

# **THEMIS**

## **REVISTA DA ESMEC**

**Publicação Oficial da Escola Superior da Magistratura  
do Estado do Ceará - ESMEC**

Fortaleza - Ceará  
2003

© 2003 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ  
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ  
Edifício Desembargador Júlio Carlos de Miranda Bezerra  
Tel. (0XX85) 278.4204 - E-mail: esmec@tj.ce.gov.br  
Rua Ramires Maranhão do Vale, 70 – Edson Queiroz  
CEP 60811-670 – Fortaleza-Ce

### **DIRETORA**

Desembargadora Gizela Nunes da Costa

### **COORDENAÇÃO**

Juiz Francisco Luciano Lima Rodrigues e Juiz Mantovanni Colares Cavalcante

### **CONSELHO CONSULTIVO**

Águeda Passos Rodrigues Martins · Alberto Silva Franco · Antônio de Pádua Ribeiro · César Asfor Rocha · Ernando Uchoa Lima · Fernando Luiz Ximenes Rocha · Luiz Carlos Fontes de Alencar · José Ari Cisne · José Maria de Melo · José Paulo Sepúlveda Pertence · Marco Aurélio Farias de Mello · Paulo Bonavides · Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite · Sálvio de Figueiredo Teixeira · Vicente Leal de Araújo

### **CONSELHO EDITORIAL**

Almir Pazzianotto Pinto · Antônio Augusto Caçado Trindade · Carlos Roberto Martins Rodrigues · Carlos Facundo · Celso Antônio Bandeira de Melo · César Oliveira de Barros Leal · Dimas Macedo · Edgar Carlos de Amorim · Ernani Barreira · Fátima Nancy Andrighi · Fernando Luiz Ximenes Rocha · Francisco de Assis Filgueiras Mendes · Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque · Francisco Luciano Lima Rodrigues · Gizela Nunes da Costa · Hugo de Brito Machado · João Alberto Mendes Bezerra · João Nazareth Cardoso · José Afonso da Silva · José Alberto Rola · José Alfredo de Oliveira Baracho · José Evandro Nogueira Lima · José Filomeno de Moraes Filho · Júlio Carlos de Miranda Bezerra · Luiz Flávio Borges D'Urso · Márcio Thomaz Bastos · Maria Magnólia Lima Guerra · Napoleão Nunes Maia Filho · Oscar Vilhena · Rogério Lauria Tucci · Sergio Ferraz · Sílvio Braz Peixoto da Silva · Valmir Pontes Filho

**Os conceitos emitidos em artigos assinados são de absoluta  
E exclusiva responsabilidade de seus autores.**

Tiragem: 2.000 exemplares

**TRIBUNAL DE  
JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ**

Presidente

*Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque*

Vice-Presidente

*Des. Francisco Gilson Viana Martins*

Corregedora Geral da Justiça

*Des<sup>a</sup>. Águeda Passos Rodrigues Martins*

---

**TRIBUNAL PLENO**

---

*Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque*

*Des. Júlio Carlos de Miranda Bezerra*

*Des. Carlos Facundo*

*Des. José Ari Cisne*

*Des. José Maria de Melo*

*Desa. Águeda Passos Rodrigues Martins*

*Des. Ernani Barreira Porto*

*Des. José Mauri Moura Rocha*

*Des. Francisco Gilson Viana Martins*

*Des. Francisco Hugo Alencar Furtado*

*Des. Edmilson da Cruz Neves*

*Des. João de Deus Barros Bringel*

*Des. Francisco da Rocha Victor*

*Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha*

*Des. José Eduardo machado de Almeida*

*Desa. Huguette Braquehais*

*Des. Rômulo Moreira de Deus*

*Des. José Cláudio Nogueira Carneiro*

*Desa. Gizela Nunes da Costa*

*Desa. Maria Celeste Thomaz de Aragão*

*Des. José Arísio Lopes da costa*

*Des. Pedro Regnoberto Duarte*

*Des. Luiz Gerardo de Pontes Brigido*

*Dr. Pedro Henrique Gênova de Castro*

*Secretário geral*

# SUMÁRIO

## DOCTRINA

- Influência da investigação policial no contraditório processual.....09  
**Marcos de Holanda.**
- Tratamento jurídico das novas tecnologias de informação e comunicação.....31  
**Machidovel Trigueiro Filho**
- A constituição do título executivo judicial na ação monitoria.....47  
**Mantovanni Colares Cavalcante**
- Função social da propriedade privada-notas sobre sua evolução conceitual.....59  
**Francisco Luciano Lima Rodrigues**
- Aspecto sancionador da tutela antecipatória.....91  
**Joriza Magalhães Pinheiro**
- Colisão de direitos fundamentais: Liberdade de comunicação e direito à intimidade.....107  
**Judicael Sudário de Pinho**
- O cidadão e a fazenda pública.....163  
**Ezequias da Silva Leite**
- O voto facultativo e o financiamento público de campanha eleitoral no Brasil: Corrupção, cidadania e democracia em debate.....193  
**José Valente Neto**
- Reflexões sobre a centralização da competência jurisdicional em matéria ambiental em única vara com jurisdição em todo o território estadual: Estudo do caso do estado do Ceará.....231  
**Francisco Humberto Cunha Filho**
- O direito fundamental aos meios executivos.....245  
**Roberta Lia Sampaio de Araújo**
- Origens e transformações da democracia e dos partidos políticos.....261  
**Fávila Ribeiro**

## **Decisões e Acórdãos**

Contrato de arrendamento mercantil.....	349
<b>Emanuel Leite Albuquerque</b>	
Apelação crime.....	355
<b>Des. José Eduardo Machado de Almeida</b>	
Agravo de instrumento.....	367
<b>Desa. Gizela Nunes da Costa</b>	
Mandado de segurança.....	373
<b>Des. Edmilson Cruz</b>	
Apelação cível.....	387
<b>Des. João de Deus Barros Bringel</b>	

## **Aula Magna**

Aula inaugural dos cursos de pós-graduação de escola superior da magistratura do estado do Ceará-ESMEC, ministrada pelo Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará e professor de direito comercial da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.....	403
Os novos perfis da magistratura e o Poder Judiciário.....	403
<b>Des. Haroldo Rodrigues</b>	

## **Homenagem**

Discurso em homenagem ao professor Fran Martins.....	421
<b>Professor José Adriano Pinto</b>	

# **DOCTRINA**

# INFLUÊNCIA DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL NO CONTRADITÓRIO PROCESSUAL

**MARCOS DE HOLANDA**

Professor de “Direito Processual Penal” da Faculdade de Direito da UFC; Mestre em Direito Público pela UFC; Advogado Criminal; Promotor de Justiça Aposentado do Estado do Ceará

## **01.Introdução**

Estudamos, sem divagações, o Direito posto, o Direito em vigor. Podemos até discordar dele, mas, não podemos, por outro lado, desconhecê-lo, omiti-lo.

Pois bem, no Direito posto, no Direito em vigor no Brasil existe o Código do Processo Penal (Decreto-Lei nº.3.689, de 3 de outubro de 1941), que entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1942.

Nele, logo no Título II do Livro I, encontramos, do Art.4º ao 23, a matéria pertinente ao INQUÉRITO POLICIAL. Sua *mens legis* vem dita na Exposição de Motivos a cargo do Ministro Francisco Campos:

“IV – Foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais. O ponderado exame da realidade brasileira, que não é apenas a dos centros urbanos, senão também a dos remotos distritos das comarcas do interior, desaconselha o repúdio do sistema vigente.

O preconizado juízo de instrução, que importaria limitar a função da

autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e **indicar** testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis. Para atuar proficuamente em comarcas extensas, e embora deva ser excluída a hipótese de juizados de instrução em cada sede do distrito, seria preciso que o juiz instrutor possuísse o dom da ubiqüidade. De outro modo, não se compreende como poderia presidir a todos os processos nos pontos diversos da sua zona de jurisdição, a grande distância uns dos outros e da sede da comarca, demandando, muitas vezes, com os morosos meios de condução ainda praticados na maior parte do nosso hinterland, vários dias de viagem. Seria imprescindível, na prática, a quebra do sistema: nas capitais e nas sedes de comarca em geral, a imediata intervenção do juiz instrutor, ou a instrução única; nos distritos longínquos, a continuação do sistema atual. Não cabe, aqui, discutir as proclamadas vantagens do juízo de instrução.

Preliminarmente, a sua adoção entre nós, na atualidade, seria incompatível com o critério de unidade da lei processual. Mesmo, porém, abstraída essa consideração, há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo à propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia



contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspecta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos a priori, ou a sugestões tendenciosas.

Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido. Por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do detetivismo, às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única? Pode ser mais expedito o sistema de unidade de instrução, mas o nosso sistema tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena.”

Promotor de Justiça por vinte e um anos no Estado do Ceará, é claro que, na área criminal, em quase cem por cento, minha fonte de prova, para oferecer o pronunciamento delatatório, sempre foi o inquérito policial. É a razão pela qual passei a buscar o seu aprimoramento, por que ele foi, quando agente do *Parquet*, o meu instrumento de trabalho. E que instrumento!

Tem falhas? Claro que, elaborado por homens e, muitas vezes despreparados, as tem e muitas. Mas a Ação Penal, mesmo sob o solenismo da magistratura, também as tem. Tanto as tem, que o

Código do Processo Penal aborda vultoso Título sobre “DAS NULIDADES”. E NULIDADES que não atingem o inquérito policial, por sua feição de procedimento administrativo de caráter inquisitivo, mesmo à luz da Carta Política de 1988. Pelo menos, já decidiu o Colégio Maior:

“INQUÉRITO POLICIAL – Nulidade – Efeitos.

Ementa oficial: Eventual nulidade ocorrida no inquérito policial não tem o condão de nulificar o processo, vez que aquele é peça meramente informativa, estabelecida sem o crivo do contraditório.”(RT.729:495).

Nesta incansável luta pelo aprimoramento do Inquérito Policial, em 1990, escrevi o meu terceiro livro, batizando-o, justamente de “*Dinâmica do Inquérito Policial*”. Nele, em sua apresentação, registro:

“Professor de Direito Processual Penal da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Promotor de Justiça de uma terra assaz pobre, encrustada numa Região também carente – o Nordeste – onde, ainda, em alguns prados predomina a lei do mais forte, por quatro anos consecutivos – 1975 a 1978 – Chefe do Gabinete da Secretaria de Estado da Segurança Pública e, em 1966 – 1967, ainda como acadêmico de Direito, seu Oficial de Gabinete, travei conhecimento, e de perto, com a instituição Polícia Judiciária. Conhecia-a, como a conheço, quer na hinterlândia, quer na

Capital.

Organismo integrado por abnegados, muitas vezes enfrentando as críticas da opinião pública, isto não significa que esteja infensa a erros. A exemplo de qualquer órgão do Estado, a Polícia Judiciária tem os seus erros, mas, pelo mesmo caminho, é prene de acertos.”

Este desejo de aprimorar o Inquérito Policial continua vivo e daí por que, agora me debruço sobre mais uma faceta dele – *“Influência da investigação Policial no Contraditório Processual.”*

02. Entender o Inquérito Policial em face das Funções do Direito

O Código do Processo Penal, in Art.4º, disciplina: *“A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.”*

Esta **Polícia Judiciária**, que é a Polícia Civil, nunca foi contemplada em nossas Constituições e isto lhe rapinava o que significa para as funções do Direito. Assim é que, a Constituição Federal de 1988 reparou esta falha imperdoável ao registrar:

“Art.144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

IV-polícias civis;

§4º. Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de

carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.”

Quando falamos em **funções do Direito**, o fizemos propositadamente, para sinalizar quão importantes são os textos legais aqui transcritos e não meros cancelos formais.

Se o **inquérito policial** tem por norte apurar as infrações penais e a sua autoria, é por que ele integra, mesmo a nível de investigação formalmente não contraditória, aquela função do Direito de fazer com que o grupo social acolha os modelos de conduta prescritos em suas normas como pauta de comportamentos: Dirigir condutas, portanto.

Mas, não fica aí a atividade do Inquérito Policial. Se vai apurar a prática de infrações penais e sua autoria é por que houve, em princípio, um conflito. Assim sendo, houve a intervenção do Direito posterior ao conflito. Então, obrou-se a função de tratamento de conflitos, pelo menos na seara da investigação.

Desta maneira, a leitura dos Arts.4º, do CPP, e 144, §4º, da Carta Política, não pode ser vista, simplória e gramaticalmente como muitos fazem, até como meio de ridicularizar o inquérito policial e a própria Polícia.

A leitura exige, como salientamos, um tratamento à luz da hermenêutica.

### 03.O conceito de Inquérito Policial e o pejorativo “mero”

Visto sob um prisma teórico do Direito, o Inquérito Policial já nos acena com ares de peça importante. Tanto o é que o Código Formal reza no Art.12: “*O inquérito policial acompanhará a*

*denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou a outra.”*

E o que são a Denúncia e a Queixa?

São propostas de acusação que passam pelo juízo de aceitabilidade do magistrado (Art.394 do CPP: “*O juiz, ao receber a queixa ou denúncia, designará dia e hora para o interrogatório, ordenando a citação do réu...*”).

Mas, não ficando somente aí, convém buscar na legislação pátria o primeiro enfoque: “*O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito.*” (Art.42 da Lei nº.2.033, de 20 de setembro do ano 1871).

Logo, uma coisa que *consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices*, não pode ser chamada de “**mera** peça de investigação”.

Aliás, registramos com tristeza, que os Tribunais brasileiros – o que é muito pior – formados por pessoas que já mourejaram no dia-a-dia dos fóruns, representantes do Ministério Público, até, têm a mania de dizer que o “*Inquérito Policial é mera peça informativa da ação penal.*” Acreditamos que os nossos julgadores, que assim pensam, não conhecem a realidade social, ou se esqueceram dela. Aconselho-os à leitura de Marx: “*O homem precisa sair da estática do social para o dinamismo das ações.*”

E fazemos nossas as palavras do Prof.Bismael B. Moraes:

“Que “mera” ou “simples”  
informação é essa, de “insignificante

importância”, como hipocritamente querem alguns, e que “pode ser dispensada”, como dizem outros, se chega a representar, nos Tribunais do Júri, nas Varas Criminais do juízo singular, nos fóruns interioranos e nas Varas Distritais, cerca de 100% do elemento de prova em que se fundamentam os processos penais?

