



EsmeSe
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SERGIPE

REVISTA DA ESMESE

Revista da ESMESE, n° 06. 2004

©REVISTA DA ESMESE

Conselho Editorial e Científico

Presidente: Juiz José Anselmo de Oliveira

Membros: Juiz Netônio Bezerra Machado

Juiz João Hora Neto

Juiz Cezário Siqueira Neto

José Ronaldson Sousa

Coordenação Técnica e Editorial: Angelo Ernesto Ehl Barbosa e
Joana Angélica de Souza Torres

Revisão: José Ronaldson Sousa

Editoração Eletrônica: José Mateus Correia Silva e Joana Angélica
de Souza Torres

Capa: Juan Carlos Reinaldo Ferreira

Tiragem: 500 exemplares

Impressão: Gráfica Editora J. Andrade Ltda.

Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
Escola Superior da Magistratura de Sergipe
Centro Administrativo Governador Albano Franco
Rua Pacatuba, nº 55, 7º andar - Centro
CEP 49010-150- Aracaju – Sergipe
Tel. 214-0115 Fax: (079) 214-0125
[http: www.esmese.com.br](http://www.esmese.com.br)
e-mail: esmese@tj.se.gov.br

R454 Revista da Esmese.
Aracaju: ESMESE/TJ, n. 6, 2004.

Semestral

1. Direito - Periódico. I. Título.

CDU:
34(813.7)(05)



Esmese
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SERGIPE

COMPOSIÇÃO

Diretora

Desembargadora Clara Leite de Rezende

Presidente do Conselho Administrativo e Pedagógico

Desembargador Roberto Eugenio da Fonseca Porto

Subdiretores de Curso

Angelo Ernesto Ehl Barbosa

Luciana Rocha Melo

Subdiretora de Administração

Ana Patrícia Souza

SUMÁRIO

Sumário

APRESENTAÇÃO	11
DOCTRINA	15
A FORÇA DA SENTENÇA JUDICIAL Suzete Ferrari Madeira Martins	17
A TRANSFORMAÇÃO DA CULTURA ATRAVÉS DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL Peter Eisenbarth	41
A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A NOVA HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS Marcos de Oliveira Pinto	55
REVALORIZAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO E JUSTIÇA SOCIAL Marcos Roberto Gentil Monteiro	73
A MODERNIZAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS E A EVOLUÇÃO DO DIREITO CIBERNÉTICO Evânio Moura/Vinícius Loiola	79
A UTILIZAÇÃO DO ICMS “ECOLÓGICO” COMO UM INSTRUMENTO DE POLÍTICA PÚBLICA PARA A MANUTENÇÃO DO MEIO AMBIENTE SUSTENTÁVEL José Gomes de Britto Neto	89
A ESTRUTURA ESTATAL E(M) MOVIMENTO SOCIAL Marcelo Hora Passos	101
A RESPONSABILIDADE OBJETIVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA Marcelo Gentil Monteiro	111

A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA Ana Maria Andrade Oliveira	123
AS CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO EM FACE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 42/2003 Matheus Barreto Dantas	131
O DIREITO PENAL E A MISSÃO DO ESTADO DE ORDENAR A SOCIEDADE Cecília Nogueira Guimarães Pelella	151
UNIÃO ESTÁVEL E O DIREITO PENAL Marcel Maia Montalvão	163
A ADMISSIBILIDADE DO LAUDO PERICIAL EXTRAJUDICIAL NO PROCESSO PENAL: NUANÇAS E CONTROVÉRSIAS Denise Leal Fontes Albano Leopoldo	173
CONSTRUINDO O CONHECIMENTO JURÍDICO: UMA ABORDAGEM FILOSÓFICA E PEDAGÓGICA José Anselmo de Oliveira	183
A PROGRESSIVIDADE FISCAL DO IPTU À LUZ DO PRINCÍPIO HERMENÊUTICO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO Marcelo Jatobá Lôbo	193
A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA E O IPTU PRO- GRESSIVO Paulo Macedo	207
CONFLITO DE NORMAS: O NOVO CÓDIGO CIVIL E A PRESCINDIBILIDADE DO ART. 439 DA CLT Joanile Guimarães Verdugo	233

APRESENTAÇÃO

A Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe nasceu da necessidade de instigar a evolução do pensamento jurídico do magistrado sergipano que despertara para o encontro das formas contemporâneas de interpretação do Direito, nascidas do incentivo ao estudo mais aprofundado da Constituição e para registrar os temas que têm propiciado o debate e a reflexão trazidos através da palavra autorizada de juristas renomados e também dos que começam a despertar no cenário jurídico brasileiro. Ela cria espaço também para alunos de cursos abertos à sociedade jurídica e para outros operadores do Direito que interagem conosco.

Hoje já conta com leitores definidos e a preocupação com a qualidade tem sido a tônica do seu diretor e do conselho editorial.

Mas o aperfeiçoamento intelectual do magistrado não tem sido a única preocupação da Escola da Magistratura que vem investindo, corajosamente, na construção de um novo juiz magistrado que acompanhe a dinâmica social, identificado com os valores definidores do senso do justo, informadores da solução dos conflitos. De outra parte, para operacionalizar a máquina judiciária que já alcança níveis razoáveis de modernização, faz-se indispensável a formação de todo pessoal que presta seus serviços junto à atividade fim, na linha dos novos conceitos norteadores da prestação jurisdicional eficiente, para que o desempenho possa representar um apoio eficaz e especializado ao atendimento da demanda crescente, propiciando a celeridade da prestação jurisdicional, rumo à efetivação do direito. Neste sentido anunciamos para os próximos números uma seqüência de trabalhos relacionados com esta nova proposta de atuação da Magistratura sergipana, que mais do que distinguir-se por sua cultura jurídica, pretende apresentar-se à sociedade como agentes prestadores de uma jurisdição, sintonizada com a técnica, a celeridade e voltada para a concretização de uma justiça material.

Estou certa que esta representa uma mudança real e que significa uma verdadeira reforma no Judiciário porque enfrenta os óbices à integração do aparelho judiciário com os conflitos sociais, hoje de mutação acelerada, cuja solução não mais se ajusta à estrutura pequena e inadequada de que dispúnhamos.

O projeto que pretendem os nossos parlamentares votar como reforma do Judiciário, não proporcionará uma mudança de resultados por se situar na superficialidade da questão. Desenvolveu-se em clima emocional e portanto comprometido, sem base científica e empírica, resultando em conclusões equivocadas.

O controle do Judiciário, como proposto, tem o explícito sentido da punição ao magistrado. Por um lado, lhe atribui injustamente, por desconhecimento, toda a responsabilidade pela ineficiência da prestação jurisdicional. Por outro lado intenta cercear a independência do magistrado nas soluções de questões de interesses das forças econômicas e políticas.

Antes de tudo há que se conhecer a fundo todos os desencontros do funcionamento do Judiciário contemporâneo, com a prestação jurisdicional que corresponda à solução dos seus conflitos, mergulhar na sua história e na realidade institucional. Essa tomada de consciência para fundamentar acertadamente as ações a serem perseguidas é o caminho certo a ser percorrido.

Penso que é exatamente nesta direção que estamos seguindo. Há anos que a ESMESE investe na formação de uma massa crítica entre os magistrados e participantes da área judicial, objetivando preparar todos para edificar um Judiciário ágil e eficiente. Podemos, sem mudar uma linha do ordenamento jurídico, realizar uma expressiva parte da reforma do nosso Judiciário, direcionando, adequadamente os nossos esforços no aperfeiçoamento da máquina administrativa, na formação adequada do pessoal de apoio, na conscientização, aperfeiçoamento técnico de seus magistrados, na sintonia das decisões com os reais direitos do jurisdicionado, na criação do número de varas, comarcas e juizados especiais correspondentes às necessidades da população, no gerenciamento exigente dos serviços judiciais etc...

Já afirmei em outros escritos meus que a melhor reforma que podemos fazer do Judiciário está dentro de cada um de nós, através da conscientização que resulta na motivação, que por sua vez provoca a ação, da qual se extrai o resultado pretendido.

Para essa reforma vamos direcionar os nossos cursos, palestras, debates e nossas publicações, incluindo-se esta revista, que continuará a desempenhar papel importante na densidade intelectual que se faz indispensável. A parte que nos cabe é quase tudo. A reforma na legislação é importante mas apenas podemos colaborar.

Alcançar estes objetivos, imperativo da consciência social é a única forma de estabelecer um pacto celebrante da harmonização entre o Judiciário e a sociedade.

Desembargadora Clara Leite de Rezende
Diretora

DOCTRINA

A FORÇA DA SENTENÇA JUDICIAL

Suzete Ferrari Madeira Martins, Juíza de Direito, titular do Juizado Civil e Criminal da Comarca de Lagarto/SE. Mestranda em Direito, Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro.

SUMÁRIO: Introdução; 1 – A força da sentença judicial pela coerção; 1.1- Realce sobre a Teoria da coerção no período jusnaturalista; 1.1.1 – Thomas Hobbes; 1.1.2 – Christian Thomasius; 1.1.3- Emmanuel Kant; 1.1.4 – Jhon Austin; 1.1.5- Rudolfo Von Jhering; 1.2 – A teoria moderna da coerção segundo Kelsen e Ross; 2 – A força da sentença judicial pela legitimação: enfoque pós-positivista; 2.1 – A tópica na visão de Theodor Viehweg; 2.2 – A nova retórica e a teoria da argumentação em Chäim Perelmam e Tyteca; 3- Conclusão.

INTRODUÇÃO

Neste trabalho procuraremos demonstrar a força da sentença judicial, tanto no seu aspecto dogmático analítico como norma jurídica, bem como dentro da teoria dogmática da argumentação jurídica, sempre numa visão da representação da sentença como poder jurídico exercido pelo controle estatal.

Com o surgimento do Estado, já no direito romano, ele próprio chama para si a função de dizer o direito, a missão de resolver os conflitos internos da sociedade, de modo a restabelecer a paz social abalada com as desavenças. Destarte, o Estado moderno passa a ter o monopólio da função de prestar a jurisdição - entre outras, de administrar e legislar - como garantidora dos direitos individuais e coletivos.

A jurisdição é exercida pelo Estado através dos juízes - magistrados - que recebem do Estado, por delegação, o poder de julgar, de decidir os conflitos no caso concreto. A contenda é resolvida através do procedimento posto pelo órgão legislador e aceito pelas partes litigantes, bem como por todos aqueles que intervêm no processo. O resultado da demanda culmina na decisão motivada do juiz, a qual tem legitimidade legal, vez que é submetida ao devido processo legal.

Assim, a sentença judicial é reconhecida pela doutrina dogmática como norma jurídica individual¹ e se classifica dentro de diferentes critérios tópicos em relação à sintaxe, à semântica e à pragmática.² Dentro do critério sintático de relevância, a sentença judicial ocupa o posto da primariedade – ótica atual da classificação das normas jurídicas - uma vez que tem por objeto a própria ação, ou ainda, entendida como norma de conduta.³ Contudo, em relação a sua subordinação - expressão usada para distinguir norma-origem e norma-derivada⁴ - a sentença encontra seu lugar dentro das normas derivadas, pois esta remonta a uma norma-origem. Quando o juiz decide por equidade, embora ele crie o direito, a sentença produzida – norma jurídica – teve alicerce em uma norma-origem, isto é, ancorou-se em outra norma para dar sustentação a sua existência. No caso do Direito brasileiro, a permissão para se decidir por equidade está prevista no artigo 127 do Código de Processo Civil.

Quanto ao seu critério semântico, a sentença pode ser classificada em relação ao destinatário, à matéria, ao tempo e ao espaço.⁵ A sentença, de modo geral, tem caráter individual, como acima já mencionamos, pois obriga apenas os sujeitos dos processos. Entretanto, pode ocorrer que seu efeito tenha alcance geral, a depender do seu conteúdo material *facti species*, isto é, particularidade do fato. Exemplo no direito brasileiro são as decisões prolatadas nas ações diretas de inconstitucionalidade. Tais decisões a todos alcançam, têm efeito *erga omnes* e seu caráter geral vincula até aqueles sujeitos que não participaram do processo.

A sentença judicial, como norma jurídica, preenche o caráter pragmático trazido na força de incidência, isto é, a vinculação dos sujeitos. Todavia não escapam do critério injuntivo, pois serão nulas ou anuláveis se contrariarem expressa disposição legal.⁶

¹A este propósito citamos Hans Kelsen, “O Direito inclui normas individuais, i.e., normas que determinam a conduta de um indivíduo em uma situação irreparável e que, portanto, são válidas apenas para um caso particular e podem ser aplicadas apenas uma vez. Tais normas são “Direito” porque são partes de uma ordem jurídica como um todo, exatamente no mesmo sentido das normas gerais com base nas quais elas foram criadas. Exemplo de tais normas particulares são as decisões dos tribunais, na medida em que sua força de obrigatoriedade seja limitada ao caso particular em questão.” *Teoria Geral do Direito e do Estado*, trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 53.

²FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3 ed. São Paulo: Atlas. 2001, p.121.

³ Id. Ibid., p.122.

⁴ Id. Ibid., p.122.

⁵ Id. Ibid., p.123.

⁶ Id. Ibid., p 126

Assim, estando a sentença judicial devidamente caracterizada como norma jurídica, cuidaremos, neste trabalho, apenas do aspecto da sua força, analisando-a pelo seu viés filosófico, que será abordado levando em conta não apenas a coerção normativa, mas também a legitimação pública.

Com base nestes parâmetros, discorreremos sobre a força da sentença judicial sob dois prismas do Direito: pela coerção e pela legitimação.

1- A FORÇA DA SENTENÇA JUDICIAL PELA COERÇÃO

Para melhor compreensão da força coercitiva da sentença, faremos uma breve regressão histórica para efeitos elucidativos.

Se nos reportarmos ao direito primitivo, verificaremos que a defesa do direito subjetivo era exercida pelo próprio titular do direito, ou através dos seus familiares, praticando-se, assim, a autodefesa. Esta prática da justiça privada, por meio da autodefesa, era fonte geradora de injustiça, de intranquilidade e de insegurança.

Com o decorrer do tempo, a defesa dos direitos passou a ser exercida pelo chefe do grupo, pelo conselho de anciãos ou pelos chefes de família. Mais tarde, ainda, esta defesa foi transferida para a pessoa do rei e por fim, gradativamente, com o surgimento do Estado. Desde o Direito Romano, a justiça privada passou a ser pública e o Estado assumiu o poder jurisdicional, dirimindo os conflitos sociais internos, restabelecendo a ordem e a paz. A justiça privada passou, então, a ser considerada ato ilícito.

Segundo Norberto Bobbio, o positivismo jurídico é caracterizado pelo fato de definir freqüentemente “o direito em função da coação”, uma vez que vê a coação como sendo um “elemento essencial e típico do direito”⁷, isto é, somente a norma com força coativa pode ser considerada norma jurídica.

O homem, por ser racional, deve ajustar a sua conduta aos preceitos legais. Entretanto, este comportamento de adesão espontânea não se verifica comumente. Nasce, então, a necessidade de o Direito ser dotado de um mecanismo de coerção em que o elemento força se apresenta em modo latente, apto a ser acionado em dadas circunstâncias. Isso nos leva à organização social - o Estado - que possui essa força de modo eminente e exclusivo. Portanto, para Bobbio, definir o direito em função da coerção significa considerar o direito do ponto de vista do Estado, logo, a definição coercitiva se assenta “numa concepção estatal do direito”⁸.

⁷ BOBBIO, Norberto, *O Positivismo Jurídico*, Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p.147.

⁸ Id. *Ibid.*, p.147.

1.1– CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DA COERÇÃO NO PERÍODO JUSNATURALISTA:

1.1.1– THOMAS HOBBS:

Essa concepção de considerar o direito do ponto vista da coerção, nasce contemporaneamente com a formação do Estado moderno, já no século XVII e foi teorizada por Thomas Hobbes⁹ ao afirmar que a criação do Estado está na necessidade de se exercer um controle sobre a natureza humana. Natureza esta que Hobbes entende como o desejo incessante de poder, *homo hominis lupus*, o que inviabiliza a vida em estado de natureza, forçando o ser humano a buscar saídas. A criação do Estado, sendo uma decisão racional, viabiliza a troca da liberdade ilimitada do estado de natureza, por uma liberdade controlada, porém com segurança existente no estado de sociedade.

Para Hobbes, portanto, o Estado nasce com uma restrição imposta pelo próprio homem, que é fazer cessar a luta de uns contra os outros, controlando-se as paixões naturais, pela coerção do Estado.¹⁰

1.1.2– CHRISTIAN THOMASIIUS:

Não se tem data precisa da definição coercitiva do direito. Porém, tradicionalmente, indica-se Christian Thomasius, um dos grandes expoentes jusnaturalistas, que viveu na Alemanha no final do século XVII ao início do século XVIII, o qual atribuiu nova distinção entre *jus perfectum* e *jus imperfectum*.¹¹

Os romanos distinguiam as normas entre as que se faziam valer e as que não se faziam valer pela coerção, era o *jus perfectum* e *jus imperfectum*. Como direito perfeito, entendia-se aquele que podia ser aplicado, também, pela coerção, através da força. O direito imperfeito era entendido como aquele que não podia ser aplicado pelo meio da força, significando dizer que o uso da força, nestes casos, seria ilegítimo. Exemplo do primeiro – direito perfeito – seria o *pacta sunt servanda*, norma jurídica fundamental. Desta forma, a justiça executora, exercida através do Estado, permitia ao sujeito a faculdade de exigir de outrem um direito que lhe

⁹ BOBBIO, Norberto, *O Positivismo Jurídico*, Lições de Filosofia do Direito, op.cit., p.147.

¹⁰ HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Col. Os Pensadores. São Paulo: ed. Abril Cultural, 1979.

¹¹ BOBBIO, Norberto, *O Positivismo Jurídico*, Lições de Filosofia do Direito, op.cit., p.148

pertencia. Exemplo do segundo – direito imperfeito - seria o direito da pessoa pobre de receber da pessoa rica uma esmola. O dever do rico diante do pobre - dar esmolas - é puramente moral, isto é, obriga somente a consciência deste, não possui garantia estatal, uma vez que impunha a um sujeito um dever, mas não impunha ao outro a faculdade de poder exigí-lo perante o Estado.

Na tradição do jusnaturalismo, a diferença entre *jus perfectum* e *jus imperfectum*, foi seguida de modo constante e a distinção entre eles centra-se no uso da força. Somente a norma coercitiva era considerada norma perfeita, o que significa dizer, que para a perfeição da lei era necessário que se colocasse no preceito legal meios de atuação sobre os indecisos.¹²

Christian Thomasius não nega a diferença entre *jus perfectum* e *jus imperfectum* quanto a individualização dos dois tipos de normas, entretanto afirma que não se pode qualificar como direito o *jus imperfectum*, uma vez que estas são normas pertencentes àquelas que dizem respeito a esfera ética e que somente o *jus perfectum* é direito, pois este é constituído unicamente por normas com valor coercitivo, reunindo, assim, de modo definitivo, a noção do direito com a noção de coação.¹³

Segundo Thomasius, só é direito o *jus perfectum*. O *jus imperfectum* pertence ao âmbito da ética. Para tanto, separou as atividades práticas da conduta do homem em três categorias: *justum*, *honestum* e *decorum*. O direito refere-se a esfera do *justum*, cuja função é evitar a guerra e garantir a ordem; ao *honestum* e *decorum* atribui-se as ações que o homem realiza para cumprir um dever consigo mesmo, ou um dever para com os outros sujeitos. A função do *honestum* é evitar vícios e imperfeições pessoais. A função do *decorum* visa assegurar a solidariedade humana e social. Para o Autor, o direito se distingue das normas éticas e regula “as ações externas e intersubjetivas”. A exterioridade distingue o direito das normas do *honestum*, porque este regula as ações internas e interessa ao próprio sujeito-agente. A intersubjetividade distingue as normas jurídicas das normas do *decorum*, porque somente as normas jurídicas regulam ações intersubjetivas, enquanto que as normas de *decorum* regulam ações externas, mas lhe falta a relação de reciprocidade. Assim, conclui Bobbio, analisando o pensamento de Thomasius, “O que distingue o direito das outras normas é que só o direito pode fazer valer mediante a força, a qual, pelo contrário, não é compatível com as ações referentes ao *honestum* e o *decorum*.”¹⁴

¹² BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fáit. São Paulo: Mandarim. 2000, p. 122.

¹³ Id. *O Positivismo Jurídico*, Lições de Filosofia do Direito, op. cit., p.149

¹⁴ BOBBIO, Norberto, *O Positivismo Jurídico*, Lições de Filosofia do Direito, op. cit., p.150

O direito sendo composto de obrigações externas contrapõe-se às obrigações internas determinadas pela moral. Por tal razão, as obrigações jurídicas são impostas pela coerção, que é exercida pelo poder público, enquanto os deveres da moral obrigam somente a consciência do sujeito. Thomasius ao separar norma coercitiva da não coercitiva, deu início à distinção moderna entre a moral e o direito. A partir de Thomasius a distinção tornou-se clássica.¹⁵

1.1.3 - EMMANUEL KANT

Assumindo uma posição em relação à distinção elaborada por Thomasius, Kant afirma em sua obra intitulada *Doutrina do Direito – Noções preliminares sobre a Metafísica dos Costumes* - Uma Introdução à Teoria do Direito – letra D – “o direito é inseparável da faculdade de obrigar”. Vejamos, *ipsis litteris*:

A oposição ao obstáculo de um efeito é requerida por esse efeito e está em conformidade com ele. Ora, tudo o que é injusto contraria a liberdade, segundo leis gerais. A resistência é um obstáculo posto à liberdade. Logo, se algum uso da própria liberdade constitui um obstáculo à liberdade, está conforme à liberdade segundo as leis gerais (isto é, injusto), nesse caso a resistência que se lhe opõe, como se fosse destinada a fazer ceder o obstáculo à liberdade, está conforme à liberdade segundo leis gerais, isto é, que é justa: por conseguinte o direito é inseparável, segundo o princípio de contradição, da faculdade de obrigar ao que se opõe a seu livre exercício.¹⁶

O que se depreende da teoria de Kant é que, aquele que pratica um ato ilícito – injusto - abusa de sua liberdade e constitui um obstáculo à liberdade do outro. Nesse caso a resistência oposta – coerção – faz ceder o obstáculo da liberdade alheia. Então, segundo Kant, a coerção imposta é justa, porque está em conformidade com as leis gerais. Conclui o Autor afirmando que o direito é inseparável do princípio da contradição, isto é, da faculdade que tem o Estado de praticar uma não-liberdade – coação - para repelir o obstáculo à outra não-liberdade. Portanto uma dupla negação. Sendo a negação da negação uma afirmação, logo, a coerção é um ato justo, pois restabelece a liberdade da terceira pessoa lesada.

¹⁵ Id. *Ibidem*, p.151

¹⁶ KANT, Emmanuel, *Doutrina do Direito*. Trad. Edson Bini, 2.ed. São Paulo:Ícone, 1993, p. 47.

Ensina Norberto Bobbio, que um dos critérios de distinção entre moral e direito, do ponto de vista Kantiano, está fundado na diferença entre liberdade interna e liberdade externa; nascendo deste critério a característica do dever jurídico, que é a responsabilidade que um sujeito tem frente ao outro e o direito do outro de exigir o cumprimento desse direito. Já o dever moral, caracterizado pela sua interioridade, atua de modo que ninguém pode exigir que outro cumpra um dever, porque a obrigação do cumprimento de um dever é uma coação e quando um dever é cumprido somente pela coação, deixa de ser moral. Em sentido contrário, o dever jurídico, por ser externo, não impõe o cumprimento da ação pelo dever, mas sim em conformidade com o dever, significa dizer que ação imposta a um sujeito frente aos outros desperta em todos o direito de obrigar e o dever de cumprir por medo da coação. Segundo ainda o autor, para Kant, a moral e a coação são incompatíveis, logo direito e coação são perfeitamente compatíveis, uma vez que não existe no conceito de coação/coerção nada que seja incompatível com o conceito do dever externo da legalidade, mas sim a coação é necessária ao cumprimento do dever jurídico.¹⁷ Para Kant, portanto, a noção de direito está fundada na liberdade externa.

Uma breve exposição acerca do pensamento de Kant, no tocante a diferença estabelecida pelo teórico sobre deveres jurídicos e deveres morais, pensamos ser oportuna, neste momento, para fins elucidativos. Kant, na sua obra *Doutrina do Direito, Introdução à Metafísica dos Costumes*, separa legislação ética e legislação jurídica por meio do conceito da motivação. Para ele, tanto as leis morais como as leis jurídicas estão sujeitas à coerção e o critério diferenciador entre ambas é a motivação. Para Kant, é própria da legislação jurídica, a coerção externa, isto é, o cumprimento de um dever que se pode obrigar é distinto da autocoerção, própria da legislação ética, na qual não se pode obrigar a um dever. No cumprimento de um dever jurídico, existe uma motivação externa (coerção externa); no cumprimento de um dever ético existe uma motivação interna (autocoerção). O ato que se cumpre simplesmente pelo impulso do dever é um ato moral; aquele que se cumpre, não por um impulso do dever, mas por estar em conformidade com a lei é um ato jurídico. A legislação jurídica pode ser interna e externa, mas a legislação moral só pode ser interna. Entretanto, a legislação interna considera também todos os deveres como morais.¹⁸

Assim, na doutrina Kantiana, existe perfeitamente compatibilidade entre as noções de direito e de coação e da necessidade da coação para a realização do direito.

¹⁷ BOBBIO, Norberto, *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. op.cit., p. 123.

¹⁸ KANT, Emmanuel, *Doutrina do Direito*. Op.cit., pp. 30/33

É oportuno ressaltar, ainda, em Kant, um apêndice à introdução do direito, em que o Autor cita dois casos interessantes, em que a coerção não está vinculada à noção de direito, por se tratar de direito equívoco (*jus e aequivocum*), pois provém da confusão entre princípios objetivos e subjetivos, do exercício do direito na presença da razão e da justiça. Diz o Autor que todo o direito em sentido estrito (*jus strictum*) está acompanhado da faculdade de obrigar. Entretanto, pode-se conceber outro direito no sentido lato (*jus latum*) que, em relação a esse, a lei não pode determinar a faculdade de obrigar, é o caso da equidade (*aequitas*) e o direito de necessidade (*jus necessitatis*).¹⁹

1.1.3- JOHN AUSTIN E RUDOLFO VON JHERING

A partir do século XIX a doutrina da natureza coercitiva do direito é inteiramente alastrada no mundo jurídico,²⁰ podendo ser citados vários autores a exemplo de Austin, Jhering, Ross, Kelsen e outros, os quais defendem a idéia de abstrair do conceito de direito toda propriedade valorativa para tomá-lo com propriedade descritiva. John Austin alicerça seu pensamento no direito como norma, como comando emanado do soberano. Cada comunidade política, comandada por um soberano, uma pessoa ou um grupo determinado, a quem, habitualmente, os demais obedecem. As normas jurídicas desta comunidade são

¹⁹ No que diz respeito à equidade, ensina Kant, que esta admite um direito que não se pode obrigar - direito sem coação - não se tratando da exigência de um ato de benevolência da outra parte, mas um pedido fundado no próprio direito de quem pede, entretanto, faltam-lhe os requisitos necessários para que o juiz possa decidir conforme a sua petição. Portanto, as questões envolvendo casos de equidade não podem ser corrigidas por meio do direito, porque somente têm força no tribunal da consciência (*forum coeli*). No tocante ao direito de necessidade, assevera o Autor, consiste na faculdade moral de defender a própria vida, causando a morte de quem não provocou dano - coação sem direito. Trata-se da violência lícita, contra quem fez uso dela, o que é proibido pelo direito positivo. Observa Kant que, aquele que diante da iminência da morte, para salvar a sua própria vida teve que tirar a vida de outrem, não deve ser considerado inocente, mas sim impunível, porque a ameaça de um mal inseguro (a sentença do juiz), não pode igualar ao temor de um mal seguro - a iminência de sua própria morte. Segundo Kant, esta impunidade, neste caso, é *subjetiva*, entretanto os doutores a tomam por *objetiva*, por uma legalidade. Fechando o pensamento sobre o direito de necessidade, o filósofo de Königsberg sinala uma máxima: "a necessidade carece de lei; todavia, não pode haver necessidade que torne a injustiça legal." KANT, Emmanuel, *Doutrina do Direito*. op.cit., pp. 50/53

²⁰ BOBBIO, Norberto, *O Positivismo Jurídico*, Lições de Filosofia do Direito. op. cit., p.153

mandados gerais, emitidos pelo soberano como expressão do desejo de que os outros se conduzem de determinada maneira, respaldado pelo poder e pela vontade de fazer respeitar tal expressão, no caso de desobediência. Para Austin, segundo Dworkin, “la autoridad del derecho se funda exclusivamente sobre la capacidad y la voluntad del soberano de perjudicar a quienes desobedecen.”²¹

Jhering, seguindo a mesma corrente doutrinária, deu a ela grande contribuição com a sua obra *A finalidade do Direito* posicionando-se assim: “A organização social da coação, porém, significa o mesmo que Estado e Direito. O Estado é a sociedade como detentora da força de coação regulada e disciplinada. A quintessência dos princípios que o norteiam nesse sentido, a disciplina da coação, é o direito.”²² Afirmou, ainda, Jhering em célebre frase: “regra jurídica sem coerção é uma contradição em si, é fogo que não queima, uma luz que não ilumina”. Essa obra, elaborada com o escopo de apresentar definitivamente o seu pensamento, é onde Jhering focaliza o papel preponderante da coação na definição do direito, ganhando existência no Estado. “O direito é a forma que reveste a garantia das condições vitais da sociedade, fundadas no poder coercitivo do Estado (op.cit., vol. I, p. 441).”²³ Segundo Norberto Bobbio, a definição de coação assinalada por Jhering liga indissolúvelmente três elementos: direito, coação e Estado.²⁴ Ainda, Bobbio cita outra definição de Jhering que diz respeito ao Estado: “O poder (*Genvali*) pode em caso de necessidade estar sem o direito... O direito sem poder é um nome vazio sem realidade, porque só o poder, que realiza a norma do direito, faz do direito o que ele é e deve ser (op.cit.vol.I.p.253).” Assim, Jhering define o Estado como instituição detentora do poder coativo, sendo que o direito sem esse poder seria um nome inútil. Desta forma, a coação como elemento do conceito de direito passa a ser opinião comum entre os filósofos contemporâneos, podendo ser encontrada nas obras de Del Vecchio e Carnelutti.²⁵

Apesar do triunfo dessa teoria, afirma Bobbio, não lhe faltaram opositores, como do porte de Jellinek e Thon. A crítica se sustenta na vinculação da concepção estatal-legislativa defendida por ela e, ainda, por colocar na lei a fonte do direito. As objeções da crítica foram agrupadas por Bobbio, em três: 1ª “a coação está ausente do *costume*”. Bobbio rebate essa objeção, afirmando que seu fundamento não é suficiente para negar a doutrina da coação, pois não exclui todo o ordenamento jurídico do uso da força, uma vez que apenas algumas regras poderiam ser cumpridas

²¹ DWORKIN, Ronald, *Los Derechos em Serio*, tradução de Marta Gustavino, 2ª reimpressão, Barcelona: Editorial Ariel, 1995, pp. 66 a 68

²² JHERING, Rudolf Von, *A Finalidade do Direito*. Trad. José Antônio Faria Correa, Rio de Janeiro. Ed.Rio,1979,pp. 166e 167

²³ BOBBIO, Norberto, *O Positivismo Jurídico*, Lições de Filosofia do Direito, op.cit., p. 154

²⁴ Id. Ibid., p.153.

²⁵ Id.Ibid., p.154.

das livremente pelo costume; 2ª) “refere-se ao *direito público e constitucional*”, ante a ausência de outros órgãos, que possam aplicar a coerção aos Órgão Supremos do Estados para regular suas atribuições e atividades; 3ª) diz respeito ao “*direito internacional*” por entenderem não existir meios para se fazer cumprir coercitivamente as regras disciplinadoras entre os Estados. Neste ponto, assevera Bobbio, que grande parte dos filósofos da teoria da coerção entende que o ordenamento internacional não possui juridicidade. Austin o considera “como moralidade positiva” e Carnelutti “como um direito *in fieri*, em embrião”.²⁶

A teoria clássica da coerção, segundo Bobbio, fundamenta a coerção como meio para fazer valer o direito.²⁷ Entretanto, Jhering, embora seja um defensor da teoria clássica, em dois pontos de sua teoria deixa adentrar o seu pensamento na teoria moderna: o primeiro quando define o Estado como organização detentora da força de coação e coloca a coação como objeto da norma jurídica e não como meio; o segundo, quando considera o destinatário da norma, não os cidadãos, mas os órgãos do Estado, aplicadores da norma.²⁸

1.2 - A TEORIA MODERNA DA COERÇÃO SEGUNDO KELSEN E ROSS

Com Kelsen, a teoria moderna da coerção passa a ser claramente definida, quando anuncia que a sanção não é um meio para a realização da norma jurídica, mas sim é o próprio objeto desta, isto é, elemento essencial de sua estrutura.²⁹

Para Kelsen, “o Direito é uma ordem coercitiva.” E, segundo o autor, a coerção é o elemento comum que justifica um conceito de direito para todas as ordens sociais, uma vez que o Direito é uma “técnica social” própria da ordem coercitiva que ‘consiste em obter uma conduta social desejada dos homens, através da ameaça de uma medida de coerção’.³⁰

A sanção posta como elemento necessário da estrutura da norma ou elemento essencial do Direito, na teoria Kelseniana, passa a ser contestada pelos doutrinadores com frequência, sob o prisma sociológico, com a argumentação de que a obediência à ordem jurídica, pelo homem, nem sempre tem como causa o medo da sanção, mas motivos outros. Essa foi a posição de *Eugen Ehrlich*, citado

²⁶ Id. BOBBIO, Norberto, *O Positivismo Jurídico*, Lições de Filosofia do Direito, op.cit., p.154 e 155.

²⁷ Id. Ibid., p. 155.

²⁸ Id. Ibid., p. 156.

²⁹ Id.Ibid., p. 156

³⁰ KELSEN, Hans, *Teoria Geral do Direito e do Estado*.. op.cit., p.27

por Kelsen.³¹ A essa crítica, responde Kelsen que a doutrina de Ehrlich é perfeitamente conciliável com a doutrina de que a coerção é elemento essencial do direito, uma vez que a motivação efetiva da conduta do homem não interessa à doutrina da coerção, o que a esta interessa é o seu conteúdo, isto é, o meio utilizado pela ordem jurídica para se obter uma determinada conduta, ou seja, “a técnica específica desta ordem”, sendo esta técnica que distingue o direito de outras ordens sociais.³²

Outra objeção a Kelsen foi a “*regressus ad infinitum*”. Alegaram seus opositores que, se para garantir a eficácia de uma norma que prescreve uma conduta é necessário outra norma que prescreva uma sanção, em caso de descumprimento da primeira, então seria inevitável uma série infinita de sanções “a fim de assegurar a eficácia de uma regra de enésimo grau, é necessário uma regra de grau $n+1$ ”. Assim, seria impossível garantir a eficácia de todas as regras jurídicas que impõem sanção.³³ A esta objeção Kelsen responde que “uma regra é uma regra jurídica, não porque a sua eficácia é assegurada por outra que prevê sanção”, mas sim “uma regra é uma regra jurídica porque ela prevê uma sanção”³⁴. Para Kelsen, a função da coerção não é garantir a eficácia de uma regra, mas sim o seu conteúdo. Segundo o Autor, a regra n é garantida pela regra de grau $n+1$, mas a regra $n+1$ não é garantida pela regra $n+2$, logo não existe uma regra garantindo a eficácia da regra $n+1$. Embora a regra $n+1$ não tenha garantia em uma regra $n+2$, todas são normas coercitivas.³⁵

Alf Ross, pessoa renomada dentro da escola realista do direito, defende a teoria da coerção formulada por Kelsen, asseverando: “Devemos insistir no fato de que a relação entre as normas jurídicas e a força consiste em que tais normas dizem respeito à aplicação da força e não que são protegidas por meio da força (*On Law and Justice*, p.53). Um sistema jurídico nacional é um sistema de normas que se referem ao exercício da força física (op.cit.p.52).”³⁶

Para Hans Kelsen e Alf Ross, integrantes da escola moderna, a coação é o objeto das normas jurídicas, ou seja, as normas jurídicas regulam o uso da força coativa numa sociedade. Portanto analisam a coação de maneira diferenciada da escola clássica de Kant e Jhering que a colocam como meio para fazer valer o direito. Com o direito regulando as forças coativas, sob ótica da corrente moder-

³¹ Id. KELSSEN, Hans, *Teoria Geral do Direito e do Estado*. op.cit., p.35

³² Id. Ibid., p. 36 e 37

³³ Id. Ibid., p. 41

³⁴ Id. Ibid., p. 41

³⁵ Id. Ibid., p. 41

³⁶ Apud. BOBBIO, Norberto, *O Positivismo Jurídico*, Lições de Filosofia do Direito, op. cit, p. 157.

na, tem-se a passagem do estado de natureza – uso indiscriminado da força individual - para o estado civil. O exercício da força passa a ser exercido com restrições e delimitações pelo órgão monopolizador - o Estado - cabendo apenas este a sua aplicação. Tais restrições e delimitações do uso da força, tem o objetivo de reduzir ao mínimo o exercício arbitrário do Estado, estabelecendo-se critérios de quando, como e quanto deve ser aplicado.³⁷

Assim, na visão de Kelsen, o direito é coativo, no momento em que o uso abusivo da liberdade interfira, negativamente, na liberdade de outrem e a coação faz com que se intimide o sujeito, no sentido de não abusar de sua liberdade. Explicase, destarte, a contradição existente entre o binômio liberdade/coerção.

Kelsen distingue moral e direito por meio da aplicação da *coerção*. A moralidade, segundo ele, limita-se a exigir que não se pratique um ato imoral. A reação vem da desaprovação moral da sociedade. O direito reage contra prática dos atos ilícitos pela coerção prescrita na ordem jurídica. A reação do direito consiste em uma medida de coerção decretada pela ordem social organizada, ao passo que a ordem moral, não estabelece nenhuma reação contra o ato imoral.³⁸ Assim, para kelsen, a diferença entre o direito e a moral está no elemento coerção existente no direito, isto é, aplicação de uma sanção em caso de conduta contrária.

Nesta ótica, para Kelsen, um ato ilícito é a condição de reação específica do direito, do ato de coerção. Os juízes, aqueles que têm competência para aplicar a regra direito, nos casos previstos em lei, pronunciam a sanção e esta tem sua validade e eficácia normativa se elaborada e promulgada em conformidade com a norma fundamental que determina as condições de funcionamento do Legislativo e Executivo.³⁹ Esta é uma construção semântica da escala piramidal idealizada por Kelsen. A norma fundamental não fornece nenhum conteúdo específico para as normas posteriormente ancoradas sobre ela, apenas é uma regra que determina a produção de normas, atribuindo poder a uma autoridade legislativa.

Ainda sob a visão positivista Kelseniana, o juiz, o legislador, o administrador – administrador indireto – possuem a autoridade necessária, seja para criar novas leis, seja para individualizar a norma geral no caso concreto, aplicando-as

³⁷ Id. Ibid., op.cit., p.157.

³⁸ KELSSEN, Hans, *Teoria Geral do Direito e do Estado*. op.cit., p.28

³⁹ Cf. texto traduzido do original por Ricardo R. Almeida, no âmbito da linha de pesquisa de retórica e teoria da argumentação do PET-JUR da PUC-RJ, no segundo semestre letivo 1993 – Publicado em PERELMAM, Chäim. *Droit, morale et philosophie*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1968. Anteriormente publicado em *Law, State, and International Legal Order: Essays in Honor of Hasn Kelsen*, The University of Tennessee Press, Kanoxville, 1964.

particularmente e, em todos estes casos, sua ação é criadora do direito. Assim, entende Kelsen, que o legislador não interpreta a Constituição, decide votá-las em virtude do poder legislativo dado pela Constituição. Desta mesma forma é o juiz, que ao aplicar a lei não tem o dever de dizer o seu sentido correto, mas prolatar sua sentença como juiz dentre as interpretações possíveis da lei. Conclui Kelsen que, deste modo, os atos do legislador e do juiz não são expressões do conhecimento do direito, mas um ato de vontade.⁴⁰

Denota-se dos estudos até aqui realizados que os motivos da sentença, isto é, a justificação que levou o juiz a decidir, deste ou daquele modo, dentro de um quadro de opções existentes na moldura da norma – visão Kelseniana - para o positivismo jurídico puro não tem nenhuma influência na sua legitimação ou eficácia, pois, segundo Kelsen, os motivos justificadores da sentença expostos pelo juiz não são atos jurídicos, mas sim atos políticos, logo não podem ser considerados como direito, de vez que não sendo atos jurídicos não vinculam e não coagem. Assim, as atividades jurisdicionais restam sempre presas ao sistema dinâmico de normas postas pelo Estado e a interpretação circunscrita a operações mentais através do método lógico-dedutivo, tendo como premissa maior a lei e a premissa menor o caso concreto, com objetivos fincados na segurança jurídica.

Deflui dos ensinamentos de Kelsen que a força de obrigatoriedade da sentença judicial está no seu caráter como norma, uma vez que, “por sua natureza, o Direito é norma”.⁴¹ Afirmo ele, não são somente as normas gerais reconhecidas como Direito, pois as normas individuais são dotadas das mesmas “características essenciais do Direito”, portanto são normas jurídicas.

De tudo que se analisou até agora, depreende-se que a sentença judicial caracterizada como norma particular intersubjetiva dentro da dogmática analítica do direito, tem sua força emanada do poder de coerção da norma jurídica, elemento pelo qual o positivismo puro define como objeto da norma.

Não se pode negar que a sentença judicial com seu aguilhão executório tem peso valorativo de elevado grau no comportamento do indivíduo, levando-o a conduzir-se conforme os ditames da norma posta. Tanto isto é verificável, que a ordem social tem seu fundamento ideológico de paz, na conduta do sujeito, conforme a lei. Portanto, podemos concluir, que a força da sentença judicial, para a escola positivista, tem seu ápice na coercibilidade, uma vez que ela individualiza o sujeito e impõe o cumprimento da regra jurídica ante a transgressão legal, valendo dizer, a aplicação concreta da sanção.

⁴⁰ Id., Ibid.

⁴¹ HANS, Kelsen, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, op.cit., p.53

2 - A FORÇA DA SENTENÇA PELA LEGITIMAÇÃO: ENFOQUE PÓS-POSITIVISTA

Na segunda parte de nosso trabalho, traremos à baila um novo enfoque da doutrina pós-positivista, retomando as idéias racionalistas da tradição tópica aristotélica, a qual busca uma nova filosofia a cerca da metodologia jurídica que se contrapõe à tradicional postura formalista do direito de que o ordenamento jurídico basta a si mesmo. Abandonaremos a concepção puramente positivista, no aspecto lógico-formal da primeira parte, para focalizar a problemática da força da sentença judicial, também, através da legitimidade, numa perspectiva retórico-argumentativa do direito, dentro da visão da **tópica**, analisada precisamente sob o ângulo jusfilosófico pós-moderno do positivismo jurídico, teorizada especialmente por Theodor Viehweg e Chãim Perelman.

A Teoria Kelseniana do direito positivo busca o resgate da objetividade e da segurança jurídica, vez que constrói uma teoria que exclui do direito quaisquer elementos naturais – metafísico-valorativo. Nesta teoria, a atividade jurisdicional resta adstrita a raciocínios lógico-dedutivos, extraídos de um sistema dinâmico capaz de gerar normas individuais – sentença – em cada caso concreto. Contra esta atividade criadora do positivismo Kelseniano, insurgem-se várias correntes, apontando para as falhas do modelo lógico-dedutivo, as quais defendem a tese de que “o direito existe [...] na medida que é capaz de compor interesses”. Esta corrente denominada de pós-positivismo, põe fim ao predomínio da dogmática jurídica tradicional.⁴²

Após a segunda Guerra Mundial, com a ascensão das teorias socialistas de Hegel e Heidegger, bem como do sociólogo americano Talcott Parsons é que a discussão sobre conceito de direito como proposto por Kelsen, ganha relevo. Desenvolvem-se assim, novas teorias acerca das “dimensões lingüísticas da argumentação jurídica, sobre a fragilidade da construção axiomática da ordem jurídica e sobre a capacidade do processo de decisão de absorver as dimensões complexas da mudança social.”⁴³ Os fenômenos sociais modernos provocaram novos estudos sobre a linguagem comunicativa, especialmente na linguagem jurídica, as discussões contemporâneas do Estado democrático e a natureza da decisão judicial. Estes fatores mantêm em eferescência as “discussões teóricas sobre o fenô-

⁴² CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, *Hermenêutica e Argumentação* Uma Contribuição ao Estudo do Direito. 2 ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2001, p.140

⁴³ Cf. texto publicado por Aurélio Wander Bastos, *O Conceito de Direito e as Teorias Jurídicas da Modernidade*, na revista Curso De Direito da Universidade Estácio de Sá [s.d.]

meno jurídico, o conceito de direito e a reavaliação dos estudos jurídicos como estudos científicos.”⁴⁴

Destarte, com “a necessidade do uso das palavras bem como a força da linguagem,”⁴⁵ Theodor Viehweg e Chäim Perelman retomam o discurso e “com ela podemos reconhecer a dimensão tópico-retórica da matriz pós-positivista.” Ao contrário de um raciocínio lógico-dedutivo, é o esforço da persuasão e do convencimento, que servem de base estrutural para as construções jurídico-decisórias.

A reação ao modelo Kelseniano – corrente pós-positivista – abre duas vertentes: uma com Dworkin e Alexy os quais embasam suas teorias na força normativa dos princípios de direito, na sua potencialidade valorativa; outra com Chäim Perelman que busca nas motivações que sustentam as decisões judiciais a força lógico-legitimante.⁴⁶ Entra em cena um novo pensar, uma nova metodologia jurídica, uma nova visão de filosofia do direito. Nosso trabalho terá carga de expressão sobre a segunda vertente.

A partir do pensamento da Tópica aristotélica de Viehweg e da ‘nova-retórica’ de Perelman, que na última década, “é uma das mais ricas áreas do debate na teoria do Direito”⁴⁷, às idéias jusfilosóficas do positivismo - legalista, epistemologicamente embasadas na concepção moderna cartesiana da razão - então predominantes, vêem-se enfraquecidas em sua hegemonia, ante as insuficiências de paradigmas legais que superassem as dimensões axiológicas do direito. Nasce, portanto, um novo pensamento no campo da filosofia e da metodologia jurídica.

2.1 – A TÓPICA NA VISÃO DE THEODOR VIEHWEG

Para Theodor Viehweg, a tópica aristotélica é uma técnica do pensamento que se orienta para o problema, portanto “uma técnica do pensar problemático.”⁴⁸ É uma técnica de busca de premissas – Cícero – uma mediação prológica. A tópica ensina a encontrar as premissas – *a inventio* – “a lógica as recebe e as elabora.”⁴⁹

⁴⁴ Id. Idid.

⁴⁵ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, *Hermenêutica e Argumentação Uma Contribuição ao Estudo do Direito*, op.cit., p.141

⁴⁶ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, *Hermenêutica e Argumentação Uma Contribuição ao Estudo do Direito*, op.cit., p.141

⁴⁷ MAIA, Antônio Cavalcanti, Notas sobre direito, argumentação e democracia. In Camargo, Margarida Maria Lacombe (Org.), *1988-1998 uma década de Constituição*. Rio de Janeiro:Renovar, 1999, p. 399/400.

⁴⁸VIEHWEG, *Theodor, Tópica e Jurisprudência*, trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr., Brasília: Departamento e Imprensa Nacional,1979, p.31

⁴⁹ Id. Ibid., p. 40

Assevera Viehweg que, através do procedimento de aplicação da tópica, as premissas fundamentais se legitimam pela aceitação do interlocutor. A orientação se estabelece pela oposição da parte contrária, e em conseqüência, tudo o que foi fixado considera-se aceito, não discutido, evidente.⁵⁰ Assim, o Autor qualifica as premissas em: “relevantes”, “irrelevantes”, “admissíveis”, “inadmissíveis”, “aceitáveis”, “defensáveis” ou “indefensáveis”, bem como nos graus etc. “Aquilo que em virtude da aceitação ficou provado é admissível como premissa. Entretanto esta aceitação deve partir de um procedimento com princípio verossímil, como no dizer de Vico, citado pelo autor, caso contrário estar-se-ia sob as bases de erro. Na tópica não existe a vinculação ao problema, este se reduz a limites modestos.⁵¹

A solução do problema requer um jogo de suscitações, razões favoráveis e desfavoráveis para se chegar a uma solução a mais satisfatória, convincente, plausível e razoável ao caso. Esta arte de pensar denomina-se **TÓPICA**. A técnica do desenvolvimento do pensamento é concebida através dos **topoi** – catálogo de argumentos, i.e., máximas aceitas por um entendimento comum que torna a prova possível – universal ou particularmente aplicáveis.⁵²

Os **topoi**, ainda no dizer de Viehweg, tanto gerais como especiais têm a finalidade de servirem a uma discussão de problemas. Por conseguinte devem os topoi ter natureza especial, serem desprovidos de valores transcendentais no círculo do problema discutido, de modo a não perder o seu caráter problemático. A tópica não torna imutável a situação problemática. A vista de uma mudança surgem sempre outros topoi, uma nova orientação do pensamento que pode ser aceita. Portanto intervêm com função auxiliar e seu sentido se faz sentir no problema. A ordem dos problemas é sempre essencial, vez que os topoi podem parecer adequados ou não, ante um raciocínio de que há sempre uma questão aberta para o pensar, nunca é absolutamente imutável, como também, não se vinculam.⁵³

⁵⁰ Id. Ibid., p. 42

⁵¹ Id. Ibid., p. 43

⁵² VIEHWEG, *Theodor, Tópica e Jurisprudência*, p.33 e 37

⁵³ Id. Ibid., p. 38 e 41.

2.2 – A NOVA RETÓRICA E A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO EM CHÄIM PERELMAN

Kelsen com sua idéia de construir uma teoria pura do direito abstraída de todo valor axiológico e de quaisquer considerações extrajurídicas, trouxe para o debate as idéias, então fincadas do jusracionalismo, fazendo fluir conseqüências paradoxais em torno do tema, como a “concepção tradicional da interpretação jurídica e o papel do juiz na aplicação do direito”⁵⁴ Perelman vai de encontro à teoria do método do pensamento linear, estabelecido pelo *more geométrico* por Descartes, isto é, a filosofia da evidência e se envereda por um raciocínio compatível com vida prática.⁵⁵ Sustenta, o Autor, que não se pode em uma discussão negar ou subtrair os valores simplesmente, mas sim discuti-los e interpretá-los, ao passo que rejeitá-los seria dar primazia ao domínio da força e não da discussão.⁵⁶

Assim, Perelman insurge-se contra o modelo geométrico que menospreza o raciocínio valorativo, visto que se apercebe da sua irracionalidade, que nem tudo é uma demonstração evidente, mas também existem outras relações que não estão sujeitas ao “argumento da indiscutibilidade”, ou seja, estão no âmbito das relações humanas. Perelman, está falando da conduta prática, guiada pela ação moral em relação à tomada de decisão mais adequada e razoável.⁵⁷ A conduta prática, comporta mais de um resultado, mais de um significado a depender das escalas de valores a serem adotadas no problema apresentado. A melhor conduta é a mais razoável, de acordo com o convencimento da justificativa. Para Perelman, as deliberações humanas deixam de ser arbitrárias e demonstram a sua validade à medida que se apresentam por meio de justificativas. O seu fundamento de validade é dado pela força do argumento que a justifica e valoriza.⁵⁸ “No entanto,

⁵⁴ PERELMAN, Chaim, *A Teoria Pura do Direito e a Argumentação*. Texto traduzido do original por Ricardo R. Almeida, no âmbito da linha de pesquisa de retórica e teoria da argumentação do PET-JUR da PUC-RJ, no segundo semestre letivo 1993 – Publicado em PERELMAN, Chaim. *Droit, morale et philosophie*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1968. Anteriormente publicado em *Law, State, and International Legal Order: Essays in Honor of Hans Kelsen*, The University of Tennessee Press, Knoxville, 1964.

⁵⁵ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, *Hermenêutica e Argumentação* Uma Contribuição ao Estudo do Direito, op.cit., p.194 e 195

⁵⁶ PERELMAN, Chaim, *Tratado da Argumentação* A Nova Retórica, trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 84/85

⁵⁷ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, *Hermenêutica e Argumentação* Uma Contribuição ao Estudo do Direito, op.cit., p. 196/7.

⁵⁸ Id. Ibid., p 198

não se trata de analisar técnicas de argumentação simplesmente pela sua eficácia, mas sim pela qualidade valorativa do fundamento que sustenta esta eficácia.”⁵⁹

Perelman, ainda citado por Margarida Camargo, percebe que é do próprio homem deliberar e argumentar, posto que é dotado de razão, enquanto a lógica linear abandona este pensar, ante os limites do raciocínio apodíctico.⁶⁰

Maia, ao interpretar Perelman, assevera que “a perspectiva da nova retórica como metodologia jurídica preocupa-se fundamentalmente com a argumentação das decisões proferidas pelos juízes (em especial dos órgãos jurisdicionais superiores). Investigando a organização do conjunto de argumentos que estribam as sentenças, são destacados os principais mecanismos lógicos, a partir dos quais são encaminhadas as soluções dos litígios. Neste sentido são estudados, por exemplo, os argumentos tradicionais da lógica como: *a pari*, *a fortiori*, *ab absurdo*, *ab inutili sensu*, *a maiori ad minus* etc. Argumentos estes utilizados freqüentemente pelos juízes em seu trabalho de interpretação dos ditames legais.”⁶¹

Fábio Ulhoa Coelho, ao prefaciar a edição brasileira da obra de Perelman e Tyteca – *Teoria da Argumentação – A Nova Retórica* - ressalta que a nova retórica oferece oportunidades “inéditas para o conhecimento jurídico”, ante um liame entre a “aplicação da norma e o raciocínio dialético, em sua formulação aristotélica”. No raciocínio dialético, parte-se do pressuposto da inexistência de interpretações jurídicas verdadeiras; não há evidência nas premissas, elas são resultado de um acordo entre o argumentador e seu auditório. A premissa pode ser verossímil, mas nunca verdadeira ou falsa, porque ao conhecimento jurídico não importa saber qual a decisão judicial verdadeiramente derivada da norma geral, excluindo-se as demais falsamente derivadas, o que interessa ao conhecimento jurídico são os meios de sustentar uma decisão, obtendo como resultado a decisão mais justa, equitativa, razoável, oportuna, conforme o direito entre tantas outras possíveis.⁶²

Já na ótica de Maia, a teoria de Perelman procura enfrentar o Direito como um campo onde se pode dispor de possibilidades de resolução de controvérsias, através de uma metodologia mais acurada à descrição da realidade jurídica.⁶³ Citando literalmente Perelman, Maia assevera que o autor procura dar um enfoque a

⁵⁹ Id. Ibid., p. 211

⁶⁰ Id. Ibid., p. 198

⁶¹ Cf. texto de Antonio C. Maia, *À Guisa de Introdução: Notas Sobre Direito, Argumentação e Democracia* (mimium)

⁶² ULHOA, Fábio Coelho, *Prefácio à edição brasileira*, in Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado da Argumentação – A Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁶³ MAIA, Antônio Cavalcanti, *Notas sobre direito, argumentação e democracia*. In Camargo, Margarida Maria Lacombe (Org.), *1988-1998 uma década de Constituição*. op. cit., p.406

sua teoria, desenvolvendo uma metodologia que, ao invés de se contrapor à prática e à dogmática, inspira-se na prática e se conduz pelos fundamentos jurídicos em direção ao direito, a razão e a justiça, com objetivo de conciliá-los.

Assim, revela-se uma ruptura com a teoria do método cartesiano e se estabelece uma nova concepção racional e retórica da razão prática, como novo paradigma filosófico. Destarte, deixa a razão de ser meramente contemplativa e passa a ser justificadora das convicções das opiniões.⁶⁴

A necessidade de uma motivação cuidadosa das decisões judiciais é também uma exigência do princípio democrático, em vista da importância do crescente papel do Judiciário na vida dos cidadãos e a premência de demonstrar que suas ações não obedecem somente ao formalismo legal, mas também possui legitimidade pela aceitação pública, pois se enquadra dentro de um ambiente democrático ante o amplo debate estabelecido dentro do processo e a razoabilidade da motivação das suas decisões.⁶⁵ Como ressalta Perelman:

Numa visão democrática do direito, que não considera este como o ato de uma autoridade competente, mas que queria, ademais, que as decisões judiciais fossem não só legais, mas também aceitáveis, porque não se opõem categoricamente a valores socialmente reconhecidos, o papel do juiz continental cresce singularmente, e se aproxima do papel do juiz anglo-saxão. Mas, ao mesmo tempo, cresce o papel da argumentação e da retórica na aplicação e na evolução do direito. E essa observação diz menos respeito ao advogado do que ao juiz, forçado, cada vez mais, a uma motivação das sentenças que já não se contenta em mostrar a correção formal, mas se esforça em torná-las convincentes. A exposição de motivos será diferente quando couber convencer a opinião pública do caráter razoável da decisão e quando bastar indicar à Corte de Cassação que a sentença não violou a lei. Ao positivismo jurídico sucede, assim, uma visão menos formalista do direito, que insiste na aceitação das decisões judiciais no meio social ao qual é aplicável o sistema de direito.⁶⁶

⁶⁴ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, *Hermenêutica e Argumentação* Uma Contribuição ao Estudo do Direito, op. cit., p.198 e 199. A Autora em notas de rodapé faz referências a obra de Rui Alexandre Grácio, *Racionalidade Argumentativa* e a Paulo Roberto Souza Mendonça, *A Argumentação nas decisões judiciais*, Renovar.

⁶⁵ Neste sentido confira também texto de Antonio C. Maia, *À Guisa de Introdução: Notas Sobre Direito, Argumentação e Democracia* (mimeum).

⁶⁶ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1996, p. 557 e 558.

Nesta nova ótica filosófica legitimadora do direito, o entendimento jurídico de que a positividade do direito é dogmatizada, isto é, estatuída por força própria, deixa de prevalecer para entrar em cena outro aspecto legitimador do direito, a argumentação. Assim, o fenômeno jurídico contemporâneo não pode ser estudado como um puro fenômeno dogmático, mas como uma positividade imersa no próprio processo de modificação do fenômeno social. Por tudo que restou até aqui estudado, dentro da perspectiva da ‘nova-retórica’ e de um procedimento aberto da sociedade, denota-se que a corrente pós-positivista do Direito, calcada em uma interpretação linear do raciocínio cartesiano não mais satisfaz às exigências jurídicas e sociais da atualidade. O pensamento lógico-dedutivo fincado numa preocupação de segurança jurídica, por si só, não pode responder aos anseios de justiça, é necessário que se busque uma nova concepção do direito, um modo de legitimar as decisões judiciais voltadas para a prática e a dinâmica da sociedade. A estas questões responderam os jusfilósofos contemporâneos, abrindo os horizontes da interpretação, voltando-se para uma retomada dos valores, dos princípios gerais do Direito e das diretrizes – que também são normas – encontradas na Constituição, dando a eles a força legitimadora da argumentação, através da tópica-retórica, alvejando no convencimento e na aceitação da comunidade, numa incessante busca democrática.

Destarte, dentro desta nova visão da metodológica jurídica, a sentença judicial encontra sua força, não somente na *potesta* do direito, no seu poder coercitivo, mas também pelo processo de legitimação pública.

CONCLUSÃO:

A proposta deste trabalho foi demonstrar a força da sentença judicial, levando-se em conta dois potenciais de força: a coerção e a legitimação pública.

Ao estudarmos os teóricos do direito a partir do período jusnaturalista, tais como, Thomas Hobbes, Christian Thomasius, Emmanuel Kant, Jhon Austin, Jhering, filósofos da escola clássica da teoria do direito como coerção, assim definida por Norberto Bobbio, constatamos que citados doutrinadores ao definirem o conceito de direito, colocam nele toda uma carga coercitiva e somente a norma coativa é considerada norma jurídica. Portanto a coerção para a escola clássica é um meio para a realização do direito. A distinção estabelecida por Thomasius, entre *jus perfectum* e *jus imperfectum* é seguida por esses filósofos como norte para fazer a diferença entre moral e direito. Kant utiliza-se das expressões coerção interna para definir a moral e coerção externa para definir o direito. Jhon Austin coloca toda a autoridade do direito no comando emanado do soberano, com capacidade e vontade de que os outros obedeçam e se conduzam conforme tais comandos. Jhering define Estado como “organização social da coação” com o mesmo significado de direito. Para Jhering, o Estado é a sociedade

que detém a força coativa regulada e disciplinada. Jhering, entretanto, ao contrário dos teóricos da escola clássica, não vê a coerção como um meio para a realização do direito, mas a coloca como objeto da norma jurídica.

Com Kelsen a teoria da coerção ganha nova definição, quando anuncia que a coerção é elemento essencial da estrutura da norma jurídica, isto é, objeto da norma e define o direito como uma “ordem coercitiva”, pois, para ele, o direito é uma “técnica social” própria da ordem coercitiva que consiste em obter uma conduta social desejada dos homens, através da ameaça de uma medida de coerção. Alf Ross, seguindo a mesma linha de pensamento de Kelsen, afirma que um sistema jurídico é um sistema de normas referentes à força física. Kelsen construindo uma teoria pura do direito abstrai desta toda valoração subjetiva e metafísica, entendendo que o direito é a norma posta pelo legislador competente e que o indivíduo deve comportar-se em conformidade com ela. Essa filosofia positivista da concepção Kelseniana, busca um resgate à objetividade e à segurança jurídica. Assim, a atividade jurisdicional é exercida dentro de um raciocínio lógico-dedutivo, seguindo o método cartesiano, pondo, por conseguinte, a interpretação jurídica nos limites restritos da lei posta, dentro da moldura legislativa idealizada por Kelsen.

Esse modelo de direito não satisfaz à dinâmica social e aos anseios de justiça, surgem, então, em meados do século XX novas teorias, busca-se um novo paradigma, retomando-se o pensamento Tópico Aristotélico com Theodor Viehweg e a teoria da Argumentação – Nova retórica - com Chäim Perelman.

Surge uma proposta nova de metodologia jurídica, um novo modo de pensar, de raciocinar o problema a partir da práxis; um novo método de interpretação, através das técnicas argumentativas, buscando-se nos fundamentos das decisões judiciais a força lógico-legitimante.

Em última análise, concluímos que os dois prismas da força sentencial, tanto pela coerção como pela legitimação, trazem em si os seus graus de valoração jurídica, vez que buscam a ordem e a paz social. Entretanto não se pode olvidar que a força legitimadora é aquela que responde aos anseios hodiernos da sociedade. É preciso repensar o Direito, reavaliar os estudos jurídicos científicos. Conforme nos referimos, quando da análise da força da sentença pela coerção, ficou ali registrado que o poder coercitivo da sentença advém da força coercitiva da norma jurídica. Aceitar que a força da sentença só vale pela imposição da ameaça da coerção é o mesmo que se estagnar o direito no tempo, paralisar o progresso, petrificar a sociedade. Os homens não são obras esculpidas na pedra; o corpo social é um corpo vivo e se transmuda a partir de novas exigências. Desta forma, não é mais aceitável que o magistrado ainda ande somente com os olhos fixos nos limites estreitos e frios da lei, reconstruindo o pensamento do legislador, prolatando sentenças vazias que não correspondem mais às necessidades emergentes da comunidade. Temos uma nova proposta legitimadora, uma proposta nova porque desperta para a consciência de cidadania e democracia participativa,

porém é uma idéia antiga, ressuscitada de Aristóteles: a Tópica-Retórica. A tópica aristotélica, associada ao método argumentativo de Perelman e Tylteca, faz florescer a nova metodologia jurídica, permite construir o direito vivo⁶⁷ para ser aplicado ao corpo vivo da sociedade. Neste novo modelo o juiz, ao decidir, interpreta a norma, não como uma regra isolada, mas dentro de uma visão do sistema do Direito, na sua mais ampla expressão, fazendo eclodir as amarras normativas, para alcançar valores até então ignorados. O juiz não é somente “a boca da lei”, um reproduzidor da vontade do legislador, um ente acéfalo incapaz de raciocinar. Evoluímos para um estágio social mais elevado. É preciso buscar novos valores, aplicar princípios e diretrizes dando soluções eficazes ao caso concreto. Estamos em tempos de reviver e tornar eficaz o artigo 5º da Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro de 1942. Já naqueles idos, alertava-se para os *fins sociais da lei*. A nova proposta metodológica abre espaço para estas atitudes formadoras do Direito, como no dizer Dworkin,⁶⁸ e transformadora da sociedade, utilizando-se, para tanto, a razão prática argumentativa para justificar a decisão, dando a ela a força-legitimadora, através dos argumentos convincentes de sua razoabilidade.

