena, pois haveria, dessa forma, menos uma pessoa com quem partilhar os bens. A doutrina critica essa teoria por acreditar que não se pode falar em herdeiro ou herança sob condição resolutiva, nem mesmo de retroatividade de quaisquer efeitos de um testamento, dado que aquele que nasce morto simplesmente não foi herdeiro. Os bens passam ao(s) herdeiro (s) legítimo (s) quando há a morte do testador, e o fato da criança não nascer viva somente demonstra que a disposição do *de cujus* não pôde ter eficácia em relação ao natimorto.

2.1 Novas teorias sobre o embrião humano

Como se viu, há muito tempo o problema do embrião humano tem gerado diversas controvérsias, as quais têm se acentuado no mundo moderno tendo em vista a grande evolução da medicina e da biotecnologia. O que eram antes aspectos meramente médicos e biológicos acabaram por se tornar questões que abarcam campos filosóficos, éticos e jurídicos. Com a formação de grandes mercados de embriões humanos e processos de fertilização "in vitro", tornou-se importante definir se o embrião humano é ou não pessoa, já que seria ilógico proclamá-lo como tal e, ao mesmo tempo, admitir o comércio e destruição deste mesmo ser (no caso de embriões excedentes, resultado da fecundação "in vitro").

Nesse sentido, Eduardo de Oliveira Leite[3] apresenta três teorias mais vinculadas à realidade atual, e que tentam avaliar o problema sob a ótica jurídica sem, no entanto, esquecer as questões biológicas, afinal, se o direito é especificamente social, não há como examinar o problema do nascituro sem discutir quando se inicia a vida.

Para uma primeira corrente, chamada *concepcionista*, o embrião humano é considerado pessoa humana desde a concepção, igual, portanto, a qualquer outro indivíduo da coletividade. Isso se daria porque desde a fecundação tem-se um ser individualizado, com carga genética própria, distinta da dos pais.

De certa forma, os adeptos dessa teoria retomam idéias clássicas romanistas, só que as redirecionando para os problemas atuais. Assim, não admitem que ninguém interrompa a vida de um embrião humano, do mesmo modo que não é permitido a ninguém interromper a vida de um indivíduo já

[3] LEITE, Eduardo de Oliveira. *O Direito do Embrião Humano: Mito ou Realidade?* Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba: [s.n.], a. 29, n. 29, 1996, p. 123.

inteiramente formado. São terminantemente contra qualquer forma de fecundação artificial, porque seus meios (congelamento, descarte de excedentes) afrontam a dignidade do embrião, isto é, atingem os direitos fundamentais da pessoa humana.

As críticas dirigidas a essa concepção se resumem basicamente à justiça ou não de se colocar uma vida em formação no mesmo patamar da vida de um indivíduo inteiramente desenvolvido. Questiona-se se a posse de um patrimônio genético próprio é suficiente para concluir que o nascituro é pessoa no sentido mais amplo do termo.

Por fim, alguns reprovam a argumentação de que a fecundação artificial atenta contra a dignidade do embrião, tendo-se chegado a dizer que não há ainda nascituro no momento da fecundação, porque ainda não haveria gravidez. No caso desse processo artificial, alguns consideram que só há nascituro quando da nidação do ovo no útero materno, não havendo, portanto, razão para se reprovar a mera técnica da fecundação in vitro, já que nela não existe ainda *conceptus* e, conseqüentemente, a pessoa[4].

A segunda corrente, que forma a teoria *genético-desenvolvimentista*, defende que o embrião não é pessoa, porque o ser humano, no início de sua existência, é meramente um amontoado desorganizado de células, correspondendo a um material biológico incompleto. Sendo assim, antes de se formar a pessoa, o ser humano passa por quatro fases básicas (zigoto, mórula, embrião e feto) em que é impossível se visualizar a dignidade humana a que se referia a teoria anterior, não se tendo como falar de sujeito de direitos e obrigações. O embrião, conforme os desenvolvimentistas, é coisificado, porque não é pessoa, apenas uma massa inerte com possibilidade de vir a adquirir personalidade.

O fato de não se falar propriamente de direitos do embrião não impede que os adeptos dessa corrente admitam o direito do embrião vir a nascer, afinal, essa é a conseqüência natural da gestação. O que particulariza essa teoria é que enquanto a anterior não aceitava qualquer forma de interrupção da gravidez, ou interferência médica na formação do embrião, para ela é legítimo interromper o desenvolvimento do *conceptus* não viável. Torna-se perfeitamente aceitável qualquer intervenção médica sobre a criança por nascer.

Critica-se essa teoria sobretudo por não oferecer um instante específico de aquisição de dignidade humana, ou seja, ela não define o

[4] CHINELATO E ALMEIDA, Silmara J. A. *O nascituro no Código Civil e no direito constituendo do Brasil.* Revista de Informação Legislativa. Brasília: [s.n.], a. 25. n. 97. 1998, p. 182.

momento em que o embrião já está submetido ao estatuto da pessoa em geral. Tal fato gera uma insegurança inaceitável no mundo jurídico.

Por fim, a última corrente, entende o embrião como pessoa em potencial, o que significa que ele não é meramente um conjunto de células (já que seu desenvolvimento conduz à categoria de homem), mas também não pode ser elevado à categoria de pessoa propriamente. Não teria sentido, assim, falar de direitos do embrião, mas de alguns direitos específicos, compondo o "estatuto embrionário" da potencialidade de pessoa. Diferentemente, então, das correntes supramencionadas, a teoria ora em análise minimiza os aspectos biológicos do desenvolvimento do embrião para fortalecer a responsabilidade dos pais perante a criança por nascer. O caráter de humanidade do conjunto de células seria adquirido pelo "doar-se" dos pais ao longo de toda a vida embrionária. Durante os meses de gestação, os pais "fazem" o filho tanto quanto esse "faz" a si próprio.

Dessa forma, durante as duas primeiras semanas de gestação, mesmo possuindo identidade genética, o embrião não é pessoa, por não ter individualidade. Entretanto, justamente por ter carga genética própria, aquele embrião seria como um programa, uma potencialidade de desenvolvimento orgânico completo. O caráter de pessoa seria adquirido gradualmente, à medida em que se formasse um ser "estruturado", fato que se completaria nos primeiros 14 dias de gestação.

Questiona-se, porém, se pode haver realmente individualidade enquanto for possível a ocorrência de fenômenos gemelares e de fusão embrionária. Tal fato leva alguns doutrinadores a não admitir que após os 14 dias se possa falar de personalidade de um ser cuja humanidade está ainda em formação. Outros, diferentemente, não conseguem se convencer que a pessoa se forma com o tempo, defendendo que desde a concepção haveria personalidade.

Tendo sido expostas diversas teorias acerca da natureza jurídica do nascituro, torna-se possível avaliar como especificamente o direito brasileiro trata da problemática em questão.

3. O nascituro no Direito Brasileiro

Reza o art 4º do Código Civil brasileiro que "a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro."

Segundo a opinião do renomado professor **Silvio Neves Baptista** tal dispositivo foi influenciado pelas doutrinas alemã e romana, de modo que

"enquanto prescreve a primeira parte do artigo que a personalidade(aptidão para ter direitos) surge por ocasião do nascimento com vida, estabelece a segunda parte que tem o nascituro direitos que devem ser preservados desde a concepção. Ou seja: de um lado o indivíduo só teria direitos ao nascer; de outro, uma vez concebido, teria direitos mesmo antes do nascimento." [5]

Diversas são as interpretações deste artigo. Há autores brasileiros que acreditam ser o direito do nascituro um direito sem sujeito, enquanto que outros dão-lhe o caráter de mera expectativa de pessoa, dotada apenas de expectativa de direitos, os quais só realmente se constituirão quando o nascituro se tornar totalmente pessoa (com o nascimento com vida, por exemplo).

Interessante é a posição de **Pontes de Miranda**[6]. Diz ele que o já concebido é suporte fático de uma pessoa que ainda não se constituiu, dado que ele pode não vir a nascer, ou nascer morto. Entretanto, para ele, esse suporte fático não é completo, somente garantindo a antecipação dos efeitos ou da eficácia da personalização. Assim, desenvolve esse grande jurista a teoria da eficácia antecipada, entendendo que como a ordem jurídica não pode admitir todos os efeitos da personalização desde já, não pode também negá-los totalmente, passando, por isso, a resguardar alguns dos interesses do nascituro. Nessa mesma linha de raciocínio, ressalta ainda que não entende que a vida em si mesma é suficiente para a determinação da personalidade, e atribuí-la desde já ao nascituro seria aceitar que em caso de sua morte antes do nascimento, formar-se-ia um novo suporte fático, com efeitos *ex tunc*, cancelando a personalidade prematura, entendimento este que para ele não tem muito sentido.

Clóvis Beviláqua[7], por sua vez, não sustenta apenas a opinião que a personalidade civil do ser humano começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida. Para este jurista, não se pode admitir a teoria da expectativa de direitos, muito difundida na doutrina nacional, pois ou a personalidade já existe, e não se trata, assim, de mera expectativa, ou a personalidade do nascituro é apenas possível, e a ele se asseguram direitos sem que haja sujeitos. Essa última concepção para ele não é admissível, por romper com lógica do direito.

O brilhante jurista também entende que para que o nascimento assinale o momento inicial da vida jurídica do homem é indispensável que a

[5] BAPTISTA, Silvio Neves. *Alimentos : direitos do Nascituro.* Diário de Pernambuco, 14/03/90.
[6] PONTES DE MIRANDA. Op. cit. p. 171.
[7] BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980, p. 76.

criança seja de tempo e que tenha nascido com vida. O prazo estabelecido pelo direito romano relacionado ao tempo de gestação humana é de 6 a 10 meses. "Nascida com vida" significa separar a criança das entranhas maternas e ter, aquela, respirado o ar atmosférico.

Segundo **Caio Mario**[8], o nascituro não é uma pessoa. Antes do nascimento não há personalidade, mas sim, direitos meramente potenciais, ou seja, que permanecem em estado potencial, aguardando o nascimento e a aquisição da personalidade para, assim, constituir os devidos direitos. Mesmo não existindo personalidade, em dadas circunstâncias a lei protege e resguarda o interesse do nascituro, através, por exemplo, do reconhecimento do filho natural, da curatela do nascituro.

Para o **Prof. Silvio Neves Batista**[9], o art 4° estabelece direitos que resultam do fato jurídico concepção e outros que resultam do fato jurídico nascimento. Alguns direitos decorrentes da concepção independem do nascimento com vida da criança, a exemplo dos direitos à vida, à integridade física, à saúde, à curatela (artº 462, CC) e à representação (arts. 385 e 462, CC). Desta forma, o fato da criança nascer sem vida, constitui condição resolutiva dos direitos do concebido. Ao mesmo tempo, há direitos que existem desde a concepção, mas que dependem do nascimento com vida para a produção de efeitos patrimoniais, configurando-se como condição suspensiva. Citam-se, nesse caso, os direitos a receber doação e herança.

Importante destacar que, segundo ele, "o nascituro, como qualquer ser humano tem direito a alimentos, seja para a aquisição de refeições adequadas, para a assistência pré-natal, para medicamentos à mãe ou ao feto, seja para ultra-sonografias, transfusões sanguíneas na eritroblastose fetal, e até para cirurgias intra-uterinas, recomendáveis em casos como a hidrocefalia e hidronefrose". Entendemos que não poderia ser de outra forma, uma vez que o direito a alimentos é um meio de resguardar por via reflexa outros direitos que vemos como inquestionáveis, como o direito à vida e à saúde.

A jurista **Maria Helena Diniz**[10], por sua vez, faz uma distinção entre personalidade jurídica material, que diz respeito aos direitos personalíssimos, e personalidade formal, referente aos direitos patrimoniais. Nessa linha de raciocínio, defende que o nascituro, em sua vida no ventre materno, possui

---

[8] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* vol. I. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 144-145.

[9] BAPTISTA, Silvio Neves.Op. cit.

[10] DINIZ, Mª Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, V. 1.: Teoria Geral do Direito. 13. ed. São Paulo: 1997, p. 122.

apenas personalidade jurídica material, vindo a alcançar os diretos patrimoniais, que eram direitos meramente potenciais, somente no momento do nascimento.

Silmara Chinelato[11] é de opinião que o nascituro é pessoa desde a concepção. Ela considera aparentemente contraditório o art 4° do CC, pois este estabelece o início da personalidade civil com o nascimento com vida e, assim,concede direitos e não expectativas. Apenas os direitos patrimoniais materiais dependem do nascimento com vida. É condição resolutiva da eficácia desses direitos o nascimento sem vida.

Observamos, então, que a opinião sobre o direito do nascituro não é unânime, haja vista que se deve primeiramente estabelecer um critério absoluto para o conceito de aquisição de personalidade, ou melhor, definir ao certo quando se começa a ser pessoa. A doutrina majoritária é favorável à teoria da expectativa de direitos, anteriormente exposta.

4. O nascituro e o Direito Comparado

As divergências existentes sobre este assunto também são encontradas nos outros países.

No direito romano, além da criança nascer com vida, ainda se exigia possuir formas humanas. Somente assim seria conferido a ela a personalidade jurídica.

No direito frânces, como no antigo direito italiano, e no holandês, não basta nascer com vida, é preciso que o recém nascido seja viável (= apto para a vida).

O Código espanhol (art.30) exige ainda que o recém-nascido tenha vivido 24 horas, além de ter forma humana.

O direito civil argentino (art. 7°) e o húngaro (seção 9) concedem a personalidade desde a concepção.

Similares ao nosso Código, o Código Civil suíço (art. 31), o alemão (art.1°) e o italiano (art.1°) não adotam os critérios de forma humana e de viabilidade, estabelecendo somente que a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, mesmo vindo o recém-nascido falecer em seguida.

5. Tutela penal e ofensa à vida do nascituro

O nascituro, além de ter seus direitos protegidos pelo Direito Civil, o já concebido também é tutelado pelo Direito Penal, que a ele se refere no Título I do nosso estatuto, sugestivamente denominado "*Dos crimes contra a*

[11] CHINELATO E ALMEIDA, Silmara J.A. Op. cit. p.185.

pessoa". O campo de análise da tutela penal é mais amplo, pois seus questionamentos iniciam-se com a dúvida de muitos médicos e juristas, qual seja: quando começa a vida?

O Estado brasileiro tutela o nascimento do ser humano, tipificando, no art.123 do CP, o infanticídio. Para ser caracterizado como tal, tem que existir um nexo de causalidade entre o estado puerperal[12] e o fato delituoso, caso contrário, o crime será de homicídio. Paralelamente, o Código determina que se a criança morrer antes de iniciado o parto, configurar-se-á outro tipo penal: o aborto. Percebe-se, então, que a nossa legislação penal tutela a vida humana desde a sua concepção.

As opiniões são divergentes quanto ao início da vida humana e, como conseqüência, surgirão dúvidas sobre o momento em que o Estado deve tutelar esse novo ser. Para Ives Gandra Martins[13], existe ser humano desde a concepção, ou seja, o aborto, para ele, é considerado pena de morte ao nascituro. Outros doutrinadores, porém, admitem e aceitam certos casos de aborto, pois consideram, por exemplo, que o ser humano só surge após três meses de gestação.

É interessante notar, que enquanto nosso Código Civil se mostra em dúvida quanto à aquisição da personalidade desde a concepção, haja vista a redação ambígua do art. 4°; o Direito Penal tem uma posição bem definida: o nascituro é pessoa, tanto que sua proteção é feita em meio aos tipos penais do Título I do CP.

Faz-se necessário, no entanto, destacar o caráter unitário do Direito, o que significa que, não podemos fazer uma cisão entre seus ramos, como se fossem dois departamentos independentes. O Direito é um sistema, um conjunto de normas inter-relacionadas entre si, e não pode tolerar uma antinomia como a demonstrada acima, uma vez que ela atenta contra a própria segurança do ordenamento.

6. O nascituro no Projeto de Código Civil brasileiro

O Projeto de Código Civil - Projeto de Lei n° 634, de 1975, aprovado pela Câmara dos Deputados e ainda em tramitação no Senado Federal - inova

---

[12] JESUS, Damásio. *Direito Penal.* V.2.: Parte Especial. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.107.

[13] MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Pena de Morte para o nascituro.* http://www.digiweb.com/providafam/pena_morte_nascituro.htm. 30 de outubro de1999.

quanto ao fato de suprimir, do texto do Código , a expressão "desde a concepção".

Este projeto introduziu, assim, um conceito genérico de nascituro para abranger tanto o concebido (pessoa que está para nascer), como a pessoa futura ou não concebida, denominada '' prole eventual'' (que, eventualmente, nunca será pessoa). Equiparam-se, desta forma, dois conceitos que não se equivalem nem no plano jurídico, muito menos no biológico.

Outro aspecto que se pode lamentar diz respeito à supressão do direito à adoção de nascituro, o que implica privá-lo de condições essenciais a sua subsistência e saúde, quando há impossibilidade dos pais biológicos ou dos responsáveis para provê-las.

O "conceptus" é contemplado também com a outorga da capacidade sucessória, seguindo a sua vocação hereditária. Trata-se de uma importante inovação, já que pelo Código vigente, essa capacidade só é admitida dentro da sucessão testamentária (art.1718). À prole eventual o projeto garante capacidade sucessória apenas por via de testamento, sendo esta, porém condicionada à efetiva concepção no prazo de dois anos após a abertura da sucessão.

7. Conclusão

Ao longo dessa breve exposição tentou-se demonstrar as diversas concepções em torno da figura do nascituro. Após a pequena análise desenvolvida, a primeira grande certeza é que o problema é muito mais complexo do que parece à primeira vista. Por mais que se proclame, sobretudo na doutrina nacional, que o nascituro é mera expectativa de pessoa, defender essa concepção cegamente é esquecer de avaliar as suas várias implicações, como, por exemplo, a questão dos direitos personalíssimos serem ou não assegurados desde já ao *conceptus*.

Por mais que se tenha destacado várias posições doutrinárias, precisamos ter em mente que o problema do nascituro é de grande importância prática. Tal fato se verifica ainda mais no mundo moderno, em que se percebe o aumento da manipulação do embrião humano, através de diversas experiências genéticas.

A verdade é que o nosso próprio ordenamento jurídico se mostra indeciso quanto ao tema. Observamos esse fato com a redação ambígua do art. 4º da nossa lei civil, que se contrapõe parcialmente com o enquadramento do nascituro, no Código Penal, entre um dos sujeitos passivos dos crimes contra *a pessoa*. A falta de uma posição mais segura e precisa sobre quando realmente se

inicia a personalidade contribui, sem dúvida, para a formação de um problema de difícil solução.

Entendemos que a personalidade realmente advém do nascimento com vida, conforme dispõe o Código Civil. Isso não significa, porém, que o nascituro só tem direitos a partir desse momento, pois se isso é verdade quanto aos direitos patrimoniais, não o é, por exemplo, quanto ao direito à vida. Dessa forma, compreendemos que o nascituro tem expectativas apenas no que se refere aos direitos patrimoniais, mas não quanto ao direito à saúde ou à vida, que devem ser resguardados desde a concepção.

O já concebido, então, corresponde a um suporte fático incompleto de pessoa. Se ele não vier a nascer vivo, a ordem jurídica age como se ele nunca tivesse existido, mas tal situação não implica negar ao nascituro direitos que devem ser, de logo, tutelado. Dessa forma, embora seja apenas uma pessoa em estado potencial, isso já é suficiente para garantir-lhe direitos de tanta relevância.

8. Bibliografia

01. BAPTISTA, Silvio Neves. *Alimentos: direitos do Nascituro.* Diario de Pernambuco. Recife: 14/03/1990.
02. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980.
03. CATALANO, Pierángelo. *Os nascituros entre o Direito romano e o Direito latino-americano.* Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo: Vol. 45, 1988, p. 7-15.
04. CHINELATO E ALMEIDA, Silmara J.A. *O nascituro no Código Civil e no direito constituendo do Brasil.* Revista de Informação Legislativa. Brasília. Nº 97, 1988, p. 181-190.
05. DINIZ, Mª Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro.* V.1.: Teoria Geral do Direito. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
06. JESUS, Damásio E de. *Direito Penal.* V.2.: Parte Especial. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
07. LEITE, Eduardo de Oliveira. *O Direito do Embrião Humano: Mito ou Realidade?* Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba: [s.n.], n. 29, 1996, p.121-146.
08. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Pena de Morte para o nascituro.* http://www.digiweb.com./providafam/pena_morte_nascituro.htm. 30 de outubro de 1999.

09. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Sujeito de Direito e Bioética.* http://www.ufpr.br/direito/art/rosal.htm. 30 de outubro de 1999.
10. MATTOS, Luiza Thereza Baptista. *A proteção ao nascituro.* Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo. [s.n.], n. 52, 1990, p. 30-37.
11. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado.* Tomo I: Parte Geral – Introdução, Pessoas Físicas e Jurídicas. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.
12. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil.* Vol. I. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
13. RIBEIRO, Renato. *Sujeito de Direito.* Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial . São Paulo: [s.n.], n. 29, 1984.

CONTRATOS NECESSÁRIOS: AUSÊNCIA DE AUTONOMIA DA VONTADE?

Ara Cárita Muniz da Silva (Aluna da Graduação do Curso de Direito da UFPE; pesquisadora do PIBIC/CNPq; monitora da disciplina de Direito Administrativo; ex-monitora da disciplina de IED-I)

Sumário: 1. Introdução; 2. Autonomia da vontade jurídica e extrajurídica; 3. Fato jurídico, negócio jurídico e autonomia da vontade jurídica; 4. Conceito de contrato; 5. Autonomia da vontade no âmbito contratual; 6. Contrato "necessário" ou "forçado"; 7. Conclusão; 8. Bibliografia.

1. Introdução

Certos serviços ou bens de utilidade pública são prestados por empresas privadas. Assim, para obtê-los, é preciso realizar um contrato com tais empresas. Como nessa situação está envolvido o interesse da coletividade, o Estado passa a intervir nesses negócios jurídicos. Por imposição estatal, essas empresas privadas não poderão se recusar a contratar com os eventuais interessados. Além disso, o Estado impõe certas cláusulas que deverão estar presentes no futuro contrato a ser realizado entre a empresa e o cidadão comum.

Tais contratos são chamados necessários devido à impossibilidade de a empresa se recusar a contratar. Muitos afirmam que ele fere a liberdade contratual dos indivíduos, suprimindo totalmente a autonomia da vontade. Como o contrato pressupõe acordo entre vontades livres, tais negócios teriam de contrato apenas o nome.

Obviamente, qualquer conclusão acerca da natureza jurídica dos contratos necessários dependerá do que se entenda por autonomia da vontade e por contrato.

Logo, será preciso definir o que se entenderá por contrato e por autonomia da vontade nesse trabalho. Entretanto, inicialmente, é indispensável esclarecer as noções básicas de fato jurídico e negócio jurídico.

Uma vez estabelecidos esses pressupostos conceituais, analisar-se-á um exemplo bastante comum de contrato necessário: o contrato de transporte coletivo entre uma empresa privada e um cidadão comum. Veremos então se os conceitos de contrato e autonomia da vontade anteriormente definidos se aplicam ou não à situação apresentada.

Assim, será possível responder às freqüentes indagações: a autonomia da vontade subsiste no contrato necessário? Ele é ou não um autêntico contrato?

2. Autonomia da vontade jurídica e extrajurídica

"Auto" significa "para si mesmo". "Nomia" vem de nomos, que é norma. Autonomia seria, portanto, a possibilidade de o indivíduo ditar normas para si mesmo.

Autonomia da vontade (autonomia privada, autoregramento, autoregulamentação) é o poder de os particulares regulamentarem suas relações recíprocas. Com isso, os particulares visam a satisfazer, por iniciativa própria(iniciativa privada), suas necessidades.

O poder de autoregramento dos particulares realiza-se através do negócio. Segundo Emílio Betti, a essência do negócio é a autonomia, é a autoregulamentação dos interesses nas relações privadas[1]. O negócio será, portanto, meio para que as partes, através da iniciativa privada, supram suas necessidades. Logo, percebe-se que o negócio tem importante função social. Devido a sua relevância para a vida em sociedade, os negócios "brotam" na vida das relações[2]. Mesmo numa sociedade sem Estado organizado, sem ordenamento jurídico, os negócios surgem para desempenhar sua função social[3].

Ainda que não exista ordenamento jurídico para tutelar os negócios realizados, estes são reconhecidos como plenamente vinculativos na consciência de quem os realiza[4].

Esses negócios não tutelados pelo direito são chamados de negócios sob palavra. Seus efeitos são garantidos apenas pelo costume e pela boa-fé(respeito à palavra empenhada)[5]. Assim, os negócios sob palavra vinculam.

---

[1] BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico.* Portugal: Coimbra Editora, 1969, t. I, p.112.
[2] Idem, p.88.
[3] Idem, p.89.
[4] Idem, p.90.
[5] Idem, ibidem.

Não se tratam de simples conselhos a que as partes podem aderir ou não. As sanções pelo não cumprimento desses negócios são costumeiras: perda do crédito social e conseqüente impossibilidade ou dificuldade de realizar novos negócios, etc.

Quando os negócios sob palavra atingem certo grau de desenvolvimento, tornando-se relevantes socialmente, o direito os reconhece. Com isso, os negócios sob palavra se transformam em negócios jurídicos. Assim, a autonomia privada, que já se realizava na vida social, é reconhecida pelo direito. Os efeitos do negócio jurídico são garantidos pelo Estado. Em caso de descumprimento, os órgãos públicos sancionam os indivíduos que violaram o negócio. Percebe-se, portanto, que os negócios jurídicos são tutelados de forma mais enérgica quando comparados com os negócios sob palavra. Logo, quando reconhecido pelo direito, o vínculo negocial é tornado mais sólido, é reforçado com o acréscimo da sanção estatal.

É importante diferenciar a autonomia privada antes e depois de reconhecida pelo direito. Como foi visto, a autonomia privada extrajurídica se realiza através dos negócios sob palavra. Já a autonomia privada jurídica se realiza através dos negócios jurídicos. A autonomia privada que se desenvolve na vida social é praticamente ilimitada (salvo, é claro, as limitações impostas pelas necessidades de convivência social harmônica). Para regular suas relações recíprocas, os particulares podem criar negócios que nem sequer foram imaginados pelo direito. Entretanto, quando a autonomia, que já existe e se realiza na vida social, é reconhecida pelo direito; ela passará a ser limitada[6]. A autonomia privada jurídica(reconhecida pelo direito) é o poder de os indivíduos, a fim de regulamentarem suas relações recíprocas, criarem negócios jurídicos, isto é, negócios que receberão a enérgica tutela estatal. Essa autonomia será limitada pelas normas jurídicas estatais. Assim, as partes deverão obedecer aos requisitos legais exigidos para validade dos negócios jurídicos(objeto lícito, partes capazes, etc.). Além disso, o negócio jurídico não produzirá quaisquer efeitos queridos pelas partes, mas somente aqueles que a norma permitir.

Os simples negócios sob palavra são meios usados livremente pelas partes para que estas regulem suas relações recíprocas. Já os negócios jurídicos são meios que a lei concede às partes para autoregulamentação de suas relações. O direito tem função ordenadora da vida social. Assim, como afirma Emílio Betti, "ele não pode dar seu apoio à autonomia privada para consecução de qualquer escopo que ela se proponha a atingir"[7]. O direito só tutela os negócios

[6] Idem, p.104.
[7] Idem, p.104-105.

depois de avaliar sua relevância, determinar os requisitos de sua validade, preestabelecer os efeitos possíveis de serem realizados. Não é qualquer negócio inventado pelos indivíduos que receberá a tutela estatal.

Nesse trabalho iremos tratar da autonomia privada jurídica, isto é, aquela que atua dentro de limites normativos. A autonomia privada jurídica é o suporte fático hipotético do negócio jurídico. Para compreendê-la, faz-se necessário precisar os conceitos de fato jurídico e negócio jurídico.

3. Fato jurídico, negócio jurídico e autonomia da vontade jurídica

Para que um fato ingresse no mudo jurídico é preciso que ele seja previsto por uma norma jurídica[8]. A estrutura da norma jurídica é constituída de duas partes: previsão e disposição. Na previsão, como o próprio nome sugere, é previsto o fato relevante para o direito. Esse fato é chamado suporte fático hipotético[9]. Quando esse fato previsto abstratamente na norma se concretiza na realidade social, a norma jurídica incide sobre o suporte fático hipotético. A incidência normativa é o fenômeno que transformará o suporte fático hipotético em fato jurídico[10]. A segunda parte da norma é a disposição. A disposição consiste na atribuição de efeitos jurídicos ao fato previsto. O fato jurídico, que é o suporte fático juridicizado, produzirá os efeitos que a norma lhe atribui. Esses efeitos são as diversas modalidades de direitos e deveres. Assim, a fonte dos efeitos jurídicos é sempre o fato jurídico. Nem a norma nem o suporte fático isoladamente tem eficácia jurídica[11]. Entretanto, embora a norma sozinha não tenha eficácia jurídica, é ela que define os efeitos que o fato produzirá[12].

Existem fatos jurídicos que apresentam como elemento de seu suporte fático a vontade[13]. Vontade esta que se destina a obter determinados efeitos jurídicos. Assim, fala-se de efeitos jurídicos "perseguidos" ou "queridos" pelas pessoas. Tais fatos jurídicos são os negócios jurídicos.

Essa possibilidade de a vontade influir nos efeitos jurídicos produzidos chama-se autonomia de vontade. "Auto" significa "para si mesmo".

---

[8] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico (plano da existência)*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 9.
[9] Idem, p. 35.
[10] Idem, p. 57.
[11] Idem, p. 145.
[12] Idem, ibidem.
[13] PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, Vol. III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 3.

"Nomia" vem de "nomos", que é norma. É a como se o indivíduo pudesse ditar normas para si mesmo, visando à obtenção dos direitos e deveres (efeitos jurídicos) que pretende.

Entretanto, é incorreto dizer que a vontade pode produzir efeitos jurídicos. Isso porque a fonte dos efeitos jurídicos é sempre, como vimos, um fato jurídico. O negócio jurídico é espécie de fato jurídico. Logo, será o negócio, e não a vontade, que produzirá efeitos. Como bem esclareceu Pontes de Miranda, "fala-se em efeito da vontade por abreviação. O que há é efeito do negócio em cujo suporte fático está a vontade"[14]. Assim, a possibilidade de a vontade influir nos efeitos jurídicos, isto é, a autonomia da vontade se realizará através do negócio jurídico. Não se pode falar de negócio jurídico quando a autonomia da vontade não está presente. Os efeitos do negócio jurídico serão aqueles que a norma lhe atribui.

Será possível que surja a seguinte dúvida: se é a norma que determina que efeitos o negócio jurídico produzirá, como as pessoas poderão obter os efeitos "queridos" ou "perseguidos"? Estes só seriam alcançados quando eventualmente coincidissem com os que a norma prevê?

Realmente é a norma que define a eficácia que o negócio jurídico terá. Todavia, pode ocorrer que a norma jurídica deixe um "espaço em branco". É nesse branco deixado pela norma que a vontade negocial se insere. "O que, no branco, deixado à autonomia da vontade, for querido terá eficácia."[15]. A vontade só terá poder para definir quais efeitos o negócio jurídico terá quando a norma permitir e nos limites que esta determinar. Dessa maneira, a autonomia da vontade atua no espaço em branco delimitado pelas normas jurídicas. Quando se fala em normas limitadoras da autonomia da vontade, faz-se referência às normas jurídicas cogentes. Essas se diferenciam das normas jurídicas dispositivas, que são aquelas cuja incidência está condicionada à falta de manifestação de vontade das partes.

4. Conceito de contrato

O contrato é a mais importante espécie de negócio jurídico. O contrato é "um acordo entre declarações ou manifestações de vontade com a finalidade de produzir efeitos jurídicos." Tais efeitos, como já vimos, são os direitos e deveres perseguidos pelas partes.

As vontades que irão se unir para formar o contrato são a oferta e a aceitação. A oferta ou proposta é feita por uma das partes que recebe o nome

[14] Idem, p. 46.
[15] Idem, ibidem.

de policitante. A oferta pode se dirigir a uma pessoa determinada ou ao público em geral[16]. A aceitação se dá quando o destinatário da oferta(oblato) concorda com o que foi proposto pelo policitante. Com a aceitação, conjugam-se as duas vontades, isto é, forma-se o consenso. É com o consenso que surge o contrato.

O contrato não é um simples acordo entre vontades. É um acordo entre vontades exteriorizadas.

Tanto a vontade de ofertar como a vontade de aceitar podem ser exteriorizadas de duas formas: declaração ou manifestação. Ambas são igualmente idôneas para compor o suporte fático do negócio jurídico. A declaração existe quando há "propósito notificatório", isto é, quando o emitente tem intenção de tornar pública sua vontade de contratar. Já a manifestação de vontade haveria quando, apesar de não existir propósito notificatório, a vontade é deduzida do comportamento do emitente. Assim, a pessoa pode até não ter consciência que, com seu comportamento, está exteriorizando uma vontade contratual. Entretanto, ao agir daquela maneira, presume-se que ela deseja contratar. Logo, o seu comportamento equivalerá a uma declaração de vontade, produzindo o mesmo efeito desta.

Só interessa ao direito a vontade declarada ou manifestada[17]. A vontade enquanto fato psíquico interno, enquanto não é socialmente reconhecível, não pode ser objeto de negócio jurídico.

Como afirma Emílio Betti, normalmente o querer do indivíduo coincide com a vontade manifestada. Entretanto, tal coincidência não é necessária[18]. Em caso de incompatibilidade, a princípio, o que prevalece é a vontade exteriorizada, pois esta é a juridicamente relevante. Devem-se ressalvar casos como erro, dolo, coação, fraude. Mas, ainda nesses casos, em que há descompasso entre a vontade real(ou o que seria essa vontade real) e a vontade exteriorizada, o negócio jurídico não perde de imediato os seus efeitos. Trata-se, como ressaltou Emílio Betti, de casos de anulabilidade, isto é, de defeitos sanáveis dos negócios jurídicos. Passado o prazo para argüir a anulabilidade, o negócio se tornará perfeito[19].

É possível, portanto, manifestações ou declarações de vontade não queridas. Por exemplo: assinatura de documento de negócio sem prévia leitura. Embora essas manifestações ou declarações não possam ser atribuídas aos

---

[16] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 20.
[17] BETTI, Op. cit. p. 117.
[18] Idem, p. 128.
[19] Idem, p. 130.

indivíduos a título de vontade, podem o ser a título de autoresponsabilidade.[20] O comportamento ou declaração do indivíduo faz com que as pessoas sejam levadas a crer que ele quer de fato contratar. Se o indivíduo tinha condições de saber que com seu comportamento, com sua declaração ele iria exteriorizar uma vontade negocial, ele deve arcar com as conseqüências de seu ato.

5. Autonomia da vontade no âmbito contratual

A autonomia da vontade no âmbito contratual pode ser encarada sob dois aspectos: poder das partes de determinar o conteúdo das cláusulas contratuais e poder das partes de optar por contratar ou não contratar.

Pontes de Miranda distingue a autonomia da vontade da liberdade contratual. Segundo ele, a autonomia da vontade, no âmbito contratual, seria o poder de escolher as cláusulas contratuais. Já a liberdade de contratar é o poder de optar por contratar ou não contratar[21]. Pontes de Miranda, entretanto, assume que os dois princípios estão intrinsecamente relacionados, podendo ambos se resumir à possibilidade de a vontade determinar efeitos jurídicos.

Logo, podemos assumir que a liberdade de contratar é um aspecto da autonomia da vontade. Aspecto esse que se traduz no poder de optar por contratar ou não contratar. Pode-se dizer que a liberdade de contratar é o aspecto mínimo da autonomia da vontade.

O negócio jurídico, como vimos, pressupõe a autonomia da vontade. O contrato, como espécie de negócio jurídico, pressupõe também um mínimo de autonomia de vontade. Portanto, para que se possa falar de contrato, é preciso que haja pelo menos a liberdade de optar por contratar ou não contratar. Logo, a expressão "contrato necessário" é uma contradição em termos. Uma pessoa não pode ser obrigada a contratar, pois isso vai de encontro com a própria noção de contrato.

6. Contrato "necessário" ou "forçado"

Tratemos agora de explicar o que impropriamente se chama de contrato necessário ou forçado.

Segundo Orlando Gomes, fala-se de contrato necessário quando uma pessoa é forçada a se vincular com outra, não podendo se recusar a travar

[20] Idem, p. 143.
[21] PONTES DE MIRANDA. Op. cit. p. 63.

relações jurídicas com os interessados em constituí-las[22]. Diz-se que nesses casos há obrigação de contratar. Como foi visto na introdução desse trabalho, isso ocorre, por exemplo, quando empresas privadas oferecem bens ou serviços de utilidade pública. Por imposição estatal, essas empresas não podem se recusar a contratar com os eventuais interessados. Além disso, o Estado impõe certas cláusulas que a empresa deverá adotar no futuro contrato.

Muitos afirmam que, por haver obrigação de contratar, a autonomia da vontade desaparece, pois não resta sequer a liberdade contratual (aspecto mínimo da autonomia da vontade). Como o contrato pressupõe um mínimo de autonomia, o que se chama "contrato necessário" não seria, na verdade, um contrato.

Entretanto, tomemos um exemplo de contrato necessário e vejamos se de fato ocorre essa supressão total da autonomia da vontade.

Admitamos a existência de uma empresa privada que presta serviço de transporte coletivo. Todos os dias um cidadão pega um ônibus dessa empresa para ir ao trabalho.

Como foi visto, a oferta pode se dirigir a um número determinado ou indeterminado de pessoas. A empresa, ao colocar os ônibus nas ruas, manifesta vontade de contratar com o público em geral. Assim, a empresa faz uma oferta de contrato ao público. Não importa que essa manifestação de vontade não corresponda à vontade real da empresa. Pode ser que a empresa não queira realmente contratar com o público em geral. Todavia, como já foi ressaltado, o que importa para o direito é a vontade exteriorizada, mesmo que essa não corresponda à psíquica.

A prestação de serviço de transporte coletivo implica impossibilidade de recusa. A empresa tinha liberdade para optar por realizar ou não esse serviço. Assim, a empresa tinha liberdade para contratar ou não com o público em geral. Ao optar por prestar o serviço, colocando ônibus nas ruas, a empresa manifesta vontade de contratar com o público em geral. Logo, foi uma opção da empresa contratar com um número indeterminado de pessoas. Dessa forma, houve liberdade de contratar para a empresa. Poder-se-ia objetar que a empresa talvez não soubesse que, prestando esse serviço, manifestaria vontade de contratar com o público em geral. Todavia, isso não interessa para o direito. O que importa é que a empresa manifestou essa vontade, levando o público em geral a acreditar que ela queria contratar.

A empresa estava em condições de saber que a prestação desse serviço importaria manifestação de vontade de contratar com o público em geral. Se não tomou conhecimento disso, não importa. A empresa terá que

[22] GOMES, Orlando. *Obrigação de contratar.* Revista de Informação Legislativa. Brasília. [s.n.], n. 17, 1968, p. 21.

arcar com as conseqüências de seu ato(é a autoresponsabilidade citada por Betti e a que anteriormente nos referimos).

O cidadão, ao ingressar diariamente no ônibus e pagar a passagem, manifesta vontade de contratar com a empresa. A vontade de contratar é, portanto, deduzida do comportamento do passageiro. Ele pode até não saber que seu comportamento vale como declaração de vontade negocial. Porém, o cidadão quer realizar um contrato de transporte para ter o "direito" de ser conduzido ao seu trabalho (efeito jurídico pretendido). Dessa forma, quando o cidadão paga a passagem, dá-se a aceitação da oferta da empresa. Com a oferta e a aceitação, perfaz-se o acordo de vontades. Está, portanto, formado o contrato. O passageiro tem direito ao translado, ao passo que a empresa tem o dever correlato de conduzi-lo. Essa é a eficácia jurídica gerada pelo contrato realizado. Se após a formação do contrato, que se dá com a aceitação do cidadão, a empresa se negar a conduzir o passageiro, tem-se um caso de "inexecução contratual"[23]. Como afirma Orlando Gomes, a empresa tem obrigação de executar o contrato, de conduzir o passageiro. Afinal, esse é o dever gerado pelo contrato. Orlando Gomes ainda ressalta que não se pode falar de obrigação legal de contratar. Se assim fosse, "a relação jurídica perde o cunho negocial, decorrendo diretamente da lei. Se o Estado obriga o particular a contratar, a respectiva relação obrigacional deixa de ter origem no contrato, visto que a primeira condição para que este exista é a liberdade de perfazê-la"[24]. É incorreto e até contraditório, como vimos, dizer que a empresa tem obrigação de contratar. O que existe para a empresa é a obrigação de executar o contrato.

Há quem entenda que, se não existe obrigação de contratar por parte da empresa, há essa obrigação para o cidadão. Isso porque, como o serviço é para ele indispensável, o cidadão não tem outra alternativa senão contratar com a empresa. Todavia, tal conclusão não procede. Vamos admitir que a empresa citada seja a única do mercado, que o cidadão não tenha carro e que seu trabalho seja muito longe para ir a pé. Nessa hipótese, é inegável que a pessoa terá suas possibilidades de escolha bastante limitadas: ou vai para o trabalho de ônibus ou não vai. Entretanto, ainda que forçado pelas circunstâncias, o cidadão opta por realizar o contrato com a empresa. Como bem esclareceu Marcos Bernardes de Mello, "ninguém é obrigado a contratar. Pode-se ver compelido quando se precisa contratar, mas sempre com a finalidade de satisfazer necessidades, desejos ou vontades pessoais"[25]. Existe, assim, vontade

[23] GOMES, Op. cit. p. 25-26.
[24] GOMES, Orlando. *Contrato de Adesão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 27.
[25] MELLO, Op. cit. p. 168.

de contratar por parte do cidadão em questão. Essa vontade é exteriorizada pelo seu comportamento de entrar no ônibus e pagar a passagem.

No exemplo dado, há, é verdade, limitações ao poder de autoregramento (autonomia da vontade) tanto da empresa como do passageiro. A empresa, como vimos, deverá introduzir no contrato cláusulas impostas pelo Estado, que regulamenta essa atividade de interesse coletivo. O passageiro, por sua vez, terá que aceitar as cláusulas contratuais que a empresa lhe impõe. Entretanto, o aspecto mínimo da autonomia da vontade subsiste tanto com relação à empresa como com relação ao cidadão. Afinal, ambos possuem liberdade de contratar. Assim, satisfeito o aspecto mínimo da autonomia da vontade, pode-se falar de contrato no exemplo dado. Não há, é claro, contrato necessário ou obrigação de contratar, visto que existe liberdade contratual.

7. Conclusão

Não há contrato sem um mínimo de autonomia da vontade. A liberdade de contratar é o aspecto mínimo da autonomia da vontade. Portanto, a liberdade de contratar é o pressuposto mínimo do contrato. Os chamados "contratos necessários" preservam a liberdade de contratar. Assim, tais negócios são autênticos contratos. Não é correto chamá-los contratos necessários, visto que há neles liberdade contratual. Além do mais, a própria expressão "contrato necessário" encerra uma contradição.

O poder de autoregramento dos indivíduos(autonomia privada jurídica) atua sempre dentro de limites estabelecidos pelas normas jurídicas cogentes. As normas podem limitar de tal forma a autonomia da vontade que cheguem a retirar das partes o poder de discutir as cláusulas contratuais. Entretanto, desde que se preserve a liberdade de contratar, essas limitações não suprimem a autonomia da vontade.

No exemplo citado, a empresa privada presta um serviço de interesse coletivo. Logo, é compreensível que o Estado intervenha, sujeitando a empresa a normas que determinarão boa parte do conteúdo do contrato a ser realizado. O cidadão, por seu turno, não poderá discutir as cláusulas, tendo que se submeter aos regulamentos da empresa.

Portanto, percebe-se que, nesse exemplo, a autonomia da vontade sofreu limitações. O poder de autoregramento das empresas foi limitado por normas impostas pelo Estado. Já o poder de autoregramento do cliente foi limitado pelas normas impostas pelo regulamento da empresa. Essas normas limitadoras impedem que a empresa e o cliente discutam livremente as cláusulas contratuais. Todavia, apesar de não poderem discutir livremente as cláusulas

contratuais, tanto à empresa como o cliente possuem liberdade para optar por realizar ou não o contrato. Assim, apesar de limitada, a autonomia da vontade subsiste no exemplo dado, pois a liberdade de contratar foi preservada.

8. Bibliografia

Livros

1. BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico.* Portugal: Editora Coimbra, 1969.
2. GOMES, Orlando. *Contratos.* Rio de Janeiro: Forense, 1994.
3. GOMES, Orlando. *Contrato de Adesão.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972.
4. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico(plano da existência).* São Paulo: Saraiva, 1993.
5. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituição de Direito Civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
6. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, vol. III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

Artigos

1. GOMES, Orlando. *Obrigação de Contratar.* Revista de Informação Legislativa. Brasília: [s.n.], n. 17, 1968.

A DISSOLUÇÃO DAS SOCIEDADES DE PESSOAS FACE ÀS MODERNAS CONCEPÇÕES DE PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E DO INSTITUCIONALISMO SOCIETÁRIO

Silvia Regina Pontes Lopes (Aluna do 7º período da graduação em Direito da UFPE; Pesquisadora pelo PIBIC/CNPq; Ex-Monitora de Introdução ao Estudo do Direito II; Monitora de Direito Comercial II)

1. Intróito: pressupostos epistemológicos

O termo "dissolução", em matéria de sociedades comerciais, pode assumir duas significações: em sentido lato, designa todo o processo de "morte" ou término da pessoa jurídica societária e, em sentido estrito, significa tão-somente o ato que desencadeia o processo de extinção da pessoa jurídica. Neste sentido estrito é o vocábulo freqüentemente empregado, constituindo, desta forma, apenas uma das fases do procedimento de extinção da pessoa jurídica, juntamente com a *liquidação* e a *extinção* propriamente dita da sociedade. Assim, após ocorrer algum evento que der causa à dissolução (total), esta é decretada passando a sociedade a funcionar tão-somente em função de sua liquidação, ou seja, para a apuração do seu ativo e liquidação do passivo, período findo o qual a sociedade extingue-se.

A jurisprudência, cumprindo seu papel de atualização dos dispositivos de nosso velho Código Comercial à luz da nova ordem constitucional, criou um

novo instituto jurídico, a saber: a dissolução parcial, que não engendra a extinção da sociedade, mas a mera apuração de haveres dos sócios que dela se desvinculam.

A regulamentação do processo de extinção da sociedade varia conforme esteja em questão uma sociedade "de pessoas" ou uma sociedade "de capitais". Assim, apesar de a distinção ser desprovida de rigor científico, é bastante útil para a compreensão da extinção dos diversos tipos societários. Desta feita, a dissolução e a liquidação das sociedades reguladas pelo Código Comercial (à exceção da sociedade em conta de participação, que se extingue mediante simples prestação de contas) e as sociedades por quota de responsabilidade limitada são regidas pelos arts. 335 a 353 do Código Comercial. Já a extinção das sociedades anônimas e das sociedades em comandita por ações se encontra disciplinada pela atual Lei das Sociedades por Ações, a Lei nº6.404/76.

No presente trabalho, abordaremos as causas e conseqüências da dissolução das chamadas sociedades de pessoas à luz das teorias contratualistas e institucionalistas referentes à qualificação jurídica do ato de constituição da sociedade, de suma importância para a conferência de um aparato doutrinário que justifique o entendimento inovador acerca da matéria, bem como face aos preceitos constitucionalmente previstos acerca da função social da propriedade, e, conseqüentemente, da preservação da empresa.

2. O interesse social frente às teorias contratualistas e institucionalistas

A qualificação do ato constitutivo das sociedades comerciais é tema deveras debatido desde tempos remotos. Várias teorias surgiram na defesa de qualificações jurídicas diversas conforme as necessidades e concepções ideológicas de sua época. Dentre estas, destacam-se as teorias contratualistas e institucionalistas, fundamentais para a determinação do sentido do *interesse social*.

O nosso Código Civil adotou a teoria contratualista acerca do ato constitutivo das sociedades, ao dispor, em seu art. 1363, *ipse litteris*: "Celebram *contrato* de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar esforços ou recursos, para lograr fins comuns". A partir da caracterização do ato constitutivo da sociedade como contrato, duas vertentes surgiram: uma que o caracterizava como contrato *bilateral*, que, embora já tenha sido defendida por ilustres juristas como J. X. Carvalho de Mendonça e Afonso Dionísio da Gama,

hoje não mais encontra acolhida em virtude de pressupor um antagonismo de interesse entre as partes contratantes; e outra que o tinha como contrato *plurilateral*, teoria elaborada pelo jurista italiano Tullio Ascarelli, para quem o contrato social pode envolver mais de dois pólos contratantes, que estabelecem direitos e deveres recíprocos em prol da criação da sociedade. Neste último caso, dissipa-se a idéia de antagonismo de interesses (embora interesses divergentes existam, mas em segundo plano), prevalecendo a tônica da convergência de interesses em prol da constituição da sociedade. Temos como implicação imediata desta última teoria a possibilidade do rompimento de um dos vínculos contratuais, permanecendo intacto os demais, subsistindo a sociedade[1].