O *inquérito policial*, nos termos da lei processual penal, serve de base para a denúncia ou queixa. *Base*, como se sabe, é o sustentáculo sem o qual a estrutura cai ou pode ruir. Ou, como melhor esclarece o mestre Aurélio Buarque de Holanda “*base* é tudo que serve de fundamento; pilar; suporte; parte de um edifício que recebe as cargas de cima e as transmite para o solo.”

Ora, o que serve de *base* não pode ser algo *simples, insignificante, sem valor*. E a “*base de uma denúncia* assenta nos procedentes fundamentos dos fatos delituosos que nela se argüem, qualificados, naturalmente, em lei como delito ou contravenção.” (in “*Direito e Polícia uma introdução à Polícia Judiciária*”. 1a.ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1986. p.299).

#### 04. Não é “mero”

O Inquérito Policial tem **influência** no contraditório, tais como:

4.1-Momento de grande importância na propositura da Ação Penal diz respeito a quando o Juiz admite a proposta da acusação, **recebendo** a Inicial acusatória. É tão importante que, pelo Princípio da Ordem Consecutiva Legal registra o CPP:

“O Juiz, ao **receber** a queixa ou denúncia, **designará dia e hora para o interrogatório, ordenando a citação do réu e a notificação do Ministério Público e, se for o caso, do querelante ou do assistente.**”

Via de regra, conforme já afirmamos, em que se baseou a acusação para patrocinar a *notitia criminis in juditio*?

Logicamente que em um Inquérito Policial, pois este lhe serviu de prova. Daí dizer o Representante do Ministério Público, por exemplo, ao dar a Denúncia:

Excelentíssimo Doutor Juiz de Direito (da Vara) (Comarca)  
tal

O Representante do Ministério Público alfim assinado, no uso de suas atribuições legais corporificadas in Arts.129,I da CF/88 e 41 do Código do Processo Penal, vem, com o devido respeito, perante Vossa Excelência, **com base no anexo inquérito policial** a cargo da Delegacia tal, oferecer Denúncia contra:...

E tudo isto vem delineado no CPP e na jurisprudência, onde fica patenteado que o IPL não é um mero veículo para a propositura da Ação Penal. Vejamos:

“Art.12.O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra.”

“Art.19.Nos crimes em que não couber ação pública, os autos

do inquérito serão remetidos ao juízo competente, onde aguardarão a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal, ou serão entregues ao requerente, se o pedir, mediante traslado.”

Vê-se, desta maneira, que, até na Ação Penal de ordem privada, o futuro querelante recebe da Autoridade Policial os autos do IPL para, querendo, promover a Queixa Crime em juízo. É, assim, o IPL a base daquela Queixa-Crime.

Se o Inquérito Policial fosse um **mero** veículo para servir de base à Inicial acusatória, os tribunais do País admitiriam, de plano e sem análise, o seu estancar pela via do *habeas corpus*. Mas não é assim. Tanto não o é que registra o Supremo Tribunal Federal:

“INQUÉRITO POLICIAL – Trancamento – Inadmissibilidade – Justa causa para sua instauração – **Configuração de delito em tese** - Recurso de “habeas corpus” improvido – Inteligência do art.648, I do CPP.

*Ementa Oficial:* Inquérito Policial. Trancamento. A simples apuração de *notitia criminis* não constitui constrangimento ilegal a ser corrigida por *habeas corpus*. O trancamento do inquérito policial só se justifica quando indiscutível a participação ou a ausência de responsabilidade no evento criminoso. Recurso de *habeas corpus* improvido.” (RT.595:475).

4.2- Existe, em matéria de Criminalística (parte científica da investigação), um assunto deveras importante, que é o **local do crime**. Por que tão importante? Porque nele entrarão os conhecimentos dos expertos – médicos, peritos em polícia técnica,



identificadores e investigadores.

### E em que consiste o **local do crime**?

Consiste em toda área onde tenha ocorrido um fato que assuma a configuração de delito e que, portanto, exija as providências da Polícia.

Um bom **exame de local do crime** muito êxito trará à prova do processo. Nele, por meio de um levantamento, estuda-se detidamente o lugar de um evento criminoso, através de observação pessoal, do desenho, da fotografia, da dactiloscopia, da moldagem e da coleta de material.

Fui Promotor de Justiça de um processo submetido ao Cenáculo Popular. Era a história de um policial que, ao chegar a sua casa, por volta das 18h30min, foi informado por sua mulher de que havia ladrões por sobre o muro da residência do casal. Segundo o acusado, procurou tais meliantes e, como não os encontrou, passou a atirar de revólver a esmo e na direção da parte superior do muro. Por causa disto, um jovem apareceu morto nas proximidades com um tiro na nuca. Foi um dos poucos casos em Fortaleza onde houve **perícia de local do crime** e, feito levantamento do local, a perícia somente encontrou cercas de arame farpado separando os imóveis de um bairro proletário. Logo, que é do muro? O acusado mentiu.

O cuidado com a perícia de local do crime vem desde a fase do Inquérito Policial quando o CPP assinala: “Art.6º. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: **I-dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;**”

Isto em fase de Inquérito Policial.

Corroborando tal dispositivo ainda na fase da investigação, o mesmo Código do Processo Penal chega a registrar o seguinte, quando fere a matéria pertinente à PROVA:

*“Art.169.Para o efeito do exame do local onde houver sido praticada a infração, a autoridade providenciará imediatamente para que não se altere o estado das coisas até a chegada dos peritos, que poderão instruir os seus laudos com fotografias, desenhos ou esquemas elucidativos.”*

Trata-se de cautela em matéria de prova que se justifica porque os peritos, em lá chegando e encontrando as coisas como estavam logo após o cometimento infrator, evidentemente terão melhores condições para proceder ao exame e levantamento do local, instruindo seus laudos com fotografias, desenhos ou esquemas.

Em seara de prova penal a ser ferida quando do contraditório, esta imposição ainda na fase do inquérito policial é assim vista pelo Prof. Heráclito Antônio Mossin, a quem nos acostamos:

“Por meio da diligência policial levada a efeito no local onde a infração penal foi perpetrada, poderão os expertos encontrarem elementos materiais suficientes para o esclarecimento da autoria do crime, como, por exemplo, objetos pessoais deixados pelo autor da infração típica, documentos pessoais ou objetos por ele usados na prática delitiva, os quais permitem deduzir-se da autoria. Tais elementos são de preciosa valia, notadamente na chamada

prova indiciária.”(in “*Curso de Processo Penal*”. 2a.ed. São Paulo, Atlas, 1998. p.194. Volume1).

4.3-Outra faceta que nasce ainda na fase do IPL e que tem repercussão profunda e íntima no contraditório processual reside no dever da gerência da ordem pública em dar consecução ao que disciplina o C.P.P. assim:

“Art.6º.Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

**II-apreender os instrumentos e todos os objetos que tiverem relação com o fato;”**

É comum, muitas vezes, nas delegacias de polícia, presenciarem-se discussões entre pessoas e delegados em torno de devolução de coisas apreendidas. Tais pessoas não entendem que, enquanto interessarem à prova do processo, as coisas apreendidas não podem ser devolvidas. É tão complexo o assunto que, mesmo em sede de investigação ainda, “*de mera investigação*” como dizem os incautos, este pedido de devolução passa pelo crivo do Ministério Público (Art.120, §3º, do CPP).

Mas não é somente por isso. No Código Penal brasileiro em vigor está dito que:

“Art.91.São efeitos da condenação:

II-a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;”

Então, veja-se, aquilo que foi apreendido em razão do delito, ainda quando da elaboração do inquérito policial, ressoa de forma contundente no final da ação penal contraditória, **como efeito da condenação**, quando for o caso.

E o próprio Código do Processo Penal ainda assinala no Art.124 – “*Os instrumentos do crime, cuja perda em favor da União for decretada, e as coisas confiscadas, de acordo com o disposto no art.1200 do Código Penal, serão utilizados ou recolhidos a museu criminal, se houver interesse na sua conservação.*”(GRIFAMOS).

Mais uma situação para nos mostrar que um instrumento, responsável por este desiderato em fase de decisão judicial advinda de um contraditório, não pode ser visto como “*mera peça investigatória da ação penal*”.

4.4-Por não ser, formalmente, contraditório, o Inquérito Policial, às vezes, tem sua prova questionada, não recomendando, em alguns casos os tribunais que se apene alguém somente com base em prova de IPL. É claro que, como o Direito não é plebiscito – SIM ou NÃO – uma prova no inquérito policial, principalmente a testemunhal, desde que acompanhada por advogado ou membro do Ministério Público, não deixa de ter o seu valor. Pelo menos já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“PROVA – Confissão extrajudicial  
– Validade – Convencimento em relação ao conjunto probatório – Irrelevância da retratação posterior, vez que ausente a justificativa crível – Condenação decretada  
– Inteligência do art.59 do CP.

*Ementa oficial: As confissões*

*extrajudiciais prestadas pelos réus, na forma do previsto no art.6º, inciso V, do CPP, e também na presença do Dr.Promotor de Justiça, não invalidadas pelo conjunto probatório, são provas suficientes para embasar um decreto condenatório.”(RT.724:712).*

Se o inquérito serve de base à Inicial acusatória, ele deve estar abastecido de prova plena. Por isto que o CPP, ao tratar particularmente do assunto, assinala:

“Art.6º.Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

**III-colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;”**

Além do reflexo na ação penal já falado, o IPL permite o exercitamento do direito de provar, quando o CPP disciplina:

“Art.156. **A prova da alegação incumbirá a quem a fizer**, mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

De princípio, a acusação busca sua prova no IPL, para alegar. Pode, também, a defesa seguir o mesmo caminho. Quantas vezes, a defesa, nas alegações escritas primeiras (Art.395, do CPP), usa testemunhas do rol da denúncia e que foram retiradas do IP? Inúmeras vezes.

4.5- A investigação que se obra no Inquérito Policial é uma

investigação quente, isto é, uma investigação de logo/de imediato e que, muitas vezes, quando se trata, por exemplo, de perícia técnica, não pode ficar a esperar pela ação penal contraditória. Aliás, isto é uma imposição do próprio Código do Processo Penal in Art.158:”***Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.***”

E no Artigo 6º, VII, também: “**determinar, se for o caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;**”

Quando o legislador de 1941 assim se posiciona não traduz discricionariedade na realização ou não da predita inspeção, mas que, nos termos incisivos do *caput* do art.6º, deve a autoridade policial determiná-lo quando cabente for, a exemplo do que ocorre com os crimes materiais, aqueles que deixam vestígios.

Quando na ativa do Ministério Público do Ceará, ao oferecer pronunciamento delatatório em muitas ações penais, tive, no trabalho da Polícia Técnica – Instituto Médico-Legal, Instituto de Criminalística e Instituto de Identificação, os órfãos do Serviço Público – um manancial inesgotável de dados para robustecer o meu trabalho. E tudo isto, embora já na fase contraditória, com espeque no inquérito policial.

E o Código Formal fala não só em exame de corpo de delito (=exame dos vestígios materiais da infração) mas, também, em “***quaisquer outras perícias.***” Sem dúvida, enquanto o *corpus criminis* tem por escopo constatar a materialidade do ilícito penal, a perícia, grosso modo, proporciona a produção de outras provas que necessariamente não dizem respeito aos vestígios da infração típica como, por exemplo, **a perícia de local do crime**. Melhor dizendo, em uma infração de trânsito com vítima de lesões

corporais, o corpo de delito feito no sujeito passivo do ilícito penal tem por objeto a verificação destas lesões por ela sofrido, enquanto que a perícia no local do crime objetiva demonstrar como ocorreu o acidente.

Demonstremos com alguns dispositivos íntimos do CPP alguns desdobramentos do Art.6º, **XII** com o contraditório processual:

“Art.156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

“Art.163. Em caso de exumação para exame cadavérico, a autoridade providenciará para que, em dia e hora previamente marcados, se realize a diligência, da qual se lavrará auto circunstanciado.”

“Art.149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.

**§1º.O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito policial, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente.”**

“Art.175. Serão sujeitos a exame os instrumentos empregados para a prática da infração, a fim de se lhes verificar a natureza e a eficiência.”

4.6- Ora, a prova testemunhal é componente da Denúncia

e da Queixa consoante fala o Art.41 do Código do Processo Penal no seu final – “...e, *quando necessário, o rol de testemunhas.*”

Para não prejudicar o trabalho da Justiça no campo contraditório, o próprio Código Formal assim se posiciona, mesmo que na fase do Inquérito – Art.10, §2º.”No relatório poderá a autoridade indicar testemunhas que não tiverem sido inquiridas, mencionando o lugar onde possam ser encontradas.” Por que também? Porque, o Juiz pode, quando julgar necessário, ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes, bem como, parecendo-lhe conveniente, ouvir as pessoas a que as testemunhas se referirem. Art.209 e seu §1º do CPP.

4.7- Quando o Código do Processo Penal estabelece o Artigo 41, que é componente da Denúncia ou da Queixa “*a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo,*” ele está cobrando tal qualificação e tais esclarecimentos do Inquérito Policial, tendo em vista o conteúdo do Art.4º do mesmo diploma legal – “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais **e da sua autoria.**”

Claro que o autor da Inicial acusatória, mesmo em sede contraditória, vai cotejar quem é o autor do fato criminoso, no IPL.

Mas não fica somente aí a efetiva participação da investigação policial no contraditório policial no que tange à Denúncia ou Queixa. A Polícia Judiciária fornece a qualificação ou os elementos pelos quais se possa identificar o acusado para que, também, possa o Oficial de Justiça dar vaza ao que dispõe o Art.357 do CPP: “São requisitos da citação por mandado: **I-leitura do mandado ao citando pelo Oficial** e entrega da contrafé, na qual se mencionarão dia e hora da citação;” Como é que o Meirinho iria concretizar isto, se ele não dispusesse da qualificação do citando?