Para tanto, é indispensável que haja plena correspondência entre os fundamentos da decisão e os valores e anseios dos cidadãos, sob o risco de o poder que se funda sobre ela perder sua própria eficácia. Esta correspondência revela o seu preceito democrático, vez que exprime a conformação da vontade geral da sociedade, detentora do poder legitimante.

⁶⁷ Eugen Ehrlich definiu o direito vivo como alguma coisa “em contraste àquele meramente em vigor diante do tribunal e das autoridades. O Direito vivo é o direito que, não fixado embora em proposições jurídicas domina, porém, a vida.” In, SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange. *Sociologia do Direito*. Livros Técnicos e Científicos : Rio de Janeiro, 1981, p. 149.

⁶⁸ Ronald Dworkin, em sua obra *O Império do Direito*, ensina que o direito não é esgotado por um catálogo de regras ou princípios dentro de diferentes esferas de comportamento, nem por uma lista de autoridade com poderes sobre parte de nossas vidas, mas é definido por atitudes: **atitude interpretativa ou auto-reflexiva**, dirigida à política no mais amplo sentido, que são tomadas principalmente nos tribunais de apelação e estão dispostas a inspeções, devendo ser onipresente em nossas vidas comuns para servir-nos bem; **Atitude contestadora** – que é a ação contestadora do cidadão responsável ao imaginar quais são os compromissos públicos assumidos pela sociedade ante os princípios e as exigências de tais compromissos em cada nova circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado pelo reconhecimento do papel criativo dos juízes nas decisões privadas e pelo pressuposto regulador de que aos juízes cabe a última palavra, mas nem por isso é a melhor, daí a retrospectiva de natureza judiciosa das decisões tomadas pelos tribunais; **Atitude construtiva** - que tem por finalidade, através da interpretação, de colocar o princípio acima da prática, mostrando o melhor caminho para um melhor futuro, ao tempo em que se tem boa-fé com relação ao passado; **Atitude fraterna** – é a demonstração de união na comunidade, apesar dos diferentes projetos, interesses e convicções individuais. Em síntese, conclusiva, estas são as idéias contributivas de Dworkin para a compreensão do que é direito. Ronald, Dworkin, *O Império do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 492.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BASTOS, Aurélio Wander, *O Conceito de Direito e as Teorias Jurídicas da Modernidade*, Revista Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá. [s .d.]
- BOBBIO, Norberto, *O Positivismo Jurídico*, Lições de Filosofia do Direito.
- _____, *Direito do Estado no Pensamento de Emanuel Kant*, tradução, Alfredo Fait – São Paulo: Mandarin, 2000.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, *Hermenêutica e Argumentação – Uma Contribuição ao Estudo do Direito*, 2ª Ed. Rio de Janeiro. São Paulo, Renovar: 2001.
- DWORKIN, Ronald, *Los Derechos em Serio*, tradução de Marta Gustavino, 2ª reimpresión, Barcelona: Editorial Ariel, 1995.
- _____, *O Império do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3 ed. São Paulo: Atlas. 2001, p.121.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Col. Os Pensadores. São Paulo: ed. Abril Cultural, 1979.
- IHERING, Rudolf Von, *A Finalidade do Direito*. Trad. José Antônio Faria Correa, Rio de Janeiro. Ed.Rio,1979.
- KANT, Emmanuel, *Doutrina do Direito*. Tradução Edson Bini, São Paulo: Ícone, 1993.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MAIA, Antônio Cavalcanti. *Notas sobre direito, argumentação e democracia*. In Camargo, Margarida Maria Lacombe (Org.), *1988-1998 uma década de Constituição*. Rio de Janeiro:Renovar, 1999.
- _____, *À Guisa de Introdução: Notas sobre Direito, Argumentação e Democracia* (in mimium)
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1996
- _____, Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado da Argumentação A Nova Retórica*, trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins fontes, 1996.
- _____, *A Teoria Pura do Direito e a Argumentação*, texto traduzido do original por Ricardo R.Almeida, no âmbito da linha de pesquisa de retórica e teoria da argumentação do PET-JUR da PUC-RJ, no segundo semestre letivo 1993 – Publicado em PERELMAM, Chäim. *Droit, morale et philosophie*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1968. Anteriormente publicado em *Law, State, and Internacional Legal Order: Essays in Honor of Hans Kelsen*, The University of Tennessee Press, Kanoxville, 1964.
- SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange. *Sociologia do Direito*. Livros Técnicos e Científicos: Rio de Janeiro, 1981.

ULHOA, Fábio Coelho, *Prefácio à edição brasileira*, in Chäim Perelmam e Lucie Olbrecbts-Tyteca, *Tratado da Argumentação – A Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

VIEHWEG, *Theodor*, *Tópica e Jurisprudência*, trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr., Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

A TRANSFORMAÇÃO DA CULTURA ATRAVÉS DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL

Peter Eisenbarth, Doutorado pela Universidade de Köln / Alemanha. Professor universitário de graduação e pós-graduação. Ex-coordenador de Curso de Pós-Graduação: Especialização em Educação Ambiental, UNIT 2002/2003.

RESUMO: Todas as ações do homem produzem conseqüências para o meio ambiente, criando uma relação específica homem / natureza. Nossa cultura atual se define através da relação homem / homem. Para garantir a sobrevivência de espécie ser humano precisamos implantar o respeito do homem à natureza em nossa cultura, acrescentando nela a relação homem / natureza. O meio mais eficaz para essa transformação é a Educação Ambiental

PALAVRAS – CHAVE:

Educação ambiental; Cultura; Transformação.

Ampliando a concepção marxista da história, o homem consciente não-somente faz a sua própria história, mas também seu próprio meio ambiente. Tal consciência, que o homem como indivíduo e em coletividade interage com cada decisão e ação na vida cotidiana com seu meio ambiente é relativamente nova. Por séculos era predominante só a prática da exploração e a idéia do domínio da natureza, sem questionamento sobre as conseqüências de tal comportamento. Começamos só recentemente, assustados pela situação ambiental atual, questionar a própria relação homem / natureza, a questão mais interessante da discussão sobre a proteção ao meio ambiente. É o nosso dever defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, garantindo assim aquelas condições que o cosmos construiu em 15 bilhões de anos de trabalho. A Constituição Federal de 1988 que nos oferece uma idéia, uma visão, uma esperança para a evolução de nossa sociedade define expressa e claramente que a finitude da proteção ao meio ambiente é o próprio homem. Está em concreto perigo a sobrevivência do ser humano.

Atrás de todo e qualquer acionismo ou ação para proteger o meio ambiente se levanta sempre e sem exceção a necessidade de redefinir a relação homem / natureza. Teremos de alterar os nossos valores culturais a respeito à natureza

para chegar na vida cotidiana aos comportamentos cada vez mais compatíveis com a preservação e a melhoria do meio ambiente.

Quais os instrumentos que possuímos para preservar e melhorar o meio ambiente e como chegaremos tão rápido que possível a uma nova ordem que redefine a relação homem / natureza, possibilitando assim a sobrevivência de espécie ser humano.

São quatro os instrumentos para preservar e melhorar o meio ambiente – na ordem quase alfabética: a criação de unidades de conservação, o direito ambiental, a ISO 14.000 e a educação ambiental.

Unidades de conservação: A criação de unidades de conservação marcou o início da preocupação ambiental em nosso país. Com seu livro, *O Mapa Florestal do Brasil*, tentou o cientista brasileiro Luís Felipe Conzaga de Campos em 1911, subsidiar as autoridades brasileiras para a criação de um conjunto de parques nacionais, mas finalmente sem grande sucesso na época. O primeiro parque nacional do mundo, o Yellowstone National Parc, foi inaugurado em 1882 em Montana nos Estados Unidos.¹ No Brasil, o primeiro parque nacional criado foi o de Itatiaia na Serra da Mantiqueira, no Rio de Janeiro em 1937.²

O Direito Constitucional Brasileiro de 1988 permite à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios criar nos territórios sob sua jurisdição unidades de conservação. A preservação e proteção do ambiente natural depende assim em primeiro lugar da vontade política e da consciência ambiental do legislador competente. Dentro de sua competência ele pode até criar novas formas para proteger o meio ambiente, como foi feito em Rondônia com a criação das unidades Florestas Estaduais Extrativistas e as Florestas Estaduais de Rendimento Sustentado.³ Diferenciamos as seguintes formas tradicionais de unidades de conservação: Parques Nacionais, Estaduais e Municipais, Reservas Ecológicas, Reservas Biológicas, Reservas da Biosfera, Reservas Extrativistas, Estações Ecológicas, Áreas de Proteção Ambiental, Áreas de Relevante Interesse Ecológico e as Reservas Particulares do Patrimônio Natural. Cada tipo destas unidades de conservação tem sua própria característica e definição. Algumas, como as reservas biológicas são consideradas áreas de preservação permanente e quase absolutamente restritas à presença humana, outras, abertas para a realização de pesquisas básicas e aplicadas à proteção ao ambiental natural e ao desenvolvimento da educação ambiental. Há ao outro lado os parques nacionais, estaduais e municipais que

¹ Diegues, Antonio Carlos. *O Mito Moderno da Natureza Intocada*. São Paulo: 3ª ed. Hucitec, 2001. pág. 27.

² Decreto nº 1713 de 14 de junho de 1937.

³ art. 221 da Constituição Estadual de Rondônia, Lei Complementar (RO) nº 52 de 20-12-91 e Lei Complementar (RO) nº 233 de 06-06-2000 que disciplinam o zoneamento socioeconômico – ecológico do Estado de Rondônia.

servem até para o lazer ambiental, esperando que mantenham ao máximo o seu estado natural.

No Brasil, as terras indígenas, destinadas pela União ao usufruto exclusivo das comunidades indígenas que as habitam, abrangem aproximadamente 11% do território nacional enquanto que todas as unidades de conservação de uso direto e indireto não chegam a 7%. As terras indígenas não são consideradas unidades de conservação, entretanto são muito importantes no processo de proteção da riqueza biológica do país.

O sistema de unidades de conservação brasileira e as terras indígenas é um instrumento essencial para preservar uma quantidade expressiva de paisagens de beleza indescritível. Essas dádivas da natureza protegem as águas, as espécies da fauna e flora do país de maior diversidade biológica do mundo⁴. Ocorre que as unidades de conservação devem ser planejadas não apenas no tocante às áreas ou objetivos, mas também urgem que sejam devidamente usadas com um manejo controlado de seus recursos.

Direito Ambiental: O direito ambiental nos mostra bem claramente o princípio fundamental do Direito. Toda e qualquer legislação tem seu próprio objetivo e suas disposições legais só se entendem com uma interpretação visando atingir este objetivo político, inexistindo um direito não político. É objetivo político do Direito Ambiental defender e preservar um meio ambiente ecologicamente equilibrado, como define o caput do artigo 225 da Constituição Federal de 1988. Então não pode ser considerado direito ambiental uma legislação que trata um bem da natureza de forma diferente da finalidade constitucional. O antigo e estimado Código das Águas de 10 de julho de 1934⁵, por exemplo, regulamentou mais o domínio para os corpos d'água no Brasil e sua utilização para a produção de energia hidroelétrica do que formas de proteção ao meio ambiente. Só através da Lei nº 9.433 de 08 de janeiro de 1997⁶, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos o Brasil tornou eficaz uma política ambiental para proteger os seus recursos hídricos.

Como o direito se manifesta sempre como um meio para atingir a sua finalidade política, quais os instrumentos específicos de Direito Ambiental para efetivar a proteção jurídica ao meio ambiente. Podemos diferenciar cinco aspectos instrumentais:

⁴ Mittermeier, Russell. "O País da Megadiversidade". in: *Ciência Hoje*, Vol. 14 / nº 81, maio / junho de 1992, págs. 20-27.

⁵ Decreto nº 24.643. DOU. 24-07-34.

⁶ DOU. 09-01-97.

Aspecto constitutivo: Constitui-se através de atos legislativos o corpo e a estrutura da Administração Pública Estatal, que transforma a legislação ambiental vigente em ações administrativas, executando assim as leis ambientais.

Aspecto repressivo: Todas as disposições do Direito Ambiental Penal e do Direito Ambiental Administrativo com caracter punitivo objetivam em primeiro lugar conduzir o cidadão e as empresas a um comportamento que evita qualquer violação de normas, que definem os crimes ou infrações ambientais. Em segundo lugar elas sancionam qualquer violação destas normas para evitar novos crimes ou infrações ambientais no futuro. O instrumento de repressão objetiva claramente disciplinar ou alterar nosso comportamento a respeito à natureza.

Aspecto fiscalizador: Além dos efeitos acima explicados, o Direito Ambiental Administrativo estabelece através de sua função principal um sistema administrativo de fiscalização de todos os atos e omissões que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

Aspecto indenizador: Este aspecto instrumental é semelhante ao aspecto repressivo, só nele é substituída a sanção penal ou administrativa punitiva pelo sistema da responsabilidade civil, pela obrigação de recuperar de uma forma adequada qualquer dano ilegalmente causado ao meio ambiente. Este instrumento de direito objetiva também claramente disciplinar ou alterar nosso comportamento a respeito à natureza.

Aspecto participativo: Qualquer atividade potencialmente causadora de degradação ao meio ambiente é submetida a um processo administrativo a que se dará publicidade como prevê artigo 225, inciso IV, da Constituição Federal de 1988. Essa exigência legal tem por fim de possibilitar a participação do cidadão e dos grupos interessados que representam a função fiscalizadora da sociedade no processo decisivo da Administração Pública. A mídia tornará públicas as articulações da sociedade ou acompanhará criticamente por própria iniciativa aqueles processos. A Ação Civil Pública Ambiental instrumentaliza o Ministério Público como agente legítimo a movimentar o Judiciário na questão da tutela do meio ambiente. As associações ambientais ao representar a sociedade interessada, possuem a legitimidade para a propositura da Ação Civil Pública. A Ação Popular Ambiental, outro instrumento importante para o controle externo da coisa pública, abre espaço para a intervenção direta do indivíduo em verdadeira possibilidade de exercício da Cidadania Participativa nas tarefas da proteção ambiental. O Mandado de Segurança Coletivo, como ação de eficácia potenciada, permite que até os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, bem como outras organizações com legitimidade para impetrar, controlem juridicamente os atos e as omissões da Administração Pública na questão da tutela do meio ambiente.

Nota-se que os meios jurídicos disponíveis são suficientes para possibilitar uma democracia ambiental participativa e solidária com amplo acesso à Jus-

tiça, pressupõe-se, porém, o cidadão informado ou a sociedade organizada exercam plenamente a sua Cidadania.

ISO 14.000: Em 1996 foi lançada a série de normas ISO 14.000 pela International Organization for Standardization (ISO). Esta é uma organização não-governamental, constituída desde 1947 em Genebra na Suíça. Seus membros são as entidades nacionais de normatização de mais de 100 países do mundo. O Brasil participa da ISO através da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

As normas da ISO são normas técnicas internacionais de caráter não judiciais, que têm por principal objetivo que as empresas no mundo inteiro desenvolvam uma própria Política Ambiental Empresarial e se comprometam a cumprir a legislação ambiental do país ou do Estado em que elas se encontram. Assim as empresas atingem e melhoram a sua conduta ecológica na fabricação e na qualidade final de seus produtos, enquanto torna-se um fator de sobrevivência na competição nos mercados globalizados a fabricação e produtos ambientalmente corretos. O Certificado ISO 14.000 que as empresas ganham cumprindo as exigências de normas ISO 14.000, indica ao mercado e aos consumidores que a conduta ecológica da empresa premiada está ambientalmente correta e em conformidade com a legislação ambiental em vigor.

Utilizando a competição ambiental entre as empresas o sistema de normas ISO 14.000 melhora o comportamento ambiental de cada uma. A placa “Certificado ISO 14.000” torna público que a conduta da empresa é ambientalmente correta. Ao incluir a exigência de apresentar esse Certificado ISO 14.000 em qualquer processo de licitação pública, pudermos melhorar significativamente a conduta ambiental de várias empresas. Na história de sistema capitalista se comprovou a eficácia de estímulos do mercado para iniciar alterações de comportamento de empresas.

Educação Ambiental: Todo homem nasce e vive já inserido em sua cotidianidade, isto significa que em seu âmbito social e ambiental, pois qualquer atividade humana cria sempre e ao mesmo tempo uma relação única entre o homem e a sociedade e entre ele e o meio ambiente. Para a sua integração na sociedade, para o seu próprio amadurecimento o homem como indivíduo deve “adquirir todas as habilidades imprescindíveis para vida cotidiana da sociedade”.⁷ Assim constrói-se uma relação única entre o indivíduo e a sociedade que dá satisfação às necessidades do homem e contribui no processo histórico do desenvolvimento humano. O processo de integração ou assimilação do homem na

⁷ Heller, Agnes. *O Cotidiano e a História*. Trad. de Carlos Nelson Continho e Leandro Konder. 6ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996, pág. 18.

sociedade se realiza através de todas as formas de educação tradicional. A formação de nosso comportamento social depende da transmissão cultural que recebemos antes de tudo pela educação tradicional num entendimento amplo. A transmissão cultural se realiza por meio de ensino e aprendizagem, mas não é submetida a essas limitações. Kant buscava no imperativo categórico o critério decisivo para nosso comportamento, pois não há conduta humana sem responsabilidade ética para as conseqüências de suas ações nem na relação homem / homem, nem na relação homem / natureza. É possível dizer que a educação é a maior invenção cultural que os seres humanos produziram.⁸ Graças a ela os seres humanos recebem o conhecimento social acumulado pelas gerações anteriores e assim se estabelece a longo prazo a cultura humana, que é no seu fundo uma cultura de âmbito social. Nossa cultura e nossa educação estão intimamente ligadas. A educação só é possível por meio da existência de uma cultura, e a cultura se conserva por meio da educação.⁹ Assim a educação como elemento funcional se torna fator decisivo para nosso comportamento e a evolução de uma cultura integral.

Mas o homem como indivíduo e em coletividade interage com cada decisão e ação com seu meio ambiente. Todas as suas decisões e ações na vida cotidiana têm conseqüências diretas e indiretas para o meio ambiente. Sendo toda a nossa cultura presente uma cultura social, costumamo-nos só recentemente ver e aceitar nela o contexto ambiental. Recentemente não basta mais adquirir o conjunto que as sociedades humanas acumularam pelas gerações anteriores e que transmitiram por meio de educação de uma geração a outra para garantir a sobrevivência dos seres humanos, precisamos incluir as questões da relação homem / natureza na nossa cultura que se define atualmente pelas questões da relação homem / homem. O processo de aprendizagem e da criação de cultura precisa desenvolver uma responsabilidade e solidariedade de todos para a preservação e a melhoria do meio ambiente. Esta “nova ordem”¹⁰ construiu-se na base de uma ampla revalorização da relação homem / natureza, e não simplesmente como resposta qualquer às necessidades urgentes ambientais. Esta nova ordem só se constrói através de uma alteração profunda de nossa cultura. Precisa-se de uma transformação de nossa cultura em uma cultura também

⁸ Delval, Juan. *Aprender na vida, aprender na escola*. Porto Alegre: Artmed Editora, 2001. pág.15

⁹ Delval, pág.15.

¹⁰ *As Grandes Orientações da Conferência de Tbilisi*. Série Estudos Educação Ambiental. Brasília. Ed. IBAMA. 1994, pág.106. Gutiérrez, Francisco; Cruz Prado. *Ecopedagogia e Cidadania Planetária*. Trad. de Sandra Trabucco Valenzuela. São Paulo: Cortez Instituto Paulo Freire, 1999, pág. 18.

ambientalmente correta. O meio para alterar a cultura é a educação. Educação ambiental é assim o meio para incluir o respeito à natureza e a suas leis em nossa cultura, seria ela o meio de conscientização para alterar nosso comportamento. É já lugar comum saber que não se vive mais quotidianamente em harmonia com a natureza e suas leis.

Pela primeira vez a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em 1972 em Estocolmo, enfrentou o problema ambiental em sua dimensão global, iniciando no mundo inteiro um processo de sensibilização e conscientização sobre a gravidade e as conseqüências do problema. O Brasil formulou em 1981 sua Política Nacional do Meio Ambiente¹¹ e implantou em 1988, pela primeira vez na história do país, um direito constitucional subjetivo do cidadão ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.¹² Para assegurar a efetividade desse direito incumbe ao Poder Público – entre outros meios - : “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”, como prevê artigo 225 §1, inciso VI, da Constituição Federal de 1988. Só 11 anos mais tarde o legislador federal brasileiro instituiu através da Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999, a Política Nacional de Educação Ambiental no país. Falta ainda amplamente uma legislação dos Estados e quase inexistem leis municipais sobre a matéria. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger o meio ambiente (artigo 23, inciso VI da C. F.).

Como conseqüência da Conferência de Estocolmo a UNESCO realizou em 1977 a *Conferência Intergovernamental de Tbilisi (ex-URSS) sobre Educação Ambiental*.¹³

Na “Declaração da Conferência”¹⁴ e em mais 41 Recomendações¹⁵, aprovadas pelos Estados-membros durante a Conferência, encontram-se as diretrizes fundamentais, elaboradas para orientar, implementar e efetivar a educação ambiental nos âmbitos nacionais e internacionais. A Agenda 21 elaborado pela Conferência da ONU no Rio 92, reconhece em seu Capítulo 36 expressamente a

¹¹ Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981. DOU 02-09-81.

¹² O termo “todos” no texto constitucional do artigo 225, caput: **Todos** têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado,...” deve necessariamente ser interpretado de seguinte forma: “**Eu** tenho direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado,...”, constituindo o direito constitucional subjetivo de cada cidadão ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

¹³ *A Implantação da Educação Ambiental no Brasil*. MEC, Brasília, DF, 1998, págs. 30-34.

¹⁴ Declaração da Conferência, em *Grandes Orientações*: págs. 17 –19.

¹⁵ As 41 Recomendações, em *Grandes Orientações*: págs. 105 –108.

importância e atualidade das propostas da Conferência de Tbilisi para o desenvolvimento da Educação Ambiental.

Em seguida mostraremos como o Brasil adotou as idéias principais de Tbilisi e quais os mecanismos para alterar e restaurar nossos comportamentos e valores, diante da natureza, na vida cotidiana.

Em primeiro lugar e como princípio básico a educação ambiental destina-se “a todos”¹⁶ e “a sociedade como um todo”¹⁷. Isto significa “às pessoas de todas as idades e de todos os níveis, no âmbito de ensino formal e não-formal”¹⁸ bem como aos “grupos sociais especializados” da sociedade organizada e “ao âmbito científico”¹⁹. É necessário “mobilizar ações voluntárias em todos os níveis da sociedade.”²⁰

É filosofia da educação ambiental sensibilizar cada subgrupo deste alvo público de uma maneira específica e adequada, aumentando assim a responsabilidade de seus membros com relação ao meio ambiente para capacitar-lhes e modificar-lhes seus comportamentos, enraizando aquilo que especifica um modo de estar-no-mundo e de tornar o mundo inteligível a si mesmo. Ela objetiva estimular um interesse ativo e aptidões necessárias à proteção e melhoria de meio ambiente, criar a habilidade para participar ativamente na análise e solução dos problemas ambientais. Sendo assim um processo contínuo e permanente que envolve a todos e a sociedade em geral, a educação ambiental se torna cada vez mais um verdadeiro instrumento de solidariedade nacional e internacional, superando fronteiras geográficas, políticas, econômicas e raciais.

Conforme este conceito, o sucesso da contribuição da educação ambiental para a preservação e a melhoria do meio ambiente, depende diretamente de sua capacidade de penetrar e se implementar nos diversos setores da sociedade.

No seu art. 1º a Lei 9.795/99 define a educação ambiental como “processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais (...) para a conservação do meio ambiente” e o art. 3º esclarece que “todos têm direito à educação ambiental”. Para incluir “todos” e “a sociedade como toda” (art. 3º, VI) a Política Nacional da Educação Ambiental envolve, segundo art. 7º: “em sua esfera de ação as instituições educacionais públicas e privadas dos sistemas de ensino” – *educação ambiental no ensino formal* – bem como “os órgãos e

¹⁶ Recomendação Nº2, em *Grandes Orientações*: pág. 108.

¹⁷ Recomendação Nº2, cap nº1 c, em *Grandes Orientações*: pág. 109.

¹⁸ Declaração da Conferência, em *Grandes Orientações*: pág. 18.

¹⁹ Recomendação Nº1, cap nº9, em *Grandes Orientações*: pág. 107.

²⁰ Gutiérrez, Francisco, pág. 15.

entidades integrantes de Sistema Nacional de Meio Ambiente, os órgãos públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e as organizações não-governamentais com atuação em educação ambiental” – *educação ambiental não formal*.

A lei destaca especialmente os grupos sociais especificados na forma “das organizações não-governamentais com atuação em educação ambiental”²¹ e exige “a incorporação da dimensão ambiental na formação, especialização e atualização dos educadores”²², incluindo os do ensino superior bem como a mesma incorporação para “os profissionais de todas as áreas”²³. Além disso, ela envolve as universidades e as organizações não-governamentais na formulação e execução de programas e atividades universitárias à educação ambiental não-formal.²⁴

Um segundo aspecto, é que, a educação ambiental deve fundamentar-se “numa ampla base interdisciplinar”²⁵. Para a compreensão e solução adequada e integrada dos problemas ambientais necessita-se de uma ótica interdisciplinar e de articulações das diversas disciplinas, aproveitando assim o conteúdo específico de cada uma. A metodologia interdisciplinar caracteriza mais de que qualquer outro elemento a educação ambiental.²⁶

Os problemas de meio ambiente são de natureza e complexidade muito diversas. São vários os fatores que descrevem a crise ecológica e contribuem para piorar a qualidade de vida: a poluição em todas suas formas, o crescimento de potencial industrial ecologicamente mal controlado, os reflexos de inovações científicas sobre o meio ambiente, a hiperexploração e destruição dos recursos naturais e energéticos, a situação de pobreza e desnutrição de grande parte das populações humanas, problemas socioculturais que caracterizam a vida das grandes cidades bem como a carência de uma revalorização da relação homem / natureza em geral.²⁷ Estes problemas ocorrem no âmbito nacional e internacional: o problema é global e os seus elementos são internacionalmente interdependentes.

A crise ambiental leva-nos a interrogar o conhecimento da natureza e do ser no mundo diante da marca do limite na cultura e na finitude da existência. Assim ela exige uma nova compreensão do mundo. O pensamento da complexidade e o saber ambiental devem integrar a incerteza, a irracionalidade, a

²¹ Art. 7º

²² Art. 8º § 2º I

²³ Art. 8º § 2º II

²⁴ Art.13º, Parágrafo único II.

²⁵ Declaração da Conferência, em *Grandes Orientações*: pág. 18.

²⁶ Recomendação nº 12, em *Grandes Orientações*: pág. 121.

²⁷ *Grandes Orientações*: pág. 22.

indeterminação e a possibilidade no campo do conhecimento. Pensadores como Enrique Leff²⁸ e Rupert Sheldrake²⁹ indicaram recentemente a necessidade de se construir um pensamento holístico reintegrador das partes fragmentadas do conhecimento para uma percepção adequada da crise ambiental, provocada pelas decisões e ações do homem e da sociedade, diante da história.

Superando uma educação tradicional, várias vezes bastante abstrata e excessivamente fragmentada, mal capaz de preparar os indivíduos para enfrentar a complexidade mutante da realidade³⁰ a educação ambiental deve claramente “mostrar as interdependências econômicas, políticas e ecológicas do mundo moderno”³¹ e incentivar a participação de todos para aproveitar os conhecimentos específicos de cada um na análise e solução dos problemas.

Um redirecionamento adequado da interação entre o homem e o seus meios depende de sua capacidade de desenvolver novas estratégias e táticas, fundamentadas numa ampla base interdisciplinar para enfrentar a complexidade dos problemas ambientais e sociais.

A Lei nº 9.795/99 aceita e transforma esta posição. “A concepção do meio ambiente em sua totalidade, considerando a interdependência entre o meio natural, o socio- econômico e o cultural só é enfoque da sustentabilidade” bem como “o pluralismo de idéias e concepções pedagógicas na perspectiva da inter-, multi- e transdisciplinaridade” são princípios básicos da educação ambiental³². Segundo art. 5º, I, da mesma lei, é objetivo fundamental da educação ambiental de desenvolver “uma compreensão integrada do meio ambiente em suas múltiplas e complexas relações, envolvendo aspectos ecológicos, psicológicos, legais, políticos, sociais, econômicos, científicos, culturais e éticos”.

Com o envolvimento de “todos” no processo permanente da educação ambiental e com a aceitação da “base interdisciplinar” como princípio fundamental, o legislador brasileiro implantou os fundamentos das *Grandes Orientações da Conferência de Tbilisi* na legislação nacional específica.

Em terceiro lugar, de acordo com a importância e a natureza da educação ambiental, ela não pode ser implantada como disciplina específica nos currículos de ensino, ao contrário, seus temas ambientais devem ser incorporados nas diversas disciplinas e programas de educação formal.³³ Também neste ponto a lei

²⁸ Leff, Enrique. *Epistemologia Ambiental*. Trad. de Sandra Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2001.

²⁹ Sheldrake, Rupert. *O Renascimento da ciência e de Deus*. Trad. de Maria de Lourdes Eichemberger e Newton Roberval Eichemberg.

³⁰ *Grandes Orientações*: pág. 40.

³¹ Recomendação nº 1, cap nº4, em *Grandes Orientações*: pág. 106.

³² Art. 4ºII,III.

³³ Recomendação nº 12, em *Grandes Orientações*: pág. 121.

brasileira segue a Recomendação nº 12 de Tbilisi. Expressivamente formula o Art. 10º § 1º: “A educação ambiental não deve ser implantada como disciplina específica no currículo de ensino”. Ela será desenvolvida como uma prática educativa integrada, contínua e permanente em todos os níveis e modalidades do ensino formal.

Outro aspecto, é que, o desenvolvimento eficaz da educação ambiental exige o pleno aproveitamento de todos os meios públicos e privados que a sociedade dispõe para a educação da população³⁴. Neste contexto, se atribui aos meios de comunicação de massa um papel importantíssimo, pois não há a menor dúvida sobre a importância decisiva da divulgação dos conhecimentos gerais e especializados referentes ao meio ambiente para a sensibilização e conscientização por parte do público.

No art. 3º, IV, prevê a lei que incumbe “aos meios de comunicação de massa colaborar de maneira ativa e permanente na disseminação de informações e práticas educativas sobre o meio ambiente e incorporar a dimensão ambiental em sua programação”. Cabe ao Poder Público incentivar esta atividade. Mais que isso “a garantia de democratização das informações ambientais” é considerada objetivo fundamental da educação ambiental pela lei no art 5ºII. Sob este ângulo se mostra claramente que a educação ambiental deveria fazer parte integrante de nossa vida cotidiana dentro e fora da escola

No que toca à incorporação da dimensão ambiental na formação, especialização e atualização dos educadores de todos os níveis e modalidades de ensino e dos profissionais, a lei brasileira está também em conformidade especialmente com as Recomendações nº 15, 17 e 18 da Conferencia. A recomendação nº 15³⁵ prevê a utilização do meio de trabalho para a educação ambiental de uma grande parte da população adulta, as recomendações nº 17³⁶ e 18³⁷ tratam a incorporação do corpo docente e o desenvolvimento de uma metodologia da educação ambiental. A lei brasileira prevê tais aspectos literalmente no art. 8º § 2º II, III.

Diferentemente da Recomendação nº 16³⁸ que dispõe sobre o papel importante dos consumidores na repercussão do consumo no meio ambiente e na utilização dos recursos naturais do mundo, a lei brasileira não destaca especialmente esta função de “consumidor”. Como afirma De Certeau “Comprovamos os sintomas que são as ações individuais, as operações locais e até as forma-

³⁴ Recomendação Nº1, cap nº10, em *Grandes Orientações*: pág. 107.

³⁵ *Grandes Orientações*, pág. 125.

³⁶ *Grandes Orientações*, pág. 127.

³⁷ *Grandes Orientações*, pág. 128.

³⁸ Recomendação Nº16, em *Grandes Orientações*: págs. 126, 127.

ções ecológicas pelas quais se preocupa, no entanto, de modo prioritário, a vontade de administrar coletivamente as relações com o meio ambiente. Essas maneiras de se reapropriar do sistema produzido, criações de consumidores, visam uma terapêutica de socialidades deterioradas, e usam técnicas de reemprego onde se podem reconhecer os procedimentos das práticas cotidianas”.³⁹ Mas no contexto da educação ambiental não-formal, a lei dá importância elevada à sensibilização ambiental dos agricultores (art. 13º, VI) e das populações tradicionais ligadas às unidades de conservação (art. 13º, V).

Na filosofia da Conferência de Tbilisi cabe à educação ambiental, entre outros objetivos, “formar os valores éticos (.....) que constituem a base da autodisciplina e favoreçam o desenvolvimento de comportamentos cada vez mais compatíveis com a preservação e a melhoria do meio ambiente”⁴⁰. Deste modo cabe a ela “contribuir para a busca de uma nova ética baseada no respeito pela natureza, no respeito pelo homem, e sua dignidade e no respeito pelo futuro, bem como na exigência de uma qualidade de vida acessível a todos com o espírito geral de participação”⁴¹ levando em conta a influência positiva e enriquecedora dos valores éticos.

São os valores sociais que o legislador brasileiro coloca em primeiro lugar definindo o termo educação ambiental no art. 1º: “Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum de povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade”. São também os valores sociais que definem nossa cultura presente.

Manter atenção permanente à formação de valores faz parte integral do processo educativo ambiental e expressivamente, a vinculação entre a ética, a educação, o trabalho e as práticas sociais, é considerada princípio básico da educação ambiental.

Entre os meios para proteger o meio ambiente se destaca claramente a educação ambiental. Desde Freud sabemos que nossa consciência determina nossas decisões e ações na vida cotidiana, assim sendo também o nosso comportamento ambiental. O que é que estimula os nossos responsáveis da União, dos Estados e dos Municípios criar novas unidades de conservação? O que é que estimula os promotores e os juízes de aplicar as leis ambientais com mais rigor? O que é que estimula os funcionários das instituições ambientais de executar as

³⁹ Certeau, Michel de. *A invenção do Cotidiano*. Petrópolis, RJ; Vozes, pág. 52.

⁴⁰ Recomendação nº 1. 6

⁴¹ idem, nº 1.5.

leis ambientais rigorosamente? Por que os responsáveis de licitações vão exigir cada vez mais o Certificado ISO 14.000 das empresas participantes. Por que cada vez mais acontecem Feiras de Meio Ambiente nas escolas?

Iniciou-se já o processo de reflexão, então um processo filosófico, sobre os aspectos atuais da relação homem/natureza. Começamos a pensar uma alteração dos costumes e comportamentos tradicionais que compõem a nossa cultura. Começamos colocar em questão nossa própria existência em relação a respeito à natureza. Começamos questionar o que é necessário para dar continuidade ao desenvolvimento humano e quais os pré-requisitos para a sobrevivência do ser humano em dignidade. Quais as mudanças necessárias na vida cotidiana para atingir uma vida em harmonia com a natureza e suas leis?

Buscando uma nova ordem de espírito de responsabilidade e solidariedade para conviver harmoniosamente com a natureza, a Educação Ambiental nos oferece todo o conhecimento da Pedagogia para acelerar e aprofundar o processo de sensibilização e conscientização ambiental. A educação ambiental em sua transdisciplinariedade permitirá transformar nossa cultura tradicional em uma cultura na qual o ser humano vive novamente em harmonia com si e seu ambiente natural, transformando consciência cultural em ações ambientalmente adequadas para preservar para as presentes e futuras gerações aquelas condições de vida que o cosmos construiu em 15 bilhões de anos de trabalho.

Numa observação final, destaca-se que o respeito a uma das maiores biodiversidades do mundo em nosso país bem como, a recente crise energética, mais concreta ecológica exige que realizemos, o mais rápido possível, o mandamento da Constituição de 1988 de proteger o nosso meio ambiente também através uma educação ambiental eficaz, baseada em atuais e novos valores éticos, capazes de modificar comportamentos e atitudes para se tornarem cada vez mais compatíveis com uma vida em harmonia e em respeito à natureza. A Lei 9.795/99 garante o cumprimento de urgentes necessidades ambientais. Mas, com certeza, é necessário uma incorporação ainda maior da educação ambiental na nossa vida cotidiana e, sérios esforços para enfrentar esta crise. Será que a crise ambiental finalmente não é crise ecológica, mas sim, crise da razão? Será que os problemas ambientais são, fundamentalmente, problemas do conhecimento? Será que o desenvolvimento do ser humano no decorrer da história já chegou a seus limites definitivos? Será que precisamos de uma nova filosofia?

A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A NOVA HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Marcos de Oliveira Pinto, Juiz de Direito, titular da Comarca de Simão Dias. Mestrando pela Universidade Gama Filho/RJ, na área de concentração “Direito, Estado e Cidadania”.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo proceder a uma análise acerca do princípio da separação dos poderes, enquanto base do Estado Democrático de Direito, e a garantia dos direitos fundamentais do cidadão, verificando, neste aspecto, a relação entre eles existentes e a posição do indivíduo, membro de uma sociedade, perante o próprio Estado.

Para tanto, em primeiro lugar, se pretende a demonstração de como a separação dos poderes se constituiu em fator de necessidade para o Estado Liberal, procedendo seu exame a partir das idéias que surgiram no decorrer do século XVII e seguintes, em oposição ao Estado Absolutista, que suprimia a liberdade do indivíduo, concentrando o poder e a produção normativa unicamente na pessoa do monarca.

As idéias de John Locke, Montesquieu e Jean-Jacques Rousseau, representantes do jusnaturalismo, em oposição ao Estado Absoluto, fomentaram e solidificaram a organização política do Estado com limitação do seu poder, ou seja, passou-se de uma sociedade onde o destino de todos estava nas mãos do rei, para uma organização social baseada na obrigação do Estado de prestar segurança aos seus integrantes, de promover o bem comum e de possibilitar o seu próprio controle, quanto aos atos de poder por ele praticados.

A segurança do cidadão passa a se concretizar pela previsibilidade das ações do Estado. O direito é genérico e impessoal. O papel do juiz, então, cinge-se em declará-lo, sem possibilidade de introduzir em suas decisões suas convicções pessoais, seus valores. A garantia do indivíduo é preservada e fundada sob o prisma do pacto social. A união de todos em sociedade, na transferência de

parcela de seus direitos, autoriza o entendimento de que o Estado não pode fazer mais do que o que recebe, não pode ir contra a vontade geral e nem contra a finalidade para o qual foi instituído, qual seja a de prestar paz e segurança aos indivíduos.

Partindo dessa visão, adentra-se no exame das garantias concernentes aos direitos fundamentais do cidadão, tais como a questão relativa aos direitos humanos e à própria segurança pública, e seu enquadramento atual frente à separação dos poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, quanto às limitações e competências destes e a necessidade de se dar efetividade a tais direitos fundamentais.

O estudo, por evidente, adentra no campo do Direito Constitucional, da própria Constituição Federal do Brasil de 1988, quanto a nova hermenêutica dos princípios ali encartados, de forma explícita ou implícita, e que dizem respeito aos direitos fundamentais do cidadão e da necessidade de se promover a eficácia dos mesmos diante da organização social e política do país. Objetiva-se também uma análise acerca de eventuais colisões de princípios e a sua forma de solução, de modo que se garanta ao indivíduo a preservação dos seus direitos em face do Estado.

Em conclusão, pretende-se demonstrar o desdobramento da problemática quanto à eficácia jurídica dos princípios constitucionais inerentes aos direitos fundamentais, à separação dos poderes e ao papel do Poder Judiciário na solução dos litígios envolvendo o indivíduo e o Estado.

2. O ESTADO LIBERAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. VISÃO HISTÓRICA.

A formação do Estado Moderno, com a crise do sistema feudal, representou a centralização do poder e a unificação do território, evoluindo-se para as Monarquias Absolutistas, sistema de governo centrado na pessoa do monarca. O poder de dizer o direito e de executá-lo, prestando a própria justiça, residia na pessoa do rei. O poder absoluto deste contrastava com a insegurança do indivíduo, que não tinha previsão das ações do governante, tendo que se submeter às regras e ordens que lhe eram impostas, inclusive pela força.

Neste sentido, válido observar o pensamento de Thomas Hobbes, adepto da escola contratualista, que entendia a origem e a formação do Estado, e, por conseguinte, da própria sociedade, partindo da idéia de elaboração de um *contrato*, posto que antes deste os homens viviam em total desorganização e sem qualquer forma de poder. O Estado surge, deste modo, com a união dos indivíduos e o estabelecimento de regras de convivência social e subordinação política, fazendo controle da própria tensão que existe entre as relações do homem com o próprio homem. O poder do monarca, portanto, representando a norma e a

força, é absoluto e ilimitado, numa relação de submissão entre os súditos e o rei, como forma de estabelecer a ordem e garantir a convivência do indivíduo em sociedade. Disso resulta, no Estado Absoluto, na total falta de responsabilidade do monarca, vez que o contrato se forma entre os súditos, em decorrência do que surge o seu poder.

Em oposição a este sistema de governo, surgiu a idealização do controle do poder do Estado, fixando-se como finalidade deste proporcionar aos indivíduos paz e segurança.

John Locke (1632-1704), considerado o pai do individualismo liberal, em seus *Dois Tratados sobre o Governo*, inicia por analisar o denominado estado de natureza, sendo este a situação em que o indivíduo se encontra antes de se organizar em grupo social. No estado de natureza todo indivíduo encontra-se em igualdade, seguindo a lei da natureza, onde ninguém tem mais que o outro, como também não pode dispor de si mesmo ou do outro, nem de suas posses, pois isso contraria a razão das coisas. No estado de natureza possível é a eliminação de um indivíduo para preservação do outro, revidando-se ao ataque do agressor, já que este representa o transgressor da lei da natureza, que exige a defesa da vida. Nesse estado, portanto, cada indivíduo dita sua própria jurisdição, é o juiz de suas próprias causas, o que, por evidente, traz inúmeras implicações em virtude da própria parcialidade de suas deliberações. Nisto, reside a necessidade do governo civil, mas para cuja formação é necessário o acordo do grupamento humano de constituir uma sociedade e estabelecer um corpo político.

A crítica ao Estado Absoluto reside justamente no fato de se demonstrar ser inconcebível que o rei possa ser juiz de sua própria causa e de seus súditos, sem qualquer tipo de controle. À tirania defende-se o direito de resistência. Válido neste aspecto, observar a seguinte assertiva:

Nenhum homem na sociedade civil pode estar isento de suas leis. Pois, se algum homem puder fazer o que bem lhe aprouver e não houver nada na Terra a que se possa apelar, para reparação ou segurança, contra qualquer malefício que ele venha a causar, pergunto se ele ainda não estaria no mais absoluto estado de natureza, não podendo, portanto, ser parte ou membro dessa sociedade civil, a menos que alguém diga que o estado de natureza e a sociedade civil são a mesma e única coisa, e ainda não encontrei nenhum patrono tão grande da anarquia que chegasse a afirmar isto.¹

¹ MORRIS, Clarence (org.). *Os Grandes Filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 145.

Locke, do mesmo modo, desenvolve um conceito de propriedade baseado na idéia de direito natural do indivíduo já existente à época do estado natural, tendo o trabalho como o fundamento originário desse direito. Do mesmo modo, sustenta que para a formação da sociedade civil verifica-se um pacto de consentimento na vontade geral para a formação e organização política do Estado. Nisto reside a fixação de leis diretivas da sociedade civil, assegurando ao indivíduo o direito à vida, à liberdade e aos bens adquiridos, móveis e imóveis. Quanto aos fins da sociedade política e do seu governo, assevera ele que:

Assim, quem quer que detenha o poder supremo ou legislativo de qualquer Estado está obrigado a governá-lo por meio de leis fixas e estabelecidas, promulgadas e conhecidas pelo povo, e não mediante decretos extemporâneos, por meio de juízes imparciais e probos, aos quais cabe decidir controvérsias seguindo essas leis; e a empregar a força da comunidade no país apenas na execução de tais leis, ou no exterior para impedir ou reparar injúrias estrangeiras e garantir a comunidade contra incursões ou invasões. E tudo isso deve estar voltado para nenhuma outra finalidade senão a paz, a segurança e o bem público do povo.²

Sustenta Locke que a parcela de poder dada pelo indivíduo ao Estado jamais pode ser retomada, salvo se dissolvida a própria sociedade, devendo sempre ser respeitada a forma pela qual esse poder foi entregue, se de forma definitiva ou temporária, exceto em situações de desrespeito pelo detentor do poder quanto aos limites que lhes foram estabelecidos. Nisto, aponta também ser inimigo da sociedade o governante ou súdito que busca violar os direitos estabelecidos para o próprio governante ou para os governados, indo de encontro à Constituição e à estrutura de um governo justo.

Charles Louis de Secondat (1689-1755), o Barão de Montesquieu, na sua memorável Obra *O Espírito das Leis*, oferece também valorosa contribuição para o fortalecimento da idéia da separação dos poderes e de suas limitações. Estabelece ele, quanto às leis, que as relações de justiça são anteriores às leis positivas, que as orientam, afirmando que “A lei, em geral, é a razão humana, na medida em que governa todos os povos da terra, e as leis políticas e civis de cada nação devem ser apenas os casos particulares em que se aplica essa razão humana.”³

² MORRIS, Clarence (org.). *Os Grandes Filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 149.

³ Montesquieu/Col.Pensadores (ed. Nova Cultural). *Do Espírito das Leis* (Vol. I. -Livro I – cap. III). p. 42.

Quanto aos tipos de governo (regime), Montesquieu diferencia a monarquia, onde existe um só governante, mas com o respeito às leis estabelecidas; a república, onde governa o povo; e o despotismo, onde governa a vontade de um só. Ao tratar da simplicidade das leis criminais nessas diferentes formas de governo, demonstra ele que quanto mais valiosa for para o sistema a vida do súdito, bem como seus bens, mais respeito e observância se efetivará com relação ao procedimento judicial. Justamente o contrário ocorre no sistema despótico de governo, onde a simplicidade da solução dos problemas demonstrar a insegurança do indivíduo. Nisto destaca Montesquieu, “No governo republicano, os homens são todos iguais; iguais também são no governo despótico; no primeiro, porque são tudo; no último, porque não são nada”⁴.

No exame da Constituição da Inglaterra, efetivado também por Montesquieu, elabora ele suas observações quanto às funções dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, defendendo a necessária independência entre eles, como também estabelecendo regras de interpenetração das suas funções, como se verifica no julgamento pelos pares em casos de crimes políticos, demonstrando, assim, que a total independência entre os poderes também não é totalmente conveniente. Quanto a apontada importância de separação das funções dos poderes, afirma o mesmo que:

Por outro lado, não existe liberdade se o Poder Judiciário não for separado do legislativo e do executivo. Onde ele está reunido ao Legislativo, a vida e a liberdade do súdito estarão expostas ao controle arbitrário; porque, então, o juiz seria o legislador. Onde ele está reunido ao Poder Executivo, o juiz pode comportar-se com violência e opressão.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo, seja de nobres ou do povo, exercesse esses três poderes, o de promulgar leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar as querelas dos indivíduos.⁵

A noção de liberdade do indivíduo, portanto, reside na própria noção de segurança frente às regras de ordenação social pela lei, visto que ninguém pode ser obrigado a fazer o que ela não permite, nem a deixar de fazer aquilo que ela permite. O próprio papel do juiz é seguir a letra da lei, é ser a boca da lei. Nisto vislumbra-se uma regra de segurança, posto que o indivíduo fica livre das inter-

⁴ MORRIS, Clarence (org.). *Os Grandes Filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 162.

⁵ MORRIS: 2002. p. 167.

pretações parciais, dos valores pessoais do juiz, já que este nada mais tem como função do que dizer o direito, de expressar unicamente a vontade da lei. Deste modo, permite-se à sociedade, diante das regras estabelecidas, conhecer as suas obrigações, de comportar-se como estabelecido na regra.

A teoria da separação dos poderes tem por base um sistema de controle de um poder pelo outro, do poder advindo da monarquia pelo poder oriundo do povo, ou seja, se faz necessário que ao poder do rei se possa contrapor o poder popular, disso resultando o império da lei e a administração de paz e segurança para o indivíduo, visto que deste modo fica ele protegido, livre, das ações irresponsáveis, arbitrárias, do soberano, em oposição, portanto, ao verificado no Estado Absoluto.

O *Contrato Social*, obra célebre de Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), é marco na solidificação do entendimento da organização e forma de legitimação do poder político. A passagem do estado de natureza para o estado civil, o pacto social, a liberdade civil e o exercício da soberania, bem como a diferenciação entre o governo e o soberano, além do próprio surgimento da propriedade, são aspectos desenvolvidos no sentido de demonstrar como se organizou a sociedade política e como se estabelecem as relações entre o Estado e o indivíduo.

“O HOMEM NASCE LIVRE, e por toda a parte encontra-se a ferros.”⁶ Nisto reside a idéia a partir da qual Rosseau procura demonstrar como o homem deixou o seu estado de natureza e evoluiu para o estado em sociedade. Como sua liberdade, no estado natural, foi substituída pelas regras estabelecidas pelo Estado, que o aprisionam e limitam o seu comportamento. Desenvolve então a idéia do pacto social, por meio do qual o homem chega à conclusão de que é necessário buscar uma forma de organização social que permita a preservação de sua própria pessoa e de seus bens, o que é tido como não possível no estado de natureza, onde através da resistência se busca a preservação. Essa união permite ao homem uma maior organização, que lhe garanta a sobrevivência e a manutenção de sua propriedade, mas que também lhe proporcione liberdade, posto que cada indivíduo concede parcela de seus direitos em favor da comunidade, de modo que cada um perde parte desses direitos mas também recebe dos demais indivíduos a parte dos direitos que eles também concederam. Arremata o citado autor que:

Enfim, cada um dando-se a todos não se dá a ninguém e, não existindo um associado sobre o qual não se adquira o mesmo direito que se lhe cede sobre si mesmo, ganha-se o equivalente de tudo que se perde, e

⁶ Rousseau/Col.Pensadores (ed. Nova Cultural). *Do Contrato Social* (Vol. I. -Livro I – cap. I).” p. 53.

maior força para conservar o que se tem.

Se separar-se, pois, do pacto social aquilo que não pertence à sua essência, ver-se-á que ele se reduz aos seguintes termos: 'Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a direção suprema da vontade geral, e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo'.⁷

O poder soberano, portanto, resulta da união das parcelas de direito que são transferidos pelos indivíduos em sociedade, permitindo observar, pois, que o soberano não pode atuar por interesses diversos do corpo social, sob pena de cair em total ausência de legitimação quanto às suas ações. O que homem, por outro lado, “[...] perde pelo contrato social é sua liberdade natural e o direito ilimitado a tudo que tenta obter e consegue obter; o que ele ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo que possui.”⁸ A liberdade do indivíduo em sociedade, portanto, encontra limite na vontade geral. Ao indivíduo, do mesmo modo, é garantido o direito à propriedade de seus bens, baseado no usufruto e no trabalho desenvolvido pelo homem.

O soberano, dentro da visão do pacto social, portanto, tem poder limitado, visto que existe e atua em benefício da sociedade. Neste sentido, demonstra Rousseau que o pacto social fornece ao corpo político poder absoluto, que lhe permite dispor do corpo social da forma que é mais vantajosa para todo o grupamento, tudo sob direção da vontade geral, que é justamente a isto que ele dá o nome de soberania. O soberano, entretanto, não pode impor aos indivíduos nada que contrarie a lei da razão ou a própria lei da natureza, posto que se assim agir estará indo de encontro à vontade geral, contra o próprio grupamento social, que tem como objetivo a felicidade de todos, com igualdade de direitos e ideal de justiça comum.

A limitação do Estado decorre da imposição de leis pela vontade geral, como condição da associação civil. Quanto às leis destaca principalmente as leis políticas, ou fundamentais, as leis civis e as leis penais. As primeiras dizem respeito acerca da relação do Estado consigo mesmo, do soberano com o Estado. As leis civis se referem às relações entre os indivíduos ou destes com o próprio Estado. Por fim, as leis penais se estabelecem em decorrência da relação entre o indivíduo e a lei, quanto ao cometimento de desobediência e à imposição de

⁷Rousseau/Col.Pensadores (ed. Nova Cultural). p. 70-71.

⁸MORRIS, Clarence (org.). *Os Grandes Filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 218.

sanção pelo ato transgressor da norma.

A diferenciação entre o governo e o soberano, segundo Rousseau, reside no fato de que o governo é o legítimo exercício do Poder Executivo, enquanto que governante é a pessoa do príncipe ou do magistrado, o homem que é encarregado da administração do governo. Esta distinção é salutar, principalmente quando se parte para uma análise do Estado limitado pela lei, pois os atos do governante contrários à vontade geral são despidos de legitimidade, por irem de encontro ao corpo social, ao bem-estar de todos.

Partindo para a análise dos princípios que norteiam as diversas formas de governo, finda Rousseau por estabelecer uma relação entre o tamanho do Estado e a forma de governo, ou seja, estabelece que para os Estados pequenos se admite o governo democrático; para os Estados médios, o governo aristocrático; e para os Estados grandes, a monarquia. Embora desacredite no regime democrático, a ponto de dizer não ser aplicável aos homens, mas aos deuses, finda por dizer que o bom governo é aquele que proporciona o bem-estar do povo, que lhe garante prosperidade.

A falta de legitimidade do governante, quanto ao abuso de governo e sua tendência a degenerar, reside nas situações em que o príncipe deixa de administrar o Estado de acordo com as leis e usurpa o poder soberano, bem como quando os membros do governo usurpam separadamente o poder que deveriam exercer apenas na condição de um corpo. Nisto reside um desvirtuamento da finalidade do governante, seja de um só ou de um conjunto de representantes, cujas ações tendem a esbarrar no que determina a vontade geral.

Feitas tais análises, é de se ver que as idéias desenvolvidas por Locke, Montesquieu e Rousseau, fundamentais para o surgimento da idéia de limitação do poder do Estado em prol da segurança do indivíduo, enquanto ser social e submetido às regras de convivência, servem de base para o entendimento do princípio da separação dos poderes, tal qual hoje vigorante nos Estados Democráticos de Direito.

Abandonou-se a idéia de total submissão do homem ao Estado, da perda total de liberdade em razão do poder absoluto do monarca, partindo-se para a idéia de organização política como garantidora dos direitos do cidadão. Ao invés da insegurança proporcionada pelo poder absoluto do rei, a segurança jurídica do indivíduo em sociedade, tanto nas suas relações com os outros indivíduos, como na sua relação com o próprio Estado, cuja obrigação é proporcionar o bem-estar social, com o estabelecimento dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, harmônicos e independentes entre si. Neste sentido, afirma Paulo Bonavides que:

Em suma, é o velho artigo da doutrina clássica que ainda perdura em nossos dias, naturalmente escoimado dos vícios e das incompreensões derivadas da extrema rigidez de sua aplicação nos ordenamentos constitucionais do liberalismo.

Sua acolhida, por uma das Constituições contemporâneas do Estado social, revela, portanto, irretorquivelmente, a legitimidade dessa conclusão: onde houver Estado de Direito (e Estado de Direito é sempre o Estado onde impera a limitação de poderes), haverá, de necessidade, como um dos eixos da ordem constitucional, aquele princípio, a que tanto se ligaram os nomes de Locke e Montesquieu.⁹

3. UMA NOVA PERSPECTIVA ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A análise da questão relativa aos direitos fundamentais tem por finalidade, ressaltando a importância do princípio da separação dos poderes, que após o surgimento do Estado Moderno direcionou a organização das sociedades políticas para a segurança do cidadão e a limitação do poder do Estado, demonstrar, na atualidade, a necessidade de se dar eficácia a tais direitos, preservando o indivíduo nas suas relações sociais e com o Estado, indicando o papel do Poder Judiciário como garantidor desses direitos, sem, no entanto, invadir a esfera de competência dos demais poderes constituídos, Executivo e Legislativo.

É evidente que os direitos fundamentais norteiam nas sociedades modernas as ações do Estado, sejam estas executivas, legislativas ou judiciais. Todavia, é evidente, já que estruturado o Estado Democrático de Direito com base na separação dos poderes, que o Judiciário desempenhe sua função judicante voltado agora para o social, para a situação do indivíduo dentro da sociedade, de modo que a função de garantir paz e segurança ao homem, e, por consequência, de lhe proporcionar bem-estar, esteja sempre sendo realizado segundo as regras relativas à eficácia dos direitos fundamentais, consoante previstas na Constituição.

Não se trata de se estabelecer uma ditadura do Poder Judiciário ou de qualquer outra supremacia deste com relação aos demais Poderes, Executivo e Legislativo. Pretende-se apenas que a interpretação das regras e princípios constitucionais dos direitos fundamentais proporcione ao indivíduo o estado de liberdade dentro da sociedade, garantindo os princípios básicos da dignidade da pessoa humana, em sua relação com o próprio Estado.

O desenvolvimento das políticas públicas, constitucionalmente previstas como obrigação do Estado, a exemplo da política de segurança pública, deve estar voltada para a realidade, posto que de nada adianta se garantir ao indivíduo uma norma de proteção estatal em sociedade, sem que na prática tal não se concretize.

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 511.

Se o Estado, enquanto Poder Executivo, na sua suprema obrigação de proporcionar paz e tranqüilidade aos indivíduos, se omite, abre-se a possibilidade de se judicializar a questão, de modo que se possam analisar os desvios de finalidade ou qualquer outro vício que esteja a comprometer o direito fundamental de segurança pública, sem que com isso agridam competências, mas impondo consequências jurídicas ao ato omissivo.

3.1. UMA ANÁLISE ACERCA DA COLISÃO DOS PRINCÍPIOS RELATIVOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de se prosseguir na questão relativa aos direitos fundamentais tendo por base a relação indivíduo e Estado, urge observar a possibilidade de se verificar conflito entre os próprios direitos fundamentais, enquanto princípios encartados na Constituição.

É certo que a aplicação das regras tradicionais de interpretação implicam em diversos problemas quando a questão envolve direitos fundamentais, tendo em vista a ocorrência de colisões verificadas entre tais direitos. Neste sentido, válido registra o que afirma Robert Alexy:

O conceito de colisão de direitos fundamentais pode ser desenvolvido de forma estrita ou ampla. Se concebido de forma estrita, então devem ser consideradas apenas aquelas situações que envolvam colisões de direitos fundamentais. Aqui se pode falar de colisões de direitos fundamentais em sentido estrito. Uma concepção mais ampla permite considerar as colisões de direitos fundamentais com outras normas ou princípios que tenham por objeto a proteção de interesse comum. É o conceito de colisão de direitos fundamentais em sentido amplo. Os tipos de colisão são temas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. [...].¹⁰

A colisão de direitos fundamentais em sentido estrito se refere às situações em que o exercício ou a realização do direito fundamental de um indivíduo produz efeitos negativos sobre os direitos fundamentais de um outro indivíduo, o que pode ocorrer com relação a direitos fundamentais idênticos ou não. Por outro lado, a colisão de

¹⁰ ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10 de dezembro de 1998. Cópia mimeo. p. 2-3.

direitos fundamentais em sentido amplo se refere à colisão de direitos fundamentais com valores protegidos pelo interesse público ou pelo interesse coletivo.

Na solução da questão relativa à colisão dos direitos fundamentais, cumpre de logo destacar o fato de que tais direitos previstos na Constituição devem ter força vinculante, a exemplo do disposto no artigo 5º, parágrafo 1º, da Carta Magna Brasileira, e, portanto, suas normas são judicializáveis, ou seja, são passíveis de controle pelo Poder Judiciário. Deste modo, impõe-se a efetividade de tais normas/princípios. Segundo Robert Alexy, pois, “[...] não existe apenas direito humano à vida se não direito humano a que exista um Estado que implemente esse direito. Essa institucionalização inclui a necessária possibilidade de judicialização.”¹¹

O entendimento de representação dos direitos fundamentais através de um caráter de meras regras normativas não traz uma solução aceitável para suas colisões, vez que se prenderia à declaração de invalidade de uma das normas, a declaração de não-aplicabilidade de uma dessas normas ou, mesmo, a criação de uma exceção em uma das duas normas conflitantes. Logo, a solução residiria na subsunção das regras, ao invés da ponderação, que é o processo para o deslinde dos conflitos entre princípios.

O caráter de princípios aos direitos fundamentais, portanto, oferece uma solução mais efetiva quanto ao problema da colisão de tais direitos, devendo ser observado, entretanto, que tal perspectiva não induz que a relação de direitos fundamentais prevista na Constituição não contenha regras, definições precisas, mas implica em que essas regras estão e são relacionadas aos princípios que as rodeiam e sustentam. Quanto a teoria dos princípios e a solução das colisões dos direitos fundamentais, afirma Robert Alexy que:

A grande vantagem da teoria dos princípios reside no fato de que ela pode impedir o esvaziamento dos direitos fundamentais sem introduzir uma rigidez excessiva. Nos seus termos, a pergunta sobre a legitimação de uma restrição há de ser correspondida mediante ponderação. O postulado da ponderação corresponde ao terceiro subprincípio do postulado da proporcionalidade no direito constitucional alemão. O primeiro é o postulado da adequação do meio utilizado para a persecução do fim desejado. O segundo é o postulado da necessidade desse meio. O meio não é necessário se se dispõe de um mais suave ou menos

¹¹ ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10 de dezembro de 1998. Cópia mimeo. p. 9.

restritivo. Constitui um fortíssimo argumento, tanto para a força teórica quanto prática da teoria do princípio que os três subprincípios do postulado da proporcionalidade decorram logicamente da estrutura principiológica das normas de direitos fundamentais a estas da própria idéia de proporcionalidade.¹²

A regra da proporcionalidade, subdivida em adequação, necessidade e ponderação, portanto, se mostra uma forma segura de garantir a aplicação vinculativa e flexível dos direitos fundamentais, possibilitando a real aplicação das regras constitucionais em benefício da sociedade, do indivíduo, sem que se adotem soluções radicais, prejudiciais à própria estabilidade do ordenamento jurídico, sem que a relação do cidadão com o Estado se verifique de forma sempre a exigir deste o desempenho regular do seu papel de provedor do bem comum.

3.2. DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A concretização dos direitos fundamentais, portanto, superada a questão relativa a eventuais colisões de princípios, reside efetivamente na eficácia das normas e princípios previstos na Constituição. De acordo com o que ficou registrado, é por demais evidente que a visão do juiz como sendo a boca da lei, como defendida por Montesquieu, em muito distancia o ideal de concretude de tais direitos fundamentais, até porque a discussão principal então travada era de ver na lei a limitação dos poderes do governante, em oposição ao Estado Absoluto, consoante já analisado.

O formalismo metodológico da Teoria Pura do Direito, centrado numa estruturação de normas de escalão superior e inferior, tendo como pressuposto uma norma fundamental hipotética, também se mostra inválido para a problemática da necessidade de se garantir a efetividade das normas e princípios dos direitos fundamentais previstos na Constituição, sob o aspecto material, como um direito, não meramente como uma lei.

A hermenêutica, assim, vista como técnica de interpretação¹³, ganha uma nova forma de interpretar o Direito Constitucional e, por conseguinte, de interpretar os próprios direitos fundamentais. Neste aspecto, cumpre ver que Paulo Bonavides assim se afirma:

Sob a égide, em grande parte, da Nova Hermenêutica, o constitucionalismo de renovação da segunda metade deste

¹² ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. P. 14-15.