As teorias contratualistas não distinguem, em geral, o interesse social do interesse dos sócios. Tal pode ser observado tanto pela análise do art. 1.363 do nosso Código Civil que trata de pessoas que se reúnem para lograrem *fins comuns*, quanto pela leitura do Código italiano de 1942, que, elaborado sob a influência de Ascarelli, define a sociedade como "o contrato com mais de duas partes, cuja prestação de cada uma é dirigida à consecução de um fim comum". Este *fim comum* seria reflexo do interesse dos sócios, confundindo-se, portanto, com o próprio interesse social, que seria, assim, determinado *externamente*, ou seja, através da análise das aspirações dos sócios.

Quanto à referida perquirição das aspirações dos sócios, defendem alguns caber tão-somente a análise do interesse dos sócios *atuais*, ao passo que outra corrente identifica o interesse social também como o do sócio *futuro*, abrindo, portanto, caminho para o surgimento da teoria institucionalista, por consagrarem, mediatamente, o princípio da preservação da empresa como centro irradiador do interesse social[2].

A teoria institucionalista assenta-se na idéia de instituição, que foi definida e desenvolvida pelo sociólogo francês Maurice Hauriou e transplantada especificamente para o Direito Comercial pela doutrina do alemão W. Rathenau, criador da concepção da noção da *Unternehmen an sich*[3].

---

[1] Cf. REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial.* V.2. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 343-344.
[2] Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário.* 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 14-15.
[3] Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Idem*, p.17-25. Como nos demonstra o referido

Segundo Hauriou, a instituição seria uma organização social, estável em relação à ordem geral das coisas, cuja permanência é assegurada por um equilíbrio de forças ou por uma separação de poderes, e que constitui, por si mesma, um estado de direito. Como, brilhantemente, esclareceu-nos Rubens Requião, esta teoria diferencia-se do contratualismo tendo em vista que "na primeira, o consentimento dos membros se restringe à aceitação da disciplina, sem preocupação imediata dos resultados de sua atividade; no segundo, o consentimento tem por objeto os atos dos contratantes e implica resultados"[4]. Desta forma, uma vez surgida a sociedade como pelo consentimento dos sócios, sua existência adquire uma forte independência com relação a estes, daí porque se pode diferenciar o interesse do sócio (*Gesellschaftsinteresse*) e o interesse social (*Unternehmensinteresse*). Esta *Unternehmensinteresse* identifica-se com o interesse na preservação da empresa (*Erhaltungsinteresse*), conferindo-se-lhe, portanto, uma tônica publicística com o escopo de se proteger a atividade empresarial e, por conseguinte, proporcionar o bom andamento da economia com a manutenção de empregos, recolhimentos de impostos, circulação de riquezas, etc.

Embora a teoria institucionalista seja freqüentemente associada à constituição das sociedades anônimas, sua aplicação deve ser igualmente ampliada para a explicação teórica da formação das sociedades ditas de "pessoas", tendo em vista a consagração constitucional do princípio da função social da propriedade, na qual se encontra, por via de conseqüência, o princípio da preservação da empresa.

3. A preservação da empresa como mandamento constitucional

De fato, prescreve o art. 5º, inc. XXIII da Constituição Federal de 1988, que "a propriedade atenderá a sua função social", reafirmando-se o mesmo princípio em seu art. 170, inc. III, ao elevar como preceito norteador da ordem econômica a "função social da propriedade". A respeito da significação do referido princípio, comentou, brilhantemente José Afonso da Silva: "Ele

autor, foi no Direito alemão, em virtude da destruição sócio-econômica em que se encontrava, que se desenvolveram a teoria institucionalista transplantada para o Direito Comercial e a sociedade unipessoal com responsabilidade limitada.

[4] REQUIÃO, Rubens. Op cit, p. 341-342.

transforma a propriedade capitalista, sem socializá-la"[5], juntando ainda a sábia lição de Pedro Escribono Callado: "(a função social) introduziu, na esfera interna do direito de propriedade, um *interesse* que pode não coincidir com o do proprietário e que, em todo caso, é estranho ao mesmo"[6].

Desta concepção, infere-se que a empresa, como desempenhadora de um papel social fundamental para o normal andamento do sistema capitalista de produção, deve ser preservada. Esta empresa, como atividade que reúne capital e trabalho para a produção de riquezas é, muitas vezes, exercida por sociedades comerciais, permitidoras do acúmulo de acúmulo de capitais, motivo pelo qual o ordenamento jurídico zela igualmente pela preservação das sociedades comerciais.

É com base nestes pressupostos constitucionais, portanto, que devem ser analisados as disposições de nosso velho Código Comercial de 1850 em matéria de Direito Societário e, especificamente, com relação às normas que regem os processos de dissolução da sociedade.

Na verdade, o referido diploma comercial encontra-se eivado, conforme assinalamos, das concepções clássicas individualistas originárias do direito romano, que, ao exacerbar a ideologia individualista, dificulta a aceitação plena do surgimento de um ente social autônomo. Tal realidade é claramente exposta por Hernani Estrella, para quem: "Embora muito boas razões militem em prol do asserto sobre a ancianidade da noção de pessoa jurídica, na esfera das relações privadas e disso têm-se valiosos testemunhos, certo é, porém, que sérias dúvidas ensombram o problema durante largo período"[7].

Assim, sob a influência dessas concepções clássicas[8], legislador brasileiro de 1850 previu como causa de dissolução da sociedade a morte de um dos sócios, a declaração unilateral de vontade de um deles se a sociedade fosse

[5] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 274.
[6] COLLADO, Pedro Escribano. *La propriedad privada urbana: encuadramento y régimen*. Madrid: Montecorvo, 1979, p. 122. *Apud* SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 274.
[7] ESTRELLA, Hernani. *Despedida de sócio e apuração dos haveres*. 1.ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1948.
[8] Na antiga Roma, o fundamento teórico dos contratos assentava-se numa concepção demasiadamente *personalista*, de tal sorte que não se concebia, por exemplo, a possibilidade de cessão de crédito e assunção de dívida, prevendo-se como causas de extinção do contrato social a morte de um dos sócios, a *capito diminutio*, a incapacidade superveniente do sócio, dentre outras hipóteses.

celebrada por prazo indeterminado, a falência de um dos sócios, dentre outras hipóteses. A releitura destes preceitos, face às disposições constitucionais, tem sido realizada jurisprudencialmente conforme se analisará logo adiante.

4. Causas de dissolução da sociedade de pessoas: classificação tradicional *versus* distinção jurisprudencial

O nosso Código Comercial, por datar do século passado, consagrou em matéria de Direito societário, como vimos, as doutrinas individualistas até então em voga, para as quais a dissolução da sociedade seria o único meio de dispensar os sócios de suas obrigações sociais, sobrepondo-se o interesse de retirada do sócio a qualquer outro. Entendia-se, pois, que o ato jurídico constitutivo da sociedade seria o contrato em sua acepção clássica, segundo a qual não poderia subsistir sem a figura originária de seus fundadores.

As tendências modernas clamaram, entretanto, por uma nova abordagem do tema em face dos princípios da preservação da sociedade e da empresa, bem como da função social assumido pela propriedade consagrados nas modernas constituições, como a Constituição Federal Brasileira de 1988. Desta feita, as teorias em matéria societária foram reformuladas, passando-se, por exemplo, a considerar o ato fundante da sociedade um contrato plurilateral. Nesta matéria, a jurisprudência, como não poderia deixar de ser, foi levada a acompanhar tais mudanças, assumindo importantíssimo papel na atualização dos dispositivos reguladores da dissolução das sociedades à luz da atual ordem constitucional. Pode-se afirmar até mesmo que a jurisprudência, embasada nestes novos princípios, realizou uma função ab-rogatória[9] de diversos dispositivos de nosso velho Código, criando, por exemplo, a figura da *dissolução*

[9] Conforme vimos em artigo de nossa autoria, a jurisprudência não é, no Direito brasileiro, fonte geral de Direito, em sentido jurídico-positivo, e, por conseguinte, não pode ab-rogar normas jurídicas. Na verdade, fonte do Direito, em sentido jurídico-positivo, são apenas as sentenças, que são fontes individuais. Ademais, no caso *sub examine*, o que houve, a rigor, foi a constatação da modificação da inteligência dos artigos do Código Comercial face aos mandamentos constitucionais, podendo-se afirmar que estes revogaram aqueles. Cf. LOPES, Silvia Regina Pontes. *O sentido jurídico-positivo de uma teoria das fontes do Direito*. Estudantes – Caderno Acadêmico. Recife: [s.n.], a. 3. n. 3, 1995, p. 30-35.

parcial em contraposição à dissolução dita *total* pela doutrina, esta sim prevista no Código Comercial.

O velho Código discrimina duas espécies de causas que ensejam a dissolução das sociedades: aquelas que operam de pleno direito, engendrando a chamada *dissolução pleno jure*, e as que dependem de uma sentença judicial para operarem a dissolução da sociedade, que passa a ser apelidada de *dissolução judicial*.

As causas de dissolução de plena direito, determinadas no art. 335 do Código Comercial, constituir-se-iam pela expiração do prazo ajustado de duração da sociedade, pela quebra da sociedade, ou de qualquer um dos sócios, pelo mútuo consenso de todos os sócios, pela morte de um dos sócios, salvo convenção em contrário a respeito dos que sobreviverem e pela vontade de um dos sócios, sendo a sociedade celebrada por tempo indeterminado.

Por outro lado, as causas de dissolução judicial, discriminadas no art. 336, compor-se-iam pela impossibilidade de continuação da sociedade devido ao não preenchimento de seu intuito e fim social, como nos casos de inteira perda do capital social, ou de insuficiência deste, pela inabilidade de alguns dos sócios, ou incapacidade moral ou civil, julgada por sentença e pelo abuso, prevaricação, violação ou falta de cumprimento das obrigações sociais, ou fuga de algum dos sócios.

Alguns ainda distinguiriam uma terceira classe de dissolução: a *consensual*, operada pelo mútuo consenso dos sócios na extinção da sociedade (distrato), prevista no número 3 do art. 335 do Código Comercial[10].

Esta divisão, entretanto, carece de rigorismo científico, uma vez que as ditas causas de dissolução não operam necessariamente da forma que ensejou a classificação. Tal é o caso, por exemplo, da dissolução em virtude da expiração do prazo de duração da sociedade, a qual pode ser contestada por alguns dos sócios, requerendo, desta forma, o pronunciamento judicial sobre a matéria, através de uma sentença *declaratória* negativa ou positiva de dissolução da sociedade; ou ainda no caso de não preenchimento do intuito e fins sociais, situação em que a dissolução poderá operar sem a interferência judicial, com pela mera aquiescência dos sócios. Assim, deve-se transferir o critério classificatório do aspecto causal para o instrumental, pois a separação entre dissolução judicial e extrajudicial não tem em vista a causa que a operou, mas o instrumento da operação. Desta forma, nem toda a dissolução extrajudicial tem

[10] Cf. BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades Comerciais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1998, *passim*.

por causa a vontade dos sócios, embora toda a dissolução causada pela vontade dos sócios seja extrajudicial.

Hodiernamente, esta classificação vem sendo abandonada em detrimento da distinção entre *dissolução total* e *dissolução parcial*. Trata-se esta última de uma criação jurisprudencial com base nos princípios constitucionais de preservação da sociedade, da empresa e da função social assumida pela propriedade e alicerçada, num aspecto jurídico-doutrinário, na teoria do contrato plurilateral. De acordo com a concepção moderna, a mera vontade de um dos sócios de se desvincular da sociedade não poderia, em qualquer situação, importar o fim da sociedade, por que, regra geral, ao sócio só interessaria a sua retirada da sociedade com a apuração e ressarcimento de sua participação social, sem que para isso fosse necessário optar pela drástica solução da "morte" da pessoa jurídica, o que constituiria um massacre aos interesses gerais de preservação da empresa.

5. A dissolução parcial como regra: implicações

Em face do interesse geral de preservação da empresa e da função social que deve cumprir, em sendo a dinâmica da propriedade, a jurisprudência criou a figura da dissolução parcial, através da qual um ou mais sócios retirar-se-iam da sociedade sem que isto implicasse a extinção desta. Aos sócios caberia, pois, reaver a sua participação no patrimônio líquido da sociedade proporcional à sua contribuição ao capital social, o que se convencionou chamar de *apuração de haveres*. Desta feita, o rompimento de algum dos vínculos do contrato social não implicaria a extinção da sociedade em virtude da sobrevivência dos demais vínculos do contrato plurilateral. Chamou-se o rompimento destes vínculos sem a extinção da sociedade de "dissolução parcial".

A terminologia foi duramente criticada por Hernani Estrella. De fato, constitui, em si, uma *contradictio in terminis*, posto implicar, genuinamente, a dissolução da sociedade a sua extinção, não se podendo, sob o ponto de vista lógico, uma "extinção parcial" da sociedade (ou esta se extingue, ou não). Assim, "a inexatidão do qualificativo salta aos olhos e fere o senso lógico (...) a dissolução da sociedade, propriamente dita, põe termo à de sua existência, ao passo que a ruptura do vínculo em relação unicamente ao sócio, só a respeito deste faz cessar o complexo de direitos provindos do aludido vínculo, deixando

íntegro quanto aos demais associados, sem afetar a vida do ente coletivo"[11]. A expressão, entretanto, já se encontra consagrada na jurisprudência de nossos tribunais, que talvez a tenha acolhido como forma de preservar a terminologia adotada pelo Código, atenuando, portanto, sua interpretação inovadora.

Embora não prevista no Código Comercial, a dissolução parcial assumiu, frente à dissolução total, o papel de regra geral, que cederia apenas quando, irremediavelmente, não fosse possível manter a pessoa jurídica da sociedade, caso em que se aplicaria esta dissolução total. Encontram-se decisões neste sentido desde 1945. Neste período, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo: "Organizada porém a sociedade, só desaparece pelo consenso das partes, não bastando que alguns dos respectivos membros deliberem retirar a sua colaboração, para que a mesma sociedade se dissolva"[12].

A dissolução parcial tem por conseqüência imediata a apuração dos haveres sociais, erroneamente chamada por alguns de liquidação parcial[13]. Esta apuração consiste na entrega ao sócio retirante da parcela do patrimônio líquido da sociedade proporcionalmente ao capital por ele integralizado. Perquire-se a forma de pagamento da apuração dos haveres, questionando-se se o contrato social poderá estipular uma cláusula que preveja a restituição da parte do sócio retirante em parcelas e em bem distinto de dinheiro. A jurisprudência não é pacífica acerca da matéria, já tendo o STJ posicionado-se tanto pela admissibilidade, quanto pela inadmissibilidade da referida cláusula[14]. Cremos

[11] ESTRELLA, Hernani. *Apuração dos haveres de sócio.* 1. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1960, p. 60.

[12] TJSP, 10.09.45. In. MIRANDA JÚNIOR, D. A. *Dicionário jurisprudencial da sociedade por ações.* São Paulo: Saraiva, 1990, p. 147.

[13] Acerca da impropriedade do termo, pronunciou-se Hernani Estrella: "Não é mais feliz a expressão *liquidação parcial*, em substituição àquela outra, para afastar a idéia de desmembração da pessoa fictícia. O sócio que se retira, ou é excluído do sociedade, torna-se, apenas, credor dela pela importância de seus haveres; ora a verificação destes não se procede a nenhuma liquidação da sociedade, porque liquidar, nesse sentido, é concluir as operações societárias (...) a fim de serem pagos os credores para final partilha do restante entre os sócios". ESTRELLA, Hernani. *Apuração dos haveres de sócios.* Rio de Janeiro: José Konfino, 1960, p. 215

[14] A Terceira Turma do STJ , em 13.10.97, posicionou-se, em recurso especial, no seguinte sentido: "Na linha de precedentes da Corte 'não há razão para negar eficácia à cláusula contratual que estabeleceu deverem os haveres do sócio que se retira ser pagos em parcelas' " (RESP 87731/SP). Entretanto, a Quarta Turma, apreciando recurso especial, posicionou-se, em 18.11.96, no seguinte sentido: "Sociedade Comercial.

que, em nome do princípio da preservação da empresa, deverá aventar-se a possibilidade do pagamento parcelado, tendo em vista que a perda brusca de patrimônio da sociedade poderá, em determinados casos, comprometer o exercício regular de sua empresa e, quiçá, sua própria existência.

A dissolução parcial como instituto "criado" pela jurisprudência à luz dos mandamentos constitucionais, é observada em dois casos: a morte de um dos sócios e a vontade unilateral de um deles de se desvincular da sociedade quando esta tenha sido celebrada por prazo indeterminado.

Não é de boa técnica jurídica confundir-se a dissolução parcial da sociedade com a exclusão de algum dos sócios ou a utilização do direito de recesso por qualquer deles. Bem verdade é que acarretam o mesmo processo, a saber: a apuração de haveres da sociedade. Entretanto, possuem causas distintas, pois, enquanto a dissolução parcial é "criação" jurisprudencial, que pressupõe a existência de uma sociedade celebrada por prazo indeterminado ou a morte de um dos sócios desta sociedade, a exclusão de um dos sócios, apóia-se em determinação legal expressa (art. 289 da Código Comercial), exigindo o descumprimento de obrigações sociais por algum dos sócios, ao passo que o direito de recesso, assenta-se no art. 15 da Lei nº 3.708 e no art. 109, inc. V, da Lei das Sociedades Anônimas, pressupondo o desacordo do sócio com alguma das alterações contratuais. A jurisprudência, inclusive, vem ampliando a aplicação do art. 15 da Lei nº 3.709/19 para todas as sociedades de pessoas, em nome do princípio da proteção da empresa e dos sócios minoritários.

Os casos de dissolução parcial serão analisados *infra*.

5.1. Morte do sócio: do individualismo clássico ao personalismo jurídico

Por não se confundir a sociedade dotada de personalidade jurídica com a figura de seus sócios é que a morte do sócio não poderá, em princípio, acarretar a "morte" da sociedade. Costuma-se, em geral, ressalvar-se duas exceções a esta regra: quando o contrato prevê o fim da sociedade com a morte de um dos seus sócios ou ainda quando só houver dois sócios e um deles morrer, caso em que a sociedade se extinguirá (à exceção da sociedade por

Dissolução parcial. – Possibilidade de retirada motivada do sócio, com pagamento imediato" (RESP 96676/ SP).

quota de responsabilidade limitada, por força do art. 18 da Lei nº 3.708/19 c/c art. 216 da Lei das Sociedades Anônimas, a lei confere o prazo de um exercício social para que o sócio remanescente recomponha o número mínimo de sócios exigido). Existem, entretanto, julgados que admitem a sobrevivência de qualquer sociedade de pessoas quando o quadro de sócios reduzir-se, devido à morte, a apenas um sócio.

Existe previsão legislativa de sociedades unipessoais na Lei nº 6.404/76, a qual prevê as sociedades subsidiárias integrais (art. 251), bem como, a possibilidade de a sociedade anônima sobreviver com apenas um sócio, desde que seu quadro acionário seja recomposto ao mínimo de dois sócios na Assembléia Geral do ano seguinte àquela em que se verificou a unipessoalidade (art. 206, inc. I, *d*). Em nome do princípio da preservação da empresa, grande parte da jurisprudência vem ampliando a aplicação deste dispositivo para as sociedades de pessoas, divergindo-se, entretanto, acerca do estabelecimento de um prazo para a recomposição do quadro acionário. Algumas decisões adotam, por analogia, o prazo de um ano previsto na lei acionária; outras, entretanto, calam-se a respeito[15].

Tal divergência, entretanto, perde sentido, em princípio, quando se estipula, no contrato social, a possibilidade de os herdeiros ingressarem na sociedade. Se a estes, entretanto, desinteressar o ingresso à sociedade, podem requerer a apuração dos haveres correspondentes ao capital integralizado pelo *de cujus*.

Interessante é, assim, observar-se como a figura da dissolução parcial modificou, neste ponto, a regulamentação oferecida pelo Código Comercial, o qual previa a extinção da sociedade com a morte de um dos sócios salvo se houvesse estipulação *expressa* em contrário. Hoje se entende que a sociedade,

[15] O princípio da preservação da empresa vem prevalecendo frente à redução do quadro acionário para um sócio. Assim é que já se decidiu : "Embora constituída por apenas dois sócios, e havendo divergência entre o sócio remanescente e os herdeiros do pré-morto, não cabe a extinção da sociedade, mas apenas a sua "dissolução parcial", com apuração dos haveres devidos ao espólio através de balanço especial." (Acórdão STJ 138428/RJ; Recurso Especial). Calixto Salomão Filho elenca algumas decisões divergentes quanto ao estabelecimento de prazo: prazo de um ano: RT 649/70, 651/79 (respectivamente de 31.10.89 e 07.12.89, do TJSP); sem estipulação de prazo: RT 557/21, 487/178 (respectivamente de 23.09.81 e 14.10.75, do TJRJ). Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade unipessoal.* São Paulo: Malheiros, 1995, p. 115-116.

apuração dos haveres do *de cujus* para que ingresse no espólio, e não o fim da sociedade, sendo a não extinção regra que, para não ser aplicada, exige disposição expressa em contrário.

5.2. *Prazo indeterminado*

Princípio elementar do Direito Civil reza que ninguém está obrigado a permanecer indefinidamente vinculado a um dever contratual por prazo indeterminado. Este princípio estendeu-se ao Direito Comercial, no qual se prevê o poder do sócio de requerer sua retirada da sociedade mediante a apuração de seus haveres se esta for celebrada por tempo indeterminado. Tendo em vista a presente ordem constitucional seria insano aplicar o art.335 com todo seu rigor, prevendo-se a extinção da sociedade por simples vontade unilateral do sócio, o qual, não desejando ver-se perpetuamente vinculado ao contrato social, teria por interesse o de se desvincular da sociedade, e não o de pretender seu fim. Para se valer, portanto, desta faculdade de se retirar da sociedade não necessitará o sócio de qualquer justificação relevante, mas apenas de uma simples pretensão de se desvincular da sociedade celebrada por prazo indeterminado.

O STJ vem posicionando-se, inclusive, pela possibilidade de requerer a dissolução parcial também o sócio de sociedade celebrada por prazo maior que a expectativa média de vida humana. Muito inteligente, pois, o posicionamento, uma vez que captou a teleologia do dispositivo, o qual não pretende ver uma pessoa obrigada a participar da sociedade por toda a sua vida.

Questiona-se se o direito de requerer a dissolução parcial da sociedade por prazo indeterminado ou por prazo superior à expectativa média de vida humana é renunciável ou se constitui preceito de ordem pública. A doutrina e a jurisprudência vêm entendendo que os sócios podem renunciar a esta faculdade, desde que não se exclua a possibilidade de argüi-la em caso de *justo motivo*[16].

---

[16] Observa-se a referida tendência no seguinte pronunciamento do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, em 03.08.78: "A dissolução de sociedade por tempo indeterminado pela vontade de um dos sócios não é de ser decretada quando inexistem motivos justos, sendo apenas possível assegurar-se o direito do sócio dissidente de retirar-se da sociedade com a cota de bens que lhe couber em liquidação parcial" (RT 520/207).

Sobre a matéria , peculiar apresenta-se a opinião do eminente comercialista Rubens Requião para quem a vontade unilateral do sócio de sociedade celebrada por tempo indeterminado não acarretará a extinção da sociedade se os demais sócios concordarem com a sua retirada. Caso contrário, poderá o sócio que deseja se desvincular da sociedade requerer em juízo a dissolução desta, importando em anuência à extinção da sociedade o fato de os demais sócios não haverem concordado com a sua retirada.[17] Tal opinião, porém, não se harmoniza com a jurisprudência e doutrina mais esclarecidas, para quem o sócio só terá, mesmo no caso de não anuência dos sócios em sua saída, interesse na apuração dos haveres e que o fato de exigir a extinção da sociedade, mesmo havendo a recusa dos demais sócios em lhe conferir a retirada, configurar-se-ia um verdadeiro abuso de direito e que destoaria do princípio da proteção à sociedade e à empresa. Além do mais, a solução conferida pelo ilustre comercialista possibilitaria a morte da empresa pela simples vontade de um dos sócios de não concordar com a saída do dissidente: rejeitar-se-ia o arbítrio do sócio que deseja retirar-se da sociedade para consagrar o arbítrio do sócio (eventualmente até mesmo um) que não concordasse com esta retirada.

6. A dissolução total como exceção

Dentre os casos previstos pelo Código Comercial, entende a jurisprudência que apenas três deles ensejam a dissolução total das sociedades, quais sejam: a *expiração do prazo ajustado* para a sua duração, o *mútuo consenso* dos sócios e a impossibilidade de continuação da sociedade por *não poder preencher o intuito e fim social.*

A sociedade celebrada por tempo determinado reputa-se extinta com o decurso do seu prazo. Entretanto, poderão os sócios convencionarem que pretendem prorrogá-lo, lançando para tanto uma alteração contratual, antes do decurso do tempo. A sociedade, assim, prossegue em sua existência, não podendo ser tida como nova sociedade. Entretanto, se decorrido o prazo, a sociedade continuar operando sem que hajam os sócios prorrogado o seu prazo de vida, configurar-se-á uma sociedade irregular, operando, pois, todas as conseqüências desta situação, como, por exemplo, a responsabilidade pessoal

[17] Cf REQUIÃO, Rubens. Op. cit. p. 273.

de todos os sócios no exercício daquela atividade empresarial. Se, após este decurso de tempo, decidirem os sócios regularizarem a sociedade, esta não será mais a sociedade cujo prazo de existência houvera sido expirado, mas sim uma nova[18].

O comum acordo de todos os sócios também é capaz de iniciar o processo de dissolução da sociedade, quer esta tenha sido celebrada por tempo determinado ou indeterminado, independentemente de qualquer justificativa dada pelos sócios. Opera-se, então, o *distrato*[19]. Exige-se realmente a anuência de *todos* os sócios, não apenas a da maioria, entendendo grande parte da jurisprudência que o consentimento apenas da maioria possibilita a sobrevivência da sociedade a ser administrada por aquela antiga minoria, ensejando tão-somente a dissolução parcial da sociedade, em nome do princípio da preservação da empresa[20].

A sociedade tem como fim maior a obtenção do lucro[21], mediante a realização de seu objeto social. Assim, caso não mais possa auferi-lo, qualquer

---

[18] Acerca da responsabilidade dos sócios, quando da verificação da ocorrência de dissolução parcial da sociedade, posicionou-se a Primeira Turma do STJ, no seguinte sentido: "Na execução fiscal ajuizada contra sociedade por quotas de responsabilidade limitada, dissolvida irregularmente, responde pelos débitos fiscais da empresa, como devedor substituto, o ex-sócio que detinha o gerenciamento nos períodos pertinente aos débitos" (RESP 78581/MG). Em sentido análogo, decidiu a Segunda Turma do STJ: "Se, quando da dissolução irregular da sociedade, o sócio, que jamais exerceu cargo de gerência, não fazia mais parte da mesma, não pode ser considerado responsável pelos tributos não pagos" (RESP 33364/SP).

[19] Quanto à forma, deverá ser realizado por escrito, quer por escritura pública,quer por instrumento particular. Não mais vige, portanto, o art.337 do Código Comercial, revogado que foi pelo art.11 da Lei nº 6.939/81. A Lei nº 8.934/94, que revogou esta última lei, manteve, quanto à referida matéria, esta mesma orientação.

[20] Interessante a decisão da Quarta Turma do STJ que bem ilustra este posicionamento: "Se um dos sócios por quotas de responsabilidade limitada pretende dar-lhe continuidade, como na hipótese, mesmo contra a vontade da maioria, que busca a sua dissolução total, deve-se prestigiar o princípio da preservação da empresa, acolhendo-se o pedido de sua desconstituição apenas parcial, formulado por aquele, pois a sua continuidade ajusta-se ao interesse coletivo, por importar em geração de empregos, em pagamento de impostos, em promoção de desenvolvimento das comunidades em que se integra, e em outros benefícios gerais" (RESP 61278/ SP).

[21] Trata-se de um objetivo genérico, que pode ser preterido, temporariamente, em nome de interesses mais abrangentes, tal como se observa nos grupos de sociedades, em que um das sociedades-membro podem preterir sua expectativa de lucratividade em prol do interesse geral do grupo.

um dos sócios poderá requerer sua dissolução aos demais sócios ou por via judicial. O Código Comercial nos oferece duas situações em que isto poderá ocorrer: no caso de perda inteira do capital, ou deste não ser suficiente. São apenas exemplos, podendo existir outras situações, como, *verbi gratia*, a grave desinteligência entre os sócios que impossibilite a continuidade da atividade empresarial.

Ainda, como causas de dissolução total da sociedade, pode-se mencionar qualquer outro caso previsto no contrato determinante da dissolução total e, segundo parte de doutrina, a redução do quadro de sócios a uma só pessoa ressalvando-se o interregno de um ano conferido à sociedade por quotas de responsabilidade limitada para recompô-lo e a permissão legal da sociedade subsidiária integral.

7. Dispositivos obsoletos em matéria de dissolução social

O Código Comercial previu ainda outras situações que desencadeariam o processo de extinção da sociedade, mas que, em face da moderna teoria da personalidade jurídica, não mais são aplicadas. Tais são os casos da falência de algum dos sócios, da inabilidade de alguns deles, ou incapacidade moral ou civil julgada por sentença e de abuso, prevaricação, violação ou falta de cumprimento das obrigações sociais, ou fuga de algum dos sócios.

A quebra da sociedade não acarreta necessariamente o processo de sua dissolução, uma vez que a concordata suspensiva, em face da atual Lei de Falências, pode ser concedida. Por outro lado, admitir-se que a falência de algum dos sócios desencadeie o processo de extinção da sociedade seria verdadeiramente confundir a figura do sócio e seu patrimônio com o da pessoa jurídica da sociedade e seus haveres, o que não tem razão de ser, principalmente face à afirmação da teoria da personalidade jurídica nos arts. 5º e 48 da própria Lei Falimentar[22].

[22] Segundo o art. 5º do referido diploma legal: "Os sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais não são atingidos pela falência da sociedade, mas ficam sujeitos aos demais efeitos jurídicos que a sentença declaratória produza em relação à sociedade falida(...)". Seu art. 48, que revogou o número 2 do art. 335 do Código Comercial, ainda prescreve: "Se o falido fizer parte de alguma sociedade, como

A inabilidade de alguns dos sócios ou sua incapacidade moral ou civil não acarreta a extinção da sociedade, por que esta não se confunde com a figura de seus sócios. No que se refere à incapacidade dos sócios, ele poderá ser devidamente assistido ou representado perante à sociedade. No que concerne à inabilidade ou incapacidade moral de qualquer dos sócios, eles poderão ser, no máximo, excluídos da sociedade.

O abuso, a prevaricação, a violação ou falta de cumprimento das obrigações sociais, ou a fuga de algum dos sócios não deve acarretar a extinção da pessoa jurídica da sociedade, mas sim, a exclusão do sócio do quadro societário. O Código Comercial, no art. 289, e a Lei das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada, em seu art, 109, inc. V, prevêem a possibilidade de exclusão do sócio remisso, ou seja, aquele que não cumpriu com a obrigação de integralização de sua participação no capital social. A jurisprudência, entretanto, vem ampliando a aplicação deste dispositivo, entendendo que por qualquer *motivo justo*, com ou sem cláusula de previsão contratual, e independentemente de prévia intervenção judicial poderá a maioria dos sócios decidir pela exclusão do sócio remisso, cabendo a este tão-somente a discussão em juízo da justiça da exclusão. Tal solução, embora manifestando uma moderna tendência jurisprudencial, não é aplicada com unanimidade, tal como se observa em alguns julgados, que exigem a intervenção judicial para a realização da exclusão do sócio por justa causa, sem que haja cláusula contratual que a preveja ou anuência do sócio excluído.

Interessante se mostra o estudo acerca da razão que levou o legislador de 1850 a atribuir ao descumprimento da obrigação específica de integralização da quota-parte dos sócios a possibilidade de sua exclusão, conforme o art. 289 do Código Comercial, e ao descumprimento das obrigações sociais a dissolução (total) da sociedade, segundo o art.336 da referida legislação. Tal se explica porque, com base na teoria clássica dos contratos, o sócio, antes de integralizar a sua parcela de participação no capital social ainda não teria ingressado na sociedade, daí porque seria possível excluí-lo sem que isto acarretasse o término da pessoa jurídica. O descumprimento, entretanto, de qualquer outra obrigação social, após o ingresso do sócio na sociedade (ou seja, após a integralização de

sócio solidário, comanditário ou cotista, para a massa falida entrarão somente os haveres que na sociedade ele possuir e forem apurados na forma estabelecida no contrato. Se esta nada dispuser a respeito, a apuração far-se-á judicialmente, salvo se por lei ou por contrato, a sociedade tiver de liquidar-se, caso em que os haveres do falido, somente após o pagamento de todo o passivo da sociedade, entrarão para a massa".

sua quota-parte) acarretaria uma inadimplência contratual que, num contrato de natureza pessoal, engendraria o rompimento de todo o vínculo contratual.[23] Esta seria a conseqüência direta da teoria individualista que regeu o Código Comercial, mas que hoje não mais encontra respaldo.

8. Conclusão: o hodierno entendimento como mutação legislativa

A disciplina da dissolução das sociedades de pessoas não encontra mais a mesma feição que há algumas décadas atrás, embora o texto do Código Comercial acerca da matéria permaneça, praticamente, o mesmo desde de 1850. Tal se deu em virtude do papel inovador da doutrina e jurisprudência, que, face ao princípio constitucional da função social da propriedade, do qual decorre o princípio da preservação da empresa, vêm conferindo uma tônica *publicística* à matéria.

Esta tônica publicística deve-se a elaborações doutrinárias e jurisprudenciais. Com relação à primeira, observa-se o desenvolvimento das teorias acerca da natureza jurídica do ato constitutivo da sociedade: de uma teoria contratualista, inicialmente bilateral, e posteriormente plurilateral, que reduzia o interesse social ao interesse dos sócios (embora com relação a esta última vertente, diferentemente do subjetivismo da primeira, já se admitia a possibilidade de desvinculação de um dos sócios sem que tal implicasse a ruptura de todo o vínculo contratual), caminhou-se para uma teoria institucionalista, segundo a qual a vontade dos sócios seria apenas instituidora da sociedade, que, posteriormente, possuiria interesse próprio e, potencialmente, distinto do interesse de alguns dos sócios, implicando, assim, a sobrevivência daquela, embora houvesse a contrariedade dos interesses destes. A referida teoria institucionalista, embora seja geralmente associada às sociedades anônimas, encontra igualmente guarida para a constituição das sociedades de pessoas, principalmente em virtude da referida abordagem publicística que o tema passa a assumir.

A par deste aparato doutrinário, a jurisprudência encontrou fértil fundamento teórico para a adoção de uma nova concepção de dissolução das sociedades, vislumbrando o instituto da *dissolução parcial*, que, embora não mencionado pelo Código Comercial, o qual utiliza tão-somente o termo

[23] Cf. REQUIÃO, Rubens. Op. cit. p. 276-277.

"dissolução" com o significado de extinção da sociedade, conforme a *mens legislatoris* de 1850, passou a assumir o papel de regra geral em matéria de dissolução, sem olvidarmos ainda de preceitos obsoletos de nosso velho diploma comercial, quer por terem sido revogados, quer por não encontrarem mais acolhida face à moderna teoria da personalidade jurídica.

A dissolução das sociedades de pessoas manifesta-se, assim, uma clara "mutação legislativa" sem modificação da letra da lei, em virtude das referidas releituras doutrinárias e jurisprudenciais dos dispositivos normativos.

9. Bibliografia

1. BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades Comerciais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

2. CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. V. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, nº813.

3. COELHO, Fábio. *Código Comercial e Legislação Complementar Anotados*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

4. ESTRELLA, Hernani. *Apuração dos haveres de sócios*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1960.

5. _____. *Despedida de sócio e apuração de haveres*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1948.

6. LOPES, Silvia Regina Pontes. *O sentido jurídico-positivo de uma teoria das fontes do Direito*. Estudantes - Caderno Acadêmico. Recife: [s.n.], a. 3. n. 5, 1999, p. 13-37.

7. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

8. MIRANDA JÚNIOR, D. *A. dicionário jurisprudencial da sociedade por ações*. São Paulo: Saraiva, 1990.

9. REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial.* V. 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

10. _____. *Curso de Direito Comercial.* V. 2. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

11. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário.* São Paulo: Malheiros, 1998.

12. _____. *A sociedade unipessoal.* São Paulo: Malheiros, 1995.

13. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

EMENDA CONSTITUCIONAL N° 20 E A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N° 9.783 DE 28 DE JANEIRO DE 1999.

Marcelo Casseb Continentino
(Aluno do 5° Período da Graduação do Curso de Direito, UFPE)

Sumário: 1. Introdução; 2. Poder Constituinte e Reformador; 3. Previdência: história e provável diagnóstico da crise; 4. A Emenda Constitucional nº 20 e a Lei nº 9.783/99; 5. Dos Princípios Tributários; 5.1. Princípio do Respeito ao Direito Adquirido; 5.2. Princípio da Irretroatividade da Lei Tributária; 5.3. Outros Princípios Tributários e Constitucionais; 6. Princípio da Proporcionalidade; 6.1. Subprincípios da Proporcionalidade; 7. A posição do Supremo Tribunal Federal e tendências atuais; 8. Conclusão; 9. Bibliografia.

1. Introdução

O constituinte de 88, tendo adotado o sistema de constituições rígidas, limitou rigorosamente a possibilidade de reforma da Constituição. Não ficará a Lei Maior pátria suscetível a mudanças pelo mero alvitre do legislador, não. Para reformá-la, será indispensável seguir os requisitos que a Constituição impôs a ela mesma. Se assim não se entendesse, não haveria motivos para a positivação de uma constituição, seria infundada uma Constituição escrita. Raciocínio esse defendido por Marshall, na célebre questão Marbury *versus* Madison.

A partir desse pressuposto (sistema de constituição rígida), passaremos a analisar os aspectos referentes ao Poder Constituinte e o Poder Instituído. Abordaremos os limites (material, formal e circunstancial) impostos pelo Constituinte às normas supervenientes, tudo isso visando a dar fundamento ao fulcro deste artigo, qual seja, a reforma previdenciária, no âmbito dos servidores públicos, relativamente aos ativos e inativos. Por esta, não se entenda apenas a Emenda Constitucional nº 20, mas também a Lei nº 9.873 de 28 de janeiro de 1999 em cuja *Ementa lê-se:* 'Dispõe sobre a contribuição para o custeio da previdência social dos servidores públicos, ativos

e inativos, e dos pensionistas dos três Poderes da União, e dá outras providências".

Para tal análise, será antes preciso fazer um diagnóstico da situação da Seguridade Social. De posse de um breve histórico, intentaremos buscar algumas das prováveis causas da tão grave crise por que passa a Seguridade. Aliás, diga-se de passagem, não é uma crise exclusiva do Brasil; inúmeros países têm-se visto diante desse problema.

Num segundo momento, procederemos à investigação de princípios limitativos ao Poder de Tributar. Faremos a sistematização de alguns desses princípios, a fim de constituir uma base para a constatação da inconstitucionalidade, ante à ordem constitucional vigente, da modificação da legislação previdenciária dos servidores federais, que ocorreu por força da Lei nº 9.873/99.

Na seqüência, daremos especial atenção ao Princípio da Proporcionalidade, pois – conforme já assente doutrinária e jurisprudencialmente (em algumas Cortes Constitucionais) – será um valioso instrumento de aferição de inconstitucionalidade, de que se poderá valer o aplicador do direito, sem precisar recorrer a formulações metafísicas ou jusnaturalistas para anular uma medida injusta, ilegítima; porém, legal. Estudaremos os subprincípios que o compõem, aplicando-os à questão ora referida.

2. Poder Constituinte e Reformador

As normas constitucionais são criadas por dois poderes distintos: Poder Constituinte e Poder Reformador. Aquele se caracteriza por ser juridicamente ilimitado, afinal, ele precede o ordenamento jurídico. Não se lhe conhecem, pois, limites. É comum associá-lo a épocas de crises, atribuindo-se-lhe essência revolucionária, caracterizando-o como um poder de fato, um poder político. Esse poder, entretanto, não se prolonga com a vigência da Constituição, tem competência instantânea; logo, após concluído o seu objeto (a Constituição) se dissolverá.

Restará, então, só uma fonte de criação de normas constitucionais, que perdurará até o advento de uma ruptura constitucional. Esse meio dá-se através do Poder Reformador, poder constituído pelo Poder Constituinte, que só poderá atuar dentro dos limites permitidos pela constituição (Poder Constituinte), sendo inválido qualquer norma não condizente com os mandamentos constitucionais outrora positivados.

Segundo Paulo Bonavides, deve-se entender o Poder Reformador "como instrumento útil e eficaz de mudança e adaptação corretiva dos sistemas constitucionais rígidos"[1]. É evidente a necessidade da reforma constitucional, já que as relações humanas são marcadas pela constante evolução, e a não renovação da Constituição poderá destituí-la de eficácia. Entretanto, as emendas à Carta Magna não podem ficar sujeitas a todas as intempéries conjunturais, sendo preciso estabelecer restrições . Daí, ser fixado – pelo legislador constituinte – certos limites para a reformulação da Constituição.

Podemos classificar as limitações impostas ao legislador em tácitas e expressas, estas, por sua vez, subdividem-se em materiais, formais e circunstanciais. As limitações tácitas extraem-se do espírito da Constituição, visam a coibir que reformas fragmentadas atinjam frontalmente toda a unidade sistemática da Constituição, isto é, impedir a chamada "fraude à Constituição".

Por outro lado, existem as limitações expressas, ou seja, a própria Constituição prevê os requisitos para que as normas de alteração se convalidem. Em primeiro lugar, citamos as limitações circunstancias, constantes do art. 60, § 1º, nele, a CF/88 taxa as hipóteses em que estão vedadas reformas: Estado de Sítio, Intervenção Federal ou Estado de Defesa. O limite formal, expresso no art. 60, § 2º, regulará as peculiaridades do processo legislativo da emenda, tornando-o mais elaborado, haja vista o valor que terá a norma nascente.

Os limites materiais, a que estão submetidas as normas decorrentes da atividade do Poder Reformador, explicam-se pela concessão a certas cláusulas do *status* da imutabilidade. Em outras palavras, nenhuma reforma, cujo fim seja alterar normas não permitidas pelo Legislador Constituinte (originário), será lícita. Exemplo desse tipo de limite está consignado no art. 60, § 4º, IV da nossa Carta. Assim, a todo ato do Poder Reformador (leia-se Emenda Constitucional) será imperioso atentar aos limites da própria Constituição.

Esses fatores deixam-nos evidente o sistema de rigidez para reformas adotado pela nossa Constituição. A título de ilustração, lembramos que a forma que se imporia à Constituição no tocante à rigidez ou flexibilidade foi exaustivamente discutida na Assembléia Constituinte. Então, não nos causa arrepio quando juristas de renome se manifestam contra esse sistema. Nessa linha, entre outros, posiciona-se Luciano Amaro para quem tal dispositivo (referindo-se às cláusulas pétreas) "afronta o princípio democrático na medida

[1] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 131.

em que pretende subtrair do povo o poder de mudar justamente sua lei fundamental"[2].

No entanto, não poderíamos admitir essa tese já que a administração de um estado falha e também de suas instituições (veja-se item 3) poderia implicar a supressão de direitos fundamentais, algo inaceitável dentro da noção do Estado Democrático de Direito, em que se enquadra o Estado do Brasil. Basta ter em mente o objeto deste trabalho e o projeto de emenda do governo, a PEC-136, a ser analisada no item 7.

3. Previdência: história e provável diagnóstico da crise

A Previdência Social e sua manutenção. Eis uma questão por demais preocupante que assume proporções dantescas e pode levar, se não devidamente regularizada, o País à bancarrota. Para tanto basta lembrar o "rombo" da Previdência: estimado em 46 bilhões de reais[3].

É comum, nas estatísticas, responsabilizar, em grande parte, os servidores públicos pelo atual déficit previdenciário, pois só com eles o governo gasta anualmente cerca de 21,5 bilhões de reais, arrecadando apenas 2,9 bilhões; já os aposentados junto ao INSS arrecadam R$ 51 bilhões e gasta-se com eles R$ 63 bilhões[4]. No entanto, é-nos preciso aqui separar o fato da versão e, também, buscar as causas da causa, isto é, perquirir sobre a causa primeira. Põe-se-nos necessariamente entender alguns aspectos pertinentes aos servidores públicos e sua respectiva tributação.

Num breve histórico da Previdência, já se afiguraria alguns fatores evidenciadores do início da insustentabilidade financeira. Consta que houve grande desvio de dinheiro do orçamento da Seguridade Social para atividades alheias a seu fim. Por exemplo, financiaram-se, na década de 40, programas residenciais em várias cidades brasileiras; parte de seu montante integrou os recursos para a construção de Brasília, de Itaipu e da Ponte Rio – Niterói[5].

Outro ponto que não poderia deixar de ser mencionado: o aumento da expectativa de vida dos brasileiros, correlacionado com a evolução das técnicas medicinais e com a melhora da qualidade de vida; portanto, é inegável o envelhecimento da população brasileira e conseqüentemente o número de dependentes da Seguridade Social.

---

[2] AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 158.

[3] Revista Veja. p.45. Publicada em 13 de outubro de 1999.

[4] Ibidem.

[5] SOUZA, Sully Alves de. *A lei 9.783 e os aposentados e pensionistas*. http://www.neofito.com.br. 08/10/99.

Some-se a isso o grande número de empresas que não recolhem devidamente as contribuições previdenciárias, as inúmeras fraudes ao sistema, corrupção, falta de controle e fiscalização, negligência na cobrança de débitos. Não se pode desprezar a crescente queda de receita advinda pelo aumento do desemprego e do trabalho informal, pois "de cada dez trabalhadores brasileiros, apenas quatro têm hoje a proteção do seguro social. Em 1997, éramos 64,8 milhões de brasileiros na população ocupada, mas apenas 27,9 milhões estavam filiados à Previdência Social. No mesmo ano, dos 23,8 milhões de trabalhadores por conta própria (autônomos, empresários, trabalhadores domésticos) apenas 4,4 milhões eram filiados à Previdência Social"[6].

Como dissemos no início deste item, foi-nos imperioso analisar os vilipêndios que sofreu a Previdência, para investir-nos da real situação, sabermos o que de fato levou, e ainda leva, ao desequilíbrio da Previdência. Diante desse quadro, não podemos deixar que, por meio de uma retórica viciada, alegue-se que a situação dos servidores públicos ativos e inativos constitui um privilégio. Senão, vejamos.

É comum invocar que os trabalhadores vinculados ao INSS, por mais alto que sejam seus salários, terão os benefícios da aposentadoria (e pensão) limitados ao "teto", hoje é R$ 1.255,32. Já os servidores públicos quando aposentados não terão limites, senão o valor dos seus vencimentos quando da ativa. De fato, nada mais justo do que cobrar deles a contribuição, já que permanecerão com a mesma renda de outrora, argumentam os defensores da Lei nº 9.783/99. Porém, esquecem-se de um valiosíssimo dado: os contribuintes vinculados ao INSS, mesmo possuindo uma renda mensal de, por exemplo, R$ 10.000,00 (dez mil) reais, serão tributados, apenas, sobre R$ 1.255,32 reais (atual "teto" do INSS); os servidores públicos, sobre toda a sua renda. Concluímos, portanto, que as aposentadorias e pensões não são um privilégio dos servidores, mas aquilo que é devido por uma questão de Justiça Fiscal.

Sobre o assunto, pronuncia-se a eminente economista Tânia Bacelar: "A conta que faz é a seguinte: valores recebidos dos que contribuem hoje menos benefícios pagos, igual a déficit(...)No setor público, a conta está errada. O Governo ao fazer essa conta simplificada, "esquece" que, no sistema público, o servidor paga sua parte e o Governo não paga a dele, deixando para fazê-lo quando vai assumir o benefício. Apropriada essa contribuição obrigatória do

[6] ORNELAS, Waldeck . *Previdência e trabalho informal.* http://www.mpas.gov.br. 09/10/99.

Governo, o tamanho real do déficit da previdência pública (parte não financiada pelo sistema) é bem menor"[7].

Cumpre ressaltar que um dos princípios que regem a Seguridade Social é a eqüidade do custeio (art.194, V, CF/88). Assim, ao se colocar que dos servidores públicos federais a União arrecada R$ 2,9 bilhões e despende cerca de R$ 21,5 bilhões, é preciso não se influenciar pela manipulação de informações, para que, dessa forma, o Governo consiga legitimar a reforma do sistema previdenciário. Em acordo com o veiculado pelos meios de comunicação, os servidores inativos e pensionistas da União causam um déficit de aproximadamente R$ 18,6 bilhões para o País, mas a realidade não corresponde à versão. Haja vista a abalizada análise de Tânia Bacelar, acima.