Vamos mais adiante com as características do Edital numa citação: Art.365: “O edital conterà: II-o nome do réu, ou, se não for conhecido, os seus sinais característicos, bem como sua residência e profissão, se constarem do processo;”

4.8- O Código do Processo Penal in Art.13 elenca outras atribuições da Polícia Judiciária e que muito servirão para esclarecer o contraditório processual. Por exemplo: “Incumbirá, ainda, à autoridade policial: **I-fornecer às autoridades judiciárias** as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos;”

4.9- No Procedimento dos Crimes da Competência do Júri há um momento, aliás, o mais comum na matéria, em que o Juiz, se se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja seu autor, pronunciará-lo-á, dando os motivos do seu convencimento (Art.408, do CPP). Para este juízo de admissibilidade parcial ou total da acusação, o Juiz, tão somente, como registra o dispositivo aqui apontado, pronunciará o réu, isto é, remetê-lo-á ao seu juízo natural, que é o Tribunal do Júri. Para isto, mesmo não sendo possível a coleta de provas no contraditório, o Juiz se louvará tão somente na prova coletada no Inquérito Policial. Claro que, no Plenário do Júri, acusação e defesa discutirão a validade ou não de tal prova. Daí, já ter decidido o Egrégio Tribunal de Justiça de Goiás:

**“PRONÚNCIA – Prova não judicializada – Admissibilidade – Suficiência da existência do crime e indícios de que seja o réu o seu autor.**

*Ementa oficial: Para o juízo da pronúncia, que, apenas, julga admissível a acusação perante o Júri, bastam a prova da existência do crime e indícios de que seja*

*o réu o seu autor, ainda que estes resultem de depoimento de testemunhas ouvidas somente no procedimento investigatório.”(RT.725:625).*

## **05. Conclusões**

5.1- Para os rançosos e, principalmente, aqueles movidos por radical ideologia de esquerda e de direita, devo deixar claro que não morro de amores pelo Inquérito Policial nos moldes em que ele existe na legislação brasileira mas, se ele assim está, nós, operadores do Direito, devemos lutar para aprimorá-lo e não escorraçá-lo.

5.2- Membros do Ministério Público que, muitas vezes, vivem às turras com Delegados de Polícia por causa de imperfeições em inquéritos policiais deveriam, isto sim, buscar o diálogo esclarecedor quando a luz brotará com intensidade para ambos os lados. Neste patamar caberia um contacto direto da chefia do Ministério Público com o Secretário de Segurança Pública para, em torno de uma mesa de discussões de alto nível, solucionarem-se algumas dúvidas entre o *Parquet* e a Polícia Judiciária. Assim é que devem agir os homens de bom senso.

5.3- O Inquérito Policial, em muitas ocasiões, apresenta condições de colher uma prova quente (=prova de momento, imediato) como a prova técnica e, assim, proporcionar inexcedível colaboração ao contraditório.

5.4- Se o Ministério Público, por força do Art.16 do Código do Processo Penal, para denunciar, ou melhor ainda, para desencadear um contraditório, requer a devolução dos autos do inquérito policial à Delegacia, para diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia, não se pode olvidar que a investigação

primeira a cargo da Polícia Judiciária em muito contribui para um melhor alcance do contraditório.

5.5- Até em um Direito de primeiríssimo mundo, como o Direito Processual Penal italiano, a função da Polícia Judiciária é vista como benéfica à Justiça:

“Ed invero, da sempre considerata instrumento imprescindibile dell’attività di repressione dei reati per il suo ruolo servente ai fini dell’esercizio dell’azione, la polizia giudiziaria assume oggi importanza basilare, nel momento in cui, per riprendere una “metafora espressiva” suggerita da Carnelutti, “allunga e moltiplica le braccia” del pubblico ministero.” (D. Siracusano – <sup>a</sup> Galati e G. Tranchina – E. Zappalà. “*Diritto Processuale Penale*”. 1a.ed. Giuffrè Editore, Milano, 1994. P.153. Volume primo).

# TRATAMENTO JURÍDICO DAS NOVAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO

## MACHIDOVEL TRIGUEIRO FILHO

Advogado, Economista, Administrador de Empresas, Mestre em Economia, Mestre em Administração de Empresas, Doutorando em Direito Público, Professor de *Direito Econômico* dos Cursos de Pós-Graduação da UFC, da UECE, da ESMEC-Ce e da EMP-Ce, Coordenador da Especialização em Processo Penal da UFC, Supervisor do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFC e Professor Efetivo de *Teoria Econômica e Direito* do Departamento de Direito Processual da UFC.

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Regulação Constitucional da Comunicação  
3. Problemática da Comunicação Eletrônica como Prova Judicial  
e Tratamento Tributário da Internet. 4. Direito à Imagem,  
Universalização da Informação e Liberdade de Expressão. 4.  
Conclusões. 5. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

As diversas formas de comunicações, hoje difundidas pelo mundo, abrangem leque dispare de alternativas, que passam pelos jornais, rádios, televisões, ingressando pela cibernética, a qual

universaliza qualquer informação, principalmente através da Internet ou por *e-mail*.

Sobre o *e-mail*, sabe-se que hoje, qualquer pessoa alfabetizada tecnologicamente utiliza-se do correio eletrônico. No entanto, a segurança desse contato virtual é motivo de grande preocupação. Só para citar uma questão, entre muitas: valeria ele como prova judicial ?

Das primitivas comunicações por meio de desenhos em cavernas até às atuais, efetuadas por meio de frações de segundos, passaram-se algumas dezenas de milhares de anos, apesar da orbe provavelmente ter quatro bilhões e meio de anos.

A recente evolução foi tanta que o mundo inteiro assistiu atônito ao atentado terrorista às torres gêmeas do *World Trade Center*, em Nova York, quase que instantaneamente. Os meios tecnológicos, à disposição da informação, cresceram em progressão geométrica.

Há tempos, enfrentamos, no Brasil, em se tratando da divulgação de notícias, dicotomias muito comuns: a liberdade de informação jornalística *versus* o direito à intimidade, o dano moral, a condenação social antecipada etc. A Carta Constitucional positivou esses princípios, como que prevendo o conflito, um ao lado do outro. (art. 5º, IX - liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; e X - inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.) Vale acrescentar ainda, que a CF/88 dedica seus artigos 220 a 224 à Comunicação Social.

A partir da década de 90, a Internet dominou o mundo e toda uma geração de jovens vem sendo formada, em todos os países, mais voltada às telas dos computadores do que à leitura dos livros,

prevendo-se uma geração, no futuro, em que as casas guardarão CDs para computadores, mas não exibirão bibliotecas particulares.

Alvim Tofler<sup>1</sup>, em **Guerra e Anti-Guerra**, com muita propriedade comenta: “o avanço do poder destruidor da informação e da desinformação, da Segunda Guerra Mundial para a Guerra das Malvinas, foi fantástico, da Guerra das Malvinas para a Guerra do Golfo inacreditável e de 1991 para cá, inimaginável. O salto qualitativo, ano após ano, é de tal magnitude que se torna rigorosamente impossível prever o nível de superação das barreiras conhecidas que a ciência, no campo da informática, causar para os serviços de informação, desinformação e penetração nos segredos e nos comandos dos mais sofisticados equipamentos dos sistemas de defesa mundiais”.

De mais em mais, os serviços de informação de todos os países se fazem necessários, sendo inacreditável que um país da dimensão do Brasil, por problemas de ressentimentos ideológicos, tenha destruído o seu sistema de informações, quando as mais democráticas nações só os têm privilegiado, como os Estados Unidos, Inglaterra e França. Em outras palavras, a segurança de um país contra a instabilidade interna, o inimigo externo e os gênios dos computadores está no seu poder de atalhar qualquer perigo maior de desorientação de seus esquemas de proteção.

De acordo com o pensamento do jurista Ives Gandra Martins (1999), não mais será possível imaginar um controle quase total das notícias, como na Alemanha de Hitler ou na Rússia de Stálin, pois que a evolução tecnológica reduziu o mundo a dimensões inexpressivas, todos podendo ter, a qualquer momento, informações sobre qualquer matéria, em qualquer parte do mundo. E os *hacker*, cujo número cresce constantemente, poderão, inclusive, acessar qualquer tipo de informação proibida, pois continuam sendo mais ágeis do que os sistemas de segurança. Como dar um tratamento

jurídico a essa causa ?

É neste contexto que o tratamento jurídico que vem sendo e que deverá ser dado, no futuro, representa uma das questões mais complexas e de difícil solução na atualidade, em face de ser universal a comunicação, mas não haver, ainda, um tratamento adequado e único no plano da legalidade.

Em outras palavras, a volatilidade da informação e sua universalidade estão ainda muito acima da capacidade de regulação jurídica, por parte dos diversos ordenamentos nacionais, e mesmo por parte daqueles comunitários ou plurinacionais.

## **2. REGULAÇÃO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO**

Em nossa Carta Magna, os artigos 220 a 224 são dedicados à Comunicação Social, principiando o Capítulo V assim intitulado, com a seguinte dicção: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observando o disposto nesta Constituição.”

Nesse artigo, realça-se a absoluta liberdade de expressão, colocando como restrições apenas aqueles direitos individuais e coletivos que são invioláveis (art. 5º, incs. IV, V, X, XII, XIII e XIV). A censura é proibida seja de natureza política, ideológica ou artística, restringindo-se, todavia, por lei federal, à publicidade do tabaco, bebidas alcoólicas e agrotóxicos. Por fim, o artigo proíbe seja a comunicação social objeto de monopólio ou oligopólio.

Sobre esse artigo, o festejado jurista Ives Gandra Martins, assim comentou<sup>2</sup>: “O artigo 220 elimina qualquer tipo de restrição aos meios de comunicação, afastando toda espécie de censura, assim como programas obrigatórios – como a “Voz do Brasil”,

resquício da ditadura – abrindo apenas espaço para a propagando eleitoral, pois expressamente prevista no artigo 17, § 3º da Constituição Federal. O dispositivo fala claramente em manifestação (direito sem restrições) do pensamento, o que vale dizer, desde que veiculando opiniões pessoais, não pode haver qualquer espécie de limitação. À evidência, responde o autor da manifestação, por eventuais crimes e danos morais, se afetar terceiros nos direitos garantidos pelo artigo 5º, inciso X, da lei suprema”.

Não contente, o legislador supremo, em dizer que tais manifestações não sofrerão qualquer restrição, reforçou a dicção, ao dizer que as limitações não poderiam ser de qualquer natureza, ou seja. ‘sob qualquer forma, processo ou veículo’.

À nitidez, entendeu o constituinte que, ao falar em veículo (meio de comunicação social), processo (qualquer tipo de divulgação) ou forma (latitude máxima), eliminará qualquer atentado sobre a liberdade de imprensa ou a livre manifestação do pensamento.

A repetição objetiva torna a garantia deste direito a mais ampla possível, impondo, o constituinte, apenas as restrições descritas pela própria Constituição, como o caso da propaganda eleitoral”.

Já o art. 221 impõe restrições às emissoras de rádio e televisão – não respeitadas, nos 11 anos de vigência da Constituição – inclusive exigindo que os programas preservem “os valores éticos e sociais da pessoa e da família”.

O art. 222 trata da propriedade das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, que é privativa de brasileiros e naturalizados há mais de 10 anos; o art. 223 prevê as



concessões de radiodifusão sonora e de sons e imagens e o art. 224, a criação de Conselho de Comunicação Social.

### **3. PROBLEMÁTICA DA COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA COMO PROVA JUDICIAL E TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DA INTERNET**

Hoje, qualquer pessoa alfabetizada tecnologicamente utiliza-se do correio eletrônico. No entanto, a segurança desse contato virtual é motivo de grande preocupação. Aprovaram recentemente, nos Estados Unidos, o *Uniform Electronic Transactions Act*, que concede à assinatura digital o mesmo *status* legal daquela posta em papel. A mensagem eletrônica, contudo, ainda se apresenta vulnerável de adulterações, o que a torna ao mesmo tempo uma prova frágil para o processo, não perdendo, no entanto, seu caráter indiciário.

Os procedimentos judiciais que hoje vemos como os mais plausíveis de serem aplicados na investigação quando o objeto examinado é o *e-mail* constituem-se da perícia técnica feita por *experts* em informática. Esses técnicos é que farão a melhor prova da existência da mensagem, seu conteúdo e sua veracidade, para que o juiz forme a sua convicção com outros elementos trazidos aos autos. Diz o art. 440, do CPC, que “o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, inspeciona pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa”. No entanto, *e-mail*, por ser de natureza etérea e não ser pessoa, entendemos não poder ser objeto de inspeção judicial em si, mas um laudo pericial pode comprovar a sua existência e a autoria do destinatário, através de pesquisa no IP (*Internet Protocol* ou protocolo de comunicação) por onde ele tenha transitado. Numa investigação criminal, ele se afigura como prova documental, como prescreve o art. 232 do CPP, devendo, no entanto, serem observados os

arts.158 e 159 do CPP (necessidade de perícia). A nosso ver, é imprescindível, para tanto, a autorização judicial por força do art. 5º, XII, CF/88 (sigilo das comunicações e de dados).

A perícia judicial, portanto, deve ser efetuada na máquina do remetente da mensagem e, para isso, é preciso que haja uma ordem judicial de busca e apreensão de natureza cautelar com autorização para quebra do sigilo, objetivando encontrar em seus arquivos o objeto da investigação, ou seja, os *e-mails* arquivados. Se o investigado, porém, apagar a prova, será quase impossível a verificação de sua existência.

Nesses casos, resta somente uma alternativa na busca da prova, qual seja, dirigir-se ao administrador central com a ordem judicial para que ele entregue o texto do *e-mail* enviado, desde que este seja nacional. Em se tratando de um administrador de mensagens virtuais de origem estrangeira, como por exemplo o *hotmail*, dos mais conhecidos e usados no mundo todo, não há como a Justiça brasileira alcançar com facilidade os arquivos do Administrador. Mesmo que o faça por meio de Carta Rogatória, a identificação do usuário é dificultada pelo emprego dos apelidos ou *nicks* que são usados pela maioria dos que usam essa caixa postal. Em síntese, no Brasil, torna-se difícil a prova segura em relação à existência dos *e-mails* enviados e recebidos.

Na verdade, o mundo é outro após a *internet*. Miguel Reale<sup>3</sup> lembra que: “além das múltiplas conseqüências resultantes do impacto dos meios eletrônicos de comunicação sobre a sociedade e o direito, mister é reconhecer que eles determinaram e continuam determinando notáveis mudanças na apreciação geral dos acontecimentos, desde os econômicos aos artísticos, criando uma situação instável no plano da sensibilidade e da ação”

Do ponto de vista fiscal, para a *Internet*, não só como veículo difusor de informações, mas como propiciadora de negócios, não há tratamento tributário adequado. Como os provedores de acesso também nem sempre conhecem as mensagens que transmitem para seus usuários, muitos serviços de natureza intelectual são prestados via transmissão, sem sofrer imposição do fisco, à falta de controle de tal tipo de veículo.