¹³ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 497.

século já oferece os seguintes resultados: a criação científica de um novo Direito Constitucional, ou pelo menos, a reconstrução desse ramo da ciência jurídica; a formação de uma teoria material da Constituição, fora dos quadros conceituais do jusnaturalismo e das rígidas limitações do positivismo formalista, ou seja, o da velha linha de Geber, Laband, Anschuetz, Jellinek – este mais atenuadamente – e, de último, Kelsen; a inauguração no Direito Público de um novo pólo de investigações interpretativas, dantes concentradas em esfera nomeadamente jusprivatista ou juscivilista; a elaboração de duas novas teorias hermenêuticas: uma interpretação da Constituição, mais ampla, e outra de interpretação dos direitos fundamentais, mais restrita, ambas, porém, originais e autônomas; a introdução do princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional, ampliando avassaladoramente a esfera de incidência desse ramo da ciência do direito, sobretudo no sentido de proteção mais eficaz dos direitos fundamentais perante o Estado [...].¹⁴

Os direitos fundamentais, como garantias da liberdade, sob o império de um Estado social, ocupam posição central na nova hermenêutica, tendo em vista a necessidade corrente de se dar eficácia aos mencionados direitos fundamentais. Busca-se dessa forma possibilitar ao cidadão, na realidade, a operacionalização daquelas normas e daqueles princípios que lhe garante liberdade e dignidade como pessoa humana frente às ações e decisões de poder produzidas pelo Estado. Neste sentido, afirma Paulo Bonavides:

Em verdade, na Constituição, a tripartição e a organização dos poderes são, de último, tocante à sua estrutura, a imagem do Estado, ao passo que os direitos fundamentais compõem a efígie da Sociedade. Espelhando-a, exibem tais direitos numa extrema complexidade, por retratarem os fatores sociais de poder, sujeitos a constantes variações, das quais recebem um certo grau de relevância interpretativa.

[...]

Com efeito, a esfera mais crítica e delicada para o estabelecimento de um Estado de Direito era, na idade do Estado liberal, a organização jurídica dos Poderes, a distribuição de suas competências e, por conseguinte, a harmonia e o equilíbrio funcional dos órgãos

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 536.

de soberania, bem como a determinação de seus limites. Hoje, os direitos fundamentais ocupam essa posição estrutural culminante.¹⁵

Deste modo, por esta nova visão da hermenêutica, o homem, enquanto indivíduo integrante do corpo social, adquire primazia dentro de um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, quanto às regras e princípios estabelecidos dentro da Constituição da República de 1988, onde a vida, a liberdade, a dignidade, a segurança, individual e da família, o bem-estar social e o patrimônio, entre outros, são aspectos de extrema relevância quando se observam situações de conflito e a necessária preservação dos direitos fundamentais.

O Estado e o ordenamento jurídico, frente à realidade constitucional, devem estar voltados para o indivíduo e, neste sentido, o papel a ser desenvolvido pelo Poder Judiciário é justamente o de fazer valer as garantias dos direitos fundamentais, visto que, como já dito, de nada adianta ao homem a previsão de política de segurança pública, se o Estado, enquanto Executivo, é omissivo, colocando sua vida e de sua família, bem como seu patrimônio, em constante situação de tensão, de perigo, inclusive pelo próprio estabelecimento de uma situação de impunidade, que, com certeza, vai de encontro às finalidades do próprio Estado e da própria política de segurança pública que deve por ele ser desenvolvida.

O juiz dispõe de função social e não pode se distanciar dos valores da sociedade a que pertence e em razão da qual encontra-se investido na função pública de prestar jurisdição. Não se deve, do mesmo modo, olvidar das questões de natureza constitucional a cargo dos tribunais superiores. Todavia, a garantia dos direitos fundamentais do indivíduo, como aspecto essencial para a paz e liberdade do indivíduo em sociedade, exige uma postura valorativa da realidade, de modo que na solução dos conflitos entre os indivíduos e entre estes e o Estado, predomine a proporcionalidade, ao contrário da rigidez das normas, que por si só são insuficientes para o equacionamento da problemática relativa a eficácia das regras e princípios constitucionais.

Numa realidade globalizada, como a atual, onde os fatores reais de poder ameaçam a própria liberdade do indivíduo, através de um sistema capitalista neoliberal, com a industrialização, com danos à saúde e ao meio ambiente, onde a informática e os meios de comunicação possibilitam uma rápida troca de informações, com perda de valores, a garantia dos direitos fundamentais deve ser preponderante, a fim de que se preservem ao indivíduo o bem-estar social, com dignidade e segurança.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 539.

Cumpre ver, por oportuno e necessário, que ao promover a garantia dos direitos fundamentais, não cabe ao Poder Judiciário agir sem critério, ofendendo competências de outros Poderes, Executivo ou Legislativo. Não se trata, como já dito, de se impor uma ditadura do Judiciário. Mas, ao contrário, busca-se possibilitar a efetividade das regras e princípios previstos na Constituição, permitindo ao cidadão a postura de exigência quanto às obrigações do Estado, no desenvolvimento de suas políticas públicas, como é o caso da saúde e da já mencionada segurança pública. Pretende-se estabelecer uma efetividade real, uma estabelecimento de relação ente o Estado e sua finalidade, quanto ao trato com o indivíduo, em respeito a vida, a liberdade, a honra, e outros tantos aspectos inerentes à dignidade da pessoa humana.

A teoria material da Constituição, visto ela enquanto direito e não apenas como lei, força uma integração da norma por ela posta, o princípio a ela relacionado, e a própria realidade do indivíduo em sociedade. Como também já observado, é evidente que todos os Poderes constituídos, em suas ações próprias e específicas, já visam o cumprimento dos preceitos inseridos na Constituição. O papel do Judiciário, como aplicador da lei, é garantir os direitos fundamentais, possibilitando-se a eficácia necessária ao desenvolvimento da sociedade segundo o estabelecido na sua norma fundamental.

Paulo Bonavides, neste sentido, chega à conclusão de que, efetivamente, deve imperar a Constituição no seu sentido material. Afirmar ele:

Se exagerarmos, porém na teoria material da Constituição, tornamos a reiterar, o Direito Constitucional corre o grave risco de dissolução; já que não será ciência, mas literatura política, e, além de entrar em declínio de normatividade, ele se flexibilizará, disperso nos casuísmos do poder ou nas soluções tópicas de um decisionismo sem juridicidade, que confunde poderes, extingue garantias e transgride competências. Faz-se, assim, movediça a ordem constitucional, e todo o sistema jurídico se desloca para um campo de instabilidade. Não é, contudo, o arbítrio, e sim a liberdade em toda a sua multivalência, que compõe a base e a essência da teoria material da liberdade. Com a liberdade, vista sempre à luz das complexidades de nossa época, é de se esperar passe essa teoria definitivamente a prevalecer na região da doutrina.¹⁶

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 544.

De se ver, portanto, que com a superação do período relativo ao Estado liberal, onde prevalecia, como imperativo, a necessária limitação dos poderes do Estado, com a sistematização do princípio da separação dos poderes e a formação dos Estados Democráticos de Direito, a exemplo do Brasil, e a ordem constitucional posta a partir da Constituição Federal de 1988, a garantia dos direitos humanos se apresenta como finalidade maior quanto às regras e princípios previstos na Constituição, dando-se especial importância ao homem na sua relação com o Estado e, portanto, atribuindo ao Poder Judiciário a função de solucionar os conflitos daí decorrentes, estabelecendo-se para tanto uma teoria de proporcionalidade.

A adequação, a necessidade e a ponderação são os critérios a serem observados na solução dos conflitos, na colisão dos princípios atinentes aos direitos fundamentais, efetivando-se a concretização das atribuições do Estado, quanto às suas políticas públicas, no interesse maior de permitir ao indivíduo a convivência numa sociedade igualitária e de garantia da liberdade.

4. CONCLUSÃO

A conclusão a que se chega, face ao que acima foi apresentado, desde a própria análise histórica acerca dos ideais que nortearam o Estado liberal, em oposição ao Estado Absolutista, bem como em razão da estabilização do princípio da separação dos poderes nos Estados Democráticos de Direito, é da atual e imperiosa necessidade de se dar primazia ao homem, enquanto ser integrante da sociedade, possibilitando a concretização da garantia dos seus direitos fundamentais, mediante a eficácia das regras e princípios constitucionais atinentes a tais direitos. Afasta-se o rigorismo do positivismo jurídico. Estabelece-se uma nova hermenêutica, uma nova via de interpretação voltada para a efetividade dos direitos fundamentais.

Longe de se estabelecer uma supremacia do Poder Judiciário, atribui-se a este, frente aos demais Poderes constituídos, Legislativo e Executivo, um novo caráter social ao dispor de um novo Direito Constitucional, de uma nova forma interpretativa dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo na sua relação com o Estado.

O desenvolvimento das políticas públicas, o cumprimento da própria finalidade do Estado em promover o bem-estar da sociedade, possibilita o enquadramento desta nova realidade jurídica constitucional, permitindo que o cidadão adote uma postura de exigência da satisfação de seus direitos básicos, fundamentais, sem que para isto se autorize qualquer quebra ou agressão às áreas de competência dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, visto que sendo correto a harmonia e a independência dos poderes, é por demais aceitável que a

omissão do Estado, pelo Executivo principalmente, possa ser plenamente resolvida pelo Judiciário, como garantidor dos direitos fundamentais.

Pretendeu-se com o presente trabalho, portanto, demonstrar a nova hermenêutica do Direito Constitucional e dos direitos fundamentais, concretizando o entendimento de que a eficácia das regras e princípios constitucionais é uma realidade necessária, uma resposta à omissão do Estado e, por conseguinte, um fator de segurança jurídica para o indivíduo, para toda a sociedade.

REFERÊNCIAS:

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- Montesquieu/Col.Pensadores (ed. Nova Cultural). *Do Espírito das Leis* (Vol. I. - Livro I – cap. III).”
- MORRIS, Clarence (org). *Os Grandes Filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2002.
- Rousseau/Col.Pensadores (ed. Nova Cultural). “Do Contrato Social” (Vol. I. - Livro I – cap. I).” p. 53.
- ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10 de dezembro de 1998. Cópia mimeo.

REVALORIZAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO E JUSTIÇA SOCIAL

Marcos Roberto Gentil Monteiro é assessor jurídico, professor-adjunto da Universidade Federal de Sergipe – UFS, da Faculdade de Sergipe – FASE, bem como do Núcleo de Pós-Graduação em Direito da Universidade Tiradentes – UNTT, diretor do ISEC – Instituto Sergipano de Estudos Constitucionais e mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará – U.F.C.

RESUMO: O problema da ineficácia do Direito não se deve, exclusivamente, ao sistema jurídico, mas também, às informações indevidas que recebe de outros sistemas sociais, principalmente do econômico e do político. A eficácia normativa da norma constitucional que regulamenta o salário mínimo como devendo ser suficiente para o atendimento das necessidades vitais básicas das famílias de trabalhadores é exemplo desta complexidade sistêmica e constitui-se em política pública essencial à justiça social.

A – PRELIMINARES EPISTEMOLÓGICOS

Sabido que o atual estágio evolutivo da humanidade não suporta mais a percepção subjetiva da política enquanto arte, urge identificar interesses de toda uma sociedade, com o escopo de imprimir ações, voltadas ao bem-estar da maior universalidade possível dentre os seres humanos, nesta dimensão do espaço-tempo de início de terceiro milênio, em que vivem. O objetivo de todo e qualquer Estado deve ser o da promoção do bem comum, compreendido este consoante o conceito do Papa João XXIII, citado por DALLARI, Dalmo de Abreu *in Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 107, como sendo “o conjunto de todas as condições da vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”. Tal desiderato, por seu turno, somente pode ser viabilizado através de uma política pública de educação de qualidade, consoante o art. 205, da Constituição Federal de 1988:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada

com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Após mais de uma década de supervalorização do individual sobre o social, em que o neoliberalismo, apoiado na revolução das telecomunicações, acentuou amiúde, e continua por alargar as desigualdades de todas as matizes, de há muito é necessário um projeto político, que, ao ser aplicado, converta-se em um novo caminho para assegurar o bem-estar do povo.

A globalização do capital transforma tal desafio em uma aspiração internacional, de todos aqueles que, desfavorecidos monetariamente, assistem, atônitos, um solapar de direitos das mais variadas dimensões, penosamente adquiridos às custas de um árduo processo histórico de construção de uma nação brasileira livre, justa, solidária e democrática.

B – DA INÉRCIA DO SISTEMA POLÍTICO COMO CAUSA DE SUBTRAÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS

Vergonhosa a desigualdade salarial brasileira: o salário dos 10% mais ricos é igual a 20 vezes o dos 40% mais pobres, conforme o Ministério da Justiça *in* MATTAR, Hélio. *Reduzir a maioria penal é fuga*. Folha de São Paulo. 31 de janeiro de 2001, p. A – 3. E apesar do sistema político haver dotado a norma jurídica inscrita no art. 7º, IV, da Constituição, de ineficácia, continua sendo direito de todo trabalhador brasileiro, “*além de outros que visem a melhoria de sua condição social: IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim*”.

Ocorre que integra o senso comum a impossibilidade fática de R\$ 240,00, R\$ 256,00, R\$ 280,00 (duzentos e oitenta reais) – de acordo com as projeções para o reajuste discutidos pelo governo federal do outrora sindicalista LULA - atenderem as necessidades vitais, mesmo as básicas, do trabalhador e de sua família. Tal injustiça social não ocorre, como se poderia precipitadamente pensar, por deficiência exclusiva do sistema jurídico de garantir o citado direito à cidadania brasileira. É que como diz LUHMANN, Niklas *in Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 225, com a profundidade peculiar aos pensadores alemães:

Apesar de toda a autonomia e do desenvolvimento continuado das diferentes noções jurídicas, as mudanças fundamentais do estilo do direito permanecem condicionadas pela mudança estrutural da sociedade, ou

seja: são por ela incentivadas e possibilitadas. A complexidade da sociedade, rapidamente crescente na era atual, apresenta novos problemas a todas as esferas do sentido, e portanto também ao direito. Ao mesmo tempo, sua riqueza de possibilidades contém o potencial, se bem que não a garantia, de novas formas de solução dos problemas. O crescimento da complexidade social, porém, fundamenta-se em última análise no avanço da diferenciação funcional do sistema social.

A Constituição pátria encontra-se repleta de outras normas ineficazes, contaminadas pela inércia do sistema político, bem como pelo inerte Estado mínimo globalizado, como por exemplo, a que prevê o mandado de injunção ante a ausência de norma regulamentadora, as que preconizam a igualdade, em prejuízo soberbo para a imensa maioria dos administrados. Sobre esta realidade comenta NEVES, Marcelo *apud* SABADELL, Ana Lucia *in Manual de Sociologia Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 111:

Basta lembrar o exemplo do salário mínimo. Nas contínuas discussões sobre a necessidade e a porcentagem de um possível aumento, os políticos e a mídia discutem sobre a viabilidade econômica de uma tal medida. Geralmente, recusa-se um aumento drástico com o argumento de que isto levaria ao endividamento do Estado, à recessão econômica, à inflação etc. Nessas discussões todos parecem ter esquecido a prescrição de que a Constituição de 1988 impõe ao legislador: a obrigação jurídica de instituir um salário mínimo capaz de atender as necessidades de moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social (art. 7º, inciso IV). Tal obrigação não está sujeita a considerações de possibilidade econômica ou política.

C – DA IMPORTÂNCIA DA POLÍTICA PARA A REVALORIZAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO

Nem se pense a esta altura destes escritos que é mais um texto que preconiza o aumento do valor do salário mínimo, diante de sua aviltante miserabilidade econômica.

Nem se pense que a solução seria, como preleciona o injusto receituário neoliberal para os países em desenvolvimento, promover emendas constitucionais, que sepultassem conquistas históricas do povo brasileiro.

A verdadeira alternativa que se apresenta não é diferente da que Aristóteles legou à filosofia política, no berço da civilização ocidental: tendo em vista a

desigualdade natural entre os seres humanos, apenas é possível fazer justiça social por intermédio da “*polis*”, hoje Estado.

A atualização dessa verdade igualitária preconiza a promoção social dos carentes através das políticas públicas. Se se transportar as lições do estagirita para a problemática da concentração de renda no Brasil (nesse torneio, o Brasil não precisa entrar em campo para ser campeão mundial), percebe-se que a alternativa em direção a um Brasil socialmente mais justo passa por um Estado forte, que realize os direitos da cidadania.

Significa dizer que se a escola pública fosse de qualidade e acessível a todos, se houvesse atendimento médico eficiente e não faltassem remédios nos postos de saúde pública, se se tributasse cada vez menos os produtos que compõem a cesta básica, o vestuário, as habitações populares, os transportes públicos, poder-se-ia pensar em um salário mínimo que satisfizesse as necessidades dos trabalhadores e de suas famílias.

D – CONCLUSÃO

Tornar eficaz o direito dos trabalhadores brasileiros a um salário suficiente para o atendimento das necessidades vitais básicas dos mesmos, bem como de suas famílias, não é reivindicação exclusiva de setores estandardizados da sociedade brasileira. Toda a sociedade brasileira em muito ganharia com a revalorização do salário mínimo, inclusive os proprietários dos meios de produção, bem como todos os que de alguma maneira lidam com o sistema financeiro, já que haveria bem maior quantidade de capital circulando.

Poder-se-ia pensar que tal pensamento é utópico, todavia, não o é, mas sim teórico. Uma teoria não é para ser aplicada na prática, fosse assim o homem ainda estaria nas cavernas. A realidade é que deve ser criticada e transformada com base na teoria.

Enquanto se desenvolvem tais escritos, novamente a equipe política e econômica do governo federal, rediscute o reajuste que deve ser aplicado ao aviltante salário mínimo atual. Espera-se que o presidente não se tenha esquecido por completo dos seus inflamados discursos como sindicalista propugnando reajuste digno ao salário mínimo da classe trabalhadora.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DALLARI, Dalmo de Abreu *in Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

LUHMANN, Niklas *in Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MATTAR, Hélio. *Reduzir a maioria penal é fuga*. Folha de São Paulo. 31 de janeiro de 2001, p. A – 3.

SABADELL, Ana Lucia *in Manual de Sociologia Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

A MODERNIZAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS E A EVOLUÇÃO DO DIREITO CIBERNÉTICO

Evânio Moura. Procurador do Estado/SE. Advogado. Pós-Graduado em Direito Público pela UFS. Professor de Direito Penal e Processo Penal da Escola Superior da Magistratura/SE, da Escola Superior da Advocacia/SE e Professor de Processo Penal da Escola Superior do Ministério Público/SE. Professor de Processo Penal da UNIT. Ex-Professor Substituto de Direito Penal e Processo Penal da UFS.

Vinícius Loiola. Bel. em Direito pela UNIT.

1. ESCORÇO HISTÓRICO DAS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS E SUA UTILIZAÇÃO NA PRÁTICA DE ATOS PROCESSUAIS

O Direito é uma ciência dinâmica pautada na evolução dos fenômenos sociais. Estes estão em constante rotação, pois a cada dia surgem novos padrões éticos, culturais, econômicos aptos a provocarem o advento de situações jurídicas nunca dantes experimentadas.

Em decorrência disto, a fim de se realizar o controle social preventivo e repressivo da sociedade, o Direito deve estar devidamente atualizado quanto aos novos paradigmas, adequando a sua estrutura mediante mecanismos modernos de modo a atender aos reclamos da sociedade e solucionar os conflitos humanos de maneira célere e eficiente.

Evidentemente que a ciência jurídica não consegue acompanhar a evolução sociocultural, não solucionando o problema das diversas demandas que cotidianamente emergem, portando-se de forma incipiente, apresentando uma prestação jurisdicional insuficiente e permeada de graves erronias, sobressaindo a morosidade como principal pecha impingida ao Judiciário, exercendo papel de entrave na solução das pendências, apavorando os cidadãos que necessitam da rapidez da prestação do Poder Judiciário, único mecanismo hábil para por cobro aos litígios. Rui Barbosa, um dos maiores juristas de todos os tempos já proclamava em tempos de antanho que “*justiça tardia é a injustiça qualificada*”.

Muitos fatores contribuem para o inadequado desempenho da máquina judiciária, a saber: legislação obsoleta, procedimentos complexos, falta de racionalidade na adoção de determinados atos processuais, excesso de formalismo, burocratização administrativa, incompetência funcional, às vezes a má-fé de alguns poucos operadores de direito, dentre outros.

Destarte, com o escopo de combater alguns dos vícios acima mencionados, apresenta-se como proposta a imediata informatização dos atos processuais. Buscar-se-á por conduto deste modesto estudo descrever a real situação existente e expor a possibilidade da utilização de mecanismos tecnológicos que imprimam mais velocidade e eficiência na prestação da tutela jurisdicional.

O principal instrumento a ser manejado nesta mudança de paradigma é a Internet, indiscutivelmente o meio de comunicação interpessoal mais eficaz criado pelo homem. Com ele, a médio e longo prazo pretende-se modificar substancialmente a velha estrutura do Poder Judiciário, facilitando a interação entre operadores do direito e cidadãos e permitindo a resolução de conflitos não em tempo real como é uma de suas máximas, mas em tempo satisfatório, que é o mínimo que se espera de um Estado que pretende cumprir o seu papel constitucional.

Nos últimos anos, pode-se afirmar sem qualquer laivo de dúvida que a informática evoluiu com uma velocidade ímpar, sendo que os tentáculos cibernéticos importam em diversas implicações jurídicas, eis que afetam direitos individuais e coletivos dos cidadãos, alterando drasticamente a rotina social.

Falando por todos, Marco Aurélio Greco em sua obra *Direito e Internet*, apregoa:

As repercussões geradas se estendem para todos os campos do Direito, não havendo mais segmento da sociedade ou relação jurídica que não sofra, direta ou indiretamente, reflexos da informática na sua maneira de ser ou agir.¹

Ora, a Internet é um fenômeno irreversível. É tida por muitos como a maior invenção do homem no século XX. O mundo se comunica instantaneamente através deste revolucionário instrumento tecnológico.

Por isso, é fundamental a utilização efetiva de todo o seu potencial em favor da melhor atuação dos operadores de direito. O próprio artigo 218 da Constituição Federal dispõe que “o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”. (grifo nosso)

Com efeito, a administração pública precisa fazer investimentos maciços em tecnologia no sentido de manter e aperfeiçoar o funcionamento deste siste-

¹ GRECO, Marco Aurélio. *Direito e Internet*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo /SP, 2001, p. 01.

ma, prestando um serviço eficiente e moderno à sociedade, buscando alcançar o disposto no art. 37, caput, da Constituição Federal.

O Judiciário já começa a sentir referida necessidade e adota os primeiros passos, demonstrando-se referido interesse pela existência de projeto de lei elaborado pela AJUFE (Associação dos Juizes Federais) que se propõe a oficializar os meios de comunicação eletrônica, regulamentando os procedimentos já existentes em grande parte dos tribunais pátrios.

A AJUFE teve uma atitude louvável, concebendo um projeto de lei que busca criar um mecanismo de celeridade processual, sendo que a responsabilidade para que esta iniciativa possa se transformar o mais rápido possível em lei, passa a ser dos parlamentares.

Ao contrário das leis que trazem apenas artigos esparsos sem regulamentar na íntegra todos os instrumentos eletrônicos a serem utilizados, o Anteprojeto lança novas luzes sobre o tema, pois o analisa de uma forma sistemática sob todos os prismas, estabelecendo critérios e procedimentos necessários para a utilização dos mecanismos tecnológicos na realização dos atos processuais.

2. DA REALIZAÇÃO DE ATOS PROCESSUAIS INFORMATIZADOS

A revolução cibernética ainda está em seu nascedouro. Àqueles que apostavam na continuidade do modelo processual atrasado, moroso e ineficiente com carimbos, papéis, documentos físicos, etc., deverão urgentemente aprender novas técnicas de utilização para acompanharem e, usufruírem, da imensidão de vantagens que o novo paradigma processual pode vir a proporcionar.

A notificação do advogado previamente cadastrado no sistema pode não ocorrer por oficial de Justiça, nem mesmo por *Diário Oficial* e sim por conduto do correio eletrônico (muito mais eficiente do que o tradicional), informando o advogado do inteiro teor da sentença, da interposição de recurso da parte adversa, da designação de audiência, enfim, de tudo que se relacione ao processo por ele patrocinado, evitando os gastos por parte do Estado, energia humana do meirinho e do advogado e, principalmente, impulsionando a marcha processual. É o chamado sistema PUSH de comunicação processual.

São inúmeros os tribunais e as comarcas do país que disponibilizam, na Internet, uma espécie de diário de justiça virtual, em que os despachos, decisões, sentenças e acórdãos são publicados na grande rede. Assim, em virtude da difícil tarefa de encontrar não só o próprio *Diário Oficial de Justiça* impresso como aquela informação desejada nele embutida, a utilização de referido sistema se apresenta como de supina relevância.

O atendimento ao público também pode vir a sofrer uma grande diminuição, pois a partir do momento que os atos processuais possam ser desempenhados pela Internet, advogados não precisariam mais comparecer ao cartório para protocolar petições, alegações finais, recursos etc. A comodidade é tamanha que tudo poderá ser realizado do seu escritório e de sua casa através da Internet.

As petições que devem ser apresentadas no protocolo, dentro do horário de expediente estabelecido pelas leis locais (art. 172, § 3º do CPC) com a vigência da informatização plena não terão mais limite de horário para serem protocoladas. A partir de agora o protocolo eletrônico poderá receber petições em qualquer horário, sem necessidade do advogado locomover-se até o fórum para dar entrada em sua ação, desde que não extrapole os prazos processuais que podem ser controlados pelo dia do protocolo por intermédio da utilização de meio eletrônico.

Uma particularidade que gera dúvidas quanto à eficiência do e-mail refere-se à possibilidade da mensagem não chegar ao destinatário. Ora, inicialmente se houver erro na mensagem, esta voltará ao remetente com referido aviso. Além disso, já existem dispositivos de auto-resposta, remetendo ao peticionário e-mail dando conta da recepção do e-mail anterior.

Caso ainda persista alguma dúvida quanto a eventual prejuízo diante das inevitáveis aplicações de pena de revelia, da preclusão ou do trânsito em julgado, George Marmelstein² fundamenta:

Se uma parte alegar que houve falha no envio do e-mail, será um expert em informática quem irá informar ao Juiz se houve ou não a alegada falha. O certo é que aumentará a importância dos técnicos de informática para a solução de problemas processuais.

Além disso, eventual erro nas informações prestadas pelo Poder Judiciário via internet justifica a devolução de prazo para recurso da parte prejudicada. É o entendimento unânime da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Segundo a mencionada turma, as informações prestadas pela rede de computadores operada pelo Poder Judiciário são oficiais e merecem confiança, sendo que eventual erro nelas cometido constitui evento imprevisto, alheio à vontade da parte, tratando-se de motivo suficiente para o juiz permitir o retorno do processo a partir do momento em que a parte teria sido prejudicada. (STJ, RESP 390561/PR, 1ª Turma, rel. HUMBERTO GOMES DE BARROS, j. 18/6/2002).

² Ob. Cit LIMA, George Marmelstein. *Processo eletrônico*. In < <http://www.teiajuridica.com>>. Acesso em 21/08/2003.

Em alguns tribunais, o sistema “push” de acompanhamento processual pode ser verificado nos próprios visores do telefone celular. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, v.g., conveniou-se com uma operadora de telefones móveis, oferecendo tal serviço ao usuário. A mensagem é enviada ao telefone celular ao invés de sê-la ao correio eletrônico.

O Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região (Sergipe), assim como o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul disponibilizam terminais de consulta processual em suas sedes para melhor comodidade aos operadores de direito e comunidade e menores encargos para os seus servidores. Além disso, alguns Tribunais Regionais Federais ou Tribunais Regionais do Trabalho, permitem a consulta dos termos de audiência, lançados na grande rede logo após a sua conclusão.

Até mesmo as custas processuais já podem ser calculadas e honradas através da grande rede, por intermédio da emissão de DARF e pagamento eletrônico, com código de barras ou cartão magnético.

Uma outra inovação relevante inserida pelas diversas inovações tecnológicas diz respeito a vídeo-conferência que consiste num meio de realização de audiência (instrução ou interrogatório), onde réu e testemunhas são ouvidos e vistos em tempo real pelo próprio juiz, sem necessidade de deslocamento daqueles ao fórum, através de uma webcam, isto é, uma câmera de vídeo conectada ao computador, um sistema que tende a se tornar cada vez mais com custo reduzido.

Entretanto, deve-se tomar cuidado com a exasperação da publicidade com a realização das audiências televisadas. Certo que o artigo 792 do Código de Processo Penal menciona que as audiências são públicas, mas filmá-las e colocá-las à disposição de milhões de internautas na grande rede é uma situação que entra em contradição com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e com o direito à intimidade e à vida privada (art. 5º, X) tutelados na *Lex Legum*.

Note-se que não se insurge contra a gravação de audiência que inclusive evita a burocrática transcrição integral dos atos processuais, apenas se insurge contra a disponibilização daquela ao público que possua computador, modem e linha telefônica, evitando-se, com isso, que um número incalculável de pessoas tenha acesso ao conteúdo do processo, impossibilitando a conversão de um ato processual em um *reality-show*, isto é, instrumento de entretenimento municiado com assuntos de natureza íntima, diretamente vinculados ao direito de personalidade do cidadão.

A modernização informática também mudará radicalmente os procedimentos da audiência. Através da filmadora poder-se-á gravar seu conteúdo por meio de sons e imagens, evitando-se a extrema morosidade quando da transcrição do ocorrido no método tradicional. Merece ser ressaltado que a gravação será vedada se o processo correr em segredo de justiça.

Antes de prolatar a sentença, o juiz poderá assisti-la várias vezes e chegar a uma conclusão mais serena da audiência de instrução e do interrogatório do réu. Poderá rever o depoimento das partes e sentir todas as reações praticadas por estas no decorrer da instrução processual. Ao contrário do tele-interrogatório, nesta gravação existe a presença física do juiz o que retira qualquer nulidade eventualmente argüida pelas partes no tocante ao desrespeito ao devido processo legal.

Assim, juntamente com a primeira impressão que teve através do importantíssimo contato físico com as partes, o juiz de forma complementar irá novamente sentir réu e testemunhas através da tela, formando assim uma combinação mais segura para o seu livre convencimento do que se fosse prolatar a sentença com base apenas nos autos físicos e com sua vaga lembrança dos detalhes que circundaram a realização das longínquas audiências.

Além disso, ao invés do volumoso conjunto de papéis denominados autos processuais, será perfeitamente possível em breve espaço de tempo, armazenar todo o conteúdo do feito judicial em um CD-ROM de indiscutível praticidade, portabilidade, capacidade de armazenamento e durabilidade.

Porém, não há de se falar apenas em **celeridade e eficiência** esquecendo-se de dois sustentáculos imprescindíveis para implantação deste revolucionário sistema e que formam a quadra básica desta novel tecnologia que deve paulatinamente ser adaptada à máquina judiciária: **a segurança e autenticidade da informação**³.

Neste diapasão, são raros os casos de falsificação de documentos eletrônicos relatados desde a adoção da informatização dos atos processuais. Mesmo assim, com o escopo de fortalecer o instituto e consolidá-lo de uma vez por todas no Poder Judiciário brasileiro é de fundamental importância a discussão em torno da matéria e a análise de suas alternativas, atingindo-se, então, o princípio da segurança jurídica das relações processuais.

Três grandes sistemas de segurança já são utilizados em nossas plagas, a saber: biometria, criptografia assimétrica e credenciamento digital.

A biometria é a ciência que estuda maneiras de identificar seres humanos pelas características físicas únicas do corpo humano, tais como impressão digital, íris, escaneamento de retina, cálculo geométrico da face e reconhecimento de voz.

³ A preocupação com a segurança justifica-se pelo fato de ser o Brasil um país com elevado número de *hackers*.

Assim, por exemplo, só o advogado cadastrado fisicamente poderá enviar a petição desejada, pois somente referido profissional possui determinada característica física que vem a ser reconhecida, dispensando, inclusive, o sistema de senhas ou contra-senhas.

Este mecanismo é assaz utilizado nos Estados Unidos. O Supremo Tribunal Federal inicia timidamente a adoção deste novo método via impressão digital.

O segundo sistema que objetiva suprir as mesmas finalidades exigidas de uma assinatura digital é o credenciamento eletrônico. É a forma mais usual encontrada em nossos tribunais. São utilizadas também, sobretudo, em terminais de caixas bancários.

Por fim, deve-se tratar do sistema de segurança denominado criptografia que consiste em uma escrita que se baseia em um conjunto de símbolos cujo significado é conhecido por poucos, permitindo com isso que se criem textos que serão incompreensíveis aos que não saibam o padrão de conversão necessário para a sua leitura.

De um lado a AJUFE defende a adoção do sistema de credenciamento eletrônico apoiando-se no fato de não existir conhecimento técnico dos causídicos e dos tribunais em utilizar o complexo sistema criptográfico. Fundamentam também que a maioria das Côrtes de Justiça de nossa pátria utiliza o sistema de credenciamento e até hoje não se tem notícias de invasões por *hackers*.

Por outro vértice a prestimosa OAB defende, veementemente, a implantação do sistema criptográfico assimétrico, ou chaves públicas, pois é inegavelmente o mais seguro meio de certificação digital de documentos eletrônicos. Embasa-se, inclusive, na existência de uma medida provisória (Medida Provisória nº 2200/2001) que instituiu as chaves públicas no Brasil e que versa sobre a autenticação e certificação do documento eletrônico.

Considerando-se que vivemos num país com enormes limites geográficos, com infinitudes de sistemas de informática e de programas de computadores que tratam acerca da segurança e autenticidade dos atos processuais informatizados, a escolha de um só método engessaria uma tecnologia ainda não popularizada.

Além disso, deve-se registrar que o estudo da informática jurídica vem sendo cada vez mais usual nas universidades européias, podendo-se destacar a existência de um curso na Itália de informática jurídica⁴, consoante nos apresenta renomado professor tedesco.

⁴ LOSANO, Mário. *Revista da Esmese*, nº 05, pp. 05-28.

No Brasil, acompanhando os graus de evolução em tempo real foi criada a disciplina Informática Jurídica no curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, desenvolvida e ministrada pelo Professor Olsen da Veiga.⁵

Mesmos passos seguidos pela escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro, que já dá continuidade a seu programa de educação à distância com a segunda turma do Curso de Direito da Tecnologia da Informação (Direito da Internet).

É um Direito em constante modificação e que exigirá esforço freqüente e contínuo dos pensadores jurídicos para a sua atualização, conforme se depreende da seguinte análise:

Ainda que o estudo do Direito Eletrônico seja de tal forma tímido com poucos e corajosos doutrinadores tentando estudar os seus conceitos e aplicações, havendo ainda grande discussão acerca dos temas meramente conceituais, não pode ser ele descartado agora nesta fase do Direito Processual, quando a grande preocupação é com a efetividade da entrega da prestação jurisdicional.⁶

3. CONCLUSÃO

O Direito é uma ciência dinâmica, por conseguinte, cabe-lhe acompanhar o progresso da humanidade regulando sua conduta diante das inovações surgidas dia-a-dia. Gradativamente, o Direito, como não poderia deixar de ser, vem inserindo-se nesta nova realidade virtual visando ao alcance da pacificação social em tempo real.

A simplificação dos procedimentos é notória com a informatização dos atos processuais. A morosidade da Justiça, fator de maior insatisfação da sociedade, finalmente pode estar próxima de seu fim. Para os tribunais que investiram na informatização e melhoria dos serviços de rede os resultados positivos já começam a aparecer, em especial pela visível melhoria da qualidade dos serviços judiciários.

Ressalte-se que a implantação de um sistema capaz de imprimir celeridade, eficiência e segurança aos atos processuais não trará, por si só, a desburocratização

⁵ OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. *O Jurídico na sociedade em rede*, Editora da UFSC, Florianópolis, 2001, p. 12.

⁶ FILHO, José Carlos de Araújo Almeida. *Atos processuais por meio eletrônico*. In <<http://www.foreense.com.br>>. Acesso em 21/09/2003.

da Justiça. É necessária, mais do que nunca, a união e conscientização entre juízes, promotores, advogados, defensores públicos, serventuários, membros dos outros poderes e sociedade quanto ao atual estágio deplorável que se encontra a Justiça brasileira. É preciso resgatar sua credibilidade.

Esta mudança de mentalidade deve começar nas faculdades de Direito com a instituição da disciplina Direito Virtual, fortalecendo-se ainda mais a nova concepção cibernética, demonstrando a imperiosa necessidade de evolução de mentalidade e de conceitos a serem adotados no dia-a-dia forense.

Visualiza-se que a disciplina normativa da utilização dos meios eletrônicos no processo encontra-se lacunosa e defasada. É importante a edição imediata de uma legislação moderna e completa que atenda aos anseios da comunidade jurídica, tendo como postulados básicos: celeridade, eficiência, publicidade, segurança e autenticidade dos atos processuais.

Assinale-se que o postulado essencial para elaboração desta lei é o respeito aos direitos e às garantias fundamentais do cidadão, pois não se pode correr o risco de implementar qualquer forma de tecnologia que venha a ferir aquilo que serve de pressuposto lógico para a adoção de qualquer texto legal.

Por fim, servindo de arremate ao presente estudo, merece ser enfatizado que a nova tendência cibernética do Direito, inclusive processual, sempre deverá ter em alça de mira a necessidade imperiosa de buscar garantir a existência digna do ser humano.

A UTILIZAÇÃO DO ICMS “ECOLÓGICO” COMO UM INSTRUMENTO DE POLÍTICA PÚBLICA PARA A MANUTENÇÃO DO MEIO AMBIENTE SUSTENTÁVEL

José Gomes de Britto Neto, especialista em Direito Tributário; professor de Direito da UNIT (Aracaju/SE); professor da Escola Superior da Magistratura de Sergipe (ESMESE); professor da Escola Superior do Ministério Público de Sergipe (ESMP); professor do Curso JusFórum (Aracaju/SE); professor da Escola Superior de Advocacia (ESA) – OAB/SE; membro da comissão de estágio e exame de ordem da OAB/SE; advogado.

SUMÁRIO: I. Direito Ambiental: 1.1 Conceito; 1.2 Princípios; 1.3 Áreas de preservação ambiental e o papel dos Municípios – 2. A Constituição Federal de 1988 e o meio ambiente: 2.1. O Estado e sua intervenção no domínio econômico – 3. O ICMS e a repartição de receitas tributárias à luz da Constituição Federal de 1988 - 4. O ICMS “ecológico”: 4.1 Conceito e aplicabilidade – 5. Conclusão

1. DIREITO AMBIENTAL

1.1 CONCEITUAÇÃO

Ao longo da história sempre houve a instituição de normas voltadas à proteção da natureza, fato que nos chama a importância de se analisar o tratamento jurídico-constitucional de proteção ao meio ambiente. A natureza, portanto, é o objeto mediato do estudo do Direito Ambiental, motivo pelo qual devemos, antes de tudo, buscar entender a definição do que venha a ser natureza, haja vista ter sido esta conceituação um pouco esquecida por aqueles que vêm se dedicando ao estudo do tema.

Assim entendida, a gênese da palavra natureza vem do latim *natura*, de *nato*, nascido. Dentre seus significados mais importantes, destacamos aquele que

define a natureza como o conjunto de todos os seres que formam o universo, e ainda, a essência e a condição própria de um ser. Sob este primeiro enfoque, ao analisarmos a natureza, verificamos que o ser humano dela também faz parte. Segundo a lição de Rodgers: “*Environmental law is not concerned solely with the natural environment – the physical condition of the land, air, water. It embraces also the human environment – the health, social and other man-made conditions affecting a human being’s place on earth. (O Direito Ambiental não está preocupado apenas com o ambiente natural – a condição física da terra, do ar, da água. Ele abarca também o ambiente humano – a saúde e outras condições sociais produzidas pelo homem que afetam o lugar dos seres humanos na terra).*”¹

Neste contexto, o autor uruguaio Marcelo J. Cousillas² define Direito Ambiental como: “*La doctrina suele identificarlo como un conjunto normativo nuevo y dinámico, que a diferencia de otras ramas del Derecho posee una esencia preventiva más que reparatoria o sancionatoria, y un enfoque sistémico, multidisciplinario y colectivo, basado en un amplio sustrato metajurídico. (A doutrina sói identificá-lo como um conjunto normativo dinâmico que, à diferença de outros ramos do Direito, possui uma essência mais preventiva do que reparatória ou punitiva e um enfoque sistémico, multidisciplinar e coletivo, baseados em um amplo substrato metajurídico).*”

No Brasil, foi dada uma ampla definição ao estudo do Direito Ambiental por Paulo de Bessa Antunes³, ao dizer que: “é um direito em que se desdobra em três vertentes fundamentais, que são constituídas pelo direito ao meio ambiente, direito sobre o meio ambiente e direito do meio ambiente. Tais vertentes existem, na medida em que o Direito Ambiental é um direito humano fundamental que cumpre a função de integrar os direitos à saudável qualidade de vida, ao desenvolvimento econômico e à proteção dos recursos naturais. Mais do que um Direito autônomo, o Direito Ambiental é uma concepção de aplicação da ordem jurídica que penetra, transversalmente, em todos os ramos do Direito. O Direito Ambiental, portanto, tem uma dimensão humana, uma dimensão ecológica e uma dimensão econômica que se devem harmonizar sob o conceito de desenvolvimento sustentado.”

Assim, podemos perceber que o estudo do Direito Ambiental envolve uma complexidade de normas jurídicas de proteção à natureza e à vida, normas estas projetadas em diversas áreas do estudo do Direito, sobretudo no Direito

¹ RODGERS JR., William H. *Environmental law*. St. Paul: WEST, 1977.

² *Evaluación del impacto ambiental*. Motevideo: IEEM, 1994.

³ *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

Constitucional, Administrativo, Penal, Financeiro e Tributário. Tais normas não têm somente a natureza protetiva, preventiva, mas, também, a natureza reparatória, punitiva, eis que visam não só a manutenção, mas também a recuperação do meio ambiente degradado, ou em fase de degradação, objetivando a estabilização da sua sustentabilidade, inclusive com a punição daqueles que praticam danos ao mesmo.

1.2 PRINCÍPIOS

Os princípios do Direito Ambiental são voltados especificamente para a proteção à vida, em qualquer forma que esta se apresente, e garantir um padrão de existência digno para os seres humanos desta e das futuras gerações, bem como conciliar estes dois elementos com o desenvolvimento econômico ambientalmente sustentado.

Existem os princípios explícitos e implícitos, decorrentes do sistema constitucional, ainda que não se encontrem escritos. Assim, com base em nossa Constituição Federal e nos fundamentos éticos que devem nortear as relações entre os homens, temos o Princípio do Direito Humano Fundamental como um dos mais importantes princípios do Direito Ambiental. Para ele, o direito ao ambiente é um direito humano fundamental. Tal princípio decorre do texto expresso da Constituição Federal, como se depreende do *caput* do art. 225, *in verbis*:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Outro princípio, o Democrático, assegura aos cidadãos o direito pleno de participar na elaboração das políticas públicas ambientais. Uma das formas de participação é próprio dever jurídico de proteger e preservar o meio ambiente, e outra, o direito de opinar sobre as políticas públicas, através da participação em audiências públicas, integrando órgãos colegiados, etc. Assim, o Direito Ambiental mostra ter suas vertentes ligadas aos movimentos reivindicatórios dos cidadãos, através da informação e da participação, e ainda, instrumentalizando-se pela disponibilização de diversos dispositivos legais de concretização do princípio democrático, dentre eles: a iniciativa popular, prevista no art. 14, II, da Constituição Federal; plebiscito, art. 14, I; referendo, art. 14, II.

O Princípio da Prudência ou da Cautela é aquele que determina que não se produzam intervenções no meio ambiente antes de ter a certeza de que estas não serão adversas para o meio ambiente. Corrobora a necessidade de um prévio

estudo de impacto ambiental, como medida prévia para a avaliação dos efeitos da eventual implantação de um projeto ambiental, visando com isso, evitar algum tipo de consequência danosa ao meio ambiente.

Pelo Princípio do Equilíbrio, as medidas de política ambiental utilizadas devem ser sopesadas por seus aplicadores para que sejam verificadas as utilidades que as mesmas têm a oferecer à comunidade, não importando em gravames excessivos ao ecossistema e à vida humana. Assim, antes da aplicação de quaisquer medidas de caráter ambiental, deve-se efetuar um balanço entre as diferentes repercussões do projeto a ser implantado, analisando-se as consequências e impactos ambientais, econômico e sociais. A legislação ambiental deverá ser aplicada sob a ótica de todas estas variantes.

Há ainda o Princípio do Limite, pelo qual a Administração tem o dever de fixar parâmetros para as emissões de partículas, de ruídos e de presença de corpos estranhos no meio ambiente, levando em conta a proteção da vida e do próprio meio ambiente. É, portanto, obrigação da Administração Pública fixar os limites de tudo aquilo que pode ser utilizado de forma nociva aos recursos ambientais e à saúde humana. A violação de tais limites deve ser sancionada.

Neste diapasão, surge o Princípio da Responsabilidade, insculpido no parágrafo terceiro do art. 225 da Constituição de 1988, o qual atribui responsabilidade objetiva pela causação de danos ambientais. Por tal princípio, busca-se impedir que a sociedade arque com os custos de um ato lesivo ao meio ambiente causado por um poluidor identificado.

Com isso, tais princípios, dentre outros mencionados pela doutrina mais abalizada, como a ubiqüidade, a sustentabilidade, globalidade, solidariedade, devem ser observados de forma harmônica e efetiva para que a legislação infraconstitucional possa gerar normas efetivas à proteção do meio ambiente, tornando-o equilibrado, recuperando o que se encontra degradado ou em fase de degradação e mais, mantendo junto com os demais ecossistemas, inclusive, o social, um único meio sustentável de equilíbrio ambiental. Para isso, a Administração Pública deve promover a criação de mecanismos ágeis, justos e eficazes, através de permissivos legais, que regulem e apliquem de forma justa os meios necessários ao alcance de tais objetivos. É neste aspecto que entra a questão do ICMS “ecológico”, como um dos instrumentos de política pública viável à manutenção do meio ambiente sustentável.

1.3 ÁREAS DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL E O PAPEL DOS MUNICÍPIOS

O zoneamento ambiental é uma forma de intervenção estatal no domínio econômico, organizando a relação espaço-produção, alocando recursos, inter-

ditando áreas, destinando outras para estas e não para aquelas atividades, incentivando e reprimindo condutas, etc. É o reconhecimento da impossibilidade de forças produtivas ocuparem o território sem um mínimo de planejamento prévio e coordenação.

As bases constitucionais do zoneamento são bastante amplas. O art. 21, IX da Constituição Federal fornece uma primeira referência em relação ao poder-dever da união em relação ao mesmo. A União pode, conforme permissivo do art. 43 da Carta Constitucional, articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando o desenvolvimento e a redução das desigualdades regionais.

Os Estados, por força do art. 25, parágrafo terceiro, da *Lex Mater*, poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e micro-regiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

Em relação aos municípios, estes detêm as mais importantes tarefas em matéria de zoneamento, seja qual for a natureza do zoneamento a ser efetivado. Os municípios têm a importância de organizar os planos diretores, planejando o seu desenvolvimento urbano e fixando critérios jurídico-urbanístico definidos para a correta ocupação do solo e do território. Tendo em vista as normas de zoneamento direcionadas à proteção ambiental, neste ponto, ressalta o interesse maior deste trabalho. Isto porque os municípios são as pessoas jurídicas de direito público interno menos beneficiadas com os recursos oriundos da tributação. A grande maioria dos municípios menores, em verdade, pouco sobrevivem com as receitas próprias de ISS, IPTU e ITBI. O que na verdade sustentam tais municípios são os repasses oriundos da União, dos Estados, e do FPM (Fundo de Participação dos Municípios), recursos estes que passam a incrementar os cofres públicos municipais graças ao sistema constitucional de repartição de receita tributária.

Imaginem agora o contra-senso. Os municípios possuem as maiores áreas de reservas ambientais e que devem, portanto, ser protegidas, mantidas, conservadas e recuperadas pelo Poder Público Municipal com os recursos provenientes deste Erário. Ao mesmo tempo, estes municípios não detêm verbas suficientes à aplicação destes recursos neste tipo de área por não haver um interesse imediato nisto, até porque outros gastos públicos essenciais devem ser primeiramente supridos, por serem mais facilmente reconhecidos, palpáveis, até porque, as áreas de preservação ambiental não podem sequer ser exploradas para fins econômicos, o que desmotiva o município a voltar os olhos para as mesmas, que ao final, são tidas como letras mortas na cartilha das despesas públicas municipais, levando a sua conseqüente degradação, e o pior, à insustentabilidade do meio ambiente, ante o desequilíbrio ecológico gerado.

Por isso que, algo tem de ser efetivamente, de forma urgente, efetivado, partindo-se da Administração Pública, a fim de que possa evitar o mal maior, que

é a destruição da própria vida humana, pois em um meio ambiente desequilibrado, estamos pondo em risco a saúde, a higiene, e as demais formas de vida existentes e que trazem benefício recíproco, como uma simbiose essencial. Portanto, resta sabermos até que ponto o domínio econômico dos entes públicos pode intervir na legislação ambiental a fim de reparar ou de cessar o desequilíbrio mencionado.

2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O MEIO AMBIENTE

O Direito Econômico brasileiro surgiu com a Constituição federal de 1934, que já previa mecanismos de intervenção estatal na ordem econômica e financeira, possibilitando ao Estado fomentar ações e condutas cuja finalidade será a produção de determinado resultado econômico e social concreto. Tais mecanismos de intervenção podem revestir-se das mais variadas formas jurídicas, objetivando a prática ou a abstenção de determinadas condutas economicamente relevantes.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, preceitua que:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O preceito ali estatuído tem um certo grau de complexidade, que para sua maior compreensão, não podemos nos ater à disciplinas de caráter eminentemente jurídicas. Daí a interdisciplinariedade do estudo do meio ambiente. O Direito Ambiental cerca-se de princípios que devem ser obedecidos, eis que voltados à finalidade básica de proteger a vida, garantindo um padrão de existência dos seres humanos desta e das futuras gerações, conciliando estes elementos com o desenvolvimento econômico ambientalmente sustentado.

Para o ambientalista Enrique Leff, seguindo esta linha de raciocínio, faz-se necessário a utilização de instrumentos lógicos de políticas públicas, pela Administração Pública, como meio de socializar a função do Estado, direcionando seus atos a uma maior proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e para isto, a fonte de recursos tributários é um grande aliado à obtenção de receitas essenciais ao cumprimento desta respeitabilidade ao meio ambiente. Não há necessidade de se criar, modificar ou até mesmo, expurgar parcelas tributáveis do ordenamento jurídico, mas, redirecionar a aplicabilidade de determinadas receitas públicas em prol do desenvolvimento sustentável.

Neste ponto, que defendemos a concessão de benefícios fiscais a determinadas indústrias, instaladas próximo a áreas de proteção ambiental, instalação de

filtros e aparelhos antipoluição, rede de esgotos e tratamento adequado de água, etc. Para isto se efetivar, não basta o ente privado receber benefícios, mas o ente público, que tem em seu território área de preservação ambiental também deve receber um incentivo para preservar, manter, recuperar o ambiente em fase de degradação, evitando-se assim, o desequilíbrio e os danos nocivos que causará a falta de manutenção deste ambiente. Até porque, na falta de recursos, tende o homem a investir em outras áreas de crescimento, como indústria, construção, etc., como observamos em vários governos, deixando de lado a preservação de áreas que não dão retorno financeiro algum ao Estado, mas somente gastos.

2.1 O ESTADO E SUA INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

Através de mecanismos institucionais propiciados pelo Direito Econômico, é possível que o Estado fomenta ações e condutas cuja finalidade será a produção de determinado resultado econômico e social concreto. As atuações desenvolvidas pelo Estado podem necessitar da criação de instrumentos de intervenção que poderão revestir-se das mais variadas formas jurídicas, indo desde recomendações e diretivas, até a fundação de empresas e o deferimento de incentivos ou sanções fiscais as mais diferentes possíveis, objetivando a prática ou a abstenção de determinadas condutas economicamente relevantes.

As normas de Direito Econômico estão localizadas nos mais diferentes capítulos da Lei Fundamental, e em especial no art. 170 e seguintes. Em nosso sistema constitucional positivo está determinado que *a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social...*

A ordem econômica - financeira está alicerçada nos seguintes princípios: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais; busca de pleno emprego; tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

O desenvolvimento econômico no Brasil sempre se fez de forma degradadora e poluidora, pois sempre foi calcado na exportação de produtos primários, que eram extraídos sem qualquer preocupação com a sustentabilidade de recursos, e, mesmo após o início da industrialização, não se teve qualquer cuidado com a preservação de recursos ambientais. Assim, podemos atualmente encontrar muita dificuldade na implementação de política pública que leve em consideração o fator ambiental e que, mais do que isto, esteja preocupada em assegurar a sustentabilidade da utilização de recursos ambientais.

Para corroborar a presença de fatores econômicos no seio do Direito Ambiental, a Lei n. 6.938/81, determina em seu art. 2, *verbis*:

A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no país, condições de desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana...

Infelizmente, ainda há muitos entraves, contrapesos e impecilhos à implementação de meios eficazes à manutenção do meio ambiente sustentável, e isto podemos constatar com a predominância da concepção do meio ambiente como tão-somente elemento de produção, e o homem sujeito apartado do objeto a ser apropriado, não mais elemento da natureza. Nesse sentido, é com acerto que Cristiane Derani diz que “Meio ambiente é um conceito que deriva do homem e a ele está ligado, porém o homem não o integra”. Por isso, o tratamento legal destinado ao meio ambiente apresenta uma visão antropocêntrica, consequência do Iluminismo, o homem como referência única, e que fundamentou a apropriação do meio, subjugando-o com a finalidade de desenvolvimento da sociedade.

Observe-se, também, que as normas de proteção do meio ambiente não prescrevem uma alteração profunda ou radical da relação homem-natureza.

Cristalina é a intersecção entre o Direito Ambiental e o Direito Econômico, e o próprio texto constitucional dimensiona ambas as abordagens quando declara que é direito de todos fruir de um ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CF/88) e a uma sadia qualidade de vida, que abrange o aspecto físico e espiritual, o que declara impossível o divórcio entre as normas de incremento de práticas econômicas socialmente justas, proporcionando uma justa distribuição de riqueza, e as normas destinadas à proteção do ambiente. Diuturnamente sofremos avalanches de notícias do mundo todo sobre impactos e catástrofes ambientais. Tais fenômenos e seus efeitos têm levado a ações, elaboração de normas/tratados com o intuito de coibir intervenções antrópicas desastrosas.

3. O ICMS E A REPARTIÇÃO DE RECEITA TRIBUTÁRIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 158, IV, preceitua, *in verbis*:

Art. 158. Pertencem aos Municípios:

(...)

IV – vinte e cinco por cento do produto de arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de servi-

ços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.”

E continua em seu parágrafo único: “As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas nos seguintes critérios:

I – (...)

II – até um quarto, com de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos territórios, lei federal.

Tal preceito remonta à regra constitucional de repartição de receita tributária disposta na Constituição Federal. Normalmente, o ente político competente fica com a arrecadação de seus tributos, que são a receita pública derivada obtida pela atividade compulsória e vinculada da Administração Pública sobre a riqueza dos indivíduos. Assim, o tributo pertence a quem o criou, que tem também o poder de arrecadá-lo e direcioná-lo a suas despesas essenciais. Acontece que, visando um critério de igualdade, uniformidade e justiça fiscal, a Constituição determina que uma pessoa política deve partilhar do produto da arrecadação de determinados tributos de outra pessoa.

Como transcrito acima, a Constituição Federal estipulou que a lei do Estado onde nasceu o ICMS poderá disciplinar a distribuição, aos municípios, de até $\frac{1}{4}$ (um quarto) do produto de arrecadação deste tributo (sem contudo ferir a isonomia que deve nortear o tratamento que a eles for dispensado). Neste ponto, o constituinte deixou a cargo do legislador estadual a definição de critérios para que determinados municípios, dentro do repasse dos 25% (vinte e cinco por cento) da circulação de mercadorias realizadas em seu território, possam ter creditados até um quarto deste percentual para aplicabilidade específica. É neste ponto que surge o ICMS “ecológico”.

4. O ICMS “ECOLÓGICO”

4.1 CONCEITO E APLICABILIDADE

Somando-se essas constatações com o fato de que as multas decorrentes das infrações ambientais, os recursos federais e/ou a cooperação internacional são esporádicos e mostram-se insuficientes e mal distribuídos frente à demanda de atividades ambientais, conclui-se que urge se implantar uma postura econômica que otimize recursos para essas atividades. Daí surge o ICMS “Ecológico” que não cria um novo imposto, apenas introduz um novo conceito na sua redistribuição.

A adoção do ICMS Ecológico instala o critério ambiental na redistribuição do imposto. A partir desse mecanismo cria-se uma oportunidade para o Estado

influir no processo de desenvolvimento dos municípios, premiando algumas atividades e coibindo outras. A idéia do ICMS Ecológico é proporcionar aos municípios que invistam em saneamento ambiental, por exemplo, e/ou compensar aqueles que sofrem restrições de ocupação e uso de parte de seus territórios, em função das unidades de conservação. Então, o ICMS Ecológico apresenta duas funções principais, quais sejam, a de estimular os municípios a adotarem iniciativas de conservação ambiental e desenvolvimento sustentável, seja pela criação de unidades de conservação ou pela manutenção de áreas já criadas, seja pela incorporação de propostas que promovam o equilíbrio ecológico, a equidade social e o desenvolvimento econômico e recompensar os municípios que possuam áreas protegidas em seu território.

Um aspecto importante do icms “ecológico” é que se trata de um instrumento eficiente economicamente, na medida em que incentiva a conservação ambiental em áreas que não possuem grande atividade produtiva, permitindo o desenvolvimento dessas atividades em áreas que apresentam vantagem comparativa para a produção.

Na elaboração da proposta deve se levar em conta o custo para a sociedade, lembrando que o icms “ecológico” não é uma panacéia e, sim, um instrumento de gestão, que deveria contar com outras alternativas para a solução da questão ambiental local, primando por uma linguagem mais clara que permita a qualquer cidadão dispor dessa informação.

O ICMS “ecológico” é, seguramente, um mecanismo que pode contribuir para a efetiva construção de um federalismo conservacionista no Brasil, tratando de articular de forma mais eficiente as três esferas de governo mediatizadas pela sociedade organizada, para otimização dos recursos técnicos, financeiros, humanos e materiais.

No Brasil, várias leis já aprovaram esta medida, a exemplo do Estado de Pernambuco, que instituiu o ICMS socioambiental, dentre outros. Tudo isto faz parte da necessidade de se criar um novo processo de educação ambiental. Na educação ambiental, confluem os princípios da sustentabilidade, da complexidade e da interdisciplinaridade. Apesar dos economistas contraporem o ambiente como externalidade econômica ao ambiente como potencial no manejo sustentável e sustentado de recursos. Entretanto, não basta considerar o ambiente como um custo frente aos benefícios do crescimento econômico. Apesar dos esforços para capitalizar a natureza, existem processos ecológicos e valores humanos impossíveis de serem reduzidos ao padrão de medida de mercado. Assim, devemos assimilar o sentido, os princípios e as condições de uma gestão democrática do desenvolvimento sustentável: a equidade social, a diversidade cultural, o equilíbrio regional, a autonomia e capacidade de autogestão das comunidades e a pluralidade de tipos de desenvolvimento. A economia, além de ser um processo de produção e transformação e distribuição de riquezas, este pode transformar-se e fundar-se em outras bases produtivas.

5. CONCLUSÃO

Uma questão se faz presente e de suma importância à existência digna do ser humano e das demais formas de vida na face da Terra: o Direito à convivência harmônica e pacífica dentro de um padrão de sustentabilidade aceitável nesta simbiose. E para alcançar tais metas, o papel do Estado é fundamental, haja vista o seu âmbito de atuação na esfera privada através da utilização de normas constitucionais e infraconstitucionais que permitem a sua interferência na ordem econômica, principalmente para a obtenção de resultados relevantes ao interesse público, e em especial, na área do meio ambiente.

Portanto, o ICMS “ecológico”, que não é um tributo novo, mas a simples aplicabilidade do parágrafo único, inciso II, do art. 158, IV da CF/88, desde que regulamentado por lei estadual específica, é um instrumento hábil, legal e eficaz de destinar parte da receita tributária do ICMS estadual, ao ser repassada aos municípios, para a utilização na manutenção e/ou recuperação de áreas de preservação ambiental degradadas ou em fase de degradação. Desta forma, o município sentir-se-á privilegiado com esta verba, forçando-o a proceder à manutenção do meio ambiente equilibrado ecologicamente e não o privando das suas receitas derivadas e demais repasses para o custeio de suas despesas essenciais.

Desta forma, os municípios não precisarão ter gastos específicos do seu orçamento para a manutenção do meio ambiente equilibrado. Portanto, diante da permissibilidade intervencionista, e dos mecanismos de políticas públicas à disposição dos municípios, havendo interesse estadual, as áreas de proteção ambiental poderão ser melhores conservadas e adequadas ao local em que convivem, mantendo-se a sustentabilidade essencial à saúde, higiene e da vida em sociedade.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO:

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 4a. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*. Tese apresentada na 9ª Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. [s.l]: [s.e], 1982.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BURSZTYN, Marcel (org.). *Para pensar o desenvolvimento sustentável*. São Paulo: Brasiliense, 1993.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Princípios constitucionais tributários e competência tributária*. São Paulo: RT, 1986.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *Curso de direito tributário*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.
- CASSONE, Vittorio. *Direito tributário*. 13a. ed., São Paulo: Atlas, 2001.
- COUSILLAS, Marcelo J. *Evaluación del impacto ambiental*. Montevideo: IEEM, 1994.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. [s.l]: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Trad. Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Os princípios jurídicos da tributação na Constituição 1988*. 4 ed. São Paulo: Dialética, 2001.
- RODGERS JR., William H. *Environmental law*. St. Paul: WEST, 1977.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

A ESTRUTURA ESTATAL E(M) MOVIMENTO SOCIAL

Marcelo Hora Passos, Procurador Federal, atualmente em exercício no Instituto Nacional do Seguro Social - INSS/SE, com passagem no Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA/SE; especialista em Direito Tributário; professor da Faculdade de Direito da Universidade Tiradentes - UNTT/SE.

RESUMO: Trata-se de um breve relato, dentro da Sociologia Jurídica, sobre a Questão Agrária no Brasil, a partir de um método histórico-analítico a respeito da relação entre o Estado e os Movimentos Sociais, tendo em vista a problemática fundiária do país, onde a secular má distribuição de terras aponta para a necessidade de uma reforma agrária. Para isso, há de se considerar o papel importante exercido pelo Movimento dos Trabalhadores Rurais, como grupo de pressão, na condução até mesmo do aparelho estatal, e nas mudanças estruturais e humanas necessárias, como política governamental.

A Questão Agrária no Brasil, hodiernamente, tem sido motivo de ampla divulgação por todos os meios de comunicação e de consideração por todos aqueles afeitos ou não ao tema, porque, de qualquer forma, sofrem os efeitos diretos ou indiretos das questões relativas ao problema fundiário de nosso país.

Aliás, a expressão “Questão Agrária” foi usada por Karl Kautsky (in *A Questão Agrária*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1968, pp. 22/23), citado por Rafael Augusto de Mendonça Lima, no seguinte sentido:

Se há na vida econômica domínios que escapam ao processo da socialização, e lhe escapam porque a pequena exploração tem às vezes neles uma importância maior, sendo mais produtiva que a grande, que fazer então? Cifra-se nisto o problema que se apresentou como a questão agrária à Social-Democracia.

Contudo, a problemática alcança os tempos atuais e tem suas raízes no berço do descobrimento de nossa então Colônia Portuguesa, lá pelos idos de 1531, quando se instalou em nossas terras o Regime Sesmarial.