O art.195 da CF expõe quem são os financiadores da Seguridade Social. Percebe-se, desde já, que não só são dos servidores e trabalhadores os ingressos que compõem orçamento da Seguridade Social, mas dos recursos provenientes do orçamento da União. Dessa forma, o déficit previdenciário é bem menor do que se propaga.

O art.165, § 5º, III da Carta define a abrangência do orçamento da Seguridade Social. O art. 167, incisos VI e VIII, proíbe, com ressalvas, o traspasse de recursos que devem incrementar a Seguridade para outros setores da Administração Pública. Entretanto, só em 1998, no período compreendido entre 30 de novembro e 21 de dezembro, estimamos em R$ 4,26 bilhões o valor que deveria ser investido na Seguridade e transferiu-se para outros fins, tenha-se, por exemplo, estas duas leis:

Lei nº 9.751. de 16/12/98. Autoriza o Poder Executivo a abrir ao Orçamento da Seguridade Social da União, em favor do Ministério das Comunicações, crédito especial até o limite de R$ 1.480.370.363,00, para os fins que especifica.

Lei nº 9.723. de 30/11/98. Autoriza o Poder Executivo a abrir aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor de diversos órgãos dos Poderes Legislativo, Judiciário, Executivo e do Ministério Público da União, crédito suplementar no valor global de R$ 1.788.418.958,00, para os fins que especifica.

Então, questionamo-nos: se a previdência é deficitária como explicar a transferência de tamanha quantia de valores num espaço de tempo tão curto? A par desses dados, o Procurador do INSS Bruno Mattos e Silva conclui ser superavitário o orçamento da Seguridade Social. A explicação, segundo o procurador, "é muito simples: nele se incluem não apenas as contribuições

[7] ARAÚJO, Tânia Bacelar de. *Déficit público e Previdência.* http://www.dpnet.com.br 01/11/1999.

sociais arrecadadas pelo INSS, mas também as contribuições arrecadadas pela Secretaria da Receita Federal, tais como a contribuição social sobre o faturamento e a contribuição social sobre o lucro (art. 195, I, b e c, da CF). Com o ingresso dessas contribuições, o governo federal supre o déficit do INSS e, somadas as verbas oriundas da contribuição previdenciária do art. 1º da Lei nº 9.783/99 (anteriormente prevista na Lei nº 8.112/90), paga também os benefícios previdenciários dos servidores civis e militares da União. E ainda sobra dinheiro"[8], conforme se viu acima.

4. A Emenda Constitucional nº 20 e a Lei nº 9.783/99

Diante do quadro mostrado no item anterior, resta inconteste que urge implementar modificações no atual sistema previdenciário brasileiro. Nesse contexto, é que surgem a Emenda Constitucional nº 20 de 1998 ("Reforma da Previdência") e a Lei nº 9.783 de 1999, a qual institui a contribuição social dos servidores inativos e pensionistas da União e majora progressivamente a alíquota da contribuição para os servidores ativos.

Muitos juristas há, ao nosso ver com argumentos falaciosos e inconsistentes, que defendem essas medidas, no sentido de considerá-las legais, constitucionais. Defendem que não violam o direito adquirido nem o princípio da irredutibilidade dos proventos e vencimentos, e que respeita o princípio da proporcionalidade e demais princípios constitucionais. Nós, entretanto, não confinamos com a tese, conforme comprovaremos posteriormente.

Quanto ao direito adquirido, chegam alguns juristas ignominiosamente a afirmar que "o Poder Constituinte (Instituído, segundo se depreende da leitura de seu artigo), sendo um mecanismo de mudança constitucional, pode dispor sobre direitos adquiridos vedando-os ou mantendo-os" [9]. Porém, conforme já vimos anteriormente (item 2), o Poder Reformador é cerceado, sofre limitações de cunho circunstancial, formal e material. E, nesta última, em obediência ao art. 60, § 4º, IV, consta que o direito adquirido (art.5º, XXXVI) é beneficiado pelo efeito da imutabilidade; logo, nenhuma lei (em sentido lato) que o agrida poderá ser constitucional.

No entanto, a defesa da não violação ao direito adquirido por essas duas espécies normativas citadas é fundamentada no art. 195, II da CF/88. Este

[8] SILVA, Bruno Mattos e. *Da inconstitucionalidade da contribuição adicional dos servidores públicos federais*. http://www2.rantac.com.br/users/jurista.. 04/09/99.

[9] PAIVA, Mario Antônio Lobato de. *Mecanismos de mudança constitucional e direitos adquiridos*. http://www.neofito.com.br. 16/09/99.

preceito teve sua redação mudada pela Emenda nº 20, segundo ele a Seguridade Social será financiada, além das outras formas e demais contribuintes, por contribuições sociais "*do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201*".

Interpretando-se esse artigo, "*a contrario sensu*" fica autorizada a instituição de contribuições sociais de aposentados e pensionistas do funcionalismo público. Diante da permissão não há falar em violação ao direito adquirido e muito menos de irredutibilidade de vencimentos. E, aqui, contrariando a interpretação acima, citaremos nobre e elucidativo excerto do parecer lavrado pelo eminente tributarista Hugo de Brito Machado.

Segundo Hugo de Brito, a referida emenda não autoriza a incidência de contribuição social sobre inativos e pensionistas. Eis seu entendimento: "Estariam os aposentados albergados pela expressão "demais segurados" da previdência social ? A resposta encontra-se no art. 12, da Lei nº 8.212/91, que define os segurados, referindo-se aos que o são como empregador (inciso I), como empregado doméstico (inciso II), como empresário (inciso III), como trabalhador autônomo (inciso IV), como equiparado a trabalhador autônomo (inciso V), como trabalhador avulso (inciso VI), e como segurado especial (inciso VII). Em nenhuma dessas categorias está ou pode ser incluído o aposentado. Em todas as categorias está presente, como condição integrativa da qualidade de segurado, o exercício de atividade. O aposentado, portanto, não se pode enquadrar em nenhuma delas" [10].

Diante do ensinamento acima, resta indubitavelmente revogada a tese de que a EC nº 20 dá ensejo à cobrança de contribuições sociais dos aposentados e pensionistas dos servidores públicos, no que diz respeito ao direito adquirido e à irredutibilidade de vencimentos e proventos. Assim, a Lei nº 9.783, que buscava legitimar-se amparando-se na referida emenda para tributar aposentados e pensionistas, perde seu sustentáculo; logo é inconstitucional.

Buscando salvaguardar a legalidade da Lei nº 9.783, há quem – por incrível que pareça – reclame pelo Princípio da Proporcionalidade. Este princípio estudaremos minuciosamente (item 6) no desenvolvimento deste trabalho. Basta saber preliminarmente que ele apurará a equivalência entre uma medida adotada (e suas respectivas restrições) e seu fim a ser atingido (e o conseqüente benefício).

A proporcionalidade, dentro dessa concepção, consiste no fato de o art. 40 da CF/88 prever que aos servidores "*é assegurado regime de previdência de*

[10] MACHADO, Hugo de Brito. *Parecer*. http://www.hugomachado.adv.br. 24/09/99.

caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo". Então, para manter o equilíbrio financeiro, tenha-se em mente que a despesa com os servidores públicos federais é aproximadamente 19 bilhões, seria razoável cobrar de aposentados e pensionistas a contribuição social e majorar a sua alíquota.

5. Dos Princípios Tributários

A doutrina vem se consolidando no que tange à caracterização das contribuições, entre elas a contribuição social, como tributo. Luciano Amaro considera a contribuição social espécie do gênero tributo, cuja característica é "a destinação a determinada atividade estatal ou paraestatal, ou por entidade não estatal reconhecida pelo Estado como necessária ou útil à realização de uma função de interesse público" [11]. Devendo-se atentar, na lição do referido mestre, "para o caráter acidental dessa contrapartida", isto é, "a atividade a cuja execução se destina a receita arrecadada não é necessariamente referível ao contribuinte, embora possa sê-lo, em maior ou menor grau, atualmente ou no futuro, efetiva ou eventualmente (...) O que sobressai é a destinação do tributo àquela atuação específica"[12].

Partindo-se do pressuposto que as contribuições sociais têm a natureza jurídica de tributo, ser-lhe-ão aplicados os mesmos princípios constitucionais regentes dos tributos. Destarte, analisaremos alguns desses princípios que limitam a "*potestad fiscal*" do Estado.

5.1 Princípio do Respeito ao Direito Adquirido

Carlos Maximiliano define direito adquirido aquele que "se constitui regular e definitivamente e a cujo respeito se completaram os requisitos legais e de fato para integrar no patrimônio do respectivo titular, quer tenha sido valer, quer não, antes de advir norma posterior em contrário"[13].

---

[11] AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.82-83. Nesse sentido, Luciano Amaro alude: Ives Gandra da Silva Martins ao adotar uma classificação qüinqüipartida de tributos (considerando, pois, a contribuição social espécie autônoma de tributo); Hugo de Brito Machado; Aliomar Baleeiro, para quem as contribuições especiais ou parafiscais integram o sistema tributário, caso da contribuição social.

[12] Ibidem.

[13] MAXIMILIANO, Carlos *apud* DANTAS, Ivo. *Direito Adquirido, Emendas*

Vimos que a Constituição Federal (art.5º, XXXVI) põe a salvo da lei superveniente a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido. Então é injustificável, é inconstitucional a cobrança de contribuição de quem adquiriu o direito da aposentadoria, segundo a lei vigente (a qual não previa a contribuição de aposentados e pensionistas) ao tempo em que completou os requisitos dela – independente de havê-la ou não requerido.

Art.1º da Lei nº 9.783 de 28 de janeiro de 1999, *in verbis*:

"*A contribuição social do servidor público civil, ativo e inativo, e dos pensionistas dos três poderes da União, para a manutenção do regime de previdência social dos seus servidores, será de onze por cento, incidente sobre a totalidade da remuneração da contribuição, do provento ou da pensão*".

Munidos da noção do direito adquirido e da lei acima é evidente a incompatibilidade entre os dois preceitos. Mesmo dizendo-se que, conforme já expusemos (item 4), com o advento da EC nº 20, possibilitou-se a tributação dos aposentados e pensionistas (art.195,II da CF/88), só se poderia – e se verdadeira fosse essa possibilidade – instituir a contribuição sobre os aposentados e pensionistas, que atingiram essa situação, após a vigência da Lei nº 9.783. Entretanto, a própria EC/20 não ensejou esse tipo de tributação, por vários motivos. Primeiro, não tem competência para tanto, pois "o direito adquirido, por força da Constituição, obra do Poder Constituinte originário, há de ser respeitado pela reforma constitucional, produto do Poder Constituinte instituído, ou de segundo grau, uma vez que é limitado e condicionado pela Constituição"[14]. Segundo, a EC/20 (art.3º § 3º) mantém "*todos os direitos e garantias assegurados nas disposições constitucionais vigentes à data de publicação desta Emenda aos servidores e militares, inativos e pensionistas*"; dessa forma, é clarividente que a autorização, por muitos defendida, não existe.

Em suma, a Lei nº 9.783 fere o Princípio do Respeito ao Direito Adquirido, na medida em que dos aposentados e pensionistas, que se consolidaram nessa nova situação jurídica segundo à legislação vigente (a qual não exigia deles esse tributo), quer recolher a contribuição social; fazendo com que a lei futura retroaja prejudicando o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, a aposentação.

Constitucionais e Controle de Constitucionalidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 64.

[14] DANTAS, Ivo. Op. cit. p. 60-61.

5.2 *Princípio da Irretroatividade da Lei Tributária*

A Constituição Federal, art.150, III, a) proíbe a cobrança de tributos "*em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que houver instituído ou aumentado*". Com esse preceito, positiva-se a não obrigação do sujeito passivo da relação tributária a fato pretérito, não-gerador ou gerador de menor tributo, que se torna fato gerador ou gerador de maior tributo.

O fato gerador é o acontecimento fenomênico que se enquadra na descrição típica da norma tributária, tornando exigível a prestação tributária; em outras palavras, a norma tributária, em abstrato, tipifica uma situação, é a chamada hipótese de incidência. Todo fato (acontecimento no mundo fenomênico) que se amolde à hipótese de incidência será um fato gerador.

Isso posto, perguntamos qual será o fato gerador da contribuição social? Segundo Hugo de Brito[15], o fato gerador da contribuição social é a "*aposentação*". Então, ao se impor para aposentados e pensionistas a contribuição em tela, a Lei nº 9.783 estará atuando ao arrepio da Constituição, indo de encontro com o art. 150, III, a) que também é imortalizado pelo instituto da cláusula pétrea (art.60, IV c/c art.5º, § 2º). Nesse sentido, adverte o professor Sacha Calmon que a "lei deve incidir sobre os aposentados, e não sobre os já aposentados"[16].

Mais uma vez fica comprovado que a Lei nº 9.783 está eivada de inconstitucionalidade. E ainda que fosse permitida pela legislação vigente instituir sobre os aposentados e pensionistas a contribuição social, a efetiva cobrança só poderia realizar-se para quem houvesse se aposentado (ou viesse a assumir a condição de pensionista) depois da vigência da lei.

5.3 *Outros Princípios Tributários e Constitucionais*

Não obstante a infração aos princípios mencionados, podem-se enumerar outros princípios tributários e constitucionais ignorados. São eles: o princípio da irredutibilidade dos vencimentos e proventos; proibição do tributo com efeito de confisco; princípio da eqüidade no custeio e o da isonomia.

O art. 194, IV da CF/88 prevê a irredutibilidade do valor dos benefícios. Ora a aposentadoria (e pensão) é um prêmio a que a pessoa terá direito, mediante contribuições mensais, que vão sendo corrigidas para não perder seu valor real quando da concessão do benefício, durante o tempo de

[15] MACHADO, Hugo de Brito. Op. cit.
[16] SOUZA, Sully Alves de. Op. cit.

carência. Dessa forma, o aposentado já teve todos os seus deveres cumpridos, uma vez que já se aposentou. Se, depois de aposentado, ainda tiver de contribuir, figurará clara a redução do seu benefício.

O art. 2º da Lei nº 9.783 majora em nove pontos percentuais (inciso I) a alíquota da contribuição sobre as remunerações que excederem a R$ 1.200,00 e em catorze pontos percentuais (inciso II) as que passarem de R$ 2.500,00. Veja-se bem, há mais de cinco anos que os vencimentos dos servidores públicos não aumentam, fora os fatores econômicos (inflação, etc.) que reduzem o valor real de seus vencimentos, e o Governo ainda intenta majorar a alíquota da contribuição social, o que constitui um verdadeiro confisco.

Os servidores públicos têm 27,5% dos seus proventos retidos pela Receita Federal e se incidisse sobre eles a contribuição em tela, seriam descontados mais 25% (caso ele ganhasse mais R$ 2.500,00). Só por causa desses dois tributos, teria seus rendimentos reduzidos à quase metade de seus vencimentos (aproximadamente 45,6%). Afetaria, pois, incisivamente na sua liberdade, atingindo a parcela mínima necessária para manter sua propriedade.

A Seguridade Social será organizada com base na eqüidade na forma de custeio (art. 194,V, CF/88). De acordo com o jurista Hugo de Brito, "é da maior evidência que a contribuição de vinte e cinco por cento, a incidir sobre os proventos de quem já não vai mais desfrutar do mais importante benefício da seguridade, que é a aposentadoria, viola frontal e indiscutivelmente o princípio da equidade"[17]. Oportuno lembrar que o art. 195 da CF/88 enumera os contribuintes da Seguridade (entes públicos, empregadores e trabalhadores), temos, pois, mais de uma fonte de ingressos; porquanto aumentar a parcela contributiva apenas dos servidores é iníquo.

A Constituição Federal – art.40, § 12º – executa este mandamento: "*além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social*". De posse desse parágrafo e do art.195, II, o qual veda a incidência de contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social, sem maiores esforços percebe-se a violação dos art. 5º e 150, II da Carta, porque se está tratando desigualmente pessoas que se encontram numa mesma situação jurídica (a aposentadoria), tendo em vista ser única a natureza jurídica da aposentadoria. Assim, parece-nos que o Princípio da Isonomia, na lei em estudo, foi desprezado.

---

[17] MACHADO, Hugo de Brito. Op. cit.

6. Princípio da Proporcionalidade

Uma Constituição é um sistema de normas compostas de princípios e regras jurídicas. Os princípios são normas jurídicas com maior grau de abstração, hierarquicamente superiores às regras jurídicas. São fundamentos destas, por isso têm uma função normogenética.

Os princípios são normas jurídicas impositivos de uma optimização, diferentemente das regras jurídicas que prescrevem uma conduta. Eles coexistem conflitualmente num sistema jurídico, ou seja, num eventual conflito principiológico, usaremos a metódica da ponderação, da harmonização, pois eles são "*standards*" que devem ser realizados[18].

Os princípios constitucionais gozam de uma "objetividade e presencialidade que os dispensa de estarem consagrados expressamente em qualquer preceito particular"[19], podendo integrar expressa ou implicitamente uma constituição. Dentro de um elaborado trabalho hermenêutico, vão sendo "descobertos", até que acatados pela jurisprudência, consolidam-se, inegavelmente, no ordenamento jurídico.

O Princípio da Proporcionalidade concretiza a hipótese de um princípio que não é consagrado de imediato numa Constituição, mas a atividade hermenêutica ratificada pela jurisprudência faz sua introdução no ordenamento, ou "descobre-o" a partir de outros princípios consignados na Carta.

Comprovando a tese, já há pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a existência da Proporcionalidade. Veja-se a decisão do Ministro Orozimbo Nonato:

"*o poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade*" (RE n.° 18.331, Min. Orozimbo Nonato).

Também salientamos o voto do Ministro Moreira Alves, para quem o Princípio da Proporcionalidade encontra abrigo na Lei Maior brasileira no art.5°, LIV:

"*A Constituição nos seu art. 5º, inciso LIV – e aqui trata-se de direitos não apenas individuais, mas também coletivos e aplica-se, inclusive, às pessoas jurídicas – estabelece que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.*

[18] Cf. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípio Constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 64-70.

[19] CANOTILHO, J.J. Gomes, apud BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais.* Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 86.

Processo legal, aqui, evidentemente, não é o processo da lei, senão a Constituição não precisaria dizer aquilo que é óbvio, tendo em vista inclusive o inciso II do art. 5º(...). Esse princípio constitucional que tem sua origem nos Estados Unidos, lá é interpretado no sentido de abarcar os casos em que há falta de razoabilidade de uma norma (...). Em face disso e não preciso estender-me mais a esse respeito, porque me basta esse aspecto, deixo de lado aquele outro problema mais delicado que é o de saber se realmente a Constituição permite ou não que a lei estabeleça, para o futuro, restrições a esse nosso pluripartidarismo (...). Fico apenas nesse outro que é o da falta de razoabilidade desse princípio.'[20].

A Proporcionalidade é mais que um critério técnico para se auferir a constitucionalidade de uma lei, sua função é muito maior. "É um princípio consubstancial ao Estado de Direito com plena e necessária operatividade"[21] que regerá todos os processos de transformação, de reformas constitucionais para garantir a consolidação da liberdade.

Procedemos a essa breve introdução para situar a importância do Princípio da Proporcionalidade como resguardo dos direitos fundamentais e a necessidade de sua utilização para o controle de constitucionalidade das normas jurídicas.

6.1 Subprincípios da Proporcionalidade

A doutrina costuma dividir o Princípio da Proporcionalidade em três subprincípios: a Adequação ou Idoneidade; Necessidade ou Exigibilidade; Proporcionalidade em sentido estrito.

Por meio da Adequação deverá ser analisado se a medida restritiva de alguma forma contribui para a obtenção do resultado. Qualquer lei restritiva da liberdade do cidadão deve ser idônea à consecução do fim perquerido. Haverá - caso não, será inconstitucional à luz da adequação – de existir uma relação de causalidade entre a medida e o fim.

A Adequação só será oportuna para declarar a inconstitucionalidade da lei, quando for – frise-se – totalmente inidônea para alcançar o fim almejado. É admissível ao legislador, sendo a falibilidade característica inerente ao homem, errar em sua prognose; assim, a adequação deverá ser vislumbrada no momento da positivação da lei. Foi essa a orientação da Corte Constitucional

[20] MENDES, Gilmar Ferreira, apud BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 16-17.

[21] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 358-359.

alemã ao assentar que a "*prognose legislativa só pode ser auferida em face do contexto político-econômico ao tempo da edição da lei*"[22].

No tocante à Lei nº 9.783, sob o ponto de vista da adequação, é lícito afirmar que ela é procedente, já que a Exposição de Motivos, que acompanhou o projeto de lei, justificou a cobrança com a necessidade urgente de equilibrar as contas do Tesouro. Se se aumenta a receita por meio da contribuição social, a *mais valia* advinda do aumento é adequada para realizar o objetivo a que se propõe.

O segundo subprincípio da proporcionalidade é a Necessidade; por ele, deverão ser analisados dois aspectos: se a medida é, de fato, indispensável para a realização ou conservação de um direito e, sendo, se é o meio menos gravoso, que impõe menos restrições às pessoas. Ponderar-se-á, pela valoração do caso concreto, o meio utilizado e o fim a atingir. Se o legislador não teve outro meio para alcançar o fim colimado, mas limitou de maneira sensível o direito fundamental, constituindo um excesso, seu ato será desnecessário, inexigível.

A valoração é fruto do alvitre do juiz. Não se diga, porém, que a ele será dada uma grande margem de discricionariedade, para argüir a desnecessidade do ato. De forma alguma. Será feita uma análise subsidiarizada com provas, para, então, constatar-se a necessidade de uma lei. Diferentemente da adequação, pode-se declarar a desnecessidade de uma lei *a posteriori*. Isto é, quando de sua validação, o ato era perfeitamente exigível; entretanto, sua longa duração no tempo faz com que sua exigibilidade seja anulada.

A Lei nº 9.783, do ponto de vista da necessidade, no entanto, revela-se inconstitucional. Muitas outras maneiras existem para manter o equilíbrio financeiro. Pode-se obrigar o Tesouro Nacional a repassar os valores obtidos a título da COFINS ao INSS para integrar o orçamento da Seguridade Social, motivo pelo qual se criou esse tributo. Há o projeto, estancado no Congresso Nacional da autoria do Senador Fernando Henrique Cardoso, visando a criar um imposto incidente sobre as grandes fortunas, o que é autorizado pela Constituição. Faria esse imposto grande homenagem ao art. 3º, I. da Magna Carta. Poder-se-ia, ainda, tributar, através de impostos, as operações de crédito, câmbio e seguros. "Esse imposto, ressalte-se, onera aqueles que efetivamente lidam com a riqueza nacional. Os grandes capitalistas, nacionais e estrangeiros.

---

22 BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 76.

Para utilizá-lo basta vontade política"[23]. Esses tributos, de fato, estariam dando operatividade ao art. 3º da CF/88 se instituídos fossem, pois estariam contribuindo para a desconcentração de rendas. É evidente, com base nas inúmeras alternativas existentes, a desnecessidade da Lei nº 9.783.

Por fim, o terceiro elemento do Princípio da Proporcionalidade: a Proporcionalidade em sentido estrito. Suzana Barros considera-o de "suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim. A idéia de equilíbrio entre valores e bens é exalçada"[24]. Irá apurar-se se a restrição sofrida por um direito encontra uma correlação benéfica com o efeito da medida. A valoração entre a proporcionalidade do benefício e prejuízo é que será o norte da proporcionalidade em sentido estrito.

Sua diferença em relação à necessidade consiste em que esta fará um juízo da otimização das possibilidades fáticas, enquanto que a proporcionalidade (*stricto sensu*) envolve a otimização das possibilidades jurídicas[25]. Outro ponto relevante é que, não raro, a necessidade diante da complexidade dos direitos em jogo revela-se insuficiente para aferir a constitucionalidade da lei; assim, nesses casos, tal tarefa seria própria da proporcionalidade, em sentido estrito.

Para, na averiguação da proporcionalidade (*stricto sensu*) não se afaste da objetividade, o que seria nefasto para o Direito, os Tribunais Constitucionais têm firmado na jurisprudência critérios objetivos para a constatação da Proporcionalidade. Entre eles: "a) Quanto mais sensível revelar-se a intromissão da norma na posição jurídica do indivíduo, mas interessante hão de ser os interesses da comunidade que com ele colidam; b) do mesmo modo, o maior peso e preeminência dos interesses gerais justificam uma interferência mais grave; c) o diverso peso dos direitos fundamentais pode ensejar uma escala de valores em si mesmo"[26].

Sob esse último elemento do Princípio da Proporcionalidade, a lei ora analisada também não encontra abrigo. Basta remetermo-nos ao critério "a)" supracitado; a liberdade é, provavelmente, o direito mais valioso do homem. A contribuição social, ao taxar desmedidamente os servidores públicos federais, tira-lhes grande parte de seus proventos o que, tendo em vista a sociedade capitalista em que vivemos, implicaria inevitavelmente a redução de sua liberdade.

---

[23] MACHADO, Hugo de Brito. Op. cit.
[24] BARROS, Suzana de Toledo. Op. cit. p. 80.
[25] Idem, p. 81.
[26] Idem, p. 83.

Não nos podemos furtar da análise feita ao longo deste trabalho revelando o grande número de direitos que seriam desrespeitados, em nome de um pretenso ajuste fiscal. E aqui bastante apropriadas se fazem as palavras da economista Tânia Bacelar: "A cobrança ajuda a resolver o déficit público? Nem tanto. Caso seja feita, o Governo arrecadaria cerca de R$ 2 bi por ano. O déficit nominal do setor público, este ano, será de 5,7% do PIB (cerca de R$ 55 bi). E isso porque terá um superávit primário de 3,1% do PIB, mas, só de juros o Governo vai gastar 8,8% do PIB (cerca de R$ 85 bi). Para 2000, o projeto de lei do Orçamento da União é de cerca de R$ 20 bi/ano (ou 13,5% do gasto com a dívida). Os R$ 2 bi arrecadados, em 2000, pela cobrança aos inativos cobririam, assim, apenas 1,3% do total de juros pagos pelo Governo aos seus poderosos credores"[27].

Justificamos a nossa ênfase ao Princípio da Proporcionalidade nas palavras do professor Gilmar Ferreira Mendes (*Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 68): "A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade. Essa nova orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal no princípio da reserva legal proporcional".

7. A posição do Supremo Tribunal Federal e tendências atuais

A lei nº 9.783, pela grande dúvida que suscitou quando vigente, foi de imediato questionada nas instâncias judiciais, em vários Estados. Por fim, chegou ao conhecimento do STF por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 2.010-2/DF, movida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pela ADIn nº 2.062-5 promovida pelo Confederação dos Servidores Públicos do Brasil e pela Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 8, requerida pelo Presidente da República[28].

A ADC nº 8 objetivava confirmar a legitimidade constitucional dos arts. 1º e 2º da Lei nº 9.783/99, além de deduzir *pretensão de ordem cautelar, visando à suspensão das execuções "de todas as decisões judiciais deferitórias de pedidos que impliquem antecipação da tutela jurisdicional de mérito para impedir o desconto da contribuição dos*

[27] ARAÚJO, Tânia Bacelar de. Op. cit.

[28] Podemos ainda anotar, a respeito da mesma matéria, o ajuizamento das ADIn's nº 2.008 e 2.016 que restaram prejudicadas, como a ADIn nº 2.062-5, pela existência da ADIn nº 2.010-2.

servidores ativos e inativos, e dos pensionistas, para o Plano de Seguridade Social do Servidor, seja o pertinente à alíquota do art. 1º, seja o das alíquotas do art. 2º, ou de todas as alíquotas atinentes às disposições desses dois artigos da Lei nº 9.783/99", em ordem a "possibilitar o desconto das alíquotas nas folhas de pagamento dos servidores ativos e inativos e pensionistas da forma prevista nas disposições daqueles artigos" (fls. 31). O Presidente da República postula, ainda, *que a medida cautelar em questão, além de deferida com projeção retroativa (ex tunc), seja também concedida com eficácia erga omnes e com efeito vinculante.*

A ADC nº 8, no entanto, foi deferida em parte no mérito. O reconhecimento do pedido do autor se deu em relação à permissão de se continuar cobrando, com alíquota de 11%, a contribuição social, apenas, dos servidores públicos da ativa. Proibiu-se a concessão de qualquer medida que visasse a impedir tal exação e suspendeu a eficácia de todas as decisões que isentassem o servidor do pagamento do respectivo tributo.

Já a ADIn nº 2.062-5 foi prejudicada, eis o teor da decisão liminar: *"O Tribunal, por unanimidade, julgou prejudicado o pedido de medida cautelar, em face da decisão proferida na ADIn nº 2010 - 2, e determinou o apensamento desta ação à mencionada ação direta (nº 2010 – 2)".*

A ADIn nº 2.010-2, entretanto, foi deferida, liminarmente, pelo Pretório Excelso vindo a corroborar, até então, a tese aqui defendida, qual seja, a inconstitucionalidade da majoração da alíquota de contribuição dos servidores públicos federais e a inconstitucionalidade da cobrança da contribuição para os servidores públicos aposentados e pensionistas da União. Transcrevemos, portanto, a *Ementa* da decisão: *"O Tribunal, por unanimidade, deferiu o pedido de medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação direta, no caput do art. 001 º da Lei nº 9783, de 28/01/1999, a eficácia das expressões " e inativo, e dos pensionistas " e " do provento ou da pensão ". O Tribunal, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Nelson Jobim e Moreira Alves, também deferiu o pedido de medida cautelar, para suspender a eficácia do art. 002 º e seu parágrafo único da mesma lei (nº 9783 /99), e, por unanimidade, deferiu ainda a cautelar, para suspender a eficácia do art. 003 º e seu parágrafo único da mencionada lei (nº 9783 /99). Votou o Presidente. - Plenário, 30.09.1999".*

Em sua fundamentação, o relator Celso de Mello considerou ilegal a lei em questão por a Carta Magna determinar que "a Previdência seja financiada por toda a sociedade e exclui os aposentados e pensionistas como possíveis contribuintes". Em relação à progressividade das alíquotas para os servidores da ativa, "a maioria dos ministros do Supremo considerou a medida confiscatória e tinha como finalidade apenas cobrir o déficit das contas previdenciárias e garantir a aposentadoria dos atuais inativos". O relator, Celso de Mello, acrescentou que "a própria emenda que regula o regime geral de previdência prevê que o tributo incida apenas sobre os titulares do cargo. Aposentado não é

segurado, mas beneficiário, e também não pode ser contribuinte, pois não está em atividade" [29].

A decisão do Supremo deixou claro entendimento, de acordo com os art. 40 e 195 da Constituição Federal, que não existe a possibilidade de se cobrar dos aposentados e pensionistas a contribuição previdenciária. Nesse ponto, oportuno é o parecer do ministro Nelson Jobim que, por meio de uma reforma constitucional, entende possível tal tributação.

Ciente da posição do Supremo, o Governo não se conteve. Pelo contrário, elaborou uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC), a PEC-136, enviada em 26.10.1999 para o Congresso Nacional. A intenção desse projeto é constitucionalizar a contribuição; traz, portanto, os mesmo preceitos inconstitucionais da lei em pauta.

A PEC-136, acrescentando os § 17, 18 e 19 ao art.40 da CF/88, permite que a União, Estados e Municípios elaborem leis para cobrar a contribuição previdenciária dos servidores inativos dos três Poderes. O mesmo procedimento pode ser aplicado aos militares, aposentados e pensionistas. Isentaria de contribuição, no entanto, os aposentados e pensionistas que auferissem renda menor do que R$ 600,00 (art.2º, §2º, PEC-136).

Interpelado a respeito de uma eventual reforma constitucional para instituir a contribuição previdenciária aos aposentados e pensionistas, o ministro Carlos Velloso, presidente do Supremo, não confirmou a idoneidade de uma reforma constitucional para cobrar dos já aposentados e pensionistas a contribuição. Haveria de existir novo pronunciamento do STF a fim de averiguar o direito adquirido, no caso, sobre os respectivos proventos.

Nossa opinião é cristalina no sentido de que é inadmissível a taxação dos já aposentados e pensionistas, face ao estudo anteriormente realizado dos princípios constitucionais e tributários (que como demonstrado são verdadeiras garantias individuais) relacionados à matéria e aos limites existentes ao Poder Reformador (item 2). Ao se cogitar, porém, dos servidores a aposentarem-se após a eventual aprovação da referida emenda, no que tange ao Princípio de Respeito ao Direito Adquirido nada obsta. Entretanto, sob o vislumbre do Princípio da Proporcionalidade, tal reforma afigurar-nos-ia inconstitucional.

---

[29] Serras Águas on Line. *Supremo derruba cobrança de contribuição de inativos e pensionistas.* http://www.serraguas.com.br/index.html. 01/10/1999.

8. Conclusão

É inegável que o sistema previdenciário brasileiro precisa de reformulações, cogitar novas possibilidades de custeio; entretanto, as mudanças não podem atropelar as bases jurídicas em que se funda o nosso ordenamento jurídico, sob o pretexto do equilíbrio das contas públicas.

Por isso ao longo deste artigo, foi intenção nossa apresentar alguma das formas a que o legislador está adstrito ao exercer a atividade normativa; trazendo, por conseguinte, à luz a inconstitucionalidade da Lei nº 9.873/99. Vimos que independentemente de se tratar de uma Emenda à Constituição ou Lei Ordinária, todas essas normas estarão vinculadas aos limites impostos pelo Legislador Constituinte de 1988, que são os limites material, formal e circunstancial.

Depois analisamos a crise da Previdência Social, que foi de grande valia para o nosso estudo, pois é comum atribuir aos servidores públicos, em grande parte culpa, pelo déficit da Previdência, consolidando essa falsa realidade na mente do povo para que, por meio de seus representantes, acabem com os seus "privilégios". Nesse mesmo ponto, ficou claramente demonstrado que seus proventos também não são injustos.

Quanto aos princípios constitucionais e tributários, segundo as análises feitas, todos eles insurgem-se para atestar a inconstitucionalidade da Lei nº 9.873/99, sendo infundadas as teses favoráveis a essa descabida lei. Em especial, estudamos o Princípio da Proporcionalidade que, segundo a tendência doutrinária moderna, é a mais eficiente técnica, de contemplação da constitucionalidade de uma lei.

Portanto, com base nos argumentos desenvolvidos, fica assentada a inconstitucionalidade da Lei n° 9.783 de 28 de janeiro de 1999, por não se circunscrever aos Princípios do respeito ao Direito Adquirido, da Irretroatividade da Lei Tributária, da Irredutibilidade dos vencimentos e proventos, da proibição do tributo com efeito de Confisco, da Eqüidade no custeio, da Isonomia e, sobretudo, pela não observância ao Princípio da Proporcionalidade.

9. Bibliografia

Livro

1. AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
2. BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
3. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
4. DANTAS, Ivo. *Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle de Constitucionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
5. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípio Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
6. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
7. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

vista

1. MORAIS, Antônio Glaucius de. *Contribuição Previdenciária – Servidores Ativos e Inativos da União – Direito Adquirido, Irredutibilidade, etc.* Revista Dialética de Direito Tributário. n. 45, 1999, p. 156-169.

ernet

1. ARAÚJO, Tânia Bacelar de. *Déficit público e Previdência*. http://www.dpnet.com.br. 01/11/1999.
2. MACHADO, Hugo de Brito. *Parecer*. http://www.hugomachado.adv.br. 24/09/99.
3. ORNÉLAS, Waldeck . *Previdência e trabalho informal*. http://www.mpas.gov.br. 09/10/99.
4. PAIVA, Mario Antônio Lobato de. *Mecanismos de mudança constitucional e direitos adquiridos*. http://www.neofito.com.br. 16/09/99.
5. SILVA, Bruno Mattos e. *Da inconstitucionalidade da contribuição adicional dos servidores públicos federais*. http://www2.rantac.com.br/users/jurista 04/09/99.
6. SOUZA, Sully Alves de. *A lei 9.783 e os aposentados e pensionistas*. http://www.neofito.com.br. 08/10/99.

INTERESSE PÚBLICO: NECESSIDADE E POSSIBILIDADE DE SUA DEFINIÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO[1]

Danielle Souza de Andrade e Silva
(Aluna do 10º período da graduação em Direito da UFPE. Ex-monitora de Direito Constitucional)

Introdução

Ao enveredarmos no estudo do Direito Administrativo, defrontamo-nos de logo com conceitos que nos parecem indefinidos, não limitados em seu conteúdo (denominados de "polissêmicos" pela doutrina), o que chega a nos oferecer alguma dificuldade, até insegurança quanto à construção da disciplina e sua aplicação prática. O interesse público é, indiscutivelmente, um desses conceitos, mostrando-se basilar dentro da seara do Direito Administrativo, um dado sempre presente no estudo de suas instituições, a começar dos princípios – elementos informadores de todo um sistema –, que alçam o interesse público a um patamar de prevalência sobre o interesse individual, para a própria possibilidade de exercício deste. Ao mesmo tempo, o conceito é criticado por juristas, operadores do direito e acadêmicos, não raro insatisfeitos com a maleabilidade que ele pode apresentar nas mãos dos que compõem a administração pública.

[1] Trabalho apresentado no Congresso Mundial de Direito Processual (Recife, 19 a 22/05/99), classificado em primeiro lugar no Concurso de Monografias, na área de Direito Administrativo.

Eis a problematização posta: *Reconhecida a relevância do interesse público no âmbito do Direito Administrativo, é possível encontrarmos a sua definição?*

Procurando afastar concepções destrutivas de toda uma doutrina erguida sobre a base desse conceito, objetivamos, com o presente ensaio, traçar parâmetros que nos subsidiem na delimitação mais clara da expressão e, por conseguinte, na compreensão mais sistemática do tema, inserindo-o na realidade que ora se nos apresenta.

Parte I – O Direito Administrativo e a procura de seu fundamento primeiro

1. Os sucessivos pontos norteadores do direito administrativo

O estudo do Direito enquanto ciência dá lugar à separação em diferentes disciplinas jurídicas, como resultado da crescente complexidade das relações humanas, sem que deixemos de reconhecer a indivisível unidade substancial e fenômeno jurídico. Tal separação é necessariamente variável e contigente, aparecendo cada uma dessas disciplinas com a pretensão de gozar uma plena autonomia com relação às demais, com as quais, nada obstante, pode guardar relações mais ou menos estreitas.

A autonomia do Direito Administrativo, que nos interessa em especial, resta admitida pela totalidade da doutrina, ainda que sua codificação seja um pouco incipiente, por sua própria natureza e constante mutabilidade. Sendo o Direito Administrativo autônomo, seus estudiosos têm procurado destacar, dentre as diferentes situações particulares que ele abarca, a idéia ou idéias unitárias que o permeiam, sobre as quais se torne possível a sua construção jurídica.

Os doutrinadores franceses sempre se preocuparam em encontrar uma noção matriz para o direito administrativo, que organizasse e explicasse logicamente essa disciplina, servindo como critério sistemático das suas regras, daí dizer-se que a França inventou o Direito Administrativo.[2]

O primeiro critério, surgido no século XIX, através de autores como **Batbie**, **Aucoc**, **Ducroq**, **Laferrière** e **Barthélemy**, foi o do "poder público" ou *puissance publique* (expressão sem correspondente fidedigno em português), baseado na distinção entre atos de império e atos de gestão. Só as atividades de

[2] Embora a Itália dispute a primazia quanto à publicação do primeiro tratado sobre a disciplina "Talvez o primeiro ensaio de exposição do Direito Administrativo se deva a Giandomenico Romagnosi com os seus *Principii Fondamentali dio Diritto Amministrativo*, publicado em 1814." (MELLO, Oswaldo A. B. de, 1979: 53).

império, que o Estado exercia com poder de comando, concerniam ao direito administrativo.

Ultimamente, esse critério vem sendo renovado, com conteúdo modificado, não se referindo mais exclusivamente a "atos de autoridade" e "poderes comandantes", mas àquela atividade desempenhada em condições exorbitantes do direito privado, cercada de prerrogativas sem equivalentes nas relações privadas e de limitações em razão da legalidade e obrigatoriedade dos atos administrativos.

Outra posição importante, também dos franceses, apontava como idéia liminar do Direito Administrativo a noção de "serviço público". No início do século XX, a importância inquestionável dos serviços públicos, a singularidade de seu regime jurídico, consagrando-se fortes poderes da administração pública[3], dentro de um sistema exorbitante do direito privado, faz com que os teóricos cheguem a configurar uma verdadeira escola, para sistematizar todo o Direito Administrativo sobre a base da noção de serviço público. **Duguit**, da Escola Realista do Direito, reconhecia o serviço público na própria realidade social, enquanto **Jèze** pretendia localizá-lo na "intenção dos governantes", buscando um critério a partir do regime atribuído pela lei. Mais recentemente, **Wigny** concluiu que a noção de serviço público é o fundamento do direito administrativo.

Por não guardar vinculação com a realidade jurídico-administrativa, esta fundamentação do direito administrativo começou a ser combatida e lentamente abandonada. Os serviços públicos não englobam a totalidade da atuação administrativa, que compreende o cumprimento de ações e decisões da mais diversa índole, desde uma atividade conservadora ou de polícia, até uma criadora ou de serviço público, passando por uma atividade intermediária de fomento ou estimuladora.

Hauriou salientou que a base liminar do direito administrativo deveria calcar-se em uma idéia mais onicompreensiva. E **Waline**, embora admitindo que a noção de serviço público é básica para o direito administrativo, pretendeu substituí-la pela idéia de "utilidade pública", sendo o serviço público apenas um dos procedimentos técnicos destinados a servir a esta utilidade. Mais

[3] A originalidade do Direito Administrativo é que ele resulta de uma construção doutrinária: a interpretação do princípio da separação dos poderes do Estado (ideais da Revolução de 1789). Inobstante, observa **Lafayette Pondé** (1994: 85), "o regime administrativo não é uma *fonte* do poder, mas uma contenção das autoridades". O modelo francês serviu de paradigma a todos os sistemas políticos ocidentais, embora em alguns (como o brasileiro) a adoção tenha sido parcial, excluída a *justiça administrativa*, que faz parte da dualidade jurisdicional francesa.

tarde, abandonou esta pretensão, pois se tratava de critério excessivamente lato, portanto desprovido de utilidade e aplicação.

Surgiu, então, a tendência de centrar-se na noção de "ato administrativo". Para **Mayer**, da Escola Técnico-Jurídica Alemã, o atual direito administrativo estaria dominado por tal idéia, cuja teoria provocou o progresso contemporâneo da disciplina.

Em virtude principalmente do *princípio da legalidade* imposto a esses atos, prestou-se a teoria do ato administrativo a atender a necessidade de pôr limites à excessiva atividade da administração pública, expandida devido a uma tendência nitidamente intervencionista, mesmo em regimes liberais e até conservadores, e que poderia resultar prejudicial para os direitos e liberdades individuais.[4]

Ainda assim, a noção de ato administrativo como ordenadora do Direito Administrativo foi bastante criticada, principalmente porque seu desenvolvimento não se aplica a todas as instituições da disciplina e seu conteúdo, em muitos aspectos, aparece como secundário ou subordinado a outros princípios ou bases alheios à sua própria teorização. Por isso, tal teoria não serve para explicar o fundamento primeiro do direito administrativo, o que leva a doutrina a propor uma outra noção liminar – a de "interesse público".

A ereção da noção de interesse público em pedra angular do direito administrativo desempenha funções explicadora e aglutinadora mais eficientes que as noções até aqui analisadas.

Torna-se preciso, pois, examinar a relevância e influência deste conceito dentro do direito administrativo, a fim de engendrar critérios que possibilitem a definição da noção de interesse público, tanto no seu aspecto formal como em seu possível conteúdo, destacando ser a mesma um contrapeso a todo excesso da administração, em busca de um adequado equilíbrio entre as liberdades e os direitos individuais e as exigências da vida em comunidade.

2. O direito administrativo, a administração pública e o interesse público

Quando falamos em Direito Administrativo, pressupomos, como vimos, haver princípios que lhe são peculiares e norteadores, concatenados de forma a compor um sistema: o regime jurídico-administrativo. Entroncado que

[4] Como observa **Cassagne**, "manter o equilíbrio administração-indivíduo constitui uma das preocupações do Estado contemporâneo, em que a legalidade assume um conteúdo social, como conseqüência da progressiva transformação de interesses individuais em públicos, processo que acompanha a evolução do direito administrativo deste século" (*Apud* ESCOLA, 1989: 12).

está no direito público, o direito administrativo concretiza normas de determinados interesses como atinentes à sociedade e não aos particulares. Assim, sua disciplina normativa se constrói na base de dois princípios:

a) Supremacia do interesse público sobre o privado;

b) Indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração.

Tais princípios devem ser observados não em si mesmos, mas em suas repercussões no ordenamento jurídico. Não se quer conceder-lhes valor absoluto, como pretendeu **Duguit** com a noção de serviço público. São pontos fundamentais do direito administrativo, validados como fonte matriz desse sistema, tendo importância intrínseca e perene. Dizem respeito à função estatal, exercitada tanto direta quanto indiretamente, afetando também, ainda que parcialmente, entidades da administração indireta, mesmo quando têm personalidade de direito privado.

A supremacia do interesse público sobre o privado é um cânone no moderno direito público. Firma a prevalência do interesse da coletividade sobre o do particular, até como condição de sobrevivência deste último, pois é pressuposto de uma ordem social estável, em que cada um possa sentir-se garantido e resguardado.

Observe-se, nesse sentido, o ensinamento de **Cretella Júnior**, ao afirmar que "o princípio da supremacia do interesse público, que informa todo o direito administrativo, norteando a ação dos agentes na edição dos atos administrativos e dos órgãos legiferantes nos processos nomogenéticos, de maneira alguma é princípio setorial, típico, específico do direito administrativo, porque é comum a todo o direito público, em seus diferentes desdobramentos, já que se encontra na base de toda processualística, bem como na raiz do direito penal e do constitucional."[5] É, entretanto, no direito administrativo, que tal princípio se erige de maneira mais veemente, afirmando-se como verdadeiro mandamento a ser seguido pelos administradores.

Essa posição de supremacia ou verticalidade nas relações entre Administração e particulares expressa a autoridade do Poder Público como condição indispensável para gerir os interesses públicos postos em confronto. A Administração pode constituir os privados em obrigações, por meio de ato unilateral, bem como modificar unilateralmente as relações já estabelecidas. Disso resulta a exigibilidade dos atos administrativos, a possibilidade de revogação e decretação de nulidade dos próprios atos e, em certas hipóteses, a executoriedade muitas vezes até com recurso à compulsão material sobre a pessoa ou coisa.

[5] CRETELLA JÚNIOR, José (1968: 1-10).

Todavia, como alerta **Celso Antônio B. de Mello**, não podemos, de modo algum, supor que a Administração Pública, escudada na supremacia do interesse público sobre o privado, possa exercer tais prerrogativas com a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercitam seus direitos.[6] Isso porque a Administração exerce *função* administrativa, e os poderes de que é dotada são apenas *instrumentais* para a realização do *dever* que lhe incumbe nessa função: a satisfação dos interesses públicos, ou seja, interesses da coletividade. Nos Estados democráticos, esses poderes só serão legítimos se afetos a uma finalidade instituída no interesse de todos, devendo, pois, serem vistos como "poderes-deveres", sobressaindo seu aspecto finalístico, daí advindo várias limitações.

Do exposto dessume-se a indisponibilidade e inapropriabilidade dos interesses públicos pelo próprio órgão administrativo que os representa, que tem apenas o dever de guardá-los e realizá-los. A relação jurídica de administração se estrutura em torno de uma finalidade cogente, que serve de parâmetro para o administrador e aparece protegida, pela ordem jurídica, contra o próprio agente e contra terceiros. Os bens e interesses não se encontram entregues à livre disposição da vontade do administrador. Esta disponibilidade está nas mãos do Estado (e de outras pessoas políticas, cada qual na própria esfera) em sua manifestação legislativa. A Administração e suas pessoas auxiliares têm caráter meramente instrumental.

Da indisponibilidade do interesse público decorrem logicamente os princípios da legalidade, da continuidade do serviço público, do controle administrativo e jurisdicional dos atos administrativos, da isonomia, da publicidade, entre outros.

Esses princípios vão fundamentar toda a organização e a função administrativa, orientando a prática de atos e a celebração de contratos administrativos (que não visam senão à consecução de um interesse público, o que justifica conterem até cláusulas exorbitantes do direito privado, elevando a Administração à posição de superioridade, com prerrogativas próprias), a imposição de limitações administrativas sobre a propriedade privada (vejam-se, *v. g.*, as hipóteses de desapropriação, que encerram sempre um motivo de interesse público, seja a utilidade, a necessidade pública ou o interesse social), a criação de serviços públicos, as atividades de fomento e coação frente aos administrados, a responsabilidade do Estado pelos seus atos que causarem prejuízos aos administrados. A atividade estatal, dentro do nosso sistema constitucional, deve estar sempre orientada à realização das finalidades de interesse público, que são as que beneficiam não só a coletividade, mas

[6] A esse respeito, vide MELLO, Celso Antônio Bandeira de (1996: 23-30).

também, de algum modo, a cada um de seus componentes, donde a relevância da abordagem do tema.