É interessante notar também que a comunicação eletrônica, cada vez mais em uso, tem sido insuficientemente examinada à luz da imposição fiscal, pois esta é local e não universal e aquela é universal, podendo originar-se de qualquer parte do globo.

O certo é que parâmetros deverão ser adotados, no futuro, e negociados, via tratado internacional, para definir o nível de tributação ou de isenção que se daria a tais serviços.

Por que não se pensar num tratamento tributário universal para todas as formas de comunicação, inclusive via *Internet*, negociado via tratado?

Há quem defenda (Ives Gandra Martins, 1999) a universalidade do controle da comunicação por todos os países, através de uma legislação supranacional. O jurista é enfático ao afirmar “Teremos que lá chegar. Não é mais possível trabalhar com categorias jurídicas do passado para enfrentar desafios futuros, cada vez mais permanentes. E as categorias jurídicas, para muitos destes desafios, são hoje dramaticamente obsoletas. Há necessidade de repensar-se o direito do futuro, no campo das comunicações, mas não mais em nível dos países, isoladamente, e sim em contexto universal, com regulação definida em tratados. Caso contrário, continuaremos gerando mais conflitos que soluções e a comunicação social cumprir insuficientemente o papel que deve exercer no século XXI”.

#### 4. DIREITO À IMAGEM, UNIVERSALIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Para Celso Ribeiro Bastos<sup>4</sup>, “o direito à imagem consiste no direito de ninguém ver o seu retrato exposto em público sem seu consentimento”. Prossegue, mais adiante, o renomado jurista, a dizer que o problema delicado que este suscita é que muitas pessoas vivem da sua imagem e conseqüentemente estão por decorrência da sua própria profissão colocadas em um nível de exposição pública que não é próprio das pessoas comuns. Para ele, “é curial, portanto, que estas pessoas que profissionalmente estão ligadas ao público, a exemplo dos políticos, não possam reclamar um direito de imagem com a mesma extensão daquele conferido aos particulares não comprometidos com a publicidade. Isto não quer dizer que estas pessoas estejam sujeitas a ser filmadas ou fotografadas sem o seu consentimento em lugares não-públicos, portanto, privados, e flagradas em situações não das mais adequadas para seu aparecimento”. Neste diapasão, Ricardo Toledo Santos Filho (RT 746/454).

Como critério razoável que poderia ser adotado para a garantia da inviolabilidade da intimidade, vida privada e imagem da pessoa seria sua conjugação com o do “domicílio”, para só o qual exigir-se-ia a autorização. Entendido este em sentido amplo que lhe confere a doutrina penal (casa, escritório, gabinete, *trailer*, quarto de hotel, pensão, motel, etc). Neste sentido, locais públicos não estariam abrangidos.

De acordo com o pensamento mais moderno da doutrina, não existem direitos absolutos, estes hão de compatibilizar-se com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Conferir caráter de absolutismo à garantia importaria em cessar o trabalho da imprensa, pois seria impossível se colher

autorização de todas as pessoas que têm sua imagem veiculada nas revistas, jornais e programas televisivos, principalmente neste último quartel de século, de evolução, domínio e massificação dos meios de comunicação.

Se tirar fotos ou filmar sem autorização constitui-se em ofensa à inviolabilidade da intimidade, vida privada e da imagem, de ver-se que todos nós somos vítimas de acintes dessa natureza, nas câmaras imperceptíveis que, sem nossa aquiescência, filmam-nos em repartições públicas, bancos, shoppings centers, postos de gasolinas, farmácias, supermercados, restaurantes, escritórios, empresas privadas, etc.

As garantias acima aludidas estão previstas no rol do art. 5º. da C.F./88. Em casos que tais, qual a solução segundo nosso ordenamento jurídico? A nosso sentir, repousa no princípio da proporcionalidade, vale dizer, à luz do princípio da proporcionalidade resolver-se-á o problema do confronto entre os princípios constitucionais positivados no art. 5º, IX e X, optando por um, em detrimento do outro.

No momento em que a universalização da informação é uma realidade, tais mecanismos de liberdade, de um lado, e de restrições, de outro, desconhecem, por exemplo, que as emissoras de rádio e de televisão brasileiras são acessadas em todos os países da América Latina, como a destes países, aqui, tendo a audiência assegurada. Não pode, pois, o governo brasileiro ter controle algum sobre as emissoras de outros países, mesmo dentro do espaço do Mercosul, onde são seus membros Argentina, Paraguai, Uruguai e, ainda, na condição de parceiros, Chile e Bolívia.

E a TV a cabo e a Internet tornam de acesso fácil, imediato e, às vezes, preferencial, qualquer programa de qualquer parte do mundo.

Pontes de Miranda<sup>5</sup>, nesse contexto, tem ponto de vista sobre o direito pretérito: “Ainda que as empresas jornalísticas escapem às duas proibições do art. 174, I e II, ou não se dê a vedação do art. 174, III, a direção dos jornais, bem como a sua orientação intelectual, política e administrativa, somente poderá ser exercida por brasileiros natos. Uma coisa, a direção aparente e outra a direção oculta: uma coisa, a orientação intelectual, ou administrativa aparente, e outra, a orientação intelectual, ou administrativa oculta. O texto constitucional veda uma e outra, podendo o inquérito congressional, ou o inquérito administrativo, ou inquérito judicial, investigar a verdade da direção ou da orientação, observando-se as regras de direito processual que forem estabelecidas na lei. Escusado dizer-se que proliferem, a despeito dos textos constitucionais, as influências estrangeiras no jornalismo brasileiro, por falta, certamente, da lei ordinária rigorosa, que venha pôr termo, de vez, à fraude à lei”

Típico exemplo se dá por ocasião dos programas eleitorais obrigatórios dos últimos dias de campanha, em que parcela substancial da população com acesso à TV a cabo ou às antenas parabólicas direcionam os controles das emissoras nacionais para as emissoras estrangeiras, em face da monotonia e à falta de criatividade dos referidos programas.

E nada impede que um empresário nacional, ou um brasileiro nato ou naturalizado, instale uma emissora no Paraguai ou Uruguai para servir apenas a brasileiros, com programas apenas em português, como se a emissora brasileira fosse, sem poder ser atingida pela regulação nacional.

Há quem defenda, contudo, (Resolução B4 – 0582, 0586, 0590, 0591, 0592 e 0593/98, do Parlamento Europeu) que a liberdade de expressão constitui um dos fundamentos das nossas

sociedades democráticas e que a utilização interativa dos novos instrumentos propostos pela sociedade da informação, entre os quais a *Internet*, pode permitir o reforço de democracia através de um aumento da transparência.

A mundialização da *Internet* requer um enquadramento jurídico internacional, baseado numa concorrência leal que favoreça a expansão do investimento privado e a salvaguarda dos interesses públicos e individuais, nomeadamente a proteção da diversidade cultural e lingüística, da dignidade humana e a proteção dos menores, assinalando que o acesso de todos os cidadãos a estas novas tecnologias é essencial para evitar a exclusão socioeconômica

## 5. CONCLUSÕES

Apesar dos inúmeros dispositivos dedicados à comunicação social na lei suprema, quatro vertentes são claras, na intenção do constituinte. A primeira, de que a liberdade de imprensa é ampla, assegurados alguns direitos individuais invioláveis, que não podem ser atingidos sem punição dos veículos de comunicação. A segunda, de que a radiodifusão e a televisão devem respeitar valores éticos e ser direcionados à programação cultural. A terceira, de que as empresas nacionais de comunicação devem ser dirigidas por brasileiros ou naturalizados há 10 anos; e a quarta, de que, no campo do rádio e da TV, cabe ao governo conceder o direito para as empresas brasileiras poderem atuar.

A falha maior do sistema brasileiro reside no fato de cuidar da comunicação social como se fosse um fenômeno local e o usuário do sistema apenas tivesse acesso à comunicação social difundida por empresas locais sobre fatos regionais ou internacionais, visto sob a ótica da imprensa nacional.

Entre muitos aspectos relacionados à questão da comunicação

social, três são principais, quais sejam: 1º) o limite da liberdade de imprensa; 2º) a quantificação dos danos morais, por abuso do sistema de comunicação social de massa; 3º) o tratamento tributário da comunicação social.

Na verdade, acredita-se que embora de forma perfunctória, terão que ser examinados para uma eventual universalização da regulação jurídica, sendo este o grande desafio do século XXI. Muitas vezes, os meios de comunicação social abusam, ultrapassam limites, denigrem imagem das pessoas, influenciam na formação moral da juventude, destroem negócios e países, definem campanhas políticas, sem que se tenha, ainda, um Código Jurídico Universal para determinar os limites de atuação da imprensa para que ela não seja abusiva.

Sabe-se que cada país tem o seu próprio sistema de liberdade de imprensa. Há necessidade, todavia, de definir parâmetros para essa liberdade, o que ainda não se conseguiu fazer, se não em nível de recomendações, pelo menos no Brasil.

Nesse sentido me filio à opinião do grande jurista Ives Gandra Martins (1999) que defende que deva ser formulado um tratado internacional que viesse a ser assinado, após discussão em organismo internacional do nível da ONU, tornando obrigatórios determinados dispositivos na legislação de cada nação e impondo limites ao abuso da notícia. Seria de aplicação necessária nos países signatários, punindo-se, de acordo com a legislação local, a infração objeto do tratado.

Há no Brasil projeto de lei para regular os crimes de imprensa que está sendo relatado pelo Deputado Wilmar Rocha. Infelizmente, não se chegou a consenso sobre a forma de punição, em face de o dispositivo principal, na origem, admitir indenizações por danos morais que poderiam chegar a 1/5 do faturamento anual do meio



de informação. Infelizmente, tal projeto está, no momento, parado na Câmara dos Deputados.

Sobre a questão das indenizações por danos morais, há necessidade de se criar um tratamento definido, com tetos e mecanismos de aferição na lei e não outorgada ao livre arbítrio do juiz. Esse ponto parece-me fundamental para que não se transforme a “ação por danos morais” num inibidor da liberdade de imprensa. Aqui mesmo no Ceará, recentemente, dois jornais “sensacionalistas”, subsidiários dos dois principais jornais do Estado, fecharam suas portas argumentando que as indenizações por danos morais requeridas inviabilizam o funcionamento da empresa.

Por fim, o tratamento tributário deveria ter uma conotação também universal. De rigor, hoje, extremamente difícil, com as imposições locais, atingir os verdadeiros fatos geradores das notícias.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBERA, Amato, BARBERA, Augusto (Coords.). *Manuale di Diritto Pubblico*. Bolonha: II Molino, 1994.

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

BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2º volume, 1989.

CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. São Paulo: Saraiva, 1997.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (NOVA). São Paulo: Atlas, 1988.

CRETELLA JR., José. Os Writs na Constituição de 1988. 3.Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998

DAMÁSIO, E.de Jesus. *Direito Penal*. 2º volume. São Paulo: Saraiva, 1998.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Renovar Editora, 1998.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Interpretação e Estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990.

GRINOVER, Ada Pelegri. *Liberdades Públicas e Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: RT,1990.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Inviolabilidade do Domicílio da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1993.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direitos e Deveres no Mundo da Comunicação – da Comunicação Clássica a Eletrônica*, Artigo na Revista Jurídica, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TRIGUEIRO, Machidovel Filho. *Aspectos do Direito em Ambiente de Nova Economia: Normas Reguladoras da Concorrência, das Privatizações e das Agências Reguladoras*, Revista Nomos – Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza, Ed. UFC, 2000.

VASCONCELOS, Edson Aguiar. *Instrumento de Defesa da Cidadania na Nova Ordem Constitucional*. Rio de Janeiro. Forense. 1993.

<sup>1</sup> *Uma Visão do Mundo Contemporâneo*, Ed. Pioneira, 1996, p.106.

<sup>2</sup> *Comentários à Constituição do Brasil*, 8º volume, Ed. Saraiva, 1998, p. 800

<sup>3</sup> *Variações sobre o Direito-Dever de Informar*, O Estado de São Paulo, 20.3.1999, p.A-2.

<sup>4</sup> Em *Comentários à Constituição do Brasil*, em co-autoria com Ives Granda Martins, 2º vol., 1989, pg. 62

<sup>5</sup> *Comentários à Constituição de 1967*, tomo VI. Ed. Forense, 1987. P.306.

# A CONSTITUIÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL NA AÇÃO MONITÓRIA

**MANTOVANNICOLARES CAVALCANTE**  
Juiz de Direito Titular da 11ª Vara Cível de Fortaleza. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará. Professor da Faculdade 7 de Setembro (FA7).

*Sumário: 1. A dúvida sobre a constituição do título judicial. 2. A decisão do juiz ao receber a inicial. 3. Os argumentos para a necessidade de uma sentença condenatória. 4. A constituição do título judicial independentemente de sentença. 5. O sentido da palavra “constituir”. 6. A inutilidade do processo monitorio na hipótese de se exigir sentença condenatória para constituição do título. 7. A razão do título executivo judicial e não extrajudicial. 8. Conclusão.*

## 1. A dúvida sobre a constituição do título judicial

Na ação monitoria, quando *citado*<sup>1</sup> o réu para pagar ou entregar a coisa no prazo de quinze dias, ou então para oferecer embargos, havendo decurso do prazo sem o pagamento, entrega

---

<sup>1</sup> Embora o art. 1.102b do Código de Processo Civil só fale em expedição de mandado de pagamento ou de entrega da coisa, é razoável concluir que *no referido mandado deva também conter a citação do réu*, não só pela estrutura de nosso processo civil a exigir o chamamento do réu ao processo através da citação (e veja que nem sempre esse chamamento é para se defender, como ocorre na execução, em que o réu é citado para pagar ou indicar bens à penhora – art. 652 do CPC), como também pelo fato de que, na hipótese de a ação monitoria passar a ser regida pelo procedimento ordinário (no caso de processamento dos embargos), *seja possível o aproveitamento das fases anteriores que concretizaram a relação processual*, no caso a fase postulatória que decorre do oferecimento da petição inicial da monitoria, a fase *citatória que se dá quando da expedição do mandado* e a fase de defesa compreendida pelo oferecimento dos embargos. Do contrário, nessa situação, ter-se-ia que proceder a *citação* do réu, uma vez que não pode existir procedimento ordinário sem a citação. Além do mais, a *citação* junto com o mandado de pagamento ou entrega da coisa é fundamental para que o juízo se torne preventivo, induza litispendência, faça litigiosa a coisa, constitua em mora o devedor e interrompa a prescrição, o que só é possível com a realização do ato citatório (art. 219 do Código de Processo Civil).

da coisa ou apresentação dos embargos, *constitui-se de pleno direito o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em executivo*, prosseguindo-se a ação na forma de procedimento executivo.