Por aquele regime de posses imposto pelo Tratado de Tordesilhas assinado pelos reis de Portugal e Espanha, dividiram-se as terras a serem descobertas

entre aqueles Estados e, a partir dali, estabelecendo-se o sistema de Capitânicas Hereditárias, onde se foram doadas grandes parcelas de áreas a donatários vindos do país luso - chamados de sesmeiros -, com obrigações, tais como a de moradia habitual e exploração permanente da propriedade e, principalmente, pagamento de tributos à Coroa portuguesa.

Começava, então, a se fazer a primeira grande reforma na estrutura fundiária vigente, obviamente não nos moldes em que se conceitua nos dias de hoje, vez que visou o regime sesmario, naquela época, concentrar grandes áreas de terras nas mãos de poucos, muitos destes apadrinhados das classes políticas dominantes de Portugal, sem qualquer experiência no trato do trabalho de agricultura, pelo que surge então a figura do Clientelismo na concessão das áreas de terras virgens e, via disso, o processo de latifundização e minifundização, este caracterizado pela criação de pequenas áreas nas mãos de muitos.

Todo esse processo de deficiência na estrutura fundiária brasileira, voltado, portanto, para uma má distribuição de terras agricultáveis, caracterizará a Questão Agrária brasileira, não se devendo, é claro, descuidar de outros fatores como o de má infra-estrutura, falta de assistência aos pequenos agricultores e à comercialização, insuficiência do crédito rural, etc.

Diante desse quadro estrutural agrário no país, não é de hoje que surgem os reclamos populares dirigidos contra o Governo para sua reformulação, ou, melhor dizendo, com vistas a pressionar o Estado, como representante e organizador das classes dominantes e condensador de relações de forças, na adoção de políticas voltadas para solução do problema agrário.

Na história brasileira, só a título de exemplificação, identificamos diversas rebeliões de caráter nitidamente agrário, fruto enfim de insatisfações de segmentos da sociedade com a realidade vigente: a Farroupilha, a Balaiada, a Cabanagem e Canudos são alguns dos movimentos humanos. Uns com maiores repercussões, universais por isso, outros mais regionais.

Entretanto, dentre os movimentos sociais agrários, indubitavelmente, na atualidade, o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, popularmente conhecido pela sigla MST, pode ser considerado o mais significativo grupo de pressão do Estado para a necessária reordenação do sistema fundiário de nosso país e, como se verá, essa mesma classe popular, com esse objetivo, tem influenciado sobremaneira na estruturação do Estado à medida que consegue impregnar, na burocracia estatal, as idéias formuladas.

Para entender melhor o poder influenciador do Movimento dos Sem Terra na estrutura do Estado e na solução do problema agrário, não se pode olvidar de procurar, mesmo que de forma incipiente, entender a formação desse sujeito coletivo.

Em verdade, os Sem-Terra representam a consciência comum de uma classe de agricultores, pelo menos em sua origem, de situação de carência e exclu-

são social, quando se viram longe de terem acesso à propriedade e em condições dignas para existência e sobrevivência sua e da própria família de trabalhadores rurais, desalojados que foram dos meios de produção - tudo em conseqüência da má distribuição de terras e pela falta de políticas de reforma e de desenvolvimento por parte do Estado.

Importando salientar que o movimento aludido nada mais é que a continuidade das lutas dos movimentos dos camponeses, antes referidos, desde o descobrimento do Brasil, a consciência de exclusão social é que confere identidade ao grupo e o toma coeso para as investidas contra o Estado e em busca de decisões governamentais que tenham como escopo satisfazer as pretensões do grupo.

O crescimento dessa classe popular já tomou proporções internacionais, sendo reconhecida por organizações estrangeiras através de concessões de prêmios, como o dado pelo Rei Balduíno, da Bélgica, e pela UNICEF, destacando inclusive o papel educacional implementado nos assentamentos rurais da reforma agrária, de modo a permitir uma credibilidade e influência ainda mais marcante na estrutura do Estado, na medida em que este se constitui de uma burocracia de funcionários e, como tal, sujeito às intempéries externas e internas do próprio aparelho estatal.

Assim, não há exagero em afirmar que, embora não instituído como ente com personalidade jurídica própria, mas coletiva, o multicitado “grupo pressionador” se revela como verdadeiro movimento social de grande amplitude e responsável pela compreensão da questão agrária no Brasil, ainda porque seus membros são os protagonistas da tensão social campestre, motivada inevitavelmente pela estrutura desordenada e indiscriminada de posses, notadamente de imóveis rurais improdutivos, sendo certo que essa novel figura, de pensamento coletivo e de autodeterminação, tem em vista, como bem observado pelo pesquisador Marcelo Dias Varella, fazer valer “(...) as garantias individuais do homem, como qualidade de vida, bem-estar social, meio ambiente, saúde, moradia, direito ao trabalho, alimentação, etc. (...)”.

Da mesma forma que se precisou concepcionar a formação do movimento social dos sem-terra, será por demais salutar entender, mesmo que também perfunctoriamente, a ossatura material do Estado, para objetivar a maneira com que as classes influenciam decisões do poder e tomam corpo na estruturação.

O Estado, sem nenhuma novidade, estrutura-se a partir de um conjunto de indivíduos, reunidos que são para fazer funcionar a complexa máquina administrativa (qualquer que seja a esfera de trabalho: judiciária, militar, policial, executiva propriamente dita, etc.), tendo por escopo a prestação de serviços públicos à comunidade e à sociedade como um todo, para ser mais abrangente.

Sociedade essa formada por diversas classes nos seus diversos aspectos, sejam políticos, religiosos ou ideológicos, e, o mais importante, por pessoas que,

de uma forma ou de outra, integram também o próprio Estado, este detentor, via de conseqüência, de um lugar de classe por sua autonomia relativa.

Vale então dizer, em outras palavras, que o pessoal do Estado faz parte, a um só tempo, de uma classe de funcionários - enquanto membro do aparelho estatal - e de uma classe social.

E o resultado dessa união de qualidades será sentido na autonomia relativa de poder, como dito antes, em razão da necessidade de o Estado procurar compatibilizar essa relação com as classes existentes (como o Movimento dos Sem-Terra) a partir de um processo de dominação e consenso, fatores imprescindíveis de serem compreendidos para se chegar à observação da influência do MST na estrutura do Estado, logo mais abordado.

Com efeito, tais quais os membros do MST e de quaisquer outros movimentos sociais, os funcionários das repartições públicas, a quem cabe muitas das vezes a direção administrativa, são seres humanos dotados, portanto, de anseios, insatisfações, contradições e, entre outros atributos próprios do homem, de objetivos de vida que, sem sombra de dúvida, se alinham aos fins almejados pelo Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra.

Enfim, por conta do exposto até aqui, fica evidente a maneira com que as idéias externas atravessam e constituem o Estado, inscrevendo-se no seio deste por meio, inclusive, da existência de divisões internas entre o pessoal burocrático, o que facilita ainda mais a penetração, como, aliás, metodiza Nicos Poulantzas, em arremate à conclusão para esclarecer de vez a matéria:

As contradições de classe se inscrevem no seio do Estado por meio também das divisões internas no seio do pessoal de Estado em amplo sentido (diversas burocracias estatais, administrativas, judiciária, militar, policial, etc.). Mesmo se esse pessoal constitui uma categoria social detentora de uma unidade própria, efeito da organização do Estado e de sua autonomia relativa, ele não deixa de deter um lugar de classe (não se trata de um grupo social à parte ou acima das classes) e é, então, dividido. (...). As contradições e divisões no seio do bloco do poder repercutem, portanto, no seio das altas esferas do pessoal do Estado. (...).

Pelos conceitos formulados a essa altura, tanto na formação do movimento dos trabalhadores rurais sem-terra, com seus objetivos, quanto da burocracia estatal, já se cristaliza na mente a explicação da influência das classes na estruturação do Estado e, por conseguinte, como os movimentos sociais conseguem interpenetrar na máquina administrativa e retirar decisões que, de qualquer sorte, os beneficiam.

Nicos Poulantzas, expoente da Teoria Estruturalista, aborda o assunto sobre a visão do Estado como uma condensação de uma relação de forças,

emprestando seus ensinamentos para o bom entendimento da relação entre o Estado e o Movimento dos Sem-Terra, mormente quando em sua obra antes referenciada dedica capítulo especial sobre a burocracia estatal, sendo oportuno, *ab initio*, registrar um seu fabuloso excerto:

As divisões internas do Estado, o funcionamento concreto de sua autonomia e o estabelecimento de sua política através das fissuras que caracterizam-no, não se reduzem às contradições entre as classes e frações do bloco no poder: dependem da mesma maneira, e mesmo principalmente, do papel do Estado frente às classes dominadas. Os aparelhos de Estado consagram e reproduzem a hegemonia ao estabelecer um jogo (variável) de compromissos provisórios entre o bloco no poder e determinadas classes dominadas. Os aparelhos de Estado organizam-unificam o bloco no poder ao desorganizar-dividir continuamente as classes dominadas, polarizando-as para o bloco no poder e ao curto-circuitar suas organizações políticas específicas. A autonomia relativa do Estado diante de tal ou qual fração do bloco no poder é necessária igualmente para a organização da hegemonia, a longo termo e de conjunto do bloco no poder em relação às classes dominadas, sendo imposto muitas vezes ao bloco no poder, ou a uma outra de suas frações, os compromissos materiais indispensáveis a essa hegemonia.

De efeito, o Estado não é produzido integralmente das classes dominantes e, também, não é formado integralmente por essas mesmas classes.

Pode-se notar que os ideais propostos pelo MST, talvez porque voltados para a realização de necessidades básicas do ser humano, encontram simpatizantes não só na sociedade propriamente dita, mas também por funcionários públicos, decorrendo disso uma politização destes e, portanto, um compartilhamento de idéias.

Destarte, as lutas vão penetrando no arcabouço estatal e conseguindo adeptos: tanto mais influenciadores do poder quanto mais perto estejam esses correligionários do ápice na burocracia do Estado. Sendo certo, porém, que, ao revés, a não adesão por parte de uns dificulta o trabalho do movimento.

Mas, de qualquer forma, a resistência daqueles que preferem continuar fiéis ao papel do bloco do poder causa divisões internas, contradições, que, na verdade, ajudam a sedimentar a ideologia e quiçá a firmar um novo entendimento doutrinário mais atual, ante a própria crise fundiária: é o desenvolvimento da síntese - antítese - tese.

Melhor que isso: ativa a problemática e eleva-a ao seio da comunidade, bem como, através até dos meios de comunicação, populariza a questão (dando-

lhe um tratamento diferenciado à medida que roga por soluções imediatas, dando impulso ao processo de Reforma Agrária no país).

Ora, é nesse particular, de surgimento de facções dentro do próprio aparelho estatal, sem olvidar das constantes pressões do grupo externo, que emerge a necessidade de transformação do Estado, num processo de (re)estruturação, em busca da continuidade de sua dominação política.

Para tanto, o Estado, diante das lutas populares, mantém sua hegemonia mediante a condensação das relações de forças - utilizando-se de instrumentos para dominação e consenso, decorrendo daí o porquê de se haver retrofalado da autonomia relativa do poder.

No caso específico da relação entre o Estado e o Movimento dos Sem-Terra, as pressões deste têm feito com que aquele profira ou tome decisões voltadas para os interesses do grupo, numa impressão de consentimento.

Exemplificando: quantas vezes não foram noticiadas pela imprensa as ocupações de prédios públicos por integrantes do MST? Ou quantas vezes comunicou-se que o prédio do INCRA - Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, órgão do governo federal responsável pela execução da reforma agrária, tinha sido ocupado? Ou que determinado imóvel rural tinha sido invadido?

Tais instrumentos de pressão dirigidos a exigir do Estado uma maior preocupação com os objetivos do Movimento, como anteriormente explicitado, têm forçado o encontro entre líderes do MST e os “detentores” do poder decisório governamental, sendo essa a forma também utilizada para se aproximarem do funcionário e aí conseguirem impregnar as idéias, dando sugestões e até persuadindo.

Aliás, esse relacionamento com órgãos do governo não se restringe à solução do problema em si mesmo, com a adoção de políticas que correspondem ao interesse do Movimento Social, mas de uma forma dependente dele (da burocracia estatal) para obter informações sobre as intenções oficiais, e então prevenir o grupo, sendo, pois, os próprios funcionários fontes de informações.

A respeito disso, portanto, a própria máquina administrativa serve de base na obtenção de dados importantes para a estratégia de atuação do MST, como, *verbis gratia*, o cadastro de imóveis, onde constam classificadas as propriedades rurais passíveis ou não de serem objeto expropriatório por interesse social para fins de reforma agrária, sem embargo da colaboração dos que, mesmo como integrantes do Estado, compartilham com a importância do movimento, sendo esse elemento comportamental relevante para entender o fenômeno da transformação do Estado em suas relações com as massas populares.

Os resultados das pressões são os mais variados.

Em alguns casos, conseguem, por exemplo, uma maior liberação de créditos para os rurícolas, noutros, fazem com que o Estado, dentro do seu

poder de polícia, vistorie a propriedade ocupada para verificação do cumprimento de sua função social consagrada na Constituição Federal atual e daí averiguar a produtividade ou a improdutividade do imóvel, para fins de desapropriação por interesse social. E assim em diante.

Todavia, ressalte-se que nem todas as reivindicações são plenamente atendidas, uma vez que, muitas, inobstante serem de fato absurdas (como quem pede o maior para ganhar o menor), são na prática “engavetadas”, como se o Estado consentisse com elas, mas, em verdade, ao aceitar e não por em andamento, tratou de estabelecer com a liderança do movimento uma política de acomodação. Aliás, não poucas vezes, o próprio MST cala diante de situação como esta, aderindo a essa política de conformação, obviamente, como forma estratégica de pressão.

Nesse diapasão, a ação do MST, como grupo de pressão, não se limita a atingir o Estado de forma direta, como visto.

Indiretamente, o pessoal do Estado é sensibilizado com atuações sobre a opinião pública e, sobre o assunto, recorde-se às lições de Roger-Gérard Schwartzberg, quando, com clareza meridiana afirma:

Em regime democrático, influenciar a opinião pública é influenciar indiretamente o poder. Trata-se de um pesar, por um desvio, sobre a posição dos poderes públicos: estes dificilmente podem tomar decisões hostis a um grupo que beneficia de forte corrente de opinião favorável. Esta ação pode tomar a forma de constrangimento ou de persuasão.

Vê-se, pois, que essa forma de constrangimento atuando sobre a população, e aí a imprensa tem papel fundamental, tem a função de levar as autoridades a cederem aos reclamos da classe rurígena excluída, bem assim para conseguir sectários nos diversos órgãos públicos.

Nesse aspecto, as necessidades e aspirações do movimento são valorizadas junto ao público mediante a propaganda dos seus atos. Para isso contam os membros com um verdadeiro esquema de publicidade, inclusive com material redacional distribuído à imprensa de modo geral.

E então, diante de uma situação como a tratada, podemos ter decisões governamentais que tomam aspectos de cunho eminentemente paliativo, resolvendo temporariamente a questão: como a liberação de cestas básicas para refugiados das secas da região Nordeste ou àqueles eventuais invasores de imóveis rurais que se encontram acampados - é como se o Estado procurasse, mesmo que momentaneamente, desacalorar as “mentes curtas” nas lembranças e evitar os mais inconvenientes e excessivos na prática da pressão.

Abordagem extremamente delicada é a ação do MST, como grupo de pressão, na elaboração legislativa em matéria de reforma agrária. Preocupação

evidente, com a filiação de lideranças do Movimento a partidos políticos, com vistas a alcançar uma parcela do poder (o que o fez se aproximar de outros segmentos partidários, tais como o Partido dos Trabalhadores, bem assim de Organizações Sindicais, como a CUT).

Porém essa aproximação deve ser cautelosa para não se perder de mira os objetivos e os anseios do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra, quando se sabe que, por conta disso, já vislumbramos fragmentações, com o surgimento de outras categorias, remanescentes, de movimentos agrários com as mesmas finalidades.

Muitos dos nossos disciplinamentos legais, referentes às questões de distorções fundiárias, tomaram por base a vontade popular, ante a situação de fato, cabendo ao MST a fiscalização e/ou acompanhamento da aplicação do texto legal e, para isso, tem atuado perante os Poderes Executivo (no caso representado pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA) e Judiciário na agilização dos processos, sobretudo os referentes às desapropriações de imóveis rurais, por interesse social, para fins de reforma agrária.

Por outro lado, serve-se o Estado também de instrumentos para reafirmar sua dominação.

Explica-se.

Ao mesmo tempo em que consente com reivindicações do movimento, mesmo assumindo compromissos que jamais entrarão na ordem do dia das deliberações estatais, toma o Estado medidas desagradáveis do ponto de vista da ideologia do MST, tentando, destarte, organizar os interesses políticos na busca de sua hegemonia e, por conseguinte, da continuidade que sustenta o próprio Estado.

Entre decretos e portarias, o Governo Federal vem tentando restringir a ação do MST, sob o argumento da conservação do Estado Democrático de Direito, tendo sempre como escopo inibir as invasões ou ocupações de propriedades rurais particulares, bem como as perpetradas em órgãos públicos, especialmente as verificadas em prédios públicos regionais.

Sendo assim, não foi à toa que o então Ministro Extraordinário de Política Fundiária e Reforma Agrária conjuntamente com o Ministro da Justiça elaboraram a Portaria Interministerial nº 325, de 29 de abril de 1998 (publicada no *Diário Oficial da União* em 30/04/98), proibindo quaisquer tipos de negociações, por parte dos agentes públicos, com os invasores dos prédios dominicais da União, sob pena de responsabilidade administrativa do dirigente do órgão, além de traçar as providências a serem adotadas numa situação como essa.

Tal medida de resistência, porém, ainda não teve o condão de criar inibição ao Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, pois, ao revés, como amplamente divulgado pelos meios de comunicação, aguçou-os à medida que o Estado não tem dado resposta, na prática, aos principais reclamos do Grupo,

cada vez mais organizado e de intensa pressão, conquanto se reconheça um certo avanço nos trabalhos desenvolvidos pelo Estado, relativamente às ações de políticas agrária e agrícola.

Nessa mesma linha, o também então Decreto Presidencial nº 2.250, de 11 de junho de 1997 (publicado na Imprensa Oficial da União de 12/06/97), também procurou desestimular as ocupações de integrantes do MST em imóveis rurais de propriedade de particulares, de modo a não permitir que o INCRA procedesse à vistoria preliminar de levantamento de dados e informações sobre a propriedade, com vistas a sua classificação de produtividade ou improdutividade, enquanto não cessada a ocupação.

Com esse procedimento, estavam os técnicos do Estado proibidos de entrar no imóvel para vistoriar ou de dar andamento a qualquer processo administrativo de desapropriação de área objeto de esbulho possessório.

Diante das providências aqui relatadas, merece reflexão o comportamento da burocracia estatal, posto que, como dito atrás, o compartilhamento ou não, pelos funcionários, das idéias do Movimento Social, inobstante fazer surgir facções ou divisões internas, dificultam em menor ou maior grau a aplicabilidade das normas baixadas pelo Estado.

Na prática, antevemos: a área espoliada é desocupada para então ser vistoriada; findo o trabalho dos funcionários, com a elaboração do relatório técnico de classificação do imóvel, este voltava a ser ocupado. Estava assim cumprida a legislação.

Esse exemplo, por mais simplório que seja, ratifica a tese da penetração das lutas populares no aparelho do Estado, onde encontramos interesses condensados, ou, melhor dizendo, funcionários devotos ou não à causa do movimento.

E mais uma vez é o renomado tesista Nicos Poulantzas quem tenta resolver a questão:

(...) A solução para esse problema não está na simples substituição do pessoal de Estado, quer sob a forma de ocupação de postos-chaves do Estado por militares “devotados à causa” das massas populares, quer, mais prosaicamente, sob a forma de democratização do recrutamento desse pessoal favorável a agentes de origem de classe popular. Essas medidas não são inócuas, mas tomam-se secundárias diante do problema mais fundamental, que é o da transformação do Estado em suas relações com as massas populares. Na ausência de uma tal transformação, quase se pode dizer que esse novo pessoal certamente acabará, ou começará, colocando-se à altura de sua função e reproduzindo as práticas decorrentes da estrutura do Estado: os exemplos históricos abundam.

Não há dúvida, assim, que a transformação do Estado é ponto crucial para assegurar uma continuidade que preserve o próprio ente estatal e, como tal, a dominação política; oportunando-se lembrar o atualizadíssimo projeto de reforma do aparelho do Estado, com a criação de agências autônomas, substituindo por vezes a administração pública burocrática, no entanto primordialmente orientada pelos valores da eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações.

Nessa linha, portanto, os órgãos e as entidades do Estado, instrumentais responsáveis pelo desenvolvimento da reforma agrária no Brasil, por força exatamente dos movimentos agrários, em especial o dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, devem sofrer as mudanças estruturais e humanas necessárias para atender os anseios das massas populares, estas, enquanto grupos de pressão, cada dia mais exigentes e politizadas de tal forma que estão a representar papel importantíssimo na (re)estruturação do Estado.

BIBLIOGRAFIA

- MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito Agrário Brasileiro*. Goiânia: AB, 1996.
- MENDONÇA LIMA, Rafael Augusto de. *Direito Agrário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- POULANTZAS, Nicos. *O Estado, O Poder, O Socialismo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.
- SCWARTZENBERG, Roger-Gérard. *Sociologia Política. Elementos de Ciência Política*. Rio de Janeiro: DIFEL, 1979.
- SOUZA, João Bosco Medeiros de. *Direito Agrário – Lições Básicas*. Saraiva, 1998.
- TANAJURA, Grace Virgínia Ribeiro de Magalhães. *Função Social da propriedade rural: com destaque para a terra, no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2000.
- TARGINO, Getúlio. *Posse Agrária*. São Paulo: Forense, 1998.
- VARELLA, Marcelo Dias. *Introdução ao Direito à Reforma Agrária*. São Paulo: Ed. de Direito, 1998.

A RESPONSABILIDADE OBJETIVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Marcelo Gentil Monteiro, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe e advogado.

RESUMO: Descreve as conseqüências oriundas da decretação da inversão do ônus da prova nos casos em que se aplica a responsabilidade objetiva prevista pelo Código de Defesa do Consumidor.

1. A RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO CDC

1.1. A APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA E AS DIFERENÇAS EM RELAÇÃO À RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL CLÁSSICA

Para que o consumidor possa utilizar-se da responsabilidade independente de culpa prevista no art. 12 do CDC, o produto ou serviço, em torno do qual gira a relação de consumo, deve ser defeituoso. Para tanto, além do vício, um prejuízo deve ser causado ao patrimônio do consumidor, seja ele material ou moral.

Dessa forma, tem-se como premissa para a possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva a existência do chamado fato do produto ou serviço.

Sob a ótica da responsabilidade civil tradicional, caberia ao autor da ação reparatória comprovar a existência da conduta lesiva, do dano suportado, do nexo de causalidade entre os mesmos e, por fim, da culpa do agente.

Transportando essa idéia para o sistema da legislação consumerista, tem-se, de logo, a exclusão da comprovação da culpa, identicamente ao que ocorre nas hipóteses de responsabilidade objetiva no direito civil comum.

Mas essa não é a única distinção entre o sistema tradicional de responsabilidade civil e o do Código do Consumidor. Este não prevê a necessidade de comprovação da conduta lesiva do fornecedor. O primeiro e básico requisito para o surgimento do dever de indenizar é a existência do defeito do produto ou serviço, e não a ação do fornecedor. Assim, tem-se que os requisitos necessários para que seja imposto ao fornecedor o dever de reparar o dano causado pelo seu produto ou serviço são: a existência de defeito, o prejuízo decorrente deste e o nexo de causalidade.

Portanto, já se avista um desenho mais claro do ônus probatório a cargo do consumidor nas ações indenizatórias nas quais há relação de consumo. Mas as diferenças não param por aí. Em virtude também de disposição expressa do CDC, o consumidor, além de não precisar comprovar a existência de culpa, também não necessita fazê-lo quanto à existência do defeito do produto ou serviço. Sua existência é presumida.

Isso decorre da interpretação dos arts. 12, §3º, inc. II e 14, §3º, inc. I do CDC. Ora, se a inexistência do defeito do produto ou serviço funciona como excludente de responsabilidade do fornecedor, cabendo a este, por disposição legal expressa, demonstrá-la para que se livre da indenização, até que o fornecedor ou prestador se desincumba de produzir tal prova, presume-se que o defeito existe.¹

Portanto, para que o consumidor logre êxito em sua demanda indenizatória, cabe ao mesmo demonstrar o dano causado pelo defeito do produto ou serviço e o nexo causal entre o defeito e o dano.

Contudo, ante a dificuldade – verificada em muitos casos – de comprovação deste último requisito, o convencimento do magistrado com relação à demonstração do nexo da causalidade deve ser guiado por regras de experiência de vida que conduzam a um juízo de probabilidade.

O que se quer dizer com isso é que a idéia de comprovação do nexo causal não pode ser tão rígida ao ponto de engessar a possibilidade de sucesso da demanda instaurada pelo consumidor no caso concreto. Assim, se o juiz está convencido de que o produto ou serviço era, de fato, defeituoso e há prova do dano, a caracterização do nexo de causalidade pode ser visualizada lançando-se mão de um juízo de probabilidade.

Como exemplo, tem-se o caso em que o nexo causal, embora não haja sido objeto de prova específica de sua existência, presume-se configurado em virtude do exíguo lapso temporal entre a ingestão de determinado medicamento e os danos à saúde suportados pelo consumidor.

Como se vê, o convencimento sobre a existência do nexo de causalidade deu-se com o uso de um juízo de probabilidade consistente no fato de que muito provavelmente os prejuízos físicos sofridos pelo consumidor foram causados pelo medicamento ingerido, que, ao tempo da prolação da sentença, era aceito como defeituoso.

Estão a cargo do consumidor, de acordo com a sistemática de sua legislação protetiva, as provas concernentes ao dano sofrido e ao nexo de causalidade, lembrando-se da relativização, explicitada acima, com relação ao último.

¹ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. *Responsabilidade Civil pelo fato do produto no Direito Brasileiro*. 2. ed. rev. at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 92.

1.2. AS CAUSAS EXCLUDENTES DO DEVER DE INDENIZAR

Ao lado da opção do legislador pela responsabilidade objetiva nos casos de danos causados ao consumidor, foram previstas as hipóteses em que o fornecedor terá sua responsabilidade elidida. Tais situações rompem o elo entre o dano e o defeito, atacando, pois, o nexo de causalidade, que, como visto, é requisito essencial para a configuração da responsabilização civil.

A questão que suscita mais dúvidas na doutrina é a relativa à taxatividade ou não das hipóteses enumeradas no §3º dos arts. 12 e 14 do CDC. Em termos práticos, tal discussão debruça-se sobre a possibilidade ou não de o fornecedor argüir, em sua defesa, o caso fortuito ou a força maior com o fim de ver-se livre da indenização pretendida pelo consumidor.

Há outros exemplos de alegações que poderiam ser formuladas pelo fornecedor como eximentes de sua responsabilidade – além das expressamente previstas pela legislação consumerista, do caso fortuito ou da força maior – dentre as quais a conformidade do produto ou serviço com as normas administrativas e os chamados riscos de desenvolvimento, exemplos estes levantados por Sílvio Luis Ferreira da Rocha.²

De pronto, deve ser afastada tal possibilidade, uma vez que a lei não se referiu expressamente a essas situações. Mas não só por esse motivo. Raro é o caso, se é que existe algum, em que as normas administrativas referentes a determinado produto ou serviço descrevem minuciosamente suas especificações, limitando-se a prever condições gerais e básicas de adequação do produto à sua finalidade e de preservação da segurança do consumidor. Já os riscos de desenvolvimento são defeitos que ao tempo da fabricação não eram, ainda, perceptíveis, somente sendo descobertos posteriormente, em virtude dos avanços tecnológicos. O que importa é que, quando da colocação do produto no mercado ou da prestação do serviço, o defeito já existia, somente não sendo, ainda, sabido, sendo absurdo que o consumidor arque com o prejuízo trazido à tona por descoberta futura.

Portanto, uma vez aceita a tese da taxatividade das cláusulas enumeradas pelo CODECON, tem-se que nada pode ser alegado em defesa do fornecedor além delas, inclusive o caso fortuito ou força maior, mesmo sendo estas cláusulas excludentes do Código Civil, em seu art. 393. É esta, aliás, a interpretação adequada, menos em razão da taxatividade e mais em virtude de tais hipóteses já terem sido abraçadas pelas que foram expressamente previstas.

² Op. cit., p. 109-113.

Explica-se. Entre os que defendem que a enumeração da lei não é exaustiva, é pacífico que o caso fortuito ou força maior somente elidem a responsabilidade do fornecedor quando ocorridas após a colocação do produto em circulação. E isso é verdade. Se algo externo acontece e compromete a qualidade de determinado produto antes de sua colocação no mercado, caberia ao fornecedor certificar-se de que a qualidade não havia sido afetada e, uma vez constatado o defeito, não disponibilizá-lo ao mercado.³

Por outro lado, se o fator externo ocorre após a colocação do produto no mercado ou da prestação do serviço, o nexo de causalidade é rompido não pelo caso fortuito ou pela força maior, mas pela inexistência do defeito, hipótese já prevista em lei (art. 12, §3º, inc. II e art. 14, §3º, inc. I).

Esclarecida a questão, passa-se à análise, de forma sucinta, das causas expressamente previstas pela legislação protetiva do consumidor.

A primeira delas é a não colocação do produto no mercado, que não é prevista para os casos de fato do serviço pelo óbvio motivo de que o serviço não é colocado no mercado, mas simplesmente prestado.

Um produto somente não é colocado no mercado quando o fornecedor não o fez de forma voluntária e consciente. É justamente por esse motivo que o fato de um produto ter sido doado, colocado à prova, servido de amostra grátis não afasta a responsabilidade do fornecedor, já que o mesmo foi conscientemente e voluntariamente colocado no mercado. Assim, se uma cesta básica doada por um supermercado à campanha “Natal sem fome” causa danos à saúde do indivíduo agraciado, não pode a empresa alegar que não colocou o produto no mercado somente porque o mesmo não foi comercializado.

Essa causa é comumente usada nos casos em que o produto foi subtraído do fabricante – seja de seu estoque ou no momento do transporte – quando uma vez apreendido pelos órgãos administrativos, o produto é recolocado no mercado sem a anuência do fabricante e nos casos de falsificação do produto.

Para Luiz Antônio Rizzatto Nunes, mesmo nos casos de roubo ou furto de produtos persiste a responsabilidade do fornecedor. Segundo ele, possivelmente a conduta teria sido culposa (*in eligendo ou in vigilando*), o que em nada influiria na responsabilidade, que é independentemente de culpa. A hipótese legal seria adequada apenas para os casos de falsificação.⁴

³ Da mesma forma, desnecessária a advertência esposada no §2º dos arts. 12 e 14. Ora, não opera o dever de indenizar, oriundo da responsabilidade civil, unicamente porque inexistente defeito. E se não há defeito, não há falar em responsabilidade por fato do produto ou serviço, hipótese já enquadrada na situação fática prevista pela causa excludente de responsabilidade do inc. I, §3º, dos arts. 12 e 14.

⁴ *Comentários ao código de defesa do consumidor: direito material* (art. 1º ao 54). São Paulo: Saraiva, 2000, p. 172.

A segunda e mais evidente hipótese é a inexistência do defeito (arts. 12, §3º, inc. II e 14, §3º, inc. I). Ora, já foi dito que a existência do defeito é requisito essencial para a caracterização da responsabilidade civil. Se o mesmo inexistir, o mesmo acontece com o dever de indenizar.

Por fim, o legislador elegeu a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro como a última causa excludente da responsabilidade do fornecedor (arts. 12, §3º, inc. III e 14, §3º, inc. II).

É discussão latente na doutrina a possibilidade de o comerciante ser considerado ou não terceiro, de forma a afastar a responsabilidade do fornecedor⁵. Ora, o comerciante é parte integrante e fundamental da relação de consumo, sem o qual, inclusive, o produto ou serviço não seria comercializado, devendo ser rejeitada, portanto, a alegação de culpa exclusiva do comerciante.

Aliás, a responsabilidade de todos os que influíram para a concretização do dano é solidária (art. 7º, parágrafo único e art. 25, §1º do CDC). Sendo o dano causado exclusivamente pelo comerciante, compete ao fornecedor cobrar deste o que foi desembolsado por si a título de indenização. Trata-se de relação privada, devendo ser processada e julgada com o uso das regras que lhe são inerentes.

Há, também, quem defenda a diminuição do *quantum* indenizatório nos casos de culpa concorrente – ao menos na de terceiro – em nome do princípio da boa-fé objetiva ou com o fito de se evitar o enriquecimento sem causa. Deve ser rejeitada tal idéia, não só porque se esse fosse o desejo do legislador a regra teria sido enfática, mas porque a aceitação de tal argumento ampliaria demasiadamente o leque de circunstâncias redutoras da responsabilidade do fornecedor, o que, sem dúvida, acarretaria danos ao consumidor e prejudicaria seu direito básico à reparação dos danos sofridos (art. 6º, inc. VI).

Antes de encerrar este capítulo, é importante lembrar que a comprovação de qualquer das causas acima explicitadas é ônus do fornecedor. Não em decorrência da inversão do ônus da prova, como afirma Denari⁶, mas da leitura do próprio texto legal: o fabricante, o construtor, o produtor, o importador ou o fornecedor de serviços *só não será responsabilizado quando provar* alguma das causas excludentes de responsabilidade enumeradas⁷. Grifou-se.

⁵ Entre os que defendem a possibilidade está Zelmo Denari (in GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 170). Alguns contrários a esse entendimento são Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin (apud ROCHA, op. cit., p. 109), Silvio Luiz Ferreira da Rocha (op. cit., p. 109) e Luiz Antônio Rizzato Nunes (op. cit., p. 170).

⁶ Op. cit., p. 169.

⁷ §3º dos arts. 12 e 14.

2. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

2.1. A VIABILIDADE JURÍDICA DA INVERSÃO PROBATÓRIA EM DEMANDAS CUJA RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR É OBJETIVA

Para a manutenção da coerência do objetivo almejado pelo texto, que é de descrever o que acontece na hipótese de coexistência dos institutos da responsabilidade civil e da inversão do ônus da prova, não serão tratados temas como o momento da decretação da inversão do ônus da prova.

Isso porque assuntos como esse ensejam divergências das mais árduas na doutrina, tais como a necessidade de prévia manifestação do juízo sobre a inversão ou sua simples decretação na sentença.

De um forma ou de outra, há que se ressaltar que não há qualquer motivo, seja de ordem lógica ou legal, que impeça a decretação da inversão do ônus da prova nos casos de responsabilidade objetiva. Não existe, na Seção referente à responsabilidade pelo fato do produto, um indício sequer de que o legislador pretendeu afastar a inversão probatória em tal hipótese.

Entendimentos como o de que a inversão do ônus da prova é, “quando o dano tiver sido causado por profissionais liberais, o mecanismo colocado à disposição do consumidor”⁸ [...], não são válidos. É verdade que o inc. VIII do art. 6º do CODECON é aplicável aos casos de responsabilidade subjetiva, mas não só. É sim, direito do consumidor toda vez que restar caracterizada sua hipossuficiência ou a verossimilhança de suas alegações, independentemente de em qual ação seja requerida.

Aliás, a inversão do ônus da prova é um direito de ordem pública e interesse social⁹, a exemplo dos demais direitos básicos do consumidor, que são “inderrogáveis por vontade dos interessados em determinada relação de consumo”¹⁰.

Ainda, pode e deve ser deferida de ofício pelo juiz. Se isso não ocorrer, quando, por exemplo, “a parte vem desacompanhada de advogado ao processo, no rito da Lei 9.099/95 (nas causas até vinte salários mínimos – art. 9º), não há

⁸ ALMEIDA, M. G. V. B. G.; WADA, B. G. “Os sistemas de responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor”. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 41. p. 185- 204. jan-mar. 2002. p. 194.

⁹ Art. 1º, *caput*, do CDC.

¹⁰ FILOMENO, in GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 24.

implementação da garantia constitucional da ampla defesa, cuja dimensão ou existência o leigo desconhece”¹¹.

Portanto, sendo direito básico do consumidor e matéria de ordem pública, deve ser garantida ao consumidor a inversão do ônus da prova sempre que satisfeito um dos requisitos, sob pena de violação de tal direito, inclusive e principalmente nas demandas reparatórias, nas quais o produto ou serviço prestado pelo fornecedor ocasionou-lhe algum dano.

2.2. O ALCANCE DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NOS CASOS DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA

A atividade probatória nos processos em que é apurada a responsabilidade do fornecedor e que – por entender o juiz que foi preenchido um dos requisitos legais, é invertido o ônus probatório – é sensivelmente modificada. Assim, a aplicação dos dois institutos, responsabilidade objetiva e inversão do ônus da prova, cuja viabilidade jurídica de coexistência no mesmo processo já foi demonstrada, trará notável modificação à atuação processual das partes.

Foi visto que nas ações em que a relação jurídica entre autor e réu é de consumo, os requisitos para a responsabilização civil são diferentes dos necessários para a teoria subjetiva, bem como para os demais casos de responsabilidade objetiva. Além de não mais se falar em culpa, também não se faz menção à conduta lesiva, já que esta é substituída pelo defeito do produto ou serviço.

Contudo, o fornecedor pode livrar-se do dever de indenizar se comprovar alguma das cláusulas excludentes de ilicitude prevista pelo §3º, dos arts. 12 e 14 do CDC, oportunidade em que foi ressaltado que tal prova, conforme disposição expressa do CODECON, deve ser produzida pelo fornecedor, até porque tais causas são fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor-consumidor.

Claro está, portanto, que esse é o quadro probatório da responsabilidade civil objetiva do Código de Defesa do Consumidor, independentemente da inversão do ônus da prova. É a distribuição legal da carga probatória, que em nada se confunde com a inversão desta.

É pena que isso não seja assim tão hialino. Muitos autores confundem os institutos em apreço, referindo-se a um e a outro como se fossem a mesma coisa, ou tratando de um, quando na verdade referem-se a outro. A principal conseqüência

¹¹ GAULIA, Cristina Tereza. “A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor”. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 40. p. 76-92. out-dez. 2001. p. 85.

desse erro é o prejuízo imposto ao consumidor. Sendo as duas situações favoráveis a ele, a confusão entre o que é oriundo da responsabilidade objetiva do CDC e o que advém da inversão probatória, só pode reduzir o alcance de tais direitos. Esse comportamento, na verdade, caracteriza-se por uma postura reducionista da principiologia de defesa do consumidor, que é a raiz do Código de Proteção.

O exemplo mais freqüente desses equívocos em prejuízo do consumidor é a afirmação de que por meio da inversão do ônus da prova “incumbirá ao fornecedor a demonstração da ausência de nexo de causalidade”¹².

Há, ainda, quem, apesar de festejar o instituto da inversão probatória ignore a existência de qualquer efeito dele decorrente, observando que “ao consumidor sempre competirá provar os danos que alega ter sofrido, bem como demonstrar o nexo de causalidade entre o fato danoso e o dano [...] A prova que compete ao fornecedor fazer é aquela que diz respeito ao fato danoso em si”¹³. Claro. Nos termos do CDC, automaticamente, compete ao fornecedor provar a inexistência do defeito, com ou sem inversão do ônus, uma vez que se trata de fato obstativo do direito do autor-consumidor.

Outros vão mais longe. Além de negar, na prática, qualquer efeito jurídico à inversão do onus probandi – limitando-a às cláusulas excludentes de responsabilidade, que, como já visto, devem ser alegadas e provadas pelo fornecedor¹⁴ – transferem ao consumidor o encargo de provar aquilo que o Código impôs ao fornecedor. Dessa forma “permanece intacta, nesse ponto [prova do defeito] a distribuição do ônus da prova do art. 333 do CPC, que, como vimos acima, diz competir ao autor provar o fato constitutivo de seu direito”¹⁵.

Não! A distribuição legal do art. 333 do CPC não pode ficar intacta ante a sua inversão. Se assim o fosse, a inversão estaria desprovida de qualquer efeito prático, já que não inverteria nada.

¹² LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 95. Nesse mesmo sentido ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. *Responsabilidade Civil pelo fato do produto no Direito Brasileiro*. 2. ed. rev. e at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 93.

¹³ GAULLA, op. cit., p. 90.

¹⁴ “Pouco importa se a responsabilidade é objetiva ou subjetiva. A excludente deve ser alegada pelo demandado por ocasião da contestação e demonstrada na fase instrutória”. Para melhor elucidação, ver LISBOA, op. cit., p. 93.

¹⁵ MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 58.

Todos esses equívocos decorrem da ausência de uma exata noção de que os institutos da inversão do ônus da prova e da responsabilidade objetiva são coisas bem diferentes. O trecho abaixo demonstra claramente essa diferenciação:

Muitos críticos do Código entreviram nesse dispositivo [art. 6º, VIII da Lei 8.078/90] um agravamento da responsabilidade dos fabricantes, comerciantes e prestadores de serviços, enfim, dos fornecedores em geral. Não se deram conta, porém, de que o projeto do Código estava a adotar a responsabilidade objetiva, que constitui um regime jurídico bem mais rigoroso que o da mera inversão ope iudicis do ônus da prova, mormente com o estabelecimento de condições para que essa inversão possa ser admitida.¹⁶

E os efeitos jurídicos da inversão do ônus da prova decorrem, exatamente, dessa diferenciação. Estando previamente estabelecido o que compete a cada parte provar, aquela que permanecer inerte arcará com o ônus de sua inação. Não é que “exista indiscutivelmente essa tendência em se punir o fornecedor processualmente inerte, ante a ausência de prova desconstitutiva do direito do consumidor”¹⁷. O que existe é a necessidade de se aplicar corretamente as disposições processuais de distribuição do ônus da prova.

Ora, se o maior beneficiado pela inércia probatória da parte é seu adversário no processo, e se com a inversão o ônus da prova este passa a ser do fornecedor, nada mais natural e legal que seja ele quem arque com os prejuízos de sua inércia.

Portanto, cabendo ao consumidor desincumbir-se de provar, nas demandas fundadas na responsabilidade objetiva do fornecedor, o dano e o nexo de causalidade (fato constitutivo de seu direito), estando desde o início dispensado da comprovação do defeito do produto¹⁸, decretada a inversão do ônus da prova, ficará o consumidor “dispensado da comprovação do defeito do produto, da ocorrência do dano e do nexo causal entre o produto/serviço (art. 6, VIII, CDC)”¹⁹.

¹⁶ WATANABE, Kazuo in GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 733.

¹⁷ ALBUQUERQUE, Eduardo Galdão de. A prova nas ações do consumidor (arts. 130 e 333 do CPC e arts. 6º, VIII e 51, VI do CDC). Jusnavigandi, out. 2001. Disponível em <<http://www.jus.com.br/doutrina>>. Acesso em: jul. 2002.

¹⁸ Arts. 12, §3º, inc. II e 14, §3º, inc. I, Lei 8.078/90.

¹⁹ CARVALHO, op. cit., p. 12.

É também esse o sentido da lição do mestre Carlos Roberto Gonçalves:

Com relação ao ônus da prova, é de se ressaltar que, em linhas gerais, a alteração da sistemática da responsabilização, prescindindo do elemento culpa e adotando a teoria objetiva, não desobriga o lesado da prova do dano e do nexos de causalidade entre o produto ou serviço e o dano. Em relação a estes elementos, entretanto, o juiz pode inverter o ônus da prova quando 'for verossímil a alegação' ou quando o consumidor for 'hipossuficiente', sempre de acordo com 'as regras ordinárias de experiência' (art. 6º, VIII).²⁰

É lógico. Se a inversão do ônus da prova é a transferência, para o fornecedor, da produção de contra-prova do fato constitutivo do direito do consumidor, e se a este cabia a prova, exclusivamente, do dano e do nexos, passa-se ao fornecedor o interesse de comprovar a inexistência desses.²¹

Como consequência na falta de qualquer prova, a ação deverá ser julgada procedente, condenando-se o réu, porque o ônus da prova, na realidade processual, era do demandado e ele não o realizou, satisfatoriamente. Este é o objetivo do princípio do ônus da prova.²²

Por outro lado, havendo prova suficiente para formar o convencimento do magistrado, desnecessárias são as regras de inversão do ônus probatório. As provas trazidas aos autos, independente de quem as produziu, são instrumento de convencimento do juízo, como consequência do princípio da comunidade da prova, que decorre da leitura do art. 131 do Código de Processo Civil.

Por tudo que aqui se disse, tem-se que os efeitos decorrentes da aplicação da responsabilidade objetiva do consumidor e da inversão do ônus da prova são diversos. A confusão entre os institutos acarreta sérios prejuízos à atuação do consumidor em juízo e deve ser evitada e combatida pelo profissional sério e concatenado com o espírito da legislação protetiva do consumidor.

²⁰ *Responsabilidade Civil*, 8. ed., rev. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-01-2002), São Paulo: Saraiva, 2003, p. 397.

²¹ Nesse sentido RIZZATTO, op. cit., p. 168 e 194.

²² NASCIMENTO, op. cit., p. 130.¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris. 1988.

BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Eduardo Galdão de. A prova nas ações do consumidor (arts. 130 e 333 do CPC e arts. 6º, VIII e 51, VI do CDC). Jusnavigandi, out. 2001. Disponível em <<http://www.jus.com.br/doutrina>>. Acesso em: jul. 2002.
- ALMEIDA, M. G. V. B. G.; WADA, B. G. Os sistemas de responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 41. p. 185- 204. jan-mar. 2002.
- GAULIA, Cristina Tereza. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 40. p. 76-92. out-dez. 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. *Responsabilidade Civil pelo fato do produto no Direito Brasileiro*. 2. ed. rev. at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Ana Maria Andrade Oliveira, bacharela em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, assessora jurídica do gabinete da Corregedora-Geral da Justiça.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. O movimento do acesso à Justiça 3. Evolução e facilitação do acesso à Justiça. 3.1. A crescente informatização processual. 3.2 O papel da Defensoria Pública frente à população carente. 3.3. A isenção das custas judiciais em virtude da Justiça gratuita. 3.4. As varas de assistência judiciária gratuita. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

1-INTRODUÇÃO

O presente trabalho reúne alguns dados sobre o desenvolvimento da garantia fundamental do acesso à Justiça, bem como o importante papel da assistência judiciária gratuita, hoje prevista no Artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988, além da pretensão de contribuir para o estudo de um tema mais amplo, qual seja, o da democratização do acesso à Justiça.

Para um efetivo acesso à Justiça é preciso salientar alguns requisitos. Primeiramente o sistema deve ser igual e acessível a todos, em seguida os resultados produzidos devem ser individuais e socialmente justos, sendo que de acordo com Cappelletti, “uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada pela nossa sociedade moderna, pressupõe o acesso efetivo.”¹

De início, será analisada a evolução e a facilitação do acesso à Justiça, com destaque nos seguintes pontos, quais sejam: a crescente informatização processual, o papel da Defensoria Pública frente à população carente, a isenção das custas judiciais em virtude da justiça gratuita, bem como a implantação das varas de Assistência Judiciária.

¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris. 1988.

Em seguida, concluindo o trabalho, serão demonstradas algumas possíveis soluções práticas para um melhoramento e mais amplo acesso à Justiça, para que possam ser garantidos e efetivados os direitos do cidadão comum.

O trabalho é baseado em livros sobre o assunto, acesso à Justiça, sendo de suma importância, o conhecimento desse assunto, para a formação ética do profissional do Direito.

2- O MOVIMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA

Ao analisarmos o texto de Mário Cappelletti, que discorre sobre o assunto em questão, podemos observar que o movimento por acesso à Justiça é considerado a mais importante expressão de uma radical transformação do pensamento jurídico e das reformas normativas e institucionais.

As dificuldades do acesso à Justiça não são recentes. Obstáculos apresentados são reflexos de um processo desencadeado há muito tempo.

Esse fenômeno transformou o Direito em somente norma, sem o direcionamento ao estudo social, perdendo, dessa forma, seus aspectos éticos vindo a tornar-se um bem de consumo, igual a outros tantos desta sociedade massificada.

Observa Naline, em sua obra *O juiz e o acesso à justiça*, que, “todo esse processo, evidencia efeitos perversos, à medida que a obsolescência da lei e a sua elaboração por encomenda, já não mais estão refletindo o ideal de relação necessária derivada da natureza das coisas.”²

Dessa forma, o movimento do acesso à Justiça é uma solução de compromisso. O aspecto normativo é de suma importância como elemento que compõe o quadro jurídico, porém não é o suficiente para um funcionamento eficaz e justo das funções que o Poder Judiciário tem para com a sociedade.

Em outras palavras, segundo Cappellette, “o direito é visto não como um sistema separado, autônomo, auto-suficiente, autopoético, mas como parte integrante de um mais complexo ordenamento social, onde isto não pode fazer artificialmente, isolado da economia, da moral, da política, é o que o mesmo chama de concessão contextual do direito.”³

Dentro desses aspectos, o papel fundamental dos operadores jurídicos, não é somente a aplicação mecânica da lei, mas o que realmente é imprescindível é a tentativa de se chegar o mais próximo possível da resolução dos conflitos e não apenas a sua institucionalização.

² NALINI, José Renato. *O Juiz e o acesso à Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994.

³ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris. 1988.

Por isso, no contexto da análise do movimento de acesso à Justiça, a tentativa de solução dos conflitos é o ponto mais importante.

É mister compreender que o momento histórico que estamos passando não é o mesmo da época da elaboração legislativa, que as aspirações por Justiça têm uma razão de ser e que o juiz, ainda inserido no presente deve ter condições de visualizar a situação sob um prisma de perspectiva e tudo isso constitui ponto crucial para se extrair dessa tendência objetivos práticos muito definidos.⁴

Com essas considerações podemos a princípio afirmar que para um maior acesso à Justiça, deve-se ter como ponto de partida o pensamento do magistrado, pois ele compõe o ápice da tríade processual, decidindo as causas e podendo contribuir diretamente para um efetivo acesso à Justiça, pois não é somente através do ajuizamento de um processo que se efetiva o acesso à Justiça e sim, tendo-se garantia de que o resultado da lide seja justo e imparcial.

3. EVOLUÇÃO E FACILITAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Nos tempos hodiernos, diante do grande apelo da população e da democratização política, o aparelho judiciário vem apresentando uma visão evoluída e progressista, pondo à disposição da sociedade os meios para concretizar os anseios da população.

Assim, diversos institutos surgem para facilitar o povo carente a ter acesso ao Judiciário, bem como para que seus problemas sejam resolvidos de forma célere, menos custosa e justa.

Sendo assim, a informatização, a Defensoria Pública, a isenção das custas processuais e as varas de assistência judiciária constituem grandes ferramentas para que o cidadão possa usufruir plenamente dos serviços judiciários.

3.1- A CRESCENTE INFORMATIZAÇÃO PROCESSUAL

A informatização consiste na substituição do processo corpóreo e lento por meios informatizados que aprimoram e agilizam o transcorrer dos processos.

Todos os benefícios colocados à disposição do homem pelas ciências tecnológicas devem servir ao Judiciário, pois o papel do mesmo é garantir a existência digna, porém, como observamos, o motivo de descrédito da Justiça é a sua morosidade, o longo tempo para resolução das lides.

⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris. 1988.

Com isso, a crescente otimização do instrumental informatizado, está permitindo ao juiz multiplicar a sua produção, sem gerar mais desgastes, possibilitando a solução das lides com mais serenidade e calma.

De mais a mais, a informatização também contribui para uma maior organização dos cartórios, facilidade de consulta processual via internet, enfim propicia uma celeridade na prestação jurisdicional.

Em nosso Estado de Sergipe, o Poder Judiciário vem desenvolvendo um esforço concentrado na busca da informatização dos serviços judiciários, no que tem obtido êxito, tanto assim que o Estado se encontra coberto por rede de informática, inclusive com tecnologia de ponta, acesso à rede de internet e intranet, nas diversas comarcas e distritos do interior, segundo informação que obtivemos.

Para tanto, recorreu inclusive a parcerias, a exemplo da mantida pela atual administração com o Banco do Estado (BANESE), para aquisição de novas máquinas.

Sendo assim, todos os recursos de informática devem ser utilizados para tornar mais eficiente e racional a outorga da prestação jurisdicional.

3.2- O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA FRENTE À POPULAÇÃO CARENTE

De início, é importante salientar que o nível de desenvolvimento de um país também pode e deve ser avaliado do ponto de vista da democratização de seu aparato judiciário, ou seja, como e de que meios dispõe a população para ter acesso à Justiça do Estado.

A figura do advogado é essencial à Justiça, salvo algumas exceções, para que haja o trâmite processual, possibilitando às partes a defesa técnica e um melhor aproveitamento do direito que lhe for assegurado, contribuindo os litigantes para o acerto das decisões.

Ocorre que, nem sempre as partes possuem condições financeiras para custear os honorários advocatícios e para suprir essa deficiência a Constituição Federal de 1988, pioneira no assunto, no seu título IV, Capítulo IV, ao tratar “Das Funções Essenciais à Justiça”, incluiu a Defensoria Pública:

Art. 134. A defensoria pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art.5º, LXXIV.

Assim, viabilizou e tornou bastante célere o acesso a esse direito fundamental do cidadão, bem como se atribuiu a uma instituição pública a assistência jurídica ao necessitado, apresentando um grande progresso para a isonomia dos litigantes.

3.3-A ISENÇÃO DAS CUSTAS JUDICIAIS EM VIRTUDE DA JUSTIÇA GRATUITA

Uma das maiores causas que dificultam o acesso à Justiça são as custas processuais muito dispendiosas, restringindo bastante o número de pessoas que têm condições de arcar com as despesas de um processo.

Apesar do Estado pagar os salários dos juízes e dos seus auxiliares, as partes têm que suportar algumas despesas como honorários advocatícios e custas processuais, para que seus processos possam transcorrer normalmente.

Como é relatado por Cappelletti, a mais importante despesa individual para os litigantes consiste, naturalmente, nos honorários advocatícios. Concluindo que, qualquer tentativa realística de enfrentar os problemas de acesso deve começar por reconhecer esta situação: os advogados e seus serviços são muito caros.

Dessa forma, muitas pessoas não acham válido litigar ou até fazem acordos desvantajosos, porque as custas de um processo podem ultrapassar o valor da causa ou se isso não ocorre, podem se equiparar ao valor, tornando-se uma futilidade a demanda.

Além disso, o tempo gasto por um processo contribui bastante para o seu encarecimento. Segundo a Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, a Justiça nem sempre cumpre suas funções dentro de um prazo razoável e isso para muitas pessoas, consiste em uma Justiça inacessível.

No entanto, a Lei 1.060/50 concede assistência judiciária aos necessitados, com isenção de taxas judiciárias, emolumentos e custas, despesas com publicações, honorários advocatícios e periciais, bem como despesas com a realização do exame de DNA, que for requisitado pela autoridade judiciária, nas ações de investigação de paternidade ou maternidade, sendo essa última, inovação da Lei 10.317/2001.

Sendo assim, é de suma importância a aplicação dessa lei, sem maiores rigorismos, fazendo sempre que possível uma interpretação extensiva de seus dispositivos para garantir ao máximo aos cidadãos, as benesses dessa norma.

3.4- DAS VARAS DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA

Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada- IPEA, o Brasil tem hoje cerca de 12%(doze por cento) de sua população composta por pessoas pobres, o que significa em média 16,6 milhões de pessoas, abaixo da linha da pobreza.

Diante disso, o Poder Judiciário, perplexo com essa conjuntura, procura em seu âmbito de atuação concentrar esforços para melhor atender à população carente.

Assim, surge o importante papel das Varas de Assistência Judiciária Gratuita, que possuem a competência para processar e julgar os feitos dos beneficiários da Justiça gratuita, tornado dessa forma mais célere a prestação jurisdicional.

Em nosso Estado de Sergipe existem 07 varas de Assistência Judiciária Gratuita criadas por lei, sendo que 06 estão implantadas e 01 está preste a ser instalada.

Além de diversas vantagens, as varas de Assistência Judiciária estão localizadas nas áreas de grande concentração das pessoas carentes, o que facilita mais ainda o acesso dessas pessoas à prestação jurisdicional.

No entanto, poucos Estados brasileiros, até agora, aderiram à criação de varas de assistência judiciária gratuita, sendo que o Estado de Sergipe foi o pioneiro nessa empreitada e em virtude do sucesso, está sendo difundida tal idéia.

4-CONCLUSÃO

A Justiça, como serviço público essencial, não vem atravessando imune à descrença generalizada que acomete toda a estrutura estatal. O descompasso entre as necessidades da comunidade e as respostas do Judiciário faz com que se mostre inadiável a adoção de alternativas que tornem mais eficiente a atuação jurisdicional.

Apesar da constante evolução e do grande esforço que o Judiciário despende para otimizar a sua prestação, ainda existem diversas barreiras a serem superadas para garantir a todo o cidadão o efetivo acesso à Justiça.

Para a resolução e superação de todas essas barreiras, deve haver uma radical transformação no pensamento jurídico e reformas normativas e institucionais, tanto nos aspectos culturais quanto normativos, reforma institucional e reforma processual.

Atualmente, um grande passo dado para a aproximação das pessoas mais carentes financeiramente, ao acesso à Justiça, foi a criação dos Juizados Especiais, determinado pela Lei 9099/95.

Além de fornecerem uma assistência sem cobrança de custas judiciais, as formas são simplificadas, as formalidades foram eliminadas e os funcionários estão disponíveis para assistir às partes, como também muitas vezes não se faz necessária a participação de advogados, razão pela qual a lide fica menos onerosa.

Tais juizados são de suma importância, sendo que as pessoas mais carentes geralmente têm como causa de lide, na área cível, causas de valor inferior a 40 salários mínimos, enquadrando-se perfeitamente no âmbito desses juizados especiais.

É certo que esses juizados têm desempenhado relevante papel na dinamização dos feitos, impondo-se contudo, a edição de novas normas, para

dirimir questões ainda pendentes, especialmente quanto à fase de execução dos julgados.

Apesar de ser necessária a reforma normativa, não pode ser feita por completo, por ser a mesma inviável, diante de tantas dificuldades, bem como se mostra ilusória, não fosse acompanhada de adequados instrumentos de execução-atuação.

Além disso, torna-se também despicienda, já que o fenômeno da recepção torna prescindível a renovação de toda a normatividade subalterna, reaviventada pela interpretação decorrente de um novo texto constitucional.

Tratando-se de reforma processual, poderia auxiliar a consolidação de práticas propiciadoras de mais fácil ingresso à litigância institucionalizada. Em conjunto com tal reforma podem ser mencionadas as propostas de eliminação das custas, simplificação procedimental e a especialização da prestação jurisdicional.

Sendo assim, existem muitas propostas para a efetivação do acesso à Justiça, além das já citadas, há também a conciliação, dentre outros que cooperem para tal aspiração. Todos esses métodos auxiliam bastante na solução desse problema que traz tantos prejuízos à comunidade: a dificuldade do acesso à Justiça.

5- BIBLIOGRAFIA

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris. 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores. 1999.

FARIA, José Eduardo. *Direito e Justiça. A Função Social do Judiciário*. São Paulo: Ática. 1997.

NALINI, José Renato. *O Juiz e o acesso à Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994.

AS CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO EM FACE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 42/2003

Matheus Barreto Dantas é especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe - UFS, advogado e assessor do Procurador Geral do Estado de Sergipe.

RESUMO: O presente trabalho visa à análise das alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 42/2003 no regime jurídico das Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico, tomando por premissa as normas constitucionais, e em especial as normas relativas ao sistema constitucional tributário pátrio.

SUMÁRIO: 1- Introdução. 2 – Natureza e Regime Jurídico das Contribuições Interventivas. 3 – A Emenda Constitucional nº 42/2003. 4 – Princípio da Anterioridade Nonagesimal. 5 – Materialidades das Contribuições Interventivas. 6 – Repartição das Receitas das Contribuições Interventivas. 7 – Desvinculação do Produto da Arrecadação das Contribuições Interventivas. 8 – Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

As Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico, também denominadas na doutrina de *contribuições interventivas*¹, têm suscitado cada vez mais o interesse dos doutos pela sua análise ante a voracidade arrecadatória da União e dos próprios Estados e Municípios, estes últimos tendo demonstrado maior interesse a partir da edição da Emenda Constitucional nº 42 que, dentre outras coisas, repartiu a receita oriunda dessas contribuições entre eles e a União.

¹ GAMA, Tácio Lacerda. *Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2003; COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988*. 3ª ed., Forense, 1991; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998; PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Perfil Constitucional das Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico. In: GRECO, Marco Aurélio (Coord.), *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001.

Tem-se observado uma crescente instituição de contribuições desta espécie sob o questionável argumento – do ponto de visto prático e não normativo – da necessidade de regulação e fiscalização do setor econômico. Todavia, tem-se constatado, em verdade, a inobservância desses objetivos, servindo os recursos arrecadados como fonte de custeio de despesas ordinárias dos entes, possibilitando uma aparente folga nos cofres públicos.

A Emenda Constitucional nº 42/2003 buscou adaptar o ordenamento jurídico pátrio às mutações do quadro sócio-político- econômico global, sob o utópico argumento de possibilitar a retomada do crescimento econômico do país, restando evidente, no entanto, o caráter financeiro da referida emenda constitucional, onde se pretende garantir, prioritariamente, o equilíbrio fiscal das contas do governo.

Deve-se observar que tais alterações legislativas não levaram em consideração a sistemática normativa vigente, que em muitos casos foi ignorada, dando azo a calorosas discussões doutrinárias e jurisprudenciais que acabam por não admitir tais modificações.

É em razão desses argumentos que se pretende com o presente trabalho, sem a ambição de querer esgotar o tema, proceder à análise das alterações normativas introduzidas no ordenamento jurídico pátrio sobre o regime jurídico das Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico, a fim de que se possa estabelecer os contornos da exação sob comento, através de um estudo elaborado frente às normas consagradas na Constituição Federal de 1988, com suas posteriores alterações, em especial as introduzidas pela Emenda Constitucional nº 42/2003.

2. NATUREZA E REGIME JURÍDICO DAS CONTRIBUIÇÕES INTERVENTIVAS

Com o advento da Constituição Federal de 1988, perdeu razão qualquer dúvida quanto à natureza tributária das contribuições, posto que se apresentam como tributos. E assim sendo, submetem-se ao regime jurídico tributário, ficando elas submetidas às limitações constitucionais ao poder de tributar bem como às normas gerais em matéria tributária, a teor do que preceitua o art. 149, *caput*, da Carta Magna.²

² Esse é o entendimento de parcela expressiva dos doutrinadores tributaristas, dentre os quais podemos citar Hugo de Brito Machado, que leciona que “a Constituição de 1988 afastou as divergências doutrinárias, afirmando serem aplicáveis às contribuições em tela às normas gerais de Direito Tributário” (*Curso de Direito Tributário*, 17ª ed., Malheiros, 2000, p. 331). No mesmo sentido professora José Artur Lima Gonçalves, em artigo intitulado “Contribuição de Intervenção”, onde afirma que “dívida nenhuma há quanto a natureza jurídica das contribuições de intervenção seja tributária”(In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*. 7º Vol. São Paulo: Dialética, 2003.

Encontra-se disciplinada pelas disposições dos artigos 149, *caput*, e § 2º, artigo 177, § 4º, art. 159, III e § 4º da CF/88, bem como os artigos 76 e 93 do ADCT, com as alterações veiculadas pelas Emendas Constitucionais de números 33/2001 e 42/2003.

Apesar do vasto conteúdo normativo referente às contribuições interventivas, limitar-se-á o presente estudo à análise das disposições legais pertinentes às contribuições de intervenção no domínio econômico acrescidas ao texto da Carta Magna pela Emenda Constitucional nº 42/2003, que vieram a alterar seu regime jurídico.

3. A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 42/2003

A Emenda Constitucional nº 42, promulgada em 19 de dezembro de 2003 e publicada no *Diário Oficial da União* de 31 de dezembro de 2003, foi editada para alterar o Sistema Tributário Nacional. No que pertine às contribuições de intervenção no domínio econômico, introduziu disposições gerais e específicas que lhe dizem respeito e que são de grande relevância para adequada definição do regime jurídico ao qual se encontram submetidas.