Parte II – O interesse público

1. Etimologia

A primeira aproximação que se tem da noção de interesse público deriva de sua origem etimológica. Os dicionários vinculam a palavra "interesse" ao valor ou importância que uma coisa ou bem tem para uma pessoa, daí a estimação valorativa, ligada ao proveito que esses bens têm, à sua conveniência ou necessidade moral ou material. "Interesse" deriva da forma verbal latina "interest", que vem dos vocábulos "inter" e "esse", que significam literalmente "estar entre". Posteriormente, essa forma verbal se substantivou, passando a significar "aquilo que é importante". O interesse é, pois, sempre uma relação de complementaridade entre uma pessoa (sujeito) e um bem ou valor (objeto), relação esta que se traduz em *necessidade*, quando enfocada sob o prisma do sujeito, e em *utilidade*, pela ótica do objeto.

"Público", por sua vez, refere-se ao que pertence ou interessa ao povo, aos vizinhos, à comunidade, ao Estado. O interesse, portanto, passa a ser público quando não é exclusivo ou próprio de uma ou poucas pessoas, mas quando dele participam um número tal de pessoas de uma comunidade determinada que podemos chegar a identificá-lo como de todo o grupo, inclusive daqueles que não compartilham desse interesse.

Teoricamente, seria possível existir um querer comunitário que envolvesse a totalidade dos componentes de um dado grupo, mas a consciência social se forma, na verdade, com a existência de vontades individuais coincidentes ostensivamente majoritárias, não só porque de outro modo deixaria de ser social, público, mas porque somente tal condição justificaria a imposição deste querer valorativo a quem, individualmente, não participa dele.

Assim, o interesse público pode ser um querer valorativo geral e total numa comunidade, mas não tem necessariamente que o ser, bastando aparecer como a consciência de uma maioria. Os diversos interesses públicos não são senão uma pretensão majoritária que admite a possibilidade de que certa parte da comunidade não reconheça neles seu próprio interesse individual, não deixando a minoria de contribuir para a obtenção deste interesse majoritário, podendo inclusive ser constrangida a tal.

Há de se ressaltar, todavia, que nos regimes de fundo totalitário o interesse público não representa um querer valorativo majoritário da

comunidade, mas é definido e precisado pelo governo, pela administração pública, pelo Estado, pelo partido dominante, pelo chefe de governo. Trata-se de um interesse, na medida em que é querido e pretendido por quem os propõe, mas não de um interesse público, pois falta a coincidência com os interesses individuais majoritários. Tendo conteúdo axiológico, o interesse público somente pode ser coativamente imposto a toda a comunidade se for resultado de um querer voluntária e livremente formulado, nunca forçadamente imposto. Em alguns regimes, esse interesse imposto pode ser válido, mas nunca será "interesse público", na concepção de um ideal de Estado Democrático.

2. Unidade ou multiplicidade do conceito – a confusão conceitual

O conceito de "interesse público" tem sido definido de várias formas. Partidários extremistas de **Bentley**[7] chegam a afirmar que não existe interesse público, e que as únicas decisões finais do Estado são feitas na base da força, de uma forma ou de outra. Percorreremos as principais idéias formadas em torno da expressão.

2.1. Contratualismo utilitarista

Pela visão contratualista, o conceito pode ser amplamente considerado, ao ponto de quase coincidir com o de "bem-estar geral", englobando, assim, ações individuais ou institucionais. Foi com **Rousseau** que surgiu a idéia de *interesse geral* diverso da soma dos interesses individuais.[8] Pela convenção, "cada um de nós põe em comum sua pessoa e toda sua autoridade, sob o supremo comando da vontade geral, e recebemos em conjunto cada membro como parte indivisível do todo." (1972: 31). Assim, cada um dos membros, sendo, simultaneamente, em conseqüência do contrato, homem individual e homem social, pode ter duas espécies de interesse: o particular e o geral.

Pode ainda o interesse público ser considerado como atributo apenas de certos atos estatais, encarando-se, em um contexto nacional ou internacional. Daí defender-se que os atos de um Estado-nação não podem, e de fato não

[7] *Apud* FRIEDRICH (1967: 25).

[8] Conceituação diferente, com a qual se coaduna a moderna doutrina administrativista, é a legada por **Alice Borges** (1996: 114), para quem o interesse público é um somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material, que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou manter em sua própria esfera de valores.

devem, procurar transcender os interesses daqueles dos quais é derivada a autoridade do seu corpo administrativo. Esta é a noção de "interesse nacional", expressão cuja utilização **Bobbio** (1997: 641) atribui à necessidade de segurança que cada Estado tem dentro das condições anárquicas das relações internacionais e que faz com que os conflitos sejam resolvidos, em última instância, pelo uso das armas ou ameaça da força.

2.2. *Positivismo*

Os positivistas são deveras formalistas, aplicando a palavra "público" a considerações puramente processuais, equiparando o interesse público a processos destinados a consumar a norma da maioria. Muitos juristas e políticos não raramente dotam todo e qualquer ato que se adapte a um processo legítimo do atributo de interesse público. E definem "legítimo" como "constitucional", colocando num mesmo plano atos de déspotas, de democracias refinadas e de repúblicas que são meras ficções formais. A palavra "interesse" não sobreviverá a essa aplicação universal, embora a palavra "público" possa passar relativamente incólume, identificando-se apenas com um processo.

Para **Hans Kelsen** (1994: 199), que identifica Estado e Direito, a fonte de validade de uma norma jurídica é a vontade do Estado, ou uma norma hierarquicamente superior. A vontade estatal se concretiza através do Direito, de modo que só se vislumbraria como interesse público juridicamente protegido aquele consagrado na norma.

2.3. *Economia*

Os economistas substituem a legitimidade pela "livre escolha do consumidor", considerando de "interesse público" a atividade do governo destinada a promover essa escolha, como as legislações antitruste, destinadas a promover a honestidade na publicidade e nos produtos. É um conceito mais funcional de interesse público, entendido como aquele voltado para metas de execução (asseguram o regular funcionamento da economia) e de realização (referem-se ao conteúdo específico do interesse público – por exemplo, um nível adequado de vida para o povo, educação, defesa etc.).

2.4. Sociologia

Para o sociólogo observador, o interesse público numa dada sociedade em determinada época é aquele que se adapta aos costumes da sociedade. Eis aí a base do relativismo ético: conforme o ponto de vista e os costumes de cada sociedade particular, determinados atos podem ou não ser considerados como de interesse público. As dificuldades surgem quando percebemos que, dentro de uma dada sociedade, vários grupos terão também costumes diferentes, e nas culturas de transição, os costumes sequer têm a estabilidade temporária de uma "sociedade estabelecida". O mérito do ponto de vista sociológico é identificar a natureza ética da busca individual de orientação de valor, embora este seja relativo e não absoluto.

2.5. Legalismo

No campo jurídico-legal, a expressão "interesse público" freqüentemente aparece associada a outras semelhantes: ordem pública, interesse geral, interesse coletivo, utilidade pública, interesse difuso, bem comum, e outras, mencionadas ora como sinônimos, ora com sentidos diferentes.

A "ordem pública", *v.g.*, foi definida com largueza pelo então presidente do TFR e atual Ministro do STF José Néri da Silveira, explicitando que "nesse conceito se compreende a ordem administrativa em geral, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas"[9].

É também invocada como fundamento das medidas restritivas e sancionatórias das atividades pessoais e coletivas, permitindo considerações que são superiores aos interesses particulares e orientando a interpretação judicial das leis conforme o desenvolvimento do conteúdo do conceito. Aparece, outrossim, como o próprio objeto do direito administrativo, enquanto *bem juridicamente protegido* (**Mamede**, 1995: 155), pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.

Não é fácil definir o interesse público, que tem acepções diversas, podendo apresentar-se como conceito fluido. A função administrativa se destina à realização dos fins públicos assinalados no sistema, o que leva **Lúcia Valle Figueiredo** a afirmar que o interesse público, dentro de um determinado sistema jurídico-positivo, é aquele a que a lei deu tratamento especial[10].

---

[9] *Apud* MEIRELLES (1997: 79).
[10] FIGUEIREDO (1975: 55).

Enquanto o fim público expressa o conceito teleológico de uma atividade pública, o interesse público se refere a seu conteúdo e objeto.

3. Distinções necessárias

Não se confunde o interesse público com o interesse da Administração Pública. A expressão "público" refere-se aos beneficiários da atividade administrativa e não aos entes que a exercem. A Administração é apenas guardiã do interesse público, daí não poder dele dispor. É de se lembrar a distinção de **Renato Alessi**[11], baseada em Carnelutti, entre interesses *primários* e *secundários*, segundo a qual o interesse coletivo primário é o conjunto de interesses individuais preponderantes em uma determinada organização jurídica da coletividade, enquanto o interesse do aparelhamento organizativo do Estado seria simplesmente um dos interesses secundários que se fazem sentir a coletividade, e que eventualmente podem ser realizados, quando coincidem com o interesse primário (sempre prevalente, quando em conflito com o secundário) e dentro dos limites da coincidência.

A esse respeito, vaticina **Edgar Bodenheimer**, em seu trabalho "Prolegômenos de uma teoria do interesse público" (*In* Friedrich, 1967: 210):

> *"Embora o interesse público não possa ser determinado por um contador automático de interesses públicos, não é também permissível identificá-lo com as decisões políticas das autoridades públicas. Em outras palavras, não se pode conceder que o interesse público consista em tudo o que as autoridades públicas com seu 'fiat' declarem ser. Se os órgãos estatais estiverem sempre e necessariamente dotados da vontade de realizar da melhor maneira possível a capacidade de discernir os melhores interesses da comunidade persistentemente e sem desvio, então talvez haveria lugar para uma identificação do interesse público com a tomada de decisão pelo governo."*

Também parece claro que o interesse público não corresponda ao interesse da totalidade dos cidadãos que compõem determinada comunidade, os quais, em regra, colidem, pela própria característica de uma sociedade pluralista, como é a brasileira. Cumprir o interesse público não é atender ao interesse comum de todos os cidadãos – o que seria impossível –, mas beneficiar uma coletividade de pessoas que tenham interesses comuns, ainda que estes não correspondam à soma dos interesses individuais. O interesse público é despersonalizado.

[11] *Apud* DI PIETRO (1991: 461).

Tampouco se deve entender o interesse público como sinônimo de interesse coletivo e interesse difuso, estes espécies daquele. Necessário fazer essa distinção no direito brasileiro, ante a existência de determinados institutos jurídicos de proteção a interesses meta-individuais, que transcendem a esfera dos interesses individuais.

O interesse coletivo respeita ao grupo de pessoas determinadas ou determináveis, que se unem precisamente porque têm um interesse comum. É em regra indisponível e de objeto indivisível: ainda que o titular possa exercê-lo individualmente, não poderá fazê-lo de forma exclusiva, pois outros titulares usufruem do mesmo direito. O interesse difuso, por sua vez, também implica a indivisibilidade e indisponibilidade, entretanto se caracteriza pela indeterminação dos indivíduos que dele se beneficiam. São modalidades de interesse público (emergentes que são da vida em comunidade), que nem sempre corresponde à soma dos interesses individuais, mas no qual a maioria dos indivíduos reconhece um interesse próprio e direto.

4. Interesse público, interesse individual e interesse do Estado

Nascendo com o Estado Liberal, o direito administrativo impregnou-se, em parte, do cunho individualista que dominava as várias ciências humanas, inclusive o direito. Mas, paradoxalmente, o direito administrativo trouxe em si traços de autoridade, de supremacia sobre o indivíduo, com vistas à consecução de fins de interesse público. Daí a sua bipolaridade: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração; restrições e prerrogativas.

Em tese oferecida no II Seminário Jurídico dos Grupos de Estudos do Ministério Público do Estado de São Paulo, veio à lume conceito deveras abrangente: "interesse público é o pertinente a toda a sociedade, personificada no Estado. É o interesse à preservação permanente dos valores transcendentais dessa sociedade. Não é, assim, o interesse de um, de alguns, de um grupo ou de uma parcela da comunidade; nem mesmo é o interesse só do Estado, enquanto pessoa jurídica empenhada na consecução de seus fins. É o interesse de todos, abrangente e abstrato. E por ser de todos não é de ninguém."[12] Essa definição tem o mérito de mencionar a carga axiológica do conceito – determinados bens e valores, sem dúvida, são vitais para o pacífico convívio social, assim constituindo objeto de interesses públicos: a vida, a liberdade, a família, as disposições de última vontade etc. –, porém é criticável por generalizar a titularidade do interesse, o que dificilmente se verifica na prática.

[12] *Apud* FERRAZ (1987: 51).

Vale lembrar que, não obstante tal dificuldade, os indivíduos que não reconhecem em um interesse público seu próprio interesse individual, ficam, entretanto, constrangidos a aceitá-lo e até contribuir para a sua obtenção, através de um claro sentimento de solidariedade e integração social. O interesse público, assim, passa a coincidir com o bem-estar geral, que prescinde da convergência de todos os interesses individuais, podendo até a estes se sobrepor para a realização daquele.

Em muitas oportunidades, implementou-se uma interpretação que acreditamos equivocada; nestes casos, a expressão "interesse público" acabou por ser compreendida como "interesse dos agentes (dirigentes) de Estado". Nestas – infelizmente não raras – oportunidades, manipulou-se a superioridade de que gozam os órgãos da Administração Pública em relação aos denominados "particulares", superioridade esta que busca fundamentação justamente na primazia e na defesa do interesse social.

Se a lei, por exemplo, dá à Administração os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar, de punir, é porque tem em vista atender ao interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual. Em conseqüência, assevera **Di Pietro** (1997: 63), se, ao usar de tais poderes, a autoridade administrativa objetiva prejudicar um inimigo político, beneficiar um amigo, conseguir vantagens pessoais para si ou para terceiros, "está fazendo prevalecer o interesse individual sobre o interesse público e, em conseqüência, estará se desviando da finalidade pública prevista na lei. Daí o vício do *desvio de poder* ou *desvio de finalidade*, que torna o ato ilegal."

Na medida em que o interesse público e o particular, em uma ordem democrática, são qualitativamente iguais e respeitados, quando o interesse individual é alijado ou substituído pela natural predominância do interesse público, tem de ser compensado pela perda de seus direitos e interesses, mediante sua eqüitativa conversão em outro valor equivalente.

5. Complexidade e conflitualidade na determinação do interesse público

5.1. Complexidade

No conceito jurídico-positivo, interesse público é aquele interesse que deve ser curado com prevalência e, para tanto, com a outorga de uma titularidade de poder à Administração, e cujo conteúdo reflete prerrogativas especiais. Impende destacar, contudo, que o interesse público sofre recondicionamentos de ordem metajurídica, os quais podem ser abstraídos

conceitualmente, mas não podem ser olvidados numa análise concreta de sua utilização.

Eis porque defendemos a complexidade do conceito de interesse público, que não pode esgotar-se num rótulo formal em que se enquadram as atividades da Administração Pública. Entender que o interesse público é aquele definido pelo Estado, através do Direito, é curvar-nos por demais ao positivismo e ao legalismo, esquecendo-nos de que o conceito tem conteúdo valorativo (portanto variável conforme as circunstâncias históricas) – o que não quer dizer que seja múltiplo, ao contrário, objetivo.

Assim como o princípio da legalidade saiu de uma forma rígida e formalista, própria do Estado legal, e chegou a uma fórmula muito mais ampla que se ajusta ao Estado de Direito propriamente dito, também o princípio do interesse público começou como proposição adequada do Estado Liberal, não intervencionista, e assume cunho diverso, para adaptar-se ao Estado social e democrático de direito, hoje adotado na Constituição brasileira.

O intérprete, o agente administrativo e o aplicador do Direito exercem, aqui, função decisiva, porque o princípio do interesse público está presente tanto no momento de elaboração da lei, como no da sua execução em concreto pela Administração e, ainda, no do controle jurisdicional dos atos administrativos.

Não tendo sido o legislador preciso quando se refere a conceitos plurissignificativos, como *interesse público*, *utilidade pública*, *ordem pública*, dentre outros, deverá sê-lo o aplicador da norma. Quanto ao interesse público, deve traduzir, num primeiro momento, a finalidade precípua da Administração e, numa segunda oportunidade, será objeto de interpretação pelo Judiciário.

Trata-se sempre, em última análise, da aplicação e interpretação da lei, para saber se a solução a que se chegou é a melhor, a mais justa que a norma pretendeu alcançar. A tarefa do intérprete converte-se em verdadeiro juízo de legalidade.[13] Já está, contudo, superada na doutrina a concepção de que o preenchimento destes conceitos indeterminados se daria estritamente no campo da discricionariedade administrativa, isto porque tais conceitos não permitem, em sua aplicação, uma pluralidade de soluções justas (entregues ao critério de conveniência e oportunidade do administrador), senão uma só solução em cada caso.

[13] García de Enterría (*Apud* BORGES, 1996: 110).

5.2. *Conflitualidade*

Pelo panorama traçado, vê-se quão delicada e importante é a tarefa da Administração Pública na interpretação da "vontade geral da sociedade" (encarada esta como a síntese de interesses individuais coincidentes, que devem ser considerados), na satisfação diária do interesse público em um Estado Democrático. Essa definição, pelo intérprete, há de resultar de um cuidadoso trabalho de sopesamento das condições oferecidas pela realidade, considerando-se menos a discricionariedade do governante e mais os legítimos reclamos e aspirações sociais de seu tempo, de forma impessoal e descompromissada de interesses estranhos.

A doutrina denomina de "conflitualidade de interesses" a situação em que se verifica um descompasso entre a interpretação governamental e o efetivo interesse da coletividade. Ocorre quando a Administração persegue um interesse público real, mas conflitante com outro, que lhe é superior, por ser a legítima e real expressão das aspirações de uma dada sociedade e de seus cidadãos.

Cabe, então, ao Judiciário, uma tarefa mais delicada ainda, a de decidir tal conflitualidade, certamente inafastável, eis que aferir e qualificar o interesse público como determinante de uma ação administrativa representa, afinal, um juízo de legalidade. A satisfação do interesse público, ademais, transcende os simples limites da legalidade, abrigando-se no domínio da legitimidade, pois há um interesse público contido e delimitado pela Constituição e pela lei, correspondendo à expressão positiva do bem comum.

6. Conclusão

Exposta que foi a importância (e conseqüente necessidade) da identificação do que seja interesse público no campo do direito administrativo, passamos a delinear, numa síntese, os critérios básicos na orientação dessa tarefa.

Em primeiro lugar, considera-se como tal aquilo que o povo quer ver preservado ou promovido, segundo uma escala prévia de valores ou uma síntese previamente estabelecida, extraídos de debates públicos a respeito das decisões públicas. Não se quer privilegiar, aqui, o subjetivismo individual de cada integrante da comunidade, mas os objetivos consagrados pela atividade criadora do Direito, notadamente a legislativa, que expressa, num regime democrático, o querer social, e que depende, para concretizar-se, de um regular exercício da atividade administrativa.

Não nos detenhamos, contudo, como já observado, no simplismo de aceitar que está na lei – entendida no sentido mais lato – a definição do interesse público. Esta consideração não é bastante, pois a lei dificilmente preveria todas as situações que pretende abarcar. Como observa **Dalmo de Abreu Dallari** (*apud* Di Pietro, 1991: 459), é pela visão concreta, perante uma situação real, num contexto específico, que se encontram maiores possibilidades de concluir a respeito do que é o interesse público.

Assim, o interesse público deve ser visto sob a ótica procedimental, à medida que é a expressão de interesses emergentes da vida em comunidade, sob o prisma da finalidade, posto que é grande limitador das ações dos entes que exercem a função administrativa, e sob o aspecto do conteúdo, no que concordamos com **Lasswell**[14], entendendo que o interesse público, como chave essencial da política pública, precisa ser constantemente redefinido e reavaliado, o que é função predominante do estudioso da jurisprudência.

7. Bibliografia

1. BOBBIO. Norberto *et al. Dicionário de política.* Trad. Carmen C. Varriale. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
2. BORGES, Alice Maria Gonzalez. *Interesse público: um conceito a determinar.* Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: n. 205, jul/set/1996, p. 109-116.
3. CRETELLA JÚNIOR, José. *Princípios informativos do direito administrativo.* Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: n. 93, outubro/1968, p. 1-10.
4. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
5. _____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988.* 1. ed. São Paulo: Atlas, 1991.
6. ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo.* Buenos Aires: Depalma, 1989.
7. FERRAZ, Antonio Augusto M. de Camargo. *Interesse público, interesse difuso e defesa do consumidor.* Justitia. São Paulo: Ano 49, n. 137, jan-mar/1987, p. 49-56.
8. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Premissas à elaboração de um conceito de direito administrativo.* Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: n. 120, abril-junho/1975, p. 49-61.

[14] LASSWELL, Harold D. *O interesse público: sugestões de princípios de conteúdo e método.* (in FRIEDRICH, 1967: 64-88).

9. FRIEDRICH, Carl J. (editor). *O interesse público.* Trad. Edilson Alkmin Cunha. 1. ed. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.
10. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* Trad. João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.
11. MAMEDE, Gladston. *Neoliberalismo e desadministrativização.* Revista de Informação Legislativa. Vol. 32, n. 127, jul/set/1995, p. 151-159.
12. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data.* 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
13. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
14. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo.* V. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
15. PONDÉ, Lafayette. *A doutrina e a jurisprudência na elaboração do direito administrativo.* Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: n. 196, abril/jun/1994, p. 85-93.
16. ROUSSEAU. Jean-Jacques. *O contrato social e outros escritos.* Trad. Rolando Roque da Silva. 4. ed. São Paulo: Cultrix, 1972.

EFICÁCIA E EFETIVIDADE DAS NORMAS DE CONTROLE DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Adriana Siqueira (Aluna da Graduação do 8° Período)

Sumário: 1. Apresentação; 2. Controle Normativo; 3. A Moral Administrativa; 4. Dos Atos Administrativos e da Moralidade; 5. Da Eficácia e Efetividade das Normas de Controle; 6. Bibliografia.

1. Apresentação

O tema, ora abordado, já foi objeto de inúmeras obras de ilustres doutrinadores pátrios e estrangeiros. Não é, pois, um assunto novo. Todavia, nas poucas linhas que se seguem, procurarei oferecer um enfoque à matéria, até então, pouco apreciado. Inobstante a existência de normas de controle da moralidade administrativa, o mesmo não significa dizer que haja uma correspondência relativa a sua eficácia e efetividade.

Antes de adentrarmos na questão da eficácia e efetividade faz-se mister que sejam postas certas noções a respeito de: (1)- o Controle Normativo; (2)- a Moral Administrativa e (3) dos Atos Administrativos e a Moralidade. Feitas essas considerações, abordaremos a especificidade do tema, segundo os parâmetros estabelecidos.[1]

2. O Controle Normativo

O controle normativo, apesar da aparente clareza dos termos, não é de tão simples percepção. O que seriam normas de controle em si? Qual a natureza jurídica das normas de controle?

Em princípio, todas as normas (*lato sensu*) são de controle, na medida em que elas regem o comportamento humano adequando-o a um modelo normativo já determinado. Assim, em sentido amplo, todas as regras de conduta, sejam elas positivadas ou não, são controladoras. E ainda mais,

[1] Assim como dizia CANDILLAC: " As idéias não podem ser claras se as palavras que servem para designá-las não forem, primeiro, cuidadosamente definidas" *apud* SUSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho*, vol.1, 1995.

quando positivadas, sejam elas simplesmente declaratórias, constitutivas, executórias...etc, têm como fim "assegurar" um sistema normativo, o qual necessita de condutas adequadas para a sua própria estabilidade. Porém, há normas que *per si* são eminentemente de controle. São elas expressões máximas da coercitividade normativa (não se afastando aqui a coercitividade das demais normas). Tais normas tem como fim precípuo a conformidade das condutas humanas com o sistema jurídico vigente. Diferentemente do que ocorre com as demais normas, que exercem o controle de modo indireto, estas, ao contrário, têm este como fim direto. Podemos exemplificar como normas de controle (*stricto sensu)* a Lei n.° 8.429, de 02/06/1992, a qual dispõe sobre a (im)probidade administrativa, ou ainda o Decreto n.° 1.171, de 22/06/1994, o qual aprovou o Código de Ética Profissional do Servidor Civil do Poder Executivo Federal, entre outras. É nítido o caráter controlador destes preceitos, os quais visam *prima facie* conformar as condutas (especificamente, nos exemplos citados, dos agentes públicos) ao Princípio da Moralidade.

Numa classificação de critérios puramente jurídicos, várias são as espécies de controle. Podemos dentre eles destacar: a) quanto ao momento exercido - pode ser prévio, concomitante ou posterior; b) quanto ao órgão que o exerce - pode ser judicial, administrativo ou legislativo; c) quanto ao objeto – controle de legalidade, legitimidade...

No tocante ao controle administrativo tem este uma modalidade especialíssima, qual seja o Controle da Moralidade. Adentra no campo da Moral Administrativa, na qual reside a liberdade de agir do administrador. É consoante a subjetividade do seu objeto urge cada vez mais o seu aprimoramento, face às novas exigências da probidade e transparência no trato da coisa pública.

3. A Moral Administrativa

Seguindo a linha de raciocínio, anteriormente traçada, deparamo-nos, com o, às vezes, nebuloso campo da Moralidade Administrativa. Por mais abstrato que pareça o tema, não há como considerá-lo despiciendo. Moreira Neto em certo trecho de sua obra, refere-se claramente à "Imprescendentabilidade do Conceito de Moral, mesmo sob o mais ortodoxo positivismo jurídico"[2]. E tão imprescindível se constata que a própria evolução do Direito administrativo ocorre concomitantemente com a do conceito de Moral Administrativa. A primeira noção que se tem como referencial da Moral

[2] MOREIRA NETO, Diogo de Figueredo. *Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: [s.n.], n. 190 , p. 08.

Administrativa advém do direito francês, com a clássica definição de Hauriou, o qual a preconiza como: " O conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração." [3] Desde essa prestigiada definição do mestre francês é clara a distinção que se procura fazer entre a Moral Comum e a Moral Pública. Enquanto a Moral Comum comporta várias cambiantes (sejam elas de natureza social, religiosa, cultural...) num mesmo plano espaço-temporal, a Moral Administrativa tem um esteio fundamental, qual seja o da boa administração. O grau de generalidade da Moral Comum não encontra similitude na Moral Administrativa, ao contrário, esta se restringe a um campo determinado. Quando se afirma que a Moral Administrativa é a " disciplina interior da Administração" é porque se trata de uma moral fechada[4], relativa a um grupo determinado.

A Moral Comum paira sobre um senso generalizado acerca de conceitos como o bem e o mal, o justo e injusto, o honesto e o desonesto... Ao passo que a Moral Administrativa está circunscrita a um campo definido (saliente-se que estas categorias morais não são excludentes, antes disso são complementares). Bem nítida está a definição de Welter, segundo o qual: "a Moralidade Administrativa não se confunde com a Moralidade Comum; ela é composta por regras da boa administração, ou seja, pelo conjunto das regras finais e disciplinares suscitadas, não só pela distinção entre o Bem e o Mal, mas também pela idéia geral de administração e pela idéias de função administrativa."[5] E por fim, num campo muito mais restrito está a Moral Privada, considerando-a como aquela imanente a cada indivíduo, que se traduz em seus próprios conceitos morais, inerentes a sua própria subjetividade.

A Moral Administrativa representa todo aquele comportamento que se espera de um bom administrador da coisa pública (num paralelo com o Direito Romano, seria o mesmo que o "bom pai de família"). Este por sua vez, age através de atos administrativos, os quais para a sua validade devem estar consonantes com o tríplice aspecto da legalidade, finalidade e moralidade.

4. Dos Atos Administrativos e da Moralidade

No âmbito da Administração Pública o administrador, como já mencionado, age por meio de atos, ou melhor dizendo, atos administrativos.

[3] DI PIETRO, Maria Sylvia. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 102.
[4] BERGSON *apud* MOREIRA NETO, Op. cit.
[5] WELTER, Henri. *Le Contrôle Jurisdictionnel de la Moralité Administrative*. Paris: 1929, p. 74s *apud* MEIRELLES, Hely Lopes; *Direito Administrativo Brasileiro*.

Estes, por sua vez, podem ser vinculados ou discricionários. Os primeiros são aqueles que diante de uma situação concreta já estão estabelecidos por lei, quais as medidas que devem ser adotadas pelos administradores. Não há margem de liberdade nesse atuar. Já os segundos são aqueles que deixam uma certa margem de liberdade ao administrador, o qual diante um caso concreto, poderá tomar essa ou aquela medida, de acordo com seus critérios de conveniência e oportunidade.

Quanto aos atos administrativos vinculados não existem maiores problemas na apreciação da Moralidade dos mesmos. Ou melhor, a questão moral não vai residir na atuação do administrador, mas outrossim, no atuar do próprio legislador. Em relação aos atos administrativos discricionários, merece especial relevo a questão da Moralidade, haja vista a liberdade de atuação, conferida ao administrador, no exercício de sua atividade administrativa.

A análise da Moralidade do ato administrativo (da qual o Poder Judiciário é legitimado para tanto) não se infere na análise da discricionariedade do mesmo. Dentre o leque de opções, a que é dado ao administrador escolher diante do caso concreto, existem uma série de condutas a serem tomadas. Porém dentro dessas condutas, formalmente válidas, nem todas são tidas como morais. E face ao imperativo do Princípio da Moralidade (Art. 37, caput, CF/88), deverá o administrador optar somente por aquelas que sejam morais. Por mais positivista que seja o enfoque do fenômeno jurídico, não há como desvincular-se do teor intrínseco da norma, o qual precisa antes de tudo ser moral. A atuação da Administração Pública deve ser compreendida num contexto maior do que aquele que se apresenta diante de um caso concreto. Como já há muito é apregoado tem-se que se ter em vista o *melhor administrar*, antes do bem *administrar*. [6]

5. Da Eficácia e Efetividade das Normas de Controle

Cumpre estabelecer a distinção entre os termos Eficácia e Efetividade, os quais, muitas vezes, são tomados como sinônimos quando na realidade não o são. A Eficácia de uma norma está relacionada com a aptidão que esta possui para produzir efeitos. Trata-se de um conceito técnico-jurídico, o qual pressupõe uma norma válida (perfeita formalmente) e vigente. Conforme leciona Tércio Sampaio: " A Eficácia é uma qualidade da norma que se refere à sua adequação em vista da produção concreta de efeitos. A norma será eficaz se tiver condições fáticas para atuar, por ser adequada à realidade (eficácia

[6] RIBEIRO LOPES, Maurício Antônio. *Ética e Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

semântica), e condições técnicas de atuação (eficácia sintática), por estarem presentes os elementos normativos para adequá-la à produção de efeitos concretos." [7]

Diante do conceito de Efetividade deparamo-nos com um aspecto meta-jurídico da norma. A Efetividade de uma norma revela-se na sua aplicabilidade na realidade fática. Quando uma norma é efetiva há uma consonância do seu conteúdo abstrato e a sua aplicabilidade real. Nesta relação (norma/realidade) que se estabelece, há uma série de condicionantes, cujos fatores são de ordem axiológica, cultural, social... E para este enfoque teríamos que sair do campo da dogmática jurídica para o da Sociologia Jurídica.[8]

O princípio da Moralidade Administrativa, expressamente elencado no Art. 37, caput da Carta Magna, tem eficácia plena face o seu enquadramento como norma-princípio. Trata-se, pois, de uma norma fundamental, especificamente no âmbito da Administração Pública, a qual deve servir como referencial para as demais normas pertinentes à matéria. Num primeiro plano o princípio da Moralidade Administrativa é norma de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral, posto que norteia implicitamente toda a atuação da Administração Pública[9].

Além do aspecto principiológico da Moralidade Administrativa cabe menção às normas constitucionais e infra-constitucionais, que se constituem como mecanismos para assegurar a aplicabilidade do referido princípio. São as normas que anteriormente denominamos de eminentemente de controle. Dentre os meios legais de tutela da Moralidade Administrativa destacam-se aqueles previstos no próprio texto constitucional, dentre as quais merecem destaque: a Ação Civil Pública, a Ação Popular e o próprio Mandado de

---

[7] FERRAZ JR, Thércio Sampaio. *apud* Maria Helena Diniz. *Compêndio à Ciência do Direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

[8] Numa definição sucinta Marcelo Neves assim se refere à relação entre a norma e a efetividade: "Não se deve confundir a eficácia em sentido real, sociológico, até aqui considerada, com a eficácia em sentido jurídico. Aquela diz respeito à conformidade das condutas à norma, o fato de ela ser realmente observada e aplicada; esta significa a possibilidade de sua aplicação jurídica, ou melhor , a sua aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade". NEVES, Marcelo. *Teoria da Insconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 51.

[9] Explicita, de forma clara e concisa, a questão da eficácia das normas constitucionais de eficácia plena José Afonso da Silva, o qual assevera: "*As normas constitucionais de eficácia plena regulam diretamente situações, comportamentos e interesses. Impõe, por si, sua ação ou omissão. Sendo de aplicabilidade imediata, oferecem todos os elementos necessários a realização ou vedação das situações nela previstas*". *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 43.

Segurança. Afora estes dispositivos, a Carta Magna, em várias outras passagens, também versa sobre a Moralidade Administrativa, quer de forma direta ou indireta, como p. ex.: o Art. 5°, incs. LXVIII, LXIX e LXXXIII, o Art. 36 § 4°, Art.42 § 7°, Art.72 § 2°, Art.74 § 2°, Art. 58 inc. V, Art. 52 inc. I, ...

Cada qual destes mecanismos de controle foi regulamentado, adquirindo a Eficácia formal, acima aludida. Dentre as normas infra-constitucionais que vieram a regulamentar aos supra citados dispositivos constitucionais, podemos citar: A Lei n.° 7.675, de 04.10.1998; a Lei n.° 8.112, de 11.12.1990 (Estatuto dos Servidores Públicos Federais); o Decreto de 04.01.1993; a Portaria 19 do Ministro da Justiça, de 19.01.1993; a Lei n.° 8.666, de 21.06.1993 (Disciplina as Licitações e Contratos Administrativos); a Lei n.° 8.730, de 10.11.1993, o Decreto n.° 983, de 12.11.1993; o Decreto n.° 1171, de 22.06.1994... entre tantos outros.

No tocante à Efetividade das normas de controle da Moralidade Administrativa, devemos fazer uma análise sob um prisma meta-jurídico. Num primeiro plano, o próprio aparelho jurisdicional, dentro do modelo burocrático, até então adotado, muitas vezes retarda ou até mesmo impede a consecução dos fins visados pelo legislador. Salientado-se, ainda, que a questão probatória, haja vista a subjetividade do tema, traz por conseqüência uma série de dificuldades objetivas, o que demanda uma apreciação muito mais aprofundada acerca da matéria.

Por outro lado, aqueles que possuem legitimidade para provocar a atuação do Poder Judiciário no exercício do Controle da Administração Pública também se mostram omissos nessa tarefa. Entre estes órgãos, destaca-se fundamentalmente o papel desempenhado pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas. Na Constituição de 1988, em várias passagens o legislador deixou expressa a competência destes órgãos como agentes fiscalizadores da atividade pública. Ao Ministério Público foi atribuída competência para intentar a Ação Civil Pública na defesa dos interesses difusos, entre os quais se inclui a Moralidade Administrativa. Também, na Carta Magna, foi atribuído ao Tribunal de Contas a competência para propor sustação, ao Congresso Nacional, de despesas tidas como irregulares, estando compreendidas entre estas àquelas que atentarem à Moral Administrativa. Causa espécie, apesar de todo o respaldo legal de atuação destes órgãos, que pouquíssimas vezes eles exercitem tal competência. É óbvio que deve ser levado em consideração a falta de estrutura dos mesmos, mas contudo, não podemos crer que este fato obste totalmente as suas atividades.

Por fim, a Efetividade das normas de controle também é um reflexo tanto da consciência moral institucional dos administradores, quanto da

consciência da sociedade civil, a qual deveria ter o hábito de "vigiar" a atividade do Estado enquanto Administração Pública. Esta conscientização, no tocante aos administradores, decorre de todo um processo de redimensionamento da postura dos mesmos, os quais devem atentar, quando da sua atuação, não só a respeito da legitimidade e legalidade dos seus atos, mas sobretudo da sua licitude. Já no que pertine a conscientização da sociedade civil, para que ela possa vir a ser um efetivo agente provocador dos mecanismos de controle, seria necessário um amadurecimento do próprio exercício de cidadania. O modelo de democracia representativa ao passo que cede, cada vez mais, espaço à democracia participativa, também vem a exigir uma maior integração entre o Estado Administrador e a sociedade. Nesse sentido é que vislumbramos a real possibilidade de uma maior efetividade das normas de controle da Moralidade Administrativa, na medida em que a sociedade civil, como fim último da Administração, é a maior interessada nesta efetivação.

6. Bibliografia

01. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
02. DI PIETRO, Maria Sylvia. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.* São Paulo: Atlas, 1991.
03. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio à Ciência do Direito.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
04. FIGUEREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa - Comentários à Lei nº 8. 429/92 e Legislação Complementar.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
05. _____. *O Controle da Moralidade na Constituição.* São Paulo: Malheiros, 1999.
06. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
07. MOREIRA NETO, Diogo de Figueredo. *Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação.* Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: n. 190.
08. NEVES, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis.* São Paulo: Saraiva, 1988.
09. PAZZAGLINI FILHO, Marino; *Improbidade Administrativa- Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público.* São Paulo: Atlas, 1996.
10. SUSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho.* Vol.1, 1995.
11. RIBEIRO LOPES, Maurício Antônio. *Ética e Administração Pública.* Revista dos Tribunais. São Paulo: 1993.

12. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA E SUAS IMPLICAÇÕES NA ATUAL ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Kylce Anne de Araujo Pereira (Aluna do 7º período da Graduação em Direito da UFPE; pesquisadora do PIBIC/CNPq; e monitora de Introdução ao Estudo do Direito II)

Sumário: 1. Introdução: princípios como axiomas norteadores do ordenamento jurídico; 2. Origem e conceituação da eficiência como princípio; 3. Concepções doutrinárias acerca da chamada eficiência administrativa; 4. Da racional - burocracia ao modelo gerencial; 5.Constitucionalização da eficiência como princípio; 6. O princípio da eficiência frente aos demais princípios administrativos; 7. Discricionariedade eficiente; 8. Conclusões; 9. Bibliografia.

1. Introdução: princípios como axiomas norteadores do ordenamento jurídico

É inequívoca a importância dos princípios para a interpretação e conseqüente aplicação do Direito. Não se pode prescindir de tais marcos do ordenamento jurídico. Diversos são os doutrinadores que vislumbram a relevância dos princípios para a ordem jurídica em sua totalidade.

Pode-se citar, entre outros, o eminente professor Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem "há uma disciplina autônoma quando corresponde a um conjunto sistematizado de *princípios* e normas que lhe dão a identidade, diferenciando-a das demais ramificações do Direito (grifo nosso)."[1] Portanto, são considerados os princípios elementos basilares para a autonomia de um conjunto de conhecimentos, transmudando-o em ramo do Direito.

[1] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 25.

Proclama, ainda, Carlos Ari Sundfeld que "os princípios são as idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se."[2]

José Cretella Júnior, por sua vez, admite que "princípios de uma ciência são as proposições **básicas**, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturações subseqüentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência."[3]

Finalmente, pode-se considerar que "princípios são generalizações de normas, valores-síntese ou balizas que orientam a produção, sobretudo a interpretação e a aplicação do Direito, dando coerência e consistência ao sistema normativo."[4]

Desta feita, é de suma importância o estudo de princípios jurídicos, dada a sua relevância no ordenamento em que estão inseridos, facilitando a interpretação deste e possibilitando sua correta aplicação.

Propomo-nos, neste trabalho, a analisar o princípio da eficiência no Direito Administrativo, recentemente constitucionalizado, embora sempre presente em nossa ordem jurídica.

2. Origem e conceituação da eficiência como princípio

Pode-se conceituar o termo "eficiência" de acordo com Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. Seria "ação, força, virtude de produzir um efeito, eficácia."[5] O princípio da eficiência determina, desta forma, que a Administração deve agir rápida e precisamente, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência, pois, contrapõe-se à lentidão, descaso, negligência e omissão.[6]

A eficiência pressupõe a necessidade de otimizar determinado setor, no caso o público, para que se possa oferecer melhores condições no tocante à

---

[2] SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 137.

[3] CRETELLA JR, José. *Os Cânones do Direito Administrativo*. Revista de Informação Legislativa, a. 25, n. 5, 1997, p. 7 *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 60.

[4] MOREIRA, João Batista Gomes. *Princípio Constitucional da Eficiência da Administração Pública. Emenda Constitucional 19/98. Repercussão na Teoria do Direito Administrativo*. Brasília: TRF 1ª Região, 1999, p. 7.

[5] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 620.

[6] Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 145.

prestação de serviços. Não mais se observa apenas o aspecto quantitativo, mas também, e principalmente, o prisma da qualidade.

Hely Lopes Meirelles conceitua a eficiência como um dever da Administração Pública. Seria aquele "que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros."[7] Propõe o referido doutrinador, ainda, que a eficiência não engloba apenas o aspecto da produtividade, abrangendo inclusive a perfeição do serviço prestado e sua adequação técnica aos fins a que visa a Administração. Para operacionalizar tais idéias, deve-se observar os resultados, bem como o desempenho da Administração, sendo aperfeiçoado o pessoal por meio de seleção e treinamento.[8]

Desta forma, já propunha o eminente Hely Lopes Meirelles o enquadramento da eficiência administrativa como um princípio – segundo ele, o mais moderno – inerente à Administração Pública.

Entretanto, embora sempre estivesse presente tal exigência, tem-se dado maior importância a este tema em virtude da tendência ao repúdio à monopolização, por parte do Estado, de alguns setores. E, como este não mais é único em diversos aspectos da economia, surge a noção de concorrência. Desta, decorre a necessidade da melhoria dos serviços estatais, para que não sejam estes preteridos em detrimento dos particulares.

É, portanto, o fomento à noção de eficiência resultado da tendência à privatização de diversos setores, antes monopolizados pelo Estado. Os usuários passam a ser vistos como consumidores, devendo o administrador considerar a eficiência – que pode ser entendida como forma de manifestação da capacitação de um gerente – como um dos fatores igualmente importantes para a tomada de suas decisões.[9]

---

[7] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 90.

[8] Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Idem, p. 91.

[9] Cf. SALOMÃO, Ricardo. *Emenda Constitucional nº 19/98: o fim da incidência da Lei 8666/93 sobre as licitações e contratos das sociedades de economia mista.* Jornal Síntese. São Paulo: Síntese, n. 19, set. 1998, p. 17.

3. Concepções doutrinárias acerca da chamada eficiência administrativa

Embora alguns autores de renome, como Celso Antônio Bandeira de Mello, considerem a eficiência algo mais do que desejável, sendo conceito jurídico tão fluido e de tão difícil controle que mais pareceria simples adorno agregado ao art. 37,[10] esta não é a concepção da maioria dos doutrinadores.

Não obstante seja certo que tal elemento não foi integrado ao ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional 19/98, deve-se considerar que a introdução deste princípio no texto de nossa Lei Magna foi determinante para o reconhecimento da eficiência administrativa como princípio autônomo. Afinal, admite a maioria da doutrina que o legislador – principalmente constitucional – não introduz termos inúteis no texto da lei.

Já propunha Carlos Maximiliano, invocando brocardo latino, que "*verba cum effectu, sunt accipienda*: 'não se presumem, na lei, palavras inúteis.' Literalmente, 'devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia'."[11] Não contém, pois, a Carta Magna expressões vazias, destituídas de conotação jurídica. Cabe, portanto, perquirir a importância da inserção do termo "eficiência" no *caput* do art. 37 da CF/88.

A referência à eficiência é, na verdade, exigência dos novos tempos. Pugna-se, em todos os setores sociais, por um Estado eficiente, por um serviço público eficiente, enfim, por uma Administração Pública eficiente. Há maior consciência, na sociedade moderna, acerca dos direitos inerentes aos cidadãos, que passam a exigir mais qualidade no tocante à prestação dos serviços públicos.

Neste sentido, busca-se a prestação de serviços públicos essenciais com qualidade. Já o Código de Proteção e Defesa do Consumidor inclui como direito básico a "adequada e eficaz prestação de serviços públicos em geral" (art. 6°, X).[12] Desta exigência decorre a necessidade do estabelecimento de metas a serem atingidas para assegurar a eficiência administrativa.

---

[10] Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 75.

[11] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 250.

[12] Cf. DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Reforma Administrativa: a Emenda nº 19/98*". Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, v. 213, jul./set. 1998, p. 134.

4. Da racional-burocracia ao modelo gerencial

A Administração burocrática é aquela cujos principais elementos são: divisão do trabalho, hierarquia, regulamentação detalhada, organização funcional em carreira, especialização, profissionalismo, impessoalidade e formalismo. Baseia-se na forma de organização militar, sendo sobrelevado o aspecto normativo e minorada a questão da eficiência. Os meios de prestação dos serviços são mais relevantes que os fins a serem atingidos.

No entanto, esta tendência gerou uma Administração que não era instrumento de realização do interesse público, porém um fim em si mesmo. Não se observava o atendimento dos anseios sociais, mas apenas um exacerbado formalismo. Isto ocasionou a necessidade de alternativas para reorganização da Administração Pública, sendo enfatizados os elementos "flexibilidade" e "eficiência".

Destas transformações decorreu o modelo gerencial-administrativo, mais preocupado com a coletividade do que com tendências burocrático-formais. Suas características básicas são: descentralização política, descentralização administrativa, pressuposto da confiança limitada, controle por resultados *a posteriori* e administração voltada para o atendimento do cidadão.[13] Portanto, vislumbram-se os fins a serem atingidos, de acordo com planos de metas e segundo o interesse dos "consumidores", ou seja, dos cidadãos.

Este novo modelo ainda se encontra em evolução, encontrando certos impedimentos a seu mais rápido desenvolvimento, tais como a natureza pública dos serviços prestados e a escassez de recursos públicos.

No Direito Administrativo brasileiro, houve tentativa de superação da rigidez burocrática com a proclamação de certos princípios pelo Decreto-Lei 200/69. Este é considerado "a primeira manifestação do método de administração gerencial no Brasil."[14] No entanto, por diversas razões, não foi feliz tal tentativa de modificação do modelo burocrático.

A Carta Magna de 1988 apresentou, quanto a este tema, contradições. Em algumas de suas normas, tende ao modelo gerencial, adotando orientação mais moderna. Simultaneamente, em outras, volta à tendência burocrática. Desta feita, não propiciou a efetivação do novo modelo em nosso ordenamento.

---

[13] Cf. MOREIRA, João Batista Gomes. *Princípio Constitucional da Eficiência da Administração Pública. Emenda Constitucional 19/98. Repercussão na Teoria do Direito Administrativo.* Brasília: TRF 1ª Região, 1999, p. 11-14.

[14] Idem, p. 16.

A Emenda Constitucional 19/98, ao revés, contém nova tentativa de repúdio às tendências burocrático-formalistas. Noções de flexibilidade e eficiência estão presentes na referida Emenda. A qualificação da eficiência administrativa como princípio constitucional é exemplo desta orientação. Desta forma, deve a Administração caminhar para a flexibilidade gerencial, sendo repudiada a rigidez burocrática.

Portanto, atualmente, busca-se "a simplificação, a descentralização, o incentivo ao espírito de colaboração e de pacífica coexistência e participação, num novo ponto de vista que privilegia os *consumidores* do governo, os administrados, marcando o sentido de reforma da atuação administrativa e a mudança no método de pensamento dos juristas contemporâneos."[15]

5. Constitucionalização da eficiência como princípio.

A Emenda Constitucional nº 19/98 trouxe novidades significativas, com impacto sobre todo Direito Administrativo. Pode-se apontar como uma destas inovações a constitucionalização do princípio da eficiência.

Se é certo que tal princípio já existia em nosso ordenamento jurídico, certo é também que de sua inserção na esfera constitucional adveio maior discussão doutrinária sobre o tema. À medida que pôs este princípio ao lado de aspectos relevantes como legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, o constituinte derivado quis dar maior ênfase à eficiência.

A eficiência administrativa já estava implícita ou explicitamente – como no art. 26, III, do Decreto-Lei 200/69[16] – contida na legislação infra-constitucional. No entanto, a elevação ao plano constitucional demonstrou sua importância para nossa Administração Pública.

Há doutrina no sentido de que "a alteração introduzida no *caput* do art. 37 foi, em termos gramaticais, pequena (a introdução de apenas uma palavra), porém sua importância transcende o texto constitucional, visto que injeta um elemento novo no complexo sistema de relações internas que compõem a Administração Pública."[17]

---

[15] LAUBADÈRE, Andre de. *Direito Público Econômico.* Trad. Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985, p. 215.

[16] "Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente:

III - A eficiência administrativa."