A dúvida reside nessa *constituição do título executivo judicial*, a saber: constitui-se o título automaticamente, diante da decisão inicial do juiz que determina a expedição do mandado de pagamento ou entrega da coisa; ou é necessária a prolação de uma sentença condenatória, para que surja o título judicial?

O exame dessa questão impõe a análise da natureza jurídica da ação monitória, bem como os princípios do direito processual civil, aliados à finalidade do processo monitório.

## 2. A decisão do juiz ao receber a inicial

A finalidade da ação monitória, no dizer de Calamandrei, é *dar vida* a um título judicial com maior *celeridade* do que através de um procedimento ordinário<sup>2</sup>. Vale dizer, o portador de uma prova escrita, sem eficácia de título executivo, que antes deveria utilizar as vias ordinárias para a obtenção de um título judicial (sentença condenatória) possibilitador da execução contra o devedor, agora pode, mais rapidamente, *dar eficácia executiva a essa prova escrita*, através do procedimento monitório.

Nesse sentido, ao apresentar a inicial, o juiz *deve exercer um juízo de mérito da pretensão monitória*, no dizer de Carreira Alvim<sup>3</sup>, proferindo uma decisão interlocutória onde não só realize

---

<sup>2</sup> Conforme destaca José Taumaturgo da Rocha, no artigo *Ela, a ação monitória, vista por nós, brasileiros*, RTJE 146/89.

<sup>3</sup> *Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual*, 2ª edição, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 1996, p. 44.

<sup>4</sup> Análise dos requisitos formais da petição inicial (art. 282 do Código de Processo Civil); legitimidade da parte autora e interesse processual; capacidade postulatória do subscritor da inicial e prova de que age em nome do credor por outorga firmada em procuração *ad judicium*; bem como questões ligadas à competência, prescrição e outras matérias que possam impedir a admissibilidade prévia da ação.

um juízo de admissibilidade da ação<sup>4</sup>, como verifique se *a prova escrita é suficiente para que se instaure o procedimento monitorio*<sup>5</sup>, aduzindo suas razões de convencimento com a necessária fundamentação<sup>6</sup>.

Pois bem. Caso o réu não cumpra o mandado, deixando de efetuar o pagamento ou a entrega da coisa, e nem oferecendo sua defesa através dos embargos<sup>7</sup>, *constitui-se de pleno direito o título executivo judicial*, exatamente para que possa o autor ter garantido o direito de a ação prosseguir como execução para entrega de coisa<sup>8</sup> ou como execução por quantia certa<sup>9</sup>.

### **3. Os argumentos para a necessidade de uma sentença condenatória**

A dúvida reside nessa constituição do título executivo judicial. À primeira vista pode-se pensar que o juiz, ao constatar o não cumprimento da ordem e a falta de defesa, deve *proferir uma sentença condenatória, para que nasça o título executivo judicial*.

Esse raciocínio decorre de duas premissas. A primeira, relativa à idéia de que o *título judicial é aquele oriundo de sentença*, e portanto deve haver uma sentença na ação monitoria a fim de que o autor proceda a devida execução. A segunda seria a de que

---

<sup>5</sup> Conforme anota Theotonio Negrão, ao fazer menção a julgado sobre a matéria, “a prova escrita, exigida pelo art. 1.102a do CPC, é todo documento que, embora não prove, diretamente, o fato constitutivo, permite ao órgão judiciário deduzir, através de presunção, a existência do direito alegado” (*Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 30ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 1999, p. 875).

<sup>6</sup> Exigida constitucionalmente para todas as decisões judiciais, conforme estabelecido pelo art. 93, IX, da Lei Maior, ao estipular que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”.

<sup>7</sup> Esses embargos são específicos, não se devendo confundir com os embargos do devedor de que cuidam os arts. 736 e seguintes do Código de Processo Civil. O disciplinamento próprio dos embargos à ação monitoria se mostra no instante em que tal forma de defesa não depende de prévia garantia do juízo e seu processamento se dá nos próprios autos (§ 2º do art. 1.102c do Código de Processo Civil).

<sup>8</sup> Capítulo II do Título II do Livro II do Código de Processo Civil, conforme determina a parte final da cabeça do art. 1.102c do mesmo diploma legal.

<sup>9</sup> Capítulo IV do Título II do Livro II do Código de Processo Civil, de acordo com a parte final da cabeça do art. 1.102c do referido Código.

---

*não se pode admitir um feito judicial sem sentença*, de modo que, não proferindo naquela ocasião a sentença, o juiz não mais irá fazê-lo no restante do procedimento.

Tais argumentos, porém, não servem para justificar a prolação de uma sentença no procedimento monitório quando não cumprido o mandado inicial e nem ofertada a defesa.

Quanto à natureza do título judicial, ressalte-se que *a lei processual é quem dá referida qualidade ao título*. Tanto é verdade que o formal e a certidão de partilha são títulos executivos judiciais<sup>10</sup>, embora não sejam sentenças judiciais.

No tocante à necessidade de sentença na ação judicial, *o fato de o juiz não prolatar a sentença naquela fase da ação monitória não resultará na ausência desse ato*; ao contrário, seguindo o procedimento monitório como execução, *haverá sentença no final da lide que assumiu esse molde executivo*, como na situação em que se declarará extinto o feito<sup>11</sup> por satisfação da obrigação pelo credor, transação, remissão da dívida ou renúncia ao crédito<sup>12</sup>; igualmente pode ocorrer a sentença de adjudicação dos bens penhorados<sup>13</sup>, e ainda a sentença na hipótese de concurso de credores<sup>14</sup>.

#### **4. A constituição do título judicial independentemente de sentença**

Longe de se discutir a questão só em seus aspectos estritamente processuais – que poderia dar ao caso uma conotação formalista – parece ser de melhor aceitação a idéia da constituição do título executivo judicial, na ação monitória, independentemente de sentença judicial condenatória, por razão *eminente de prestígio aos princípios processuais e de instrumentalidade do*

---

<sup>10</sup> Inciso V do art. 584 do Código de Processo Civil.

<sup>11</sup> Art. 795 do Código de Processo Civil.

<sup>12</sup> Art. 794 do Código de Processo Civil.

<sup>13</sup> § 2º do art. 715 do Código de Processo Civil.

<sup>14</sup> Art. 713 do Código de Processo Civil.

*processo*, beneficiando o credor e não o devedor.

Explico. O que ocorre no procedimento monitório é que a *decisão inicial do juiz que examina os requisitos de admissibilidade e o juízo de mérito da ação* tem como finalidade não somente barrar qualquer tentativa de utilização indevida do procedimento, para cobrança de dívida que não esteja acobertada por prova escrita com presumível existência do direito alegado; mas igualmente *proporcionar a constituição imediata de título executivo judicial no caso de não atendimento do mandado ou não apresentação de defesa pelo réu*.

Admitir o contrário, ou seja, *condicionar a constituição do título executivo judicial à prolação de sentença, é beneficiar a inércia do réu*; por que o réu já teve sua oportunidade processual para efetuar espontaneamente o pagamento da dívida ou entrega da coisa<sup>15</sup>, e também consumiu-se o ensejo da defesa, *incidindo-se o fenômeno da preclusão quanto à matéria invocada na inicial e decidida pelo juiz em sua análise da admissibilidade do feito*. E a preclusão, consoante doutrina Rui Portanova, significa que “as questões não suscitadas no prazo legal ou já suscitadas e apreciadas não podem ser reapreciadas”<sup>16</sup>.

Em outras palavras, proferir sentença para a constituição do título judicial é permitir a abertura de novo prazo para discussão de matéria preclusa, em evidente afronta ao mencionado princípio processual.

Esse argumento é o utilizado notavelmente por José Taumaturgo da Rocha, para quem a prolação de sentença para constituir o título executivo judicial na monitória, no caso de contumácia<sup>17</sup> do réu, seria a “penalização imposta ao titular do

<sup>15</sup> Inclusive com o estímulo da isenção das custas e honorários advocatícios (§ 1º do art. 1.102c). Nesse caso, o autor arcará com mencionadas despesas dos atos processuais, em evidente exceção à regra contida no art. 27 do Código de Processo Civil, no sentido de que tal ônus recai sobre o vencido.

<sup>16</sup> *Princípios do Processo Civil*, segunda tiragem, Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 1997, p. 174.

<sup>17</sup> Contumácia é a inatividade processual, consistindo no não-comparecimento da parte em juízo, conforme doutrina Moacyr Amaral Santos, em suas *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 2º Volume, 8ª edição, São Paulo, Saraiva, 1983, p. 233/234.



crédito, pois se lhe retira a vantagem inicial que a lei desejou lhe conferir”<sup>18</sup>, possibilitando que o réu *apele da sentença*, e com isso se instaure o contraditório, “cuja oportunidade de fazer havia perdido, muito embora provocado”<sup>19</sup>.

Vale, pois, a lição de Néelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, para quem “a decisão que manda expedir o mandado citatório e monitório é de suma importância. Não havendo embargos, o mandado monitório transforma-se em mandado executivo. Isto faz com que a decisão que determinou sua expedição tenha conteúdo e eficácia de *sentença condenatória*, acobertada pela coisa julgada material, sendo considerada *ex vi legis* como título executivo judicial. Impõe-se, assim, cuidado extremado do juiz na sua fundamentação, necessária, sob pena de nulidade (CF 93 IX). Não pode ser prolatada como mero “despacho” (v.g. “Cite-se. Expeça-se mandado monitório”)<sup>20</sup>.

## 5. O sentido da palavra “constituir”

Observa-se que a norma que cuida da inércia processual do réu fala em *constituição*<sup>21</sup> de pleno direito do título judicial, sendo necessária a análise do referido termo.

O significado das palavras é algo que não se pode desprezar. Enuncia Goffredo Telles Júnior que “um dos caminhos luminosos para a descoberta das essências das coisas é o que leva à intimidade das *palavras* que as simbolizam. A perquirição, a esquadrinhadura das palavras acaba, muitas vezes, por livrar a natureza das coisas por elas designadas (...) As palavras não são criações de fantasia. Nelas, nada há do arbítrio humano. Cada palavra tem seu sacrário.

<sup>18</sup> *Ela, a ação monitória, vista por nós, Brasileiros*, RTJE 146, p. 102.

<sup>19</sup> Ob. cit., p. 102.

<sup>20</sup> *Código de Processo Civil Comentado*, 3ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 1.102c.

<sup>21</sup> Código de Processo Civil, “art. 1.102c. No prazo previsto no artigo anterior, poderá o réu oferecer embargos, que suspenderão a eficácia do mandado inicial. *Se os embargos não forem opostos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial*, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II e IV” (grifei).

E em cada sacrário verbal, dorme o mistério de algum ser do mundo”<sup>22</sup>.

Segundo Aurélio Buarque de Holanda<sup>23</sup> a palavra “constituir” assume vários significados, que vão desde “formar” até “organizar”, passando por “dar poderes a”, e ainda “eleger” ou “compor”; não se mostrando suficiente a análise filológica para a melhor compreensão da mencionada palavra, até por que muita vez não se pode usar o significado comum da palavra quando se está lidando com seu emprego no mundo jurídico, pois como observava Carlos Maximiliano “todas as ciências, e entre elas o Direito, têm a sua linguagem própria, a sua tecnologia; deve o intérprete levá-la em conta”<sup>24</sup>.

Essa consideração da linguagem própria do Direito, contudo, não dá a solução ao caso concreto, pois buscando a existência da palavra *constituir* no Código de Processo Civil, vê-se que ali também ela assume vários significados, como “colocar”<sup>25</sup>, “representar”<sup>26</sup>, “eleger”<sup>27</sup> e “formar”<sup>28</sup>.

Mesmo assim, com essa análise das diversas aplicações da palavra *constituir*, verifica-se que o termo sempre *sugere uma mudança, uma transformação, uma alteração das coisas no estado em que se encontram. Ora, essa mudança só tem sentido no tocante*

<sup>22</sup> *A folha Dobrada*, São Paulo, Editora Nova Fronteira, 1999. Livro de memórias de um dos Professores que fez a história da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, com notáveis passagens dos episódios mais importantes da vida política brasileira do século XX. Uma obra indispensável aos operadores do Direito que pretendam assimilar lições do próprio mundo jurídico, através da visão de um intelectual.

<sup>23</sup> *Dicionário Aurélio Eletrônico*, versão 2.0, São Paulo, Editora Nova Fronteira, 1996.

<sup>24</sup> *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 10ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1988, p. 109.

<sup>25</sup> “Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, *constitui* em mora o devedor e interrompe a prescrição” (grifei).

<sup>26</sup> “Art. 325. Contestando o réu o direito que *constitui* fundamento do pedido, o autor poderá requerer, no prazo de 10 (dez) dias, que sobre ele o juiz profira sentença incidente, se da declaração da existência ou da inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide (art. 5º)” (grifei). “Art. 599. O juiz pode, em qualquer momento do processo: (...) II - advertir ao devedor que o seu procedimento *constitui* ato atentatório à dignidade da justiça” (grifei).

<sup>27</sup> “Art. 44. A parte, que revogar o mandato outorgado ao seu advogado, no mesmo ato *constituirá* outro que assumo o patrocínio da causa” (grifei).

<sup>28</sup> “Art. 358. O juiz não admitirá a recusa: (...) II - se o requerido aludiu ao documento ou à coisa, no processo, com o intuito de *constituir* prova” (grifei).

à ação monitoria se concretizada de imediato. Vale aqui a advertência de Raimundo Bezerra Falcão, para quem “as palavras estão no texto como uma provocação ao sujeito interpretante, para que ele extraia delas os sentidos que estão aptos a propiciar que esse mesmo intérprete capte. Não se encontram ali por mero enfado ou capricho, mas para servir ao sentido, que tem no espírito do intérprete sua usina e complemento de produção”<sup>29</sup>.

E há um modo seguro de concluir qual o sentido da palavra *quando se fala em ação monitoria*, bastando seguir a lição de Maximiliano, no sentido de que “quando haja antinomia entre os dois significados, prefira-se o adotado geralmente pelo mesmo autor, *ou legislador*, conforme as inferências deduzíveis do contexto”<sup>30</sup>.