Entre as disposições gerais, podemos destacar a que acresceu ao artigo 150, III da Constituição Federal de 1988 a alínea “c”, estabelecendo, assim, o *princípio da anterioridade nonagesimal*, que será objeto de considerações mais adiante.

Já em relação às disposições específicas aplicáveis às contribuições interventivas, destaca-se a que alterou a redação do inciso II, do § 2º do art. 149 da CF/88 para ampliar a materialidade ali consagrada como de possível utilização quando da instituição das contribuições sob comento.

Outra disposição que merece destaque consta do art. 1º da EC nº 42/2003, que inseriu o inciso III ao art. 159 bem como o § 3º, determinando a repartição das receitas oriundas das contribuições de intervenção no domínio econômico incidente sobre atividades relacionadas à importação de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível entre a União e os Estados e Municípios.

Por fim, salienta-se o disposto no art 2º da EC nº 42/2003, que alterou a redação do art. 76 do ADCT para tentar legalizar a desvinculação de percentual das receitas das contribuições interventivas, já existentes ou ainda por serem criadas, no período de 2003 a 2007 bem como o disposto no art. 3º, que acrescentou o art. 93 ao ADCT, estabelecendo pressuposto de eficácia às normas estabelecidas no inciso III do art. 159 e seu § 3º.

4. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL³

No dizer de **Marcelo Fortes de Cerqueira**⁴, “*consiste o primado da anterioridade (CF, art. 150, III, “b”) num princípio exclusivamente tributário. Busca assegurar aos contribuintes não serem surpreendidos com a instituição ou majoração de novos gravames sem que haja tempo hábil para o planejamento de seu orçamento, com vistas a adequar o desempenho de seus negócios e atividades à carga tributária. O primado da anterioridade tributária combate a incerteza no meio jurídico-tributário, porquanto exige que lei criadora ou majoradora de tributo seja publicada até o último dia do exercício financeiro, para que tenha vigência no exercício subsequente*”.

A alteração normativa introduzida pela Emenda Constitucional nº 42/03 instituindo nova limitação ao exercício do poder de tributar do Estado reforça os ensinamentos acima transcritos. O art. 150, III da CF/88⁵ passou a conter uma alínea “c”, estabelecendo o princípio da anterioridade nonagesimal. Tal princípio é de observância obrigatória a todos os entes políticos detentores de competência tributária quando do exercício do seu mister legislativo.

O princípio da anterioridade nonagesimal preceitua a impossibilidade da norma impositiva vir a produzir efeitos, no que pertine à sua cobrança, antes de decorridos 90 dias da data em que houver sido instituído ou aumentado o tributo, salvo, como acima mencionado, as exceções estabelecidas no próprio texto constitucional, a teor do disposto no § 1º do art. 150 desse diploma normativo⁶.

³ Nomenclatura utilizada por Roque Antonio Carrazza. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002. Adota essa mesma denominação Eduardo Domingos Bottalo. *Fundamentos do IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados)*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. O próprio STF já se utilizou dessa nomenclatura (RE 354.211/MG, Rel. Min. Moreira Alves; ADI 2.666/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, dentre outros).

⁴ *Repetição do Indébito Tributário. Delineamentos de uma teoria*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 83.

⁵ “Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III – cobrar tributos:

- a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;
- b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;
- c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b”.

⁶ “Art. 150 – (...)”

§ 1º - 1º A vedação do inciso III, b, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II; e a vedação do inciso III, c, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I”.

Roque Antônio Carrazza⁷, antes mesmo da Emenda Constitucional nº 42/2003, já defendia esse entendimento ao analisar o princípio da anterioridade nonagesimal em relação às contribuições sociais, como se destaca da seguinte passagem, *in verbis*:

Para superar esse paradoxo (e o Direito não se compadece com os paradoxos) não nos parece despropositado sustentar que o princípio da anterioridade exige que a lei que criar ou aumentar qualquer tributo, que não as contribuições sociais para a seguridade social, para incidir no próximo dia 1º de janeiro, deve ser publicada, no máximo, até o dia 1º de outubro (noventa e um dias antes do término do exercício financeiro). E isto justamente para a restrição do art. 195, § 6º, da CF não seja mais favorável, para o contribuinte, do que a regra geral, do art. 150, III, “b”, da CF. A inteligência por nós proposta, embora não deflúa da literalidade do art. 150, III, “b”, da Carta Magna, permite que ele se harmonize com o art. 195, § 6º, do mesmo diploma. Ademais, pensamos que o princípio da anterioridade genérica logicamente não pode ter um alcance menor do que o princípio da anterioridade especial (anterioridade nonagesimal).

Nesse mesmo sentido leciona **Eduardo Domingos Bottalo**⁸, quando sistematizando as idéias desenvolvidas a respeito da inteligência do art. 150, III, “b”, da Constituição, preceitua que, *in verbis*:

(...) assim, se, por exceção constitucional, a lei nova, instituidora ou majoradora de determinada espécie tributária, somente passa a produzir efeitos noventa dias após a sua publicação, é perfeitamente conseqüente inferir-se que, como regra, aplicável aos demais tributos sujeitos ao princípio, este lapso temporal haverá de ser maior (ainda que por um dia) em relação ao início do exercício financeiro subseqüente.

Perlustrando-se tal dispositivo (art. 150, § 1º, CF/88), constata-se a inexistência de qualquer menção à inaplicabilidade do princípio da anterioridade nonagesimal às contribuições interventivas. Logo, havendo a instituição ou

⁷ Obra citada, p. 176.

⁸ *Fundamentos do IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados)*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 99.

majoração de alíquotas das contribuições interventivas, deverá ser respeitado o interstício mínimo de 90 dias de vacância para que a lei possa começar a produzir, no que pertine à cobrança do tributo, seus regulares efeitos, contados da data da sua publicação.

Cumprido destacar, também, que a aplicação do princípio da anterioridade nonagesimal não exclui o respeito e aplicação do princípio da anterioridade, devendo haver a observância dos dois princípios concomitante e harmonicamente. Tal afirmação decorre da simples observância do estatuído na parte final da alínea “c”, do inciso III, do art. 150 da Carta Magna, que ressalva a observância do disposto na alínea “b” do inciso III do referido artigo.

Importante notar que os dois princípios acima mencionados não se confundem. Enquanto o princípio da anterioridade nonagesimal diz respeito ao lapso temporal mínimo de 90 dias de vacância da lei, sem que essa possa produzir efeitos, no que pertine à sua cobrança, o princípio da anterioridade tributária estabelece que a norma impositiva do gravame não pode produzir efeitos em relação aos fatos descritos na norma ocorridos no mesmo exercício financeiro em que houver sido instituída ou aumentada a contribuição. Logo, não há que se confundir os dois princípios.

Deve-se observar, ainda, que tal alteração produz efeitos em relação ao estabelecido no art. 177, § 4º, I, “b”, da Carta Política pátria. É que tal dispositivo - de constitucionalidade duvidosa, por afrontar flagrantemente o princípio da legalidade e o próprio princípio da anterioridade - estabelece a inaplicabilidade do princípio da anterioridade nos casos em que houver restabelecimento das alíquotas aos patamares anteriores relativos às contribuições interventivas.

No entanto, não faz nenhuma ressalva em relação ao princípio da anterioridade nonagesimal. Logo, deve prevalecer o entendimento de que se faz necessária a obediência ao referido princípio quando do restabelecimento das alíquotas das contribuições interventivas em razão da expedição de ato do Poder Executivo, só podendo este vir a produzir efeitos após decorridos 90 dias da data de sua publicação, vez que não se pode interpretar a norma constitucional limitadora de um direito dos contribuintes de forma a ampliar o conteúdo da disposição para retirar-lhes direitos.

5. MATERIALIDADES DAS CONTRIBUIÇÕES INTERVENTIVAS

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ficou estabelecido que as contribuições de intervenção no domínio econômico seriam instituídas em função do seu aspecto finalístico, não tendo sido prestigiada, inicialmente, a regra estabelecida para os impostos, taxas e contribuições de melhoria, qual seja, a da determinação das materialidades possíveis de cada um desses tributos.

Ocorre que com a promulgação das Emendas Constitucionais números 33/2001 e 42/2003, foram expressamente estabelecidas materialidades possíveis para a tributação das contribuições em exame, deixando de ser o aspecto finalístico a única referência admissível para a determinação e instituição do referido tributo.

Comentando essa modificação no Texto Constitucional, **Paulo Roberto Lyrio Pimenta**⁹ assevera que “*enquanto os impostos e taxas são validados pela técnica causal, as contribuições o são pela técnica finalista. Em outras palavras, em relação às contribuições especiais a norma de outorga de competência (CF, art. 149) não indicou a materialidade possível, contentando-se em mencionar a finalidade*”. (grifo no original)

E prossegue afirmando que “*com a edição da Emenda Constitucional nº 33/2001, esse modelo foi parcialmente alterado*”¹⁰. Aduz mais adiante, concluindo seu raciocínio, que “*(...) após o advento da Emenda nº 33 foram combinadas as duas técnicas de validação para as contribuições interventivas, seguindo-se o modelo previsto para as contribuições de seguridade social (CF, art. 195)*”¹¹.

A Emenda Constitucional nº 33/2001 acresceu, através do seu art. 1º, o § 2º ao art. 149 da CF/88¹², estabelecendo no inciso II a possibilidade da incidência das contribuições de intervenção no domínio econômico sobre a importação de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível. Inseriu, ainda, o § 4º no art. 177, da *Lex Legum*¹³, que estabelece os requisitos indispensáveis para a válida instituição das contribuições interventivas sobre

⁹ *As Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico em face da Emenda Constitucional nº 33*. RDDT nº 81, 2002, p.76.

¹⁰ Obra citada, p. 76.

¹¹ Obra citada, p. 76.

¹² “Art. 149 – Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo”.

.....

§ 2º - As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo:

I – não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;

II – poderão incidir sobre a importação de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível”.

¹³ “Art. 177 – (...)”

.....

§ 4º - A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos:

I – a alíquota da contribuição poderá ser:

a) diferenciada por produto ou uso;

aquelas materialidades descritas no inciso II, do § 2º do art. 149 e no próprio § 4º do art. 177.

Ocorre que a Emenda Constitucional nº 42/2003, em seu art. 1º, alterou a redação do inciso II, do § 2º do art. 149 da CF/88¹⁴ para estabelecer a possibilidade de incidência das contribuições interventivas sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços. Dessa forma, pode-se constatar que a redação do dispositivo alterado pela Emenda Constitucional nº 42/2003 ficou mais abrangente que a disposição lá contida anteriormente, encontrando-se a disposição originária do inciso II do § 2º do art. 149 incluída no conteúdo da nova disposição.

Assim, embora revogada a disposição originária do inciso II, do § 2º do art. 149, tendo sido substituída por outra mais abrangente, as disposições do § 4º art. 177 continuam plenamente eficazes, devendo ser observadas sempre que alguma contribuição interventiva seja criada e tome por materialidade os fatos descritos no referido preceito normativo.

Deve-se atentar, ainda, para o fato de que apesar de haver a estipulação em nível constitucional dessas possíveis materialidades para a instituição da exação, o entendimento que tem prevalecido é no sentido de que qualquer fato com conteúdo econômico poderá ser utilizado para integrar o critério material da norma padrão de incidência das contribuições interventivas. Vale lembrar, também, que a doutrina tem discutido com veemência sobre a possibilidade das contribuições de intervenção no domínio econômico tomarem por materialidades situações ou fatos que se enquadrem no âmbito da competência impositiva de outros entes federados que não a União¹⁵, tema este que, no entanto, não será aqui abordado por fugir ao objetivo do nosso estudo.

b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, b;

II – os recursos arrecadados serão destinados:

a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo;

b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás;

c) ao financiamento de programas de infra-estrutura de transporte.

¹⁴ “Art. 149 – (...)”

.....

§ 2º - (...)”

.....

II - incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços”.

¹⁵ Sobre o tema, consultar Geraldo Ataliba (*Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 200/201), Roque Antônio Carrazza (*Curso de Direito Constitucional Tributário*. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002), *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico*. In: **ROCHA**, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*. 7º Vol. São

6. REPARTIÇÃO DAS RECEITAS DAS CONTRIBUIÇÕES INTERVENTIVAS

No que diz respeito ao produto da arrecadação das contribuições de intervenção no domínio econômico, a EC nº 42/2003 inseriu, no Texto Constitucional, dispositivos específicos relativos à repartição das receitas oriundas das contribuições em estudo.

O art. 159 da CF/88 passou a contar com o inciso III¹⁶, que dispõe sobre a repartição de percentual do produto da arrecadação das contribuições interventivas pela União com os Estados e com o Distrito Federal, na forma estabelecida em lei.

E acresceu, também, o § 4^o¹⁷ ao artigo acima mencionado, que dispõe sobre a repartição de parcela dessas mesmas receitas com os Municípios, da maneira estabelecida na lei de que trata o inciso III.

Cumpre verificar, desde já, que tais dispositivos tiveram sua vigência condicionada à edição da lei de que trata o inciso III do art. 159, em decorrência do disposto no art. 93 do ADCT¹⁸, inserido na Carta Constitucional pátria pelo art. 3º da EC nº 42/2003. Logo, enquanto não for editada a referida lei, não será possível a ocorrência da repartição das receitas decorrentes da arrecadação originada com a cobrança das contribuições interventivas.

Paulo: Dialética, 2003. José Souto Maior Borges (“Contribuição para o IAA”. RDT 55, São Paulo: RT, 1991, p. 121/122) e Tácio Lacerda Gama (*Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico*. São Paulo: Quatier Latin, 2003. p. 206/209. Concordamos com este último autor, embora tomando por consideração outros argumentos. Tal entendimento encontra respaldo na jurisprudência pátria, conforme se vê pelo julgamento, no STF, do RE nº 177.137-2/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, publicado em 18.04.1997.

¹⁶ “Art. 159 – A União entregará:

.....

III - do produto da arrecadação da contribuição de intervenção no domínio econômico prevista no art. 177, § 4º, vinte e cinco por cento para os Estados e Distrito Federal, distribuídos na forma da lei, observada a destinação a que refere o inciso II, ‘c’, do referido parágrafo”.

¹⁷ “Art. 159 – (...).

.....

§ 4º - do montante de recursos de que trata o inciso III que cabe a cada Estado, vinte e cinco por cento serão destinados aos seus municípios, na forma da lei a que se refere o mencionado inciso”.

¹⁸ “Art. 93 - A vigência do disposto no art. 159, III, e § 4º, iniciará somente após a edição da lei de que trata o referido inciso III”.

Constata-se, a despeito da disposição acima analisada, que houve a repartição constitucional do produto da arrecadação das contribuições interventivas entre a União, Estados e Municípios, embora originariamente esse produto pertencesse exclusivamente à União em razão das disposições constitucionais que regem o referido gravame.

Depreende-se do inciso III do art. 159 da CF/88 que a repartição entre União, Estados e Municípios das receitas oriundas da arrecadação das contribuições interventivas incidentes sobre as operações relacionadas à importação de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível *só será possível quando os Estados e Municípios destinarem tais recursos para o financiamento de programas de infra-estrutura de transportes*, a teor do que consagra a alínea “c”, do inciso II, do § 4º do art. 177 da CF/88.

Não haveria nenhum problema nessa alteração normativa não fosse a existência de normas constitucionais que limitam a atuação do legislador constituinte reformador, impossibilitando a infringência a outras regras de observância obrigatória e que implicam no reconhecimento da inconstitucionalidade do último dispositivo acima referido. São elas: a que consagra a destinação legal do produto da arrecadação das contribuições interventivas, a que estabelece a adequação finalística dessas receitas às finalidades consagradas na Carta Constitucional relativamente à ordem econômica e a que estabelece a referibilidade, todas aplicáveis às contribuições interventivas.

Uma das características fundamentais das contribuições interventivas é o seu aspecto finalístico, ou seja, as contribuições interventivas têm sempre uma finalidade específica a ser atingida quando da sua instituição, numa interpretação formulada a partir das disposições do art. 149 e art. 170, ambos da CF/88, dentre outras igualmente estabelecidas no Texto Constitucional.

Nesse sentido professa **José Eduardo Soares de Melo**¹⁹ quando comenta o assunto, *in verbis*:

Portanto, para a instituição dessa espécie de contribuição devem ser considerados os princípios gerais da atividade econômica, elencados nos arts. 171 a 180 da CF, especialmente no que tange à preservação da soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades sócias e regionais, busca do pleno emprego, tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte etc.

¹⁹ *Contribuições Sociais no Sistema Tributário*. 3ª ed., Malheiros, 2000, p. 104.

Segue esse mesmo entendimento **Roque Antônio Carrazza**²⁰, fazendo referência às lições de **Misabel Derzi**, ao afirmar que “*ao criar tais exações, a União deve levar em conta os ‘princípios gerais da atividade econômica’, arrolados e disciplinados nos arts. 170 a 181 da CF. E prossegue aduzindo que “são estes princípios que traçam o perfil da intervenção estatal no domínio econômico. Assim, a intervenção no domínio econômico poderá dar-se para assegurar a livre concorrência, para defender o consumidor, para preservar o meio ambiente, para garantir a participação dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal no resultado da exploração, nos respectivos territórios, de recursos minerais etc”.*

Considerando-se tal disciplina, conclui-se que o produto da arrecadação das contribuições interventivas deve ser destinado à consecução dessas finalidades estabelecidas no diploma normativo constitucional pátrio, que deverão ser pormenorizadas nas normas infraconstitucionais que regulam a exação.

Deve-se ressaltar, também, que as contribuições em pauta exigem a observância do princípio da *referibilidade*. Tal princípio prescreve a necessidade de vinculação entre os contribuintes da exação, o setor econômico em que se pretende intervir e a destinação legal do produto da arrecadação do gravame em proveito daquele setor que sofreu a intervenção, ou seja, deve haver uma correlação lógica entre estes três elementos para que a contribuição possa ser considerada válida. Nesse sentido são as palavras de **Tácio Lacerda Gama**²¹ quando doutrina que “*o sentido de sua prescrição é determinar o necessário vínculo que deve existir entre a materialidade, os sujeitos escolhidos para o pólo passivo e a finalidade do tributo*”.

Corroborando desse posicionamento **Roque Antônio Carrazza**²² ensina que “*as contribuições de intervenção no domínio econômico só poderão ser exigidas de quem efetivamente vier a se beneficiar atuando num dado setor econômico ou de quem, ao assim proceder, causar especial detrimento à coletividade*”. **Sacha Calmon Navarro Coelho e André Mendes Moreira**²³ comungam desse raciocínio ao afirmar que “*nas contribuições interventivas, por sua vez, deve haver uma correlação lógica entre os contribuintes da exação e aqueles que dela se beneficiam (os recursos devem ser destinados à melhoria do setor econômico sobre cujas atividades incide a exação). A hipótese da incidência implica sempre, inarredavelmente, uma atuação estatal voltada aos pagantes do tributo*”.

E mais adiante reforçam esse entendimento ao afirmar que “*o sobreesforço estatal consiste na existência de uma correlação lógica entre os pagantes da contribuição e os*

²⁰ Obra citada, p. 516.

²¹ Obra citada, p. 159.

²² Obra citada, p. 519.

²³ *Institucionalidades da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico incidentes sobre remessas ao exterior – CIDE Royalties*. RDDT nº 89, 2003, p. 73.

*benefícios por ela trazidos. Ou seja: a intervenção estatal deve, necessariamente, beneficiar os contribuintes da exação de modo direto*²⁴. E encerra a análise do tema asseverando ser *“forçoso concluir que a referibilidade (entendida esta como a correlação lógica entre os pagantes e o benefício trazido pela contribuição) é elemento essencial das CIDEs”*²⁵.

Dessa maneira, conforme acima mencionado, é necessário que o produto da arrecadação das contribuições em comento tenha destinação legal que favoreça o setor econômico sobre o qual se está intervindo bem como que os sujeitos passivos dessas contribuições possuam relação direta com o setor econômico objeto da intervenção, sob pena de inconstitucionalidade.

Em face dessas considerações, deve-se atentar para as alterações introduzidas na Carta Política Fundamental pela Emenda Constitucional nº 33/2001 que acresceu o § 4º ao art. 177, estabelecendo no inciso II destinação constitucional específica para os recursos arrecadados com as contribuições interventivas incidentes sobre as atividades relacionadas à importação de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível.

Conforme estabelecido no referido dispositivo constitucional, todo o produto da arrecadação das contribuições em exame relacionadas às atividades acima mencionadas deverá ser destinado *“(a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo; (b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás ou ainda (c) ao financiamento de programas de infra-estrutura de transporte”* (art. 177, § 4º, II, “a”, “b” e “c”, da CF/88).

Impende notar a inconstitucionalidade da letra “c” do referido dispositivo ante as considerações anteriormente expendidas. O destino legal dado pela alínea “c” do § 4º do art. 177 da CF/88 ao produto da arrecadação das contribuições interventivas relacionadas às atividades relativas à importação de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível não possui correlação lógica com o setor afeto à norma tributária interventiva. O financiamento de programas de infra-estrutura de transporte não possui qualquer relação com as possíveis materialidades descritas no Texto Constitucional.

Logo, tal dispositivo configura-se inconstitucional por não respeitar os preceitos de observância obrigatória disciplinadores das contribuições de intervenção no domínio econômico.

Constatada essa inconstitucionalidade, e retornando-se à análise do disposto no inciso III do art. 159 bem como no disposto no § 4º desse mesmo artigo, evidencia-se a inconstitucionalidade de ambos.

²⁴ Obra citada, p. 74.

²⁵ Obra citada, p. 74.

Não sendo constitucionalmente possível a destinação legal do produto da arrecadação das contribuições interventivas incidentes sobre as operações relacionadas à importação de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível ao financiamento de programas de infra-estrutura, não há como ser constitucional a repartição das receitas oriundas da arrecadação desse gravame entre a União, Estado e Municípios, se essa repartição está condicionada à aplicação dos recursos recebidos na consecução dessa finalidade inserida no Texto Constitucional pela EC nº 33/2001 e que se apresenta flagrantemente inconstitucional, pelos argumentos anteriormente expostos.

Se a finalidade estabelecida na Carta Constitucional – principalmente em razão dessa finalidade ter sido estabelecida em decorrência da reforma do Texto Constitucional – não se coaduna com os demais preceitos constitucionais que caracterizam e conformam o tributo em análise, não é possível admitir a constitucionalidade dessa repartição de recursos estando ela condicionada à utilização destes na consecução de uma finalidade que afronta aqueles preceitos constitucionais que disciplinam o regime jurídico dessas contribuições. Logo, evidencia-se sua inconstitucionalidade material por afrontar outras normas que limitam o exercício do poder reformador pelo Poder Legislativo.

7. DESVINCULAÇÃO DO PRODUTO DA ARRECADAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES INTERVENTIVAS

A EC nº 42/2003 estabeleceu, em seu art. 2º, disposição de suma importância para a disciplina das contribuições interventivas no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Referido artigo alterou a redação do art. 76 do ADCT²⁶, passando este a dispor sobre a desvinculação das receitas da União originadas da arrecadação das contribuições interventivas.

Ante o conteúdo material do referido enunciado, pode-se verificar, de logo, incompatibilidade desse dispositivo com outros preceitos constitucionais, como os direitos e garantias fundamentais implícitos dos administrados, dentre os quais destacamos o princípio da proporcionalidade, o princípio da razoabilidade, o princípio da referibilidade e o princípio da adequação finalística, que restringem a atuação dos parlamentares pátrios quando da modificação do

²⁶ “Art. 76 – É desvinculado de órgão, fundo ou despesa, no período de 2003 a 2007, vinte por cento da arrecadação da União de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados no referido período, seus adicionais e respectivos acréscimos legais”.

regime jurídico constitucional das contribuições interventivas e impedem a inobservância de normas constitucionais originárias de respeito obrigatório, o que implica na configuração da inconstitucionalidade desse dispositivo.

Como já explicitado anteriormente, são pressupostos de validade das contribuições interventivas a destinação legal do produto da arrecadação das contribuições interventivas, a adequação finalística dessas receitas às finalidades consagradas no Texto Constitucional e a referibilidade. Logo devem as contribuições de intervenção no domínio econômico conter em seu bojo um fim específico a ser alcançado, a teor das disposições constantes dos art. 149 e 170, da CF/88, que será tomado por diretriz a ser seguida quando da destinação legal do produto da arrecadação das contribuições em estudo, que, por sua vez, deverá possuir relação direta com o setor da economia em que se pretende intervir.

Em decorrência dessa constatação, resta claro o desrespeito aos pressupostos constitucionais anteriormente mencionados, não podendo ser considerada válida referida alteração no Texto Constitucional, devendo-se reconhecer a inconstitucionalidade do preceito normativo ora analisado.

8. CONCLUSÕES

Com fulcro nas razões e motivos acima expostos, pode-se apresentar, no final desse estudo, as seguintes conclusões:

I. A Emenda Constitucional nº 42/2003 inseriu a alínea “c” no inciso III do art. 150 consagrando o princípio da anterioridade nonagesimal, de observância obrigatória quando da instituição ou majoração das alíquotas das contribuições interventivas;

II. O inciso II do § 2º do art. 149 teve sua redação alterada para ampliar o campo de incidência das contribuições interventivas, possibilitando sua incidência sobre a importação de produtos ou serviços estrangeiros;

III. Foram acrescidos o inciso III do art. 159 e seu § 4º, que possibilitou a repartição das receitas oriundas da arrecadação das contribuições interventivas entre União, Estados e Municípios. Esses preceitos afiguram-se inconstitucionais, vez que desconsideram regras de observância obrigatória na disciplina das contribuições interventivas, quais sejam, a destinação legal do produto de sua arrecadação, a adequação dessa destinação legal às diretrizes consagradas no Texto Constitucional que regulam a atividade econômica e a referibilidade;

IV. Além dessa inconstitucionalidade, foi inserido preceito normativo (art. 93 do ADCT) que condiciona a eficácia dos dispositivos acima referidos à prévia edição de lei por parte da União. Logo, enquanto não for editada referida lei, não será possível exigir a repartição dessas receitas;

V. Instituiu-se a desvinculação de percentual das receitas da União oriundas da arrecadação das contribuições sociais e das contribuições interventivas. Tal modificação no art. 76 do ADCT é inconstitucional, vez que não se compatibiliza com os preceitos que consagram os pressupostos de validade das contribuições interventivas, dentre os quais destacamos a destinação legal do produto de sua arrecadação, a adequação dessa destinação legal às finalidades consagradas no Texto Constitucional que regulam a atividade econômica e a referibilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAGÃO, Paula Emília Moura. *A Incidência da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico nos contratos de software com o exterior. Lei nº 10.168/2000*. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina>>. Acesso em 30 dez. 2003.
- ATALIBA, Geraldo. *Sistema Tributário Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. Rio de Janeiro, Forense, 1960.
- BARRETO, Aires Fernandino. *Base de cálculo, alíquota e princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1972.
- BELLAN, Daniel Vitor. “Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico”. In: *RDDT*, nº 78, 2002.
- BOITEUX, Fernando Netto. “Intervenção do Estado no Domínio Econômico na Constituição Federal de 1988”. In: GRECO, Marco Aurélio (Coord.). *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001.
- BORGES, José Souto Maior. “Contribuição para o IAA”. *RDT* 55, São Paulo: RT, 1991.
- BOTTALLO, Eduardo Domingos. *Fundamentos do IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados)*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. “Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico”. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*. 7º Vol. São Paulo: Dialética, 2003.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Princípios Constitucionais Tributários e Competência Tributária*. São Paulo: RT, 1986.

- _____. *Curso de direito constitucional tributário*. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Fundamentos jurídicos da incidência*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *Curso de Direito Tributário*. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Teoria da norma tributária*. 4ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CARVALHO, Fábio Augusto Junqueira de.; MURGEL, Maria Inês. "A Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico sobre *Royalties* e a Análise do Crédito Concedido". In: GRECO, Marco Aurélio (Coord.). *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001.
- CERQUEIRA, Marcelo Fortes de. *Repetição do Indébito Tributário: Delineamentos de uma Teoria*. 1ª ed., São Paulo: Mas Limonad, 2000.
- CHIESA, Clélio. *A Competência Tributária do Estado Brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988*. 3ª ed., Forense, 1991
- _____.; MOREIRA, André Mendes. "Inconstitucionalidade da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico Incidente sobre Remessas ao Exterior – CIDE *Royalties*". In: RDDT, nº 89, 2003.
- CUNHA, Thadeu Andrade da. "As Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e a Especificidade das Contribuições do Setor Petrolífero". In: GRECO, Marco Aurélio (Coord.). *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001.
- ENDRES, Silvana Bussab. "Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico". In: GRECO, Marco Aurélio (Coord.). *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. "Segurança jurídica e normas gerais tributárias". *Revista de direito Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 17-18: 50-6, 1981.
- _____. *Introdução ao estudo do direito*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.
- FOGAÇA, Luciana Trindade; OLIVEIRA, Carla Dumont. *Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico: Uma análise da Lei nº 10.168/00*. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 144, nov. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina>>. Acesso em 30 dez. 2003.
- GAMA, Tácio Lacerda. *Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- GARCIA, Patrícia Fernandez de Souza; SOUZA, Fátima Fernandez Rodrigues de. "Nova Amplitude do conceito de 'Domínio Econômico'". In: GRECO, Marco Aurélio (Coord.). *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001.
- GONÇALVES, José Artur Lima. "Contribuições de Intervenção". In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*. 7º Vol. São Paulo: Dialética, 2003.

- GRECO, Marco Aurélio. “Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – Parâmetros para sua Criação”. In: GRECO, Marco Aurélio (Coord.). *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001.
- GRECO, Rodrigo Azevedo. “A Universalização das Telecomunicações e o FUST”. In: GRECO, Marco Aurélio (Coord.). *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001.
- JUNIOR, Fernando Osório de Almeida. “Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico”. In: GRECO, Marco Aurélio (Coord.). *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Controle Concentrado de Constitucionalidade e as Contribuições sobre Intervenção no Domínio Econômico”. In: GRECO, Marco Aurélio (Coord.). *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001.
- MARTINS, Natanael. “As Contribuições ao FUST e ao FUNTTTEL”. In: GRECO, Marco Aurélio (Coord.). *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001.
- MELO, José Eduardo Soares de. *Contribuições Sociais no Sistema Tributário*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.
- MOUSSALLEM, Tarek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- NAVARRO, Alexandre Tadeu. *Quando é legítima a cobrança da CIDE?* Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina>>. Acesso em 30 dez. 2003.
- NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. “Contribuição ao Sebrae – Questões Polêmicas e Recentes Desdobramentos Jurisprudenciais”. In: GRECO, Marco Aurélio (Coord.). *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. “Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico – Concessionárias, Permissionárias e Autorizadas de energia Elétrica – “Aplicação” Obrigatória de Recursos (Lei n. 9.991)”. In: GRECO, Marco Aurélio (Coord.). *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001.
- OLIVEIRA, Yonne Dolacio. “Princípios da legalidade e da tipicidade”. In: SILVA MARTINS, Ives Gandra da (Coord.). *Curso de direito tributário*. 2ª ed., Belém: Cejup, 1993.
- PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2003.

- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. "Do Caráter Provisório das Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico". In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*. 7º Vol. São Paulo: Dialética, 2003.
- _____. "Perfil Constitucional das Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico". In: GRECO, Marco Aurélio (Coord.). *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001.
- _____. "As Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico em face da Emenda Constitucional nº 33/2001". In: RDDT, nº 81, São Paulo: Dialética, 2002.
- SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e Prescrição no Direito Tributário*. 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2001.
- SCHOUERI, Luis Eduardo. "Algumas Considerações sobre a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico no Sistema Tributário Brasileiro". A Contribuição para o Programa Universidade-Empresa. In: GRECO, Marco Aurélio (Coord.). *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001.
- SCHUARTZ, Luis Fernando. "Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico e Atuação do Estado no Domínio Econômico". In: GRECO, Marco Aurélio (Coord.). *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001.
- SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. "Perfil Constitucional das Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico". In: GRECO, Marco Aurélio (Coord.). *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1968.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.
- SOUZA, Ricardo Conceição. "Perfil Constitucional das Contribuições de Intervenção sobre o Domínio Econômico". In: GRECO, Marco Aurélio (Coord.). *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- TOLEDO, Gastão Alves de. "Contribuição Incidente sobre "Royalties" – Lei Federal 10.168, de 29.12.2000, e Medida Provisória 2.062-63/2001". In: GRECO, Marco Aurélio (Coord.). *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001.
- TÓRRES, Heleno Taveira. "Pressupostos Constitucionais das Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico". A CIDE-Tecnologia. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*. 7º Vol. São Paulo: Dialética, 2003.

TROIANELLI, Gabriel Lacerda. “O Perfil Constitucional da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico”. In: GRECO, Marco Aurélio (Coord.). *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001.

UCKMAR, Victor. *Princípios comuns de direito constitucional tributário*. 2ª ed., Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: Malheiros, 1999.

O DIREITO PENAL E A MISSÃO DO ESTADO DE ORDENAR A SOCIEDADE

Cecília Nogueira Guimarães Pelella, Promotora de Justiça do Estado de Sergipe.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata de alguns questionamentos sobre a aplicabilidade do Direito Penal, buscando interagir a caracterização atual das tipificações com o contexto em que foi valorado o bem jurídico penal, as teorias que credibilizam ou não o sistema frente à sociedade e a análise hierárquica do conteúdo de proteção exposta na Constituição Federal.

Traçamos o panorama do conflito de interesses no ordenamento jurídico e mencionamos os possíveis modos de se visualizar o direito, sem termos a pretensão de esquematizarmos por completo o problema, nem de esgotarmos-lo.

2. O ESTADO E O DIREITO PENAL

O Estado, por sua natureza e registro histórico, surgiu pela investida de interagirem os indivíduos, utilizando-se de regras de conduta gerais, sem prejuízo dos motivos escusos que os mentores visavam.

Sendo um processo de longa data, não pretendemos nos fixar em seus períodos, cuja caracterização seria acentuada, mas explicarmos como a sociedade, com interesses antagônicos, apresenta, visivelmente, a proteção apenas dos dominantes.

A burguesia, visando criar autonomia de condutas que lhe retirassem do restrito campo de atuação absolutista e abolisse as estruturas de dominação e exploração, separou o público do privado, encontrando a estrutura de um modo de produção que impõe suas leis.

A essência econômica que subjaz às definições jurídicas abstratas define o verdadeiro processo social de criação do Direito, transformando o homem em mercadoria e obstando a conquista da verdadeira liberdade.

Nesse contexto Alessandro Baratta diz que é impossível enfrentar o problema da marginalização criminal sem incidir na estrutura da sociedade capitalista, que tem necessidade de desempregados, por motivos ideológicos e econômicos, gerando uma marginalização criminal (BARATTA, 2002, 190).

Vivemos numa democracia política que reflete a dimensão organizacional. Entretanto, a essência da forma do Estado clama pelas garantias da democracia material, não sendo compatível com a exclusão de tantos.

A evolução da consciência política e jurídica de um país deve refletir a vontade da maioria e necessidade vital de todos.

Infelizmente, o específico tipo de formação social capitalista controla os meios de produção por particulares e separa o poder de coerção nas mãos destes, retirando a comunidade do cenário de decisão.

Nosso Estado é mestiço, por isto não precisamos uniformizar e integrar aos padrões dominantes os excluídos, mas sim respeitar as particularidades dos grupos subalternos, aprender através de suas experiências e compartilhar seus valores; transformando radicalmente o conceito do Estado e, por conseguinte, de seu direito (ANDRADE, 2003,39).

Baratta (*in* ANDRADE, 2003, 38) acusa os juristas de ocultar o fato de que o sistema jurídico contribui para a reprodução das desigualdades sociais, reprimindo as necessidades, físicas e culturais, humanas, pois estamos diante de uma configuração injusta do sistema de produção.

Diante desse fato, o Estado deixa lacunosa a obrigação de reconhecer a autonomia cultural ao indivíduo e se coaduna com a democracia de fachada, posto que há atualidade nos ensinamentos de que as penas das pessoas da mais alta linhagem devem ser as mesmas dos últimos dos cidadãos (BECCARIA, 1993, 73).

O fenômeno de deslegitimação das instituições legais e judiciárias dá causa à escalada da criminalidade violenta e dos abusos policiais, a criminalização dos pobres, o crescimento significativo da defesa das práticas ilegais de repressão, a obstrução generalizada ao princípio da legalidade e distribuição desigual e não equitativa dos direitos do cidadão.

Resume o preceituado, com bastante sabedoria, Friedrich Muller, quando leciona que:

A democracia avançada (...) é um nível de exigências com vistas ao modo, pelo qual as pessoas nesse território são tratadas concretamente – não como súditos nem como seres humanos, mas individualmente como membros do povo soberano, do povo-destinatário que pode legitimar a totalidade do poder organizado de Estado – juntamente com o povo ativo e o povo como instância de atribuição. Democracia é direito positivo de toda e qualquer pessoa no âmbito de sua – ‘cracia’. (MÜLLER, 2000, 26).- Grifo do Autor.

A ciência penal, na ótica científica, mudou de norte várias vezes, influenciada pelas mudanças de ordens econômicas e sociais, sendo as penas derivadas da soberania da Nação para comprimir os meios despóticos absolutistas.

Se a missão final do direito penal se concentra na limitação da pretensão de evitar apenas aqueles comportamentos que supõem uma grave perturbação para manutenção e evolução da ordem social, à qual constitucionalmente se aspira a chegar, deve-se diminuir a violência extrapenal e reverter a sensação pública de que o Estado não é capaz de controlar nem mesmo os criminosos presos.

3. TEORIAS (DES)LEGITIMADORAS DO SISTEMA PENAL

Consoante histórico acima narrado, surgiram três teorias legitimadoras, desenvolvidas em momentos, objetivos e governança diversa, que justificam o sistema penal. Quais sejam:

a) Teoria absoluta ou de retribuição da pena como um fim em si mesma: imbuída do princípio talional, pune-se porque pecou. ROXIN (1998, 16) afirma que nesse contexto a pena não serve para nada, sendo inútil.

Kant (*in* QUEIROZ, 2001, 46). retrata esta fase dizendo que se uma sociedade se dissolvesse por consenso de todos os membros, o último assassino deveria ser executado

b) Teoria relativa ou da prevenção: desenha a finalidade da pena, se subdividindo em dois marcos: geral, porque é dirigida a todos que se subdivide em positiva e negativa; e especial, gerando a neutralização do criminoso, inibindo novos crimes, sendo o fim da pena evitar a reincidência e privilegiar as medidas terapêuticas.

Na geral positiva, propagada por Günter Jakobs, que se inspirou em Niklas Luhmann, a pena é meio de fortalecimento dos valores éticos –sociais veiculados pela norma e a funcionalidade da mesma. Visa restabelecer a confiança e reparar o descumprimento das normas. Trata-se de modelo de orientação de conduta para os contatos sociais.

Já a geral negativa, elaborada por Paul Anselm Ritter Von Feurbach, tende a motivar a generalidade das pessoas a se abster da prática dos delitos.

Acontece que tanto a teoria geral positiva, quanto a geral negativa e a especial, pecam em suas considerações. A primeira porque se esquece das cifras negras, dependendo a prevenção do grau de visibilidade social dos conflitos de desvio existentes numa sociedade; a segunda, porque deixa em aberto a questão de se saber em relação a quais comportamentos possui o Estado a faculdade de intimidar; e a terceira porque trata da teoria da execução penal e não do direito penal.

c) Teorias ecléticas, unitárias ou mistas: pregam a relação equilibrada entre os fins das penas, contemporaneamente justa e útil.

Destaca-se a teoria dialética unificadora de Claus Roxin, da prevenção geral subsidiária de delitos ou positivo-negativas, que observa que o direito penal tem o mínimo de garantias, só devendo ser aplicado quando fracassarem as outras

formas de prevenção; e a teoria da prevenção geral negativa de Luigi Ferrajoli, em que o Direito Penal não deve seguir fins pedagógicos ou terapêuticos, mas os taxativamente predeterminados.

Quanto às teorias deslegitimadoras do sistema penal, há a bifurcação da abordagem em abolicionismo e minimalismo.

O abolicionismo penal, de Hulsman e outros, parte da disparidade entre o discurso e a prática penais, rechaça a teoria do delito sobre a qual se embasa a dogmática penal, é a favor de intervenções comunitárias e instituições alternativas, ou seja, da abolição de todo sistema penal (judiciário penal, Ministério Público, polícia, penitenciárias, etc...), considerando todas as penas como perdidas.

Neste diapasão, considera o direito penal como ilegítimo, propaga a sua substituição por meio pedagógico ou instrumento de controle de tipo informal (terapêutica) e coloca em dúvida as ideologias penais de *se e por que punir, proibir e julgar*.

As bases críticas fundamentadoras da perspectiva abolicionista, segundo Paulo de Souza Queiroz (1998) são:

- a) O sistema penal é incapaz de prevenir, por meio da cominação e execução de penas, quer em caráter geral, quer em caráter especial, a prática de novos delitos; reincidência desmente a prevenção, o cárcere é a consolidação definitiva de uma carreira criminal (p. 48);
- b) O sistema penal é arbitrariamente seletivo; recruta sua clientela entre os mais miseráveis. É um sistema injusto e reprodutor das desigualdades sociais. Esteriótipos fabricados (p. 49);
- c) O sistema penal opera à margem da legalidade. É a violação dos Direitos Humanos pelo próprio sistema (p. 51);
- d) Sistema penal somente intervém num reduzidíssimo número de casos, as cifras negras (p. 52);
- e) Reificação do conflito (do delito). Neutralização da vítima pelo sistema penal (p. 52). Todas as vítimas possuem as mesmas reações e necessidades, visão em abstrato, de coisificação dos protagonistas;
- f) O crime carece de consistência material (ontológica), o crime é resultado do sistema penal (p. 52);
- g) O sistema penal intervém sobre pessoas e não sobre situações, o sistema penal gira em torno da idéia de culpabilidade individual, desprezando por completo o ambiente ou o sistema social em que se insere. Culpam-se os indivíduos; ignoram-se os sistemas, as estruturas sociais.(p.55);
- h) O sistema penal intervém de maneira reativa e não

preventiva (p. 56), violência para compensar simbolicamente um ato de violência já realizado; i) O sistema penal atua só mediatamente, tardiamente, atraso na intervenção (p. 56) j) O sistema tem uma concepção falsa da sociedade (p. 56); l) A lei penal não é inerente à sociedade (p. 56); e m) O sistema penal intervém sobre efeitos e não sobre as causas da violência, isto é, sobre determinados comportamentos através dos quais se manifestam os conflitos propriamente ditos (p. 57).

Pelas razões expostas o abolicionismo é uma utopia, mas que serviu para abrir nossos olhos em busca de uma solução não tão radical, mas realista. Compartilha desse mesmo entendimento Luigi Ferrajoli.

O ponto de vista abolicionista – exatamente porque se coloca ao lado de quem paga preço da pena e não do poder punitivo, sendo, portanto, programaticamente externo às instituições penais vigentes – teve o mérito de favorecer a autonomia da criminologia crítica, de solicitar-lhe as pesquisas sobre a origem cultural e social da desviação e sobre a relatividade histórica e política dos interesses penalmente protegidos, e, via de consequência, de contrastar, talvez mais do que qualquer outra orientação teórica, o latente ‘legitimismo’ moral das doutrinas penais dominantes. (FERRAJOLI, 2002, 204). Grifamos.

O minimalismo de Baratta, Zaffaroni e outros reduz o Direito Penal ao mínimo necessário, a um núcleo absolutamente essencial, instalando um novo paradigma.

Essa subsidiariedade lógica significa a proteção de bens jurídicos fundamentais, levando o caráter sancionador para o aspecto acessório.

Sendo o Direito Penal a mais enérgica manifestação da ordem jurídica estabelecida, culminação da ilicitude, como já salientado diversas vezes, sendo a *ultima ratio*, o Estado não pode ser simplesmente policial, assegurando a coercibilidade da ordem jurídica positiva, banalizando a medida extrema.

O princípio da insignificância decorre da concepção utilitarista que se vislumbra modernamente nas estruturas típicas do direito penal, da evolução do conceito formal para o material de crime, adjetivando o significado lesivo da conduta humana, da ofensa concreta a um bem jurídico, é a indispensabilidade do resultado concretamente obtido, extraordinariedade fática para incidência da lei penal em sentido concreto.

A descriminalização substancial apresenta a feição do minimalismo na busca da legitimação, das circunstâncias autorizadoras, da ruptura da legalidade e da valorização da igualdade, ceifando de vez com a esclerose legislativa e considerando a realidade econômico-social em transformação.

Surgiu, diante da interpenetração dos valores principiológicos da legalidade, de revitalização da capacidade de produzir justiça material ao caso concreto, o microsistema de justiça penal, os expansíveis Juizados Especiais Criminais com os institutos da transação, suspensão condicional do processo, princípio da oportunidade, dentre outros critérios despenalizadores, regulando as infrações de menor potencial ofensivo.

Dessa forma, é inadmissível no Direito Penal a *versari in re illicita*, refutando as perversas conseqüências do ato de punir.

A direção a seguir para fundamentar o sistema do Direito Penal: não consiste em averiguar se determinadas circunstâncias se dão, mas em estabelecer os critérios em relação aos quais queremos imputar a uma pessoa determinados resultados.

Estamos saindo da rotulação e objetivando um utilitarismo reformado, em que a função não é mais apenas retribuir o mal com o mal.

Percebemos, assim, que há legitimação do Estado para intervir sobre a liberdade dos cidadãos, por meio do Direito Penal (absolutos, relativos ou mistos), mas se deve buscar aquela que preserva os comandos internacionais e a hierarquia interna, através do Direito Constitucional, não sendo apenas formal, mas axiológica, posto que são preexistentes os princípios universalmente aceitos, principalmente o da democracia e o da dignidade da pessoa humana (*v.g.*, arts. 1º, parágrafo. único e 3º, da Constituição Federativa do Brasil).

4. A CONSTITUIÇÃO COMO FONTE HIERÁRQUICA DO BEM JURÍDICO-PENAL

No Direito Penal da *ultima ratio*, o legislador ordinário tem a obrigação de criminalizar condutas em função da Constituição Federal, auferindo sua interpretação conforme tal parâmetro e sabendo diferenciar vigência e validade da lei penal, compatibilidade formal e substancial e princípio da conservação das normas.

Estamos diante da subsidiariedade lógica e sócio-política, sendo considerado o Direito Penal como residual, no limite negativo, e como fundamento de potencial espelho e instrumento de tutela de direitos fundamentais albergado na Constituição, no limite positivo.

O Direito Penal é o braço armado da Constituição nacional e, portanto, o último guardião da juridicidade, preleciona Paulo Queiroz (*in* QUEIROZ, 1998, 72). No mesmo sentido Janaína Paschoal ensina que:

A cada momento histórico corresponde uma Constituição e um direito penal próprios. A Constituição como limite negativo ao direito penal: o Estado pode tipificar condutas atentatórias a valores que não tenham sido reconhecidos pela Constituição, desde que tal criminalização não fira os valores constitucionais (PASCHOAL, 2003, 55).

Assim, os direitos fundamentais constituem situação diferente do poder nocivo a terceiros, não se esgotando a possibilidade de tutela por sua exemplificação, levando em consideração as necessidades e utilidades sociais concretas para criminalização do tutelado.

No Estado Social e Democrático de Direito, o legislador sabe o máximo a que se pode chegar, mas continua maculando a cidadania dos excluídos, *n.g.*, mulher, criança, adolescente, idoso, não-proprietários e não-brancos.

Vera Regina de Andrade, nesse diapasão, nos ensina que a política deve satisfazer três critérios: ser exercida pelos cidadãos, incluir no conceito da cidadania todos os interessados e objetivar a satisfação das reais necessidades humanas (ANDRADE, 2002,39).

Com este raciocínio, a cidadania vem moldando a democracia, o que já deu origem, desde longos tempos, ao garantismo. A melhor definição, diga-se de passagem, autêntica, está preconizada a seguir.

Garantismo, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade (FERRAJOLI, 2002, 271).

Não sendo o Direito um ente ideal, o legislador só pode colocar sob ameaça de pena aquelas condutas que impedem ou põem em perigo, de forma intolerável, a livre realização da personalidade ética do homem na comunidade em que vive.

Sistematizando os princípios básicos de merecimento ou dignidade da tutela penal, limitadores do *jus puniendi*, verificados na Constituição Federal, merecem prosperar aqueles a seguir elencados.

a) Princípio da legalidade, da reserva legal ou da intervenção legalizada (art. 5º, II e XXXIX, CF, art 1º do CP, art 45 LEP): conhecido pelo adágio *nullum crimen nulla poena sine lege*, é resposta pendular aos abusos do absolutismo, é a

garantia do indivíduo perante o poder estatal demarcado exclusivamente com coerção penal, para penas cominadas, aplicadas e executadas.

Apresenta a função constitutiva da pena legal e desconstitutiva das penas ilegais (função de garantia).

Retrata a segunda revolução do Direito Penal, a do legalismo substancial, após o formal, pauta-se na Constituição que não serve para incrementar o poder punitivo estatal.

Pode ser decomposto em quatro funções: a1) *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*: visa proibir a retroatividade da lei penal (art. 2º e 3º do CP); a2) *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*: proíbe a criação de crimes e penas pelo costume, sendo este contemplado apenas em sua função integrativa (arts. 219, 233, 234, do CP), colocando em questão a constitucionalidade da norma penal em branco heteróloga, a que deriva de instrumento infralegal; a3) *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*: proíbe o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas. Pelo princípio da taxatividade, no direito penal a única analogia permitida pela norma excepcional do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil é a *in bonam partem*; e a4) *nullum crimen nulla poena sine lege certa*: proíbe incriminações vagas e indeterminadas, tipos penais abertos ou genéricos (v.g. Lei n.º 7170/83, art. 15, §2º e os crimes culposos e comissivos por omissão).

b) Princípio da intervenção mínima: originado da ascensão da burguesia, se bifurca nos caracteres de fragmentariedade (seleção de bens jurídicos e formas de ofensa) e subsidiariedade (autonomia do Direito Penal sobre sua natureza constitutiva e sancionadora).

O enfoque a ser dado é a unidade do ilícito perante todo o ordenamento, assim expressada:

A subsidiariedade do direito penal, que pressupõe a sua fragmentariedade, deriva de sua consideração como 'remédio sancionador extremo', que deve, portanto, ser ministrado apenas quando qualquer outro se revelar ineficiente; sua 'intervenção se dá unicamente quando fracassam as demais barreiras protetoras por outros ramos do direito (BATISTA, 2002, 87).

c) Princípio da lesividade: representado pela parêmia *nullum crimen sine iniuria*, vislumbra a exterioridade e alteridade do Direito, ao contrário da moral, pois proíbe a incriminação de uma atitude interna (*cogitationis poenam nemo patitur*), a conduta que não exceda o âmbito do próprio autor como a autolesão (gerando dúvidas sobre constitucionalidade do art. 16 da Lei 6368/76, em vias de sofrer modificação legislativa) e a incriminação de simples estados ou condições existenciais.

Fala-se em Direito Penal da ação e não do autor, comprometendo as medidas de segurança que são fundadas na perigosidade.

As condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico são irrelevantes, tendo por base o direito à diferença.

d) Princípio da humanidade: a pena deve ser aplicada com racionalidade e proporcionalidade (art. 5º, III, XLVI e XLVII), não pode ser uma coerção puramente negativa de adequação, exigibilidade ou idoneidade.

Existe relação lógica de utilidade entre meio (Direito Penal) e fim (prevenção dos delitos), em sentido estrito o castigo guarda proporção com o crime praticado, de maneira abstrata ou legislativa (seleção qualitativa e quantitativa), concreta ou judicial (individualização) e executória (individualização gradual da pena durante a execução penal, segundo o critério do condenado, progredindo de regime, obtendo livramento condicional, indulto ou eventualmente regredindo de regime, relação valorativa com o fato).

e) Princípio da culpabilidade: vontade consciente, relevante negligência (arts. 18 e 19 CP), repúdio à responsabilidade objetiva. Tem por conseqüências a intranscendência e a individualização da pena (art. 5º, XLV).

Além dos retromencionados, com outras denominações, temos ainda os princípios: do contraditório e ampla defesa; do *non bis in idem*, em razão do princípio da proporcionalidade, vedada a dupla valoração do mesmo fato para agravar a pena (arts 61, *i* e 63 do CP), da pessoalidade da pena (art. 5º, XLV, da CF), da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF), da limitação da violência por exclusão de pressupostos de disfuncionalidade grosseira para os direitos humanos, da limitação máxima da resposta contingente (a agência judicial deve velar pela supremacia constitucional, que exige das agências legislativas uma ética republicana), da idoneidade relativa, limitador da lesividade à vítima, da transcendência mínima da intervenção punitiva e o da insignificância.

As teorias constitucionalistas, através dos princípios interpretativos, como já salientado, abordam a norma de forma global, no conjunto normativo.

O bem jurídico-penal exerce, desse modo, a função de garantia para os indivíduos, pois visa a redução do arbítrio subjetivo do legislador.

Destarte, o bem jurídico, no grau de importância elencado na Constituição Federal, desempenha papel fundamental de valoração das tipificações penais. Senão vejamos.

O bem jurídico cumpre, no direito penal, cinco funções: 1ª) axiológica (indicadora das valorações que presidiram a seleção do legislador); 2ª) sistemático-classificatória (como importante princípio fundamentador da construção de um sistema para a ciência do direito penal e como o mais prestigiado critério para o agrupamento de crimes, adotado por nosso código penal); 3ª) exegética (ainda que não circunscrito a ela, é inegável que o bem jurídico, como

disse Anibal Bruno, 'é o elemento central do preceito', constituindo-se em importante instrumento metodológico na interpretação das normas jurídico-penais); 4ª) dogmática (em inúmeros momentos, o bem jurídico se oferece como uma cunha epistemológica para a teoria do crime: pense-se no conceito de resultado, dano e tentativa, dano e perigo, etc); 5ª) crítica (a indicação dos bens jurídicos permite, para além das generalizações legais, verificar as concretas opções e finalidades do legislador, criando, nas palavras de Bustos, oportunidade para 'a participação crítica dos cidadãos em sua participação e revisão).(BATISTA, 2002, 96-97). – Grifamos.

Assim, o surgimento de um bem não implica necessariamente a existência de um crime, com o conseqüente alargamento do poder punitivo estatal.

A definição dos bens pela Constituição vincula funcionamento do sistema social de um país, pois "(...) enquanto o constituinte busca os bens jurídicos penais na sociedade, o legislador os retira da Constituição" (PASCHOAL, 2003, 49).

A crise da culpabilidade, a deslegitimidade da reprovação e a reprodução da violência, não têm como análise as leis substancialmente válidas. Os discursos jurídico-penais legitimantes estão sendo "descartados e abandonados ao largo do penoso caminho das frustrações do direito penal como ilusões destroçadas dos penalistas dos últimos séculos, porque as penas carecem de racionalidade" (ZAFFARONI, 2001,274), pois "as elites tradicionais e funcionais não devem continuar sendo reforçadas no seu hábito de tratar a Constituição de acordo com os seus momentâneos interesses próprios como um mero direito dispositivo" (MÜLLER, 2000, 56).

5. CONCLUSÃO

O Direito Penal sempre foi um ponto de interrogação aos que procuram nele um processo solucionador dos conflitos de interesses mais graves: a segurança jurídica de toda uma sociedade frente a determinados bens jurídicos eleitos.

Nascente do fim do Absolutismo, o objeto de proteção são em sua maioria das vezes condizentes com os comandos de salvaguarda da paz social, entretanto noutras se vislumbra a predominância de interesses individuais ou que mereceriam outra resposta menos brusca do Estado.

Tomando-se a generalização das teorias (des)legitimadoras do sistema penal, vislumbramos que a visão retributiva e preventiva já se tornou ultrapassa-

da, estando em voga, em que pese às vezes de forma controversa, a minimalização do Direito Penal para os casos menos graves.

Sem perder de vista a função que legitima do ato de punir que se faz imprescindível sob a visão neutralizadora, ressaltamos que existem certos bens jurídicos e comandos principiológicos que não podem ser eximidos de resguardo, pois a própria Lei Magna do país os selecionam hierarquicamente como superior, servindo de paradigma no exercício criminal.

Assim, entendemos que o Direito Penal não deve ser mais visto com a visão estagnada de quando se originou, que o vigor da norma penal deve ser sopesado frente à Constituição Federal, mesmo diante do crescente processo de descriminalização (que pressupõe a despenalização), a fim de que o modismo não faça da norma substancialmente constitucional uma falácia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Vera Regina de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003, p. 1-79.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renavan, 2002, 254 p.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renavan, 2002, 136 p.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Trad. Flório de Angelis Bauru. São Paulo: EDIPRO, 1993, 120 p.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer et ali. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, 766 p.
- MÜLLER, Friedrich. “Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático”. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*. Porto Alegre: Unidade Editorial da Secretaria Municipal de Cultura, out. 2000.
- PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 160 p.
- QUEIROZ, Paulo Souza de. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, 158 p.
- _____. *Direito penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001, 242 p.
- ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3ª ed. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natschera. Lisboa: Vega, 1998, p. 145-169.

UNIÃO ESTÁVEL E O DIREITO PENAL

Marcel Maia Montalvão, advogado.

RESUMO: A proposta deste trabalho remonta a necessidade de se verificar a interdependência entre o Direito de Família e o Direito Penal, mais propriamente no tocante à relação em que se situa de um lado a instituição familiar proveniente da União Estável e sua proteção estatal e de outro a legislação penal e sua interação com o citado instituto.

SUMÁRIO: 1. União Estável. 2. União Estável e o novo Código Civil. 3. Princípio da Legalidade. 4. Direito Penal e Família. 4.1 Possibilidade. 4.2 Impossibilidade. 5. Crítica. 6. Conclusão.

1. UNIÃO ESTÁVEL

Muito se avançou acerca do conceito de União Estável. O antigo Código Civil bem como as Constituições anteriores à atual não reconheciam como entidade familiar as uniões de fato. Com o advento da atual Lei Maior este instituto passou a ser reconhecido como berço familiar. E não poderia ser diferente. Tal correção deu-se exatamente porque a realidade da dinamicidade social caminha a passos largos e, via de regra, o ordenamento jurídico precisa ser alterado para acompanhar as evoluções de uma determinada sociedade.

De um conceito estático (Lei 8.971/94) a uma definição dinâmica (Lei 9.278/96) o instituto da União Estável encontra-se hoje definido pelo artigo 1.723 do Código Civil como aquele fruto de uma convivência pública, contínua e duradoura, entre um homem e uma mulher, objetivando a constituição de uma família. Não obstante, muito ainda se deve avançar neste conceito, pois as relações homoafetivas também podem constituir-se tal qual uma família dos tempos presentes pois o amor, a solidariedade e o sentimento familiar não são privilégios dos ditames legais.

A família surge, então, do casamento, da União Estável bem como da simples formação por qualquer dos pais e sua prole. É o comando constitucional do artigo 226, parágrafos terceiro e quarto.

A convivência (conviver, viver com) no seio da União Estável, além de estar revestida de notoriedade social, vale dizer, de publicidade, deve pautar-se por uma *continuidade sem interrupções*, denotando durabilidade no relacionamento, isto é, relação não-eventual. Desnecessários para a sua caracterização o tempo de convivência, habitação sob mesmo teto ou a existência de prole. Primordial visualizar-se a intenção de constituição de uma família. Ou seja, não é União Estável aquela união passageira, furtiva, fugaz, volátil. Há que ser duradoura.

Também chamada de concubinato puro, por alguns doutrinadores pátrios, impossível o reconhecimento da União Estável se houver qualquer impedimento para o casamento, salvo caso de separação judicial ou de fato, a teor do artigo 1.723, parágrafo primeiro, do Código Civil. O informalismo na sua constituição e dissolução e a diversidade de sexos campeiam como essências não menos importantes que o objetivo de constituir uma família.

Impõe a Constituição Federal em seu artigo 226, parágrafo terceiro:

Para efeito da proteção do estado, é reconhecida a União Estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

A CF/88 ampliando o conceito de família nada mais fez que curvar-se, como dito, à realidade fática. A atual Carta Política foi a primeira a reconhecer a união, com estabilidade, entre um homem e uma mulher como entidade familiar e desta forma gozar da proteção estatal. Pouco importa como aquela seja formada: se advinda de casamento ou de uma estável união entre duas pessoas de sexo oposto. Reconhecida como tal, será a União Estável equiparada quanto aos efeitos jurídicos (logo, também penais) e sociais ao casamento civil. Com isto, não se poderá dar maior ou menor tutela a um instituto ou ao outro, embora de sinônimos não se tratem, pois a própria Constituição da República ordena que a lei facilite a transformação da União Estável em casamento (art. 226, parágrafo terceiro).

2. UNIÃO ESTÁVEL E O NOVO CÓDIGO CIVIL

É de ver-se, a olhos de águia, que o atual Código Civil estreitou, no que pôde, os institutos do casamento e da União Estável. Em seus diversos artigos, aquele Diploma Legal dispensa inúmeros tratamentos sob o manto da igualdade quando coloca em voga tanto um instituto quanto outro e não sem razão: consubstancia o conceito de família tão propugnado pela Lei Suprema e sua devida proteção estatal.

Sem modificar o conteúdo da definição de União Estável, o novo Código Civil alterou, ainda que quase imperceptível, a redação da Lei 9.278/96. Em sua forma primitiva esta citada lei assim dispunha:

É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

Hoje, aquela é definida segundo o artigo 1.723 do CC:

É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Acrescentando o dever de lealdade como obrigação entre os companheiros o atual Código Civil manteve os deveres de respeito e assistência, guarda, sustento e educação dos filhos, sem impor, assim como dantes, a observância da vida em comum sob o mesmo teto. O regime da comunhão parcial de bens foi imposto, salvo contrato escrito em contrário, com a participação nos bens adquiridos apenas onerosamente durante a União.

Os alimentos entre os companheiros decorre exatamente do dever de mútua assistência segundo o critério da necessidade e possibilidade, ainda que configurada a culpa, sendo, neste caso, somente o tanto para a sua subsistência. Configurada nova União, desobriga-se o credor.

Os direitos sucessórios foram restringidos em certos aspectos tais como o direito real de habitação no imóvel que servia de residência e a participação somente nos bens adquiridos de modo oneroso na constância da União, o que se avulta, em nossa opinião, como contrários aos comandos constitucionais.

3. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O Estado Democrático de Direito exige uma verdadeira submissão de todos perante a Lei e, portanto, Estado de Direito e princípio da Legalidade guardam, entre si, perfeita sintonia.

Conforme Rogério Greco, em sua obra *Curso de Direito Penal*, 2ª Edição, 2003, pg. 102, assim Paulo Bonavides leciona:

O princípio da Legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa 'legibus solutus'

e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas.

Impede o citado Princípio, dentre outros, que uma lei penal possa retroagir em prejuízo de alguém, tipifique-se uma conduta não prevista legalmente ou que se empregue analogia para criar crimes, fundamentá-los ou agravar comportamentos

4. DIREITO PENAL E FAMÍLIA

Pelo exposto, se é verdade que os dispositivos constitucionais e legais emprestam à família um conceito amplo, também pode-se afirmar que pelas mesmas razões a tutela protetiva penal remonta mais atenção e cuidado.

O Código Penal alinha em quatro capítulos os crimes contra a família, quais sejam: “crimes contra o casamento”, “crimes contra o estado de filiação”, “crimes contra a assistência familiar” e os “crimes contra o pátrio poder (hoje chamado de poder familiar), tutela ou curatela”. Preocupou-se, em especial, com os crimes contra a assistência familiar, pois segundo a Exposição de Motivos, “a instituição essencial que é a família atravessa atualmente uma crise bastante grave. Daí, a firme, embora recente, tendência no sentido de uma intervenção do legislador, para substituir as sanções civis, reconhecidamente ineficazes, por sanções penais contra a violação dos deveres jurídicos de assistência que a consciência jurídica universal considera como assento básico do status familiae. Virá isso contribuir para, em complemento de medidas que se revelaram insuficientes para a proteção da família, conjurar um dos aspectos dolorosos da crise por que passa essa instituição. É, de todo em todo, necessário que desapareçam certos fatos profundamente lamentáveis, e desgraçadamente cada vez mais frequentes, como seja o dos maridos que abandonam suas esposas e filhos, deixando-os sem meios de subsistência, ou o dos filhos que desamparam na miséria seus velhos pais enfermos ou inválidos”.