[17] SALOMÃO, Ricardo. *Emenda Constitucional nº 19/98: o fim da incidência da Lei 8666/93 sobre as licitações e contratos das sociedades de economia mista.* Jornal Síntese. São Paulo: Síntese,

Pode-se concordar com a primeira parte do enunciado. No entanto, *data venia*, não é o princípio da eficiência um "elemento novo" inserido em nosso ordenamento jurídico pela EC 19/98. Já existia neste, tanto implícita como explicitamente, em alguns textos legais. Sempre foi elemento que influenciou, ainda que em menor escala, a Administração Pública. Sempre esteve presente – ou, pelo menos, deveria estar – a importância da relação custo *versus* benefício. E é esta que melhor exprime a eficiência administrativa.

Surge, no entanto, como princípio constitucional com o fito de orientar a interpretação teleológica da reforma administrativa, bem como da Constituição como um todo e do regime jurídico da Administração Pública. É verdadeiro fio condutor que leva ao objetivo central da reforma, ou seja, encaminhar o modelo de administração racional-burocrática e patrimonialista para a tendência gerencial.[18]

6. O princípio da eficiência frente aos demais princípios administrativos

Para a análise deste tema, faz-se mister a observância do art. 37, *caput*, de nossa Carta Magna. A amplitude do citado preceito, de matriz constitucional, coloca-o, sem dúvida, como o mais importante dispositivo informador no moderno Direito Administrativo brasileiro. Os princípios jurídicos aí positivados vinculam toda Administração Pública, em todas as esferas federativas de governo, em suas administrações diretas e indiretas.[19]

A EC 19/98, como mencionado, inseriu o princípio da eficiência no rol do art. 37, *caput*. Há, hoje, polêmica quanto à questão deste novo princípio constitucional em relação aos demais princípios constitucionais da Administração Pública.

Alguns autores admitem que, antes da inserção deste novo princípio constitucional, deveria o administrador – se fosse o caso – sacrificar a eficiência para que fossem atendidos os princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade. No entanto, com sua introdução no

n. 19, set. 1998, p. 17.

[18] Cf. MOREIRA, João Batista Gomes. *Princípio Constitucional da Eficiência da Administração Pública. Emenda Constitucional 19/98. Repercussão na Teoria do Direito Administrativo.* Brasília: TRF 1ª Região, 1999, p. 7.

[19] Cf. PESSOA, Robertônio Santos. *Princípios da Eficiência e Controle dos Atos Discricionários.* Http://www.ius.com.br/doutrina/preficie.html, 30 de outubro de 1999.

texto constitucional, o administrador deve atentar para os cinco princípios, aplicando-os equilibradamente.[20]

Estes que admitem a paridade dos princípios elencados no *caput* do art. 37 da Lei Magna baseiam-se no chamado argumento topográfico. Isto é: pelo fato de constarem os cinco princípios basilares da Administração Pública no mesmo dispositivo, seriam hierarquicamente equivalentes. Embora tal tendência não seja de todo equivocada,[21] deve ser adotada com parcimônia. Não se pode considerar equivalentes dois princípios que claramente devem estar hierarquizados, a exemplo da legalidade e da eficiência.

Como bem adverte Maria Sylvia Zanella di Pietro, "a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito."[22] Para Odete Medauar, igualmente, este princípio "vem suscitando entendimento errôneo no sentido de que, em nome da eficiência, a legalidade será sacrificada. Os dois princípios constitucionais da Administração devem conciliar-se, buscando esta atuar com eficiência, dentro da legalidade."[23]

Assim sendo, pode-se concluir que devem, na medida do possível, todos os princípios ser atendidos. Entretanto, deve-se dar maior ênfase a princípios como o da legalidade, em face do disposto no art. 5°, CF/88. Não pode o administrador prescindir dos demais princípios, argumentando que a eficiência administrativa deve ser atendida a todo custo. O ideal seria que sempre fosse este princípio estritamente observado. No entanto, não se pode sacrificar os demais princípios para que atenda o ato o requisito da eficiência. Atente-se que a legalidade, a título de exemplo, é direito fundamental dos cidadãos e não pode ser olvidada nem mesmo por Emenda à Constituição.

É, inclusive, questionável a eficiência de um ato que não se enquadra nos pressupostos da legalidade, impessoalidade, publicidade e moralidade. Em tal caso, pode-se dizer que há eficiência ficta.

---

[20] Cf. SALOMÃO, Ricardo. *Emenda Constitucional n° 19/98: o fim da incidência da Lei 8666/93 sobre as licitações e contratos das sociedades de economia mista.* Jornal Síntese. São Paulo: Síntese, n. 19, set. 1998, p. 17.

[21] Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito.* 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 267-269.

[22] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 10. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 74.

[23] MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 145.

Portanto, o administrador público deve considerar a hierarquia existente entre os princípios do art. 37, *caput*, CF/88. Todos, *a priori*, devem ser atendidos. Entretanto, caso necessário, deve-se sacrificar a eficiência para que se observe os demais princípios constitucionais explícitos da Administração Pública.

7. Discricionariedade eficiente

Observado o aspecto do relacionamento da eficiência com os demais princípios do art. 37, *caput*, CF/88, cabe analisar a relação existente entre o novo princípio constitucional e a característica da discricionariedade de alguns atos administrativos.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, discricionariedade é "a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente."[24]

Desta forma, à medida que se dá certa liberdade ao administrador para a emanação de determinados atos, é restringido seu poder de atuação. Algumas das restrições mais veementes são exatamente os princípios elencados em nossa Lei Magna. Ao exarar um ato administrativo discricionário, não pode o administrador olvidar aspectos como legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e – após o advento da EC 19/98 – eficiência.

Portanto, se a reforma administrativa tem aspectos que podem ser considerados retrocesso, a positivação do princípio da eficiência no âmbito constitucional, pela amplitude de suas repercussões, principalmente como mais um referencial de controle da atividade administrativa discricionária, é inequívoco avanço institucional.

Para alguns, inclusive, "à luz da atual redação do art. 37 da Constituição, a atividade administrativa pode, para fins de controle jurisdicional, ser objeto de três ordens distintas da consideração, a saber, legalidade, moralidade e, agora, eficiência."[25]

---

[24] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Judicial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 48.

[25] PESSOA, Robertônio Santos. *Princípios da Eficiência e Controle dos Atos Discricionários*. Http://www.jus.com.br/doutrina/preficie.html, 30 de outubro de 1999.

Desta forma, surge a eficiência como nova forma de controle da discricionariedade dos atos. E, estando submetida a este princípio, a atividade administrativa dos órgãos e entidades públicas deve ser eficaz, ou seja, deve produzir o efeito desejado, deve dar bons resultados. As condutas e decisões administrativas devem, portanto, buscar o melhor resultado na resposta às demandas públicas.

O Judiciário, assim, poderá aferir se a solução administrativa, inobstante legal (contida dentro das possibilidades admitidas em lei), revelou-se eficiente. É, pois, na aproximação entre legalidade e legitimidade, entre legalidade formal e legalidade material, entre poderes administrativos e satisfação de interesses públicos, que se coloca o princípio constitucional da eficiência.[26]

8. Conclusões

A reforma administrativa decorrente da Emenda Constitucional 19/98 tem como um dos mais importantes marcos a positivação da eficiência como princípio constitucional. Não mais pode o administrador público olvidar tal axioma, sendo os atos administrativos obrigatoriamente eficientes.

A constitucionalização desse princípio denota a atual tendência à busca por uma Administração Pública gerencial, sendo repudiadas as orientações voltadas para o modelo burocrático. É, na verdade, uma exigência da sociedade moderna a observância da relação custo *versus* benefício pelo administrador público, a qual muito bem representa o princípio constitucional da eficiência administrativa.

No entanto, devem os atos administrativos obedecer a todos os princípios elencados no art. 37, *caput*, de nossa Lei Magna. Não se pode prescindir de qualquer deles, que devem ser aplicados equilibradamente, observada a hierarquia existente entre eles. A eficiência, inclusive, para ser constatada em sua plenitude, pressupõe que foram observados todos os princípios constitucionais da Administração Pública, não se podendo considerar eficiente um ato ilegal, imoral ou que infrinja os princípios da publicidade e da impessoalidade.

Todos os princípios, para a garantia da preservação do Estado de Direito devem ser considerados pelo administrador público e a eficiência deve ser encarada como nova exigência da sociedade, para que os atos não sejam prejudiciais aos interesses públicos. É, pois, mais uma forma de garantir a manutenção da democracia. A eficiência é útil, ademais, à medida que auxilia no controle dos atos administrativos discricionários.

---

[26] Cf. PESSOA, Robertônio Santos. Op. cit.

Desta forma, surge a positivação deste princípio no âmbito constitucional como forma de garantir a compatibilização da Administração gerencial com o ordenamento jurídico brasileiro. É manifestação das novas tendências do Direito Administrativo, que conduzem a segundo plano os meios e a forma, valorizando a justiça material. Objetivam estas, portanto, a promoção do princípio da dignidade da pessoa humana de várias formas, dentre as quais a importância conferida à eficiência administrativa.

9. Bibliografia

1. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 10. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
2. DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Reforma Administrativa: a Emenda nº 19/98.* Revista de Direito Administrativo, v. 213. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. de 1998, p. 133-139.
3. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa.* 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
4. LAUBADÈRE, Andre de. *Direito Público Econômico.* Trad. Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985.
5. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito.* 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
6. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
7. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
8. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
9. _____. *Discricionariedade e Controle Judicial.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
10. MOREIRA, João Batista Gomes. *Princípio Constitucional da Eficiência da Administração Pública. Emenda Constitucional 19/98. Repercussão na Teoria do Direito Administrativo.* Brasília: TRF 1ª Região, 1999.
11. PESSOA, Robertônio Santos. *Princípio da Eficiência e Controle dos Atos Discricionários.* Http://www.ius.com.br/doutrina/preficie.html, 30 de outubro de 1999.
12. SALOMÃO, Ricardo. *Emenda Constitucional nº 19/98: o fim da incidência da Lei 8666/93 sobre as licitações e contratos das sociedades de economia mista.* Jornal Síntese. São Paulo: Síntese, n. 19, set. 1998, p. 17.
13. SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

ASPECTOS COMPARATIVOS ENTRE AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO

Tiago Antunes de Aguiar (Aluno do 9º período da Graduação em Direito da UFPE)

Sumário: 1. Introdução; 2. Princípio da Subsidiariedade; 3. Privatização; 4. Contratos de Gestão; 5. Organizações sociais; 5.1. Conceito e alguns aspectos iniciais; 5.2. Natureza jurídica; 5.3. Regime Jurídico; 6. Organizações da sociedade civil de interesse público; 7. Semelhanças entre as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público; 8. Diferenças entre as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público; 9. Quadro comparativo entre as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público; 10. Conclusão; 11. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Vivenciamos hoje no Brasil um processo de reforma do Estado, onde se insere a reforma da administração pública, com semelhanças muito próximas ao que vem acontecendo com os nossos vizinhos latino-americanos como um padrão normalmente ditado por parte de grandes fontes financiadoras internacionais.

Historicamente, o mundo ocidental passou de um Estado absolutista para um Estado de Direito junto com o liberalismo, cujo principal elemento é a intensa valoração da Ordem Jurídica pelos direitos individuais. Após a Segunda Guerra, consolida-se a idéia do Estado do Bem Estar Social ou Providência, com a função precípua de intervir na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos, deslocando-se a preocupação da liberdade para a igualdade.

A partir sobretudo da década de 80, busca-se de um modo geral substituir a idéia do Estado do Bem Estar Social ou Providência por uma outra de Estado Subsidiário. O Estado a quem cabia a prestação de serviços públicos e de certas atividades econômicas, as quais a iniciativa privada não poderia ou não interessaria inicialmente desenvolver (como no caso brasileiro, a indústria

siderúrgica), passa a atuar como incentivador ou fomentador desta prestação pela atuação particular.

Ao lado deste novo modelo de Estado, cria-se uma nova forma de administração pública, a denominada administração gerencial, para contrapor-se à anterior administração burocrática que para alcançar seus objetivos imaginava a celebração de contratos administrativos rígidos, formais, que deveriam ser precedidos de licitação. Ao contrário, o Estado Gerencial, sob o pretexto de fornecer um serviço público de melhor qualidade e com mais eficiência, deve ser mais flexível e dar maior autonomia financeira, administrativa e gerencial aos entes da administração indireta ou criar parcerias com os particulares no desenvolvimento dessas atividades.

Justamente neste contexto, surge a idéia das organizações sociais e das organizações das sociedade civil de interesse público para através da celebração, respectivamente, de contratos de gestão e termos de parcerias, desenvolver atividades de interesse público sob o incentivo e controle da administração pública.

2. Princípio da Subsidiariedade

Inicialmente devemos ter em mente que a idéia de reforma de Estado e conseqüentemene reforma administrativa, onde se insere a previsão da criação das organizações sociais e entidades afins, fundamenta-se em grande parte no denominado princípio da subsidiariedade.

Como bem acentua Maria Sylvia Zanella Di Pietro "o princípio da subsidiariedade, embora bem anterior à nova concepção do Estado de Direito Democrático, assume agora importância fundamental na definição do papel do Estado. Ele foi formulado, em fins do século XIX e começo deste século, dentro da Doutrina Social da Igreja, principalmente pela Encíclicas *Rerum Novarum* (1891), de Leão XIII, *Quadragesimo Anno* (1931), de Pio XI, *Mater et Magistra* (1961), de João XXIII e, mais recentemente, a *Centesimus Annus* (1991), de João Paulo II"[1].

Tal princípio consagra de um lado a idéia de respeito aos direitos individuais, ao reconhecer que a iniciativa privada tem primazia sobre a atividade estatal, devendo o Estado se abster de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por conta própria, implicando uma limitação à intervenção estatal. Implica, ainda, o dever do Estado em fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada para que esta alcance as metas

[1] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 24.

estipuladas para o sucesso do seu empreendimento[2]. Em conseqüência, chega-se à noção de parceria entre a administração pública e o particular, incluindo o desenvolvimento de serviços sociais pelas organizações sociais, sempre com o suposto de se subsidiar a iniciativa privada quando deficiente.

3. Privatização

Pressuposto ao ingresso no estudo das organizações sociais encontra-se a privatização, como um dos mais importantes instrumentos do modelo neo-liberal na medida em que permite o alcance do objetivo de afastar o Estado de atividades que até então desenvolvia, possibilitando, nesta visão, a dedicação daquele como mero incentivador e fomentador dessas atividades ou serviços, sem o engessamento peculiar do aparelho burocrático.

A privatização pode ser entendida em um sentido estrito e em um sentido amplo. A primeira acepção é aquela usada mais freqüentemente, significando a transferência de ativos ou de ações de empresas estatais para o setor privado[3]. Nesse ínterim, é empregado o termo privatização como sinônimo de desestatização, sendo relevante observar que no caso brasileiro desde o governo Collor foi criado (através da Lei 8.031/90 alterada pela lei 9.491/97) o programa nacional de desestatização, tendo como objetivo a transferência à iniciativa privada de determinadas atividades ditas "indevidamente" exploradas pelo setor público. Esse plano, inclusive, vem sendo desenvolvido até o presente governo juntamente com a ação do BNDES.

Em acepção ampla, privatização é qualquer medida adotada com o objetivo de diminuir o tamanho do Estado, fiel ao princípio da subsidiariedade, compreendendo: a desregulação (diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico); a desmonopolização de atividades econômicas; a venda de ações de empresas estatais ao setor privado; a concessão de serviços públicos à empresa privada; e a terceirização (celebração de contratos administrativos para a prestação de serviços meios por particulares à administração pública)[4].

É justamente neste último sentido de privatização, como forma de afastamento do Estado da prestação de serviços sociais ou de utilidade pública, que poderíamos denominar a celebração de contratos de gestão entre a administração pública e as organizações sociais, quando estas são criadas com o

[2] Idem, p. 25.
[3] Idem, p. 17.
[4] Idem, p.15-16.

fim de absorver atividade prestada por um órgão ou ente da administração pública em extinção, tal como previsto no artigo 20 da Lei 9.637/98, dentro do paradoxal Programa Nacional de "Publicização", a ser explicado no decorrer desse trabalho.

De certo, a criação de organizações sociais não é forma de privatização em sentido estrito de entes públicos, tal como afirma Paulo Eduardo Garrido Modesto, haja vista o fato de que a privatização neste sentido pressupõe uma transferência de domínio, isto é, o trespasse de um ente do domínio estatal para o domínio particular empresarial, uma transação de natureza econômica e uma retratação do Poder Público em termos de inversão de recursos e de quantitativos de pessoal[5].

Entretanto, ajustam-se perfeitamente à definição de privatização em sentido amplo, quando criadas para desenvolver atividades de entes públicos extintos, além de ser um modo sutil de se transferir certos serviços públicos não exclusivos do Estado (nos temos de Celso Antônio Bandeira de Melo), tais como saúde e educação, para entidades privadas através da cessão de bens e servidores públicos, além de dotações orçamentárias, sem a necessidade de prévia licitação.

4. Contratos de Gestão

A Emenda Constitucional n.º 19/98 acrescentou o §8º ao artigo 37 da Constituição Federal, o qual tem sido interpretado pela doutrina como uma previsão da figura jurídica do contrato de gestão, apesar de tal dispositivo não se referir diretamente ao termo e remeter à lei ordinária sua regulamentação. Com efeito, preceitua o aludido parágrafo:

> *"A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre os administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:*
> *I – O prazo de duração do contrato;*

[5] MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. *Reforma administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil.* Boletim de Direito Administrativo. [s.l.: s.n.], n. 4, abril/1998, p. 243.

II – Os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidades dos dirigentes;
III – a remuneração do pessoal."

Os chamados contratos de gestão podem ser definidos como acordos firmados entre a administração indireta ou as organizações sociais com a administração direta, visando o cumprimento de metas estabelecidas para atingir a eficiência na prestação de certas atividades, através da ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira e de um controle de resultados. No caso do contrato firmado com as entidades da administração indireta , o contrato tem por objetivo ampliar a autonomia desses entes para que eles possam, através da flexibilização do controle,desenvolver mais livremente tais atividades, atingindo um maior grau de eficiência. [6]

Apesar da interpretação literal do parágrafo 8° do artigo 37 da Constituição Federal nos levar a um entendimento de que seria possível a feitura de contratos de gestão entre órgãos, parece carecer de significado jurídico tal assertiva já que estamos diante de entes sem personalidade jurídica. Com este entendimento as lições do professor Celso Antônio Bandeira de Mello: " Os órgãos do Estado são o próprio Estado. Ao contrário deste, não têm personalidade jurídica. Só pode contratar quem seja sujeito de direitos e obrigações, vale dizer, pessoa. Portanto,nem o Estado pode contratar com seus órgãos, nem eles entre si, que isto seria um contrato consigo mesmo – se se pudesse formular suposição tão desatinada. Trata-se de algo evidentemente impossível"[7]. No máximo, no dizer de Maria Sylvia Zanella Di Pietro[8], corresponderiam esses "contratos de gestão", firmados entre os dirigentes dos órgãos, a termos de compromissos para lograrem maior autonomia e se obrigarem a cumprir metas, que já estão obrigados por força de lei, tendo um valor mais psicológico do que um valor vinculante próprio de um negócio jurídico.

O que nos interessa mais de perto são os contratos de gestão firmados entre as organizações sociais nos quais são fixadas metas para a prestação de serviços públicos não exclusivos do Estado ou sociais, através do

[6] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 202.
[7] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 152.
[8] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 197.

incentivo, fomento dessas atividade e, simultaneamente, controle de resultados por parte administração pública.

Quando firmado com as organizações sociais o contrato de gestão, ao contrário, restringe a autonomia das organizações sociais, já que como veremos a seguir, estas são entidades privadas e que através da celebração desses contratos recebem benefícios para exercer as atividades pactuadas, estando, em contraponto, submetidas a um controle da administração sobre a execução do contrato. Caso esses entes particulares não fossem qualificados como Organizações Sociais, gozariam de mais liberdade para desempenhar os mesmos empreendimentos, só que sem os benefícios concedidos pela lei 9.637/98.

5. Organizações Sociais

5.1. Conceito e alguns aspectos iniciais

As organizações sociais são figuras jurídicas recentes, criadas em nível federal a partir da medida provisória 1.591/98, convertida na lei 9.637 de 15/05/98, e previstas de forma praticamente igual em algumas leis estaduais como a do Pará (Lei 5.980/96) e a da Bahia (Lei 7.027/87)[9].

Uma definição doutrinária de organização social poderia ser dada como uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, que se qualificaria como tal através da celebração de um contrato de gestão com a administração pública para desenvolver serviços públicos não privativos do Estado (previstos no art. 1° da Lei 9637/98), através do incentivo e fomento da administração com a concessão de benefícios tais como a dotação orçamentária, cessão de bens públicos e servidores públicos com ônus para a origem.

A Lei 9.637/98, define a organização social em seu artigo 1° ao dispor:

> *"O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do*

[9] MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Op. cit. p. 241.

meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta lei."

Dentre os requisitos referidos no art. 1.° e previstos na lei para a qualificação da entidade como organização social poderíamos citar: a comprovação do registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre os requisitos previsto no art. 2°, entre os quais a natureza social de seus objetivos, finalidade não lucrativa, e obrigando-se ela a investir o excedente financeiro no desenvolvimento das próprias atividades; obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão; previsão obrigatória de um conselho de administração e uma diretoria, com órgãos de deliberação superior e direção, com representação neste do poder público e da comunidade.[10]

Preenchidos os requisitos, o ente particular requisitará sua qualificação como organização social, dependendo, segundo o art. 2.°, II da Lei 9.637/98, da aprovação, quanto à conveniência e oportunidade desta qualificação do Ministro ou titular do órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado, sendo, portanto, um ato discricionário da referida qualificação.

5.2. *Natureza Jurídica*

As organizações sociais não são uma nova espécie de pessoa jurídica de direito privado, nem uma nova modalidade de ente da administração pública indireta. Consistem em associações civis ou fundações privadas, regularmente constituídas de acordo com as leis civis e com alguns requisitos previstos na lei 9.637/98, podendo se qualificar com o título ou qualidade jurídica de organização social através da aprovação, em um juízo, como ressaltado, de discricionariedade, do ministro ou titular do órgão supervisor da área de atuação da entidade.

"Ser organização social, por isso não significa apresentar uma estrutura jurídica inovadora, mas possuir um título jurídico especial, conferido pelo poder público em vista do atendimento de requisitos gerais de constituição e funcionamento previstos expressamente em lei"[11].

---

[10] SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Organizações Sociais.* Boletim de Direito Administrativo. [s.l.: s.n.], n. 3, março/1999, p. 154.

[11] MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Op. cit. p. 240.

Parte da doutrina as agrupa no chamado terceiro setor, para diferenciá-las do primeiro setor, constituído pelo Estado e do segundo setor correspondente ao mercado, visto não serem entes pertencentes à administração pública, nem entes privados com total liberdade, já que lidam com o dinheiro público, estando sujeitas a controles de resultados pela administração na execução do contrato de gestão, além do controle pelo Tribunal de Contas nos termos do art. 70 da Constituição Federal.

Assim, aduz Juarez Freitas: "Em outras palavras, as organizações sociais ocupam zona mesclada, intermediária entre o público e o privado, claramente integrantes do emergente e valiosíssimo terceiro setor. Convém notar, ainda, que essas entidades ocupam lugar característico que as diferenciam das demais organizações da sociedade civil de caráter público, porquanto a "publicização" do regime aparece em maior escala, embora não sejam catalogáveis como pessoas jurídicas integrantes da estrutura da administração Pública Federal indireta."[12]

Concordamos com Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello quando incluem as organizações sociais entre as chamadas entidades paraestatais, ou seja, para abranger pessoas privadas que colaboram com o Estado desempenhando atividade não lucrativa e às quais o poder público dispensa especial atenção, tais como benefícios tributários, dotações orçamentárias.[13] Não nos parece haver dúvida sobre tal assertiva, já que estamos diante de uma pessoa jurídica de direito privado que atua em parceria com a administração pública, sem se confundir com esta.

5.3. Regime Jurídico

As organizações sociais, uma vez estabelecida a sua natureza de ente privado não integrante da administração pública, submetem-se em princípio a um regime jurídico de direito privado.

Porém, não podemos deixar de vislumbrar que não estamos diante de uma simples pessoa jurídica de direito privado, sem atentar para as peculiaridades de que estas entidades utilizam verba pública, servidores públicos e bens públicos em permissão de uso, além de terem um regime próprio e um sistema de controle, apesar de sua fragilidade, previstos na Lei 9.637/98.

Atento a esta problemática, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que o regime jurídico das organizações sociais é

[12] FREITAS, Juarez. *As Organizações Sociais: sugestões para o aprimoramento do modelo federal*. Revista de Informação Legislativa.[s.n.: s.l.], Ano 35, n. 140, out/dez, 1998, p.134.
[13] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 199.

predominantemente de direito privado, porém, parcialmente derrogado por normas de direito público[14].

Aspecto interessante é o levantado pelo professor da UFRGS Juarez Freitas ao afirmar que as organizações sociais "obedecem a um regime jurídico *sui generis*, não-estatal, porém certamente dominado por regras de direito privado e princípios de Direito Público"[15]. Não atuam como concessionárias de serviços públicos, nem fazem parte da administração indireta, porém lidam com patrimônio público e estão sujeitas aos princípios da administração pública, como a previsão no art. 7° da observância na execução do contrato de gestão aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade.

De certo, o regime jurídico das organizações sociais apresenta peculiaridades próprias que o diferem de um mero sistema de direito privado. As circunstâncias apontadas anteriormente justificam que haja a incidência de princípios de Direito Público, não descaracterizando sua natureza de entidade privada, com ocorre, outrossim, com as denominadas organizações da sociedade civil de interesse público, a seguir explicitadas.

6. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público

Uma outra figura jurídica muito semelhante à organização social é a recém criada organização da sociedade civil de interesse público, prevista na Lei 9.790/99, como uma segunda via para se prestar determinadas atividades de interesse público em sistema de parceria com a administração pública.

A definição de organização da sociedade civil de interesse público é muito parecida com a própria definição de organização social, de modo que poderíamos formulá-la com o seguinte enunciado: organização da sociedade civil de interesse público é uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos pela Lei 9.790/99, celebrando termos de parcerias para desenvolver serviços públicos não privativos do Estado, elencados no art. 3° da referida lei.

[14] Idem, p. 200.
[15] FREITAS, Juarez. Op. cit. p. 134.

7. Semelhança entre as Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público

Em uma análise inicial, devemos ter em vista que as leis que prevêem a instituição das organizações sociais (9.637/98) e das organizações da sociedade civil de interesse público (9.790/99) são muito parecidas. Encontramos muitos dispositivos que têm praticamente a mesma redação. Da mesma forma, as leis dão a impressão de serem muito semelhantes às duas entidades, haja vista ambas serem pessoas jurídicas, sem fins lucrativos que se dispõem a atuar em parceria, em colaboração com o poder público no fomento e na realização de serviços públicos sociais.

Observamos, de antemão, que em alguns dispositivos da lei 9.790/99 existe um maior detalhamento e uma impressão de um mecanismo maior de controle das organizações da sociedade civil de interesse público como, por exemplo, quanto à questão das licitações, onde temos a dispensa em relação às organizações sociais na obtenção de bens públicos através de permissão de uso, enquanto no caso das organizações da sociedade civil não existe tal dispensa, sendo necessária a instituição de cláusula de inalienabilidade para qualquer bem adquirido por esta com recurso público.

8. Diferença entre as Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público

Fundamentalmente a principal diferença entre os dois entes está na maior proximidade das organizações sociais com a administração pública do que as organizações da sociedade civil de interesse público.

Através dos próprios dispositivos legais notamos a referida diferença. O artigo 20 da Lei 9.637/98 preceitua que:

> *"Será criado, mediante decreto do poder executivo, o Programa Nacional de Publicização – PNP, com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 1º, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes:"*

Percebe-se que a organização social é um ente criado, em geral, para ser organização social, ou seja, sua função é desempenhar aquela atividade que deveria ser exercida pela administração pública. Ela não tem uma função

predisposta anteriormente a essa qualificação, no sentido de existir como uma associação civil prestadora de alguma atividade social relevante e que resolva se qualificar como organização social. Trata-se do que antes foi referido como uma forma de privatização em sentido amplo.

Um exemplo que ilustra bem essa situação está presente na própria Lei 9.637/98, que é justamente o caso do Laboratório Nacional de Luz Síncroton (antigo órgão integrante do CNPq) e o caso da ex-Fundação Pública Roquete Pinto. O órgão e a Fundação Pública foram extintos, de acordo com os artigos 21 e seguintes da citada lei, e em seu lugares foram criadas organizações sociais que assumiram seus bens em permissão de uso, com a cessão também dos antigos servidores cujos cargos passaram a integrar quadros em extinção do CNPq e do antigo MARE.

No que concerne às organizações da sociedade civil de interesse público, trata-se de entidades que já existem atuando na sociedade, como por exemplo uma organização não governamental como a "Gestos" em Pernambuco, que atua na área de saúde pública, e por sua finalidade não lucrativa conjuntamente com atividade que exerce tem o direito, através de requerimento ao Ministério da Justiça, atendidos os requisitos da lei 9790/99, de se qualificar como organização da sociedade civil de interesse público e gozar dos benefícios creditícios inerentes a tal qualificação.

9. Quadro comparativo entre as Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público

Com o objetivo de acentuar as semelhanças e as diferenças entre as duas figuras jurídicas apresentadas, passamos a partir de agora a analisar e contrapor alguns dispositivos das Leis 9.637/98 e 9.790/99:

LEI 9.637/98	LEI 9.790/99
ART. 1°	ARTS. 1° E 3°
Trata-se de uma diferença em que o artigo primeiro da Lei 9.637/98 reza que as atividades que poderão ser desenvolvidas pelas organizações sociais são apenas o ensino, a pesquisa científica, o desenvolvimento tecnológico, à proteção ao meio ambiente, à cultura e à saúde.	O artigo terceiro da Lei 9.790/99, prevê um rol de exercício atividades muito maior para as organizações da sociedade civil de interesse público, englobando todas as atividades das organizações sociais e prevendo outras como assistência jurídica, promoção ao desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza.

Aspectos comparativos entre as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público

ART. 1°, II	ARTS. 5° E 6°,§ 3°
Como já fora ressaltado ao longo do texto, a pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos para se qualificar como organização social, depende da aprovação do Ministro ou do titular do órgão supervisor ou regulador de sua área de atividade de acordo com a conveniência e oportunidade, sendo assim a qualificação da organização social um ato eminentemente discricionário.	Diferentemente, a entidade privada para se qualificar como organização da sociedade civil de interesse público deve formular um requerimento ao Ministro da Justiça, preenchidos os requisitos do artigo 5° da Lei 9.790/99 (como estatuto registrado em cartório, declaração de isento quanto ao imposto de renda). Caso estejam presentes todos os requisitos legais e ela não seja uma das entidades previstas no art. 2° da lei (como uma sociedade comercial), o poder público tem o dever jurídico de conferir a qualidade de organização da sociedade civil de interesse público, sendo tal ato plenamente vinculado.
ARTS. 2°,I, "c"; 3° E 4°	ART. 4°, III
Nas organizações sociais existe a previsão de um conselho de administração e uma diretoria, com previsão de composição, mandato, atribuições (com por exemplo fixar o âmbito de atuação da entidade para a consecução de seu objeto; fiscalizar o cumprimento do contrato de gestão).	Nas organizações da sociedade civil de interesse público existe a previsão apenas de um conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil. Excepcionalmente, neste caso a Lei 9.637/98 foi mais detalhada nas atribuições de seus órgãos deliberativos e de administração do que a Lei 9.790/99 com relação a seu conselho fiscal.
ART. 7°	ART. 4°, I
Neste caso, temos dispositivos praticamente idênticos prevendo a subordinação dessas entidades aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade.	Em relação às organizações da sociedade civil de interesse público temos, ainda, a alusão ao princípio da eficiência.
ART. 2°,I, "i"	ART. 4°, IV,V
Este artigo prevê que se não houver essa entidade sucessora, o patrimônio reverterá para a União, Estados, Município ou DF, na proporção dos recursos alocados na organização social.	Existe uma previsão em ambos os artigos de incorporação do patrimônio da organização social ou da organização da sociedade civil de interesse público, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização da mesma espécie, de preferência com o mesmo objeto.

ART. 5°	ART. 9°
O tema contrato de gestão foi objeto tratado no item 4 deste trabalho, tendo sido determinado, inclusive, sua definição para fins didáticos. O art. 5° da Lei 9.637/98 define contrato de gestão para fins de celebração com as organizações sociais dispondo que: "Para os efeitos dessa lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o poder público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para o fomento de execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1°".	No caso das organizações da sociedade civil de interesse público, temos a previsão dos chamados termos de parceria, que apesar de ter nomenclatura diversa, sua definição é semelhante à do contrato de gestão. Assim, dispõe o art. 9° da Lei 9.790/99: "fica instituído o termo de parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o poder público e as entidades qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3° desta lei."
ART. 6°	ART. 10
Tanto o Termo de parceria quanto o contrato de gestão discriminarão os direitos, deveres e as obrigações do poder público e da entidade.	
ART. 7°, I	ART. 10,§ 2°, II
Tem-se a previsão no contrato de gestão e no termo de parceria da estipulação de metas a serem atingidas no exercício dos serviços de utilidade pública, prazo de execução e previsão expressa de critérios objetivos de avaliação do desempenho, através dos resultados.	
ART. 7°, II	ART. 10, §2°, IV
Tem-se a estipulação nos contratos de gestão de critérios e limites para despesa com remuneração e vantagens percebidos pelos dirigentes e empregados da organização social.	Existe a previsão na elaboração dos termos de parceria das despesas e receitas a serem realizadas, item por item, com os recursos advindos do poder público, como as remunerações de seus diretores, empregados e consultores. Percebe-se que o termo de parceria é mais detalhado.
ART. 12, §3°	ARTS. 14 e 15
A comparação destes dispositivos permite a consolidação da idéia de que	No caso das organizações da sociedade civil de interesse público, o artigo 14 da Lei

Aspectos comparativos entre as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público

as organizações da sociedade civil de interesse público são entidades que seguem com maior intensidade o princípio da moralidade administrativa. Este artigo permite a dispensa de licitação pela organização social, quando da aquisição de bens públicos, através da permissão de uso. Destarte, o patrimônio público será entregue a um particular, sem que se preveja nenhuma qualificação técnica ou financeira do mesmo para a utilização daquele.	9.790/99 estipula que deve ser feito regulamento contendo o procedimento que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como as compras, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência. Assim, os entes da lei 9.790/99 são obrigados a licitar no exercício de suas atividades, pactuadas através de termos de parceria com o poder público. Além disso, os bens adquiridos pelas organizações da sociedade civil de interesse público com o dinheiro público deverão ser gravados com cláusula de inalienabilidade, segundo o art. 15 do supracitado diploma legal.
	ART. 16
Semelhante previsão deveria ocorrer com as organizações sociais, porém não é o que ocorre, mostrando-se a lei 9.637/98, mais uma vez, mais liberal no que concerne ao controle do capital público utilizado por estes entes, dando margem à corrupção através de partidos políticos.	Existe uma previsão neste artigo de vedação às organizações da sociedade civil de interesse público na participação em campanhas de interesse político-partidário, visando a moralidade pública e o combate a improbidade administrativa, já que existem verbas públicas gerenciadas por essas entidades.

10. Conclusão

De todo o exposto, sobretudo com a análise comparativa entre as leis 9.637/98 e a Lei 9.790/99, restou-se evidenciado que a ideologia do Estado subsidiário, de que este não deve mais prestar diretamente os serviços públicos, mas sim, através de parcerias com a administração privada, pode levar a sérias lesões ao patrimônio público, no caso específico das organizações sociais.

A dispensa de licitação na contratação da administração pública com as organizações sociais, introduzida pela Lei 9.648/98 (alterando a Lei 8666/93), pode levar aos tradicionais superfaturamentos na realização de contratos administrativos, em benefício dos dirigentes dessa nova entidade, e a graves prejuízos ao erário, o que já não é tão difícil de ocorrer hoje com a utilização regular do certame. Será muito mais fácil a partir de tal "flexibilização" o nepotismo e o abuso da "coisa pública".

A idéia de extinção de entes da administração pública com a absorção das atividades antes exercidas por estes pelas organizações sociais, dentro do chamado Programa Nacional de Publicização, representa a contrário senso uma forma de privatização no sentido amplo, como colocado no início do trabalho.

A lei 9.637/98 forneceu inegavelmente exagerados poderes ao executivo, já que a qualificação e a própria desqualificação das organizações sociais dependerá de um juízo de discricionariedade do ministro ou do chefe do órgão supervisor da área de atuação do ente paraestatal.

Cumpre-se aludir às observações de Celso Antônio Bandeira de Mello ao destacar a impossibilidade aberta pela lei de que servidores públicos sejam cedidos às organizações sociais às expensas do poder público. Tais servidores jamais poderiam ser obrigados a trabalhar em organizações particulares, já que os concursos, que fizeram, foram para entidades estatais e não entidades particulares. "Destarte, pretender impor-lhes que prestem seus serviços a outrem violaria flagrantemente seus direitos aos vínculos de trabalho que entretêm. Mesmo descartada tal compulsoriedade, também não se admite que o Estado seja provedor de pessoal de entidades particulares."[16]

Por fim, em maior conformidade com o princípio da moralidade administrativa, estão as organizações da sociedade civil de interesse público que, como foi destacado, recebem vantagens pecuniárias de origem pública, mas se sujeitam a maiores controles do Estado como, por exemplo, o dever de licitar. Além disso, têm como diretrizes básicas a subordinação aos princípios da legalidade, moralidade, publicidade e eficiência, manifestados nos diversos dispositivos comentados, dentre os quais a determinação da cláusula de inalienabilidade dos bens adquiridos com o dinheiro público em paradoxo com a permissão de uso sem certame licitatório das organizações sociais.

11. Referências Bibliográficas

1. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
2. MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. *Reforma administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil.* Boletim de Direito Administrativo. [s.l.: s.n.], n. 4, abril/1998.
3. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

[16] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit. p. 160.

4. FREITAS, Juarez. *As Organizações Sociais: sugestões para o aprimoramento do modelo federal.* Revista de Informação Legislativa. [s.l.: s.n.], Ano 35, n. 140, out/dez/1998, p. 133-138.
5. SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Organizações Sociais.* Boletim de Direito Administrativo. [s.l.: s.n.], n. 3, março/1999, p. 154-155.

O FENÔMENO ALOPOIÉTICO NO CONTEXTO DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Guilherme da Rocha Ramos (Aluno de Graduação do 9° período da Faculdade de Direito do Recife – UFPE; Monitor de Direito Penal).

1. Introdução

O presente trabalho tem como escopo apresentar o fenômeno da alopoiese do sistema penal brasileiro, bem como apontar suas causas e conseqüências mais marcantes no contexto social da modernidade jurídica de nosso povo.

Preliminarmente, iremos conceituar os termos-partes que compõem o nosso tema, servindo, assim, como idéias-chaves para o entendimento básico dos itens subseqüentes.

Enfocaremos, outrossim, como as recentes transformações ocorridas durante os dois últimos séculos, notadamente as decorridas diretamente dos ideais revolucionários de liberdade, igualdade, fraternidade e, particularmente, de cidadania, irão promover o desenvolvimento de novas relações sócio-jurídicas e a conseqüente aluição das mesmas pelos diversos sistemas conservadores do *status quo* (leiam-se sistemas econômicos e políticos de diversas naturezas e origens).

A rigidez legalista e a impunidade, pontos-bases de depreensão minuciosa do surgimento de novas esferas (de)juridicizantes "alternativas" ao Direito Penal estatal, irão igualmente se desenrolar durante quase todo o trabalho.

Ademais, compatibilizando-se com tudo isso, temos induvidosamente a figura dos subcidadãos, cujo acesso à justiça é negado por bloqueios elitistas, e

que desenvolverão seus próprios princípios de regulamentação normativo-penal dentro do(s) seu(s) próprio(s) subsistema(s). Ver-se-á, contudo, que nem tais "leis" conseguem sobreviver e manter sua efetividade "heteromizante" para todos os seus membros, devido justamente à falta de identidade/autonomia (alopoiese) dos órgãos judicantes estatais. Foge ao nosso objetivo, entretanto, exaurir um assunto tão vasto e dinâmico, nem sobrestimaremos esta ou aquela teoria que o enfoca como objeto de estudo.

Mostrados todos os aspectos que circundam e destroem a independência autônoma do Direito (autopoiese), faremos uma rápida e modesta conclusão a respeito das implicações autodestrutivas e heterodestrutivas que subjugam e estrangulam as aspirações de legalidade e imparcialidade jurídico-penais dos subcidadãos e as possíveis soluções para tais implicações no Brasil.

2. Conceitos Basilares

2.1. Autopoiese & Alopoiese

Tornar-se-ia deveras difícil definir "alopoiese" sem termos em mente, de antemão, o conceito de sua antípoda, a "autopoiese", porquanto ambos os significados estão entrelaçados indissociavelmente.

A palavra autopoiese deriva do grego *autós* ('por si próprio', 'de si mesmo') e *poiesis* ('criação', 'produção'), tendo sua origem na teoria biológica de Maturana e Varela[1]. Deve-se a Niklas Luhmann, porém, o ingresso do conceito de *autopoiese* nas ciências sociais, notadamente no Direito[2]. Segundo o doutrinador alemão, "um sistema é dito autopoiético quando este se reproduz primariamente com base nos seus próprios códigos e critérios, assimilando os fatores do seu meio-ambiente circundante (expectativas sociais), mantendo, assim, a sua autonomia e identidade perante os demais sistemas sociais"[3].

No caso do (sistema) *Direito*, diz Luhmann que, sendo *autopoiético*, prevalece o código de preferência lícito/ilícito como condição de sua

---

[1] MATURANA E VARELA *apud* NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Da Autopoiese à Alopoiese do Direito.* Anuário de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Recife: Universitária, n. 5, jan/jun/1995, p. 273.

[2] Idem, p. 273.

[3] _____. *Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: O Problema da Falta de Identidade da(s) Esfera(s) de Juridicidade na Modernidade Periférica e suas Implicações na América Latina.* Revista Direito em Debate. Rio Grande do Sul: Unijuí, ano V, n. 5, 1992, p. 15.

autorreferência sistêmica[4], ou seja, os valores e motivações, ainda que das mais diversas, da política legislativa e da atividade jurisdicional buscam suas fontes nos próprios princípios norteadores da e para a criação, interpretação e aplicação jurídicas. O que se quer dizer com isto é que a identidade operacional e a autonomia funcional do sistema jurídico, requisitos básicos deste, são sustentadas por aquele código binário, formando o que se pode chamar do *núcleo* ou *cerne* da autopoiese do Direito.

Numa posição diametralmente oposta, temos o conceito de *alopoiese*. Derivada do grego *alo* ('um outro', 'diferente') e *poiesis* ('criação', 'produção'), a palavra, como bem define Marcelo Neves, "designa a (re)produção do sistema por critérios e códigos do seu meio-ambiente. O respectivo sistema perde em significado a diferença entre sistema e meio-ambiente, sendo incompatível (...) com a própria noção de referência ao meio-ambiente..."[5]. Concordamos com o jurista quando ele, complementando a sua definição, afirma que um sistema alopoiético constitui-se da "confusão de códigos jurídicos construídos e aplicados difusamente, como também do intrincamento destes com os códigos do poder, da economia, familiar, da amizade, como também daquilo que os alemães chamam de 'boas relações'"[6].

Explicando mais liqüidamente o que acabamos de dizer, a alopoiese reflete a injunção e o "intrincamento dos códigos jurídicos com os demais códigos sociais"[7]. Todos estes códigos, com efeito, imiscuir-se-iam de tal forma que o processo de construção de suas identidade e reprodução da autonomia estaria seriamente comprometido, diluindo-se paulatinamente.

A interferência direta de fatores sociais particularistas e bloqueantes (poder, dinheiro, etc.) atuaria como um "tumor" que, metastasiando-se destrutivamente pelo interior do sistema jurídico, provocaria, sem mais delongas, o ulterior perecimento da autonomia/identidade deste. A conseqüência mais grave de tudo isso, não obstante a busca de um entrelaçamento sistematizador intersistêmico positivo das esferas de juridicidade, é "a insegurança destrutiva com relação à prática de solução ou neutralização de conflitos"[8].

Disso, depreende-se que os paradigmas alopoiéticos, de cunho dejuridicizante, obnubilam a identidade sistêmica do Direito, porquanto seus

---

[4] Idem, p. 15.
[5] _____. *Da Autopoiese à Alopoiese do Direito*, p. 287.
[6] _____. *Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: O Problema da Falta de Identidade da(s) Esfera(s) de Juridicidade na Modernidade Periférica e suas Implicações na América Latina*, p. 21.
[7] Idem, p. 17-18.
[8] NEVES, *Da Autopoiese à Alopoiese do Direito*, p. 292.

pilares (adoção dos seus próprios critérios e independência autônoma) são aluídos e soçobrados, fazendo periclitar a *autorreferência* — e, através da assimilação de interesses, a *heterorreferência*[9]— sistêmicas do código binário luhmanniano "lícito/ilícito" por conta da sobrepujação de outras esferas sociais (o ter — economia, o poder — política, etc.) em detrimento de esferas tópicas de juridicidade.

2.2. A (Sub)Cidadania Brasileira

O conceito de *cidadania* está intimamente vinculado à titularidade de direitos. Isto está muito bem expresso na seguinte definição de cidadania, que se acha assim deslindada: "Cidadania é expressão que identifica a qualidade da pessoa que, estando na posse de plena capacidade civil, também se encontra investida no uso e gozo de seus direitos políticos, que se indicam, pois, o gozo dessa cidadania"[10].

Pode-se entender a cidadania — segundo uma perspectiva efetivamente generalizante — como "a inclusão de toda a população no acesso/dependência aos seus benefícios, vantagens e regras"[11]. Já o conceito habersiano de cidadania implica "autonomia privada (direitos humanos) em conexão com autonomia pública (soberania popular)"[12].

Independentemente da aceitação deste ou daquele conceito, só podemos falar em cidadania se houver concretização das normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais (individuais e coletivos), implicando direitos civis, políticos e sociais, tendo na igualdade o pressuposto inerente e o arcabouço ético do conceito em relevo.

Entretanto, constata-se, como decorrência da sobreposição daqueles interesses já citados (*vide* sub-item 2.1), a existência de grupos sociais

---

[9] A heterorreferência de que se trata aqui tem um sentido um tanto mais largo que aquela há muito preconizada heteronomia do Direito, para a qual a validez de uma norma jurídica existe e deve ter aplicação independentemente da vontade de seus destinatários (transcendente a esta está somente a vontade do legislador).
Em verdade, o conceito de *heterorreferência* cinge-se à natureza ou qualidade que um ordenamento jurídico autopoiético possui de figurar como o paradigma ou modelo de referência técnica e valorativa daquela heteronomia, bem assim das relações intersubjetivas entre os seus destinatários.

[10] SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico.* Vol. I. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 335.

[11] LUHMANN *apud* NEVES. *Entre Subintegração e Sobreintegração: A Cidadania Inexistente.* Revista Acadêmica. Recife: a. 75, 1992, p. 85.

[12] HABERMAS *apud* NEVES. Op. cit. p. 85.

marginalizados[13] e que, portanto, não estão integrados ao processo "generalizador" da "ampliação" da cidadania, o que requer a prevalência de uma democracia real. Tais grupos subintegrados são prevalentemente constituídos por indivíduos chamados (pós-)modernamente de "subcidadãos"[14].

O caso do Brasil é emblemático. A maior parcela da sua população é constituída basicamente por subcidadãos, que não estão escusados de cumprir com as responsabilidades e deveres que o Direito lhes impõe, mas também este não lhes dá as condições de exercer seus direitos fundamentais dispostos no texto constitucional e tão aclamados durante as últimas décadas[15].

É, pois, justamente em razão da ausência da realizabilidade das funções social-integrativa e político-participatória da cidadania que o paradoxo subcidadania/democracia finca as suas raízes no Brasil[16].

Assim sendo, quanto à subcidadania brasileira vão se generalizar processos não-participatórios infra-estatais de coibição aos direitos fundamentais (igualitários) em concomitância com a sacralização de privilégios e favores mútuos da sobrecidadania brasileira, levando ao descrédito o Poder Judiciário. Este, diga-se *en passant*, comete verdadeira "violência"[17], que, a par dos anseios populares em enxergar uma justiça que leve a cabo a punição prevista no preceito sancionador da norma incriminadora, mesmo (e acima de

---

[13] Cf. NEVES, *Entre Subintegração e Sobreintegração: A Cidadania Inexistente*, p. 95: "A marginalização, nesse sentido, encontra-se não só nas esferas econômica e política, mas igualmente e sobretudo, nas esferas social e — por via oblíqua — jurídica.

[14] Há ainda divergências quanto ao termo "subcidadania", no que tange ao tempo de seu aparecimento".