Ora, a Lei 9.079/95, que introduziu em nosso sistema jurídico a ação monitoria, emprega a palavra “*constituir*” em duas oportunidades, sendo razoável concluir que em ambos os casos possuem o mesmo significado.

Assim, ao cuidar da hipótese em que é apresentada a defesa pelo réu, quando a Lei diz que, rejeitados os embargos, *constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial*<sup>31</sup> significa que, no instante em que o juiz rejeita os embargos, *forma-se o título judicial*.

Então, há que se empregar o mesmo sentido da palavra na situação em que não existiu defesa, vale dizer, quando a Lei diz que se os embargos não forem opostos *constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial*<sup>32</sup>, significa que *formar-se-á o*

---

<sup>29</sup> *Hermenêutica*, São Paulo, 1997, Editora Malheiros, p. 265.

<sup>30</sup> Ob. cit., p. 109, grifei.

<sup>31</sup> Código de Processo Civil, “art. 1.102c. (...) § 3º - Rejeitados os embargos, *constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, intimando-se o devedor e prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II e IV*”.

<sup>32</sup> Código de Processo Civil, “art. 1.102c. No prazo previsto no artigo anterior, poderá o réu oferecer embargos, que suspenderão a eficácia do mandado inicial. Se os embargos não forem opostos, *constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II e IV*”.

*título judicial, independentemente de qualquer outro ato judicial.*

## **6. A inutilidade do processo monitorio na hipótese de se exigir sentença condenatória para constituição do título**

Uma questão de ordem prática se revela nessa discussão sobre a necessidade de uma sentença condenatória para a formação do título judicial no caso de descumprimento do mandado inicial por parte do réu.

É que, ao sentenciar o feito, *possibilita-se o oferecimento de uma cadeia recursal impeditiva da execução imediata do título*. Assim, admitir a necessidade de tal sentença é gerar um verdadeiro martírio processual para o credor, com a conseqüente inutilidade da ação monitoria.

Nessa conjuntura, o réu, *mesmo já tendo perdido sua oportunidade de defesa*, poderia ingressar com *embargos de declaração*, que, pela sistemática atual, tem a força de *interromper o prazo de apelação*<sup>33</sup>. Em seguida, ofertaria o recurso de apelação, que impediria a execução da decisão atacada, pela necessidade de seu recebimento no efeito suspensivo<sup>34</sup>. E mesmo após o julgamento da apelação, ainda restaria a possibilidade de o réu manejar recurso especial, com a obtenção de efeito suspensivo<sup>35</sup>.

Em resumo, caso exigível fosse a sentença condenatória para

---

<sup>33</sup> Código de Processo Civil, “art. 538. Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes”.

<sup>34</sup> Código de Processo Civil, “art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: I - homologar a divisão ou a demarcação; II - condenar à prestação de alimentos; III - julgar a liquidação de sentença; IV - decidir o processo cautelar; V - rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes; VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem”.

<sup>35</sup> Embora o recurso especial não tenha efeito suspensivo – art. 497 do Código de Processo Civil (“o recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença”) – o Superior Tribunal de Justiça admite a utilização de medida cautelar para o fim específico de obter mencionado efeito, desde que verificada a plausibilidade do direito invocado e a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação no caso de ter que se aguardar o julgamento do recurso (Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, “art.288. Admitir-se-ão medidas cautelares nas hipóteses e na forma da lei processual”).

---

o prosseguimento da ação monitória sob o manto da via executiva, ter-se-ia que aguardar o trânsito em julgado da mencionada decisão, para que se pudesse seguir com a execução do referido “título judicial”.

## 7. A razão do título executivo judicial e não extrajudicial

Uma dúvida que pode surgir é a decorrente da designação da Lei de *título judicial*, e não extrajudicial, pois se é certo concluir que se adotou a fórmula de *dispensar a sentença para a constituição do título*, talvez o mais racional fosse atribuir à decisão do magistrado que admitiu a ação monitória o *valor de título executivo extrajudicial*.

Elaine Harzheim Macedo esclarece, a propósito, que “a forma como foi redigido o art. 1.102c permite-nos concluir que o modelo agora introduzido pela Lei 9.079, de 14 de julho de 1995, preferiu copiar a experiência italiana. Não é sem razão que o legislador dispõe sobre a constituição do título executivo de pleno direito, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo, pela simples ausência de oposição de embargos. E não se argua que o legislador equivocou-se ao referir, no predito dispositivo, “título executivo judicial”. Trata-se, sim, de título judicial porque o que adquire a força executiva é a ordem, a injunção, o decreto inicial, que é pronunciamento judicial”<sup>36</sup>.

Prefiro, porém, a magnífica explicação de Theotônio Negrão, no sentido de que “trata-se de um estranho título executivo judicial, porque prescinde de sentença. Ao que parece, tal natureza lhe é atribuída pela lei para evitar que o réu oponha, posteriormente, embargos à execução com fundamento no art. 745, em vez de ficar restrito às hipóteses do art. 741”<sup>37</sup>.

De fato, na execução de título judicial, a defesa é mais

---

<sup>36</sup> *Do Procedimento Monitório*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998, pp. 152/153.

<sup>37</sup> *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 30ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 1999, p. 876.

---

restrita<sup>38</sup>; e caso a Lei tivesse atribuído à *decisão inicial do processo monitorio a natureza de título executivo extrajudicial*, quando o réu fosse oferecer sua defesa no desenrolar do processo executivo, *teria o amplo poder de suscitar qualquer matéria de defesa*<sup>39</sup>, *restando violado o princípio da preclusão, uma vez que esse mesmo réu já teria perdido sua oportunidade de defesa ampla quando de sua citação no processo para oferecimento de embargos à ação monitoria.*

## 8. Conclusão

Pelo que se pode verificar, a Lei 9.079/95 criou uma nova espécie de título judicial<sup>40</sup>, e, pelo magistério de Vicente Greco Filho “trata-se de título executivo judicial por equiparação e não

<sup>38</sup> Código de Processo Civil, “art. 741. Na execução fundada em título judicial, os embargos só poderão versar sobre: I - falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento, se a ação lhe correu à revelia; II - inexigibilidade do título; III - ilegitimidade das partes; IV - cumulação indevida de execuções; V - excesso da execução, ou nulidade desta até a penhora; VI - qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação com execução aparelhada, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença; VII - incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz”.

<sup>39</sup> Código de Processo Civil, “art. 745. Quando a execução se fundar em título extrajudicial, o devedor poderá alegar, em embargos, além das matérias previstas no art. 741, qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento”.

<sup>40</sup> Segundo o magistério de Cândido Rangel Dinamarco, são os seguintes os títulos judiciais: “a) sentença condenatória civil ordinária (art. 584, inc. I), passada em julgado ou não (art. 587) (inclui-se aqui a sentença condenatória proferida pelos juizados especiais, agora exequível pelo próprio juizado: v. LJE, art. 52; b) sentença condenatória para o futuro (art. 290; art. 461; art. 614, inc. II); c) sentença condenatória “alternativa”, após a providência do art. 571; d) sentença condenatória genérica, após a liquidação (art. 286; art. 459, par. ún.; arts. 603-611); e) sentença condenatória criminal, após a liquidação (art. 584, inc. II; CPP, art. 63); f) o *mandado de pagamento ou entrega, expedido no processo monitorio (C PC, arts. 1.102-a e 1.102-b, red. Lei n. 9.079, de 14.7.95)*; g) sentença homologatória de transação feita na pendência de processo (art. 584, inc. III; art. 449); h) sentença homologatória de reconhecimento do pedido (id.); i) sentença arbitral condenatória (art. 584, inc. III, red. Lei n. 9.307, de 23.9.96); j) ato homologatório de sentença estrangeira condenatória (art. 584, inc. IV); k) adjudicação de quinhão sucessório (art. 584, inc. V); l) acordos de qualquer origem, homologados pelo juiz competente (LJE, art. 57)” (*Execução Civil*, 6ª edição, São Paulo, Editora Malheiros, 1998, pp. 500/501 - grifei). Ouso discordar do eminente processualista, por entender que o título judicial *não é o mandado de pagamento ou entrega da coisa expedido no processo monitorio, e sim a decisão inicial do juiz que analisa a ação monitoria*. Na verdade, o mandado de pagamento *transforma-se em mandado de execução*; portanto, essa transformação decorre exatamente pelo surgimento do título judicial, que é a decisão do magistrado autorizadora da expedição do mandado de pagamento ou entrega da coisa.

<sup>41</sup> *Comentários ao Procedimento Sumário, ao Agravo e à Ação Monitoria*, São Paulo, Editora Saraiva, 1996, p. 55.

pela natureza do provimento”<sup>41</sup>.

Esse título judicial é a *decisão inicial do juiz que examina os requisitos de admissibilidade e o juízo de mérito da ação monitória, desde que não haja pagamento, entrega da coisa ou oferecimento de embargos pelo réu.*

Recordemos Calamandrei, para quem ação monitória só tem sentido se *der vida* a um título judicial com maior *celeridade* do que através de um procedimento ordinário. Defender a necessidade de uma *sentença condenatória* para a constituição do título judicial *quando o réu deixou esgotar o prazo para cumprimento do mandado ou oferecimento de sua defesa, reabrindo pela via recursal a possibilidade de discussão de matéria preclusa*, além de prestigiar o devedor contumaz é impedir a plena eficácia do feito monitório.

A evolução do direito – notadamente o processual – só se concretiza quando o aplicador da lei se mostra apto a assimilar todas as vantagens de um novo sistema; e, no caso da ação monitória, isso somente é possível no instante em que se admita a figura de um novo título executivo judicial, que force o juiz a proceder uma análise rigorosa quando do recebimento da inicial, fundamentando sua decisão e abreviando com segurança a busca da satisfação da obrigação pelo credor.

# **FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PRIVADA – NOTAS SOBRE A SUA EVOLUÇÃO CONCEITUAL**

**FRANCISCO LUCIANO LIMA RODRIGUES**

Juiz de Direito no Ceará – Mestre em Direito pela UFC(Ce), Professor de Direito Civil da Universidade de Fortaleza –UNIFOR(Ce), Juiz Coordenador da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco

## ***Sumário***

*1- Introdução. 2 – Conceito de propriedade – evolução histórica. 3 – Função Social da Propriedade – evolução histórica do conceito. 4 – Função Social da Propriedade na Constituição de 1988. 5 – Conclusões. 6 - Bibliografia*

## **1. Introdução**

O conceito de propriedade traduz a realidade econômica, política e social de cada época, resultando, como fato incontroverso, que a sua conceituação está submetida a constante evolução.

Pretende-se, neste trabalho, proceder a uma análise do perfil constitucional da função social da propriedade.

À guisa de compreensão do tema, será abordado, precedentemente, o estudo da propriedade verificando-se a trajetória histórica percorrida para a formação do atual conceito de propriedade, desde a teoria que atribui a sua criação à vontade divina, passando pela valorização resultante do poder econômico até a concepção materialista de Karl Marx.



No tocante ao tema central do trabalho será realizado um estudo da evolução histórica do conceito de função social da propriedade, procedendo-se a análise das diversas concepções sobre propriedade, desde Santo Agostinho, que condenava o abuso do homem sobre as coisas divinas, passando pelas idéias de Augusto Comte e adentrando nos conceitos formulados por Léon Duguit.

Será abordada a função social da propriedade sob a ótica do texto constitucional, fixando o estudo na sua inclusão dentre os direitos e garantias fundamentais, na análise dos critérios objetivos fixados para o preenchimento da função social da propriedade urbana e rural e, ainda, na questão da interpretação do princípio da função social da propriedade frente ao tecido constitucional e as demais regras do ordenamento jurídico.

Por fim, se analisarão os efeitos da lei 10.257/01, que regulamentou a política da propriedade urbana, fixando critérios para utilização dos mecanismos de coerção urbanística para o cumprimento da função social da propriedade urbana.

## **2. Conceito de propriedade – evolução histórica do conceito**

A origem da propriedade como instituição é justificada por meio de teorias que atribuem sua criação desde a vontade divina, passando pela valorização econômica até uma concepção materialista para justificar a sua origem.

Isabel Vaz<sup>1</sup> afirma que algumas das mais antigas referências à propriedade da terra podem ser encontradas em várias passagens da Bíblia Sagrada, no Velho Testamento. Depois de terem sido criados o céu e a terra, o homem e a mulher, Deus lhe disse: “*Crescei*

---

<sup>1</sup> VAZ, Isabel. **Direito Econômico das Propriedades**, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1992, p.26.

*e multiplicai-vos e enchei a terra e sujeitei-a”* (Gênesis, XIII, 15).

Na mesma linha de raciocínio, Izabel Vaz<sup>2</sup> afirma, ainda, que não há nenhuma indicação de que esta propriedade fosse individual ou comum. Segundo o livro dos Números, foi determinado a Moisés que, depois de atravessar o Jordão e entrar em Canaã, repartisse a terra por sorte entre as doze tribos de Israel. Aos que forem em maior número, dareis maior porção, e aos que forem menos, porção menor. Cada um receberá a sua herança, conforme o que lhe cair por sorte e a repartição se fará por tribos e por famílias (Números, XXXIII, 51-54).

Ainda acerca da origem da propriedade, Marina Mariani de Vidal<sup>3</sup> assevera que a terra, no princípio, havia sido cultivada de forma comum e que, com o passar do tempo, passou-se a atribuir a cada família integrante da tribo uma porção de terra onde cada uma deveria trabalhar para garantir seu sustento. A ocasião em que a área a ser utilizada pela família era dividida variava por períodos mais ou menos largos, como, por exemplo: o povo judeu repartia as suas terras a cada cinquenta anos - momento em que se denominava de ano sabático.

Com o passar dos tempos, a prerrogativa dada a cada família para que desfrutasse a terra foi ficando perpétua e, muitas vezes, o titular de todos os bens era o cabeça da família.

A sociedade greco-romana foi responsável por um considerável legado deixado às sociedades que a sucederam no tocante às regras de Direito privado.

A visão romana de propriedade deve ser apreciada sem se perder de vista que a forma romana de vê-la está ligada a questões

---

<sup>2</sup>Obra citada, página 27.

<sup>3</sup> VIDAL, Marina Mariani de. **Curso de Derechos Reales**, tomo I, Buenos Aires, Zavalia Editor, p. 197.

familiares e religiosas.

Fustel de Coulanges<sup>4</sup> afirma que a idéia de propriedade privada na sociedade romana estava situada na própria religião, pelo fato de que cada família tinha o local de residência e de seus antecedentes como um lugar sagrado, onde os espíritos dos antecedentes protegiam os atuais moradores.