Sabe-se que o nosso Código de Rito Penal alinha em seus dispositivos pertinentes uma maior ou menor reprimenda aos autores de delitos praticados no próprio seio familiar, ora conferindo como circunstâncias agravantes (artigo 61, inciso II, alínea ‘e’) ora como nuclear tipificação penal (bigamia, artigo 235), embora confira-lhe tratamento privilegiante, como política criminal, ao excluir a culpabilidade, ora como no caso do artigo 181, inciso I, ao isentar de pena o autor que praticar crime contra o patrimônio de seu cônjuge na constância do casamento.

Em relação à União Estável o Código Penal continua, ainda, ignorando-a. E como a desconhece surge uma limitação quanto ao seu emprego no campo material. É preciso o exegeta recorrer a uma aplicabilidade contida. E assim o é devido ao Princípio da Legalidade restrita, condutor mor do Direito Penal, impe-

dindo qualquer interpretação extensiva em prejuízo do agente pela ausência de tipificação legal.

É forçoso, então, indagar-se: se casamento e União Estável não são sinônimos, e não o são, poder-se-ia equiparar, para efeitos penais, companheiros a cônjuges? Em quais dimensões o Direito Penal atual o permitiria?

Prima facie imperativo uma breve passagem pelas regras de Interpretação e Integração das normas.

Interpretar uma norma jurídica é a flagrante busca de uma solução para um caso concreto ou o encontro ao significado daquela. E este, às vezes, é tormentoso uma vez que o intérprete pode deparar-se com uma interpretação insuficiente. É dizer, lacunosa. E esse vazio jurídico deverá ser preenchido segundo o artigo 4º da LICC:

Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a **analogia**, os costumes e os princípios gerais de direito. **(grifei)**

Ou conforme também o mandamento processual civil do artigo 126:

O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à **analogia**, aos costumes e aos princípios gerais de direito. **(grifei)**

Lança mão o magistrado, nestes casos, das regras de experiência comum, no dizer do artigo 335/CPC:

Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressaltando, quanto a esta, o exame pericial.

Ou seja, havendo normatização específica, deve-se interpretá-la. Se esta inexistir e a autoridade entender tratar-se de lacuna, deve trilhar pelos caminhos da integração e utilizar-se, no caso em exame, da analogia.

A analogia de interpretação não se trata, mas de integração. Aqui, o aplicador da lei encontra solução para o caso concreto em outra norma pertinente por ser semelhante, análoga. Na seara penal o emprego e o uso da analogia encontram determinadas restrições. Não é de aplicabilidade ampla e irrestrita pois deve obediência à legalidade estrita penal. E assim o é por força constitucional do artigo 5º, inciso XXXIX:

Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

O Código Penal, em seu artigo 1º, já dispunha:

Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

A própria lei processual penal em seu artigo 3º assim se expressa:

A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e **aplicação analógica**, bem como suplemento dos princípios gerais de direito. **(grifei)**

É de ver-se que a aplicação da analogia pode redundar em prejuízo para o réu (*in malam partem*) ou em benefício (*in bonam partem*). E aqui deve-se atentar para as normas penais incriminadoras e para as normas penais não-incriminadoras. As **primeiras** são aquelas que definem comportamentos injustos e culpáveis, estabelecendo consequências jurídicas. As **segundas**, dizem respeito a excludentes de ilícitos penais, de culpabilidade, atenuantes. Nesta esteira e em atenção ao Princípio da Legalidade, a analogia somente poderá ser aplicada em relação às **segundas** aflorando a espécie *in bonam partem*, isto é, em benefício do agente. A aplicação aqui reforça o alcance social da ciência jurídica, de acordo com o artigo 5º da LICC:

Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

É permitido no Direito Penal tudo aquilo que não for expressamente proibido. Logo, quando o legislador quer proibir o faz de modo limpidamente descrito para que o agente, de antemão, conheça as consequências dos seus atos. Portanto, se não há vedação expressa daquela conduta é porque o legislador não o quis. E se assim ocorre o Direito Penal não intervém pois a sua interferência deve ser mínima e fragmentada, sempre verificando o princípio da Adequação Social que limita a abrangência do tipo penal. Pelo exposto, a analogia – que é simples forma de integração – não pode ser utilizada à revelia da legalidade. Daí, porque, aquela na espécie *in malam partem* não encontra guarida em nosso ordenamento jurídico.

A doutrina hodiernamente – com fortes resistências – é favorável à aplicação da analogia em benefício dos companheiros em relação às normas não-incriminadoras. Cite-se, como exemplo, a possibilidade da extinção da punibilidade pelo casamento do agente com a ofendida, nos crimes de estupro, atentado violento ao pudor, posse sexual mediante fraude, atentado ao pudor mediante fraude, sedução, corrupção de menores e rapto, desde que não qualificados (artigo 107, inciso VII/CP). Ou no caso do artigo 107, inciso VIII/CP que trata da extinção da punibilidade pelo casamento da vítima com terceiros naqueles crimes contra os costumes descritos acima, desde que cometidos sem violência real ou grave ameaça e se a ofendida não requerer o prosseguimento do Inquérito Policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da

celebração. Em ambos os casos os companheiros seriam agraciados com a analogia em benefício próprio. E não poderia ser distinto pois a legislação ordinária equiparou a União Estável ao casamento por força das transformações sociais do mundo contemporâneo. Os efeitos jurídicos não podem se ater apenas e tão-somente à esfera cível, mas também devem incursionar-se na esfera penal, uma vez que a proteção constitucional é ampla.

Há outras hipóteses, tais como a do artigo 181/CP:

É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:

I – do **cônjuge**, na constância da sociedade conjugal. **(grifei)**

Ou do artigo 348/CP:

Auxiliar a subtrair à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão.

Parágrafo segundo: se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, **cônjuge** ou irmão do criminoso, fica isento de pena. **(grifei)**

É cristalino o benefício na aplicação da analogia *in bonam partem* aos companheiros ainda nestes casos.

Pelo exposto, seria inaplicável a analogia em relação à União Estável em caso de prejuízo ao réu. Exemplifico:

1) Artigo 61, inciso II, alínea 'e' do Código Penal:
São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

II – ter o agente cometido o crime:

e) contra ascendente, descendente, irmão ou **cônjuge**. **(grifei)**

2) Artigo 182, do Código Penal:

Somente se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo:

I – do **cônjuge** desquitado ou judicialmente separado. **(grifei)**

Nestas situações descritas, a invocação da analogia traria uma nova definição de crime ou simplesmente a aplicação de sanções não previstas de modo expresso na lei, uma vez que a conduta restaria tipificada na abrangência de norma incriminadora. Aqui, seria visível o prejuízo (*analogia in malam partem*) ao agente.

Em resumo, de testilha, assim comporta-se o Direito Penal na aplicação da analogia:

4.1 POSSIBILIDADE

Salta-se aos olhos o fácil entendimento doutrinário acerca da legalidade do emprego da analogia *in bonam partem*. A analogia é uma auto-integração de uma norma a uma hipótese não prevista legalmente no caso em concreto. Seu emprego permite a não utilização de raciocínio absurdo e a não configuração de soluções desiguais para casos não previstos em lei.

Nesta esteira, os conceitos de companheiros e cônjuges situam-se em harmonia e por isso estar-se-ia aplicando o conceito amplo de família perpetrado pela Norma Maior.

4.2 IMPOSSIBILIDADE

Na seara das normas incriminadoras a analogia *in malam partem* não encontraria guarida pois o seu emprego traria prejuízos ao agente pela não tipificação legal daquele fato subsumido.

E assim o é pois o Princípio da Legalidade impõe a impossibilidade de agravar, quer seja mediante qualificadoras quer qualificativas, hipóteses não contempladas no tipo penal. Portanto, seria atípico, penalmente, caso de companheiro que vivesse dupla União Estável ou crime de adultério por quem convivesse sob o manto da União Estável por ser atípico ou como a causa de aumento de pena do artigo 226, inciso III/CP o qual refere-se a crimes cometidos contra os costumes por agente casado.

5. CRÍTICA

Contudo, a unanimidade da doutrina pátria parece esquecer a inconsistência deste raciocínio jurídico, pobre, na nossa visão. Ora, a adotar-se, *ad infinitum*, a legislação presente estar-se-ia conferindo tratamento desigual ao mesmo instituto incerto em idêntico ordenamento jurídico penal: **em certo momento** reconhece-se a existência da União Estável adotando-se toda e qualquer aplicação analógica em benefício do agente, vale dizer, do delinquente e **em outro momento** nega-se a existência daquele instituto dando guarida legal a atos que fulminam a lei, a ordem e aos bons costumes tutelados, inclusive, pelo princípio da Adequação Social. Fulmina-se, às escâncaras, a razoabilidade, a proporcionalidade e a isonomia.

Se a legislação pertinente – e o Código Civil é exemplar, mormente nos Livros IV (Direito de Família) e V (Direito das Sucessões) – equipara a União Estável ao casamento, se ambos os institutos desfrutam da tutela constitucional da ampla proteção estatal, se a lei deve facilitar a conversão da União em casamento, conclui-se que aqueles que buscam a paz existencial e a felicidade no seio

familiar da União Estável não podem desfrutar, apenas e tão-somente, do bônus da sua existência mas também do ônus da sua escolha, sob pena de legalizar-se a burla da própria reprimenda penal.

6. CONCLUSÃO

Posto isto, urge alteração no Código Penal (bem como no de Processo Penal) para que o instituto da união estável alinhe-se, perfeitamente, nos dias de hoje àquele Diploma Legal. Aqui não se propugna por um retrocesso incriminatório haja vista que não se propõe novos tipos penais em sua essência ou agravamentos de penas ou comportamentos que já não sejam previstos no atual Código de Rito Penal.

Apenas e tão-somente igualitário tratamento dado hoje às situações de fato reconhecidas constitucionalmente como família. Se casamento e união estável constituem a mesma definição de entidade familiar, apesar de serem institutos diferentes, nada mais justo que recebam a mesma proteção, inclusive penal. Seria a decretação do fim de tantas decisões díspares acerca de um mesmo tema.

Senão, vejamos:

Legalidade da decisão do Tribunal de Contas da União, que excluiu, do benefício da pensão, a companheira do servidor público falecido no estado de casado, de acordo com o disposto no parágrafo 3º do art. 5º da Lei n. 4.069/62. A essa orientação, não se opõe a norma do parágrafo 3º do art. 226 da Constituição de 1988, que, além de haver entrado em vigor após o óbito do instituidor, coloca, em plano inferior ao do casamento, a chamada união estável, tanto que deve a lei facilitar a conversão desta, naquele. (STF – RTJ 163/116).

Homicídio culposo. Perdão judicial. Benefício concedido. Irrelevância de não provado ser a vítima esposa legítima do acusado, por não juntada a certidão de casamento. Estabilidade da união comprovada nos autos, inclusive com existência de prole. Extinção da punibilidade decretada, abrangendo os efeitos secundários da condenação. Aplicação dos arts. 107, IX, e 121, parágrafo 5º, do CP, 226, parágrafo 3º, da CF e 57, parágrafos 2º e 6º, da L. 6.015/73 e das Súmulas 380 e 382 do STF (TACRIM/SP – 5º Câmara – Apelação Criminal n. 495.093-8 – Rel. Juiz Paulo Franco).

Se a sociedade envelhece, as leis também...

BIBLIOGRAFIA:

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 2ª Edição. São Paulo. Editora Impetus. 2003.

OLIVEIRA, Euclides de. *União Estável – Do concubinato ao casamento*. 6ª Edição. São Paulo. Editora Método. 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Volume I – Parte Geral*. 3ª Edição. Editora dos Tribunais. 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Direito de Família*. 3ª Edição. Editora Atlas. 2003.

A ADMISSIBILIDADE DO LAUDO PERICIAL EXTRAJUDICIAL NO PROCESSO PENAL: NUANÇAS E CONTROVÉRSIAS

Denise Leal Fontes Albano Leopoldo, Mestre em Direito pela UFBA, Profa. da UFS e da UNIT.

SUMÁRIO: 1. O Caráter Publicista do Processo Penal; 2. O Processo Penal Constitucional; 3. Amplitude da Produção Probatória no Processo Penal; 4. Existência de uma Escala Hierárquica das Provas no Processo Penal; 5. Valoração da Prova Pericial Produzida por Peritos Particulares; 6. Bibliografia.

1. O CARÁTER PÚBLICO DO PROCESSO PENAL

Questão controvertida e pouco explorada pelos processualistas é a da possibilidade de, no processo penal, ser admitido ou não o laudo pericial elaborado por peritos particulares como meio de prova a ser valorado pelo juiz na formação do seu convencimento. Essa questão carece de uma análise mais profunda e abrangente, sem a qual a discussão não poderá ser estabelecida em bases logicamente razoáveis.

Inicialmente, no estudo do tema, impõe-se uma breve reflexão acerca do caráter eminentemente público do processo penal, que se manifesta de forma acentuada no capítulo pertinente às provas. No diploma processual penal pátrio há um tratamento bastante amplo e detalhado dessa matéria, não tendo sido nosso legislador tão conciso e econômico como o foi quando do disciplinamento e regramento das provas no âmbito processual civil. Verifica-se nitidamente, no âmbito processual penal, uma especial preocupação em resguardar o levantamento do material probatório de caráter técnico – o corpo de delito, em especial – sob a estrita responsabilidade de agente público ou investido *ad hoc* na função pública, no caso, peritos oficiais ou compromissados (peritos “leigos”), insensos a qualquer tipo de controle e /ou influência das partes.

Quanto à questão específica objeto desse estudo, qual seja, a da admissibilidade do laudo produzido por perito particular como meio de prova na esfera processual penal, constata-se que o processo penal e o civil não albergam idêntico tratamento, e tal situação não é de todo reprovável ou vem vulnerar os postulados da Teoria Geral do Processo, afinal, como acentua Cândido Rangel Dinamarco,

entre o processo civil e o penal, existem diferenças decorrentes do trato com valores diferentes, sendo constante neste a tensão representada pelo binômio liberdade-repressão, com intensa indisponibilidade do jus puniendi, do status libertatis, da ação, da defesa e das mais importantes situações jurídico-substanciais.¹

Portanto, recomenda-se ao operador do Direito que esteja atento às especificidades do Processo Penal, reconhecendo que os valores e interesses nele acolhidos e manifestados através dos princípios informadores e delineadores do nosso sistema processual penal, muitos com sede constitucional, apresentam-se como fonte segura no desenvolvimento da complexa atividade de interpretação e aplicação da normatividade processual penal.

Por estarem envolvidos valores por demais caros aos indivíduos, em especial a liberdade, é inolvidável que o processo penal tem um caráter acentuadamente público, vinculando-se inarredavelmente aos ditames da estrita legalidade, estando a exigir daqueles que labutam nessa seara, o irrestrito respeito às normas processuais de caráter assecuratório de direitos e garantias das partes, em especial daquela que, freqüentemente, se encontra em situação mais vulnerável na relação processual, o réu.

2.O PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

A importância da consagração dos princípios constitucionais incidentes sobre o processo penal brasileiro para a consolidação de um sistema processual penal democrático, fica patenteada na medida em que os mesmos atuam como balizadores de um sistema acusatório que prestigia o contraditório pleno, a amplitude de defesa, a inadmissibilidade de provas ilícitas, a igualdade processual, a fundamentação das decisões, abolindo em definitivo qualquer resquício de inquisitorialismo em sede de procedimento penal.

A falta de um rigor metodológico e a carência de uma sistematização que tome como ponto de partida a assunção do Brasil a um Estado Constitucional de Direito, tem contribuído para o obscurantismo que cerca a aplicação do Direito Penal e do Direito Processual Penal, levando a verdadeiras aberrações interpretativas, sem olvidar-se das não menos surpreendentes leis infraconstitucionais que ousam

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade Processual*. 6a edição, Malheiros, São Paulo, 1999 p. 64.

desafiar assiduamente o que se convencionou designar “unidade, coesão e conexão de sentido” do ordenamento jurídico.

Os modernos estudos processualístico-constitucionais viabilizaram o abrandamento da preocupação demasiadamente técnica do processo para ligá-lo a valores condensados nos direitos humanos fundamentais, em especial as liberdades e garantias individuais. Hoje já se fala em Direito Processual Penal Constitucional (extrair da Constituição princípios para o processo) e Direito Constitucional Processual (normas de processo na Constituição que regulam a jurisdição constitucional).²

Convém que a interpretação funcional do direito positivo parta sempre de uma interpretação constitucional e, dessa forma, a aplicação do Direito Penal (material e processual), deve ser metodologicamente orientada pelo reconhecimento da existência de um sistema político, jurídico e social pautado em valores de respeito à dignidade humana, valores esses que já transplantaram o plano meramente ideal na medida em que estão consubstanciados em normas-princípio de matriz constitucional³ a delimitarem o conteúdo e alcance do Direito Penal e Processual Penal.

Ada Pellegrini Grinover *et alli* chamam a atenção para o alargamento da concepção acerca das garantias constitucionais-processuais, aduzindo que a relevância dessas garantias transcende as expectativas e interesses das partes, antes apresenta-se como inafastável condição para uma resposta jurisdicional imparcial, legal e justa, encerrando um interesse de todo o corpo social:

Da idéia individualista das garantias constitucionais-processuais, na ótica exclusiva de direitos subjetivos das partes, passou-se, em épocas mais recentes, ao enfoque das garantias do ‘devido processo legal’ como sendo qualidade do próprio processo, objetivamente considerado, e fator legitimante do exercício da função jurisdicional. Contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação, publicidade, etc, constituem, é certo, direitos subjetivos das partes, mas são, antes de tudo, características de um processo justo e legal, conduzido em observância ao devido processo, não só em benefício das partes, mas como garantia do correto exercício da função jurisdicional.⁴

² PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Livraria do Advogado, 1999, p. 49.

³ WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO (in *A Filosofia do Direito...*, p. 34) explica que as normas constitucionais que consagram direitos fundamentais têm a natureza de princípios jurídico-positivos.

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*. *As Nulidades do Processo Penal*. 6a edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 22.

3. DA AMPLITUDE DA PRODUÇÃO PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL

É bem verdade que, ao contrário do Código de Processo Civil que em seus artigos 421, §1º, I e 433, Parágrafo Único, admite expressamente a atuação do assistente técnico, prevendo a apresentação de laudo ou parecer técnico elaborado por perito particular com aptidão probatória, não há no Diploma Processual Penal dispositivo semelhante, sendo omissivo a esse respeito. Mas, é importante registrar que o sistema processual penal brasileiro confere ampla possibilidade de produção de provas, recusando apenas aquelas ilícitas⁵ e as que atentem contra a moralidade. Da leitura dos artigos 155 e 157 do CPP combinados com o artigo 5º, LVI da CF é possível inferir tal constatação, em que se evidencia a primazia do respeito à plenitude de defesa.

Ademais, a observância dos princípios do contraditório, da verdade real e do livre convencimento motivado do juiz levam à admissibilidade da prova material da lavra de peritos particulares. É imperativo atentar que o Diploma Processual Penal não esgotou a matéria relativa às provas admissíveis no processo penal e o intérprete poderá arrimar-se num instrumental probatório mais amplo com vistas a uma justa aplicação da norma processual penal, pugnando pelo regular desenvolvimento do procedimento jurisdicional penal em que a observância do contraditório e, como corolário, da plenitude de defesa, são inafastáveis.

Assim, apesar de ficar evidenciado que o legislador dispensou à matéria probatória em processo penal um tratamento abrangente, não houve exaurimento da matéria. O legislador, inclusive, dispõe no art. 3º do CPP que “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

Portanto, ainda que reste evidenciada a proeminência da perícia oficial como meio de prova e de ficar demonstrado que os artigos 155 ao 184 do CPP disciplinam tão somente o procedimento da produção da prova pericial de cunho oficial, quando elaborada por peritos oficiais ou, na ausência deles, por peritos nomeados pelo juiz, tal aferição não nos permite concluir que fica absolutamente afastada do Processo Penal brasileiro a possibilidade de admissão de laudo pericial extra-oficial.

⁵ O termo é aqui empregado em sentido amplo, compreendendo tanto as provas ilícitas *stricto sensu* – produzidas com violação às normas de direito material, como as ilegítimas – aquelas que são formatadas vulnerando normas de direito adjetivo.

Atente-se, porém, que a atuação do perito particular não ocorrerá nos mesmos moldes daquela reservada ao perito oficial por absoluta impossibilidade técnica e imposição lógica, afinal a atividade desenvolvida por esse técnico não fica direta ou mesmo indiretamente sujeita a qualquer tipo de controle ou acompanhamento por parte do órgão jurisdicional.

Mas, nesse diapasão, importa alertar que o trabalho produzido por perito particular do qual resulta laudo técnico a ser submetido à apreciação do órgão julgador deve estar em estrita conformidade com as exigências de produção de prova técnica, angariando, destarte, um inconteste rigor científico para o resultado do exame, com aplicação da metodologia correta e com apresentação de resultados objetivos, sem manipulações ou desvirtuamentos. Esses se apresentam como critérios e requisitos mínimos de validade do laudo resultante da apuração realizada, conferindo a essa perícia plena aptidão probatória em procedimento penal, exigindo-se que seja submetida à análise e apreciação pelo órgão jurisdicional, mas sempre resguardada a livre valoração por parte do juiz.

Portanto, o caráter publicista do processo penal e a não contemplação no diploma processual penal das figuras do perito particular ou do assistente técnico, não podem ser opostos como óbices para sua atuação no processo penal, ainda que em caráter meramente subsidiário. Ressaltando mais uma vez que a prova por ele produzida deverá ser valorada como qualquer uma das provas trazidas aos autos pelas partes.

Mesmo o disposto no artigo 276 do CPP que dispõe no sentido de que “as partes não intervirão na nomeação dos peritos”, não é indicativo de que os peritos particulares estariam impedidos de atuar em procedimento penal, afinal o dispositivo tão somente procura reservar ao juiz, quando não existam os órgãos ou instituições oficiais responsáveis pela realização das perícias na sua jurisdição, exclusiva e irrestrita responsabilidade pela indicação dos chamados “peritos do juízo” ou “peritos não-oficiais”.

Assim, é refutável o entendimento de FERNANDO CAPEZ para quem não se admite em processo penal peritos particulares ou assistentes técnicos⁶, pois, afinal, é imperativo reconhecer que o processo penal não está infenso à permeabilidade de novos paradigmas, ao arejamento de novas formas de interpretação, desde que estejam, evidentemente, em perfeita consonância com os anseios de uma maior agilidade na prestação jurisdicional aliada a um maior compromisso com o respeito aos direitos e garantias individuais e em evidente e incontestada harmonia com os princípios do processo penal.

⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo, Editora Saraiva, 1997. p. 238

Ademais, não podemos perder de vista o fato de que a perícia oficial é quase sempre produzida na fase inquisitorial a que corresponde o Inquérito Policial, onde nessa fase, em regra, as provas são produzidas unilateralmente, sem a participação da defesa, quer seja por absoluta impossibilidade material, em razão de não existir formalmente ainda um indiciado, ou quando já existente, este não constituiu advogado. Outras razões que, tradicionalmente, vem amparando tal perspectiva dos delegados de polícia no sentido de não permitirem qualquer tipo de acesso (ou participação) ao procedimento inquisitorial por parte do indiciado ou de seu representante legal, é a alegativa de que o inquérito é sigiloso, conforme disposto no art. 20 do CPP e, inclusive, argumentam como justificativa para tal vedação o fato de que rigorosamente não há uma acusação formal e, destarte, não se pode falar em violação ao direito de defesa.

Mas, tais argumentos são perfeitamente refutáveis e não se coadunam com o sistema processual penal de cunho garantista, de pleno respeito aos direitos e garantias individuais.⁷ Assim, não seria recomendável restringir a apresentação de quaisquer provas lícitas que a defesa julgue convincente na instrução processual, principalmente prova pericial, na medida em que esta seja pertinente e possa arrimar as alegações da defesa.

Hoje, exige-se cada vez mais do processualista que aponte alternativas e providências que possibilitem dar uma feição mais verdadeiramente democrática e humanista para o Direito Processual Penal Brasileiro. Nessa perspectiva, a admissibilidade do laudo extrajudicial no processo penal está em perfeita consonância com esses novos paradigmas que vem modernizar e conferir uma feição mais verdadeiramente garantista ao nosso sistema processual penal.

4.A EXISTÊNCIA DE UMA ESCALA HIERÁRQUICA DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

Outra questão pertinente e envolta ainda numa zona nebulosa e permeada de incoerências e imprecisões é a da existência de uma escala hierárquica das provas no processo penal, pelo menos no plano ideal e de forma manifestamente mitigada.

Nessa seara, também se faz necessário enfocar o âmbito da classificação das provas no processo penal para que seja alcançada uma correta inserção desse

⁷ Apesar da limitação temática deste artigo e de um enfoque restritivo da matéria abordada, é imperativo uma breve incursão nas bases da Teoria Garantista, que teve no italiano LUIGI FERRAJOLI seu principal teórico.

tipo de prova, a prova pericial extrajudicial, no rol classificatório das provas no processo penal.

Muito difundida é a noção de que não existe hierarquia entre as provas, destacando que tal entendimento encontra-se especialmente arrimado no disposto na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal que assim dispõe.

(...) Não serão atendíveis as restrições à prova estabelecida pela lei civil, salvo quanto ao estado das pessoas; nem é prefixada uma hierarquia de provas: na livre apreciação destas, o juiz formará honesta e lealmente, a sua convicção (...) Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, ex vi legis, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a qualquer critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. (...)

Mas constata-se, *prima facie*, que o legislador pátrio não se furtou a estabelecer uma certa escala hierárquica das provas no processo penal, ainda que, como já advertido anteriormente, de forma bastante mitigada⁸. Isso fica evidenciado, em relação ao exame de corpo de delito, de modo especial no art. 564, III, *d* do CPP, que prevê a nulidade absoluta de um procedimento penal por ausência dessa prova quando de produção possível.

Destaco, porém, que o exame de corpo de delito produzido por peritos particulares não pode ser admitido para os efeitos do art. 564, III, *d* do CPP. A relevância que o legislador atribuiu a esse tipo de prova pericial, o exame de corpo de delito, quer seja direto ou indireto, inclusive estabelecendo sua ausência como vício formal insanável, não autoriza cogitar que uma perícia de cunho particular supra a falta da prova pericial produzida oficialmente.

Portanto, ainda que no conteúdo o juiz goze de plena liberdade na valoração dessa prova, o tratamento dispensado pelo legislador ao exame de corpo de delito e a previsão de que sua ausência é causa de nulidade do procedimento relativo a crimes que deixam vestígios, conferindo-lhe o *status* de **prova necessária**, é indicativo que esse meio de prova sobrepára sobre os demais em razão de sua importância na comprovação da materialidade do delito e, em alguns casos, da autoria.

⁸ Impõe-se consignar que quando defendemos a tese da existência de uma escala hierárquica de provas no processo penal brasileiro, de forma mitigada e razoavelmente aberta, não estamos remontando ao sistema da prova legal, previamente definido seu valor e sua importância na elaboração da sentença final.

Outra circunstância reveladora ou indicativa de uma discreta hierarquia de cunho legal das provas no processo penal brasileiro, pode ser encontrada por ocasião da leitura atenta do disposto no artigo 230 do CPP. É bem verdade, que ali está presente a preocupação do legislador tanto com a observância do princípio da economia processual como com o resguardo da verdade real e da liberdade de convencimento do juiz, pois caberá ao mesmo apreciar discricionariamente a conveniência de realizar ou não a acareação por precatória. Mas, releva destacar, na medida em que o legislador faculta sua produção, é manifesto que tal prova não angaria para si o teor de relevância e/ou imprescindibilidade que outras provas ostentam no processo penal.

Portanto, sob essa perspectiva, considero que a partir de uma análise mais acurada da matéria é possível constatar que a prova pericial transcende a mera rotulação de prova necessária como apontado praticamente em uníssono pela doutrina, antes apresenta-se como a mais robusta das provas já que, quando isenta de qualquer vício ou irregularidade na sua produção, adquire indelével confiabilidade do órgão judicante.

5. A VALORAÇÃO, PELO JUIZ, DA PROVA PERICIAL PRODUZIDA POR PERITOS PARTICULARES

No sistema processual penal brasileiro vigora o sistema do livre convencimento fundamentado do juiz. Mas essa liberdade do juiz na valoração da prova encontra seu limite na lei ou, mais, precisamente, no sistema processual que à luz de CANARIS compreende tanto os dispositivos normativos como seus princípios informadores, pois é necessário “apurar, por detrás da lei e da *ratio legis*, a *ratio juris* determinante”. Melhor explicando, o juiz deve ficar adstrito não só aos dispositivos normativos que regulamentam a matéria como também aos princípios que a informam; e, em matéria probatória, o legislador dispensou um tratamento amplo e especial à prova pericial e foi bastante eloqüente no caráter público a ela atribuído.

Portanto, reitero o entendimento que toma como plenamente defensável a tese que se orienta pela admissibilidade, no processo penal, do exame de corpo de delito ou outra perícia produzida por perito contratado pelo réu ou indicado pelo Ministério Público – ainda que esse último caso seja ainda menos freqüente. Mas, diante desta assertiva, uma indagação se apresenta: admitida essa prova, qual sua inserção na escala valorativa a ser considerada pelo juiz quando da apreciação do correspondente material probatório?

Como já explicitado anteriormente, da leitura dos dispositivos do CPP que tratam da matéria, constata-se que a produção da prova pericial não foi franqueada, pelo legislador pátrio, às partes que atuam no procedimento penal, mas isso não impede que a Defesa ou a Acusação, esta comumente através do Assistente de Acusação, apresentem laudos particulares.

Assim, é perfeitamente possível a apresentação de um laudo particular como meio de prova no processo penal sendo imperativo que o órgão jurisdicional admita que a mesma seja anexada aos autos e, dessa forma, deverá inafastavelmente ser apreciada quando da análise do conjunto das provas carreadas aos autos pelas partes na sustentação de suas teses, por ocasião da formação do convencimento do magistrado.

Ressalte-se que quando afirmo que será valorada como qualquer uma das provas colacionadas aos autos pelas partes, é imperativo que fique registrado que jamais essa prova, embora materialmente identificada como prova pericial, poderá ser equiparada à prova pericial conforme tratamento a ela dispensado pelo CPP em seus artigos 158 a 184. Tratam-se de dois objetos distintos e, portanto, formalmente não podem ser equiparados.

Considero, dessa forma, que a prova consubstanciada em laudo pericial elaborado por peritos particulares deverá, necessariamente, ser qualificada como mais uma prova documental apresentada pelas partes. Assim, embora identificada como uma prova pericial no plano material, jamais poderá ser admitida como tal no plano formal.

São, dessa forma, dois objetos distintos e *stricto sensu* não podem ser equiparados. Enquanto a prova pericial produzida por peritos oficiais ou compromissados, goza de uma presunção de imparcialidade, objetividade e de vinculação ao juízo que lhe angariam uma incontestada idoneidade probatória; a prova pericial produzida por peritos particulares como não é produzida, na maior parte das vezes, com a participação do juiz e como essa perícia resulta de um trabalho feito sob encomenda de uma das partes, não é possível conferir-lhe o atributo de imparcialidade, publicidade e outros caracteres que recaem sobre a perícia oficial.

Scarance assim se manifesta:

Não há no processo penal brasileiro, direito a que as partes produzam prova pericial por meio de assistentes técnicos, como sucede no processo civil. Isso não impede, contudo, a parte, normalmente a defesa, de recorrer a peritos particulares para análise da perícia oficial e emissão de parecer técnico, com o qual poderá instruir as suas alegações finais.

(...)

Mais que isso, acompanhando o parecer técnico a alegação da parte, deve o juiz analisá-lo e confrontá-lo com a perícia oficial, pois passa ele a fundamentar as razões da defesa.⁹

⁹ SCARANCE, Antônio Fernandes. *Processo Penal Constitucional*. 3a ed. atual., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 82-83.

Ressalte-se, ainda, que o perito, na disciplina do Código de Processo Penal, atua como auxiliar do juiz, estando inclusive, conforme pode ser aferido do conteúdo do Título VII do Livro I do CPP, sujeito à disciplina judiciária.¹⁰ É extensivo aos peritos, importa consignar, o que dispõe o CPP acerca da suspeição dos juízes.

Conclui-se, portanto, que o laudo extrajudicial, no âmbito do processo penal não deve ser tido como irrelevante e dispensável meio de prova, sem aptidão mínima para qualquer efeito jurídico-processual, antes revela-se como importante elemento de prova que, trazido pela defesa na fase instrutória confere legitimidade ao procedimento e resgata a primazia dos postulados de um autêntico Processo Penal democrático, na medida em que não foi criado qualquer embaraço ou restrição à observância plena e irrestrita do contraditório, da ampla defesa, da igualdade processual.

6. BIBLIOGRAFIA

- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo, Editora Saraiva, 1997. p. 238.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*. *As Nulidades do Processo Penal*. 6ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 22.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A Filosofia do Direito aplicada ao Processo Penal*. Atlas p. 34
- SCARANCE, Antônio Fernandes. *Processo Penal Constitucional*. 3ª ed. atual., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 82-83.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. 3, 17ª edição, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 222.

¹⁰ Conf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. 3, 17ª edição, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 222

CONSTRUINDO O CONHECIMENTO JURÍDICO: UMA ABORDAGEM FILOSÓFICA E PEDAGÓGICA

José Anselmo de Oliveira, Mestre em Direito pela UFC, Juiz de Direito do TJSE, Professor-Adjunto da Faculdade de Sergipe - Fase-SE, Coordenador do Curso de Direito da Fase-SE, Autor do livro: *Direito à jurisdição: implicações organizacionais, teóricas e políticas*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. anselmo@fase-se.edu.br.

RESUMO: Trata-se de uma análise do ensino jurídico a partir da compreensão do ensino superior, especialmente no campo do Direito, diante das dificuldades de docentes para que aliem a experiência profissional com a formação pedagógica. Discutem-se os desencontros entre a teoria e a prática e propõe uma postura para o professor da área.

SUMÁRIO: 1. A necessidade de uma nova abordagem. 2. Os problemas da docência superior na área jurídica. 3. Entre a teoria e a prática. 4. O domínio do conteúdo e dos instrumentos pedagógicos. 5. O novo professor de direito. 6. Formando o novo cidadão.

1. A NECESSIDADE DE UMA NOVA ABORDAGEM

O maior desafio contemporâneo da construção do conhecimento jurídico tem sido dar um modelo pedagógico adequado e eficaz nos cursos superiores diante de uma realidade indiscutível de que os professores destes cursos em sua grande maioria são profissionais de direito e que não possuem conhecimentos sistematizados da área pedagógica.

O fato, por si só, já induz a uma reflexão sobre que modelo de conhecimento jurídico vem sendo construído no Brasil. Os cursos jurídicos tendem a ser uma solidificação do saber construído no passado de forma tradicional. Ou seja, a maioria dos docentes repete os conteúdos e da mesma forma os valores ali impregnados sem a devida e necessária crítica da realidade e da essencial postura científica, razão de ser da universidade.

Esta não é apenas a realidade dos cursos jurídicos, mas outros cursos de áreas cujas técnicas se desenvolveram na prática profissional, como a área de saúde e de tecnologia. Não sem motivo, o filósofo Jacques Derrida proferindo aula inaugural¹ ao se referir à Metafísica afirma que a mesma associa “*a questão da vista à do saber, e a do saber à do saber-aprender e do saber-ensinar*”. Paralelamente, os cursos superiores e, em particular, os jurídicos, por vezes se satisfazem com o saber apenas como resultado de um olhar sobre o já existente – o construído – e passam apenas ao processo de reprodução, sem preocupação com a vocação natural do ensino superior, o ensino e a pesquisa.

A responsabilidade da universidade (ou do curso superior) visa atender ao que parece ser a sua função natural o de ser organicamente um ser de razão, atento ao princípio da razão formulado por Leibniz, que para Heidegger tem o sentido de apelo ao princípio da razão, que chama de *Anspruch* (exigência, pretensão, convocação, pedido), o que implicaria naturalmente na busca (pesquisa) e numa postura permanentemente crítica tanto da razão pura e da razão prática, segundo Kant.

Efetivamente, na universidade não se pode desejar que o corpo docente seja formado apenas por pesquisadores e com formação pedagógica, pois esta prática traria prejuízos à formação profissional que a sociedade necessita, e pelo risco de uma visão somente acadêmica do mundo possa produzir um conhecimento que não traga de imediato a satisfação de necessidades básicas e estruturais da sociedade. Não vem ao caso analisar se a sociedade é quem faz a universidade, ou se é a universidade quem, produzindo conhecimento, molda a sociedade. Certo, porém, é afirmar que a universidade é uma exigência da razão, e nasce dessa compreensão tanto da sociedade como do poder político, e apesar de sua autonomia, na maioria das vezes serve para manter sob o controle a produção do conhecimento.

Este dilema é a força motriz de todo o processo que envolve a sociedade e a universidade, a exigir do docente uma formação que concilie a reflexão e a perplexidade do cientista com o domínio do conhecimento até então produzido e a capacidade de ensinar a aprender, e porque não, também apreender.

Nos cursos jurídicos exige-se cada vez mais a convivência interdisciplinar, e neste particular, tornou-se também uma exigência que esta interdisciplinaridade não seja apenas curricular. Assim, também na área jurídica não se pode admitir que cada disciplina se perceba com tamanha autonomia científica que ignore a sua relação com outros campos do conhecimento, mesmo os que não sejam da área do Direito.

¹ Proferida em inglês na Universidade de Cornell (Ithaca, Nova Iorque), em abril de 1983, traduzido do original francês “*L’œil de l’Université*”, por Ricardo Iuri Canko e Ignácio Antonio Neis. *O olho da universidade*. São Paulo: Estação Liberdade, 1999.

A abordagem que se propõe é voltada para a construção não de um modelo, mas de uma reflexão sobre o modo como deve conduzir a docência no ensino jurídico, e que pode servir pelo menos a produção de indagações em outros campos do saber.

2.OS PROBLEMAS DA DOCÊNCIA SUPERIOR NA ÁREA JURÍDICA

Não se pode fazer uma nova abordagem sem entender os problemas existentes, naturalmente em face de a abordagem anterior não mais satisfazer as exigências. Desse modo, surge um espaço para tratar do que pode ser observado sem maiores investigações metodológicas.

Os discentes observam com frequência que os docentes profissionais dominam o conteúdo de suas disciplinas, porém sentem a dificuldade de conviver com a interdisciplinaridade, também por vezes no processo do ensino-aprendizagem se manifesta a ausência de técnicas pedagógicas adequadas à apresentação dos conteúdos, da ausência de objetivos claros e percebíveis pelos discentes, e mais ainda, na elaboração de avaliações.

Enfrentando cada grupo de problemas, podemos assim dividir: a) as dificuldades com a interdisciplinaridade; b) a falta de formação pedagógica; e, c) a falta de compreensão do projeto pedagógico do curso.

É de domínio público o fato de que os docentes nas faculdades de Direito e em quase todas as outras, em sua maioria, exercem essa atividade como uma segunda atividade profissional, e não sendo, quase sempre, a principal. Os problemas estruturais e financeiros do Brasil são responsáveis em parte por essa situação. Por outro lado, não há como dispensar a contribuição de profissionais que nas áreas de sua competência são reconhecidamente referências, não somente do ponto de vista do conhecimento, mas, sobretudo do perfil ético. Entretanto, nada impede que esses profissionais sejam preparados para competentemente exercerem a cátedra, é dever da instituição de ensino superior cuidar para que se complete a sua formação e propicie não só a estes a possibilidade de uma formação continuada na área pedagógica.

Por outro lado, existe nos cursos jurídicos a presença de docentes de outras áreas que ministram conteúdos e necessitam também da visão interdisciplinar, a exemplo da sociologia geral, da metodologia científica, da filosofia, da psicologia, da economia, e tantos outros. Aqui, além dos problemas já argüidos, surgem os que advêm da formação específica, ou seja, o sociólogo que não domina o mínimo de informações sobre os fundamentos da ordem jurídica, e também o pedagogo, o psicólogo, o economista, o administrador. Ensejando por parte da instituição de ensino superior a promoção de eventos que aproximem as áreas para atingir o nível de interdisciplinaridade desejado.

O exercício da atividade docente implica atualização constante dos conteúdos específicos pela leitura dos novos autores e de uma avaliação criteriosa, da participação em eventos da área, da participação de grupos de pesquisa ou apenas de estudos da sua área, da produção científica docente, e, acima de tudo, da busca pela excelência em sua área de conhecimento.

Notadamente se faz necessário investir, não somente em livros, revistas especializadas, seminários, simpósios, congressos, mesas-redondas, cursos, internet, mas, utilizando os espaços das universidades e faculdades, especialmente suas bibliotecas e seus laboratórios de informática, objetivando inclusive a contribuição destes na atualização do acervo.

O segundo grupo de problemas decorre da falta de formação pedagógica. A visão de que o professor nasce com o dom de ensinar, ou que para ser um bom professor basta se ter o domínio do conteúdo, ou ainda, que sendo um modelo de profissional da área já é suficiente, na verdade constituem mitos que durante todo esse tempo escondeu uma grande falha nos cursos superiores, não permitindo nem mesmo se apurar adequadamente a sua eficiência diante da disparidade de variáveis a serem observadas.

O que determinava, e ainda determina, é o uso da autoridade profissional, ou o uso (abuso) da autoridade determinada pelo poder que o professor detém em face do discente. Na verdade, na falta de uma base em que se apoie a sua prática de ensino, o comum é a reprodução do modelo de poder existente na sociedade. O que não contribui em nada para a construção de uma sociedade democrática e capaz de entender pelo menos as suas contradições.

Observa-se também o fenômeno da reprodução dos modelos. Na ausência de uma formação docente, alguns professores se guiam apenas pelo modelo que tiveram enquanto alunos na graduação – desde a questão disciplinar até aos valores escolhidos na hora da avaliação. Esta situação promove a eternização do problema da aula universitária, ou seja, a precária forma de ensinar que produz um resultado sem qualidade e sem perspectiva, diante da evolução e da complexidade da sociedade.

Não há de se exigir do docente do ensino superior que seja um cientista da educação, porém, deve se promover todo o meio necessário para que este tenha efetiva consciência do seu papel no processo ensino-aprendizagem, e que busque aprender a ensinar como parte desse caminho.

Não se olhe o docente que seja oriundo do exercício profissional como um estranho no ninho, antes se deve oportunizar a este que abandone a estranheza e passe a ser igual aos outros. A palavra chave é oportunidade. O professor deve ter a oportunidade de ter acesso ao desenvolvimento continuado de suas habilidades e competências.

O terceiro grupo de problemas contempla as dificuldades decorrentes da falta de compromisso do docente com o projeto pedagógico que deve ser o guia

da atuação de todos os envolvidos no processo, não de maneira apenas adesista, sobretudo contribuindo criticamente para o aperfeiçoamento do mesmo, e, especialmente, para que se chegue com êxito aos seus objetivos.

Em muitos casos este problema do descompromisso com o projeto pedagógico decorre da própria falta de conhecimentos da área educacional, do baixo nível de envolvimento pelos órgãos acadêmicos e pela ausência de estruturas que motivem o docente a se sentir sujeito desse processo afastando-se da mera condição de objeto.

Um problema também significativo é a questão epistemológica sobre o objeto do curso jurídico: o direito. O conceito de direito é até hoje uma grande discussão tanto no campo da filosofia como na teoria do Direito, como alerta Simone Goyard-Fabre², diante do seu sentido polissêmico, e, até hoje da interminável disputa entre o jusnaturalismo e as correntes positivistas.

Colocando o direito como uma questão aberta e apta a ser construída permanentemente em duelo com a questão da chamada segurança jurídica, os professores dos cursos jurídicos refletem esse permanente diálogo tanto epistemológico como ideológico. Esse é um problema na docência, não com relação à dialética, mas, com relação ao preparo dos docentes na abordagem para que não se tornem fundamentalistas ou sectários, mas que privilegiem o discurso dialético essencial ao estudo do direito. A solução também se encontra na formação continuada dos professores.

3. ENTRE A TEORIA E A PRÁTICA

Um dos pontos sempre objeto da crítica dos discentes e também entre os docentes é a questão de se dar mais atenção à teoria em detrimento da prática, ou o inverso, valorização das questões práticas em lugar da teoria.

O modelo científico positivista parte da idéia de que se deve conhecer primeiro a teoria para depois chegar à prática, tanto isso é verdade que os currículos partem do geral para o específico, das disciplinas básicas ou teóricas para as disciplinas profissionais ou práticas, concluindo com os estágios.

Observa Maria Isabel da Cunha³ que a aula dando ênfase ao ensino e à pesquisa deve inverter esse processo, verificar a realidade e a partir desta compreender as teorias, e assim também aprender a explicar a realidade circundante.

² Em *Os fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

³ Em seu artigo *Aula universitária: inovação e pesquisa*, in *Universidade Futurante*. Denise Leite e Marília Morosini (Orgs.). Campinas, SP. Papyrus, 1997.

Evidentemente que a teoria sempre estará de algum modo precedendo a prática na área jurídica, no entanto, no espaço da aula, há de se construir uma prática que apenas não consolide as teorias conhecidas, mas que possa criar um ambiente capaz de pensar dialeticamente.

O laboratório do direito é a vida com todas as suas nuances e cores, ou seja, o homem e todas as suas relações: familiares, sociais, econômicas, laborativas, societárias, políticas e todas as decorrentes da vontade e da ação humanas. O Estado através das normas busca controlar todas essas ações objetivando, segundo a ótica dos que as produzem, o bem comum.

Contemporaneamente, várias teorias foram desenvolvidas no sentido de ampliar a concepção do Direito, tanto reconhecendo a sua natureza sociológica como abrindo a sua textura, a exemplo da contribuição de H. Hart, Gurvitch e Roscoe Pound.

Assim, pelas teorias mais recentes que tentam explicar o fenômeno jurídico, se percebe que a teoria e a prática são elementos importantes na aprendizagem que devem ser utilizadas dialeticamente no processo ensino-aprendizagem.

Como fazer? Repensando o modelo de aula, tornando o discente partícipe e não apenas expectador do discurso docente. Instigando o discente diante da realidade, inferir da lógica das teorias existentes, fustigando-o a investigar, produzindo um espírito de pesquisa necessário aos desafios atuais da escola superior.

Isto porque a universidade deve estar aberta, e, sem qualquer condição, produzir o saber a partir da possibilidade de se questionar sobre tudo, mesmo que seja apenas como exercício da construção do próprio saber, como propõe Jacques Derrida⁴. Não seria diferente no curso jurídico. Ao contrário, ali especialmente todas as condições se reúnem para essa prática incondicional, onde a relação entre teoria e prática será de exercício constante. Todavia, devem ser alertados que esta posição implica numa revisão paradigmática dos professores, sob pena de tudo continuar como no velho modelo da universidade napoleônica.

4. O DOMÍNIO DO CONTEÚDO E DOS INSTRUMENTOS PEDAGÓGICOS

O docente do curso jurídico deve além de dominar competentemente os conteúdos de sua disciplina tem a obrigação de conhecer toda proposta em termos de conteúdo do curso para que possa produzir um plano de aulas capaz

⁴ Em *A universidade sem condição*. Tradução de Evando Nascimento. São Paulo: Estação Liberdade, 2003.

de ser parte deste processo, sob pena de criar partes autônomas que possam parecer desnecessárias no conjunto ou individualmente.

Assim, o docente de Introdução ao Estudo do Direito necessita ter uma visão ampla dos conteúdos das demais disciplinas para criar um ambiente favorável ao desenvolvimento de competências teóricas fundamentais. O que liga uma disciplina a outra é o seu encadeamento necessário do ponto de vista da construção do saber jurídico. É compreendendo o Direito como um sistema que possibilitará uma visão global, um olhar panorâmico, para que nada fique alheio ou venha a ser tratado no curso com pouca importância ou nenhuma importância.

Ao lado do domínio dos conteúdos é indispensável a utilização adequada dos instrumentos pedagógicos. Do uso simplório do quadro de apontamentos à sofisticada apresentação utilizando computador, data show, internet e outros, se não houver o uso racional desses instrumentos não será assegurado o resultado objetivado.

Quando se faz referência aos instrumentos pedagógicos é preciso salientar que as técnicas de dinâmica de grupo também são contempladas, assim o seminário, estudo dirigido, o psicodrama, o estudo em grupo, e outras técnicas devem ser escolhidas de acordo com a necessidade e os objetivos planejados.

O uso irracional tanto dos meios e das técnicas ou mesmo abusivo, ao invés de alcançar os objetivos da aprendizagem, podem dispersar o aluno e até mesmo desmotivá-lo.

O docente deve procurar dominar com proficiência os instrumentos pedagógicos como forma de se tornar eficiente em sua atividade. O domínio dos conteúdos e a adequação dos meios levam com certeza a uma melhor performance da docência e uma qualidade melhor na formação do aluno.

Um elemento essencial, mesmo com o domínio do conteúdo e das técnicas e instrumentos pedagógicos, é o interesse do docente pela aprendizagem do aluno, acompanhando e se sentindo parte de todo o processo de ensino-aprendizagem. É a consciência de que o docente não deve ser um improvisador, que este é um profissional e que suas ações devem ser modelares para os discentes, não apenas na competência como profissional da área, mas, sobretudo na postura ética.

O interesse do docente pela ação e resultados do processo ensino-aprendizagem quer significar um compromisso com o ato de construir o conhecimento jurídico de maneira integral, aprendendo a ensinar enquanto ensina, construindo junto com os discentes o saber, crescendo todos através desta convivência.

5. O NOVO PROFESSOR DE DIREITO

O velho modelo do professor da academia que se distanciava física e espiritualmente dos alunos não pode mais conviver com a perspectiva de uma escola superior num Estado Democrático de Direito, onde os valores da democracia devem ser inspiradores de todas as atividades de cidadania.

O professor que deposita o conhecimento no aluno como se fizesse depósitos bancários numa conta bancária zerada e que não admite que o aluno questione e traga as suas perplexidades para a aula está fora do perfil desejado atualmente.

O professor prepotente, que impõe aos alunos apenas a sua posição doutrinária, e pior ainda, a sua opção ideológica, não deveria ter lugar na academia e muito menos nos cursos jurídicos.

O novo professor da área jurídica seja profissional ou acadêmico deve primar pela postura crítica e pela capacidade de compreender as mudanças sociais a exigir compromissos com a cidadania e a ética.

Adotar os valores democráticos na prática docente é desejado e estimulado como forma de preparar o aluno a exercer a sua cidadania.

Estimular a pesquisa deve ser um dos objetivos naturais do docente contemporâneo, voltando-se para a descoberta da curiosidade científica dos discentes, preparando-os para adotarem profissionalmente o interesse pela pesquisa.

6. FORMANDO O NOVO CIDADÃO

O desenvolvimento de uma nova postura filosófica e pedagógica, mormente nos cursos jurídicos, é urgente. Os novos paradigmas, as novas realidades sociais, o fenômeno da globalização, o aumento da desigualdade social no mundo e no Brasil, as novas formas de imperialismo, a questão ambiental, a informatização, a *mass media*, os direitos humanos, enfim, questões que são essenciais para a formação do cidadão, e que devem ser objeto da preocupação dos docentes na elaboração dos seus planos de aulas.

A responsabilidade de formar este cidadão com valores democráticos e da solidariedade é da família, da sociedade e da escola, inclusive da escola superior, como se pode perceber da vontade expressa do constituinte quando da elaboração da Constituição de 1988⁵.

⁵ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Constituição Federal da República Federativa do Brasil.1988.

Nesse particular, cabe aos docentes um papel muito importante na construção da cidadania, seja pelo exemplo como cidadão e, principalmente, na facilitação da compreensão sobre a realidade social e pelo desenvolvimento da capacidade dos docentes pensarem em soluções.

A valorização do espaço-público que é a universidade, e a percepção do seu papel político-social e institucional são essenciais para que se construa a sociedade justa e solidária que desejamos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DERRIDA, Jacques. *O olho da universidade*. Introdução de Michel Petersen. Tradução de Ricardo Iuri Canko e Ignácio Antonio Neis. – São Paulo: Estação Liberdade, 1999.

_____. *A universidade sem condição*. Tradução de Evando Nascimento. – São Paulo: Estação Liberdade, 2003.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução de Cláudia Berliner. – São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LEITE, Denise; Morosini, Maríliar (Orgs.). *Universidade futurante: produção de ensino e inovação*. – Campinas, SP: Papirus, 1997.

MASETTO, Marcos (Org.). *Docência na universidade*. 5ª. ed. – Campinas, SP: Papirus, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*. 9ª. ed. – São Paulo: Cortez, 2003.

A PROGRESSIVIDADE FISCAL DO IPTU À LUZ DO PRINCÍPIO HERMENÊUTICO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO

Marcelo Jatobá Lôbo, Procurador do Estado de Sergipe. Mestrando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares; 2. Igualdade, capacidade contributiva e progressividade; 3. A classificação dos impostos em reais e pessoais; 4. A tese que pugna pela ausência de tributação progressiva nos “impostos reais”; 5. Um sistema constitucional tributário exaustivo; 6. A inconsistência da dicotomia em face do princípio hermenêutico da unidade da Constituição; 7. Conclusões

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A progressão de alíquotas do IPTU constitui tema assaz controvertido. O centro das divergências sempre foi a progressividade fiscal desse imposto, que se pauta no valor do imóvel urbano. Os que a defendem evocam os princípios fundamentais da igualdade e da capacidade contributiva. Os que a combatem argumentam que o IPTU ostentaria natureza real, incompatível com essa forma de progressividade.

Na trajetória das discussões, dois momentos se destacam: 1) a tomada de posição da Suprema Corte, reputando inconstitucional a progressividade em razão do valor do imóvel urbano¹; e 2) o advento da Emenda Constitucional nº 29, que a autorizou em termos expressos.

Nenhum dos dois marcos citados foi suficiente para aplacar a controvérsia. A jurisprudência do STF não impediu continuasse a doutrina sustentando que a instituição da progressividade fiscal do IPTU não só seria possível, como constituiria um imperativo dirigido aos Municípios. A Emenda nº 29 tem, por outro lado, suscitado crescente debate acerca da sua constitucionalidade. Opõe-se-lhe o argumento de que o constituinte derivado teria malferido o direito

¹ Posição esta assentada no RE 153.771, cujo relator foi o Ministro Moreira Alves.

fundamental a não ser tributado progressivamente por impostos reais. Existiria um tal direito? Haveria, no ordenamento jurídico brasileiro, espaço para a classificação dos impostos em pessoais e reais? É a resposta a tais questionamentos que esse ensaio se propõe a oferecer, sem a veleidade de pretender apresentar uma solução definitiva para essa interessante e controvertida temática.

2. IGUALDADE, CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E PROGRESSIVIDADE

Tornou-se assente o entendimento de que o destinatário por excelência do princípio da igualdade é o legislador, aqui entendido em sua acepção estrita, isto é, como órgão do Poder Legislativo. Fala-se, assim, não só em igualdade *perante* a lei, mas em isonomia *na* própria lei. Aliás, se o primado em questão não se dirigisse precipuamente ao legislador, careceria de um sentido útil, reduzindo-se, disse-o J.J. Gomes Canotilho, a uma mera refração do princípio da legalidade².

Portanto, não só o aplicador do direito mas também – e principalmente – o legislador deve observar o princípio isonômico. Fa-lo-á sempre que mantiver a igualdade como conteúdo necessário da lei, de modo que a obediência ao primado da legalidade implique, *ipso facto*, a submissão ao princípio da isonomia³.

O sentido mais comum da igualdade *na* lei é negativo: vedar a concessão de privilégios e a imposição de discriminações arbitrárias. Reivindica um controle a ser realizado em face de um diploma legal já existente. O legislador, que é livre para exercer sua competência, não o pode fazer em desconformidade com o primado da isonomia. Se o fizer, estará incorrendo em inconstitucionalidade por ação.

A igualdade possui, entretanto, um sentido positivo, que se não dirige diretamente ao controle da lei, mas a exige como *meio*, como *instrumento* para a sua realização. Reclama-se, desta feita, o estabelecimento positivo de um trato desigualitário⁴. Mais do que simplesmente igualdade *na*, exige-se uma equiparação

²CANOTILHO, J.J. GOMES. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Almedina, 1994. p.381.

³ Souto Maior Borges chega a afirmar que a linguagem da ciência pode unificar esses dois primados fundamentais, reduzindo-os a um só: o princípio da legalidade isônoma. (BORGES, José Souto Maior. IPTU: Progressividade. *Revista de direito tributário*. São Paulo: Malheiros, nº.59: 73-94, p.83.)

⁴A dimensão positiva do princípio isonômico não mereceu, contudo, maior atenção por parte da doutrina. Nem mesmo Celso Antônio Bandeira de Melo direcionou seus estudos para essa perspectiva, já que “não obstante o brilhantismo do tratamento que dispensou à matéria, também deu-lhe a seguinte abordagem: ‘é vedado ao legislador distinguir.’” (DERZI, Misabel Abreu Machado e COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana*, São Paulo: Saraiva, 1982., p. 61-62).

mediante lei⁵. A atividade legislativa surge aqui, não apenas como algo a ser controlado, mas fundamentalmente como um instrumento de realização daquele princípio, e sobre cuja ausência recai a eiva de inconstitucionalidade por omissão.

O ângulo positivo do princípio da igualdade está a exigir, no campo do Direito Tributário, a graduação dos impostos segundo a capacidade contributiva. Reconheceu-o Misabel Derzi⁶, referindo-se ao sistema jurídico inaugurado pela Constituição de 1967, em cujo contexto sequer havia a formulação expressa daquele último princípio:

Para nós, a juridicidade da capacidade contributiva resulta, como vimos, do lado positivo do princípio da igualdade: o dever imposto ao legislador de distinguir disparidades.

Prossegue a autora:

Sendo assim, o lado positivo da igualdade (dever de distinguir desigualdades) impõe seja o tributo quantificado segundo a capacidade contributiva de cada um, que é diversificada, e o lado negativo do princípio (dever de não discriminar) constringe o legislador a tributar, de forma idêntica, cidadãos de idêntica capacidade contributiva”.

O princípio da capacidade contributiva é, pois, a principal forma de expressão da isonomia no Direito Tributário. Nessa seara a riqueza surge como fator de *discrimen*, estremando os indivíduos mais ricos daqueles menos abastados⁷. Trata-se, assim, desigualmente a desiguais, exigindo de cada contribuinte segundo a riqueza que possui⁸.

⁵ O termo “mediante”, como preposição, significa *por meio de, com auxílio de, com intervenção de* (Cf. AULETE, Caudas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Delta, 1968. Vol. III, p.2553).

⁶ Op. cit., p.63. Assim também pensa Elizabeth Nazar Carraza: “Importante remarcar, portanto, que o princípio da igualdade não se restringe à proibição de distinguir, como tradicionalmente se afirmava. Especialmente em matéria tributária, o seu outro pólo, ou seja, o dever de distinguir é inafastável, sempre que se esteja diante de situações fáticas que justifiquem tal proceder. É o que ocorre quando se procura aplicar o princípio da capacidade contributiva, já que a capacidade econômica varia de cidadão para cidadão.” (CARRAZA, Elizabeth Nazar. IPTU & progressividade: Igualdade e capacidade contributiva, Curitiba: Juruá, 1998, p.38).

⁷ A capacidade econômica dos contribuintes não é aferida subjetivamente, indivíduo a indivíduo. É, antes sim, objetivamente manifestada pelo próprio fato imponible. Nesta medida, o que se leva em conta são “as manifestações objetivas de riqueza (ter um imóvel, possuir um automóvel, ser proprietário de jóias ou obras de arte, operar em Bolsa, Praticar operações mercantis etc.)” (CARRAZA, Roque Antônio. Curso de direito constitucional tributário, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 77).

⁸ Cf. ATALIBA, Geraldo. IPTU-Progressividade. *Revista de direito tributário*. São Paulo: Revista dos tribunais, nº 56: 75-83, 1991., p.76.

A satisfação do princípio da capacidade contributiva (fim) reclama o emprego da técnica da *progressividade* de alíquotas (meio). Não se realiza a contento com a simples *proporcionalidade*, já que esta última mostra-se incapaz de diferenciar os indivíduos de acordo com as suas forças econômicas. Vale lembrar que um imposto é simplesmente proporcional quando a alíquota não acompanha o crescimento da base de cálculo, preservando-se sempre uniforme. Será progressivo, por outro lado, quando as alíquotas crescerem na medida em que houver o incremento da matéria tributável. O primeiro instrumento, a proporcionalidade, não atende ao primado da capacidade contributiva. Acaba antes penalizando o contribuinte de menor poder aquisitivo. Quem ganha 10 e paga 1 sofrerá maior oneração do que quem ganha 100 e paga 10, ainda que ambos estejam respondendo proporcionalmente pelo mesmo tributo (10% sobre a base de cálculo)⁹.

A distorção só é corrigida com a progressividade. Aqueles que aceitarem essa premissa, surpreenderão a existência de vínculos de implicação sucessivos entre o princípio da isonomia, o primado da capacidade contributiva e a técnica da progressividade: o primeiro implica o segundo e este, a terceira. Não se pode sacrificar esta última sem comprometer os dois primeiros.

A idéia de que a igualdade importa a progressão de alíquotas está longe, porém, de ser pacificamente acolhida. Para muitos não haveria semelhante implicação. Mais do que isso: a progressividade fiscal só seria mesmo compatível com os chamados impostos pessoais. Aos reais estaria reservada tão-somente a técnica da proporcionalidade. É por sustentá-lo que um forte segmento doutrinário reputa inconstitucional a Emenda n. 29, na parte em que esse veículo introdutor de normas consagrou a progressividade do IPTU segundo o valor do imóvel urbano.

A tese funda-se, como se pode perceber, no dualismo impostos pessoais/impostos reais. Examiná-lo é, pois, necessário para que se possa averiguar se aquela emenda malfez, de fato, um suposto direito fundamental a não ser tributado progressivamente por impostos reais.

3. A CLASSIFICAÇÃO DOS IMPOSTOS EM REAIS E PESSOAIS

Bernardo Ribeiro de Moraes observa que são dois os critérios utilizados para a construção da dicotomia em perspectiva. O primeiro deles é o *critério do objeto*; o segundo, o *critério da forma de cálculo*. Consideremo-los de *per se*, tomando como ponto de partida a lição desse autor.

⁹ Cf. Roque Antonio Carraza, *op. cit.*, p. 76.

Cr terio do objeto

De acordo com esse fundamento, os impostos pessoais seriam aqueles que recaem sobre pessoas, sendo também chamados de impostos sujeitos ou impostos subjetivos. Os reais s -lo-iam, por outro lado, aqueles que se projetam sobre as “coisas (*res*: coisa), sobre os bens, v.g., um patrimônio, um ato econômico ou situa o jurídica”¹⁰.

O critério do objeto tem merecido acerbos críticas da melhor doutrina, pois leva a crer possam existir vínculos jurídicos entre pessoas e coisas¹¹. Estaria justificando a diferença entre duas classes de impostos pela circunstância de figurar, no pólo passivo da rela o jurídico-tributária, uma pessoa (imposto pessoal) ou um objeto (imposto real), o que   peremptoriamente rechaçado pela Teoria Geral do Direito. Não   necessário insistir nesse ponto. Os “objetos inanimados (v.g., serviços etc.) não são dotados de capacidade tributária e, portanto, não podem liquidar obriga es tributárias, independentemente das pessoas que as possuem ou que as realizem”¹².

O dizer que os impostos referem-se a coisas ou a pessoas pode conduzir a outras impropriedades se se compreender a palavra “imposto” na acep o de *norma jurídica*¹³. Para demonstrá-lo, façamos inicialmente a seguinte pergunta: sobre o que recai ou a que se refere a regra-matriz de incidência tributária? Qualquer norma - e com a tributária não poderia ser diferente - refere-se sempre e necessariamente a um comportamento interpessoal. Este o *objeto* de toda regra de direito. Sequer   possível, sob esse ângulo de análise, dizer que as normas jurídicas dirigem-se às pessoas. Não há referência imediata a um sujeito X ou Y, mas às condutas desses sujeitos em suas interfer n-

¹⁰ MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de direito tributário*, 2^a ed, Rio de Janeiro:Forense, 1993, p.437.