[15] NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Em Defesa da Vida: Aborto, Eutanásia, Pena de Morte, Suicídio, Violência/Linchamento*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 148: "A acolhida tão-somente teórica de direitos dos destituídos de poder corresponde ao que Paulo Lúcio Nogueira denomina de "violência legal": leis que beneficiam injustificadamente uns poucos em detrimento de uma coletividade desesperada por inclusão social e sedenta por uma justiça penal atuante e célere".

[16] No que toca a essa realidade, fazemos nossas as palavras de Paulo Lúcio Nogueira (idem, p. 149), tratando da chamada "violência política": "A verdadeira política deveria ter como fim primordial o bem público, mas isso não ocorre em nosso país: interesses pessoais, de grupos econômicos ou de partidos são colocados sempre em primeiro lugar, o que é uma violência contra o povo."

[17] Idem, p. 150: "A maior violência judicial é a omissão ou indiferença na prestação de serviços, o que acarreta, além de prejuízos, uma sensação de impotência desesperadora por parte da população, que se sente em ação para protestar (...)", eis como Paulo Lúcio Nogueira explica a "violência judicial".

tudo) aos sobrecidadãos, possibilita a supressão, por iniciativa subcidadã, do sistema penal positivo dogmático, através de formas e mecanismos normativos "alternativos".

3. Relação Substancial entre Subcidadania e Alopoiese

No que tange ao intrincamento íntimo existente entre cidadania e alopoiese, iniciemos irrelutantemente a parte precípua deste trabalho, fazendo a seguinte assertiva, que se deve a Marcelo Neves: "A realização da cidadania pressupõe autonomia do sistema jurídico"[18].

Essa autonomia jurídica, correlacionada direta e intrinsecamente com a idéia de cidadania, possui sua relevância respaldada, empiricamente, na heterorreferência transubjetiva de expectativas normativas no tocante à neutralização de complexos dissensos das diversas esferas do agir e vivenciar sociais, a partir da assimilação de interesses filtrados cognitivamente, tais quais a liberdade e a garantia de um processo justo e regular, em caso de este bem ser ameaçado, ou violado.

Ademais, lógico está que a ausência da autorreferência dos Direitos Penal e Processual Penal condiz perfeitamente, como foi salientado anteriormente (*vide* sub-item 2.1), com o surgimento do sistema alopoiético, inviabilizando a conquista de direitos individuais e coletivos por parte dos cidadãos. "A idéia de autonomia/identidade do Direito deve vincular-se", como bem atesta Jürgen Habermas, "à democracia real"[19].

Conquistar e ampliar a cidadania e, por conseguinte, manter e reforçar a independência operacional-funcional do sistema penal brasileiro, e desintrincar a interpenetração particularista, bloqueante e heterodestrutiva entre o "ter", o "poder" e o Direito, em virtude da incompatibilidade da cidadania includente e generalizante com códigos, critérios e ingerências egoísticas de sistemas extrajurídicos. É esta evolução construtiva e ampla da cidadania, portanto, o pressuposto da semântica dos direitos humanos.

O sistema jurídico-penal brasileiro, em decorrência da sua alopoiese, vai perdendo, faticamente, forças para as influências diretas dos critérios econômicos e políticos, porquanto o texto constitucional perde o seu significado normativo generalizado, incapacitado de deter o avanço daqueles

[18] Idem, p. 77.

[19] HABERMAS *apud* NEVES, *Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: O Problema da Falta de Identidade da(s) Esfera(s) de Juridicidade na Modernidade Periférica e suas Implicações na América Latina*, p. 16.

critérios, faltando-lhe a corroboração pragmática dos seus dispositivos[20]. Saliente-se a isso as relações entre subcidadãos e sobrecidadãos, nas quais as peculiaridades mais contundentes são, *em regra* — o que deveria permanecer tão-só como exceção —, quanto a estes últimos, a quase inequívoca passagem do *ser-ente social* para o *ser-sujeito de direitos*, e, *a contrario sensu*, a negação, aos primeiros, da cidadania (integração igualitária na sociedade).

Insiste, todavia, em parecer à primeira vista que os subcidadãos estão excluídos do ordenamento jurídico e os sobrecidadãos, ao contrário, incluídos. Ocorre que estar incluso a ele é submeter-se aos seus ditames, ora em pleno gozo dos direitos conferidos, ora cumprindo com os deveres. Aos subcidadãos, contudo, cabem-lhes apenas estes últimos, por conta da alopoiese, que lhes ignora o exercício pleno de todo o art. 5° da Constituição Federal. Esta, aliás, é logo posta de lado pelos "donos do poder" assim que impõe limites e restrições às suas ações políticas, mesmo que tais ações incorram em sanções penais (?).

Se as declarações constitucionais dos "direitos do cidadão" possuem um reduzido grau de validade jurídica, qual seria, então, seu sentido? A resposta encontra-se na "hipertrofia na sua dimensão político-simbólica em detrimento de sua função jurídico-normativa"[21].

Urge, conseqüentemente, bloquear os avanços dos códigos "dinheiro" e "poder" no que diz respeito à (concretização da) normatização constitucional. A falta de autonomia jurídica, solapando irrefreavelmente a identidade do ordenamento jurídico pátrio, leva à elaboração de leis penais em que está implícita, senão a defesa dos privilégios dos sobrecidadãos, ao menos a amenização dos atos criminosos destes[22].

---

[20] Principalmente os dos artigos 1°, inc. II, 3° e 5°, em sua integralidade.

[21] NEVES, *Entre Subintegração e Sobreintegração: A Cidadania Inexistente*, p. 96.

[22] Sobre este fato, comparem-se, *e. g.*, as penas dos artigos 155 do nosso Código Penal (furto) e 1° da Lei n.° 4.729, de 14 de julho de 1965 (sonegação fiscal).
Com acerto, é *curioso* e ao mesmo tempo *revoltante* notar-se num país de milhões de miseráveis, como é o caso brasileiro, certas *absurdidades*. Suponham-se dois sujeitos das classes baixas que, não obstante pagarem regularmente seus tributos (com muito sacrifício, no mais das vezes), furtam objetos de pequeno valor da casa de rica família, durante o seu repouso noturno. Imagine-se, outrossim, que sejam reincidentes em crime idêntico. Os agentes, após rápidas investigações — nada mais esperado num país de ordenamento jurídico tradicional e eminentemente sobrecidadão —, são presos, indiciados e processados por furto qualificado com a causa de aumento de pena de 1/3 (art. 155, § 4°, IV c/c § 1°, do CP). Em sendo condenados, a pena privativa de liberdade *mínima* a lhes ser imputada como conseqüência de sua prática delituosa será de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e multa de 1/3 do salário-mínimo (esse é o

4. Atividade Alopoiética: Legalismo e Impunidade

Cogita-se, com certa freqüência, quais seriam os meios alopoiéticos geradores do que se pode chamar de "instrumentalização política do Direito através do jogo de interesses"[23] deconstrutivos e desestruturalizadores da concretização normativa, em particular do texto constitucional brasileiro no que tange aos preceitos de natureza penal. Esse fenômeno, ocorrente principalmente na América Latina, gira em torno da falta de tolerância[24]

quantum mínimo que se deduz da inteligência do art. 49, *caput* e seu § 1°, do Código Penal).

No entanto, o sujeito que houver sonegado milhões da Receita Federal, em geral pessoa que, se não abastada, ao menos de vida economicamente bastante confortável (e é precisamente em conseqüência do valor não repassado ao Estado e da ótima situação financeira pela que passa o réu que se eleva o grau de culpabilidade do agente, obliqüamente, o grau de reprovação social), se for indiciado (1ª dificuldade, ante a negligência das autoridades policiais, mormente quando o que se discute é a criminalidade de "colarinho branco"), processado (2ª dificuldade, porquanto não raras vezes inquéritos e processos são simplesmente arquivados, por motivos que às vezes, digamos, "extrapolam os limites do conhecimento puramente jurídico") e condenado (3ª dificuldade, dada a brilhante atuação dos advogados muito bem remunerados — com o dinheiro do Estado — acrescida da morosidade, inoperância e pusilanimidade de alguns magistrados), a sanção penal privativa de liberdade *máxima* ser-lhe-á de 2 (dois) anos de detenção.

Observe-se que os dois primeiros réus terão de iniciar o cumprimento da pena em regime fechado, pois se trata de reclusão, e a reincidência dos mesmos prejudica o benefício do início de pena em regime aberto, contido no art. 33, § 2°, *c*, do diploma repressivo, e não terão direito à suspensão condicional da pena (*sursis*), pelo simples fato de que a pena privativa de liberdade *in concreto* foi decretada em mais de 2 (dois) anos (*vide* art. 77, *caput*, do Código Penal), nem à substituição desta por uma restritiva de direitos (a reincidência, mais uma vez, fere de morte o requisito do art. 44, II, do estatuto penal). Por sua vez, o último condenado (se é que o foi...), se primário (o que comumente ocorre, inobstante anos de sonegação impunes), goza do privilégio que é concedido pelo art. 1°, § 1°, da mesma Lei n.° 4.729/65 (aplica-se apenas a pena de multa), afastando-se, assim, qualquer possibilidade de privação da liberdade.

Onde falar-se, em caso como de tais, em Justiça Penal?

[23] NEVES, *Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: O Problema da Falta de Identidade da(s) Esfera(s) de Juridicidade na Modernidade Periférica e suas Implicações na América Latina.* [s.l.: s.n.], p. 17.

[24] NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Legalismo e Impunidade: Intolerância e Permissividade Jurídicas na América Latina - Notas para Discussão no Ano Mundial da Tolerância. In:* Revista do Conselho Estadual de Defesa dos Direitos do Homem e do Cidadão. ano II, n.° 02,

vinculada às desigualdades sócio-econômicas, que, de forma cabal, germinam e permeiam a impotência jurídica em relação à submissão de todos, sem exceção, aos ditames, princípios e normas dos Direitos Penal e Processual Penal.

A falta de tolerância na esfera jurídica pode efetivar-se através de duas situações: o legalismo e a impunidade.

O *legalismo*, ao contrário do princípio da legalidade (generalização igualitária da lei), asfixia a autonomia operacional do sistema penal nacional, pois impõe aos subcidadãos os deveres a serem cumpridos, mas, concomitantemente, nega-lhes o acesso aos direitos "garantidos" constitucional e legalmente. A insensibilidade discriminatória legalista funciona, assim, como intolerância jurídica mantenedora da "exclusão" social dos subcidadãos, haja vista a evidência de tal alogia dejuridicizante. A Constituição Federal, bem como as legislações penal e processual penal, então, parece serem pragmatizadas apenas quando e porque interesses de grupos privilegiados não são comprometidos.

O outro pólo da intolerância jurídica dirige-se ao que se chama de *impunidade*. Freqüentemente se observa que certos ilícitos não são seguidos das sanções pré-estabelecidas juridicamente. Poder-se-ia até pensar que se trata de "tolerância excessiva", mas, ao contrário, significa, isso sim, tolerância *ausente*. Faz-se prementemente imperioso enfocar o fato de que "os privilégios da impunidade implicam a própria quebra da autonomia/identidade da esfera jurídica por bloqueios políticos particularistas, econômicos e 'relacionais'"[25].

Como bem se vê, a rigidez legalista está para os subcidadãos assim como a impunidade e a permissividade jurídica para os sobrecidadãos, complementando-se reciprocamente. Daí resulta o fato de, em regra, "as vítimas dos atos impunes são os socialmente mais frágeis (subcidadãos) e os agentes ou responsáveis são indivíduos e grupos privilegiados, ou aqueles vinculados direta ou indiretamente aos seus interesses"[26]. Quando, porém, o

---

março, 1995, p. 08: "A tolerância, como bem define Marcelo Neves, é "o modo de ser, agir e vivenciar humanos que respeita as maneiras diferentes de ser, agir e vivenciar no mesmo espaço social".

[25] Idem, p. 10.

[26] ADEODATO, João Maurício Leitão. *Uma Nova Ordem da Práxis Jurídica Brasileira. In:* Anais da XIV Conferência Nacional da OAB.[s.l.: s.n.], 1992, p. 409. Como exemplo disso, atente-se ao caso elucidativo descrito por João Maurício Leitão Adeodato: "Um industrial dirigia alcoolizado e atropelou e matou uma criança em Santa Catarina. Após um processo de 4 anos, cuja decisão aguardou em liberdade, foi condenado a 1 ano e 3 meses de prisão. Em atenção aos diversos artigos e parágrafos atenuantes da lei (réu primário, sem periculosidade) e sem consideração dos agravantes, permaneceu em liberdade e apenas sua licença de motorista

agente é um subcidadão, este não recebe o devido tratamento declarado constitucional e legalmente, em vista de sua condição de inferioridade dentro do ordenamento jurídico-penal brasileiro[27].

Claro está que, sem igualdade de direitos e deveres, encontrar-nos-emos numa situação de falta de cidadania semelhante àquela que remonta o período absolutista, em que a relação entre soberano e súditos era constituída de poderes e direitos no pólo superior (o que equivale, nos nossos dias, à situação dos sobrecidadãos) e deveres no inferior (o equivalente à situação dos subcidadãos). Uma situação como esta desnatura, se não cinde, a função de qualquer ordem social, que, "vista de uma perspectiva psico-sociológica, (...) consiste em obter uma determinada conduta por parte daquele que a esta ordem está subordinado, fazer com que essa pessoa omita determinadas ações consideradas como socialmente — isto é, em relação às outras pessoas — prejudiciais, e, pelo contrário, realize determinadas ações consideradas socialmente úteis. Esta função motivadora é exercida pelas representações das normas que prescrevem ou proíbem determinadas ações humanas"[28], mais específica e preponderantemente, as normas que prescrevem ilícitos penais.

Requer-se como cidadania, em outras palavras, a generalização includente do código de preferência lícito/ilícito, condicionando, dessa forma, a indissociabilidade entre o respeito e a concretização (igualmente generalizantes) dos dispositivos constítucionais e legais dentro do quadro do sistema penal brasileiro.

Conclui-se, diante do exposto, que a tolerância jurídica significa, antes de tudo, direitos e deveres mutuamente partilhados (o que implica legalidade, e a alopoiese obstaculiza isso), sendo que sua realizabilidade é impensável sem

---

foi suspensa por tempo limitado. O pai da criança, inconformado, publicou nota nos jornais lamentando o ponto a que chegara a justiça brasileira em seus resultados práticos. Por insulto à justiça foi condenado a 1 ano e 8 meses de prisão. Entrementes, mostrando a total ineficácia da já suave sentença, o industrial continuava dirigindo diante das testemunhas diversas. Apesar de não dispormos de estatísticas, estes e outros casos parecem confirmar o dito de que 'o Código Penal existe para os pobres'".

[27] É evidente, notadamente, o desdém que se dá a dispositivos da Lei de Execução Penal (Lei n.° 7.210, de 11 de julho de 1984), como, por exemplo, o do seu artigo 40, que reza: "Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios". Vejam-se também, na mesma lei, como exemplo do "respeito" aos presos, os artigos 10, 57, 185 e 198. Princípios constitucionais do artigo 5° também não são postos em prática. Para ratificar isso, pode-se fazer um lançar d'olhos nos incisos III, XLI, XLIX, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXXVII e seu § 1°.

[28] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* Coimbra: Armênio Amado, 1984, p. 48.

Estado (efetivamente) Democrático e Social de Direito (o que implica autopoiese em todos os sistemas sociais e no sistema jurídico-penal estatal).

5. A (Não) Efetividade dos "Procedimentos Retóricos" Alopoiéticos dos Subsistemas Penais Brasileiros

Por tudo o quanto já foi discutido até agora, pode-se afirmar que, da prevalência da alopoiese do sistema jurídico-penal em detrimento de sua autopoiese em países subdesenvolvidos, notadamente no Brasil, advém a alógica assertiva de que a produção jurídica é fechada às demandas das expectativas sociais (em certos aspectos, até mesmo de forma hermética). Um Estado alopoiético, cujos procedimentos decisórios é insuficiente para resolver todos os conflitos que lhe sobrevêm, é perpassado por procedimentos jurídicos espontâneos, fazendo com que os sistemas que constituem a sociedade criem, eles mesmos, os procedimentos necessários para suprirem essa dificuldade[29]. É assim que amiúde iremos observar metacódigos oriundos da ideologia sobrecidadã agindo e reagindo paralelamente aos critérios pré-estabelecidos pelos sócio-juridicamente marginalizados.

A subcidadania brasileira, então cansada de ter seu acesso à justiça (?) do (pretensamente autopoiético) Estado, bloqueado por fatores extrajurídicos, desenvolverá outras formas jurídicas em reação à inadequação, improcedência e inoperância do ordenamento jurídico positivo-dogmático brasileiro, haja vista as (excludentes) diretrizes insensíveis e/ou freqüentemente inservíveis às profundas desigualdades sociais do nosso país. Assim, a subcidadania elaborará as normas penais que devem ser seguidas dentro de cada grupo social, como também os procedimentos penais no caso de serem (as normas) transgredidas, seja o violador da norma pertencente, ou não, ao grupo social legiferante, *i. e.*, grupos sociais subintegrados transfiguram a titularidade exclusivamente estatal do *jus puniendi*, que, se não repassada totalmente às suas mãos (como uma espécie de "usurpação" do *jus imperii* do Estado), ao menos com ela concorrem[30]. Numa ou noutra hipótese, entrementes, constitui-se a reafirmação

[29] Cf. ADEODATO, Op. cit.p. 406-414.

[30] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal.* V.1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 12-13. O conceito desse poder-dever do Estado — *jus puniendi* — acha-se muito bem encerrado no magistério de Fernando da Costa Tourinho Filho, parte do qual preferimos transcrever, *ad litteram*: "(...) O ilícito penal atenta, pois, contra os bens mais caros e importantes de quantos possua o homem, e, por isso mesmo, os mais importantes da vida social. (...) Como a sociedade, assim entendida, é uma entidade abstrata, a função que lhe cabe, de reprimir as infrações penais, permanece em

da "violência de sangue" (*Blutrache*), a mais primitiva, segundo Hans Kelsen, das "sanções socialmente imanentes"[31].

Exemplifiquemos o caso das "normas penais" e "processuais penais" dos favelados, nada mais do que formas instáveis e difusas de reação à falta de acesso aos benefícios e vantagens do sistema jurídico-penal estatal. Como conseqüência da falta de eficácia (no sentido sociológico da expressão) do Direito Penal Positivo Dogmático, advinda, por sua vez, da ausência da identidade autorreferente e heterorreferente sistêmica heteromizante do Direito brasileiro (alopoiese), os favelados irão "se virar sozinhos", como se diz no jargão popular[32], para resolverem seus litígios, segundo, agora, seu próprio código binário lícito/ilícito, cujos princípios repousam, insofismavelmente, no arcabouço de uma ética empírica que amiúde põe em relevo as contradições da natureza humana.

Essas contradições, ao que nos parece, vêm à tona já mesmo a partir do momento em que, perante um determinado caso concreto, a norma penal de origem subcidadã é refutada, ou incide de um modo mais, ou menos, severo que aquele rigor primariamente previsto, em vista de uma "especial condição" gozada pelo infrator, tal como, *e. g.*, uma capacidade penal especial em relação a certas normas penais não incriminadoras permissivas. Em suma, a subcidadania brasileira — outrora insatisfeita com ingerências e interferências metajurídicas ensejadoras da impunidade dos "donos do poder" e do legalismo frente aos menos favorecidos sócio-economicamente —, em dadas circunstâncias, também incorre nos mesmos vícios de todo ordenamento alopoiético: acolhe

---

mãos do Estado, que a realiza por meio dos seus órgãos competentes. O *jus puniendi* pertence, pois, ao Estado, como uma das expressões mais características da sua soberania".

[31] *Op. cit.*, p. 55. Deve-se isso, sobretudo, à ausência da "descida", do plano abstrato para o concreto, do *jus puniendi* estatal, "no instante em que alguém realiza a conduta proibida pela norma penal" (TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p. 13). E seria a partir desse momento que o Estado *deveria* infligir a pena ao autor da conduta proibida, algo um tanto "inconcebível" (!) quando vem à baila a problemática da sujeição de uma pena a um sócio-economicamente (e juridicamente) privilegiado (e aqui repousa o pressuposto do "indiciamento dourado", *id est*, indiciamento dum sobrecidadão, um acontecimento por si só raro de se fazer eficazmente presente).

[32] Eles irão "se virar sozinhos" por meio da imposição de normas (com suas respectivas sanções) por traficantes de drogas e outros tipos de criminosos, que exercem uma verdadeira dominação sobre todos aqueles que ali vivem. Os moradores daquela esfera de (de)juridicidade possuem entre si uma espécie de "lealdade" para com os traficantes (omissão de testemunho diante de um fato criminoso ocorrido na favela, avisos aos traficantes da chegada da polícia, etc.) e, em troca, deles recebem certa proteção (?!).

fatores e valores extranormativos para beneficiar uns poucos subcidadãos, mantendo, porém, os demais "sob as rédeas" do normativismo "alternativo".

Sem embargo, como igualmente ocorre com o Direito estatal brasileiro, a reação difusa à ausência do princípio da legalidade também não vai conseguir manter sua "autonomia/identidade", pois em toda forma jurídica decorrente de um processo de alopoiese, como é o caso brasileiro, estão ínsitos toda espécie de sobreposições de interesses particularistas. Assim é que a efetividade generalizante dos procedimentos penais da subcidadania brasileira não se concretiza, o que nos leva a dizer que esse é um fenômeno de alopoiese nos subsistemas penais "alternativos"[33].

Infere-se, por tais razões, que um sistema penal estatal alopoiético enseja, quando pululam as insatisfeitas demandas sociais aclamadoras de uma verdadeira justiça penal, subsistemas jurídicos penais que, inevitavelmente, restam condenados em suas próprias colunas mestras, noutras palavras, esbarram na impossibilidade mesma de uma heteronomia igualitária: tornam-se, pois, também alopoiéticos[34].

---

[33] O que se quer dizer com isso é que os "procedimentos retóricos" sub-estatais também vão perder sua efetividade, porquanto os subsistemas que lhes deram vida vão se interpenetrar, decorrendo disso uma "miscelânea jurídico-social". Ademais, voltando ao caso dos favelados, é preciso sermos sensatos ao declarar que mesmo tais leis "favélicas" — se nos permitam o emprego desse neologismo — não são igualitárias. Há como que uma subcidadania (1° pólo) na subcidadania (2° pólo).
Com certa margem de plausibilidade, é válido afirmar que os membros pertencentes ao 1° pólo são os próprios moradores das favelas e os do 2° pólo, os traficantes que ali firmam o seu império de terror e violência. Daí porque o 2° pólo é privilegiado, em virtude de não estar submetido ao mesmo rigor das leis "favélicas". Observe, por exemplo, que se o chefe do tráfico mata um morador, como "queima de arquivo", dificilmente será sancionado (nem pelo ordenamento jurídico estatal, nem — e com maior razão — pelo "ordenamento jurídico favélico"), mesmo porque, e isso não há que se negar, impera a "lei do silêncio": ninguém viu nem ouviu o ocorrido, logo ninguém fala. Já o morador que matar um "avião" (morador da favela, geralmente menor de idade, que busca a droga do morro para vendê-la nas ruas) poderá ser inapelavelmente penalizado com a morte, visto que, *hic et nunc*, os interesses privilegiados do 2° pólo foram ameaçados, merecendo sua causa ser "extirpada" imediatamente.

[34] Daí podermos também discutir o tema ora abordado — o fenômeno alopoiético — sob um outro ângulo, vale frisar, no contexto dos *subsistemas* penais brasileiros, isto é, conjuntos ou combinações de normas penais paraestatais coordenadas entre si de molde que concorram para um certo resultado, qual seja, a consecução da justiça penal, sob a ótica e os valores dos sócio-juridicamente subintegrados.

6. Conclusão

A insensibilidade do Direito brasileiro, em face do contexto social, não responde à diferenciação das diversas esferas do agir e vivenciar humanos da sociedade decorrentes da hipercomplexificação desta.

A conseqüência mais agravante é a disfuncionalidade operacional da autodependência dos critérios jurídicos, contornando destrutivamente os pilares do ordenamento jurídico-penal, implicando a aniquilação de sua identidade e a ruína da sua autonomia. O legalismo e a impunidade desenfreados, símbolos-mor da "democracia" brasileira, sufocam gradativamente as aptidões democratizantes das expectativas sociais no tocante à realização includente e igualitária da legalidade, respeitando as crescentes demandas sociais.

Outrossim, transparece a ação dejuridicizante dos sobrecidadãos que, aliados à conivência da burocracia estatal, desnorteiam a atividade jurídica sob todos os seus aspectos. Dessa forma, as premências sociais legitimadoras de um Direito autorreferente, autopoiético, são combalidas cruelmente por interesses mesquinhos e supérfluos dos "donos do poder", achincalhando, por assim dizer, a Carta Política, principalmente no que se refere aos tão aclamados, desde a Revolução Francesa, *droits de l'homme et du citoyen.*

Cansados da espera de o Estado resolver os dissensos sociais mais significativos e perplexos ante os entraves que ilidem a concretização normativa penal, os subcidadãos brasileiros, movidos por um sentimento misto de indignidade e justiça, causado justamente pela falta de seu acesso a esta, desenvolvem normas penais capazes, consoante crêem, de solver os conflitos de interesses que porventura se insurjam. O fulcro de todas essas formas espúrias de exercer a justiça penal (até mesmo a do Estado, somente no qual está legitimado o *jus puniendi*) encontra suas fontes de produção — lógica e cronologicamente falando —, respectivamente, na exclusão sócio-jurídica de um povo e na alopoiese do correspondente ordenamento jurídico de que ele faz parte, legislado que é por "metacódigos". Porém, talvez ainda não hajam percebido os subcidadãos brasileiros que os tão discutidos "critérios particularistas e bloqueantes" da identidade das esferas de juridicidade também se consubstanciam empiricamente em tais esferas "alternativas" ou "extralegais".

Destarte, o ponto-questão da não-efetividade ou não-funcionalidade generalizada de quaisquer procedimentos (extra)legais, isto é, a resposta para a falta de aquisição e de ampliação da cidadania reside na ausência de legalidade correlacionada com a falta de autorreferência independente do Direito Penal brasileiro. Por tais razões é que "os advogados brasileiros devem lutar para

possibilitar o acesso das massas populares à ordem jurídica, propugnando por novos esquemas e paradigmas legislativos e de controle externo das instituições"[35].

7. Referências Bibliográficas

1. ADEODATO, João Maurício Leitão. *Uma Nova Ótica da Práxis Jurídica Brasileira.* Anais da XIV Conferência Nacional da OAB. [s.l.: s.n.], 1992.
2. ARRUDA JR., Edmundo Lima de (org.). *Lições de Direito Alternativo.* V. 2. São Paulo: Acadêmica, 1992.
3. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 1996.
4. NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Da Autopoiese à Alopoiese do Direito. In:* Anuário do Mestrado em Direito. Recife: Universitária, n. 5, 1992, p. 273-298.
5. _____. *Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: O Problema da Falta de Identidade da(s) Esfera(s) de Juridicidade na Modernidade Periférica e suas Implicações na América Latina.* Direito em Debate. Rio Grande do Sul: Unijuí, ano V, n.º 5, jan./jun/1995, p. 7-37.
6. _____. *Entre Subintegração e Sobreintegração: A Cidadania Inexistente.* Revista Acadêmica. Recife: ano 75, 1992, p. 77-97.
7. _____. *Legalismo e Impunidade: Intolerância e Permissividade Jurídicas na América Latina - Notas para Discussão no Ano Mundial da Tolerância. In:* Cidadania e Direitos Humanos - Revista do Conselho Estadual de Defesa dos Direitos dos Homem e do Cidadão. [s.l.:s.n], ano 2, n. 2, março/1995, p. 8-11.
8. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Em Defesa da Vida: Aborto, Eutanásia, Pena de Morte, Suicídio, Violência/Linchamento.* São Paulo: Saraiva, 1995.
9. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico.* Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 6ª ed., 1980.
10. STRECK, Lênio Luiz. *A Crise da Efetividade do Sistema Processual Brasileiro.* Direito em Debate. Rio Grande do Sul: Unijuí, ano V, n. 5, jan/jun/1955, p. 64-75.
11. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal.* V. 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
12. TORRÉ, Abelardo. *Introducción al Derecho.* Buenos Aires: Perrot, 1957.

[35] ADEODATO, Op. cit. p. 419.

PENAS ALTERNATIVAS: UM CAMINHO VIÁVEL

Maria Rosa Ferreira Pérez (Aluna do 4º Período da Graduação em Direito da UFPE)

"Quer se tenha de punir, quer se tenha de absolver, é preciso ver sempre os homens humanamente"

Sumário: 1. Introdução; 2. Penas: uma primeira visão; 3. Penas alternativas; 4. Prestação de serviços à comunidade; 5. Conversão da pena restritiva de direitos em privativas de liberdade no âmbito do juizado especial; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1. Introdução

A vida em sociedade trouxe inúmeros benefícios à humanidade, mas também foi responsável pelo surgimento de conflitos intersubjetivos. Para dirimir tais conflitos, criou-se o Direito que tem por finalidade viabilizar a convivência entre os semelhantes. Contudo, "a condição de eficácia do Direito é de que se manifeste como independente de manipulações grosseiras e pareça justo. E não pode parecer justo como tal sem manter sua própria lógica e seus critérios de eqüidade e, mais ainda, sem ser às vezes realmente justo"[1].

Difícil, porém nobre,é a busca pela Justiça e desde os primórdios, o homem demonstra preocupação em conquistá-la. Jesus pregava que "felizes os famintos e sedentos de Justiça porque serão saciados"[2], mas como Baltasár Gracián alertou: "usem os meios humanos como se os divinos não existissem"[3].

Assim, na busca pela Justiça surgem os que defendem a aplicação de penas alternativas. Estas têm caráter inovador e devem ser encaradas como um

[1] CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Uso Alternativo do Direito e Saber Jurídico Alternativo. in*: ARRUDA JR., Edmundo de Lima (organizador). *Lições de Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 112.
[2] Bíblia Sagrada: Evangelho segundo São Mateus, capítulo 5, versículo 6.
[3] JORNAL DO COMMÉRCIO. Editorial: Opinião. p. 4, publicado em 28/08/99.

diferente meio legal de punição para algumas infrações. Goethe dizia que "nem todos os caminhos são para todos os caminhantes"[4] e cabe, justamente, ao intérprete jurídico descobrir percursos adequados para que haja uma melhor aplicação do Direito no caso concreto.

2. Penas: uma primeira visão

"Não há dúvidas de que a sociedade contemporânea é criminógena por sua própria natureza, por si mesma, por sua estrutura, condições, finalidades, favorecendo, incitando, ajudando evidentemente a origem, o desenvolvimento e o crescimento da grande onda de delinqüência, atualmente, em todos os países do mundo (...), como sustentam muitos criminologistas a exemplo de Pinatel, Middendorf, Hacker, Wolfgang e Ferracutti"[5]. Porém, sabe-se que a prática de atos ilícitos não é restrita apenas ao homem moderno e que sempre se buscou punir os delinqüentes através de sanções que foram sendo modificadas com o evoluir da humanidade.

Segundo a concepção clássica, apoiada principalmente em Kant e Hegel, a pena criminal é essencialmente retributiva, isto é, o castigo deve ser proporcional à conduta ilícita e culpável do agente. Esta concepção tem como grande mérito adotar o princípio da culpabilidade e a rejeição à idéia de vingança (leia-se autotutela), contemplando a introdução, no Direito Penal, de medida limitadora ao poder do Estado. Contudo, tal idéia de pena, como realização implacável da Justiça e expiação da culpa, pode ser por vezes desnecessária e inútil para o agente que, por meios mais eficazes, já reparou ou remediou as conseqüências danosas do crime. Além de poder significar um ônus considerável para a sociedade[6].

Contra as doutrinas retributivas , surgiram as da prevenção (geral e especial) que têm como principal expoente Franz Von Liszt[7] e defendem que as penas criminais devem servir para evitar novos delitos, por parte do próprio

---

[4] DIÁRIO DE PERNAMBUCO. Editorial: Opinião. p. 3, publicado em 03/08/99.

[5] ALVES, Roque de Brito: *Aspectos da Criminalidade no Brasil Contemporâneo.* Revista Consulex. São Paulo: a . II, n. 20, agosto de 1998, p. 46-47.

[6] Cf. TOLEDO, Francisco Assis: *Princípios que regem a aplicação da pena.* Revista do Conselho da Justiça Federal - Centro de Estudos Jurídicos . Brasília: ano III, n. 07. Brasília: abril de 1999, p.5.

[7] TOLEDO, Francisco Assis: Op. cit. p. 6: "Franz Von Liszt , na aula inaugural da Universidade de Marburgo, fez a famosa afirmação de que a pena correta, a pena justa, é a pena necessária(...) Ora, e o conceito de pena necessária envolve não só a questão do tipo de pena como também o modo de sua execução".

agente, por meio de sua segregação e ressocialização ou por parte de outros indivíduos pelo efeito exemplar da condenação.

Atualmente, há uma predominância das doutrinas ecléticas que adotam os pontos positivos das doutrinas anteriores, afastando os seus aspectos contestáveis.[8] Assim, "a fixação judicial da pena deve ajustar-se a sua função retributiva, para que sirva de uma justa retribuição do injusto e da culpabilidade, mas deve também, a um só tempo, ajustar-se ao fim de prevenção, contribuindo para a reinserção social do delinqüente e procurando não agravar a sua situação social, além do estritamente necessário"[9].

3. Penas Alternativas

Damásio de Jesus ensina que substitutos penais são meios utilizados pelo legislador visando impedir que ao autor de uma infração penal de nível mínimo ou médio venha a ser aplicada medida ou pena privativa de liberdade[10]. As penas alternativas são espécies do gênero substitutos penais e aparecem de forma pioneira na legislação russa de 1926.

No Brasil, as penas alternativas foram inseridas no sistema legal quando da reforma da Parte Geral do Código Penal em 1984, em que foi modificado o conteúdo do art. 43[11]. Tinha por requisito objetivo, primeiramente, a natureza do delito; portanto, poder-se-ia aplicar a substituição em qualquer crime culposo, e nos dolosos, caso a pena fosse inferior a um ano. Além disto, era necessária a inexistência de reincidência. A culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade eram os requisitos subjetivos. Deveriam também ser analisados, os motivos e as circunstâncias que poderiam indicar a insuficiência da resposta penal em substituição.

A Lei 9099/95, que dispôs sobre os Juízados Especiais Cíveis e Criminais, serviu de aporte à política criminal alternativa. Tal legislação no seu art. 61 admitiu o instituto da transação para infrações penais de menor

[8] Cf. TOLEDO, Francisco Assis. Op. cit. p. 5-6.
[9] JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal* , v. 1321, Barcelona: Bosch, 1981, p.25.
[10] JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal - Parte Geral*, v. 1, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 529.
[11] Cf. BANDEIRA, José Caubi Arraes. Texto extraído do artigo publicado no Seminário do Nordeste sobre Segurança, Justiça e Cidadania em 1997. Http://www.elogica.com.br.bandeira/penas.html#Penas, 31 de julho de 1999.

potencial ofensivo, isto é, as contravenções e os crimes com pena máxima abstrata inferior a um ano, além de instituir requisitos subjetivos[12].

Em 25 de novembro de 1998, foi editada a Lei 9714 que alterou os arts. 43 e seguintes do Código Penal, sendo criadas novas alternativas às penas privativas de liberdade: prestação pecuniária, perda de bens e valores e prestação de serviços a entidades públicas[13]. Foi modificado o requisito quantitativo da pena, visto que a sanção aplicada não pode ser superior a quatro anos (solução que já constara na Lei 9605/98, que regulou as ações lesivas ao meio ambiente), sendo que o delito doloso não pode ter sido praticado com violência física ou moral. Contudo, há quem alegue que " o legislador constitucional, adotando o princípio da proporcionalidade e com base nele classificando as infrações penais, considerou-as de maior e de menor potencial ofensivo. No primeiro caso, em que incluiu os delitos hediondos, instituiu regime de grande severidade; no segundo, adotou sistema menos rígido , admitindo composição civil e transação penal (art. 98, I da Constituição Federal). Surge a lei ordinária e esta preceitua que são infrações de menor potencial ofensivo as que cominam pena detentiva abstrata não superior a um ano (art. 61 da Lei 9099/95). Além disso, afirmando sua menor lesividade, torna a lesão corporal dolosa leve crime de ação penal pública condicionada (art. 88). Conclusão: a lesão corporal dolosa leve admite a substituição da pena detentiva por alternativa (art. 76). Surge, entretanto, a Lei 9714 de 1998 que determina que o sistema das penas alternativas não pode ser aplicado a crime cometido com violência, em que inclui, literalmente, a lesão corporal dolosa leve, cometida na maioria dos casos com violência física. A solução correta seria proibir a substituição da pena detentiva por alternativas nos crimes cometidos com violência, salvo se considerados de menor potencial ofensivo, resguardando o princípio constitucional da proporcionalidade. Caso contrário, o furto apenado em grau máximo (quatro anos de reclusão) admitiria pena alternativa, e a lesão corporal dolosa simples, não"[14]. No que se refere a crime

---

[12] Cf. ROSA, Fábio Bittencourt: *A humanização das penas.* Revista Conselho de Justiça Federal - Centro de Estudos Judiciários. Brasília: ano III, n. 07, abril de 1999.

[13] ROBALDO, José Carlos de Oliveira. *Penas Alternativas.* Revista Consulex. São Paulo: Consulex, ano III, n. 26, fevereiro de 1999: "Entendo oportuno destacar que a 'Lei dos Juizados' já contemplava a pena de prestação pecuniária , porém, como pena de reparação de dano e a modalidade de prestação de outra natureza, ainda que de forma implícita, já se encontrava contemplada na prestação de serviço à comunidade, sendo certo que esta última, denominada como cestas básicas já vinha sendo aplicada no Estado do Mato Grosso do Sul, desde 1992".

[14] GOMES, Luis Flávio e outros. *Lesão Corporal Dolosa Simples e Penas Alternativas.*

culposo, manteve-se a não-limitação temporal para gozo do direito à substituição.

4. Prestação de Serviços à Comunidade

A prestação de serviços à comunidade é antiga. As galés levavam os criminosos que, como mão-de-obra gratuita, viabilizavam as conquistas territoriais. O serviço forçado também é conhecido. No entanto, na atualidade, concretizou-se a imposição de prestação de serviços à comunidade, sem a conotação de peso e dor que quase transformava tal sanção em pena corporal.

"Na Itália, a pena denominada 'Trabalho de Interesse Geral' surgiu com a Lei nº 689 de 1981, sob forma de pena subsidiária para ser aplicada na hipótese de conversão das penas pecuniárias não executadas por insolvência do condenado. Por sua vez, em Portugal, tal instituto aparece como pena principal e como pena subsidiária. Na Holanda, o trabalho em proveito da comunidade foi introduzido no Código Penal de 1989 e tem sido bastante utilizado em substituição do 'sursis'[15].

Todavia, a adoção da prestação de serviços à comunidade como alternativa à pena de prisão não está restrita a países com um certo grau de desenvolvimento, a exemplo do que está ocorrendo em Zimbawe. Em 1992, foi criado, naquele país, uma Comissão no Ministério da Justiça com o objetivo de propor uma reforma legislativa que permitisse a redução do uso do encarceramento. Optou-se pela prestação de serviços à comunidade e a então formada Comissão Nacional estabeleceu Comissões Locais que passaram a ser presididas por um juiz e compostas por respeitados membros da comunidade, de órgãos não-governamentais e representantes da polícia e do sistema penitenciário. Os resultados da iniciativa são excelentes e se devem , principalmente, ao absoluto comprometimento dos juízes com o programa, ao atuarem, de fato, na liderança de todo processo. Deve-se também ao notável envolvimento da comunidade.[16]

No Brasil, a pena de prestação de serviços à comunidade está prevista no art. 46 do Código Penal e nos arts. 149 e 150 da Lei de Execução Penal. As aptidões do condenado devem ser levadas em conta pelo juiz na escolha da natureza do serviço. Na fixação da pena, atende-se a uma hora de tarefa por dia

http://www.ibccrim.com.br/lesão.htm, 03 de agosto de 1999.

[15] SANTOS, Nildo Nery dos: *As Penas Alternativas.* Periódico Arquivo Forense, [s.l.:s.n.] v. 74, 1989/1992, p.43-44.

[16] JORNAL O GLOBO. Editorial: Opinião. p. 8. 29/12/97.

de condenação, considerada de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho do apenado[17]. Porém, sabe-se que os juízes brasileiros pouco ou nada têm-se valido da faculdade de utilização das penas alternativas.

5. Conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade no âmbito dos Juizados Especiais

Da mesma forma que o legislador permitiu que a pena privativa de liberdade fosse substituída por outra restritiva de direitos a fim de que haja uma melhor individualização da sanção penal, sem renunciar as finalidades de reprovação e prevenção do crime, também previu no art. 43 do Código Penal a conversão da pena restritiva de direitos em privativas de liberdade, na hipótese de descumprimento injustificado[18].

O Juizado Especial Criminal tem o escopo de evitar ao máximo a cominação de pena de prisão, como é observado pelos mais respeitados doutrinadores com respaldo ao art. 62 da Lei 9099/95. Por outro lado, a natureza penal do Juizado Criminal não prescinde, para fins de garantir sua eficácia penal, a concorrência de instrumentos de coação estatal capazes de induzir o setenciado ao cumprimento das penas cominadas. As penas alternativas, universalmente consagradas, pelo êxito da prevenção e recuperação, certamente cairiam em descrédito, com a inevitável perda de eficácia , se não pudessem ser convertidas em prisão. Assim, é possível juridicamente a conversão da pena em prisão, na hipótese de descumprimento pelo sentenciado da apenação, nos processos de rito sumaríssimo, de acordo com os arts. 77 e seguintes da Lei, e também, quando for resultante da transação na audiência preliminar. Contudo, caso a pena seja de multa, a conversão se torna inviável devido a Lei 9268/96, pela qual a multa passa a ser exigida a semelhança do débito fiscal, com inscrição na dívida ativa do Estado. Assim, atesta-se a juridicidade da conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade no âmbito do Juizado Especial Criminal quando do descumprimento injustificado. Não obstante, assegura-se a ampla defesa do sentenciado, através de um processo incidental de conversão[19].

---

[17] Cf. BANDEIRA, José Caubi de Arraes: Op. cit. p.1.

[18] Cf. FREITAS, Manuel Pinheiro. *Conversão da Pena.* http://www.pgi.ce.gov.br/conver.htm

[19] Cf. DIAS, João Luís Fischer. *Conversão das Penas de Prestação de Serviços à Comunidade e Restritiva de Direitos em Pena Privativa de Liberdade no Juizado Especial.* Revista dos Juizados Especiais - TJDF vol. 1, n.III. Brasília: abril de 1999, p.13-17.

6. Conclusão

Fala-se muito na impunidade de crimes. Maior impunidade é condenar e não poder executar a sentença condenatória. Isto atesta a inutilidade das sentenças ou mandados judiciais, extingüindo o caráter preventivo da pena e trazendo descrédito por parte da sociedade.

É válido salientar que os defensores da adoção de penas alternativas , em momento algum, endossam ou apregoam a impunidade. Ao contrário, defendem uma punição mais adequada e eficaz, em que a pena de prisão se restrinja aos delitos mais graves.

No Brasil, os presos são tratados de forma desumana e o sistema carcerário está falido. As penas alternativas devem ser um meio, justamente, de amenizar este caos, já que "quer se tenha de punir, quer se tenha de absolver, é preciso ver sempre os homens humanamente"[20].

Contudo, o êxito da aplicação das penas alternativas depende de um comprometimento dos juízes em utilizá-las de forma equilibrada e de que haja uma fiscalização adequada. Do contrário, por melhor que seja a lei, acaba dando lugar a impunidade.

7. Bibliografia

Livros

1. JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal - Parte Geral.* V. 1. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
2. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Direito Penal.* V. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

Artigos

1. ALVES, Roque de Brito. *Criminalidade no Brasil Contemporâneo.* Revista Consulex. São Paulo: [s.n.], n. 20, ano II, ago/1998, p.46-49.
2. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Uso Alternativo do Direito e Saber Jurídico Alternativo. In*: ARRUDA JR., Edmundo Lima (organizador). *Lições de Direito Alternativo.* São Paulo: Acadêmica, vol 1, 1992, p. 99-120.
3. DIAS, João Luís Fischer. Conversão das Penas de Prestação de Serviços à Comunidade e restritiva de Direitos em Pena Privativa de Liberdade no

[20] GOETH *apud* TOLEDO, Francisco de Assis: Op. cit. p. 8.

Juizado Especial Criminal. Revista dos Juizados Especias- TIDF. Distrito Federal [s.n.], vol 1, 1999, p. 13-17.

4. D'URSO, Luiz Flávio Borges. O Sistema Prisional não recupera ninguém. Revista Consulex. São Paulo: [s.n.], n. 06, ano I, junho/97, p. 33.
5. ROBALDO, José Carlos de Oliveira. Penas Alternativas. Revista Consulex. São Paulo: [s.n.], n. 26, ano III, fev/99, p. 48-49.
6. ROSA, Fábio Bittencourt da. A Humanização das Penas. Revista do Conselho de Justiça Federal - Centro de Estudos Judiciários. Brasília: [s.n.], n. 7, ano III, abril/99, p. 9-12.
7. SANTOS, Nildo Nery dos. Penas Alternativas. Periódico Arquivo Forense. vol. 74, 1989/1992, p. 42-45.
8. TOGNOLO, Osmar. A Extinção da Punibilidade - algumas hipóteses. Revista do ConselhoRegional de Justica Federal - Centro de Estudos Juudiciários. Brasília: [s.n.], n. 7, ano III, abril/99, p. 13-23.
9. TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios que regem a aplicação da pena. Revista do Conselho de Justiça Federal - Centro de Estudos Judiciários. Brasília: [s.n.], n. 7, ano III, abril/99, p. 5-8.

Internet

1. BANDEIRA, José Caubi Arraes. *Penas Alternativas.* http://www.elogica.com.br.bandeira.penas.html#Penas.
2. FREITAS, Manuel Pinheiro. *Conversão da Pena.* http://www.pgj.ce.gov.br/conver.htm.
3. GOMES, Luiz Flávio e outro. *Lesão Corporal Dolosa Simples e Penas Alternativas.* http://www.ibccrim.br/lesão.htm.

Jornais

01. DIÁRIO DE PERNAMBUCO. Editorial: Opinião. p. 3. 03/08/99.
02. JORNAL DO COMMÉRCIO. Editorial: Opinião. p. 4. 28/08/99.
03. JORNAL O GLOBO. Editorial: Opinião. p. 8. 29/12/97.

A PROBLEMÁTICA DA REDUÇÃO DA PENA PARA OS CRIMES DE TORTURA COMETIDOS CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Fabíola de Souza Queiroz (Aluna do 9° Período da Graduação em Direito da UFPE)

Sumário: 1. Conceito de tortura; 2. Histórico; 3. A Lei de Tortura (9.455/97); 4. Espécies penais de Constrangimento; 5. Modalidades de tortura; 6. Requisitos do crime de tortura; 7. Natureza jurídica do crime de tortura; 8. Problemática da redução da pena nos crimes de tortura cometidos contra crianças e adolescentes; 9. Considerações finais; 10. Bibliografia.

1. Conceito de tortura

Do latim *TORTURA*, é tido na mesma significação de tormento. É o sofrimento ou dor provocada por maus-tratos físicos ou morais. Tem assim, o significado jurídico de causar suplício a alguém.

Heleno Fragoso dá um conceito bem objetivo e simplificado:

> "*Tortura consiste na imposição de suplícios ou tormentos que obrigam a vítima a sofrer desnecessariamente.*"[1]

2. Histórico

A tortura, forma extremada de violência, parece ter-se entranhado no homem ao primeiro sinal de inteligência deste.

É fácil observarmos, ao longo da história da humanidade, que a tortura faz-se presente de forma constante entre todos os povos.

O antigo Direito Chinês, misturado ao misticismo, previa já castigos horrendos.

[1] FRAGOSO, Heleno *apud* MEHMERI, Adilson. *Tortura e Crime.*. Enfoque Jurídico. [s.n.: s.l.], p. 1.

Na Pérsia, executava-se a pena de scaffismo de forma que o condenado fosse amarrado entre dois botes iguais, de maneira que a cabeça, os pés e as mãos ficassem para fora. Depois seus olhos eram picados e se espargia mel e leite sobre o rosto e os membros, virando-se o corpo para o sol. Imediatamente o corpo era invadido pelas moscas, que o dilaceravam aos poucos. Os vermes derivados dos excrementos do condenado acabavam por lhe roer os intestinos.[2]

Poder-se-ia pensar que a tortura é sempre tortura em qualquer idioma, época ou país. Mas não é bem assim. Embora sempre se refletindo na inflição de dor, é preciso examiná-la em função da política utilizada na sua aplicação. Há nesta política diferenças ideológicas.