A família romana, individualmente, possuía seus próprios deuses, representados por seus ancestrais que protegiam tão-somente os entes de uma determinada família. O local de moradia era sagrado e nela não podiam penetrar pessoas estranhas à família. Esse caráter sagrado levou o romano a instituir limites à sua propriedade.

O sentimento do romano pela terra levava-o a considerá-la inalienável. Essa inalienabilidade se justificava pelo fato de o romano ter sua casa como lugar onde habitavam os ancestrais do morador, que tinham caráter divino e que os protegiam, sendo, dessa forma, pertencente a toda a família, e, portanto, não disponível à alienação.

A propriedade em Roma evoluiu conceitualmente sem, entretanto, perder o seu caráter religioso, chegando-se a permitir a alienação da propriedade, embora, submetida a critérios religiosos que marcavam a cerimônia de transferência da terra.

Afirma Isabel Vaz<sup>5</sup>, acerca da visão romana de propriedade, que a concepção religiosa do romano entendia a idéia de propriedade como sendo familiar e, dessa forma, se sobrepondo ao caráter individualista, como meio de garantir o direito à família,

---

4 COULANGES, Numa Demis Fustel. **A Cidade Antiga**, tradução de Jonas Camarco Leite e Eduardo Fonseca, São Paulo, HEMUS, 1975, p.56.

5 VAZ, Isabel. Obra citada, página 32.

após a morte do proprietário, de continuar a utilizá-la como local sagrado para manifestações religiosas.

Manuel I. Adrougue<sup>6</sup> afirma que no Direito Romano primitivo, quando a sociedade e a propriedade eram regidas pela Lei Das Doze Tábuas, a propriedade se resumia a poucas coisas e encontrava-se sob a guarda de quem possuísse o *pater familias*.

Na época do império romano, deu-se o surgimento de novas formas de propriedade motivado pelas sucessivas conquistas territoriais do império de Roma. As terras conquistadas pelo povo romano eram, em parte, reservadas à utilização pelo próprio império e outra parte era colocada à exploração por pessoas que deveriam pagar pelo direito de exercer a referida exploração.

Ao imperador Justiniano, através da elaboração do código denominado “*Compilação Justiniana*”, é atribuída a unificação das diversas formas de propriedade, inclusive as surgidas pela expansão do império romano.

Aspecto interessante na visão de propriedade do império romano é a reação à existência do condomínio, como forma de propriedade, motivada pela visão individualista do instituto da propriedade.

Outro aspecto considerável a respeito da visão de propriedade na era romana é a existência de número certo de direitos reais em sua legislação, ao contrário do entendimento germânico sobre o assunto.

Acerca do tratamento de propriedade pelo Direito Romano,

---

<sup>6</sup> ADROUGUE, Manuel I. **El Derecho de propiedad en la actualidad**. Buenos Aires, aleledo-Perrot, 1991, p. 21. “en el Derecho romano primitivo(de las XII Tablas), la propiedad se aplicaba a pocas cosas dentro del Lacio, y se reservaba al pater familias”.

afirma Marini Mariani Vidal<sup>7</sup> que os vínculos familiares em Roma se afrouxaram após a adoção da concepção individualista da propriedade. Assevera Vidal ter ocorrido o reconhecimento de certas limitações à propriedade baseadas no interesse da coletividade, bem como restrições impostas aos imóveis que eram conhecidas por servidão e que deveriam ser suportadas pelo sucessor do proprietário, que manteria com a coisa uma relação escravagista. Daí a nomenclatura, hoje utilizada, de prédio serviente, na hipótese de servidão predial.

O posicionamento dos estudiosos quanto ao período histórico que demarca o início da Idade Média é controverso. A corrente predominante afirma que ela começa com a queda do Império Romano (476 d.c). Outras consideram o Tratado de Verdun, elaborado pelos descendentes do Imperador Carlos Magno, no qual foi dividido o império romano em parte oriental e ocidental, como marco inicial do período histórico denominado Idade Média.

Afirma Manuel I. Adrougue<sup>8</sup> que o domínio dos bárbaros sobre o Império Romano, resultando sua queda, foi o marco inicial da Idade Média.

Defendendo tese contrária, Marina Mariani de Vidal<sup>9</sup> assevera que o início da Idade Média foi marcado pela celebração

<sup>7</sup>VIDAL, Marina Mariani. Obra citada, p. 197. “ el aflojamiento de los vínculos familiares alumbó posteriormente la propiedad individualista, como la conocemos actualmente. Y si bien es cierto que reconocía ciertas limitaciones inspiradas em el interés de la comunidad, también lo es que toda comun resticición privada por la cual los inmuebles, era considerada como una “ servidumbre” y la heredade que la suportaba tenia una condición semejante a la de un esclavo (de aalí la denominación de fundo servinte).

<sup>8</sup>ADROUGUE, Manuel I. Obra citada, p. 24.” La caída de Roma, a manos de los bárbaros (año 476 d.c), provoca el derrumbe del Império Romano de Occidente y abre las puertas de la Edad Media”.

<sup>9</sup>VIDAL, Marina Mariani. Obra citada, p.198.” Lo que da una característica especial ao régimen de la propiedad inmueble - con mucho la más importante en ese momento - no se desarrolla en toda ella, sino que abarca un período determinado, que se designa con el nombre de época feudal o feudalismo, que se inicia más o menos el año 843, cuanda se firma el Tratado de Verdún, por el cual los nietos del Emperador Carlomagno se dividem el Imperio: aparecen los señores feudales compartiendo la soberania con los reys, que no eran más que primus inter pares.”

do Tratado de Verdun pelo qual os netos do Imperador Carlos Magno dividiram o Império Romano, resultando no aparecimento dos senhores feudais que passaram a dividir a soberania do Estado com os reis.

O início da Idade Média é marcada, na Europa, pelos grandes movimentos de migração de povos e pelo fato de que a fé e a cultura eram guardadas pelos monges e religiosos nos conventos e mosteiros.

No aspecto jurídico um marco também considerável foi a compilação do Direito bárbaro, que enalteceu a fase denominada baixa Idade Média, onde se pode distinguir com maior evidência o feudalismo.

O feudalismo provocou a repartição do poder dos reis sobre a terra, uma vez que a propriedade foi bifurcada em domínio direto e domínio útil. O domínio direto era aquele exercido pelo senhor feudal e outro, o útil, aquele exercido pelos vassalos. Essa relação entre o senhor feudal e seus vassalos consistia em que este, para explorar e utilizar a terra, pagava ao senhor feudal prestações que poderiam ser *in natura* ou em espécie.

Na Idade Média ocorreu um processo de desintegração do conceito unitário de propriedade, resultando em desdobramentos de suas faculdades entre o titular do domínio e o efetivo possuidor e usufrutuário, propiciando o aparecimento de outras formas coletivas ou comuns de propriedade, conforme nos ensina o professor Marco Aurélio S. Viana.<sup>10</sup>

Vale ressaltar que, ao lado da existência dos feudos, onde o domínio era compartilhado entre senhor e vassalos, existiam as terras

---

<sup>10</sup>VIANA, Marco Aurélio S. **Tutela da Propriedade Imóvel (doutrina, jurisprudência)** Editora Saraiva, São Paulo, 1982, página 12.

onde ainda predominava o princípio romano do absolutismo e do exclusivismo, denominados de terras alodiais. Nestas terras, vigorava o princípio de que “*não há senhor sem título*”. Assim sendo, as terras alodiais eram possuídas sem encargos e sem gravames. A existência de terras alodiais que se multiplicavam e também o crescimento dos burgos, que eram povoados existentes além dos muros do castelo feudal, enfraqueceram o poder do senhor feudal e contribuíram para o aumento das cidades livres.

A decadência do período feudal, no que tange ao aspecto jurídico relativo à propriedade, contou com a ajuda de juristas que atribuíram ao domínio útil (aquele exercido pelo vassalo) características jurídicas semelhantes aos atribuídos à propriedade romana. Concluíram esses juristas que o domínio advinha da concessão permitida pelo senhor feudal e que os gravames que fortaleciam o domínio direto (aquele exercido pelo senhor feudal) eram vistos como insuportáveis, visto que retiravam os direitos daqueles que realmente trabalhavam e faziam a terra render economicamente, conforme discorre a professora Marina Mariani de Vidal<sup>11</sup>.

Atribui-se ao Direito utilizado pelos bárbaros (Direito dos costumes) e também ao cristianismo a utilização de restrições à propriedade no período feudal da Idade Média.

O professor Manuel I. Adroque<sup>12</sup>, assevera, acerca das

---

11 VIDAL, Marina Mariani de. Obra citada, p.198/199 “Poco a poco los señores feudales fueron perdiendo su primacía, debido a la importancia creciente de las ciudades o “burgos”, y al aumento del poder de los reys. También tuvieron su parte los juristas quienes - inspirados en el Derecho Romano, cuyo estudio había vuelto a florecer - trataron de hacer del dominio útil un derecho semejante a la propiedad romana y si bien jurídicamente aquél había nacido como una concesión consentida por el señor feudal, los gravámenes que concretaban el dominio directo o eminente, empezaron a verse con un privilegio insorpotable, como una usurpación a los titulares del dominio útil queeran quienes, en verdad, lo trabajaban y hacían rendir ecoomicamente”

12 ADROUGUE, Manuel I. Obra citada, p.27.“ El Iluminismo, las nuevas corrientes del pensamiento económico, la Reforma (religiosa), y la concreta situación de servidumbre y estancamiento en que se hallaba buena parte de la población de Europa, prepararon el camino de la Revolución Francesa que provocó um cambio abrupto en todo esse ordem de cosas. Posiblemente um régimen como el feudal, consolidado como estaba, no hubiera podido caer sino a consecuencia de un sacudimiento político y social de las proporciones de qué que estamos hablando”

mudanças ocorridas no conceito de propriedade, que o iluminismo e as novas correntes do pensamento econômico e a reforma religiosa, bem como a concreta situação de servidão que atingia boa parte da população européia, prepararam o caminho para a Revolução Francesa que provocou uma mudança abrupta em toda a ordem jurídica.

Continuando seu raciocínio, explicita Manuel I. Adroque que, possivelmente um regime como o feudal, completamente consolidado, não poderia cair, senão em consequência de uma agitação político-social nas proporções resultantes da Revolução Francesa.

Arnald Wald<sup>13</sup>, consigna que a Idade Média elaborou um conceito distinto de propriedade, rejeitando o exclusivismo dos romanistas e introduzindo na técnica privatista uma hierarquia oriunda do Direito público, admitiu o mundo feudal uma superposição de domínios de densidades diferentes que se mantinham paralelos uns aos outros. A valorização do solo e a estreita dependência entre o poder político e a propriedade das terras eram responsáveis pela formação de uma identidade entre a soberania e a propriedade.

A Revolução Francesa marcou a história da humanidade e provocou mudanças no conceito de propriedade. Alguns autores declaram que a Revolução de 1789 trouxe de volta o conceito romano de propriedade, definindo-a como direito sagrado, individualista e absolutista.

Historicamente, a Revolução Francesa foi responsável pela transferência, através de decisão da Assembléia Nacional, da propriedade, retirando dela os gravames e convertendo o

---

13 WALD, Arnald. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 7a. Edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990, página 111.



proprietário do domínio útil (vassalo) em verdadeiro proprietário.

Nesse período histórico, o proprietário passou de usufrutuário a senhor do bem, vez que a propriedade era concebida como algo inviolável e sagrado e não se admitia a repartição da propriedade em domínio útil e domínio direto.

As mudanças sociais, políticas e jurídicas ocorridas durante a Revolução Francesa desencadearam a instituição do Código Civil Francês, em 1804, também denominado Código de Napoleão, que definiu o conceito de propriedade.

A respeito da influência da Revolução Francesa no conceito de propriedade, afirma MANUEL I. ADROGUE<sup>14</sup>, que este período fez do proprietário uma espécie de soberano e da propriedade um direito sagrado e inviolável. Tal entendimento era a salvaguarda da liberdade. A simplificação da propriedade e a sua organização com base estritamente familiar era a forma encontrada para a supressão das classes sociais. As palavras liberdade, igualdade e fraternidade eram as expressões mágicas que simbolizavam o ideal daquela época. Existia, naquele momento histórico, uma idolatração da propriedade, fundada também nos ideais de igualdade, fraternidade e liberdade, tomados como forma de resistência à opressão da classe dominante.

O Código de Napoleão , em seu artigo 544, define propriedade como “o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que não se faça dela uso proibido pelas leis e regulamentos”.

---

<sup>14</sup>ADROGUE, Manuel I. Obra citada, p.29. “ Se hizo del propietario una especie de soberano y la propiedad fue considerada un derecho sagrado e inviolable. Era la salvaguardia de la libertad. La simplificación de la propiedad y su organización de base estrictamente individual (no familiar) era, además, instrumento ordenado a la supresión de las clases sociales (lease, la nobleza). Libertad, igualdad, fraternidad, eram las mágicas palabras que simbolizaban estas ideas. la propiedad era idolatrada, junto con la libertad, la igualdad e el derecho de resitencia a la opresión”.

---

A definição contida no Código de 1804 mereceu críticas quanto a sua elaboração, tendo sido considerada ilógica, uma vez que afirma ser a propriedade o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, como se fosse possível atribuir ao absoluto uma gradação que resultaria, inevitavelmente, no aparecimento do relativo, já que, existindo possibilidade de gradação do absoluto, teríamos um “ mais absoluto e um menos absoluto” direito de propriedade.

Ainda, na mesma definição de propriedade elaborada pelo Código de 1804, vêm-se expressões contraditórias, pois não é possível que um direito seja gozado de forma absoluta e ao mesmo tempo possa ser limitado por normas e regulamentos.

Alguns autores, como Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>15</sup>, defendem a idéia de que a concepção romana da propriedade restabeleceu-se no século XVII, afirmando que, na França, após a Revolução, a propriedade aparece na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão como um direito inviolável e sagrado. A preocupação em assegurar a liberdade individual e a igualdade dos homens e a reação ao regime feudal levaram a uma concepção individualista exagerada de propriedade, caracterizada como direito absoluto, exclusivo e perpétuo, não sendo admitida, inicialmente, outras restrições, senão as decorrentes das normas sobre vizinhança, que determinavam algumas obrigações ao proprietário.