¹¹   neste sentido o parecer de Roque Antonio Carraza: “Por outro lado, impostos pessoais, são os que se referem a pessoas, e impostos reais, a coisas. (...) Essa distin o, sem d vida, não   jurídica. Juridicamente, todos os impostos são pessoais, na medida em que o contribuinte   sempre uma pessoa (física ou jurídica). Dito de outro modo, no pólo passivo das obriga es impositivas – como, de resto, de todas as rela es jurídicas- são pode figurar uma pessoa; nunca uma coisa.” (Op. cit., nota de rodapé n  44, p. 458).

¹² Bernardo Ribeiro de Moraes, *Ibidem*, p.438.

¹³ Sobre essa acep o, observou José Souto Maior Borges: (...); não cabe apreciá-las aqui [as acep es do termo “tributo”], mas uma delas será que tributo   norma, se não fosse norma, ou melhor, subconjunto de normas, não poderia ser objeto sequer da nossa investiga o, sem transposi o, sem ultrapassagem do nosso campo de investiga o científico-jurídica. BORGES, José Souto Maior. *Progressividade no IPTU e no imposto sobre doa es* (Mesa “B” de debates do XV Congresso Brasileiro de Direito Tributário), *Revista de direito tributário*, São Paulo: Malheiros, n.85: 40-55, p. 50.

cias intersubjetivas. Sobre esse ponto é, como soer, precisa a lição de Hans Kelsen¹⁴:

De mais a mais, é, porém, de considerar – como já notado no precedente- que a expressão : “a norma é dirigida a uma pessoa”, não significa outra coisa senão que a norma estatui como devida a conduta de um ser humano ou de um determinado ou indeterminado número de pessoas, quer dizer, conduta humana, e nenhum outro acontecimento. Não é um indivíduo na totalidade de sua existência e de sua conduta, e sim uma determinada conduta humana, à qual a norma se refere quando a estatui como devida. (grifamos)

Em outra passagem de sua obra, averba o mestre de Viena:¹⁵ “*Objeto da norma é somente conduta humana*”. (grifamos).

Reconheçamos que o termo “tributo” não significa apenas norma jurídica. É polissêmico, como tantos outros da linguagem normativa. Paulo de Barros Carvalho¹⁶ chegou a registrar seis conteúdos semânticos distintos. São eles: a) tributo como quantia em dinheiro, b) tributo como dever jurídico, c) tributo como direito subjetivo, d) tributo como relação jurídica tributária, e) tributo como norma jurídica tributária, e f) tributo como norma, fato e relação jurídica. Escusado insistir, contudo, que as expressões “recaem sobre coisas” e “recaem sobre pessoas” não encontram sentido em qualquer das indigitadas acepções da palavra “tributo” e, por via de consequência, também da palavra “imposto”. Podem até ter significado em outros setores do conhecimento científico, mas já não nos domínios da Dogmática Jurídica.

Critério da forma de cálculo

Propugna-se aqui a separação entre os impostos em função do modo de calculá-los. “O imposto é *peçoal* quando o mesmo é calculado atendendo às condições pessoais do contribuinte, *v. g.*, a sua situação familiar, os encargos de família, o conjunto de rendimentos etc. (...) O imposto é real quando o mesmo é calculado sem atender às condições pessoais do contribuinte, ou melhor, ignorando por completo a situação individual do contribuinte (o imposto grava uma riqueza dada ou uma situação da mesma maneira, qualquer que seja o sujeito passivo)”¹⁷.

¹⁴KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1986, p.38.

¹⁵ Ibidem, p.115-116.

¹⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p.19.

¹⁷ Bernardo Ribeiro de Moraes, Ibidem, p. 438 e 439.

O fundamento centra-se, pois, no aspecto quantitativo da regra-matriz de incidência tributária. Pessoal seria o imposto em que aquele critério vê-se influenciado pelas condições subjetivas do contribuinte ou, o que é o mesmo, pela sua capacidade pessoal de arcar com a imposição da carga tributária. Já os impostos reais seriam, a contrário senso, aqueles sobre cujo aspecto quantitativo não exercem qualquer influência as condições financeiras do sujeito passivo da exação.

Semelhante critério presta-se a uma distinção *quantitativa* entre os tributos não-vinculados, mas jamais *qualitativa*. Expliquemos. Alguns impostos, por sua própria estrutura constitucional, são mais aptos a atender à personalização da carga tributária do que outros. O IPTU, ninguém o contestará, é menos propenso a satisfazê-la do que IR. Mas ambos devem persegui-la. O ser *pessoal* não é um traço característico de alguns tributos não-vinculados (e só deles), mas uma meta a ser perseguida na instituição de todos. É o que determina o 145, §1º da CF, ao exigir que os impostos, sempre que isso for possível, tenham caráter pessoal e sejam graduados segundo a capacidade contributiva.

Esse dispositivo não se traduz, como querem alguns, num vetor *negativo*, mas *positivo*. Não pode servir, dizendo-o com outras palavras, de fundamento para uma proibição de tributar progressivamente “impostos reais”. Antes, e pelo contrário, exige que o legislador tenha presente a personalização da carga tributária, um de cujos instrumentos – talvez o mais eficaz – radica precisamente na progressividade de alíquotas. É necessário, contudo, avançar um pouco mais nesse raciocínio, o que se fará nos próximos tópicos.

4. A TESE QUE PUGNA PELA AUSÊNCIA DE TRIBUTAÇÃO PROGRESSIVA NOS “IMPOSTOS REAIS”

Autores de elevada consideração têm questionado a constitucionalidade da Emenda nº 29, sob o argumento de que teria o poder constituinte derivado malferido cláusula pétrea, consubstanciada num direito fundamental a não ser tributado progressivamente por impostos reais.

De acordo com esse segmento doutrinário, o art. 145, §1º, da CF haveria consagrado a dicotomia em causa. Teria sido, outrossim, assegurado o princípio de que progressivos só podem ser os impostos pessoais. À referida emenda constitucional não seria lícito, portanto, malferir um primado acolhido pelo Poder Constituinte Originário. É importante conhecer a tese nas palavras de seus próprios artífices¹⁸:

¹⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva e BARRETO, Aires Fernandino. Por ofensa a cláusulas pétreas, a progressividade prevista na Emenda nº29/2000 é inconstitucional. Revista dialética de direito tributário. São Paulo: Dialética, nº 80:105-126, 2002. p.117-118.

Segundo o critério do objeto, denominam-se reais os impostos que tomam em consideração manifestações objetivas e concretas do patrimônio, isoladamente considerado, sem analisar a situação do titular desses bens. São, pois, os que gravam determinadas coisas, sem consideração à riqueza global dos contribuintes.

(...)

Com efeito, quando a Constituição Federal de 1988 (art. 145§1º) diz que os impostos, sempre que possível, terão caráter pessoal, está inexoravelmente a absolver a dicotomia de impostos reais e pessoais.

(...)

Ora, no caso da progressividade, é inquestionável que a Emenda nº 29/00 não apenas tende a abolir, como, de fato, aniquila, suprime, destrói, anula a restrição posta pelo princípio de que progressivos só podem ser os impostos pessoais. (grifamos)

De acordo com o referencial teórico que adotamos, o texto normativo, em si mesmo considerado, não possui qualquer sentido, vale dizer, não é uma caixa que se possa abrir e retirar uma significação pronta e acabada. Dista de constituir, com outras palavras, um repositório de “essências”, que acabam por ser “reveladas” pelo intérprete. O processo de interpretação, longe de ser simplesmente *declarativo*, é *constutivo*. No dizer de Ingedore Villaça Koch¹⁹, “...o sentido não está no texto, mas se constrói a partir dele, no curso de uma interação” (Os destaques são originais).

Se os textos não veiculam “essências”, é perfeitamente possível haver duas interpretações diametralmente opostas sobre um mesmo conjunto de enunciados. Kelsen já o averbava, realçando a inexistência de um sentido unívoco para os textos normativos. Esse autor²⁰ entendia, contudo, que a norma pode gerar várias significações. De acordo com modelo teórico adotado, dir-se-á que a interpretação dos enunciados de um texto pode engendrar mais de uma norma. Isto porque não se interpretam normas. As regras jurídicas não possuem existência material. Possuem-na os textos. Esses consistem no ponto de partida do processo de geração de sentido; aquelas, no termo, no resultado da atividade de interpretação, que se não deve concluir sem uma passagem pelos princípios fundamentais do sistema.

¹⁹ KOCK, Ingedore Villaça. O texto e a construção dos sentidos. 4ª ed. São Paulo: Contexto, 2000., p.25.

²⁰ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984. p. 467.

A tese de que estamos cogitando oferece *um* sentido possível para os comandos do texto constitucional, particularmente para o artigo 145, §1º. Ao dizer que “sempre que possível os impostos terão caráter pessoal”, o constituinte tê-los-ia distinguido *qualitativamente* em dois grupos: o dos pessoais e o dos reais. É sem dúvida uma exegese possível, mas não nos parece seja a melhor. Na tentativa de demonstrá-lo, vamos nos apoiar em dois pilares, o da *exaustividade do sistema constitucional tributário brasileiro*, e o do *primado da unidade da Constituição*.

5. UM SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO EXAUSTIVO

A Constituição brasileira reservou um número considerável de seus dispositivos ao tratamento da matéria tributária. Forjou, com isso, um subsistema constitucional tributário exaustivo, cujo nível de detalhamento e perfeição não encontra paradigma em outros ordenamentos jurídicos.

Geraldo Ataliba, em seu *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*, chamou a atenção para essa singularidade do nosso sistema em relação aos ordenamentos de outros países de cultura ocidental²¹. O autor enfatizou – e essa é a tônica da sua obra – a reduzida margem de atuação cometida ao legislador ordinário no Brasil. A este último caberia explicitar apenas os comandos fixados pela Constituição, sendo-lhe inteiramente defesa qualquer iniciativa no sentido de modificar o que já foi pré-estabelecido pela Carta Magna. Ataliba chegou mesmo a afirmar que o constituinte “esgotou a disciplina da matéria tributária, deixando à lei, simplesmente, a função regulamentar”²².

Não é diferente o pensamento de José Artur Lima Gonçalves²³, para quem a “exaustividade do subsistema tributário brasileiro não encontra paralelo no direito comparado em geral, e, muito menos, em especial, no direito norteamericano”.

Esse traço peculiar do sistema tributário brasileiro compele-nos a passar pelo texto constitucional quando pretendermos averiguar que impostos poderiam ser considerados reais ou pessoais – na suposição provisória de que é possível

²¹ Quando escreveu o seu clássico “Sistema constitucional tributário brasileiro”, o professor Ataliba não tinha como referência a atual Constituição. Mas suas conclusões a respeito da peculiaridade do direito tributário nacional são, não obstante, inteiramente aplicáveis ao sistema jurídico inaugurado pela Carta de 1988.

²² ATALIBA, Geraldo. Sistema constitucional tributário brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1968., p.18.

²³ GONÇALVES, José Artur. Imposto sobre a renda: pressupostos constitucionais. São Paulo: Malheiros, 1997., p.213.

assim classificá-los. Isso porque é lá que estão as chamadas regras-matrizes de incidência ou normas-padrões de incidência constitucional, que predefinem as materialidades possíveis de cada tributo²⁴.

Desde que se admita, como propugna a tese acima referida, que os impostos pessoais sejam apenas aqueles que consideram a “riqueza global dos contribuintes”, será forçoso concluir que a Constituição já *predefiniu* um número excessivamente exíguo de impostos dessa índole. Salvo melhor juízo, apenas o imposto de renda e o imposto sobre grandes fortunas poderiam atender àquele requisito²⁵. Isso porque só esses dois gravames consideram a riqueza global dos contribuintes. O primeiro, numa perspectiva dinâmica, recai sobre o acréscimo patrimonial, que se afere pelo cotejamento do patrimônio do sujeito passivo da exação, compreendido como universalidade de bens e direitos, em dois momentos distintos. Já o segundo, agora numa dimensão estática, irá considerar, se for instituído, a riqueza global num instante específico²⁶.

Nenhum outro imposto da competência da União, dos Estados, ou dos Municípios tem por característica a consideração do patrimônio integral do contribuinte. Como, então, supor haja o texto constitucional exigido a personalização da carga tributária, *prefixando* ao mesmo tempo um sistema de impostos reais?

6. A INCONSISTÊNCIA DA DICOTOMIA EM FACE DO PRINCÍPIO HERMENÊUTICO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO

Sabe-se que a Constituição deve ser sempre compreendida como um todo harmônico, não comportando interpretações isoladas que possam condu-

²⁴ Cf. Roque Antonio Carraza, op. cit., p. 440-442.

²⁵ É certo que a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) também recai sobre a riqueza global do sujeito passivo da exação, mas esse tributo não passa de um imposto de renda, com o produto de sua arrecadação afetado a fim específico (imposto finalístico). É de se reconhecer, outrossim, que as contribuições previstas no artigo 149 da CF e os empréstimos compulsórios podem incidir, de igual modo, sobre a totalidade do patrimônio dos contribuintes. Mas o legislador da União, quando pretender instituí-los, se não lançar mão da sua competência residual (respeitando as limitações estabelecidas pelo art. 154,I), haverá de recorrer às materialidades que lhe foram reservadas pelo artigo 153 da CF, criando, por conseguinte, um adicional do imposto de renda ou do imposto sobre grandes fortunas (Cf. Roque Antonio Carraza, op. cit., p. 503-504 e 516-518). Finalmente, pode a União Federal exercer, respeitados os pressupostos constitucionais, sua competência residual (art. 154, I e 195,§4º) e extraordinária (art.154,II), hipóteses em que lhe será lícito instituir um gravame que leve em conta a riqueza global e que não se identifique com aqueles dois impostos citados. O legislador terá que ser, no entanto, bastante criativo se quiser criar um tributo que tenha em conta a riqueza integral do contribuinte e, ao mesmo tempo, não apresente o mesmo fato imponible ou a mesma base de cálculo do imposto sobre a renda e do imposto sobre grandes fortunas.

²⁶ Cf. MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Renda e proventos de qualquer natureza: o imposto e seu conceito constitucional*. São Paulo: Dialética, 1996, p.94-98.

zir a antagonismos, vale dizer, a incoerências internas em seu próprio texto. Suas normas devem ser consideradas a partir do sistema em que se encartam, e ao intérprete cabe evitar exegeses que possam levar a situações de incongruência. Exige-o o princípio da unidade constitucional. Di-lo J.J. Gomes Canotilho²⁷:

O princípio da unidade da Constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que o direito constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as normas, e, sobretudo, entre os princípios jurídico-políticos constitucionalmente estruturantes.

E conclui:

Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.

Seguramente não se conciliará com esse princípio hermenêutico a suposição de que a Carta Magna determinou que os impostos sejam, sempre que isso for possível, pessoais e, ao mesmo tempo, só admitiu assumam essa natureza os impostos que levam em consideração a riqueza global do sujeito passivo da exação.

Se o constituinte quis que os impostos fossem pessoais, como admitir que esse mesmo constituinte tenha construído, pormenorizadamente, um sistema de impostos reais? Poderia esse entendimento conviver com a coerência interna do texto constitucional? Quer nos parecer que não. E o afirmariamos mesmo que outorgássemos sentido à cláusula “sempre que possível”²⁸. Do contrário, seríamos obrigados a admitir tenha o constituinte pretendido comunicar ao legislador

²⁷ CANOTILHO, J.J.GOMES. *Direito constitucional*, 4ª ed., Coimbra: Almedina, 1989,p.162.

²⁸ A expressão “sempre que possível” não deixa de ser inócua, pois o direito só opera no campo do possível, isto é, das condutas contingentes. Seria mesmo um despropósito, um sem sentido deontico dispor sobre comportamentos necessários ou impossíveis. Paulo de Barros Carvalho é incisivo ao afirmá-lo: “Redundância tosca, que podemos relevar da parte do político, mas inadmissível quando recebe a chancela descritiva do cientista. A cláusula sempre que possível está pressuposta em toda e qualquer regulação da conduta, por um motivo muito simples: as normas jurídicas incidem, exclusivamente, no campo dos comportamentos possíveis, representando inusitado absurdo deontico regular a conduta necessária (comportamentos intersubjetivos realizados em ‘estado de necessidade’) ou a conduta impossível (é proibido, permitido ou obrigatório ir ao planeta Marte no próximo fim de semana.)” [destaques do próprio autor] (Op. cit., p. 202).

infraconstitucional a seguinte estultice: faça, *sempre*²⁹ que isso for possível, com que os impostos tenham caráter pessoal, mas só atribua essa qualidade ao imposto sobre a renda e ao imposto sobre grandes fortunas. E logo se vê que seria uma mensagem prescritiva dirigida exclusivamente ao legislador da União, já que os impostos estaduais e municipais, todos eles, estariam alijados da exigência de personalização. Com o devido respeito, não parece ser esta a melhor exegese para o §1º, do artigo 145, da CF.

Se a Constituição erigiu a pessoalidade à condição de valor a ser perseguido, não poderia restringi-la previamente a um universo tão pequeno de impostos. O entendimento contrário conduz a um antagonismo entre comandos constitucionais, não compatível com o já mencionado princípio da unidade da Constituição. Cria, com outras palavras, um paradoxo incontornável: exige-se, em termos genéricos, sejam os impostos pessoais e, ao mesmo tempo, forja-se um sistema constitucional tributário constituído, em sua grande maioria, por impostos reais. Uma tal exegese compreende, no dizer de Eros Roberto Grau³⁰, o texto constitucional “em tiras”, deixando de assimilá-lo como um todo de sentido.

7. CONCLUSÕES

Ao cabo desse ensaio, pode-se concluir que todos os impostos devem atender, em maior ou menor grau, à exigência de personalização da carga tributária, veiculada pelo artigo 145, §1º, da Constituição da República. Não há, pois, “impostos reais”, assim entendidos aqueles cujo critério quantitativo deixa de ser influenciado pela referida exigência.³¹ Também não há “impostos pessoais”,

²⁹ O próprio advérbio “sempre”, empregado pelo artigo 145§1º da CF, estaria indicando o dever de considerar a pessoalidade quando isso se mostrasse possível. Di-lo Misabel Derzi: “A pessoalidade sempre que possível, a que se refere o art. 145 §1º, não é uma norma permissiva, nem confere poder discricionário ao legislador. Ao contrário, o advérbio sempre acentua o grau de imperatividade e abrangência do dispositivo, deixando claro que, apenas sendo impossível, deixará o legislador de considerar a pessoalidade para graduar os impostos de acordo com a capacidade econômica do contribuinte. DERZI, Misabel Abreu Machado. Notas ao livro Direito tributário brasileiro, de Aliomar Baleeiro (11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000), p. 349.

³⁰ GRAU, Eros Roberto. Interpretação e aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2002, p.34.

³¹ Certo, há impostos em que, mercê da estrutura de sua regra matriz constitucional, a personalização da carga tributária não se destina aos contribuintes. É o caso do ICMS e do IPI. Nesses tributos, não serão os sujeitos que realizam o fato impositivo que irão suportar o impacto econômico da carga tributária, mas os consumidores finais. Tais exações não deixam de ser, contudo, inspiradas pela pessoalidade. Basta lembrar que a elas foi reservada

porquanto carece de sentido cogitar de uma classe (p) que não possua um complemento (-p).

Da conclusão anterior, chega-se a uma outra: a Emenda nº 29 não é inconstitucional por ferir um suposto direito a não ser tributado progressivamente por impostos reais, simplesmente porque não existem, no sistema tributário brasileiro, exações que possam ser assim classificadas.

Nada obsta, portanto, a que o IPTU seja progressivo em função do valor do imóvel urbano. Essa conclusão – que evidentemente não é a única possível – decorre de uma interpretação sistemática, apoiada no princípio hermenêutico da unidade da Constituição.

a técnica da seletividade de alíquotas, por cujo intermédio tornam-se um pouco mais pessoais, tendo em conta não a condição contribuinte, mas do consumidor do bem ou serviço. O produto supérfluo, ordinariamente adquirido pelos mais ricos, deve sofrer uma oneração maior do que o gênero de primeira necessidade, do qual os mais pobres não podem prescindir. Busca-se - tal qual sucede com o IR, com o IPTU ou com qualquer outro imposto - a personalização da carga tributária. Tirante o destinatário dessa personalização, a diferença é, insista-se, apenas *quantitativa*. Nos impostos que “repercutem”, a pessoalidade faz-se sentir com menor intensidade, já que os mais pobres pagarão, pelos produtos que lhes são acessíveis, o mesmo valor a ser despendido pelos mais ricos. Logo, conquanto não deixem de ser por ela inspirados, acabam satisfazendo menos à pessoalidade do que os demais impostos.

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA E O IPTU PROGRESSIVO

Paulo Macedo, Juiz de Direito, professor da Esmese. Pós-graduado lato sensu em Processo Civil. Mestrando em Direito do Estado e Cidadania.

RESUMO: Monografia de análise da aplicação do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana progressivo no tempo (IPTU progressivo), previsto no art. 182, § 4º, II da Constituição Federal e disciplinado no art. 7º da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), à luz dos princípios constitucionais do direito à propriedade e da função social da mesma.

SUMÁRIO: Introdução 1. Evolução histórica do princípio do direito à propriedade e de sua função social 2. A função social da propriedade e os princípios constitucionais 2.1. A função social da propriedade e o princípio da legalidade 3. As bases legais do IPTU progressivo 4. O IPTU progressivo e o princípio da vedação aos tributos com efeito de confisco; Conclusão; Referências

INTRODUÇÃO

Os ancestrais do homem habitam a terra há aproximadamente cinco milhões de anos e só há aproximadamente dez mil vieram a se organizar em aldeias onde dividiam o solo a fim de produzirem os alimentos através da criação de animais e cultivo de plantas, ultrapassando assim a pré-história.

As cidades surgiram então como evolução destas aldeias, chegando-se muito mais tarde (1200 a.C.) à figura de Cidades-Estado bem estruturadas, tão importantes como Esparta e Atenas na Grécia Antiga.

A evolução humana criou diferentes civilizações e ergueu bandeiras formando Estados e, nestes, cidades cada vez maiores, aglomerando um crescente número de habitantes que abandonaram o campo em busca de melhores condições de vida dentro dos limites territoriais daquelas. A experiência histórica, entretanto, cuidou de revelar que as cidades, sob muitos aspectos, tornaram-se fontes de problemas, especialmente os grandes centros urbanos. Sem prejuízo disso, no Brasil tem se dado de forma nítida o fenômeno da urbanização da população nas últimas décadas. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geo-

grafia e Estatística – IBGE, mudamos de um quadro existente na década de 50 (quando 63,8% das pessoas viviam no campo e 36,2% nas cidades) para uma realidade de 169.590.693 de brasileiros no início do ano 2000, com 81,2% da população brasileira morando em áreas urbanas e 18,8% vivendo em áreas rurais.

No caso brasileiro, há ainda que se registrar a situação econômica de uma péssima distribuição de riquezas que imprime à maior faixa da população residente nos grandes centros urbanos condições indesejáveis de vida, sem oferecimento satisfatório dos serviços públicos essenciais.

Mudanças significativas no perfil econômico e social das cidades apresentaram-se nos anos 90, quando a exemplo de outros países em vias de desenvolvimento, o Brasil passou a reduzir os investimentos estatais e privatizar empresas públicas - incluindo empresas de fornecimento de água, energia elétrica, transportes e habitação. Deu-se então a prática de uma política econômica que procurava equilibrar as contas públicas e abrir espaços para investimentos oriundos da iniciativa privada, tudo à luz da recomendação de organismos internacionais como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial.

Abriam-se então as fronteiras da nação à entrada de investimentos internacionais através de empresas multinacionais, em perfeita sintonia com o movimento perceptível em todo o mundo de internacionalização do capital.

Tais mudanças geraram repercussão direta nas condições de vida das grandes cidades em todo o planeta, especialmente nos países em vias de desenvolvimento, onde as cidades maiores passaram a enfrentar um crescimento desordenado, gerado entre outros motivos pelos movimentos migratórios de pessoas do campo em busca de oportunidades.

Os grandes centros urbanos não se mostraram capazes de absorver as novas camadas da população e, de pólo atrativo que propiciava acesso a uma intensa vida cultural e social, melhores oportunidades de emprego e um enriquecedor convívio com diferentes experiências de vida, as grandes cidades tornaram-se zonas de problemas sociais, embaladas pelos dramas do mundo moderno, como a poluição, a violência, o tráfego e o déficit habitacional.

Os problemas do mundo moderno se fazem presentes, em maior ou menor intensidade, praticamente em todas as cidades, especialmente nas maiores, por serem concentradoras de população, sendo mais sensíveis à piora das condições econômicas, ainda que de apenas uma parte dos seus habitantes. Tentando solucionar ou ao menos amenizar estes problemas, foi criada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo então presidente da República Fernando Henrique Cardoso, a Lei nº 10.257/2001, o Estatuto da Cidade, no dia 10 de julho de 2001, assegurada a sua vigência a partir do dia 10 de outubro de 2001.

O Estatuto da Cidade é uma norma de ordem pública (que não pode portanto deixar de ser atendido em virtude de convenção entre pessoas que se encontrem sob sua incidência), que veio regulamentar as disposições dos artigos

182 e 183 da Constituição Federal do Brasil de 1988, submetendo a propriedade ao exercício de sua função social.

Rompendo com a tradição civilista que outrora dominara a mentalidade do legislador pátrio, a nova lei de aplicação em todo o território nacional e passível de suplementação pelo legislador estadual e municipal, veio prever a possibilidade de intervenção do Estado sobre a propriedade do solo urbano a fim de obrigar-lhe ao cumprimento da sua função social.

Introduz assim o Estatuto da Cidade, novos institutos jurídicos no ordenamento pátrio, a exemplo do parcelamento, edificação e utilização compulsórios do solo urbano, sob pena de incidência de IPTU progressivo e até de desapropriação com títulos da dívida pública, para resgate em 10 anos. Preocupa-se ainda o Estatuto da Cidade com as populações menos afortunadas pelo sistema econômico, passando a regular situações há muito existentes e que ainda não haviam sido enfrentadas de forma específica pelo legislador, trazendo ao cenário jurídico figuras jurídicas como o Usucapião Coletivo e a Concessão do Direito Real de Uso, esta última regulada pela Medida Provisória 2220.

Lei extremamente sintonizada com a atual realidade social brasileira, o Estatuto da Cidade apresenta institutos jurídicos que podem, de fato, conformar a propriedade à sua função social prevista na Constituição Federal de 1988. Os novos instrumentos jurídicos devem entretanto ser manuseados com cautela, a fim de que não destoem dos princípios constitucionais que lhe dão sustentação, motivo pelo qual merecem análise pormenorizada, como a que se segue em relação a um deles especificamente: O Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) Progressivo.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DO DIREITO À PROPRIEDADE E DE SUA FUNÇÃO SOCIAL

O direito à propriedade é tão antigo quanto a própria história da civilização humana. “*Ubi societas, ibi jus*”. O direito, se sabe, esteve sempre presente desde o primeiro instante em que o homem se organizou na forma mais rudimentar de sociedade. Da mesma forma, é possível dizer que o direito à propriedade se fez presente também desde aquele instante, ainda que como uma aspiração não realizada em dados momentos históricos.

A propriedade da terra, por sua vez, sempre gozou de especial importância desde que o homem, há aproximadamente 10 mil anos, no período Neolítico, aprendeu a produzir seu alimento, cultivando plantas e criando animais, que o levou à formação das aldeias onde, de alguma forma primitiva, aquelas sociedades convencionaram a ocupação do território.

Em verdade, as cidades de hoje, de todas as dimensões e com todos os seus problemas, nada mais são que os substitutos históricos daquelas primeiras aldeias. E, ainda na atualidade, todas as questões referentes ao Direito Urbanístico giram em verdade em torno da propriedade urbana e da necessidade de serviços públicos que lhe tornem mais segura e eficiente a moradia do ser humano. Discorrendo sobre o tema, Fiorillo¹, citando Benévolo, asseverou:

É exatamente em decorrência da questão do território que necessitamos enfrentar, nos dias de hoje, o conceito de cidade. Nos chamados países desenvolvidos – Estados Unidos e alguns países da Europa –, como afirmado por Benévolo, ‘o equilíbrio do território é salvaguardado pelos planos da autoridade pública, o desenvolvimento das cidades é controlado de maneira razoável e algumas exigências estabelecidas pela pesquisa teórica – uma casa por preço razoável, uma circulação de pedestres protegida do tráfego motorizado, um conjunto de serviços facilmente acessíveis – são garantidos praticamente à maioria dos cidadãos.

Tamanha é a relevância do direito à propriedade para a raça humana, que o tema tem sido tratado invariavelmente em todas as constituições conhecidas na história, (ainda que por vezes para negá-lo ao indivíduo em benefício do Estado) ou, mais costumeiramente, para estabelecer a forma através da qual o Estado garantirá o direito de propriedade, sendo certo que o tratamento constitucional ao referido direito tem variado no espaço e especialmente no tempo dentro dos textos constitucionais.

É possível registrar duas fases no constitucionalismo. Num primeiro momento, que se estende até os séculos XVIII e XIX, o Estado é entendido como um grande contrato. Nos últimos séculos desta época, o mundo passa a dar significativo valor à engenhosa teoria de Hobbes² acerca do Estado. Partia-se nos textos constitucionais de então da idéia Hobbesiana de que o Estado teria

¹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Estatuto da Cidade Comentado : Lei 10.257/2001 – Lei do Meio Ambiente Artificial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 11.

² Thomas Hobbes, através de sua obra *Leviatã* (Paris, 1651) defende a teoria da origem contratual do Estado exercendo profunda influência em grandes autores que lhe sucederiam, a exemplo de Rousseau e Kant, contribuindo para a germinação dos ideais que resultariam no século seguinte na Revolução Francesa e influenciariam as constituições de quase todo o mundo civilizado da época.

sido fruto da criatividade humana, na forma de uma elaboração contratual³ que tinha por finalidade proteger o homem dos perigos que o cercavam, notadamente também do maior dos perigos (o próprio homem que, segundo Hobbes, em seu estado de natureza, viveria numa interminável guerra de todos contra todos). Neste momento histórico, Constituição é um termo entendido apenas como um instrumento de organização do Estado e de declarações de direitos e garantias individuais. É o instrumento através do qual formalizam-se e legitimam-se os poderes e as competências, inclusive para instituir tributos, ao mesmo tempo em que se limitam os poderes do Estado, estabelecendo-se núcleos de direitos que podem ser opostos a ele, pelo indivíduo, como intocáveis.

As constituições dispunham pois acerca da forma do Estado e impunham ao mesmo uma obrigação negativa, de não atingir com a sua soberania determinados direitos individuais garantidos como indevassáveis, entre eles o direito de propriedade. No Brasil, desde o descobrimento em 1500 até a promulgação da Constituição Política do Império do Brasil em 1824, vigorou o ordenamento jurídico imposto pelo Império Português dada a nossa condição de Colônia e não se conheceu aí o confisco em sentido estrito, entendido como “a tomada compulsória da propriedade privada pelo Estado, sem indenização”⁴, revelando-se já, desde então, o respeito do constituinte ao direito de propriedade, estabelecendo limites ao poder do Estado nos seguintes termos:

Art. 179. A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:
(...)

XX – Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. Portanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau que seja.

³ “A arte vai mais longe ainda, imitando a criatura racional, a mais excelente obra da natureza, o Homem. Porque pela arte é criado aquele grande Leviatã a que se chama Estado, ou Cidade (em latim *Civitas*), que nada mais é senão um homem artificial, de maior estatura e força do que o homem natural, para cuja proteção e defesa foi projetado. No Estado, a soberania é uma alma artificial pois dá vida e movimento a todo o corpo [...] Finalmente, os pactos e convenções pelos quais as partes deste Corpo Político foram criadas, reunidas e unificadas assemelham-se àquele *Fiat*, ao ‘Façamos o homem’ proferido por Deus na criação”. (HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002. Título Original: *Leviathan, or Matter, Form and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*, p. 15-16).

⁴ PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 196).

Em 1891, já após a proclamação da República, vem ao cenário jurídico pátrio a primeira Constituição Republicana e nela a proibição ao confisco não se apresenta de forma expressa. Sem prejuízo disso, aquele texto constitucional prestigia a garantia da propriedade privada e o princípio da legalidade, em perfeita sintonia com o momento do constitucionalismo mundial, que se restringe a impor ao Estado limitações quanto ao seu poder. Rezava o seu artigo 72, *in verbis*:

Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes:

§ 1º - Ninguém pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.

§ 2º - Todos são iguais perante a lei.

(...)

§ 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a plenitude, salva a desapropriação por necessidade pública, mediante indenização prévia.

(...)

§ 19 - Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente.

(...)

§ 30 - Nenhum imposto de qualquer natureza poderá ser cobrado senão em virtude de uma lei que o autorize.

O século XX inaugura uma nova fase do constitucionalismo. A constituição do México em 1917 e a da Alemanha em 1919 podem ser consideradas o marco divisório da história do Direito Constitucional, o nascimento do constitucionalismo contemporâneo. A partir de então, e mais acentuadamente após a Segunda Guerra Mundial, as constituições passam a extrapolar a função de delimitar a liberdade do Estado frente à sociedade civil e passam a impor-lhe obrigações positivas para com esta sociedade. Os textos constitucionais passam a conter diretrizes fundamentais orientadoras da atividade estatal impondo-lhe a obrigação de promover o bem-estar individual e coletivo da sociedade que, através de seus representantes legalmente constituídos, redige a própria constituição, agora entendida como instrumento de realização social.

A mudança da função das constituições e, em última análise, dos próprios Estados por elas instituídos, traz ao cenário jurídico mundial profundas modificações. E uma das mudanças jurídicas mais importantes é a colocação da ordem econômica nos textos constitucionais. Neste novo modelo, o Estado não mais acredita que o mercado seja capaz de, sozinho, funcionar de modo a satisfazer aos anseios da sociedade. Reconhecendo as leis do mercado como insuficientes para instaurar a justiça social, o Estado passa a intervir na economia. Há portanto, em meados do século passado, um enfraquecimento do liberalismo

econômico no cenário mundial em benefício do surgimento de novas formas de intervencionismo e até mesmo de dirigismo estatal que tiram o Estado da condição de espectador para a de agente e regulador da economia.

Entre nós surge então a Constituição de 1934, inaugurando a colocação no texto constitucional de princípios e normas sobre a ordem econômica, correlacionando-a com a ordem social. Também não deixa aquela Carta de expressar o princípio do direito de propriedade. Assim dispunha o seu artigo 113:

Art. 113: A Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes:

(...)

§ 29 – Não haverá pena de banimento, morte, confisco, ou de caráter perpétuo, ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar, em tempo de guerra com país estrangeiro.

A Constituição Brasileira de 1937 não deixa de prestigiar, no seu artigo 122, os direitos e garantias fundamentais, entre eles, o direito de propriedade. Naquela Carta, o constituinte mantém título próprio onde estabelece normas referentes à ordem social e à ordem econômica. Mesma diretriz quanto à inclusão de um título referente à ordem social e econômica é mantida na Lei Maior de 1946. E nela, nova menção ao direito de propriedade em seu art. 141, § 31:

Art. 141 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 31 – Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. A lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego de entidade autárquica. (grifo nosso).

A Carta Magna de 1967, da mesma forma, mantém normas referentes à ordem econômica e à ordem social, relacionadas em um único título e traz também expressa referência ao direito de propriedade em seu art. 150, *in verbis*:

Art. 150 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 11 – Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento nem de confisco. Quanto à pena de morte, fica ressalvada à legislação militar aplicável, em caso de guerra externa. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública.

A Emenda Constitucional nº 1/69⁵ não rompe a tradição de dedicar um título conjunto a disposições acerca da ordem social e econômica, sem descuidar de fazer expressa vedação ao confisco em seu art. 153, § 11:

Art. 153 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 11 – Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar. Esta disporá, também, sobre o perdimento de bens por danos ao erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício do cargo, função ou emprego na Administração Pública, direta ou indireta. (Grifo nosso).

⁵ “Importante ressaltar que, com a ditadura militar que se implantou no Brasil a partir de 1964, foram sendo introduzidas mudanças na Constituição da República por meio de emendas. A preocupação do governo naquele momento histórico era a alegada manutenção da ordem, com a proibição de qualquer ato considerado subversivo. Esse fato refletiu-se no artigo da Constituição que tratava do tema do confisco, admitindo-o (além do caso de perdimento de bens por danos ao erário) em caso de *guerra psicológica adversa ou revolucionária ou subversiva*.” (CASTILHO, Paulo César Baria de. *Confisco Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 61).

A Emenda Constitucional nº 11/78, sem alterar a estrutura do texto constitucional no que se referia à disposição conjunta acerca da ordem econômica e social, veio a suprimir o termo “confisco” do seu texto. Sem prejuízo disso, é possível vislumbrar na nova redação então dada ao art. 153 que foi mantido o princípio que veda a utilização do confisco pelo Estado, mantendo-se pois a salvo o direito de propriedade. Neste sentido o referido artigo:

Art. 153 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 11 – Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, nem de banimento. Quanto à pena de morte, fica reservada a legislação aplicável em caso de guerra externa. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública.

Finalmente, chega o Brasil a sua “Constituição Cidadã”. Trata-se da Carta de 1988, ainda hoje em vigor com as alterações que lhe trouxeram algumas dezenas de Emendas Constitucionais. Naquele momento histórico, já se encontra em todo o mundo civilizado, sedimentada a idéia de que os Estados devem ter funções sociais e reguladoras da ordem econômica impostas por suas Constituições como uma obrigação positiva. Resta então superada a antiga idéia do papel constitucional de apenas estabelecer a estrutura do poder do Estado e proteger direitos especificados do indivíduo, passando agora os textos constitucionais a ter o condão de obrigar o Estado a, em conjunto com a sociedade civil, propiciar subsistência aos desafortunados que não mais podem ser considerados simplesmente excluídos do sistema econômico e desamparados pelo sistema social.

A nova Lei Maior Brasileira, inserida neste contexto, inaugura tratamento autônomo da ordem econômica em relação à ordem social. O constituinte apresenta agora todo um capítulo reservado aos direitos sociais (Capítulo II do Título II) e ainda um título especial sobre a ordem social (Título VIII), ao passo que trata da ordem econômica e financeira em local específico (Título VII), onde dedica o capítulo II, composto pelos artigos 182 e 183, à política urbana. Dentro desta disposição, o texto estabelece princípios orientadores de uma economia de mercado de natureza capitalista, elevando a iniciativa privada à categoria de um de seus princípios basilares. Sem prejuízo disso, a ordem econômica constitucional eleva também à categoria de princípio, a valorização do trabalho humano, estabelecendo a sua primazia sobre os demais valores da economia de mercado. Destarte, o objetivo da ordem econômica passa a ser

assegurar a todos uma existência digna, dentro de parâmetros estabelecidos pela idéia de justiça social, obedecidos os princípios impostos pelo art. 170 da Carta. No mesmo diapasão, a Lei Maior estabelece também que a lei fixará diretrizes gerais, orientadoras de uma política de desenvolvimento urbano que tenha por fim ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Não descuida da mesma forma a Constituição Federal Brasileira de 1988 de colocar a salvo alguns direitos do indivíduo, estabelecendo também obrigações negativas ao Estado e, neste aspecto, limitações ao seu poder, inclusive prestigiando mais uma vez a propriedade privada (art. 5º, XXII).

Mas há algo efetivamente novo na Carta Política de 1988. Trata-se da função social da propriedade instituída pelo seu art. 5º, XXIII. A nova Carta não mais admite a propriedade como um direito absoluto. Ao contrário, exige-lhe uma função social. Em outras palavras, o proprietário não mais pode utilizar-se do seu bem ao sabor exclusivo do seu alvedrio, estando agora obrigado a atender às exigências da sociedade, manifestadas pela lei, que porventura recaiam sobre o seu bem.

E o constituinte não apenas estabelece a necessidade de que a propriedade atenda a sua função social. Ele vai adiante e define que a propriedade urbana só cumpre a sua função social quando “atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. Delega, desta forma, o constituinte ao legislador municipal (que melhor conhece as peculiaridades da realidade local) o poder de elaborar o seu plano diretor e, por via de consequência, definir qual é a função social da propriedade urbana localizada nos limites da sua área (art. 5º, *caput* e §1º, I do Estatuto da Cidade). Note-se entretanto que se trata de competência concorrente, de forma que o plano diretor não poderá colidir com diretrizes gerais estabelecidas pela lei federal, no caso, o Estatuto da Cidade.

Em resumo, podemos afirmar ser evidente a preocupação do Constituinte pátrio, ao longo de toda a nossa história, mantendo sempre na condição de princípio, o direito de propriedade em todos os textos constitucionais que conhecemos, o que, de resto, tem se revelado um traço comum nas Constituições de diversos outros países. Finalmente, observamos ainda que, na Constituição Federal de 1988, mesmo diante do princípio constitucional do direito de propriedade, o Constituinte prestigiou também a sua função social, guindando-a à condição de princípio e deixando a cargo do Poder Legislativo Municipal, através da elaboração do plano diretor, definir, obedecendo às diretrizes estabelecidas em legislação federal, em que consiste a função social da propriedade urbana contida nos limites de seu território.

2. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A história do nosso Direito Constitucional nos revela que o Constituinte Pátrio transitou ao longo do tempo demonstrando sempre preocupação em atribuir a condição de princípio ao direito à propriedade⁶. Tomados os textos constitucionais, cada um em seu momento histórico, numa perspectiva Kelseniana, como ápice da pirâmide da construção normativa, temos cada constituição como norma validadora de todo o ordenamento legal vigente a seu tempo⁷. E admitindo-se as Constituições brasileiras como expressão contínua da vontade popular, ao longo da história, através de seus representantes legalmente constituídos⁸, conclui-se com facilidade que o povo brasileiro sempre teve como um valor importante a ser preservado, o direito à propriedade.

Da própria relevância do valor “direito à propriedade”, decorre o seu *status* de princípio constitucional, reconhecido pelas diversas Constituições ao longo da nossa história. No dizer de Carvalho⁹, “princípios são normas jurídicas carregadas de forte conotação axiológica. É o nome que se dá a regras do direito positivo que introduzem valores relevantes para o sistema, influenciando vigorosamente sobre a orientação de setores da ordem jurídica”. Registrando a discordância com a atribuição da categoria de “regras do direito positivo”¹⁰ para os princípios, podemos, sem embargo, ainda com base nas lições do mesmo

⁶ Vide o Capítulo “Evolução histórica do princípio do direito à propriedade e de sua função social”.

⁷ Kelsen, na obra *Teoria Pura do Direito*, criou a tese de que toda norma tem por fundamento uma norma superior que lhe dá validade, entendendo o autor que, no ápice da pirâmide do ordenamento jurídico se encontra a Constituição de um Estado, dando validade a todo o ordenamento existente e, por sua vez, sendo validada pela existência de uma constituição anterior que permitiu o seu surgimento. O autor entende que a primeira constituição histórica, assim compreendida aquela que não é validada por outra que lhe seja anterior, apóia-se numa norma hipotética que lhe dá validade, à qual Kelsen chamou de norma fundamental.

⁸ Fábio Ulhoa Coelho noticia uma ruptura no ordenamento constitucional brasileiro através do Ato Institucional nº 5, baixado pelo Presidente da República em 1968, devendo aquele ato ser considerado, sob a ótica Kelseniana, a primeira Constituição histórica a dar validade às normas hoje em vigor. A esse respeito, consulte-se: COELHO, Fábio Ulhoa, 1959 - *Para entender Kelsen* / Fábio Ulhoa Coelho; prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Jr. - 4. ed. rev. - São Paulo : Saraiva 2001.

⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Sobre os princípios constitucionais tributários*, RDT 55/143.

¹⁰ Na esteira do pensamento pós-positivista que tem em Ronald Dworkin e Robert Alexy alguns dos seus expoentes, pode-se afirmar com tranquilidade atualmente que as normas

jurista¹¹, afirmar ser o princípio uma norma condutora de núcleos significativos de grande magnitude, influenciando visivelmente a orientação de cadeias normativas, devendo orientar ainda o operador do direito quando da interpretação de todo o conjunto normativo.

Com o advento da Constituição Federal Brasileira de 05 de outubro de 1988, o constituinte pátrio não só garantiu a propriedade privada (art. 5º, XXII - “é garantido o direito de propriedade”), como também impôs que a mesma atenderá a sua função social (art. 5º, XXIII).

A Constituição Federal, através dos princípios que impõe, cerca portanto o legislador infraconstitucional de vedações e limitações, delimitando-lhe os espaços em que se contém a sua liberdade de legislar. Não houvessem tais limitações, os valores consagrados pela Constituição seriam inúteis porque agredidos pela legislação infraconstitucional. Daí a inconstitucionalidade de leis ou de atos administrativos que venham a ferir princípio constitucional.

Para que se possa compreender em sua totalidade a extensão do princípio constitucional da função social da propriedade, não se pode perder de vista que os princípios constitucionais devem ser interpretados em conjunto. Neste sentido, é preciso analisá-los sem olvidar que os mesmos se completam e, até certo ponto, se chocam, devendo cada um ter uma incidência mais profunda ou mais superficial sobre cada caso concreto.

Tome-se, à guisa de exemplo, a hipótese de esbulho por trabalhadores rurais sobre propriedade completamente improdutiva e adquirida exclusivamente para fins de especulação imobiliária. O caso concreto mostra-se susceptível a aplicação de dois princípios constitucionais que se completam, mas que, em tais circunstâncias, se mostram em estado de tensão, de aparente – e apenas aparente - incompatibilidade entre si¹². São eles, o princípio da proteção à propriedade e o princípio da função social da propriedade. De fato, no caso vertente, a aplicação de um deles certamente levará a não aplicação direta do outro, restando a indagação de qual deverá ser o aplicado já que são ambos prestigiados com o *status* de princípio constitucional. A resposta deverá ser dada pelo Judiciário mediante apreciação mi-

jurídicas classificam-se em princípios e regras, diferenciando-se os primeiros por serem “mandados de otimização” que devem ser aplicados na melhor medida possível, respeitadas as limitações fáticas e jurídicas (impostas por princípios e regras opostas) de cada caso. Em contrapartida, regras são normas que só podem ser cumpridas integralmente ou não aplicáveis ao caso. (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86).

¹¹ Op. Cit., p. 149.

¹² Discorrendo acerca da vedação constitucional ao tributo com efeito de confisco, Coelho assevera: “O direito de propriedade outrora intocável não o é mais. A Constituição o garante mas subordina a garantia ‘à função social da propriedade’ (ao direito de propriedade causador de disfunção social, retira-lhe a garantia)” COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário*. 5. ed. rev. ampl., Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 330.

nuciosa das circunstâncias do caso concreto que recomendarão de forma mais intensa a aplicação de um dos dois princípios em detrimento do outro, não se podendo ainda esquecer a influência da formação jurídica, política e humana do magistrado ao qual será submetida a questão¹³.

Destarte, é preciso analisar a função social da propriedade não como um princípio isolado, mas confrontando-a com outros princípios também contemplados no texto constitucional, lembrando-se sempre que os princípios são, na imagem que nos traz Bandeira de Mello¹⁴, os alicerces e vigas mestras do edifício que é o sistema jurídico, não podendo as leis e demais atos normativos fazer mais do que preencher o conjunto arquitetônico previamente delimitado por tais alicerces e vigas mestras que asseguram à norma a sua harmonia com o sistema.

Ferir a uma simples norma¹⁵ do ordenamento jurídico é algo menos grave do que ferir a um princípio, posto que, ferindo-se a este, agride-se ao próprio sistema jurídico como um todo.

Posto isso, é de se observar que o Estatuto da Cidade deve ser interpretado sempre à luz do princípio constitucional da função social da propriedade, sem entretanto se descuidar de princípios outros como o do direito à propriedade, da dignidade da pessoa humana e, quando se trata de imposição de IPTU progres-

¹³ Para Kelsen, a aplicação de um ou outro princípio será uma decisão do juiz que extrapolará os limites do direito, posto que a interpretação da norma lhe dará a possibilidade de optar entre mais de uma solução, todas em conformidade com aquela ciência. O autor entende que a norma funciona apenas como uma moldura, dentro da qual apresentam-se ao juiz várias possibilidades, diferentes em seus resultados, porém igualmente válidas, devendo o magistrado escolher apenas uma delas, movido por razões outras alheias ao direito. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito. Título Original: Reine Rechtslehre*. Tradução: João Batista Machado, 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 122-149.

¹⁴ “princípio (...) é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 4. ed., São Paulo, Malheiros, 1993, p. 408

¹⁵ É de se registrar a existência de diferentes teorias doutrinárias acerca da relação entre princípios e normas. J. J. Gomes Canotilho (*Direito Constitucional*, 6. ed., Coimbra, Almedina, 1993, p. 166) abandona a distinção entre normas e princípios sedimentada pela teoria da metodologia jurídica tradicional, para substituí-la pela idéia de que regras e princípios são duas espécies de normas. No mesmo sentido, Paulo de Barros Carvalho, afirmando que “princípios são normas, com todas as implicações que esta proposição apodítica venha a suscitar” (op. cit., p. 149).

sivo, também do princípio constitucional da vedação à utilização de tributo com efeito de confisco imposto pelo art.; 150, IV da Carta Magna.

2.1. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Não raro se tem atribuído à *Magna Charta* de João Sem Terra em 1215 a primeira afirmação do princípio de que o Estado não pode impor obrigações aos seus súditos senão por deliberação dos órgãos legislativos. Uckmar¹⁶ noticia entretanto uma origem em época anterior, afirmando que, por exemplo, na própria Inglaterra, já foi possível identificar manifestações da exigência de órgãos deliberativos para a imposição de prestação pecuniária, desde o reinado de Willian Rufus em 1093 e também mais tarde, em 1188, quando Henrique II, após participar de assembleia nos arredores de Gisors, com o Rei da França e os “*archbishops, bishops, earls, and barons of both Kingdoms*”, convocou assembleia em Geddington, formada pelos bispos, abades, condes e barões, além de um considerável número de empregados leigos e do clero a fim de deliberar acerca da cobrança do “décimo” (tributo imposto aos não participantes da cruzada contra Saladino). Naquela atitude do Rei, que visava em verdade uma aprovação popular à cobrança do imposto através de um debate com representantes de diversas classes que dividiam o poder, pode-se reconhecer os germes do princípio da legalidade.

Na forma como hoje é concebido este princípio entre nós, pode-se-lhe atribuir a condição de um dos mais importantes princípios do ordenamento jurídico pátrio, posto que da obediência ao princípio da legalidade decorre a eficiência de princípios outros como o da igualdade, o da proporcionalidade e o do direito à propriedade.

Historicamente o surgimento de Estados autoritários e totalitários esteve sempre ligado ao enfraquecimento do princípio da legalidade e à quebra da hierarquia das normas.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, a exemplo das que lhe foram anteriores, bem como as vigentes em todos os países civilizados, impôs o princípio da legalidade nos seguintes termos:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e

¹⁶ UCKMAR, Victor. *Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário*. Tradução e notas ao Direito Brasileiro de Marco Aurélio Greco. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 22/25.

aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (grifos nossos).

Da forma como foi posto na Carta, o princípio da legalidade exige hoje “lei em sentido formal (instrumento normativo proveniente do Poder Legislativo) e material (norma jurídica geral e impessoal, abstrata e obrigatória)”¹⁷ para a imposição de obrigações positivas ou negativas ao indivíduo.

Nesta esteira, surge no cenário pátrio o Estatuto da Cidade dando novo tratamento à propriedade urbana, em perfeito atendimento às exigências do princípio da legalidade. Observe-se que é a própria Carta Magna que, no seu art. 21, XX, atribui à União a competência para “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”. Assim, tais diretrizes aplicam-se a todo o país, atingindo de maneira mais acentuada o âmbito municipal, no qual surgem de forma mais nítida as atuações urbanísticas.

Esclareça-se que o Direito Urbanístico é matéria de competência concorrente entre a União e os Estados ou o Distrito Federal, por força do que estabelece o art. 24, I da Constituição Federal de 1988. Reza o § 1º daquele artigo que a União estabelecerá normas gerais, de forma que resta aos Estados a competência de forma suplementar (§ 2º). O Município, por sua vez, recebeu da Carta Magna a competência para suplementar a legislação federal e estadual na medida do cabível (art. 30, II). Pode e deve portanto o Município, além de absorver as diretrizes ditadas pelo Estatuto da Cidade, suplementá-las através de legislação municipal que atenda às peculiaridades da sua realidade social e dos anseios do seu povo.

A doutrina aponta a possibilidade do surgimento de questionamentos acerca da constitucionalidade de dispositivos de leis estaduais e municipais “ante as dificuldades de se delimitarem, com precisão, os contornos e as diretrizes e dos preceitos de minúcia”¹⁸ e aponta a obediência às diretrizes do Estatuto da Cidade como forma de evitar leis inconstitucionais, bem como de suprir eventual inexistência de condições financeiras do município para a contratação de pessoal especializado para a elaboração da lei municipal. Neste sentido:

¹⁷ COELHO, Op.cit., p. 286.

¹⁸ MEDAUAR, Odete. *Estatuto da Cidade : Lei 10257, de 10.07.2001. Comentários*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002, p. 15.

(...) nem sempre os Municípios, em especial os de menor porte, contam com pessoal técnico ou têm condições financeiras de contratar técnicos ou juristas para elaborar normas urbanísticas. O Estatuto da Cidade fornece, então, os parâmetros aos Executivos e Legislativos municipais na elaboração de suas leis e planos urbanísticos. Além do mais, melhor que invocar, a cada passo, a inconstitucionalidade deste ou daquele dispositivo é buscar a aplicação e efetivação das diretrizes contidas no Estatuto da Cidade, para eliminar ou atenuar os graves problemas acarretados pelo caos urbano.¹⁹

A política urbana deve hoje pois, atender às imposições da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional imposta pela União, pelo Estado e pelo Município, harmonizando tais disposições em obediência ao princípio da legalidade a fim de que a propriedade urbana possa atender à sua função social e a cidade possa exercer o papel que lhe atribuiu o constituinte de realizar o bem social.

3. AS BASES LEGAIS DO IPTU PROGRESSIVO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu art. 182 a adoção de uma política de desenvolvimento urbano “executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas *em lei*” (grifo nosso), tendo por objetivo “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

A lei a que se refere o constituinte é de abrangência nacional e de forma ordinária, já que não houve exigência expressa de lei complementar. Observe-se que é a própria Carta Magna, em seu art. 21, XX, quem atribui à União a competência para “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”. É em tal base constitucional que se escora o Estatuto da Cidade, limitando-se a fixar diretrizes gerais que devem ser suplementadas pelo legislador estadual e especialmente o municipal em virtude da competência concorrente estabelecida pelo art. 24, I da Constituição Federal de 1988 que, em seu § 1º, reza que a União estabelecerá normas gerais, de forma que resta aos Estados a competência de forma suplementar (§ 2º).

¹⁹ MEDAUAR, 2002: 15.

O Município, por sua vez, recebeu da Constituição Federal a competência para suplementar a legislação federal e a estadual na medida do cabível (art. 30, II e VIII), o que deverá fazer a fim de atender às peculiaridades locais.

Por força do § 1º do art. 182 da Lei Maior, tornou-se obrigatória aos municípios com mais de 20 mil habitantes a confecção de um Plano Diretor. No mesmo sentido, o art. 41 do Estatuto da Cidade.

Como instrumento de gestão pública, o Plano Diretor é responsável pelo desenvolvimento (ordenado) econômico, social e ambiental de uma cidade. Visa estabelecer um melhor zoneamento urbano causando uma minimização das desigualdades sociais, das discrepâncias urbanísticas já existentes, da violência diária.

Afirma Meirelles²⁰ que “o plano diretor deveria ser uno, único, integral”, assim entendido o que é responsável direto não só pelos empreendimentos atuais, mas também futuros de uma cidade, atendendo aos anseios da população, inclusive àquela camada proveniente da migração.

Ser o Plano Diretor uno e único é admiti-lo como responsável direto pelos empreendimentos atuais e futuros; pelo crescimento da cidade.

Ser o Plano Diretor integral é admiti-lo como responsável pelas áreas de expansão urbana e de seus arredores. A integralidade também é explícita no art. 40, § 1º do Estatuto da Cidade quando em seu bojo prevê a incorporação de suas diretrizes e prioridades pelo plano plurianual do município, embasador do orçamento anual num processo de planejamento administrativo da cidade.

Quanto ao aspecto de unicidade, levantado por Hely Lopes Meirelles, este é questionável quando se leva em consideração a dinâmica populacional estabelecida em uma cidade com mais de 20.000 habitantes. O dinamismo que se espera em um Plano Diretor está explicitamente previsto no § 3º do art. 40 da Lei 10.257/2001 – Estatuto da Cidade, quando preceitua a revisão da lei instituidora do plano diretor num prazo máximo de 10 anos. A dinâmica que ocorre nos municípios acontece a cada instante, daí não poder admitir-se o plano diretor como único. Ele é único, enquanto atender aos anseios da população por ele abarcada, já que tal população migra e a ocupação física muda em consequência.

A ligação do Plano Diretor com a função social da propriedade é estreita, pois ele deve expressar as necessidades dos cidadãos habitantes em um município e também ordenar o crescimento da cidade. Estando imediatamente abaixo da Lei Orgânica do Município (que está no topo da pirâmide legislativa municí-

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*, 6. ed. Malheiros; São Paulo, 1993, p. 394.

pal), o Plano Diretor é a lei básica da cidade, responsável pelo desenvolvimento adequado e justo, em busca de uma cidade democrática onde o planejamento seja eficiente e eficaz.

Por força do que estabelece a própria Constituição Federal, a propriedade urbana só cumpre a sua função social se obedece ao que lhe impõe o Plano Diretor. Caso contrário, estará sujeita à edificação, utilização ou parcelamento compulsórios, sob pena de sofrer penalidades severas, entre elas a incidência do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU, de forma progressiva, o que encontra previsão constitucional no art. 182, § 4º, II da Carta de 1988 e regramento no art. 7º da Lei 10.257/2001.

Tratando dos institutos jurídicos previstos no Estatuto da Cidade, Oliveira²¹ asseverou:

São poderosos instrumentos de intervenção na propriedade particular, que definem o caráter social da propriedade. Não pode esta servir a instintos egoístas, mesquinhos e nada nobres. Ao contrário, a propriedade, quando aproveitada ou quando utilizada em serviço da coletividade, atende a sua finalidade social. Do contrário, serve a intuítos especulativos, o que desmerece o norte que lhe foi fixado na Constituição.

O IPTU progressivo se mostra assim como poderoso instrumento de adequação da propriedade urbana à sua função social, encontrando as suas bases na Lei 10.257/2001 e no próprio texto constitucional.

4. O IPTU PROGRESSIVO E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AOS TRIBUTOS COM EFEITO DE CONFISCO

O direito à propriedade é considerado pela Constituição Federal de 1988 como fundamental a todo cidadão, tendo sua previsão no caput do seu art. 5º, XXII que não destoa dos textos constitucionais de todos os Estados Democráticos de Direito.

A Constituição Federal não apenas assegura o direito à propriedade de forma expressa como ainda limita o poder de tributar da União, dos Estados e dos Municípios (art. 150, IV) visando proteger a propriedade privada, direito consagrado ainda no art. 170, II da Carta.

²¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Comentários ao Estatuto da Cidade*, 1. ed. Revista dos Tribunais; São Paulo, 2002, p. 15.

Consiste o art. 150, IV da Lei Maior numa proteção indireta ao direito de propriedade, vez que a previsão legal é imposta como limite ao poder de tributar do Estado, para evitar que este intervenha de forma abusiva através da tributação, realizando por via indireta o confisco.

Neste aspecto, a exigência tributária sofre três limitações: manter a integridade, a continuação e a existência da propriedade, pois o tributo deve ser cobrado obedecendo aos princípios da legalidade e da razoabilidade, sem ofensa ao direito de propriedade. Por outro lado, se a tributação for intolerável, ela comprometerá o uso, a continuidade e a existência da propriedade.

O direito à propriedade recebe resguardo Constitucional, inclusive assegurando-lhe pagamento de indenização em caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, ou ainda como penalidade por não atendimento a determinação de parcelamento, utilização ou edificação compulsórios (art. 182, § 4º, III da Constituição Federal e arts. 5º (*caput*) e 8º da Lei 10.257/2001 – Estatuto da Cidade).

Por outro lado, não se pode pretender seja este direito intocável, vez que a própria Constituição Federal de 1988 elevou também à categoria de princípio a função social da propriedade (art. 5º, XXIII). E mais, embora vedando o confisco tributário e defendendo o direito de propriedade, o constituinte admitiu em situações específicas a perda de bens para o Estado em virtude da prática de crime²².

Note-se que a Constituição Federal, por um lado, proibiu a utilização de tributo com efeito de confisco e, por outro, previu a incidência de IPTU progressivo através de lei específica para o solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado. Surge uma indagação: O IPTU progressivo está limitado pela vedação constitucional à utilização de tributos com efeito de confisco ou pode ser elevado a um valor que lhe dê característica de confiscatório como exceção à regra imposta pelo art. 150, IV da Constituição Federal?

Uma resposta precipitada concluiria que o art. 7º, § 1º do Estatuto da Cidade fixou em 15% a alíquota máxima para o IPTU progressivo, de forma que não se poderia no caso falar em tributo com efeito de confisco.

A questão entretanto não é tão simples quanto possa parecer e merece muito mais da nossa atenção, a uma porque o percentual de 15% não foi fixado pelo constituinte e sim pelo legislador infraconstitucional, o que significa dizer que pode o mesmo alterar tal alíquota. A duas porque o IPTU é um tributo de incidência anual, o que corresponde a afirmar que o pagamento no valor de 15% ao ano implica em pagamento superior a 100% ao cabo de sete anos. A três

²² Art. 5º, XLVI e art. 243, parágrafo único, ambos da Constituição Federal de 1988.

porque o efeito confiscatório do tributo não deve ser analisado tendo-se em vista um imposto ou outra modalidade de tributo isoladamente e sim observando-se toda a carga tributária incidente sobre o contribuinte.

Do próprio texto constitucional se extrai a conclusão de que a possibilidade de incidência de IPTU progressivo não pode fugir à proibição constitucional imposta à União, aos Estados e aos Municípios de utilizarem tributo com efeito de confisco. Note-se que o art. 182, § 4º da Lei Maior impõe penalidades sucessivas, não se tratando a incidência de IPTU progressivo da mais severa delas e sim aquela prevista no inciso III do mencionado parágrafo (a desapropriação). E, mesmo no caso extremo de o proprietário de imóvel urbano não proceder o seu adequado aproveitamento após cinco anos de incidência da alíquota máxima do IPTU progressivo (art. 8º do Estatuto da Cidade), garantiu o texto constitucional (art. 182, § 4º, III) que o mesmo receberá o valor real da indenização e os juros legais, vedando assim o confisco, embora permitida a desapropriação.

Não há pois que se falar em autorização constitucional para que o IPTU progressivo possa chegar ao patamar de tributo com efeito de confisco.

Mas há que se admitir os tributos que visam a estimular ou desestimular determinadas práticas com maior flexibilidade quanto à tolerância à sua incidência em percentuais elevados. É que no caso se trata de tributo de caráter extrafiscal que merece tratamento diferenciado. Sobre o tema asseverou Coelho²³:

Em suma, a vedação do confisco há de se entender *cum modus in rebus*. O princípio tem validade e serve de garantia, inclusive, para evitar exageros no caso das taxas, como já lecionamos. O princípio, vê-se, cede o passo as políticas tributárias extrafiscais mormente as expressamente previstas na Constituição. Quer dizer, onde o constituinte previu a exacerbação da tributação para induzir comportamentos desejados ou para inibir comportamentos indesejados, é vedada a arguição do princípio do não-confisco tributário, a não ser no caso-limite (absorção do bem ou da renda).