Exemplo típico é a tortura cometida sob a luz da Inquisição. Torturava-se para se obter a confissão, considerada como a rainha das provas. O processo era secreto e a execução, por sua vez, era pública. O norteador de todo este rito era o chamado "Manual dos Inquisidores."

Com relação às legislações, desde as mais remotas, sempre se puniu com mais severidade o crime quando cometido através de tortura. Exemplos são os Códigos da Argentina (art.80), de Cuba (art.431), o do Equador (art.462) e o de Costa Rica (art. 29).

O Código Francês impunha a pena de morte, para os crimes, em que a vítima é submetida a torturas corporais (art.344). Em lei posterior (Lei 81.908/81), converteu-se a pena de morte em prisão perpétua.

No direito brasileiro, houve toda uma evolução até que chegássemos a uma lei específica sobre tortura. Inicialmente tivemos a Lei 4.898/65, que cuida dos abusos de autoridade, incluindo a tortura, com a denominação de constrangimento não autorizado em lei. Posteriormente tivemos a Constituição Federal de 1988, que considera a tortura como crime inafiançável e insuscetível de graça ou de indulto. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu art. 233, foi a primeira lei que tratou com seriedade do assunto, criando um tipo penal autônomo (crime de tortura). A Lei 8.072/90 deu o passo seguinte ao tratar dos crimes hediondos. Finalmente surgiu a Lei específica da Tortura, a Lei 9.455 de 07 de abril de 1997.

[2] TRATADO DE DERECHO PENAL, *apud* FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Aspectos Jurídico-Penais da Tortura.* Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1996, p. 16-17.

3. A Lei de Tortura (9.455/97)

A Constituição Federal, em seu art. 5°, XLI e XLIII, prevê a proibição da concessão de graça ou indulto à prática de tortura, sendo tal considerada com crime inafiançável.

Até então, a tortura não vinha tipificada por lei ordinária. Este fato ocorreu com a Lei 9.455/97, falando em crime de tortura, mas o incluindo na modalidade de constrangimento. Contém poucos artigos e no essencial, observa os conceitos da Convenção da ONU (Convenção de Nova Iorque) cujo art. 1°, I, assim define a Tortura:

> *"Para os fins da presente Convenção, o termo "Tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa (...)."*

Mas referida lei é considerada por alguns juristas como imprecisa ou indeterminada. É o que defende Sérgio Salomão Shecaira. Este afirma que o legislador criou um tipo aberto, quando não adotou uma descrição completa das condutas. Defende que melhor seria se o legislador arrolasse as condutas assemelhadas de forma a delimitar o alcance do tipo. Mas ao contrário de Shecaira, outros autores defendem que, caso houvesse uma descrição detalhada, poderiam ocorrer situações que não se enquadrariam naquelas previstas na lei (Tortura de mera vingança).

A Lei de Tortura revogou expressamente o art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente (art.4°), dando um tratamento unitário e uniforme ao tema.

4. Espécies penais de constrangimento

Três modalidades distintas de constrangimento passaram a ser punidas com a promulgação da Lei de Tortura, sendo pressuposto de todas estas modalidades, o emprego de violência ou grave ameaça. São elas:

a) Constrangimento Ilegal (art.146 do Código Penal): é a conduta de obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer algo de forma ilegal. A finalidade de ação não é circunstância elementar do crime, por isso que pouco importa o propósito da conduta ilícita. Pode até não haver objetivo algum. Este constrangimento pode ser físico ou psicológico, pois o texto fala em violência ou grave ameaça.

b) Extorsão (art. 158 do Código Penal): do mesmo modo que no constrangimento ilegal, a conduta consiste em obrigar a vítima a fazer algo, mas só que sempre com a finalidade de obter alguma vantagem de natureza econômica. Por esta razão que a pena é exageradamente exasperada. O constrangimento extorsivo também pode ser físico ou psicológico.

c) Tortura (Lei 9.455/97): é a mesma ação de constranger alguém a fazer algo. Fala-se em violência ou ameaça, ou seja, tortura corporal ou ameaça de tortura. A pena é exasperada, em razão da finalidade: obter vantagens pessoais ou satisfazer sentimentos. Não compreendemos, por outro lado, por que a punição, no caso de tortura, é menor (reclusão de 2 a 8 anos) que da do crime de extorsão (reclusão de 4 a 10 anos e multa).

5. Modalidades de tortura

Temos basicamente quatro tipos de tortura: Simples, Agravada, Qualificada e Imprópria.

Pela TORTURA SIMPLES a pena de reclusão é de 2 a 8 anos, quando a pretensão do agente é a de obter vantagens, provocar atos criminosos ou submeter a vítima a castigos físicos, em razão de ter a guarda, o poder ou a autoridade sobre ela. Esta última hipótese revogou expressamente o art. 233 do ECA. Também são enquadrados neste tipo de tortura aqueles que a causam nas pessoas presas ou sujeitas a Medidas de Segurança.

A TORTURA AGRAVADA é a que tem a pena aumentada de um sexto até um terço, tendo em vista:

I- a condição do agente (funcionário público em razão das funções);

II- a condição da vítima (criança, adolescente, gestante ou deficiente) e

III- o meio empregado (mediante seqüestro).

Já a TORTURA QUALIFICADA é a hipótese preterintencional, quando da tortura resultam lesões corporais graves ou gravíssimas (reclusão de 4 a 10 anos), ou morte (reclusão de 8 a 17 anos).

E por fim, a TORTURA IMPRÓPRIA que é apenada com detenção de 1 a 4 anos. É a hipótese omissiva de quem podia e devia evitar o sofrimento ou apurá-lo formalmente, para punir o torturador.

6. Requisitos do crime de tortura

1) Agente com poder de controle da vítima;

2) Vítima como Ser Humano;
3) Ser Humano vivo;
4) Ilegalidade do constrangimento.

7. Natureza jurídica do crime de tortura

O crime de tortura é comissivo (omissivo apenas em relação às autoridades que não evitam nem determinam a apuração do fato), podendo ser excepcionalmente, omissivo impróprio. É de dolo específico ou preterdolo (quando o resultado vai além da simples tortura, e quase sempre vai). Consuma-se com a simples prática da ação, prevista no núcleo verbal (ou com a simples omissão), não dependendo do resultado. Se o agente tortura para obter determinada informação, o crime já está consumado. Se obtém a informação e dela faz uso para prática de outro ilícito, respondendo por concurso material de crimes.

8. A problemática da redução da pena nos crimes de tortura cometidos contra crianças e adolescentes

Com o advento da Lei 9.455/97 um sério problema surgiu em torno da referida lei: a redução da pena nos crimes de tortura cometidos contra crianças e adolescentes.

A primeira lei a tratar seriamente do tema Tortura foi o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que simbolicamente entrou em vigor nove meses depois da CF/88. Ali, no art. 233, constitui-se como um dos crimes mais graves previstos na legislação penal brasileira, a tortura cometida contra crianças.

Para que possamos compreender melhor tal questão, é necessária a análise de um gráfico comparativo entre o art. 233 do ECA e entre a Lei de Tortura:

Estatuto da Criança e do Adolescente	LEI 9.455/97
ART. 233: "Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura: **Pena - reclusão de 1 a 5 anos.** § 1° Se resultar Lesão Corporal	ART. 1º: "Constitui crime de tortura: (...) II - Submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com em prego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Grave: **Pena - reclusão de 2 a 8 anos.** § 2° Se resultar Lesão Corporal Gravíssima **Pena - reclusão de 4 a 12 anos.** § 3° Se resultar Morte: **Pena - reclusão de 15 a 30 anos."**	**Pena - reclusão de 2 a 8 anos.** § 3° Se resultar Lesão Corporal de natureza grave ou gravíssima, **pena de reclusão de 4 a 10 anos**, se resultar Morte **pena de reclusão de 8 a 16 anos.** § 4° Aumenta-se **a pena de um sexto até um terço**: I - O crime é cometido por agente público; II - O crime é cometido contra criança, gestante, deficiente e adolescente, ou; III - O crime é cometido mediante seqüestro.

A primeira vista pode parecer que a Lei de Tortura, com a revogação expressa do art. 233 do ECA, reduziu de forma indiscriminada a pena para quem tortura e mata crianças. Mas a análise sob a luz do sistema penal vigente revela-nos que tal redução não é de todo absurda.

A Lei 9.455/97 puniu a tortura de modo geral, incluindo-se aqui crianças e adolescentes, tanto é assim que no § 4°, II prevê causa de aumento da pena "se o crime é cometido contra criança...e adolescente."

É necessário, porém, notar que todas as figuras qualificadas do § 3° do art. 1° da Lei de Tortura (tortura que resulta lesão corporal grave ou gravíssima ou morte), assim como as figuras dos §§ 1°, 2° e 3° do art. 233 do ECA (tortura que resulta lesão corporal grave ou gravíssima ou morte) constituem CRIMES QUALIFICADOS PELO RESULTADO, nos quais a TORTURA É SEMPRE DOLOSA (o agente tem consciência e vontade de praticá-la), mas o RESULTADO "LESÃO CORPORAL OU MORTE" É CULPOSO (não querido pelo agente, mera conseqüência de seu ato anterior).

Então, é necessário que haja esta distinção entre a tortura, nos crimes qualificados pelo resultado, que sempre será dolosa, e o resultado (lesão corporal ou morte) que, por sua vez, será culposo.

Não cuidam a Lei de Tortura nem o ECA do HOMICÍDIO DOLOSO cometido com o emprego de TORTURA (o agente tem consciência e vontade de matar a vítima, empregando para tanto a tortura ou outro meio cruel).

Nesta hipótese o crime continua sendo o de homicídio qualificado, previsto, não na lei de tortura, mas no art. 121, § 2°, III do Código Penal vigente, punido com pena de reclusão de 12 a 30 anos.

Assim podemos observar:

a) Para a TORTURA SIMPLES (sem lesão ou morte) o ECA previa pena de 1 a 5 anos (art.233, *caput*); já a Lei de Tortura estabelece pena substancialmente maior, isto é, de 2 a 8 anos, mais a causa de aumento do § 4°, II, se o crime é cometido contra a criança ou adolescente;

b) Para a TORTURA QUALIFICADA COM RESULTADO LESÃO GRAVE, o ECA previa pena de 2 a 8 anos (§ 1° do art. 233); já a Lei de Tortura estabelece pena substancialmente maior: 4 a 10 anos, mais a causa de aumento do § 4°, II, se o crime é cometido contra criança ou adolescente;

c) Para a TORTURA QUALIFICADA COM RESULTADO LESÃO GRAVÍSSIMA, o ECA previa pena de 4 a 12 anos (§ 2° art. 233); já a Lei de Tortura estabelece pena de 4 a 10 anos, que acrescida da causa de aumento do § 4°, II, chega ao máximo de 13 anos e 4 meses, portanto, também superior à pena prevista no ECA;

d) Para o HOMICÍDIO DOLOSO MEDIANTE TORTURA, não previsto nem pelo ECA, nem pela Lei de Tortura, o Código Penal é quem vai definir a pena, em seu art. 121, § 2°, III, que é de 12 a 30 anos;

e) Por fim, para o crime de TORTURA QUALIFICADA PELO RESULTADO MORTE, equiparado equivocadamente pelo ECA ao homicídio doloso qualificado, referido estatuto previa a pena de 15 a 30 anos de reclusão. A Lei de Tortura, por sua vez (§§ 3° e 4°, II) corretamente, reduziu essa pena para 8 a 16 anos, mas que será aumentada para 21 anos e 4 meses, se o crime é cometido contra criança ou adolescente.

9. Considerações finais

Desta feita, observamos que realmente houve uma redução da pena, para aqueles crimes de tortura cometidos contra crianças ou adolescentes, de 8 anos e 4 meses, do que era inicialmente previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (15 a 30 anos).

Esta redução causou inconformismos no mundo jurídico. Alguns juristas, como Maurício Antônio Ribeiro Lopes, defendem que esta lei nasceu com um defeito genético, uma vez que houve tal redução, e que só estariam de acordo com esta diminuição sádicos fanáticos.

Defendem ainda, que tal lei deveria ser corrigida com urgência máxima, até porque alguns estragos ela já causou, ainda que venha a ser modificada, já que as leis que beneficiam os acusados têm efeito retroativo, colhendo todos os casos em curso e mesmo os que já foram julgados.

Mas temos que observar que a redução foi feita em observância ao princípio da proporcionalidade, **uma vez que não se pode dar tratamento idêntico ao homicídio doloso qualificado (art. 121, § 2°, III. Código Penal), crime extremamente mais grave, e ao crime de tortura com resultado morte, esta meramente culposa.**

Não obstante as objeções que afloram desta breve análise da Lei de Tortura, entendemos ter dado o Brasil um grande passo na proteção ao ser humano. Mas, a Lei não basta. Só homens verdadeiros a aplicarão eficazmente. Dia virá, certamente, em que as garantias, de tão fortalecidas e reforçadas, castigarão realmente os especialistas na inflição da dor.

10. Bibliografia

Livro

1. FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Aspectos Jurídico-Penais da Tortura.* Belo Horizonte, Nova Alvorada Edições, 1996.

Revista

1. LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. As Crianças e a Lei de Tortura. Revista Consulex. V. 1, a. I, out/1997.
2. TOLEDO, Francisco de Assis. Crime de Tortura. Revista Jurídica Consulex. V. 2, a. II, jan/1998.
3. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Nova Lei de Tortura. Revista Jurídica Consulex. V. 1, a. II, out/1998.

Internet:

1. MEHMERI, Adilson. *Tortura e Crime.* http://www.trfl.gov.br/EnfoqueJurídico/ENFOQUE6/adilson.htm. 05 de outubro de 1999.

UMA ANÁLISE DO ORÇAMENTO E DOS ASPECTOS POR ELE ABRANGIDOS

Eduardo Valadares de Brito (Aluno do 5° período da Graduação em Direito da UFPE)

Sumário: 1. Apresentação; 2. Introdução; 3. Definições; 4. Natureza Jurídica; 5. Princípios Orçamentários; 6. Aspectos Orçamentários; 7. Conclusão; 8. Bibliografia.

1. Apresentação

O Orçamento é um dos documentos de extrema importância dentro da economia de um país. É justamente essa importância e os efeitos dela que vamos, através deste breve trabalho, pôr em evidência; atentando para os aspectos políticos, jurídicos, econômicos e técnicos. Analisaremos também, a natureza muito ambígua do orçamento, fonte de grandes divergências doutrinárias, e os princípios orçamentários.

Exploraremos a função e o fim do Orçamento da maneira mais clara possível, advertindo, no entanto, tratar-se apenas de uma leitura incipiente dentro do vastíssimo conteúdo do Direito Financeiro. Que a mesma sirva de incentivo à pesquisa em obras consagradas e autores renomados, vários dos quais citados na bibliografia e nas notas de rodapé, aguçando também o interesse pelo Direito Financeiro, que é uma das matérias que desperta pouca curiosidade por parte do estudante de Direito e passa muitas vezes despercebida por ele.

2. Introdução

O Direito Financeiro, ou ainda Ciência das Finanças, entre outras várias nomenclaturas, estuda a arrecadação de bens materiais e a distribuição dos mesmos dentro do Estado tendo como escopo a realização dos fins previstos no orçamento pelo mesmo. A matéria, didática e classicamente, abrange quatro principais pontos: as receitas, as despesas, orçamento e créditos públicos.

Resumidamente, as receitas seriam entradas que aumentariam o ativo estatal e o seu capital real; as despesas seriam justamente o contrário, seriam as saídas e aplicações do dinheiro público arrecadado nas receitas, cumprindo todos os princípios das normas do Direito Financeiro previamente estabelecidas como: os princípios da unidade, universalidade e o da anualidade. No crédito público, tem-se uma análise de como um Estado consegue capital extraordinário, por que meios e quais métodos: empréstimos, aumento de impostos ou alienação de bens.

Finalmente o orçamento, núcleo do nosso estudo, tendo por isso um enfoque mais detalhado. Historicamente, tem-se que as primeiras manifestações de estudos e de aparecimento do orçamento surgiram na Idade Média, quando as instituições feudais fracionaram o poder dos monarcas. Basicamente, passou-se a elaborar algo que controlasse despesas e receitas públicas e que também servisse de instrumento para equilibrar forças antagônicas.

Assim, a coroa cobrava impostos dos senhores feudais que por sua vez cobravam dos plebeus e vilões. Mas, na hipótese de uma necessidade superveniente, como despesas extras em caso de guerras, o rei poderia cobrar impostos extraordinários com um consentimento dos mais importantes vassalos habitantes do reino, que se reuniam em grupos colegiados a fim de obter uma aprovação ou rejeição do "pedido" real de tributos fora do previsto.

Paulatinamente, esses conselhos, órgãos colegiados ou assembléias passaram a se reunir mais diuturnamente, até se tornarem permanentes. Surgia assim, o esboço de um parlamento ou congresso que aprovaria também uma ainda nascente idéia de orçamento, texto elaborado pelo rei conjuntamente com o auxílio de membros da assembléia e seria submetido à votação na mesma.

Assim nasceu o orçamento. Na França e Inglaterra é adotada a nomenclatura do francês arcaico que pouco mudou ao se adaptar a língua inglesa: bougette, em francês e bugdet, em inglês.

Ao longo dos anos e da história muito mudou. O orçamento tornou-se um documento muito mais complexo, carregado de conotações sócio-político-econômicas que fazem dele hoje centro de discussões, divergências e interesses diversos. Ele é, hoje, um breve apanhado da política de um Estado e de suas prioridades. "É o espelho da vida do Estado e , pelas cifras, conhecem-se os detalhes de seu progresso, de sua cultura e de sua civilização."[1]

---

[1] DEODATO, Alberto. *Manual de Ciência das Finanças*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 271.

3. Definições

Nas mais diversas definições da doutrina, encontramos desde da mais sucinta, às mais detalhadas. Todas elas, de acordo com a data em que foram feitas, compreendem uma evolução não só histórica, mas técnica, que faz do orçamento um objeto de estudo progressivo e cada vez mais inovador.

Simples e sintética, a definição de René Stourm é direta: "O orçamento do Estado é um ato contendo a aprovação prévia das receitas e das despesas públicas."[2] Muito usada no começo da século, a definição de René Stourm precisou de complementações posteriores que viessem a lhe atualizar. Fê-lo Amaro Cavalcanti: "O orçamento do Estado é um ato contendo aprovação prévia da despesa e receita pública para um período determinado."[3]

Para nós, a definição mais acertada e completa vem do mestre Aliomar Baleeiro, que além de ser clara e expor elementos conceituais, expõe também elementos políticos e jurídicos que integram o orçamento a partir de sua elaboração. "O orçamento é considerado ato pelo qual o Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período em pormenor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica do país, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei."[4]

No Brasil, a Lei Orçamentária n.º 4.320/64, faz com que o orçamento passe a ter caráter de lei, e pelo seu texto a definição fica lucidamente enumerada. "A Lei do Orçamento conterá a discriminação da receita e da despesa de forma a evidenciar a política econômico-financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios da unidade, universalidade e anualidade."[5]

4. Natureza Jurídica

A natureza assumida pelo orçamento é diversa. Ela é alvo de críticas e das mais calorosas porfias, defendendo cada doutrinador a posição que lhe seja mais plausível. Ato ou lei? Esse é o ponto que será abordado. Seria o orçamento uma lei ou um ato meramente administrativo? Para uns é lei,

---

[2] STOURM, René. *Le Budget. apud* DEODATO, Alberto. Op. cit. p. 271.
[3] CAVALCANTI, Amaro, *Elementos de Finanças. apud* DEODATO, Alberto. Op. cit. p. 271.
[4] BALEEIRO, Aliomar. *Introdução à Ciência das Finanças*, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 397.
[5] Art. 2º, *caput*, do Código Tributário.

outros afirmam ser um mero ato do Executivo aprovado pelo Legislativo; e há ainda uma terceira corrente que afirma uma natureza ambivalente do orçamento.

Aqueles que defendem o orçamento como sendo um ato e não uma lei, dizem não haver elementos de generalidade, constância ou permanência, estando os mesmos sempre presentes, porém, nas leis. Assim não passaria de "medidas administrativas tomadas com a intervenção do aparelho Legislativo"[6]. Entre nós, assume a posição dessa corrente, Carvalho de Mendonça.

Uma segunda corrente admite a natureza legal do orçamento no aspecto formal, uma vez que seu projeto é iniciado no Legislativo, e dotado de número de ordem, podendo ser sancionado ou vetado. Para essa corrente, substancialmente ou materialmente o orçamento não pode ser visto como lei, apenas formalmente. Jèze, partidário dessa corrente, ao separar despesas e receitas, admite o orçamento como sendo um "ato-condição", que define Aliomar Baleeiro como sendo o ato que não aumenta em nada o conteúdo da lei, mas a torna eficaz para determinadas situações. A aprovação anual do orçamento, pelo Governo, é a condição mediante a qual os agentes das finanças poderão exercer suas competências legais: receber tributos e pagar despesas.[7]

A terceira e última corrente admite a ambivalência da natureza jurídica orçamentária. Para Léon Duguit, uma vez dividido o orçamento em dois, seria evidente a duplicidade da natureza: um seria o orçamento das despesas, este simples ato ou operação administrativa; o outro seria o orçamento das receitas, considerado lei em seu sentido material, por gerar obrigações fiscais através de impostos, e por ser geral e abstrato[8].

Para nós, a discussão é irrelevante, tendo em vista que a natureza jurídica não desvirtua o alcance dos objetivos, nem do cumprimento dos deveres subscritos no orçamento. Faz-se mister, entretanto, a nossa posição neste artigo, que conclui como sendo o orçamento por excelência uma lei, apesar de apresentar etapas claramente classificadas como atos administrativos, ocorrendo assim em relação às despesas previstas nele. Não é justificável, porém, admitir que um documento escrito, que passe por tramitação Legislativa, sujeito ao veto ou à sanção, com redação comum às leis e número de ordem, tendo ainda grande parte do seu texto considerado lei em seu sentido material, seja considerado um ato. "Apenas pode afirmar-se, à guisa de

[6] DEODATO, Alberto. Op. cit. p. 272.

[7] Cf. JÈZE, Gaston, *Cours des finances publiques. apud* DEODATO, Alberto. Op. cit. p. 272.

[8] Cf. DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel.* 3. ed. Paris: Boccard, 1925, p. 148.

conclusão, que o orçamento não é uma lei como qualquer outra. Dada sua relevância econômica, política e até social, tem forma de tramitação diversa das demais leis, uma vez que apenas admite emendas sob certas condições. Dada sua relevância, a Constituição deu-lhe tratamento especial, tanto que previsto nos arts. 165 a 169."[9]

5. Princípios Orçamentários

Este ponto versa sobre os princípios regentes do orçamento. Delimitá-los não é fácil. O tópico é muito amplo, tornando a pesquisa difícil, assim, citaremos vários dos princípios consagrados pela doutrina, mas nos ateremos aos mais clássicos, aos quais tentaremos passar de maneira simples e concisa.

Esses princípios são os seguintes: a)anualidade; b)unidade; c)universalidade; d)discriminação de despesas; e)não-especialização das receitas; f)proibição do estôrno, g)sinceridade; h)equilíbrio.[10] Há divergências doutrinárias quanto ao último princípio e outros não citados, pois segundo autores como Regis Fernandes de Oliveira, o equilíbrio seria um pressuposto do orçamento, não um princípio.

Não sendo escopo da nossa pesquisa detalhar todos os princípios, o que tornaria o nosso trabalho longo e ineficaz, delimitamos aqueles que se destacam em virtude do seu valor para os mestres em Direito Financeiro, apesar de reconhecer que todos eles são de extrema eminência técnica na elaboração do orçamento. Os nossos pontos serão: anualidade, universalidade e unidade, sem deixar de explanar, ainda que superficialmente, os outros.

Resumidamente, a discriminação de despesas é onde se enumera todas as saídas assim como o fim que é dirigida aquela ou esta despesa; a não-especialização das receitas versa sobre a não especificidade das entradas, assim ela não necessita de uma discriminação tão acurada quanto a da despesa; a proibição do estôrno é a medida pela qual se coíbe que o uso dos restos de receitas sem autorização do Congresso Nacional ou que seja repassado ao orçamento do exercício subsequente; sinceridade é a qualidade que faz com que o orçamento seja aceito como um documento sério, de boa fé, onde tudo que consta nele é verdade e será cumprido; o equilíbrio preza para que haja uma relativa equiparação de receitas e de despesas, pois o princípio econômico

[9] OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Manual de Direito Financeiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 70.
[10] BALEEIRO, Aliomar. *Introdução à Ciência das Finanças*, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 420.

diretamente relacionado com este, diz que não se deve gastar mais do que se tem. Definidos os princípios supracitados, passemos a uma análise mais detalhada da anualidade, da unidade e da universalidade.

A anualidade estipula que a vigência do orçamento deve ser de um ano, hoje, adotado pela grande maioria dos países democráticos. Ao período de vigência do orçamento denomina-se exercício financeiro. No Brasil o exercício financeiro tem início no dia 1° de Janeiro e o seu término no dia 31 de Dezembro, coincidindo com o ano civil. Está relativamente ultrapassado tal princípio para parte da doutrina moderna.

A unidade é o determinante que faz com que o orçamento seja uno, assim durante o exercício financeiro deve existir apenas um orçamento. É pertinente advertir que o orçamento (documento) não é único, total e uniforme, havendo vários anexos e muitas vezes orçamentos extraordinários, o que não abre precedentes para discussão, pois este princípio versa sobre uma unidade administrativa do exercício e não de quantas laudas contém o documento orçamentário. O objetivo deste princípio é eliminar a existência de orçamentos paralelos.

A universalidade é a inclusão de todas as receitas e todas as despesas na lei orçamentária[11] referentes aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades de administração direta e indireta. Assim, qualquer que seja a despesa ou receita do Poder público, de qualquer natureza, deve constar no orçamento para ser executado no seu devido exercício.

6. Aspectos Orçamentários

Segundo o professor Edson Silva, quatro são os aspectos orçamentários: econômico, jurídico, político e técnico[12]. É de suma importância esse ponto dos aspectos orçamentários, uma vez que faz menção à função dele dentro de todos estes aspectos expostos.

O aspecto econômico é aquele que associa o orçamento à política econômica que será desenvolvida durante o seu exercício. Ele vai servir de instrumento fundamental na estabilidade de um país. Antigamente, a idéia de despesa estava ligada à idéia de desequilíbrio e déficit, e conseqüentemente à pobreza. Porém, se não houver despesas voltadas ao desenvolvimento, o país não poderá progredir; assim obras que visem escoar produção, instalar indústrias, incentivar o comércio e a circulação de mercadorias, hão de ser

[11] DEODATO, Alberto. *Manual de Ciência das Finanças.* Op. cit. p. 294.
[12] SILVA, Edson. Notas de aula do Curso de Direito Financeiro da graduação da Faculdade de Direito de Recife (UFPE), 1998.2.

efetuadas, mesmo que se sacrifique o orçamento, tornando-o deficitário. É justamente desse ponto de vista que saiu a idéia de um déficit sistemático[13]. A doutrina afirma, que nem sempre o superávit é beneficente a um país. Em tempos de depressão, a fim de equilibrar a economia, despesas devem necessariamente superar as receitas, mas de forma que elas estejam voltadas para estimulação do consumo ou obras diretamente ligadas à produção, reacendendo a economia gerando empregos com o conseqüente aumento da produção. Em tempos de inflação, o governo deveria conter os gastos e despesas, desistimulando o consumo, para contê-la. Enfim, o orçamento seria eficaz para economia quando a tornasse ou a mantivesse estável.

O aspecto jurídico, muito menos complexo que o econômico, versa sobre o ponto de vista da natureza do orçamento à luz do direito. De acordo com o nosso direito positivo, o orçamento tem de ser aprovado pelo Poder Legislativo, ou seja, pelo Congresso Nacional. Então teríamos: a elaboração do orçamento, que é feita pelo Poder Executivo, e a sua votação, que é feita pelo Legislativo, sendo ele de natureza legal, como já visto.

Os aspectos políticos dizem respeito à postura adotada pelo governo. A classe política que está no poder é que determina onde as verbas serão aplicadas e onde haverá gastos, direcionando as despesas e expondo o norte de sua política governamental. Assim, se o grupo que está no poder é de base popular, irá dirigir as despesas às populações mais carentes e para obras de necessidades básicas, v.g., saneamento e casas populares. No caso de grupos não comprometidos com camadas populares, as verbas são votadas para obras mais suntuosas, como viadutos, estradas, embelezamento de vias públicas, esquecendo às vezes prioridades das camadas mais simples. Temos,então,que o aspecto político revela com transparência em proveito de que grupos sociais e regiões ou para solução de que problemas e necessidades funcionará precipuamente a aparelhagem dos serviços públicos.

E finalmente, o aspecto técnico, que é aquele pelo qual se estabelecem regras práticas: processos estatísticos, apresentação gráfica e contábil do documento. É meramente regulamentador. De acordo com esse aspecto, há de ser bem aplicada as despesas, justificadamente e da forma mais eficiente possível, sem superfaturamentos.

---

[13] Entenda-se por déficit sistemático a nova concepção que tem o orçamento a partir da Segunda Guerra Mundial, como instrumento de estabilidade econômica. O equilíbrio orçamentário seria substituído pelo o equilíbrio dos ciclos e flutuações econômicas, assim o tão perseguido superávit seria relegado a segundo plano, pois agora despesas e receitas ficariam diretamente vinculadas à situação econômica por que passava o país e à estabilidade ou instabilidade dele.

7. Conclusão

A política econômica nunca deixou de ser centro das atenções, não só no Brasil, como em todo o mundo. Ela é a mola mestra da sociedade. A economia é causa de guerras e acordos. A ela toda sociedade encontra-se escravizada hoje.

Juntamente com a economia, a democracia se desenvolveu. O orçamento é uma prova disso. Antes de ser um documento, o orçamento é acima de tudo a materialização de conquistas democráticas, é fator essencial à estabilidade e garantia de paz. O ser humano só é capaz de ter tranqüilidade quando já conhece o que vai encontrar pela frente e tem uma certa previsibilidade do seu futuro, quando ver que o seu trabalho está sendo reconhecido e seus esforços transformados em benefícios aos seus familiares e a si mesmo.

O orçamento é objeto determinante para um país e seu desenvolvimento. O Brasil que o diga. As exigências do FMI, para que se conceda um empréstimo, estão todas voltadas para o orçamento de 1999. Vemos hoje, todos os dias pelos meios de comunicações, a dificuldade em que se encontra o Congresso Nacional, ao lutar para aprovar emendas constitucionais, tudo em virtude da possibilidade de se conseguir um possível equilíbrio orçamentário, ou como quer o Fundo Monetário Internacional: um superávit. "Se nós não tivermos um orçamento equilibrado, não teremos condições de baixar a taxa de juros, nem de crescer."[14]

Faz-se mister, destarte, o orçamento em todas sociedades organizadas, a fim de se garantir uma razoável estabilidade dentro de todos os setores: político, jurídico, econômico e social.

8. Bibliografia

Livro

1. BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
2. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
3. CASSONE, Vitorio. *Direito Tributário*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

[14] Palavras do Presidente Fernando Henrique Cardoso ao apresentar seu novo Ministério à imprensa no dia 8 de Janeiro de 1999.

4. CAVALCÂNTI, Amaro. *Elementos de Finanças*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1896.
5. DEODATO, Alberto. *Manual de Ciência das Finanças*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.
6. DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel*. 3. ed. Paris: Boccard, 1925.
7. FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
8. HICKS, Ursula K. *Finanças Públicas*.–. Rio de Janeiro: Zahar, 1961.
9. JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de Direito Financeiro e Tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
10. OLIVEIRA, Régis Fernandes de, HORVATH, Estevão e TAMBASCO, Teresa Cristina Castrucci. *Manual de Direito Financeiro*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1990.
11. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
12. TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

Revista

1. LEITE, Antonio de Oliveira. *Orçamento Público, em sua feição Política e Jurídica*. Revista de Direito Público. São Paulo: [s.n.], V. 4, n. 18, 1971, p. 149-164.

Internet

1. AZEVEDO, Douglas. *Orçamento Público*. http://www.ufrrj.br/daf/qdd.htm. 19 de Janeiro de 1999.
2. GALLUCCI, Mariângela. *Governadores vão ao o STF contra orçamento*. http://www.agestado.com.br/redação/integras/jan26/79.htm. 27 de Janeiro de 1999.

TRATADO DE ASSUNÇÃO E O ICMS – ALÍQUOTA RELATIVA ÀS OPERAÇÕES DE IMPORTAÇÃO OU INTERESTADUAIS ?

Virgínia de Carvalho Leal (Aluna da Graduação em Direito da UFPE, 10º período; Monitora de Direito Tributário)

Sumário: 1. Introdução; 2. A Soberania Tributária dos Estados no Âmbito das Relações Internacionais; 3. O Processo Integracionista e a Necessidade de Harmonização das Legislações Tributárias; 4. O ICMS e a Alíquota Incidente nas Operações Comerciais entre os Países-Membros do Mercosul; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

1. Introdução

A partir da década de 1980, o Brasil e a Argentina iniciaram um processo objetivando a integração regional, mais tarde incorporado pelo Paraguai e Uruguai, culminando na formalização do Mercado Comum do Sul - Mercosul, através do Tratado de Assunção.

O Tratado para a constituição do Mercosul foi firmado na Cidade de Assunção, no Paraguai, em 26 de março de 1991; promulgado pelo Brasil, após aprovação legislativa, através do Dec. 350; entrando em vigor internacionalmente em 29 de novembro do mesmo ano. Nele se prevê a livre circulação de bens, serviços, pessoas e capitais entre os quatro Países-Membros, ajuste das tarifas aduaneiras comuns, além da adoção de política comercial uniforme nas relações com outros Estados não integrantes do pacto e o compromisso dos Países integrantes de harmonizar suas legislações internas.

O Tratado de Assunção não representa uma idéia inovadora. Na realidade, vem a ser o resultado de experiências anteriormente desenvolvidas, durante décadas, no intercâmbio comercial da América Latina. O Mercosul decorreu da necessidade de instituir-se um mercado interno mais sólido para enfrentar a realidade da globalização, dos grandes blocos econômicos que se formavam e se consolidavam pelo mundo, a exemplo da CEE (Comunidade Econômica Européia) e o Nafta (liderado pelos EUA), duas "super-potências

econômicas", com maior poderio comercial, aptas a levar à dependência países desestruturados, excluindo-os do universo da concorrência. Os blocos regionais, portanto, desde a sua concepção, visavam reposicionar e organizar a estrutura econômico-comercial dos seus Países-Membros, tendo em vista os desafios da nova ordem internacional.

A integração dos mercados é um dos acontecimentos marcantes desse final de século, ensejando novel discussão do conceito de soberania dos Estados, à medida que a vida nacional passa a projetar-se além das fronteiras econômicas, sociais e culturais de cada país.

O Direito Comunitário, como frisou JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, em palestra proferida recentemente, é, sem dúvida alguma, o mais "instigante fenômeno a demandar a argúcia dos estudiosos do direito, dos juristas que se propõem a pensar em profundidade, nesta virada do milênio"[1].

É nesse contexto o merecido estudo quanto à necessária mudança do sistema tributário brasileiro frente à realidade do Mercosul, mais especificamente quanto à incidência do ICMS (Imposto sobre às operações relativas à circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação) nas relações mercantis entre seus Países-Membros.

2. A Soberania Tributária dos Estados no Âmbito das Relações Internacionais

Imprescindível se faz a análise, ainda que concisa, da soberania dos Estados nesse cenário internacional, em relação aos respectivos sistemas tributários autônomos.

A soberania de um Estado é vista como a "expressão da autoridade, de insubordinação do País a qualquer outra força de poder que não o seu em particular, representando, enquanto qualidade do poder do estado"[2], toda a supremacia daquele no tocante ao seu poder político e ordem jurídica[3].

---

[1] BORGES, José Souto Maior. Palestra proferida no "I Encontro do Mercosul no Nordeste", realizado pela OAB/PE, no Recife, set/99.

[2] TORRES, Heleno Taveira. *'Pluritributação Internacional sobre as Rendas das Empresas"*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1997.p.48

[3] VENTURA, Daisy. *A ordem jurídica do Mercosul.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 62. Segundo a Profª Daisy Ventura, a visão de que o caráter absoluto da soberania implica a negação do próprio direito internacional domina os manuais brasileiros e determina a postura de seus autores, sendo necessária, por este motivo, "a apreensão do conceito a partir do aspecto 'externo', compreendendo o direito positivo

É por força dessa qualidade que um País carrega em si posição de independência perante os demais Estados numa relação de coordenação e responsabilidade, entendidas como o dever de respeitar, no plano da convivência interestatal, as disposições normativas internacionais, assim como a independência e limite dos outros países, numa relação de direitos e deveres frente às soberanias alheias, espelho do reconhecimento da obrigatoriedade das normas de Direito Internacional.

É nesse toar que fala HELENO TORRES da soberania tributária, entendendo ser admitida como a "designação da qualidade do poder que coloca o Estado como sujeito da ordem mundial, que lhe proporciona autonomia e independência na determinação dos fatos tributáveis e que só admite autolimitações de fontes originariamente internas e constitucionais."[4] Desta forma, o Estado, como ente soberano, possui o poder de editar o seu próprio sistema tributário, independente e suscetível de gerar conflitos com os sistemas tributários de outros países, não obrigando aqueles à aplicação de suas normas internas tributárias, e vice-versa.

A todo e qualquer Estado é imprescindível, para a sua própria existência, a captação de receitas. Através do sistema tributário constitucionalmente constituído, possibilitar-se-á a entrada desses recursos necessários para o bom funcionamento do País, a fim de que sejam financiadas as atividades que lhe são inerentes.

A soberania tributária é exercício apenas da República Federativa do Brasil, o que por vezes não é entendido pelos aplicadores do direito interno, que insistentemente restringem as relações de Direito Internacional Tributário por "confundirem" a pessoa política da União - como poder apenas de tributar - e a República Federativa do Brasil , representante do Estado Brasileiro, uno e indivisível, naquelas relações de âmbito internacional.

O objeto do Direito Internacional Tributário é o exercício da atividade tributária entre os Estados, ou seja, em concurso com os demais. As normas de Direito Internacional Tributário são aquelas que estão a regular a atuação dos Estados, em matéria tributária, no âmbito da comunidade internacional, e produzidas, da mesma forma, no âmbito daquela comunidade com a devida legitimidade, em observância aos elementos de estraneidade que

nacional como ordem parcial do direito. Dimensiona-se a supremacia do Estado apenas no sentido de que não há, acima dele, nenhum outro Estado, mas apenas o direito internacional".

[3] TORRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre rendas das empresas: tratamento unilateral, bilateral e comunitário.* São Paulo: Editora dos Tribunais, 1997.p.75.

disciplinam; atuam limitando ou modificando as normas de direito interno dos países em relação.

3. O Processo Integracionista e a Necessidade de Harmonização das Legislações Tributárias

Os problemas advindos da formação de espaços comunitários não são pequenos, a exemplo do que hoje se pode observar no Mercado Comum do Sul - Mercosul, nascido do multimencionado Tratado de Assunção.

O estabelecimento de uma Tarifa Externa Comum[5], assim como o objetivo de se chegar à livre circulação dos bens e serviços, restringindo-se as tarifas quanto `a circulação de mercadorias, eliminando-se os entraves aduaneiros; aumentando os incentivos às políticas de comércio-exterior, de natureza fiscal; e harmonizando as legislações das partes integrante, são implicações diretas do procedimento integracionista. Todos os Estados-Partes devem assumir essas diretrizes, atuando em coordenação e uniformizando suas legislações, se têm como objetivo o mercado comum. Portanto, a política integracionista não se faz, única e exclusivamente, no âmbito de cada regime jurídico interno.

É evidente que o objetivo da criação do Mercosul é transformar o território daqueles quatro países em uma única base territorial de livre circulação de mercadorias, à margem de gravames fiscais. O artigo 5º do Tratado de Assunção elege, como um dos seus instrumentos, o programa de Liberação Comercial, consistente em reduções tarifárias progressivas, lineares e automáticas, seguidas de eliminação de restrição de qualquer natureza que impeçam ou dificultem o comércio recíproco entre os Estados-Partes, o que se constata da análise literal do referido artigo, que prescreve: *"Art. 5º - Durante o período de transição, os principais instrumentos para a constituição do Mercado Comum são: a) um Programa de Liberação Comercial, que constituirá em reduções tarifárias progressivas, lineares e automáticas, acompanhadas da eliminação de restrições não-tarifárias ou medidas de efeito equivalente, assim como de outras restrições ao comércio entre os Estados-Partes, para chegar 31 de dezembro de 1994 com tarifa zero, sem barreiras não-tarifárias sobre a totalidade do universo tarifário (Anexo I); b) a coordenação de políticas macroeconômicas que se realizará gradualmente e de forma convergente com os programas de desgravação tarifária e de eliminação de restrições não-tarifárias, indicados na letra anterior; c) uma tarifa externa*

[5] O Mercosul consiste atualmente em uma União Aduaneira (ainda que imperfeita para muitos estudiosos, por existir uma lista de exceção de produtos), caracterizada pelo estabelecimento de uma Tarifa Externa Comum (TEC), o que será oportunamente apreciado nesse estudo.

comum, que incentive a competitividade externa dos Estados-Partes; d) a adoção de acordos setoriais, com o fim de otimizar a utilização e a mobilização dos fatores de produção e alcançar escalas operativas eficientes". Os gravames abrangem os direitos aduaneiros e quaisquer outras medidas de efeito equivalente, incidentes sobre o comércio exterior.

Tendo o Tratado constitutivo do Mercosul estabelecido, como dispõe o enunciado normativo transcrito, a fusão dos mercados nacionais mediante à eliminação das barreiras aduaneiras e restrições não-tarifárias, no propósito de assegurar a livre circulação dos bens e serviços, torna-se necessária a uniformização tributária no tocante à incidência de impostos sobre esses elementos, ampliando-se o mercado baseado na livre-concorrência dos produtos dos Países-Partes. Não obstante, essa harmonização das legislações tributárias dos Estados-Partes tem sido um dos maiores obstáculos à efetiva implantação do Mercado Comum do Sul.

A diferença da carga tributária entre um país e outro, em decorrência da incidência do tributo na formação final do bem, determinará qual produto terá melhores condições de concorrer no mercado, e, sem dúvidas, será aquele que for, ao final, menos tributado. Desta forma, para que se atinja uma livre concorrência que propicie um processo sadio de integração e união de mercados, urge a necessidade de compor a carga tributária, ordenando-a, já que o espírito é o da livre comercialização.

Essa harmonização, que deve surgir de uma coordenação das políticas e legislações tributárias domésticas com os seus pares internacionais, é imprescindível para a ampliação do comércio interjurisdicional e consolidação do bloco econômico, tendo em vista a etapa intregracionista a ser alcançada, podendo conformar-se em:

a) Área de Livre Comércio, onde países, através de acordo comercial internacional, estabelecem área singular em que tarifas e outras barreiras são eliminadas, sem, entretanto, restringir qualquer dos membros do grupo de nações a negociar e manter relações comerciais com outros países fora do grupo, independentemente;

b) União Aduaneira, na qual uma tarifa externa comum é acordada entre os Países - Membros e aplicada a uma importação de terceiros países, independente de qual promove a importação;

c) Mercado Comum, corresponde, além da área de livre comércio e a imposição de uma TEC, no próprio mercado comum. Os Países-Membros liberam o

comércio também em relação aos fatores de produção - pessoas, bens, serviços e capitais - sem qualquer restrição em sua circulação.[6]

Para que seja alcançado um estágio de desenvolvimento econômico voltado para a formação desse mercado comum, é necessário que se vislumbre o acatamento de um direito supranacional, ou comunitário, que, nas palavras de José Souto Maior Borges é norteado por "regras e princípios próprios, inconfundíveis com aquelas regras e princípios que vigoram para a ordem interna e para a ordem internacional"[7], que se imponha às respectivas legislações domésticas, sem que se percam os atributos básicos da soberania.

Ademais, a Constituição Federal de 1988, já no Título I - Dos Princípios Fundamentais - informa no parágrafo único do art.4º que *"a República Federativa do Brasil buscará integração econômica, política, social e cultural dos povos da América latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de Nações"*.

Em que pese o texto constitucional não esclarecer de maneira expressiva se a forma desta integração deve guardar respeito aos princípios clássicos de soberania ou se envolve a possibilidade de integração em organismos supranacionais, nossa compreensão segue os ensinamentos de IVES GANDRA e CELSO RIBEIRO BASTOS, ao concluírem que a "mera existência do artigo implica uma opção por esta última forma. Do contrário, ele seria desnecessário, posto que organização sem caráter supranacional já existe na América Latina".[8]

À medida que o processo de integração regional do Cone Sul evolui, são inevitáveis os conflitos, impondo a necessidade de ajustes e soluções de controvérsias, na busca da multimencionada harmonização. É inquestionável a relevância do aspecto fiscal nesse processo, comprometendo-se os Estados-Partes a adotar política externa comum, nas áreas pertinentes, para que se possa lograr o fortalecimento do processo de integração.

As conseqüências práticas e jurídicas serão diversas, no tocante à tentativa de harmonização das regras tributárias, como observa ALBERTO XAVIER, em sua obra Direito Internacional Tributário do Brasil, na qual afirma: *"As normas de delimitação do Direito Tributário Internacional são verdadeiras*

---

[6] ACCIOLY, Elizabeth. *Mercosul e União Européia – Estrutura Jurídico-Institucional.* Curitiba: Juruá, 1996, p. 30. A Profª Elizabeth Accioly especifica uma 4ª fase de integração econômica, qual seja a União Econômica e Monetária, com a instituição de uma moeda única, emitida por um Banco Central independente.

[7] BORGES, José Souto Maior. Palestra proferida no citado Encontro do Mercosul no Nordeste.

[8] MARTINS, Ives Gandra da Silva, e BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil.* V. 1. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 464.

normas de conflito: apesar de sua natureza unilateral, têm por função resolver um conflito entre sistemas jurídicos"[9].

4. O ICMS e a Alíquota Incidente nas Operações Comerciais entre os Países-Membros do Mercosul

Assume o ICMS particular relevo no processo de integração econômica, especialmente na fase de união aduaneira, preparatória para realização do mercado comum.

A Constituição de 1988 prevê que o ICMS incidirá "*sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço*"(art. 155, § 2°, IX, a) A possibilidade de incidência do ICMS sobre operações de circulação de mercadorias e prestações de serviços, iniciados no exterior, queda induvidosa diante da literalidade da regra-matriz deste imposto, estabelecida constitucionalmente. Admitida a incidência do ICMS nas operações de importação, resta agora a definição sob que alíquota estarão submetidas estas operações.

Um dos objetivos a serem perseguidos com a criação dos blocos econômicos, diz respeito à eliminação dos controles fiscais das fronteiras, a fim de se constituir uma economia regional efetivamente integrada. Diante dos objetivos do Mercosul, nesse entender, dispõe o Tratado de Assunção:

> *"Art. 7° Em matéria de impostos, taxas e outros gravames internos, os produtos originários do território de um Estado-parte gozarão, nos outros Estados-Partes, do mesmo tratamento que se aplique ao produto nacional."*

Disso é possível extrair a ilação de que a alíquota de incidência será sempre aquela atribuível às operações internas. À luz do art. 7° do Tratado de Assunção, supratranscrito, se a mercadoria importada for similar à nacional, o mesmo favor fiscal, concedido internamente deve ser estendido à mercadoria oriunda de país membro do Mercosul. Como se pode observar, está sendo aplicado por analogia, o mesmo tratamento dispensado às mercadorias

[9] XAVIER, Alberto. *Direito Internacional Tributário do Brasil – Tributação das Operações Internacionais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 125.

importadas dos países signatários do GATT ou da antiga ALALC[10], matéria já analisada e pacificada pelo STF, na Súmula 575 :

> *"A mercadoria importada de país signatário do GATT ou membro da ALALC estende-se a isenção do Imposto e Circulação de Mercadorias concedida ao similar nacional".*

No mesmo toar, a súmula 20, do STJ:

> *"A mercadoria importada de país signatário do Gatt é isenta do ICM, quando contemplado esse favor ao similar nacional".*

Inexiste óbice a esse tratamento, visto serem todos oriundos de Tratados Internacionais.

É natural a variação das incidências de tributos observadas de país a país. A Legislação tributária brasileira, por exemplo, trata-se de uma economia altamente tributada, o que se distancia do regime fiscal do Uruguai, caracterizado pela baixa incidência tributária, verdadeiro paraíso fiscal. Entretanto, diante do Mercosul, cabe aos seus Países-Membros, para que se possam atingir os objetivos delineados no Tratado de Assunção, esforçarem-se política e legislativamente no sentido de minimizar os efeitos das transferências fiscais de um Estado para o outro, criando mecanismos de integração da economia, imbuídos da filosofia do livre mercado.