Da breve argumentação exposta decorrem outros questionamentos: O legislador infraconstitucional é livre para definir a alíquota máxima incidente no caso do IPTU progressivo ou o constituinte lhe impôs limites para a fixação de tal alíquota? Em caso positivo, qual seria esse limite? Seria a alíquota de 100% ou um número inferior, ou não se trataria de um limite numérico?

Para responder às indagações apresentadas, não se pode perder de vista que o princípio da vedação à utilização de tributo com efeito de confisco surge no

²³ COELHO, 1993: 333.

plano constitucional como um corolário de outro princípio mais amplo e historicamente mais antigo em nossas Constituições, o princípio da defesa à propriedade. E há que se observar ainda que o estudo não prescinde da consideração de um outro princípio relacionado com o tema. Trata-se do princípio da razoabilidade, de grande importância e diretamente ligado à proibição à União, aos Estados e aos Municípios de utilização de tributos com efeito de confisco.

Em que pese não haver sido previsto, expressamente, na atual Carta Magna, (embora tivesse feito parte do art. 44 do Projeto de Constituição de início aprovado no âmbito da Comissão de Sistematização da Assembléia Nacional Constituinte), o mencionado princípio deve obrigatoriamente estar presente em toda norma do nosso ordenamento jurídico. É que o mesmo encontra seu fundamento no fato de que a Administração Pública deve obedecer aos princípios basilares do art. 37 da Constituição Federal de 1988, e daquele artigo se pode extrair a exigência da razoabilidade como requisito de legitimidade dos atos administrativos.

Em se tratando de matéria tributária, existe uma correlação entre a vedação aos tributos com efeito de confisco e o princípio da razoabilidade, pois este garante a congruência que deve existir entre a norma imposta e o fim que se pretende atingir, uma vez que o tributo não deve ser tão oneroso para o contribuinte, a ponto de constituir uma penalidade, além de que a exigência tributária deve estar baseada na utilidade pública.

Castilho²⁴ entende que “não se admite tributação exacerbada, que ultrapasse os limites da razoabilidade, ou seja, que não guarde correlação lógica entre meio e fim”.

Implicitamente, a Constituição consagra a razoabilidade como princípio ao proibir a tributação irrazoável ou desregrada, com a vedação ao confisco que se apresenta disfarçado de tributo (art. 150, inciso IV). Além disso, ela serve como moderador do livre poder de tributar, para que os tributos cobrados não se transformem num confisco, o que é inaceitável pelo Direito Constitucional pátrio.

Discorrendo sobre o tema, Coelho²⁵ conclui que o princípio do não confisco tem sido utilizado também na fixação de patamares de tributação suportáveis, de acordo com as condições de cada povo, em cada época, “parecendo assim um princípio de razoabilidade na tributação”.

Há que se reconhecer um estreito relacionamento entre o princípio da vedação ao tributo com efeito de confisco e o princípio da razoabilidade. Entretanto, não se pode reduzir este àquele. É que todo tributo que atinja o patamar de confiscatório será, sem dúvida, irrazoável, mas poderá haver tributo que fira a

²⁴ CASTILHO, 2002: 96.

²⁵ COELHO, 1993: 333

razoabilidade sem que necessariamente tenha efeito de confisco.

Destarte, mostra-se agressiva ao princípio da razoabilidade a incidência de IPTU progressivo que atinja um nível de gravame tal que possa ser considerado confiscatório. Aliás, não por outro motivo, o legislador infraconstitucional estabeleceu no art. 7º, § 1º do Estatuto da Cidade que “o valor da alíquota a ser aplicado a cada ano (...) não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de quinze por cento”.

Como já afirmado, o caráter confiscatório do tributo não pode ser considerado tendo-se em vista apenas o IPTU em si mesmo. A Doutrina e a Jurisprudência têm entendido de forma pacífica que o sistema tributário como um todo é que não pode atingir o nível do “efeito de confisco” a que se refere a Constituição. Neste sentido, registram-se os votos dos Ministros do STF Marco Aurélio e Carlos Mário Velloso na ADIN 2010 – 2 – DF (DJ 11.10.1999):

- A Constituição não tolera utilização de tributo com efeito de confisco (Constituição Federal de 1988, art. 150, IV). Como se chega a essa conclusão? Qual seria o conceito de “tributo com efeito de confisco?” O conceito é indeterminado, caso em que o juiz laborará em área que chamaríamos em “área cinzenta”. Em primeiro lugar, a questão, ao que me parece, deve ser examinada no conjunto de tributos que o servidor pagará, no seu contracheque, dado que se trata de tributo incidente sobre o vencimento, salário ou provento. (Ministro Carlos Mário Velloso).

- Sr. Presidente, somemos o Imposto de Renda, da ordem de 27,05%, com a percentagem concernente à contribuição (...). Chega-se, praticamente, a 50%. Vamos exigir mais para concluir pela configuração do confisco: vamos exigir 100%? Só se for para deixar totalmente à míngua os servidores (Ministro Marco Aurélio).

Seja por força da garantia constitucional ao direito de propriedade, seja por proteção ao *mínimo vital*⁶⁶, a vedação constitucional a tributo com efeito de confisco deve ser entendida como proibição a que os tributos considerados na totalidade de seu conjunto possam atingir o patamar do efeito confiscatório.

Falar em totalidade deixa claro que os impostos, taxas e contribuições impostas ao contribuinte devem ser consideradas em conjunto para efeito de avaliação do caráter confiscatório da carga tributária.

Mas, se é certo que o sistema tributário deve ser considerado em seu conjunto para fins de análise quanto a ser ou não considerado confiscatório, certo também é que não tem sido fácil para a Doutrina e a Jurisprudência definir em que circunstâncias um sistema tributário passa a ter o “efeito de confisco” que o art. 150, IV da Constituição Federal de 1988 repudia.

A origem semântica da expressão revela a palavra efeito (do latim *effectum*), como o resultado de uma ação ou omissão, a consequência de um ato positivo ou omissivo. A palavra confisco, por sua vez, (do latim *confiscare*) pode ser entendida como “ação de força exercida pelo Estado consistente em transferir para si todos ou parte dos bens de um particular”²⁷.

A vedação à utilização de tributo com efeito de confisco é princípio constitucional que deve ser considerado em conjunto com os demais princípios da Lei Maior. É necessário pois que se encare a vedação a esta modalidade de confisco como corolário do direito de propriedade que, em última análise, é manifestação do próprio direito de liberdade. Podemos pois afirmar que “confiscatório é o tributo que aniquila a propriedade privada, atingindo-a em sua substância e essência”²⁸. Mas é exatamente aqui que se estabelece a dúvida, pois se por um lado a afirmativa pode ser recebida com tranquilidade, por outro não é a mesma suficiente para se atingir uma precisa conceituação. É que, na prática, tem se revelado difícil concluir em que momento um tributo atinge o campo da aniquilação da propriedade privada, ou ainda, em que instante a atinge em sua essência.

Torres²⁹, menciona o exame feito por Tipke e Lang à jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, no qual concluem que se pode considerar confiscatório o imposto que estrangule a propriedade, mas que o conceito de estrangulamento (*erdrosselung*) é econômico e não jurídico, de onde surge a sua ambigüidade.

De fato, parece impossível se definir de forma matemática o limite máximo a que pode chegar um tributo sem que atinja o patamar do efeito confiscatório.

Assim, não se faz possível vincular a qualidade de confiscatório de um sistema tributário a um determinado percentual. É que o conceito de sistema

²⁶ Há um mínimo necessário à sobrevivência do indivíduo e sua família, que não pode ser violado pela incidência dos tributos considerados em seu conjunto.

²⁷ DELGADO, José Augusto. *Direitos Fundamentais do Contribuinte* in *Direitos Fundamentais do Contribuinte* / coordenador Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 93.

²⁸ SAMPAIO DÓRIA, Antonio Roberto. *Direito Constitucional Tributário e “due process of law”*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 195.

²⁹ TORRES, 2000: 170.

tributário com efeito de confisco é muito mais amplo que um valor numérico e sofre influência de um sem número de fatores, devendo ser considerado de acordo com o momento histórico e cultural de cada povo diante da conjuntura política e econômica que atravessa, consideradas ainda as suas aspirações e necessidades sociais.

Posto isso, conclui-se que o IPTU (que pode chegar no máximo à alíquota de 15% em virtude de progressividade estabelecida por força de lei municipal específica, prevista por sua vez nos artigos 5º e 7º do Estatuto da Cidade), seguramente não é, em si mesmo, confiscatório. Entretanto, há que se considerar toda a carga tributária incidente sobre o contribuinte, sendo certo que, utilizando-se de critérios econômicos e culturais, pode-se chegar à identificação de situações em que a carga tributária (considerada em sua totalidade abrangendo impostos, taxas, contribuições, empréstimos compulsórios e penalidades pecuniárias) chegue ao patamar de atingir a propriedade em sua essência, estrangulando-a. Nestes casos, estaremos diante de utilização de tributo com efeito de confisco, o que repugna à Constituição Federal e torna necessária correção pelo legislador ou pelo Poder Judiciário que, em tese, poderá em tais casos declarar a inconstitucionalidade da incidência do IPTU progressivo.

CONCLUSÃO

Com a evolução do Direito Constitucional, os Estados passaram, especialmente nas Constituições confeccionadas no pós-guerra a partir da segunda metade do século passado, a estar obrigados não só a respeitar os direitos individuais, como também a praticar ações positivas no sentido de possibilitar melhores condições de vida aos excluídos de oportunidade ante o processo econômico, utilizando intervenções políticas e administrativas para a correção das injustiças sociais.

Nesta esteira, o constituinte pátrio dedicou na Carta Magna de 1988 um capítulo aos direitos sociais, estabelecendo as chamadas liberdades concretas, que se identificam com aqueles direitos fundamentais que têm não apenas um aspecto subjetivo que garante ao indivíduo a exigência do seu cumprimento, mas também um aspecto objetivo que determina os princípios norteadores da forma como deve o Estado organizar-se e atuar.

Neste contexto histórico, a Constituição Federal de 1988 deu novo tratamento ao direito à propriedade, garantindo-o mas o submetendo à exigência de cumprimento da sua função social. Afirmou também o texto constitucional que cumpre a sua função social a propriedade urbana que obedece às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Estabeleceu ainda a Carta a competência concorrente entre a União, os Estados e os Municípios para legislar acerca do Direito Ambiental.

Surge então no ordenamento jurídico nacional o entendimento de que há direitos de terceira geração, assim entendidos aqueles que não pertencem ao indivíduo para simples oposição ao Estado (direito de primeira geração), como o antigo conceito de propriedade; e também não pertencem apenas à sociedade (direito de segunda geração) como a propriedade privada vista sob um prisma gravado pela sua função social. Tratam-se de direitos que pertencem a esta e às futuras gerações da sociedade e que por isso precisam ser preservados, como é o caso do direito a um meio ambiente saudável e um desenvolvimento sustentável das cidades.

A Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, veio a reboque da Constituição Federal impondo diretrizes gerais para a execução da política urbana prevista naquela Carta e estabelecendo normas de ordem pública para a utilização da propriedade urbana em todo o país com o fito de ordenar o desenvolvimento das funções sociais das cidades. O legislador infraconstitucional, movido por este objetivo, cria então o que chama de “institutos jurídicos e políticos” como instrumentos capazes de fazer cumprir as diretrizes que, inspirado na Constituição Federal, o Estatuto da Cidade estabelece. E entre os institutos criados, traz a nova lei, em perfeita sintonia com o art. 182 da Lei Maior a previsão do Imposto Predial e Territorial Urbano Progressivo como forma de inibir a subutilização, a não edificação e não utilização do solo urbano.

A nova forma de aplicação do referido imposto apresenta-se assim no cenário jurídico como salutar instrumento de estímulo ao crescimento ordenado da cidade e ao desenvolvimento de suas capacidades de realização do fim social, encontrando perfeito amparo na Carta Política onde, aliás, foi previsto expressamente. Contudo, há que se atentar aos princípios constitucionais, especialmente ao princípio da vedação à utilização de tributo com efeito de confisco a fim de que não se permita que o IPTU progressivo, associado a toda a carga tributária incidente sobre o contribuinte possa vir a estrangular a sua renda, hipótese na qual estaremos diante de utilização de tributo com efeito de confisco, o que repugna à Constituição Federal e torna necessária correção pelo legislador ou pelo Poder Judiciário.

O instrumento criado pela Lei 10.257/2001, como de resto o próprio Estatuto da Cidade como um todo, mostra-se oportuno e promissor, exigindo entretanto prudência dos legisladores municipais no seu manuseio a fim de se evitar possíveis inconstitucionalidades por ofensa a princípios como o da vedação à utilização de tributo com efeito de confisco e princípio da razoabilidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert, *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1993.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, 6. ed., Coimbra: Almedina, 1993.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Sobre os princípios constitucionais tributários*, RDT 55/143.
- CASTILHO, Paulo César Baria de. *Confisco Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*; prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Jr. – 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário*. 5. ed. rev. ampl., Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Estatuto da Cidade Comentado: Lei 10.257/2001 – Lei do Meio Ambiente Artificial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002. Título Original: *Leviathan, or Matter, Form and Power of a Commonweath Ecclesiastical and Civil*.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Título Original: *Reine Rechtslehre*. Tradução: João Batista Machado, 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *A Monografia Jurídica*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direitos Fundamentais do Contribuinte / coordenador Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MEDAUAR, Odete. *Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001. Comentários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*, 6. ed..São Paulo: Malheiros, 1993.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Comentários ao Estatuto da Cidade*, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SAMPAIO DORIA, Antonio Roberto. *Direito Constitucional Tributário e “due process of law”*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- UCKMAR, Victor. *Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário*. Tradução e notas ao Direito Brasileiro de Marco Aurélio Greco. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

CONFLITO DE NORMAS: O NOVO CÓDIGO CIVIL E A PRESCINDIBILIDADE DO ART. 439 DA CLT

Joanile Guimarães Verdugo, Bacharela em Direito. Auxiliar de Juiz na Comarca de Simão Dias.

Sumário: 1. Introdução 2. A Emancipação e o Código Civil de 1916 3. A Emancipação no Novo Código Civil 4. A CLT e o Trabalho do Menor 5. A Interpretação das Normas 6. A Emancipação Civil tratada pelo Novo Código e o Contrato de Trabalho 7. Conclusão 8. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O Novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002) entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, mas, em que pese o pouco tempo de existência, seus dispositivos já vêm sendo objeto de muitos debates. Para uns o código já nasceu defasado porque sua tramitação foi muito lenta; para outros, não se pode negar que houve profundas modificações em relação ao código promulgado em 1916, caracterizado por uma sociedade patriarcal e eminentemente agrícola.

Neste Novo Código, uma das mudanças mais significativas foi a da maioridade civil que passou a ocorrer aos 18 anos. Essa redução ocorreu devido à evolução da sociedade; pela exposição dos jovens aos meios de comunicação e do fato de muitos jovens saírem mais cedo de casa para trabalhar, causando uma mudança psico-afetiva no adolescente.

Outro fator preponderante foi a possibilidade do jovem votar aos 16 anos, provocando nestes um senso de responsabilidade e o amadurecimento.

Ao reduzir a maioridade, a idade para emancipação também sofre alteração, passando de 18 anos para 16 anos, adquirida entre outras formas, com a concessão dos pais, conforme o art. 5º do Novo Código Civil.

Essas modificações na maioridade civil irão afetar outros ramos do Direito, entre eles o Direito Trabalhista, principalmente no que tange aos contratos de trabalho do menor.

A CLT considera relativamente capaz o jovem entre 16 (dezesseis) e 18 (dezoito) anos, necessitando de autorização dos pais para celebrar e rescindir o contrato de trabalho.

Aparentemente não há qualquer problema ou incompatibilidade com a Lei Civil, porém, quando o jovem de 16 (dezesseis) anos é emancipado, torna-se plenamente capaz para todos os atos da vida civil. Nestes casos, quando resilir o contrato, o jovem precisará da assistência dos pais, como dispõe o art 439 da CLT:

É lícito ao menor firmar recibo pelo pagamento de seu salário. Tratando-se, porém, de rescisão do contrato de trabalho, é vedado ao menor de 18 (dezoito) anos dar, sem assistência dos seus responsáveis legais quitação ao empregador pelo recebimento da indenização que lhe for devida.

O presente trabalho traz como problemática o paradoxo de um jovem de 16 (dezesseis) anos emancipado não poder resilir um contrato de trabalho sem a assistência dos pais, inclusive, quando a emancipação decorreu da concessão feita pelos mesmos por acreditarem na sua capacidade de gerir a própria vida, com maturidade o suficiente para se casar, comprar e vender um imóvel.

Entre as possibilidades de emancipação, há uma que merece destaque. Está disposta no parágrafo único, inciso V do art. 5º, do Novo Código Civil¹. A própria relação de emprego é uma forma de emancipação, desde que em função do emprego tenha-se economia própria.

Essas considerações são apenas alguns dos pontos que estudar-se-á neste trabalho. Serão também abordados alguns conceitos, evolução histórica e analisada a interpretação das normas no tempo para buscar a legislação aplicável: Código Civil ou Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

O tema foi escolhido em virtude das grandes mudanças: sociais, políticas e legislativas que vive a sociedade.

Muitas leis são criadas, entram em vigor, mas não possuem eficácia por não acompanharem a evolução social, outras, entram em vigor, mas não são eficazes devido ao desconhecimento do sentido do seu espírito.

Assim, através de uma visão zetética, analisar-se-á as normas (Código Civil e Consolidação das Leis Trabalhistas), as antinomias e incompletudes relacionadas ao tema em questão, buscando de forma plausível argumentos para aplicação de uma das leis ao caso.

¹ Art. 5º (...)

Parágrafo único. Cessar, para os menores, a incapacidade:

V- pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com 16 (dezesseis) anos completos tenha economia própria.

2. A EMANCIPAÇÃO E O CÓDIGO CIVIL DE 1916

O presente capítulo pretende explicitar as razões que nortearam a idade da emancipação civil no Código de 1916, estudando os antecedentes históricos e o contexto social da época.

2.1. CONCEITO

Na linguagem comum, do nosso povo, emancipação é o efeito da libertação, da independência.

O conceito técnico-jurídico indica algum acerto do entendimento popular, como revela o Prof. Orlando Gomes em sua obra *Introdução ao Direito Civil* (1997, p.176):

O menor relativamente incapaz pode tornar-se plenamente capaz antes de atingir a maioridade. Cessa, excepcionalmente sua incapacidade em virtude da emancipação concedida pelos pais.

Extrai-se de tal afirmativa que a Emancipação Civil é a possibilidade de um menor tornar-se plenamente capaz antes de atingir a idade que o Código prevê para o alcance da maioridade civil.

No Código Civil de 1916 a capacidade plena é atingida aos 21 (vinte e um) anos completos e, excepcionalmente, através da emancipação aos 18 (dezoito) anos cumpridos.

Embora no trecho acima citado Orlando Gomes fale apenas em emancipação concedida pelos pais, há outras formas de concessão da emancipação que se verá a seguir.

O Código Civil de 1916, em seu art. 9º, § 1º e 2º, prescrevia:

§ 1º Cessará, para os menores, a incapacidade:

I- por concessão do pai, ou, se for morto, da mãe, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver 18 (dezoito) anos cumpridos;

II- pelo casamento;

III- pelo exercício de emprego público efetivo;

IV- pela colação de grau científico em curso de ensino superior;

V- pelo estabelecimento civil ou comercial, com economia própria.

§ 2º Para efeito do alistamento e do sorteio militar cessará a incapacidade do menor que completado 18 (dezoito) anos de idade.

Pela simples leitura do artigo extrai-se que a emancipação se dará por outros casos, além da concessão pelos pais.

Assim, pode-se classificar a emancipação em: voluntária; judicial; legal.

Será voluntária a emancipação concedida pelo pai, e se morto, pela mãe, desde que o menor tenha 18 (dezoito) anos cumpridos.

Não obstante o Código Civil de 1916 ter dito que a mãe só poderá conceder a emancipação se o pai for morto; a jurisprudência, em razão da Constituição Federal de 1988, asseverava que todos são iguais perante a lei (Princípio da Igualdade), e já utilizava a expressão 'concessão dos pais' em substituição à redação do código.

Isto quer dizer que o pai e a mãe, juntos, podiam conceder a emancipação ao filho desde que se enquadre na idade prevista pelo código, podendo ser suprida pelo juiz a autorização de um dos pais em caso de recusa injustificada, se assim julgar o magistrado conveniente.

Ainda no inciso I, §1º do art. 9º está a emancipação judicial que é aquela concedida pelo juiz através de sentença, observando a idade do menor.

Denomina-se legal, como o próprio nome sugere, quando a lei enumera quais os casos que se torna possível a emancipação. (incisos II a V, *idem*).

2.2. ANTECEDENTES E O CONTEXTO SOCIAL

Vigoravam no Brasil as Ordenações Filipinas quando a Constituição Imperial (1824) determinou que se organizassem o Código Civil e o Código Criminal.

Essas ordenações eram as leis vigentes também em Portugal e sofreram influências do Direito Canônico, leis gerais, costumes, decisões e jurisprudências da Corte Portuguesa.

Como forma de cumprir a Constituição muitas tentativas de codificação acorreram, até que fosse promulgado o Código Civil Brasileiro (Lei nº 3.071) de autoria do Jurista Clóvis Beviláqua.

Paulo Náder, em conhecido livro *Introdução ao Estudo do Direito* (1997, p.255) faz a seguinte observação acerca dos acontecimentos que precederam a promulgação do Código Civil Brasileiro:

No Congresso Nacional foi amplamente discutido e sofreu numerosas emendas. É considerado de alto nível científico e técnico e incluído entre os principais códigos do início do século. Consagrou o individualismo jurídico e sofreu a influência da codificação francesa, portuguesa e alemã.

Assim, percebe-se que o código sofreu grandes influências da França, Portugal e Alemanha e também da sociedade que exigia e precisava ser regida por leis próprias, de acordo com os costumes e momentos vividos. Outra influência foi da chamada Era da Codificação baseada nas idéias de Montesquieu e Aristóteles iniciada ainda nos séculos XVII e XVIII.

Miguel Reale *apud* Paulo Nader (1997, p.245) faz uma referência interessante do que é e porquê ocorre a codificação: “Toda época é época de codificação, quando se tem consciência de seus valores históricos”.

2.3. A VISÃO DO CÓDIGO CIVIL DE 1916

Instituído em uma sociedade eminentemente agrária e patriarcal, o Código Civil de 1916 deixa muito a desejar. Muito embora o Novo Código ainda preserve diversos daqueles artigos em seu texto, a jurisprudência vem se posicionando contrário ao que eles prescrevem.

Muito do Código Civil de 1916, principalmente no que diz respeito ao Direito de Família, não foi recepcionado pela nova ordem constitucional, datada de 1988, além de leis extravagantes que vieram reger determinados assuntos.

De maneira nenhuma essas observações vêm desmerecer o Código Civil, mas ratificar, que sendo o Direito dinâmico, deve acompanhar, ou tentar, os anseios sociais.

E foi isso que fez o Código de 1916 quando da sua promulgação. No que tange a emancipação e a capacidade civil, as idades de 18 anos e 21 anos, respectivamente, atendiam a sociedade da época.

Clóvis Beviláqua em seu livro *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado* (1956, p.161) assim diz: “A capacidade política também começa aos 21 anos”.

Com isso, percebe-se que o Código Civil de 1916 estava em compasso com a Constituição à época vigente.

Outra coisa a ressaltar e que serve para basear a idade escolhida pelo Código de 1916 é que os jovens de 18 (dezoito) anos à época não tinham consciência e maturidade suficiente para praticar determinados atos da vida civil sozinhos. Alguns falam que essa idade é apenas um marco para não necessitar fazer perícia a cada caso.

Diz Antônio Chaves em seu livro *Tratado de Direito Privado* citando Jhering (1982, p.192):

Tal fixação de idade que poderia ser aos vinte e cinco, ou mais tarde, ou entre vinte e um e vinte e cinco, ou antes de vinte e um, apenas é expediente para se tornar quantitativo o qualitativo (método de sub-rogação aproximativa, R. von Jhering, *Der Besitzwille*,

150). O pensar, o querer e a consciência do dever e da responsabilidade, que se atribuem à idade, sem se saber quando se fortalecem suficientemente, não poderia ficar à mercê de perícias, à verificação *in casu*. Daí cada sistema jurídico ter de adotar quantitativo a que se ligue o qualitativo da maturidade. Já antes tivera de excluir até certa idade a capacidade (incapacidade absoluta); tem agora de pôr ponto final na incapacidade pela menoridade.

3. A EMANCIPAÇÃO NO NOVO CÓDIGO CIVIL

3.1. A SOCIEDADE MODERNA E A EVOLUÇÃO DOS COSTUMES

Muitas mudanças ocorreram desde 1916. A Constituição Federal de 1988 que representa o grande marco evolutivo da Ordem Jurídica Nacional. Além disso, a tecnologia, os meios de comunicação, a busca por emprego, a possibilidade de votar aos 16 (dezesseis) anos foram algumas causas que tornaram os jovens mais maduros e conscientes.

O Código Penal, por trazer a imputabilidade aos 18 (dezoito) anos também colaborou.

Não se deve deixar de falar no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que também trouxe grandes inovações: primeiro estabelecendo a distinção entre criança e adolescente; segundo, reconhecendo nos mesmos a condição de sujeitos de direitos; e terceiro, estabelecendo o Princípio da Proteção Absoluta do Menor.

Entre outras, essas foram importantes alterações que impulsionaram a criação de um novo Código.

No dizer do Dr. Ricardo Fiúza (2000, p. 1):

As profundas transformações históricas ocorridas no decurso do século XX, sobretudo nos variados setores da vida privada, impunham o amoldamento do novo Código Civil à configuração social contemporânea que permeia as relações pessoais e patrimoniais ocorrentes. Usos e costumes que se foram sucedendo, muitas vezes à margem do direito legislado, desempenharam um papel impulsionador na revisão de antigos preceitos jurídicos que já não podiam ser tidos como tradicionais, visto como tradição significa continuidade ligando o passado ao presente para identificá-los numa mesma e única realidade social.

Embora há muito já se reclamava uma nova Lei Civil, o projeto do atual Código tramitou lentamente no Congresso Nacional por várias décadas, sendo aprovado apenas em 2002.

Esta morosidade trouxe à tona uma discussão, pois para alguns o novo Código Civil já nasce defasado e sem efetividade.

Acerca dessa discussão o Prof. Luís Carlos Drey (2002, p. 1) faz a seguinte explanação:

Embora, a parte geral, tenha ficado ao encargo do eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal, José Carlos Moreira Alves, reacende-se a discussão da efetividade do novo diploma legal. A questão é controversa. Parte da doutrina defende que o novo Código é ultrapassado e não atenderá as novas relações civis advindas da sociedade contemporânea, em especial a genética, as relações homossexuais e o comércio eletrônico. Outros, favoráveis a descodificação, orientados pela voz do mestre ORLANDO GOMES, que prelecionam que os princípios formulados, na parte geral, são inconvenientes num Código 'sendo-lhes estranhas, por conseguinte, as definições, classificações e teorias.

Não obstante as discussões e divergências prossigam não se pode negar que houve mudanças significativas e em especial no que tange a maioria civil.

Outra coisa que não se pode esquecer é que o Código Civil deve traçar parâmetros e não descer a pormenores, pois as peculiaridades são tratadas pelos chamados "microsistemas" que são leis esparsas que versam sobre assuntos determinados.

3.2. A NOVA DISCIPLINA

A maioria civil é tratada pelo novo Código Civil (Lei 10.406) em seu art.5º:

Art. 5º A menoridade cessa aos 18 (dezoito) anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I- por concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver 16 (dezesesseis) anos completos;

- II- pelo casamento;
- III- pelo exercício de emprego público efetivo;
- IV- pela colação de grau científico em curso de ensino superior;
- V- pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com 16 (dezesesseis) anos completos tenha economia própria.

Essa mudança para permitir a antecipação da maioridade aos 16 (dezesesseis) anos, ou seja, a emancipação, já havia sido trazida por Orlando Gomes em 1963 quando elaborou um Anteprojeto do Código Civil, no intuito de substituir o Código de 1916. Tal inovação trazida pelo ilustre jurista não logrou êxito. Em sua seção III, Da Emancipação (1989, p.439), prescrevia:

- Art. 11. – Emancipação voluntária – Cessará a incapacidade do menor se, tendo eles dezesseis anos cumpridos, lhe for pelos pais concedida emancipação.
- §1º - O ato de emancipação deve ser homologado pelo juiz inscrito no registro civil.
- §2º - Se o menor estiver sob tutela, a emancipação só se dará por sentença do juiz, ouvido o tutor.
- §3º - O ato de emancipação pode ser cassado pelo juiz, a requerimento dos pais, quando o menor emancipado demonstre incapacidade de administrar os bens, resguardados os direitos de terceiros.
- Art. 12 – Emancipação legal – Pelo casamento o menor se emancipa de pleno direito.

Percebe-se que Orlando Gomes traz neste anteprojeto apenas as hipóteses de emancipação voluntária e legal. A justificativa utilizada para a redução da emancipação foi a seguinte:

O projeto estabelece novos limites à incapacidade, sem atentar, entretanto, contra o princípio tradicional que organiza a proteção dos que não podem, devido à idade, curar corretamente dos próprios interesses.

E ainda:

Os novos limites justificam-se em face da tendência vitoriosa em outros campos da atividade jurídica (Direito Público, Direito Penal, Direito do Trabalho), que torna inconveniente, sob vários aspectos, a conservação das regras do Código Civil.

O Anteprojeto de Orlando Gomes não obteve sucesso e apenas em 1972 sob a coordenação do Jurista Miguel Reale foi apresentado novo projeto que, aprovado, sancionado, e publicado, passou a vigorar em janeiro do corrente ano, com as alterações já mencionadas anteriormente.

3.3. AS IMPLICAÇÕES EM OUTRAS ÁREAS

A redução da maioria traz algumas implicações em outras áreas. Pode-se destacar como ramos dos direitos afetados pela nova lei o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Processo Civil, a Legislação Previdenciária, a Consolidação das leis Trabalhistas.

No dizer de Ricardo Braga Lou (1999, p. 1):

Dentre tantas outras importantíssimas alterações e inovações que o novo Código Civil trará para o cenário jurídico pátrio, a questão da maioria é, sem dúvida, uma das questões que se aprovada como está no Projeto ao novel codex, refletirá em muitos outros ramos do direito, o que, sem sombra de dúvidas irá fazer nascer uma das mais implacáveis batalhas de posições que veremos no novo século que se iniciará juntamente com a vigência do tão esperado novo Código Civil.

Hoje vivemos sobre a égide do Artigo 9º onde a maioria se finda aos vinte e um anos completos e, sobre o disposto no artigo 6º, I, onde os menores de vinte e um e maiores de dezesseis anos, são relativamente incapazes para a vida civil, o que significa dizer que, dentro dos limites deste último artigo, a pessoa necessita de ser assistida para ser validado certos atos seus na vida civil.

Após o estudo do Código de 1916 e do Novo Código Civil, mostrando preliminarmente o momento histórico que se vivia quando cada lei foi promulgada e as influências, estudar-se-á os contratos de trabalho, para posteriormente examinar os reflexos trazidos pelo novo *Codex*.

4. A CLT E O TRABALHO DO MENOR

O trabalho do menor não é tratado apenas pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), mas também pela Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente e Convenções da Organização Internacional do Trabalho.

Para alcançar a proteção dispensada ao trabalhador menor, muitas leis foram criadas, porém nem todas aplicadas.

No intuito de chegar até a proteção trazida pela CLT, estudar-se-á os antecedentes legislativos e a legislação vigente.

4.1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

A legislação tutelar do menor encontra sua origem nos países mais industrializados, iniciando na Inglaterra com o chamado “Ato da Moral e da Saúde” (“*Moral and Health Act*”), em 1802, destinado aos trabalhadores da indústria de lã e de algodão.

Não obstante a maioria da doutrina remeta a “*Moral and Health Act*” como marco inicial da proteção do trabalhador menor, Arnaldo Sussekind et al (2000, p.989), diz: “Talvez seja no Código de Hamurábi, que data de mais de 2.000 anos antes de Cristo, que encontraremos medidas de proteção aos menores”.

No Brasil várias leis foram aprovadas sem que se chegasse a ter vigência real. Um exemplo claro foi o Decreto n. 1313 de 17 de janeiro de 1890, tratando dos menores que trabalhavam nas fábricas, porém nunca foi regulamentado e caiu por terra.

Outras leis foram criadas, mas algumas nunca aprovadas, outras jamais aplicadas.

Apenas em 1934, com o Decreto n. 22.042, estabelecendo condições de trabalho dos menores nas indústrias, houve uma maior tutela aos menores.

É interessante revelar que o trabalho das chamadas “meias forças” era utilizado, pois além de eficiente era uma mão-de-obra barata. E também, nas lições de Orlando Gomes (2002, p. 404):

Nenhum preceito moral ou jurídico impedia o patrão de empregar em larga escala a mão-de-obra feminina e infantil. Os princípios invioláveis do liberalismo econômico e do individualismo jurídico davam-lhe a base ética e jurídica para contratar livremente, no mercado, esta espécie de mercadoria.

Porém, esta visão apenas mudou com o Tratado de Versalhes e as Convenções Internacionais do Trabalho, a partir de 1919. Ainda nos ensinamentos de Orlando Gomes (2002, p. 405):

o trabalho da mulher e do menor começou a merecer a devida atenção dos povos cultos, que o regulamentaram sob o critério de duração, da idade, das condições de insalubridade e periculosidade do serviço, as condições fisiológicas da mulher (a

proibição do trabalho antes e depois do parto) e a proibição do exercício de determinadas profissões ou atividades não condizentes com a moralidade.

A primeira Convenção (1919), protegendo o menor, tratou acerca da idade mínima para se trabalhar na indústria. Depois inúmeras convenções trataram sobre a idade mínima para o trabalho. Deve-se, porém, dar destaque a Convenção nº 138 de 1973.

O Brasil ratificou essa convenção e por influência desta alterou a Constituição Federal, proibindo o trabalho aos menores de 16 (dezesseis) anos, salvo na condição de aprendiz (Emenda Constitucional 20 de 1998).

Outra importante convenção, também ratificada pelo Brasil é a Convenção nº 182 de 1999 que vem proibir e eliminar as piores formas de trabalho infantil. Tal convenção foi voltada para os países que ainda não protegiam adequadamente os menores, o que já não era o caso do Brasil que com a Constituição Federal de 1988, já trazia a proteção almejada.

Assim, o Estado passou a se preocupar tanto com a tutela social quanto com a integridade biológica do trabalhador, fomentando a legislação vigente.

4.2. LEGISLAÇÃO EM VIGOR

Atualmente, muitas são as leis e convenções que protegem os menores. No Brasil, após a Constituição de 1891, o governo passou a regulamentar o trabalho dos menores, que hoje integra a CLT.

Segundo Alice Monteiro de Barros (2000, p. 82) “as razões, apresentadas, originalmente, para justificar a legislação tutelar a respeito do menor, são de caráter higiênico e fisiológico”.

Porém, não se pode esquecer o lado humano e moral que faz com que certos locais e horários de trabalho se tornem inapropriados para menores. Segundo o Ilustre Orlando Gomes (2002, p. 411):

Ao menor é dispensada proteção especial em razão da moralidade. Com o intuito de preservar a sua boa formação moral, o legislador estabeleceu interdições da liberdade de trabalhar em certas empresas e serviços reputados nocivos ao mesmo, numa fase em que o caráter do indivíduo pode sofrer influências do meio em que trabalha.

Posto esta parte histórica e necessária para a melhor compreensão do tema, abordar-se-á nos capítulos seguintes o Conflito de Normas e ainda a Emancipação Civil e o Contrato de Trabalho.

5. A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS

As normas jurídicas são imprescindíveis para um povo. Nos ensinamentos de Paulo Nader (1997, p.99): “As normas ou regras jurídicas estão para o Direito de um povo, assim como as células para um organismo vivo”.

Quando se discute acerca da aplicabilidade de determinada norma ou do conflito entre normas faz-se necessário um estudo de como são interpretadas para finalmente entendê-las e aplicá-las.

A Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n. 4.657/42) é quem trata da interpretação das normas. Não obstante tenha esse nome e esteja junto ao Código Civil é a Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) que disciplina a interpretação das normas previstas no vasto ordenamento jurídico.

Algumas considerações preliminares são necessárias para facilitar a compreensão sobre a interpretação das normas.

Da leitura de alguns autores retira-se que as normas jurídicas são padrões de conduta social impostos pelo Estado no intuito de pacificar a convivência dos homens em sociedade.

De outra forma diz o Professor Paulo de Barros Carvalho (2002, p. 8): “a norma jurídica é a significação que obtemos a partir da leitura dos textos do direito positivo.”

Pode-se dizer então que de um único texto podem surgir variadas interpretações.

O Direito deve ser compreendido como um sistema, o que significa dizer que todas as normas jurídicas, independente de que ramo do Direito estejam intimamente ligadas, fazem parte deste sistema e devem ser vistas harmonicamente.

Segundo Maria Helena Diniz, no livro *Conflito de Normas* (2003, p. 11): “As normas jurídicas são partes de um âmbito maior, que é o direito; sendo assim não esgotam a totalidade do direito, nem podem identificar-se com ele.”

A Hermenêutica é quem estuda a interpretação da norma jurídica. Veja o que dizem os Ilustres Professores Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze (2002, p.66): “A hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo sistemático das técnicas de interpretação e colmatação da norma.”

Toda norma precisa ser interpretada, ainda que clara. Desta forma, diz Paulo Gusmão, em seu livro *Introdução ao Estudo do Direito* (1997, p.216):

Interpretar o Direito é, a nosso ver, estabelecer o sentido atual da norma, não o sentido retrógrado e nem aquele que de forma alguma poderia dela ser inferido, mas o que se despreende do texto ajustado à realidade social.

5.1. CONFLITO DAS NORMAS NO TEMPO: DIREITO CIVIL X DIREITO DO TRABALHO

Em regra, para que a norma seja aplicada é preciso que tenha vigência. Ao ler o dicionário percebe-se que vigor é adquirir força, isto quer dizer que é a partir daí que a norma nasce.

Como o homem a norma jurídica também morre. Seu falecimento ocorre nas hipóteses de revogação por outra lei, pelo decurso do prazo ou pela superveniência de lei hierarquicamente superior não recepcionando normas incompatíveis com seu texto.

Outra forma de não aplicabilidade da norma é sua não utilização pela sociedade por não atender os seus anseios.

Essas considerações foram importantes pois com a vigência do Novo Código Civil surge a dúvida de sua aplicação ou da CLT nos casos dos tão citados art. 439 e 440 da CLT.

No que diz respeito a esse questionamento que fomenta o presente trabalho há ainda um complicador, a Lei Trabalhista é lei especial e a Lei Civil é lei geral, porém posterior aquela.

Por que complicador? É preciso recordar os critérios de solução de antinomias, e solução para o conflito entre critérios, referidos pela doutrina.

Pelos primeiros, de solução de antinomias entre normas, Bobbio, no seu livro *Teoria do Ordenamento Jurídico* (1994, p. 9), classifica:

- a) O critério cronológico;
- b) O critério hierárquico;
- c) O critério da especialidade.

Visto deste ângulo, não há qualquer dificuldade ao intérprete: a) a lei posterior revoga a anterior; b) a lei superior revoga a inferior; e c) a superveniência da lei especial revoga a geral.

Ocorre que, em algumas situações, tais critérios não são suficientes. Exatamente como neste caso, pois a lei especial, a CLT, não é superveniente, mas sim a lei geral, o Novo Código Civil. E neste aspecto é bastante elucidativa a lição do mestre Noberto Bobbio (1994, p. 108):

2) conflito entre o critério de especialidade e o cronológico: esse conflito tem lugar quando uma norma anterior-especial é incompatível com uma norma posterior-geral. Tem-se conflito porque, aplicando o critério de especialidade, dá-se preponderância à primeira norma, aplicando-se o critério cronológico, dá-se prevalência à Segunda. Também aqui foi transmitida uma regra geral, que soa assim: *Lex posterior generalis non derogat priori specili*. Com base nessa regra, o conflito entre o critério de

especialidade e o critério cronológico deve ser resolvido em favor do primeiro: a lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente (...). Essa regra, por outro lado, deve ser tomada com uma certa cautela.

Nesses casos, quando houver antinomias entre os critérios (especialidade, cronológico e hierárquico) para a solução das antinomias da normas, Maria Helena (2003, p. 49) diz haver uma “ antinomia de segundo grau”. No que tange aos critérios de especialidade e cronológico assevera: “ se houver uma norma anterior-especial conflitante com uma posterior-geral; seria a primeira preferida pelo critério de especialidade e a segunda, pelo critério cronológico ”.

Desta feita, para se chegar ao critério adotado é mister verificar os reflexos da Emancipação Civil no contrato de trabalho.

6. A EMANCIPAÇÃO CIVIL TRATADA PELO NOVO CÓDIGO E O CONTRATO DE TRABALHO

Com a vigência do Novo Código Civil, a maioria civil e trabalhista se igualaram, porém no que tange a emancipação ainda há conflitos que serão agora tratados.

Esses conflitos são decorrentes da dúvida em relação a necessidade ou não da assistência dos pais para a rescisão do contrato de trabalho de um jovem com 16 (dezesseis) anos emancipado, ainda mais quando o Novo Código preceitua entre as possibilidades de emancipação a relação de emprego que traga para esse jovem economia própria.

6.1. PRESSUPOSTOS DO CONTRATO DE TRABALHO

Para sua validade, o contrato de trabalho exige alguns elementos que denominam-se pressupostos, isto é, são elementos que estão fora do contrato, uma vez que o antecede e são imprescindíveis para sua celebração.

Como negócio jurídico que é, o contrato de trabalho segue o art. 104 do Código Civil, *in totum*:

- Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:
- I- agente capaz;
 - II- objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
 - III- forma prescrita ou não defesa em lei.

a) agente capaz- Só as pessoas capazes podem celebrar validamente um contrato de trabalho.

Aplica-se a CLT o que diz o Código Civil acerca da capacidade (arts. 3º a 5º CC), ressalvados os casos do Decreto 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que institui a integração da pessoa portadora de deficiência, inserindo-a no mercado de trabalho.

Este decreto conceitua deficiência como forma de melhor aplicar as disposições nele contidas.

A plena capacidade se atinge com a maioridade, que agora é de 18 (dezoito) anos completos, tanto trabalhista como civilmente. E, excepcionalmente, com a Emancipação Civil.

Porém, o jovem de 16 (dezesseis) anos também pode celebrar contrato de trabalho, sendo sua capacidade relativa, pois precisa da assistência dos pais que para celebrar tal contrato é presumida, bastando apresentar a Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), uma vez que para sua elaboração os pais já consentiram, mas para rescindir o contrato de trabalho a autorização deve ser expressa, conforme o art. 439 da CLT.

É interessante frisar a Emenda Constitucional n. 20 de 15 de dezembro de 1998 que regulamentou o inciso XXXIII, art. 7º da Constituição Federal, proibindo o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de 18 (dezoito) anos. E também reforça a afirmativa acima no momento em que fala que apenas os menores de 16 (dezesseis) anos não podem celebrar contrato de trabalho, ressalvado o menor aprendiz a partir de 14 (quatorze) anos. Assevera o art. 7º, inciso XXXIII da Constituição Federal:

Art. 7º (...)

XXXIII- proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

No caso da celebração do contrato sem assistência dos pais, uma vez que essa é presumida, a Jurisprudência é no seguinte sentido:

“uma vez que sendo portador de carteira de trabalho, presumível é a autorização para prestação de serviço.”
(RR. Processo n. 2169/MG. Ministro Aurélio Mendes de Oliveira. 17/11/1997).

A capacidade relativa trabalhista também coincide com a civil, porém no Código Civil é possível que a pessoa relativamente capaz torne-se plenamente capaz através da emancipação dispensando a partir daí a assistência dos pais e destoa nesse ponto do que prescreve a CLT.

É interessante lembrar que o menor relativamente capaz pode assumir a posição de empregador. Segundo Orlando Gomes (2002, p.148):“Se, no entanto, tem capacidade relativa, possível se lhe torna celebrar o contrato na qualidade de empregador porque, para ele, cessa a incapacidade pelo estabelecimento civil ou comercial, com economia própria”.

Embora a capacidade seja o pressuposto que mais interessa a este trabalho não se pode deixar de tecer um breve comentário acerca dos demais.

b) idoneidade do objeto - O objeto do contrato de trabalho, como os demais contratos, deve ser lícito, ou seja, deve o objeto ser admitido pela ordem jurídica e não deve ferir os bons costumes.

Além de lícito deve também o objeto ser possível, isto quer dizer que a atividade não pode ser de impossível realização.

Os contratos em geral podem ter objeto determinável ou determinado. No caso do contrato de trabalho seu objeto deve ser determinado, pois o indivíduo é contratado para celebrar determinada atividade. No Direito do Trabalho este objeto deve ser exequível.

c) forma prescrita ou não defesa em lei - Vigê a liberdade das formas. São determinadas por particulares (pelas partes) desde que a lei não proíba ou não limite determinada forma. Assim, a forma é livre desde que a lei não determine.

6.2. O CONTRATO DE TRABALHO E O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE

Em Direito do Trabalho vigê o Princípio da Primazia da Realidade que nada mais estabelece do que afirmar que, em caso de discordância entre o que emerge do contrato e o que se verifica na prática, esta prevalece.

Segundo o Dr. Mário Pinto, em seu texto *O Princípio da Primazia da Realidade e o Mundo Neoliberal* (2001, p. 11), assim afirma:

O princípio em análise consiste em que no caso de discrepância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos. A regra está estreitamente relacionada com a realidade que envolve o contrato de trabalho em sua execução. No momento de sua formação o contrato de trabalho é consensual. Porém no tocante à execução, vai assumindo formas outras, de acordo que se vai distanciando do pacto inicial. Aqui a palavra realidade toma o significado atual: aquilo que existe efetivamente, como leciona Aurélio Buarque e não realidade como derivado de res.

E citando Mário de la Cueva:

A idéia do contrato realidade, cunhada por Mário de la Cueva tem que os efeitos jurídicos e a aplicação do Direito do Trabalho não decorrem do acordo de vontades formador do contrato de trabalho e sim da execução deste, ou seja, da inserção do trabalhador na empresa. O desajuste entre os fatos e a forma pode resultar de simulação de uma situação jurídica distinta da realidade, de erro, geralmente sobre a qualificação do trabalhador, ou de falta de atualização dos dados.

Este princípio deve ser sempre lembrado, pois se o jovem entre 16 (dezesseis) e 18 (dezoito) anos for contratado para realizar atividades que a lei o exclui, como por exemplo o trabalho noturno, deve esse jovem receber o adicional noturno quando da rescisão do contrato, não obstante não pudesse realizar atividades à noite.

Apesar deste tópico ser intitulado *O Contrato de Trabalho e o Princípio da Primazia da Realidade*, deve-se falar da emancipação de fato, aquela prevista no art. 5º, parágrafo único, inciso V do Novo Código Civil, em especial quando diz: “ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor de 16 (dezesseis) anos completos tenha economia própria”².

Assim, uma primeira interpretação pode levar a entender que celebrado o contrato de trabalho, um jovem com 16 (dezesseis) anos completos, estaria emancipado pela relação de emprego.

Porém, há uma segunda interpretação, menos superficial, pois o Novo Código Civil não diz apenas relação de emprego, mas também que em razão desta esse jovem tenha economia própria. Pode, então, surgir mais uma dúvida: O que ou quando há economia própria?

Caso o jovem sustente seus pais e/ou irmãos ou more sozinho e se mantenha não há motivos para duvidar da economia própria. Agora, se esse jovem mora com os pais e contribui apenas parcialmente ou não contribui e recebe ajuda dos genitores?

O questionamento é importante para clarear possíveis dúvidas, mas o fato do jovem ainda receber ajuda dos pais não descaracteriza a economia própria,

² Art. 5º (...)

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

V- pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com 16 (dezesseis) anos completos tenha economia própria.

pois esse fato pode ocorrer por acordo entre ambos ou até por costume, logo não afasta a emancipação.

Além do que a CLT e a Constituição Federal ao instituírem o salário mínimo como o piso que se deve pagar a um trabalhador, estabelecem que tal salário deve satisfazer as necessidades mínimas do empregado (arts. 76 CLT e 7º, IV CF). Assim, empregados de todas as idades vivem hoje e tem economia própria percebendo mensalmente um salário mínimo.

Deve-se recordar que relação de emprego diferencia-se de relação de trabalho, pois esta é toda aquela que envolve trabalho humano. Enquanto na relação de emprego são imprescindíveis os quatro requisitos trazidos pelo art. 3º da CLT que devem ser simultâneos: “Art.3º. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não-eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.” Extraí-se os quatro requisitos obrigatórios e simultâneos: pessoalidade, onerosidade, não-eventualidade e subordinação.

Inobstante o Código Civil em seu art. 5º, parágrafo único, inciso V, fale apenas em relação de emprego, não se pode deixar de lado que a relação de trabalho, desde de que remunerado, também gera contraprestação (salário) possibilitando a emancipação.

6.3. OS JOVENS ENTRE 16 (DEZESSEIS) E 18 (DEZOITO) ANOS À LUZ DA CLT

É necessária tal análise já que os pontos chave para o presente trabalho são justamente os art. 439 e 440 da CLT em relação ao Código Civil, agora vigente, no tocante à emancipação civil por ele delineada.

O art. 439 e 440 da CLT, prescrevem:

Art. 439. É lícito ao menor firmar recibo pelo pagamento de seu salário. Tratando-se, porém, de rescisão do contrato de trabalho, é vedado ao menor de 18 (dezoito) anos dar, sem assistência dos seus responsáveis legais quitação ao empregador pelo recebimento da indenização que lhe for devida.

Art. 440. Contra os menores de 18 (dezoito) anos não corre nenhum prazo de prescrição.

No que toca a necessidade de assistência dos pais, a jurisprudência dispensa nos casos em que o menor pede demissão. Veja:

Sem assistência do representante legal implica na possibilidade de o menor a qualquer tempo e por ato único e próprio, provocar a cessação respectiva. (RR.

Processo n. 1095. Ministro Aurélio Mendes de Oliveira. 28/09/1984).

A CLT no art. 439 utiliza o termo rescisão, porém deve ser observado com ressalva, pois rescisão, tecnicamente, só ocorre nas hipóteses de nulidade do contrato.

Percebe-se, por vezes, que até a jurisprudência se equivoca. *Verbis*:

Pode o empregado menor, por vontade própria e segunda sua conveniência rescindi-lo, eis que não dispôs o legislador o impedimento imposto a hipótese de rescisão por iniciativa do empregador. (RR. Processo n. 2169/MG. Ministro Aurélio Mendes de Oliveira. 17/11/1997).

Desta feita, ao fazer a leitura do artigo citado deve-se entender o termo rescisão de forma ampla, abrangendo a despedida e a demissão que são formas de resilição do contrato e que ocorre por manifestação de uma ou de ambas as partes.

Assim, o paradoxo é inevitável, uma vez que segundo o Código Civil o menor emancipado dispensa a assistência dos pais, o que ocorre, além dos casos previstos em lei, com 16 (dezesseis) anos cumpridos.

A dúvida paira no que tange a aplicabilidade ou não do Código Civil às situações acima descritas, trazidas pela CLT.

6.4. FORMAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS DE NORMAS

O problema não é de fácil solução. O Direito não é resultado de apenas uma opinião. Desta feita, mostrar-se-á a opinião que se entende por mais razoável, utilizando dos conhecimentos expostos no capítulo anterior sobre a Interpretação das Normas, pois a aplicabilidade de um ou outro instituto decorrerá de como for interpretado.

Assim, para solucionar esse conflito de segundo grau, há dois caminhos, duas posições divergentes.

Norberto Bobbio, em outra grande obra, *O Positivismo Jurídico* (1995, p. 205), assevera:

Existe um conflito entre critério de especialidade e critério cronológico quando uma norma precedente e especial é antinômica em relação a uma sucessiva e geral. Também neste caso o critério de especialidade prevalece sobre o cronológico e portanto a norma precedente e especial prevalece sobre a posterior e geral.

Outra posição é a de Maria Helena Diniz (2003, p. 50) sugerindo um metacritério que, porém, não é de total efetividade. *In verbis*:

Em caso de antinomia entre o critério de especialidade e o cronológico, valeria o metacritério *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, segundo o qual a regra da especialidade prevaleceria sobre a cronológica. Esse metacritério é parcialmente inefetivo, por ser menos seguro que o anterior. A meta-regra *lex posterior generalis non derogat priori speciali* não tem valor absoluto, dado que, às vezes, *lex posterior generalis derogat priori speciali*, tendo em vista certas circunstâncias presentes. A preferência entre um critério e outro não é evidente, pois se constata uma oscilação entre eles. Não há uma regra definida; conforme o caso, haverá supremacia ora de um, ora de outro critério.

Assim, há pelo menos dois argumentos doutrinários, um indicando prevalecer a norma precedente e especial (no caso a CLT) e outro salientando que o critério escolhido vai depender do caso em deslinde.

Adotar uma posição não é simples, não depende apenas de uma escolha acerca das normas a serem aplicadas ou entre metacritérios de solução. É acima de tudo uma busca fundamentada sem se afastar dos princípios que regem o Direito.

Princípio, como o nome já induz, significa origem, causa primária. Logo, princípios são pilares de todo ordenamento jurídico. Nas lições de Celso Antônio (2003, p. 817):

Princípio, é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo o critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Acima dos princípios, existe o sobreprincípio da Justiça que se irradia por todo ordenamento jurídico. E, como um princípio supremo é preciso antes de tudo não desrespeitá-lo.

Ainda nos ensinamentos de Celso Antônio:

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desafetação ao princípio implica ofensa não apenas a um mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos.

Agarrando-se as definições acima, o Princípio da Justiça é imprescindível para qualquer solução. Reforça Maria Helena (2003, p. 52):

Num caso extremo de falta de um critério que possa resolver a antinomia de segundo grau, o critério dos critérios para solucionar o conflito normativo seria o princípio supremo da justiça: entre duas normas incompatíveis dever-se-á escolher a mais justa. Isso é assim porque os referidos critérios não são axiomas, visto que gravitam na interpretação ao lado de considerações valorativas, fazendo com que a lei seja aplicada de acordo com a **consciência jurídica popular e com os objetivos sociais.** (grifo nosso)

Fazendo uma análise da expressão em grifo extrai-se que nesses casos a solução mais adequada é aquela que está em compasso com a consciência jurídica popular e com os objetivos sociais, ou seja, nada mais do que os anseios da sociedade.

Quando uma lei é criada, são esses anseios que são buscados e, como já foi dito, o Novo Código Civil ao reduzir a maioria para 18 (dezoito) anos e a emancipação para 16 (dezesesseis) anos, o fez apoiado nos desejos sociais que já demonstravam a necessidade dessa redução.

O ilustre Norberto Bobbio ao falar que o critério da especialidade se sobrepõe ao cronológico advertiu: “Essa regra, por outro lado, deve ser tomada com uma certa cautela”.

Assim, o critério cronológico deve prevalecer sobre o da especialidade, pois embora pareça o mais frágil dos critérios de solução, ao adequá-lo ao caso em deslinde (a necessidade ou não da assistência dos pais na rescisão do contrato quando se tratar de um jovem emancipado) parece-nos o mais razoável.

Para ratificar o critério adotado como o mais adequado é preciso voltar ao art. 5º, parágrafo único, inciso V, lembrando que a relação de emprego é umas das formas de emancipação, desde que gere para o jovem economia própria.

Observando tal artigo, facilmente percebe-se a incoerência e a prescindível assistência dos pais quando da rescisão do contrato de trabalho.

Outro artigo reforçador, embora não esteja na parte geral do Código Civil, é o inciso II, art. 1693, *in verbis*:

Art. 1.693. Excluem-se do usufruto e da administração dos pais:

II - os valores auferidos pelo filho maior de 16 (dezesesseis) anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos.

Pela simples leitura, pode-se extrair que os pais sequer podem administrar os bens e os valores auferidos pelo jovem de 16 (dezesseis) anos, desde que esses sejam decorrentes do seu trabalho.

Verifica-se, então, que a emancipação deixa o jovem apto para todos atos da vida civil. Os pais não mais interferem, nem administram os bens desses jovens. Ocorre que se o jovem de 16 (dezesseis) anos tem discernimento suficiente para trabalhar, administrar seus bens, tem também a mesma capacidade para resilir o contrato de trabalho, sem a assistência dos pais.

Dessa forma, não há como negar a aplicação do critério cronológico (aplicando o Código Civil) e dispensando a assinatura dos pais quando da resilição do contrato de trabalho do emancipado.

7. CONCLUSÃO

O presente trabalho não pretende esgotar o tema, mas apenas demonstrar o problema, as soluções já existentes e filiar-se a que se acredita mais razoável, sem exigir a adesão ou concordância com a posição adotada.

É preciso recordar antes de tudo a presunção de que a lei não contém incompatibilidades. Se mesmo após a incidência da norma ao fato as antinomias persistem é preciso encontrar caminhos para o impasse.

A doutrina traz alguns preceitos diretores capazes de elucidar a norma que, a primeira vista, pareceu incompatível. Carlos Maximiliano (1998, p. 135), esclarece:

- a) Verifique se os dois trechos se não referem a hipóteses diferentes, espécies diversas. Cessa, nesse caso, o conflito; porque tem cada um a sua esfera de ação especial, distinta, cujos limites o aplicador arguto fixará precisamente.
- b) Apure o intérprete se é possível considerar um texto como afirmador de princípio, regra geral; o outro, como dispositivo de exceção; o que estritamente não cabe neste, deixa-se para a esfera de domínio daquele.
- c) Procure-se encarar as duas expressões de Direito como partes de um só todo, destinadas a completarem-se mutuamente; de sorte que a generalidade aparente de uma seja restringida e precisada pela outra.
- d) Se uma disposição é secundária ou acessória e incompatível com a principal, prevalece a última.
- e) Prefere-se o trecho mais claro, lógico, verossímil, de maior utilidade prática e mais em harmonia com a lei em conjunto, os usos, o sistema do Direito vigente e as condições normais da coexistência humana. Sem

embargo da diferença de data, origem e escopo, deve a legislação de um Estado ser considerada como um todo orgânico, exequível, útil, ligado por uma correlação natural.

Quase sempre é possível integrar o sistema jurídico e descobrir a correlação entre as normas. E ainda interpretar as normas o mais próximo da realidade social.

Alguns pontos devem se retomados, para esclarecer e reforçar a adoção do critério cronológico, razão pela qual vislumbra-se aplicável o Código Civil nos contratos de trabalho de um jovem emancipado.

Vale lembrar que o critério cronológico é aquele que diz que a norma posterior deve ser aplicada, seja ela especial ou geral.

Os fatores sociais são cruciais, a possibilidade do jovem votar aos 16 (dezesseis) anos, despertando sua consciência política, a maioridade penal aos 18 (dezoito) anos, a necessidade dos jovens trabalharem e saírem de casa mais cedo são fundamentos suficientes para justificar a razão da redução da maioridade civil para 18 (dezoito) anos e a emancipação para 16 (dezesseis) anos. Inclusive, o próprio Governo estimula o emprego para os jovens através do *Programa do Primeiro Emprego*.

No campo trabalhista, vale ressaltar, que a assistência dos pais para resilição do contrato é exigida para proteger o jovem contra a malícia dos empregadores, já que a época em que foram inseridos na CLT, os jovens não tinham maturidade suficiente para perceber as intenções do empregador, o que não é mais cabível, vez que eles já sabem discernir quando são lesados devido à velocidade com que circulam as informações.

Além do mais, o Novo Código Civil inova ao prescrever que a relação de emprego é uma forma de emancipação, desde que em função dele tenha-se economia própria (art. 5º, parágrafo único, inciso V do Código Civil).

Embora hajam alguns questionamentos sobre o que seja economia própria, não se pode perder de vista a intenção do Novo Código em trazer para a lei o que a sociedade já aceitava, a “emancipação de fato”, ou seja, aquela que pelo papel do jovem no meio social (o fato de trabalhar desde cedo, por exemplo) transparecia a todos uma independência, maturidade e maioridade que a lei ainda não previa.

A própria jurisprudência já possibilitava ao jovem resilir o contrato de trabalho sem assistência dos pais, de modo que a exigência se restringia aos casos em que a vontade de por fim ao contrato emanava do empregador.

Assim, vale ser repetido, que é a consciência social popular e os objetivos sociais que devem ser observados quando da solução de qualquer conflito ou antinomia e reforça o critério cronológico, para o caso em questão, como o mais plausível.

Resta, enfim, lembrar que o Direito é dinâmico e movimenta-se de acordo com a realidade, buscando cada vez mais soluções que integrem norma e fato, visando atender os anseios sociais, harmonizando as relações jurídicas.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- BARROS. Alice Monteiro de. “O trabalho do menor e as inovações introduzidas pela Lei 10.097”, de 19 de dezembro de 2000. *Revista do TRT 16º Reg.* São Luís, 10. v., n. 2, jul/dez. 2002, pg. 81.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 12 ed. [s.l.]: Paulo de Azevedo, 1956.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 4. ed. Brasília: Ed. Unb, 1994.
- _____. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- BRASIL. *Anteprojeto do Código Civil*. Brasília: Senado Federal, 1989. 2. v.
- _____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. *Consolidação das Leis Trabalhistas*. 29. ed. atual. aum. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Código Civil*. Organização dos Textos, notas remissivas e índices por Yussef Said Cahali. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *Novo Código Civil*. Brasília- DF: Senado, 2002.
- _____. *Tribunal Superior do Trabalho*. Recurso de Revista. Processo n. 2169/MG, 1997. [online]. Disponível na Internet via WWW. URL: <www.tst.gov.br>. Acesso em 02 dez. 02.
- _____. *Tribunal Superior do Trabalho*. Recurso de Revista. Processo n. 1095, 1984. [online]. Disponível na Internet via WWW. URL: <www.tst.gov.br>. Acesso em 02 dez. 02.
- CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 26. ed. atual. amp. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CHAVES, Antônio. *Tratado do Direito Civil*. São Paulo: RT, 1982. 1v. Tomo.1.
- COSTA FILHO, Mário Pinto Rodrigues da. *O princípio da primazia da realidade no mundo neoliberal*. [online]. Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1149>. Acesso em: 15 nov. 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas do Direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Conflitos de Normas*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 2. ed. atual. aum. São Paulo: Saraiva, 1996

- _____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 1. v.
- DREY, Luís Carlos. *Algumas considerações da parte geral, no novo Código Civil brasileiro*. [online]. Disponível na Internet via WWW. URL: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2805>>. Acesso em: 15 nov. 2002.
- FIÚZA, Ricardo. *Novo Código Civil: principais alterações na Parte Geral*. [online]. Disponível na Internet via WWW. URL: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=512>>. Acesso em: 15 nov. 2002.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- _____; GOTTSCHALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito*. 21 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- LOU, Ricardo Braga. *A maioria à luz do Projeto do novo Código Civil*. [online]. Disponível na Internet via WWW. URL: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=519>>. Acesso em: 15 nov. 2002.
- MACHADO NETO, A.. L. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 17. ed. Rio de Janeiro, 1998.
- MEIRELES, Edilton. *O Novo Código Civil e o Direito da Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- OIT. *Convenção 138*. [online]. Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasil/brasilia/info/download/conv_138.pdf>. Acesso em 02 dez. 2002.
- _____. *Convenção 182*. Disponível na Internet via WWW. URL: <<http://www.mte.gov.br/Temas/FiscaTrab/CombateTrabalhoInfantil/Legislacao/Conteudo/521.pdf>>. Acesso em 02 dez. 2002.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Visão geral do novo Código Civil*. [online]. Disponível na Internet via WWW. URL: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>>. Acesso em: 29 set. 2002.
- SANSEVERINO, Luisa Riva. *Curso de Direito do Trabalho*. Tradução de Élson Guimarães Gottschalk. São Paulo: LTr, 1976.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____; MARANHÃO, Délio; Et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. 19. ed. 2. vol. São Paulo: LTr, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

UNIVERSIDADE TIRADENTES. *Normas para Referências Bibliográficas, Citações e notas de Rodapé*. Aracaju: UNIT, 2002.

_____. *Manual de Monografia*. Aracaju: UNIT, 2002.