Sendo assim, pode-se concluir que, face ao disposto no Tratado de Assunção, as operações com mercadorias oriundas dos demais países do Mercosul, à luz do ICMS, terão tratamento equiparado às operações interestaduais, sujeitas à mesma alíquota aplicável a estas no âmbito do território nacional, visto que o tratado determina a extinção de tarifas alfandegárias, ou seja, impostos de importação, devendo ser uma área de livre comércio. A intenção, portanto, é que seja anulado o imposto de importação entre os Países-Membros, incidindo apenas os impostos interestaduais.

Estabelecer tratamento igualitário às importações provenientes de países- membros do Mercosul e às provenientes dos não-signatários é negar a própria existência do acordo, já devidamente incorporado à ordem interna. Trata-se, portanto, de operação de importação *sui generis*, e desta forma, justifica a aplicação de uma alíquota menor, interestadual, dando incentivo ao processo integracionista.

---

[10] A ALALC (Associação Latino-Americana de Livre Comércio) foi sucedida pela ALADI (Associação Latino-Americana de Integração) , em 1980.

O artigo 7° do Tratado de Assunção é explícito e elucidativo. Ademais, diante do fundamento constitucional constante no art. 4° da Carta Política, quando menciona que a República Federativa do Brasil, (compreendida pela União indissolúvel dos Estados, DF e Municípios), buscará a integração econômica da América Latina, dá todo respaldo jurídico para que aos Estados-Membros do Mercosul seja estendida a interpretação do art. 155, VII, da CF, o qual dispõe que compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o ICMS e que, em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto.

A adoção desta alíquota interestadual caminharia no sentido de concretizar os objetivos assumidos através do Tratado de Assunção, privilegiando e incentivando a importação oriunda dos países membros do Cone Sul. A harmonização fiscal - ajuste das respectivas legislações - é imprescindível neste contexto de integração, não podendo ser diferente a carga impositiva praticada nos diversos países do Mercosul.

Tendo em vista o fato de o contribuinte, no caso da incidência desse tipo de tributo ser o consumidor, a forma de arrecadação do ICMS, na hipótese de circulação de bens na zona de livre comércio, há de ser aquela vinculada ao critério de destino da mercadoria, por significar uma maior facilidade de integração do sistema tributário, dada as características federativas dos Estados-Membros.

A estrutura tributária genérica sobre o consumo no Brasil tem sido apontada como um dos entraves ao processo de integração regional. Isso porque "o principal imposto sobre consumo no país - o ICMS - é de competência estadual e distrital, o que pressupõe a harmonização de 31(trinta e um) entes tributantes: 27 (vinte e sete) Estados brasileiros, um Distrito Federal e mais 3 (três) países."[11]

Os produtos provenientes de outros países devem ser tratados como verdadeiros produtos nacionais, sendo a eles dispensado o mesmo tratamento tributário ao similar nacional, não obstante ser o ICMS o imposto mais gravoso, podendo favorecer ou prejudicar a circulação de mercadorias dentro do bloco econômico.

Além da alíquota aplicada ser a interestadual, deverá ser, da mesma forma, observado o princípio da não-cumulatividade internamente aplicado,

[11] FERNANDES, Edison Carlos. *"Tributação no Mercosul"*, in MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Tributação no Mercosul.* São Paulo: Revista dos Tribunais; Centro de Extensão Universitária, 1997, p. 355.

imperativo da ordem tributária em matéria de ICMS, concedido para se evitar a tributação em cascata. Consiste basicamente num sistema de compensação de créditos e débitos.

Ora, se o objetivo primordial do Mercosul é oferecer condições de competição no mercado externo para os produtos dos Países-Membros, fortalecendo o comércio intrabloco; é um contra-senso sobretaxar as mercadorias dos países do Mercosul, onerando e elevando o custo do produto.

Note-se, ademais, que os outros três Países-Membros do Mercosul, possuem, como imposto com vista a incidir sobre a renda consumida, o IVA - Imposto sobre o Valor Agregado - , cuja base de cálculo, bem mais ampla que a do nosso ICMS, são bens e serviços, evidenciando-se o preço e, portanto, propiciando uma maior abertura de mercado.

A intenção do Mercosul, em resumo, é que seja anulado o imposto de importação nas relações com os Países-Membros, incidindo apenas os impostos interestaduais nas operações de importação. É na esteira dessa política que se coaduna o art. 7º do Tratado de Assunção.

Assim, não se pode olvidar que a incidência do imposto de importação é contrária à política aduaneira necessária à viabilização do Mercosul, bem como obstáculo à desejada abertura econômica. Há que se dar às operações o tratamento de interestaduais, como se assim o fossem.

5. Conclusão

É patente o caminhar do mundo no processo integracionista de mercados, ao qual não poderá o Brasil ficar alheio, deixando de acompanhá-lo, o que ensejaria retrocesso frente às condições favoráveis em que se encontra, possuindo 70% do mercado consumidor além do maior PIB entre os Países-Membros do Mercosul.

A harmonização tributária é fundamental para se impedir as distorções na competitividade e eliminar as barreiras existentes entre os vários Países-Membros desse acordo, propiciando a efetiva integração de um mercado único.

Acreditamos, de acordo com o que neste estudo foi-lhes brevemente exposto, ser latente a necessidade da multireferida harmonização tributária, assim como a adoção da alíquota interestadual nas operações em que incide o ICMS, entre os países signatários do Tratado de Assunção, em prol da concretização dos objetivos através daquele assumidos.

Em se tratando de se estabelecer a livre circulação de mercadoria, delimitada pela área referente ao território de todos os países signatários, o

tratamento a ser dado às operações relativas à circulação de mercadorias entres os Países-Membros do Tratado de Assunção não poderia ser outro senão o relativos às operações interestaduais.

As normas que regulam a cooperação econômica entre países, no âmbito dos tributos, voltam-se para o alcance da desoneração tributária, favorável ao desenvolvimento de mercado, o que deve ser seguido pelo Bloco Comum do Sul.

Desta forma, através deste intróito reflexivo, buscamos demonstrar que, enquanto não concretizada a necessária reforma tributária, problemas de natureza fiscal continuarão a acontecer, tendo em vista a necessidade de se abrir mercados, sendo o objetivo primordial do Mercosul, como dito, oferecer condições de competição no mercado externo para os produtos provenientes dos Países-Partes, incompatível com a diversidade de tributação interna própria de cada sistema tributário.

6. Bibliografia

1. XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil: Tributação das Operações Internacionais.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

2. SEITENFUS, Ricardo, e VENTURA, Daisy. *Introdução ao Direito Internacional Público.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

3. TORRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre as rendas das empresas: tratamento unilateral, bilateral e comunitário.* São Paulo: Editora dos Tribunais, 1997.

4. MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Tributação no Mercosul.* São Paulo: Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1997. (Pesquisas Tributárias. Nova série; n. 3).

5. GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. *Conflito entre Normas do Mercosul e Direito Interno: como resolver o problema?: O caso brasileiro.* São Paulo: LTr, 1997.

6. VENTURA, Daisy. *A Ordem Jurídica do Mercosul.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

7. ACCIOLY, Elizabeth. *Mercosul e União Européia – Estrutura Jurídico-Institucional.* Curitiba: Juruá, 1996

8. BRANCO, Luizella Giardino B. *Sistema de solução de controvérsias no Mercosul.* São Paulo: LTr, 1997.

9. CARRAZA, Roque Antônio. *ICMS*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

10. COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro: Comentários à Constituição e ao Código Tributário Nacional, artigo por artigo.* Rio de Janeiro: Forense, 1999.

A HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA E OS SEUS ASPECTOS, POR GERALDO ATALIBA

Mateus Cavalcanti Costa (Aluno do 10° período da graduação em Direito da UFPE)

Sumário: 1. Considerações Preambulares. Escopo do Trabalho; 2. O Estudo da Hipótese Legal a Partir da Fenomenologia da Incidência Tributária; 3. Os Aspectos da Hipótese de Incidência; 3.1. O Aspecto Pessoal; 3.2. O Aspecto Espacial; 3.3. O Aspecto Temporal; 3.4. O Aspecto Matéria; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.

1. Considerações Preambulares. Escopo do Trabalho

Sem olvidar que o tempo e a própria evolução científica do direito tributário ultrapassaram certas idéias formuladas pelo Professor Geraldo Ataliba, o que é absolutamente normal, cediço é, por outro lado, que determinadas contribuições propagadas pelo citado mestre ainda hoje repercutem e instigam de maneira insaciante os que se dedicam ao estudo deste ramo do direito público, sejam professores, mestres ou até os meros curiosos, a exemplo do autor deste opúsculo. E do legado brilhante por ele deixado, com relevo e influência particular, permanecessem certos postulados inscritos em sua obra HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA[1].

Muito jovem, Ataliba já alcançara a titularidade da cadeira de Direito Tributário da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP, e, depois, da Universidade de São Paulo – USP, alicerçando daí, facilmente e com igual precocidade, posto de estudioso de direito tributário de largo naipe. Em companhia de Souto Maior Borges, Amilcar de Araújo Falcão, Paulo de Barros Carvalho, Aires Barreto e alguns outros, marcou época e crivou caligrafia na história dos tributos e das finanças públicas do Brasil.

[1] A respeito dessa obra, Sacha Calmon Navarro Coelho destacou: "Desse livro, pode-se dizer, à semelhança do que já se disse sobre o livro de Beccaria (Dos Delitos e das Penas), que é um *pequeno grande livro*" (*In: Revista Dialética do Direito Tributário* n° 08 – Geraldo Ataliba: Cientista do Direito – Reflexões Sobre a Hipótese de Incidência dos Tributos – Substitutos e Responsáveis Tributários no Direito Brasileiro, op. cit. p. 111).

A aludida obra, que servirá como inspiração primeira ao corrente estudo, teve como contribuição maior, e isso nem a força do tempo, nem a própria evolução científica do direito tributário apagaram, a distinção seca e criteriosa entre a hipótese de incidência do tributo (descrição abstrata) e o fato concreto material ocorrido[2]; exatamente, essa divisão que hoje corre à mancheia entre a descrição prevista na lei e o fato objetivo que faz irradiar os seus efeitos jurídicos (não importa a terminologia que se queira dar)[3] foi arte particular de Ataliba, como uma espécie de complementação à igualmente consagrada obra de Amilcar de Araújo Falcão - FATO GERADOR DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA -, que apesar de ter repercutido demasiado, tanto aqui quanto alhures, pecava em uma concepção um tanto quanto "monista"[4] destes conceitos.

Assim, é especialmente sob os auspícios da obra de Geraldo Ataliba que a *hipótese de incidência tributária* será dissecada ao longo deste curto texto que, sem pretensões científicas, fluirá descompromissado em analisar a integralidade do tema.

---

[2] Tal mérito foi de logo constatado por Souto Maior Borges que, prefaciando a obra de Ataliba, enunciou: "O progresso que decorre dessa monografia básica está representado pela distinção conceitual entre a hipótese de incidência do tributo e o fato material concretamente ocorrido em correspondência com desenho legalmente traçado(...) Duas realidades distintas, e absolutamente irredutíveis entre si, uma de índole normativa, categoria jurídica – a hipótese de incidência – outra de natureza fática – o fato imponível – não poderiam suportar um tratamento científico unificado" (*apud In:* Geraldo Ataliba, *Hipótese de Incidência Tributária*, op. cit. p. 12).

[3] Do ponto de vista terminológico, cumpre observar que várias expressões têm sido empregadas como sinônimas de fato gerador, em geral não passando tôdas elas de simples tradução de têrmos consagrados na linguagem jurídica de outros países. Assim é que são eventualmente usadas as expressões: suporte fático (do alemão *Steuertatbestand)* fato imponível (do espanhol *hecho imponible)*, situação base ou pressuposto de fato do tributo (do italiano *fattispecie tributaria)*, etc. (Amilcar de Araújo Falcão, *In: Fato Gerador da Obrigação Tributária*, op. cit. p. 27).

[4] Em determinada passagem de sua obra, conceituou Araújo Falcão: "Fato Gerador é, pois, o conjunto de fatos ou o estado de fato, a que o legislador vincula o nascimento da obrigação jurídica de pagar um tributo determinado" (*In: Fato Gerador...* ob. cit. p. 26).

2. O Estudo da Hipótese Legal a Partir da Fenomenologia da Incidência Tributária

Para Ataliba, as normas de direito tributário, em sua estrutura, em nada se diferenciavam das demais normas jurídicas, sendo, por isso, passíveis de mesmo tratamento técnico. No geral, a fenomenologia de incidência tributária resumia-se, assim como nos demais ramos do direito, à necessidade de existir, antecedentemente (lógico e cronologicamente), uma descrição legislativa minuciosa de um evento (fato) e, de forma ulterior, da ocorrência concreta desse fato abstratamente previsto (já que aludido pela lei). Ocorrendo esta subsunção, o preceito normativo tornaria jurisdicizado o fato, atribuindo-lhe, em conseguinte, os efeitos jurídicos daí imanentes.

No sentir de Ataliba, em suma, "norma tributária, como qualquer outra norma jurídica, tem sua incidência condicionada ao acontecimento de um fato previsto na hipótese legal, fato este cuja verificação acarreta automaticamente a incidência do mandamento"[5]:

> *"Acontecido o fato previsto na hipótese da lei (hipótese legal), o mandamento, que era virtual, passa a ser atual e esse torna atuante, produtivo de seus efeitos próprios: exigir inexoravelmente (tornar obrigatórios) certos comportamentos, de determinadas pessoas.*
>
> *Enquanto não ocorra o fato descrito na hipótese, o mandamento fica em suspenso, não incidindo. Sua incidência é condicionada à ocorrência do fato previsto na respectiva hipótese. Averiguar-se em cada caso, se ocorreu o fato subsumido à hipótese fundamental, para apurar-se se houve ou não incidência do mandamento" (Geraldo Ataliba, in Hipótese..., ob. cit. p. 39)*

Uma vez surtida essa fenomenologia, era a partir dela que Ataliba faria a decomposição dos elementos que encetavam o surgimento da obrigação tributária; para ele, a hipótese de incidência tributária constituiria o conceito legal, a descrição hipotética, prévia e genérica, contida na lei, de um fato, estado de fato, ou conjunto de circunstâncias de fato, enquanto fato imponível seria o próprio fato ou evento efetivamente ocorrido, em determinado espaço de tempo e lugar, que se subsumiria, no ponto, a descrição de lei potencial.

[5] ATALIBA, Geraldo. *In: Hipótese...*, op. cit. p. 42.

Nesta ordens de idéias, o fato imponível, como fato concreto com localização espacial e temporal, ocorrido efetivamente no universo fenomênico, deveria corresponder, rigorosamente, à descrição prévia narrada na hipótese de incidência tributária. E ao ocorrer essa precisa "subsunção do conceito do fato ao conceito da norma"[6], a fenomenologia de incidência tributária estaria perfeita surgindo, a partir daí, a obrigação respectiva.

Feito isto, dizia o mestre, subsumindo o fato à imagem abstrata da lei, a obrigação tributária estaria configurada, restando o ente tributante apto a exigir o adimplemento da obrigação por parte do sujeito passivo:

> *"A configuração do fato (aspecto material) e sua consumação num momento fático determinado (aspecto pessoal), sua localização (aspecto espacial) e sua consumação num momento fático determinado (aspecto temporal), reunidos unitariamente determinam inexoravelmente o efeito jurídico desejado pela lei: criação de uma obrigação jurídica concreta, a cargo de pessoa determinada, num momento preciso" (Geraldo Ataliba, in Hipótese...,op. cit. p. 62).*

Calha ressaltar que Ataliba, em partilha com muitos outros renegava a terminologia "fato gerador"[7], ao argumento de que tal expressão, além de somente produzir confusão terminológica, foi introduzida através de uma tradução acrítica das expressões semelhantes produzidas pela doutrina

---

[6] Tal precisão – subsunção do conceito de fato ao conceito de norma -, ao revés da "subsunção do fato à norma", foi moldada por Paulo de Barros Carvalho (*In: Curso de Direito Tributário*, op. cit. p. 160) que, acertadamente, entende que a subsunção só "se opera entre iguais".

[7] Apenas de exemplo, Paulo de Barros Carvalho, Souto Maior Borges e Alfredo Augusto Becker repudiavam veementemente a utilização de tal termo. O saudoso Becker chegou a tal ponto de irresignação: "Fato Gerador: esta é uma expressão que os cientistas das finanças públicas construíram, aglutinando vocábulos por eles mal compreendidos e catados na Teoria Geral do Direito(...). Esta última expressão é a mais utilizada pela doutrina brasileira de direito tributário e, de todas elas, a mais infeliz porque o "fato gerador" não gera coisa alguma além de confusão intelectual (...). No campo da doutrina do direito tributário, a expressão " fato gerador" é a que mais extensos prejuízos lhe tem causado, a tal ponto que é freqüente encontrarem-se autores que, dotados de vigorosa inteligência e brilhante erudição, escrevem- imersos numa atitude mental pseudojurídica – capítulos e livros destituídos de valores jurídicos, os quais, todavia, são excelentes no plano pré-jurídico da ciência das finanças públicas e da política fiscal" (*In: Teoria Geral do Direito Tributário*, op. cit. p. 75, 288 e 289)

alienígena, com especial influência da obra do publicista francês Gaston Géze. Segundo ele, aqui no Brasil, este vício de expressão teria uma explicação psicológica, semelhante a que determinou no direito penal, durante largos anos, em relação à expressão "crime" que, na linha monista, designaria tanto a descrição hipotética legal de um fato, quanto a própria prática daquele fato.

E razão assistia à Ataliba: efetivamente, a expressão "fato gerador", da forma como vinha sendo enxergada, sem diferenciar a situação hipotética e abstrata prevista na lei do evento material concreto ocorrido, produzia complicações conceituais sérias, que emperravam o diagnóstico preciso da obrigação tributária; válido foi o seu intento[8], quase que imediatamente conquistado (e este, como antes dito, quiçá tenha sido um dos maiores méritos de seu estudo), posto que distinguiu a hipótese de incidência (o então complicado fato gerador abstrato) do fato imponível (fato gerador *in concretu*): aquele inevitavelmente precedente a este que, ocorrendo a subsunção, daria azo ao nascimento da obrigação tributária.

Nesta ótica, resta cristalina que a influência da obra de Ataliba a esse respeito transcendeu a barreira de sua época, restando ineludível que até hoje propaga e irradia efeitos sobre a atual estrutura da fenomenologia da incidência tributária; a sua hipótese de incidência, como conceito legal[9], universal[10] e de

---

[8] Tanto foi válida e reconhecida a sua doutrina que Paulo de Barros Carvalho, apesar de não concordar com a expressão fato imponível (para ele melhor seria fato jurídico tributário), confere méritos próprios a obra de Ataliba: "Por outro lado, a respeito do acontecimento que efetivamente sucede no quadro do relacionamento social, dentro daquelas específicas condições de espaço e de tempo, relatado na norma individual e concreta a que chamamos de "fato" ou de "enunciado fatual", preferimos a expressão " fato jurídico tributário". "Fato jurídico" porque tem o condão de irradiar efeitos de direito (eficácia jurídica). E "tributário" porque tais efeitos estão diretamente ligados à instituição do tributo. Devemos creditar a Alfredo Augusto Becker a iniciativa de lançar, entre nós, esse problema semasiológico, mas, substancialmente, a Geraldo Ataliba o mérito de haver discutido amplamente o assunto, propondo, inclusive, as expressões "hipótese de incidência" e " fato imponível", para esquivar-se da plurivocidade da locução "fato gerador". A dicotomia sugerida pelo grande publicista navegou, a velas pandas, pelo meio jurídico nacional, granjeando a simpatia de autores de bom nível, como é o caso de Hugo de Brito Machado" (*In: Fundamentos Jurídicos da Incidência*, op. cit. p. 111).

[9] "A h.i é, primeiramente, a descrição legal de um fato: é a formulação hipotética, prévia e genérica, contida na lei, de um fato (é o espelho do fato, a imagem conceitual de um fato; é o seu desenho". (Geraldo Ataliba, *In:Hipótese....* op. cit. p. 53).

[10] "O conceito de h.i. – como o de relação, sanção, preceito e pessoa – é universal, no sentido de que não decorre da observação de uma observação de um sistema particular, nem se compromete com nenhum instituto jurídico localizado no tempo e no espaço

unidade lógica[11] granjeia seguidores e influencia estudiosos, não sendo exagero, por isso, qualificar, como já qualificado, a sua obra como um clássico da literatura tributária brasileira.

3. Os Aspectos da Hipótese de Incidência Tributária

Em que pese ter incluído no rol das características da hipótese de incidência tributária a sua unidade lógica que, como visto, deflui do fato de que "enquanto categoria jurídica, a hipótese de incidência é una e indivisível"[12], Ataliba, mesmo sem desconsiderar tal característica, decomporia, para fins de demarcação objetiva, a descrição legal da norma em variados aspectos, cuja da reunião é que lhe daria identidade. No parecer do mestre, a "hipótese de incidência não deixa de ser una e indivisível, pelo fato de possuir diversos aspectos, cuja consideração não implica sua decomposição em "partes" ou "elementos"[13].

Só logicamente, portanto, Ataliba concebia a separação entre os diversos aspectos da hipótese de incidência, sendo possível e útil o estudo e consideração isolada de cada qual.

Perceba-se, Ataliba aludia a aspectos da hipótese de incidência: com efeito, em seu sentir, não parecia escorreita a utilização do termo elementos da hipótese de incidência, dês que esta expressão sugeriria a idéia de estar-se diante de algo que entra na composição doutra coisa e comunga para a sua formação, perspectiva esta que, aí sim, ofenderia a característica da unidade lógica antes gizada. Esta, um todo unitário e incindível, se juridicamente considerada, não se compatibilizaria com a idéia de associação de elementos, mas sim, tão somente, de diversidade de aspectos. Ataliba atinge a perfeição neste particular.

Com destaque comparável neste tema, doutrinaram Giannini[14], Paulo de Barros Carvalho[15] e Dino Jarach[16].

(cf. Juan Manuel Teran, *Filosofia del Derecho,* Ed. Porrúa, México, 1952, p. 79 e segs, *apud In*: Geraldo Ataliba, *Hipótese...*, ob. cit. p. 54).

[11] "Enquanto categoria jurídica, a hipótese de incidência é una e indivisível. Trata-se de ente lógico-jurídico unitário e incindível. Como ente jurídico – entidade do mundo do direito – trata-se de uma só coisa: a "hipótese de incidência". Esta é que, no seu todo unitário, dá configuração ao tributo, e permite determinar, por suas características, a espécie tributária" (Geraldo Ataliba, *In: Hipótese...*, op. cit. 59).

[12] *Vide* nota 11.

[13] Geraldo Ataliba, *In: Hipótese...* op. cit. p. 70.

[14] Recordado por Souto Maior Borges (*In:* Isenções Tributárias, op. cit. p. 181), o mestre italiano foi um dos que iniciou a tentativa de estudo da hipótese de incidência

Neste correr, para Ataliba, seriam os aspectos essenciais da hipótese de incidência tributária, estes tidos como os aptos a determinarem abstratamente os sujeitos da obrigação tributária, o seu conteúdo substancial, o local e o momento de nascimento da obrigação, os seguintes: a) aspecto pessoal; b) aspecto material; c) aspecto temporal e d) aspecto espacial.

Visualizaremos os pontos primordiais de cada qual, advertindo, desde já, que não adentraremos na integralidade das minúcias que lhes são inerentes.

3.1. Aspecto Pessoal

Aspecto de relevo, é através dele que se definem o sujeito ativo e passivo da relação jurídico-tributária. Definição não suscitadora de muitas divergências, não muito distinta da formulada por outros tributaristas engajados no tema[17], a posição de Ataliba a esse respeito era de que "o aspecto pessoal, ou subjetivo, é a qualidade que determina os sujeitos da obrigação tributária, que o fato imponível fará nascer. Consiste numa conexão (relação de fato) entre o núcleo da hipótese de incidência e duas pessoas, que serão

por esse prisma, para quem o "pressuposto do tributo" era dividido no elemento material – objeto do imposto, que serve para distinguir um imposto do outro – e noutro elemento pessoal, no qual iria se encontrar o sujeito passivo do imposto.

[15] Para o professor paulista, os critérios de identificação dos elementos constitutivos do laço obrigacional seriam: "a) o critério pessoal, que aponta os sujeitos (ativo e passivo) da relação; b) e o critério quantitativo, indicador dos fatores que, conjugados, exprimem o valor pecuniário da dívida (base de cálculo e alíquota)" (*In: Curso...*, op. cit. p. 201-202).

[16] O jurista ítalo-argentino assim expressou: "este pressuposto de fato se compõe, por sua vez, de diferentes elementos: em primeiro lugar, os fato objetivos contidos na definição legal do pressuposto; em segundo, a determinação objetiva do sujeito ou sujeitos que resultem obrigados ao pagamento do gravame e o momento da vinculação do pressuposto de fato com o sujeito ativo da imposição; em terceiro lugar, a base de medição, chamada também base imponível, isto é, a adoção de parâmetros que servem para valorar quantitativamente os fatos, cuja verificação origina a obrigação; em quarto lugar, a delimitação, no espaço e no tempo, destes fatos; e em quinto, a quantidade expressada numa soma finita, ou numa percentagem ou alíquota aplicável à base imponível, que permite determinar como resultado, o ***quantum*** *da obrigação tributária"(Estrutura e Elementos:..., cit. p. 337, apud in* Geraldo Ataliba, op. cit. p. 71).

[17] É a posição de Aires Barreto (*In: Base de Cálculo e Alíquota e Princípios Constitucionais*, op. cit. p. 47) que leciona: "O aspecto pessoal é o atributo da hipótese de incidência que designa o sujeito ativo, expressa ou implicitamente, e estabelece genericamente os sujeitos passivos".

erigidas, em virtude do fato imponível e por força da lei, em sujeitos da obrigação"[18].

É, portanto, através do cotejo deste aspecto hipótese de incidência que se "personalizam" os sujeitos da obrigação tributária, sem o qual, portanto, ela não teria direção nem radar.

No que pertine ao sujeito ativo, isto é, o credor da obrigação tributária surtida, deflui ele da própria lei, seja abstrata, seja concretamente, sendo que tal lei, em nosso ordenamento jurídico, só pode ser expedida pelas pessoas políticas constitucionais (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Desdobra-se daí a problemática atinente à competência tributária e à capacidade tributária ativa, "isto porque, ou se elege como sujeito ativo a pessoa constitucional titular da competência tributária, explícita ou implicitamente, ou se atribuí a mera capacidade tributária ativa a outra pessoa que não a competente para instituir o tributo e, nesse caso, a designação haverá de constar, explicitamente, da lei"[19].

Assim, não obstante seja ordinário que o sujeito ativo da obrigação tributária corresponda à própria pessoa política investida da competência para instituição do tributo (a competência tributária é própria da capacidade tributária ativa), casos há em que esta (a capacidade tributária ativa) é titularizada por pessoa diversa da competente para a instituição do gravame, devendo, neste caso, a lei instituidora ser expressa a esse respeito (isto só ocorre na questão da parafiscalidade)[20]. Em suma, capacidade tributária ativa e a competência tributária não estão, necessariamente, presentes na mesma pessoa.

Em relação ao aspecto pessoal passivo, o critério para a sua determinação igualmente está apostado na hipótese de incidência tributária, não obstante somente após realizado o fato imponível é que restará o mesmo fixado concretamente. "É a pessoa, sujeito de direitos – física ou jurídica, privada ou pública, de quem se exige o cumprimento da obrigação: pecuniária, nos nexos obrigacionais; e insuscetível de avaliação patrimonial, nas relações que veiculam meros deveres instrumentais ou formais"[21].

---

[18] Geraldo Ataliba, *In: Hipótese....*, op. cit. 72.

[19] Aires Barreto, *Base de Cálculo...*,op. cit. p. 48-49.

[20] Para Roque Antônio Carrazza (*In: Sujeito Ativo da Obrigação Tributária*, op. cit. p. 40) a parafiscalidade "é a atribuição, pelo titular da competência tributária, mediante lei, de capacidade tributária ativa, a pessoas públicas ou privadas (que persigam finalidades públicas ou de interesse público), diversas do ente imposto, que, por vontade desta mesma lei, passam a dispor do produto arrecadado, para a consecução de seus objetivos".

[21] Paulo de Barros Carvalho, *In: Curso...*, op. cit. p. 204.

A depender da relação que guarde com o fato gerador (no linguajar de Ataliba, com o "fato imponível") da obrigação tributária, o sujeito passivo apresentar-se-á sob o "status" a) de contribuinte, quando relacionado pessoal e diretamente com a situação que constitua o respectivo fato gerador, e b) responsável, quando, sem ser contribuinte, isto é, sem possuir relação direta e pessoal com o fato gerador, sua obrigação de pagar decorre de dispositivo expresso em lei. Neste último caso – responsável tributário - surgem os desdobramentos decorrentes daquilo que Ataliba denominou de sujeição passiva indireta, desdobramentos estes que por serem longos e minudentes, fogem um pouco do objeto do presente estudo.

3.2. *Aspecto Temporal*

Para Ataliba, dentre os aspectos da hipótese de incidência estaria a qualidade que esta tem de remeter, implícita ou explicitamente, o momento de consumação do fato imponível. Nela, com efeito, estariam previstos, também, circunstâncias que proporcionariam atempar o átimo da subsunção do conceito de fato ao conceito da norma, surgindo, a partir de tanto, a obrigação tributária.

Dizia ele: "acontecendo concretamente fatos descritos na h.i., depois da vigência da lei em que inserida – e enquanto perdure esta – tais fatos serão "imponíveis", aptos, portanto, a darem nascimento a obrigações tributárias"[22]. Haveria, em seu sentir, tão-somente um limite constitucional intransponível na descrição legislativa do aspecto temporal[23]: não pode ser anterior à consumação (completo acontecimento) do fato, posto que isso violaria o princípio da irretroatividade da lei.[24]

É através da análise do aspecto temporal da hipótese de incidência que a doutrina compôs uma das mais impertinentes, das mais inúteis e

---

[22]Geraldo Ataliba, *In: Hipótese....* op. cit. p. 84.

[23] Dizia o mestre: "Enfim, é o legislador que discricionariamente estabelece o momento que deve ser levado em consideração para se reputar consumado um fato imponível. E esta indicação legislativa que pode ser, repita-se, explícita ou implícita, recebe a designação de aspecto temporal da h.i" (*in Hipótese...*,op. cit. p. 85).

[24] É oportuno salientar, neste módulo, que a conclusão de Ataliba aparentemente não mais se adequa à ordem constitucional vigente eis que esta, apesar dos pesares, possibilitou a atribuição da sujeição passiva antes da efetiva ocorrência do fato gerador. Tal aleijão veio consumado pela Emenda Constitucional nº 3/93, que instituiu o parágrafo 7º ao artigo 150 da Constituição Federal, nestes termos:

"§ 7º. A lei poderá atribuir a sujeito passivo da obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou de contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido".

equivocadas, classificações do fato imponível, pondo-o, a depender do seu processo de formação, em complexivos, instantâneos e continuados: instantâneo seria o "fato gerador" que se realiza numa unidade de tempo precisa e, sempre que se realiza, dá encetamento à obrigação tributária; continuado, por seu turno, seria aquele que se protrai no tempo, tendente a persistir, e complexivo seria aquele formado por diversos fatos, que se interligariam, sendo que somente com a conjugação de todos é que se tornaria perfeito o desenho da figura típica.

Seguindo na íntegra lição de Paulo de Barros Carvalho[25], de quem toma as palavras como se suas fossem, Ataliba finda por concluir à semelhança do professor paulista: para ele, todos os fatos imponíveis seriam instantâneos, não enxergando cabimento na classificação tripartida acima invocada. Ataliba percebe, e o faz muito bem, que não importa conjecturar se o fato se consuma num dado preciso momento ou se depende de rigoroso ou lento processo (pré-jurídico) para se consumar. Só importaria, com efeito, o exato momento de sua consumação, porquanto será a partir daí que a obrigação jurídica estará nascida e, consequentemente, o liame tributário estabelecer-se-á. Só depois de consumado por completo, em tempo, é que o fato logra foros de "jurídico", de "imponível".

Nesta linha, portanto, tomando por critério o seu aspecto temporal, Ataliba somente enxerga a hipótese de incidência sob dois modais: a) a que prevê momento exato para a ocorrência do fato imponível (ex. impostos imobiliários em geral); b) a que não designa momento preciso para a ocorrência do fato imponível (ex. ICMS, IPI).

É conclusão que nos parece correta, a qual adotamos, na íntegra.

---

[25] Maior crítico da classificação tradicional, Paulo de Barros Carvalho destrinça o tema com perfeição: " da mesma forma, merece acerbadas críticas a classificação dos "fatos geradores" em instantâneos, continuados ou complexivos. Quando ocorre o fato imponível, dá-se a incidência do mandamento de modo automático e infalível. Não há, portanto, falar-se em " fatos geradores" instantâneos, continuados ou complexivos. Mas essa segunda classificação é infundada, como salientara, precisamente porque ignora dado fundamental, qual seja, o da incidência automática da lei tributária. Para que fosse possível, mister seria que pudéssemos conceber um fato que vai acontecendo aos poucos, sendo que a ordem jurídica, concomitantemente, vai reconhecendo, de modo parcial, os eventos que forem ocorrendo, o que, evidentemente, seria um grande absurdo. Por mais complexo que seja o fato objeto de consideração pela lei tributária, só se poderá falar em "fato gerador", no momento exato em que estiver completa a figura típica (...)Por tudo isso se pode concluir que todos os fatos são instantâneos, não tendo cabimento a classificação tripartida adotada pela doutrina (Paulo de Barros Carvalho, in *Curso*..., op. cit. p. 138 s.)

3.3. O Aspecto Espacial

Por ser cediço que os fatos jurídicos ocorrem, necessariamente, em determinado ponto, Ataliba observou que a hipótese de incidência tributária possuía, também, um aspecto espacial. Para ele, "designa-se por aspecto espacial a indicação de circunstâncias de lugar – contidas explícita ou implicitamente na h.i. – relevantes para a configuração do fato imponível"[26].

Correto estava Ataliba, posto que a hipótese de incidência somente se faz hábil para determinar o nascimento da obrigação tributária quando qualifica abstratamente um fato capaz de ocorrer no âmbito territorial da lei a que se reporta. Tal aspecto da hipótese de incidência estaria, assim, intimamente ligado ao princípio da territorialidade da lei tributária (a lei municipal é eficaz somente na edilidade, a lei estadual somente na unidade federativa, etc...). O aspecto espacial da hipótese de incidência, assim, far-se-ia mister, de sorte que seria imprescindível para o nascimento da obrigação tributária; de fato, tudo há de ocorrer em lugar determinado, devendo a hipótese de incidência prever, implícita (o que é usual) ou explicitamente (o que é mais raro) o espaço do evento imponível.

Interessante destacar que esse aspecto da hipótese de incidência guarda muito relevo com o cotidiano tributário brasileiro. Com efeito, a ele estão intimamente ligados à questão da guerra fiscal protagonizada pelos Estados, que dão incentivos (nada contra os incentivos fiscais, mas da maneira como está atualmente trata-se de uma renúncia de receita deliberada) a determinadas empresas que se aventuram instalar-se em seus domínios[27]. O que ocorre, nestes casos, é a subsunção do fato à norma, não configurando, porém, um fato imponível, justamente porque o aspecto espacial não abrange, não incide, sobre os fatos localizados em certa área.

Nesta sorte, foram poucas, mas foram consistentes e criteriosas as conclusões retiradas por Ataliba a respeito deste aspecto da hipótese de incidência tributária.

---

[26] Geraldo Ataliba, *In: Hipótese...*, op. cit. p. 93.

[27] Ataliba, àquela época, já aludia a esse respeito em relação à Zona Franca de Manaus, fazendo um paralelo com a região italiana de "Mezzogiorno", locais estes que excluíam a incidência de certos tributos em face do aspecto espacial da hipótese de incidência (*In: Hipótese...*,op. cit. p. 94).

3.4. O Aspecto Material

Nessa passagem, os estudos de Geraldo Ataliba não foram, ao nosso sentir, tão precisos como nos tópicos subjacentes. A evolução científica do direito tributário, com imprescindível relevo, neste particular, das lições de Paulo de Barros Carvalho, fazem-nos concluir que a idealização propugnada por Ataliba a respeito do aspecto material da hipótese de incidência não foi das mais felizes.

Não obstante, tal circunstância, como adiantado no início deste opúsculo, não torna discipiendo os estudos do aludido Professor, porquanto foram através de seus ensinamentos, via mais das vezes através de mero exercício de adequação, que os demais doutrinadores formularam as atuais idéias de maior aceitação em face deste aspecto da hipótese de incidência. Ataliba, com efeito, assimilou o preço de ser precursor.

Primeiramente, não foi feliz Ataliba em supervalorizar o aspecto material da hipótese de incidência. Para ele, em tempo, este seria "o mais importante aspecto, do ponto de vista funcional e operativo do conceito (de h.i.) porque, precisamente, revela a sua essência, permitindo sua caracterização e individualização, em função de todas as demais hipóteses de incidência"[28]. Este aspecto, portanto, no sentir de Ataliba, estaria em posição hierarquicamente superior, aos demais aspectos da hipótese de incidência (espacial, temporal e pessoal) por ele estudados, porquanto seria o mais importante e decisivo na sua configuração.

Entendemos equivocado o posicionamento do aludido mestre por pensarmos, sempre na boa companhia de Paulo de Barros Carvalho e Aires Barreto[29], que não se pode cogitar de um aspecto (critério, elemento, circunstância, ou seja lá a designação que se queira dar) da hipótese de incidência ser mais importante que outro; todos são igualmente relevantes, não se podendo falar de níveis hierárquicos entre eles, tal se comprovando pelo fato de que a supressão de qualquer um levará inevitavelmente à inutilidade da hipótese de incidência; todos são relevantes, a partir de que somente com a reunião deles é que restará descrita a fenomenologia da incidência tributária.

---

[28] Geraldo Ataliba, *In: Hipótese...*, op. cit. p. 95.

[29] "Inclinamo-nos, igualmente, por reputar essenciais todos os aspectos da hipótese de incidência, não se podendo falar em níveis de relevância. Em verdade, se a supressão (ausência) de qualquer dos aspectos (critérios) considerados menos relevantes conduz à amputação da figura conceptual, passaria o critério suprimido a assumir relevância maior do que aquela que se haveria atribuído a outro aspecto" (Aires Barreto, *in Base de Cálculo.....*, op. cit. p. 47).

Ademais, ao incluir (tê-los como atributos essenciais[30]) os critérios quantitativos do conseqüente das normas tributárias (base de cálculo e alíquota, seguindo a definição de Paulo de Barros Carvalho) no próprio aspecto material da hipótese de incidência, Ataliba findou por, inevitavelmente, desvirtuar a própria natureza deste aspecto.

Estes – base de cálculo e alíquota - com efeito, não podem integrar o aspecto material da hipótese de incidência porque, efetivamente, constituem grandezas inscritas na conseqüência da regra matriz tributária, capazes, sim, de confirmar o critério material expresso naquela; não fazem parte do aspecto material, portanto, correspondendo, antes, a elementos capazes de quantificar o montante *debeatur*, integrantes, por seu turno, do conseqüente da norma exacional[31].

Essa é a conclusão a que chegou Paulo de Barros Carvalho[32], cuja lição abaixo transcrita adotamos na integralidade:

> *"Pois bem. O grupo de notícias informativas que o intérprete obtém da leitura atenta dos textos legais, e que lhe faz possível precisar, com segurança, a exata quantia devida a título de tributo, é aquilo que chamamos de critério quantitativo do conseqüente das normas tributárias (...) Temos para nós que a base de cálculo é grandeza instituída conseqüência da regra-matriz tributária, e que se destina, primordialmente, a dimensionar a intensidade do comportamento inserto no núcleo do fato jurídico, para que, combinando-se à alíquota, seja determinado o valor da prestação pecuniária. Paralelamente, tem a virtude confirmar, infirmar ou afirmar o critério material expresso na composição do suposto normativo"*

---

[30] "Base imponível é ínsita à hipótese de incidência (...) Base imponível é uma perspectiva dimensional do aspecto material da h.i. que a lei qualifica, com a finalidade de fixar critério para a determinação, em cada obrigação tributária concreta, do *quantum debeatur* (Geraldo Ataliba, *in Hipótese* ..., op. cit. p. 96-97).

[31] Cotejando a obra de Ataliba, e embora a glorifique de uma maneira geral, Sacha Calmon Navarro Coelho (*In: Revista Dialética...nº 8*. op. cit. p. 111) teceu o seguinte comentário: é verdade que deixou a base de cálculo embutida na hipótese da norma, quando na verdade, está na conseqüência...

[32] *In: Curso...*, op. cit. p. 221-222 e 226.

De fato, o que de mais central existe na hipótese de incidência é exteriorizado através do aspecto material. Mas isso não autoriza, como visto, a tomá-lo por mais imprescindível que os remanescentes aspectos. É por ele, com efeito, que se encontra a própria descrição do fato imponível, seus contornos, perímetros e desenho abstrato, capazes de fazer surgir o real nascimento da obrigação tributária. Ele é, de fato, o núcleo da hipótese de incidência.

E por núcleo da hipótese de incidência, tomando novamente como escoro as lições sempre conclusivas de Paulo de Barros Carvalho, poderemos definir como aquilo invariavelmente formado pelo verbo e pelo complemento nela inscritos; exatamente, o comportamento nuclear da hipótese normativa, portanto, o seu aspecto material, será formado, invariavelmente, por um verbo, seguido de sua complementação (ex: auferir rendas, ser proprietário de bem imóvel, importar mercadorias, realizar operações financeiras etc..).

É oportuna, novamente, a transcrição das lições do aludido professor paulistano[33]:

> *"Dessa abstração, emerge que o encontro de expressões genéricas designativas de comportamentos de pessoas, sejam aqueles que encerram um fazer, um dar, ou, simplesmente, em ser (estado). Teremos, por exemplo, "vender mercadorias", "industrializar produtos", ser proprietário de bem imóvel, "auferir rendas", "pavimentar ruas" etc.*
> *Esse núcleo ao qual nos referimos, será formado, invariavelmente, por um verbo, seguido de seu complemento. Daí porque aludirmos a comportamento humano, tomada a expressão na plenitude de sua força significativa, equivale a dizer, abrangendo não só as atividades refletidas (verbos que exprimem ação) como aquelas espontâneas (verbos de estado: ser estar, permanecer etc..)"*

Nesta ordem de idéias, o aspecto material da hipótese de incidência tributária, seguindo a visão de Ataliba, não mais se adequa, em nosso sentir, às modernas concepções do direito tributário, pelas razões expostas neste tópico, circunstância esta, outrossim, que não tem o condão de tornar discipiendo o seu estudo.

---

[33] *In: Teoria da Norma Tributária*, op. cit. p. 108s.

4. Conclusão

Com o fito preciso, desde o início alentado, de cotejar a hipótese de incidência tributária sob os auspícios da obra de Geraldo Ataliba, acreditamos que a missão propugnada no presente opúsculo restou efetivamente satisfeita.

Sem embargo das outras concepções a respeito da diversas matérias vistas, as quais, sempre que possível, e desde que não comprometessem o influxo do texto, restaram igualmente desvendadas, a hipótese de incidência e seus aspectos, aqui, teve como força motriz maior os postulados aduzidos pelo aludido mestre, de sorte que mesmo naqueles pontos em que ousamos dele discordar, suas opiniões não foram, em nenhum átimo, desprezadas.

A fenomenologia de incidência tributária, acreditamos, foi enxergada sob o modal mais simples possível, donde restou demonstrado a sua equivalência com a incidência das normas de direito como um todo: em qualquer seara da ciência jurídica, para se haver consumada a obrigação, hão de coexistir, necessariamente e antecedentemente, a descrição legal de um fato (a que Ataliba achou por denominar de hipótese de incidência) e, de forma subsequente, o efetivo acontecimento do fato/evento abstratamente previsto (a que denominou de fato imponível).

Discorreu-se, ademais, acerca da impropriedade da usual expressão "fato gerador", que vinha sendo manejada para designar situações díspares e inconciliáveis (o evento abstrato e o concreto), isto fruto, como visto, de uma inadvertida e acrítica "nacionalização" de expressões assemelhadas produzidas pela doutrina alienígena.

Por derradeiro, e com relevo particular, foram destrinçados todos os "aspectos" (pessoal, material, espacial e temporal) da hipótese de incidência enxergados por Ataliba, não obstante, como igualmente advertido, o cotejo dos mesmos, pela própria vastidão do tema, não foi procedido com o enfoque voltado às respectivas minúcias. Ademais, dentro do possível, e quando conveniente foi, exteriorizamos posição particular e de outros estudiosos (especialmente no que toca ao aspecto material), as quais, mesmo que conflitantes com as de Ataliba, sempre destacaram a imprescindibilidade das idéias do mestre.

Assim, Geraldo Ataliba, por intermédio, sobretudo, de seu *pequeno grande livro*[34], perpetuou sua cadeira no rol dos clássicos do direito tributário, servindo este curto texto, não bastassem as finalidades antes aduzidas, como uma forma de homenagear sua dedicação à ciência jurídica.

[34] *Vide* nota 1

E isto, por si só, já basta e envaidece a esse curioso que ora expõe algumas de suas idéias.

5. Bibliografia

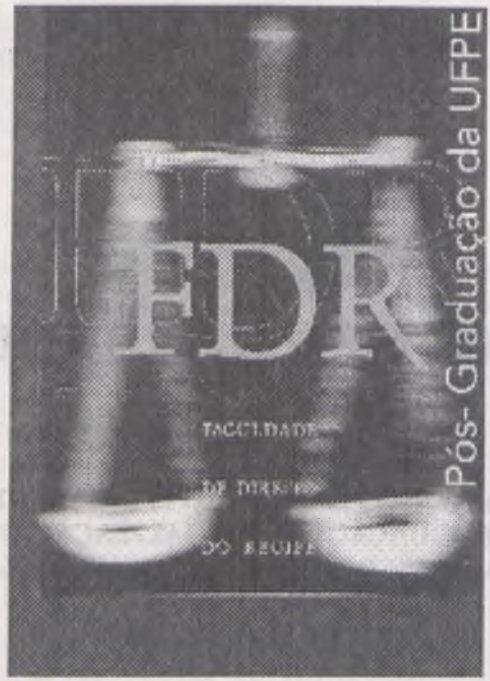
Livro

1. ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária.* São Paulo: Malheiros, 1997.
2. BARRETO, Aires . *Base de Cálculo, Alíquota e princípios constitucionais.* São Paulo: Max Limonad, 1998.
3. BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário.* São Paulo: Saraiva, 1963.
4. BORGES, José Souto Maior. *Isenções Tributárias.* São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.
5. CARRAZZA, Roque Antônio. *Sujeito Ativo da Obrigação Tributária.* São Paulo: Resenha Tributária, 1977.
6. CARVALHO, Paulo de Barros: *Curso de Direito Tributári* . São Paulo: Saraiva, 1993.
7. _____. *Fundamentos Jurídicos da Incidência* . São Paulo: Saraiva, 1998.
8. _____. *Teoria da Norma Tributária.* São Paulo: Revista dosTribunais, 1981.
9. FALCÃO, Amilcar de Araújo. *Fato Gerador da Obrigação Tributária.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

Revista

1. COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Geraldo Ataliba: Cientista do Direito – Reflexões Sobre a Hipótese de Incidência dos Tributos – Substitutos e Responsáveis Tributários no Direito Brasileiro. Revista Dialética do Direito Tributário. V. 08. São Paulo: Dialética, 1996.

APOIO CULTURAL:



DADSF
Diretório Acadêmico Demócrito de Souza Filho

O DADSF agradece a todos os que lutam pelo desenvolvimento da pesquisa científica e das letras da nossa cara Faculdade de Direito do Recife:

Prof. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti
Prof. Mozart Neves Ramos
Prof. Geraldo José Marques Pereira
Prof. Raimundo Juliano Rêgo Feitosa
Prof. João Maurício Leitão Adeodato
Prof. Francisco Queiróz Bezerra Cavalcanti
Profa. Anamaria Campos Tôrres
Prof. José Gláucio Veiga
Profa. Margarida de Oliveira Cantarelli
Profa. Maria Regina Montenegro Rosa e Silva
Prof Nelson Nogueira Saldanha
Prof Nilzardo Carneiro Leão
Prof Sérgio Torres Teixeira
Prof José Luiz Delgado
Profa Maria Regina Pinto Ferreira
Profa Eugênia Barza
Prof William da Costa Pinheiro
Profa Fabíola Albuquerque
Prof Manoel Erhardt
Prof Aluisio Xavier

Saudações Acadêmicas
Gustavo Carneiro Leão
Presidente do DADSF

O Caderno Acadêmico é uma publicação que só faz honrar a tradição de debates e criatividade da histórica Faculdade de Direito do Recife. É com grande orgulho que a União Nacional dos Estudantes, convidada pelo DADSF, participa e contribui para o engradecimento de mais essa página da história desta Faculdade.

Wadson Ribeiro
Presidente da UNE


EDIÇÕES
BAGAÇO