O posicionamento dos juristas no sentido de entender a propriedade, no período da Revolução Francesa, como uma reedição do conceito absolutista da idade romana, encontra contestadores que propugnam pela existência de diferenciações básicas entre o conceito de propriedade nos dois momentos

---

<sup>15</sup>PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Servidão Administrativa**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1978, página 12 e 13.

históricos indicados. Neste sentido, o Professor Manuel I. Adrogue<sup>16</sup> afirma que a Revolução Francesa suprimiu o regime feudal da propriedade, restabeleceu a estrutura da propriedade romana em seus aspectos técnico-jurídicos. Entretanto, assevera o autor que, ideologicamente, a propriedade foi entendida de forma diferente nos referidos períodos históricos, pois na concepção romana, a propriedade era evidenciada pelo autoritarismo, tinha conotação militar, religiosa e política, sendo utilizada para assegurar a supremacia das famílias romanas. A propriedade na era napoleônica foi resultado da união de pequenos e médios possuidores com a burguesia em oposição ao rei e à nobreza, com a pretensão de separar o poder político do poder econômico.

O conceito de propriedade individualista e absoluta, surgida após a Revolução Francesa, foi, na segunda metade do século XIX, alvo de questionamentos, motivado pelo surgimento de entendimentos no sentido de que a propriedade deveria atender ao bem-estar da coletividade.

Entretanto, apesar das reações contrárias às idéias patrocinadas pela Revolução Francesa, a propriedade foi vista até a metade do século passado como um instituto individualista, passando, com os movimentos sociais, políticos e econômicos ocorridos na Europa, a partir da segunda metade do século XIX, notadamente a expansão das idéias do filósofo Karl Marx, a sofrer uma fragilização em seu aspecto individualista, tão em evidência na época.

---

<sup>16</sup>ADROUGUE, Manuel I. Obra citada, p. 31. “ La Revolución Francesa, al suprimir el régimen feudal de la propiedad, restableció la estructura de la propiedad romana en sus aspectos técnicos-jurídicos. Fueron esos los momentos, en el cuadro de la evolución histórica de nuestra institución, en que la propiedad reunió los mayores atributos. Pero la ideología que inspiraba a la propiedad, en uno y outro caso, era indudablemente diversa. La concepción romana evidenciaba un autoritarismo, de connotación militar, religioso y político, que aseguraba la supremacía de las familias descendientes e los fundadores de Roma. La propiedad napoleónica, hija de la Revolución Francesa, que fue el resultado de la unión de los pequeños y medianos terratenientes con la burhiesia en contra del rey y la nobreza, pretende separar el poder político del poder económico, por via de reconocer aquél ao pueblo y éste ao ciudadano”

A respeito das mudanças sociais e políticas alcançadas nos meados do século XIX e suas conseqüências na conceituação da propriedade, Marina Marianni de Vidal<sup>17</sup> afirma que o liberalismo, motivado por suas concepções de Estado, propiciou grandes abusos por parte dos detentores de riqueza. Argumenta, ainda, que o industrialismo originou uma massa de proletários cuja única riqueza eram seus braços e cuja mercadoria - assim era considerado o trabalho humano - estava sujeito às variações da procura e da oferta. Enfatiza a autora que as idéias liberais do século XIX deram oportunidade ao nascimento do anarquismo, como ideologia política, traduzido no entendimento de que a propriedade era um roubo, advogando a sua extinção.

Destas ebulições políticas ocorridas a partir do século XIX surgem duas posições acerca da propriedade. Uma resultante das idéias nascidas da Revolução Russa, que desejava transformar a propriedade individual em propriedade coletiva e, em contrapartida, uma outra corrente política que intencionava manter o *status quo* da propriedade da época, acrescida de restrições que atendessem ao interesse social.

Na análise da evolução conceitual de propriedade não se pode desconsiderar o papel da Igreja Católica na conceituação do instituto. A Igreja considera a propriedade um direito natural, uma instituição cuja existência é inerente à própria qualidade humana. A este respeito devem-se ressaltar as palavras do filósofo Santo Tomás de Aquino, que propugnava a tese de que o homem recebia a terra de Deus - propriedade como dádiva divina - e que, após retirar o satisfatório ao preenchimento de suas necessidades, deveria

---

17VIDAL, Marina Marianni de. Obra citada, 199. "El liberalismo, com su concepción del Estado gendarme y el principio del laissez faire, laissez passer, dio lugar a grandes abusos por parte de los poseedores de la riqueza. El industrialismo originó la massa de los proletarios cuya única riqueza eram sus brazos e cuya mercancía - que así era considerado el trabajo humano - estaba sujeto a los avatares de la oferta y la demanda".

---

distribuir o restante para os outros homens. Dizia, ainda, a tese de Tomás de Aquino que a propriedade teria duas finalidades: a de satisfazer a um fim pessoal, atendendo às necessidades do indivíduo e outra, de caráter social, que consistiria na distribuição do restante da propriedade aos demais indivíduos, no intuito de que satisfizessem as suas necessidades. Vale ressaltar que o caráter ou a finalidade social dada à propriedade por Santo Tomás de Aquino tinha como sustentáculo a caridade, ou seja, um sentido religioso e não jurídico. No seu entendimento o que moveria o indivíduo a redistribuir o excesso de propriedade não seria o mecanismo legal que o forçasse à entrega da propriedade individual excedente para a comunidade e, simplesmente, o sentimento religioso.

Afirma Luiz Edson Fachin<sup>18</sup> que a doutrina social da Igreja Católica, baseada no cristianismo, considera, via de regra, a propriedade como sendo um direito natural do homem, mas não a propriedade comum dos homens, e sim a propriedade cuja posse e uso estão nas mãos de um homem. É o que se depreende da encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, em que se destaca a seguinte expressão “*assim, esta conversão da propriedade particular em coletiva, tão preconizada pelo socialismo, não teria outro efeito senão tornar a situação dos operários mais precária...*”. Logo, é a propriedade privada que a Igreja Católica entende como decorrência do direito natural à propriedade que é consagrado pelo consenso unânime dos homens e pela lei, tanto humana como divina.

A encíclica *Mater et Magistra*, assinada pelo Papa João XXIII, em 1961, reafirma que a economia deve ser obra da iniciativa particular. Foram promulgadas outras encíclicas que mantiveram basicamente os mesmos princípios: *Pacem in Terris*, do Papa João XXIII; *Populorum Progressio*, do Papa Paulo VI, em 1979;

---

<sup>18</sup>FACHIN, Luiz Edson. **Conceituação do Direito de Propriedade**, Revista de Direito Civil - Imobiliário, Agrário e Empresarial, ano 11, 1987, nº 42, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, página 55.

*Redemptus Hominis*, do Papa João Paulo II. A esta doutrina social da Igreja Católica, segue-se, portanto, todo um conjunto de pensamentos sobre a propriedade, a terra, o capital e o trabalho, idéias que alguns autores denominam de cristianização, orientação mantida pelas novas cartas papais.

Afirma, ainda, o professor acima citado, que o motivo pelo qual a Igreja Católica se manifestou sobre a questão da conceituação da propriedade foi o impacto causado pelas idéias marxistas no meio operariado, afastando-os dos mitos e ritos da religião. Conduzida pelos efeitos da encíclica *Rerum Novarum*, no entendimento de Henry George, citado por Luiz Edson Fachin, o Vaticano elaborou sua primeira investida contra o impacto provocado na massa de assalariados.

Por fim, a evolução continuada do conceito de propriedade tem desencadeado novos rumos para uma conceituação mais próxima da realidade político-social que vivemos, como Eduardo Novoa Monreal<sup>19</sup>. quando afirma que apenas nos últimos anos começaram a aparecer idéias mais críticas sobre o direito de propriedade dentro do direito civil. Jean Carbonier é um dos poucos juristas que propõem o repensar o conceito de propriedade por outro ângulo. Reconhece Carbonier que o conceito do direito de propriedade privada tem sido objeto de importantes transformações e propõe que se ponham limitações legais à grande propriedade

---

<sup>19</sup> MONREAL, Eduardo Novoa. **Propiedad y Estado**. Revista Contradogmáticas, V.20, No. 4-5, 1985, Santa Cruz do Sul, FISC: Florianópolis, ALMED, 1985, páginas 154/155. “Es apenas en los últimos años que empuzam a despuntar ideas más críticas sobre el derecho de propiedad dentro del derecho civil moderno. Jean Carbonier es uno de los pocos las proponen desde ângulos bien variados, haciendo pasar todo su prestigio de gran jurista. Reconoce Carbonier que el concepto de derecho de propiedad privada há sido objeto de importantes restricciones y transformaciones; propone que se pogan limitaciones legaes a la gran propiedad, por ser “algo monstruoso e inhumano”, capaz de multicarse al infinito a través de posesiones simbólicas e por intermedio de otros y por carecer de toda impregnación personal, y critica una propiedad perpetua. A su juicio, la propiedad no debe ser reconocida sino en cuanto está sostenida por una possón subyacente y establece y debe repudiarse aquella que, por ser demasiado dilatada, no pueda ser aprehendida corpore et animo por un solo hombre. La propiedad, en su opinión, debe tener, además, un limite temporal, conforme el critério de dirección de la vida humana, que cubre tres o cuatro geraciones. La ley no puede prestarle su protección mas allá de ese lapso”.

por ser algo, no seu entender, monstruoso e desumano e capaz de se multiplicar ao infinito através do exercício da posse simbólica, impessoal e, ainda, por seu caráter perpétuo. No entendimento de Carbonier, a propriedade deve atender a um lapso temporal de exercício dos direitos a ela inerentes e que inclua, em média, quatro gerações. Por fim, afirma o autor que a lei, após fixar um prazo de duração para o exercício do direito de propriedade para certa pessoa, não lhe deve dar proteção além desse prazo.

### **3 - Função Social da propriedade – evolução histórica do conceito**

Abordar o tema função social da propriedade exige, sem dúvida, mergulhar no universo do pensamento de Léon Duguit, a quem se atribui a releitura do conceito de propriedade.

Há entendimentos no sentido de que o conceito de função social da propriedade não teria sido concepção integral de Léon Duguit.

Moraes<sup>20</sup>, neste sentido, afirma que se atribui o surgimento da teoria da função social da propriedade a duas teses distintas: a doutrina do direito natural defendida pela Igreja Católica e a teoria positivista do século XIX.

Moraes<sup>21</sup>, citando Castan Tobenãs<sup>22</sup>, assevera que a expressão função social da propriedade é relativamente antiga e que encontra similitudes com as teorias de Santo Tomás de Aquino e Santo Ambrósio. Ao prosseguir na sua justificativa, afirma, ainda, utilizando as lições de Tobenãs<sup>23</sup> que, na obra de Santo Tomás de

---

20 MORAES, José Diniz de. **A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988**, São Paulo, Editora Malheiros, 1999, página 92/93

21 MORAES, José Diniz de. Obra citada, p. 94.

22 TOBENÃS, Castan. **La propiedad y sus problemas actuales**, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1962, página 76.

23 TOBENÃS, Castan. Obra citada, página 76

Aquino, há sempre um sentido comum e que, ao abordar a função social da propriedade, utiliza forma mais enérgica para tratar os excessos advindos do capitalismo, do que admitem muitas legislações modernas.

Acerca da influência da Igreja no conceito de função social da propriedade, afirma Maluf<sup>24</sup> que, desde Santo Ambrósio propugnando por uma sociedade mais justa com a propriedade comum, ou Santo Agostinho, condenando o abuso do homem em relação aos bens dados por Deus, e Santo Tomás de Aquino, que via na propriedade um direito natural que deveria ser exercido com vistas ao *bonum commune*, até aos *summi pontifices* que estabelecem as diretrizes do pensamento católico sobre a propriedade, sempre em todas as oportunidades a Igreja apreciou a questão objetivando humanizar o tratamento legislativo e político do problema.

Moraes<sup>25</sup>, fundamentando o entendimento da função social da propriedade à luz das idéias positivistas de Augusto Comte, afirma que este pensador estabeleceu as bases teóricas sobre as quais descansaria a idéia da função social em contraposição à teoria clássica da propriedade como direito individual e natural.

No entender de Augusto Comte<sup>26</sup>, em todo estado normal da humanidade, todo cidadão, qualquer que seja, constitui realmente um funcionário público, cujas atribuições, mais ou menos definidas, determinam ao mesmo tempo obrigações e pretensões. Este princípio universal deve, certamente, estender-se até à propriedade, na qual o Positivismo vê, sobretudo, uma

---

<sup>24</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao Direito de Propriedade**, São Paulo, Saraiva, 1997, página 57

<sup>25</sup>MORAES, José Diniz de. obra citada, página 93

<sup>26</sup> tradução livre de José Diniz de Moraes da obra de Leon Duguit - Las Transformaciones Generales del Derecho Privado, Madrid, Libreria Española e Extranjere, página 178, contida em **A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988**, São Paulo, Editora Malheiros, 1999, página 93.



indispensável função social destinada a formar e administrar os capitais com os quais cada geração prepara os trabalhos da geração seguinte.

Retornando ao pensamento de León Duguit que, na opinião de Orlando Gomes<sup>27</sup>, foi considerado o pai da idéia de que os direitos só se justificam pela missão social para qual devem contribuir e, portanto, que o proprietário se deve comportar e ser considerado, quanto à gestão dos seus bens, como um funcionário, vale transcrever a tradução do conceito função social na visão de León Duguit, expressada por Orlando Gomes: “A propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder”.

A profusão das idéias de León Duguit tomou corpo com a inclusão na Constituição de Weimar do princípio dos direitos sociais. A este respeito, afirma Rosah Russumano<sup>28</sup> que a cultura jurídica ocidental, acatando o direcionamento da Lei Suprema de Weimar de 1919, acolheu, pois, os direitos sociais. Assevera, ainda, que este acolhimento dos direitos sociais não foi a negativa dos direitos individuais. E prossegue, defendendo a idéia de que os direitos individuais foram, por vezes, comprimidos e, em contra partida, outros foram alterados, atribuindo-se-lhes, funções sociais.

---

<sup>27</sup>GOMES, Orlando. **Direitos Reais**, 10<sup>a</sup>. edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1988, página 97/98

<sup>28</sup>RUSSUMANO, Rosah. **Função Social da Propriedade**, RDA 75 p.263

Este fato, conclui Russumano, deu-se também com o conceito de direito de propriedade, que se revestiu de novas conotações, vindo a expressar não apenas um direito, mas, antes, um direito-dever. Finalizando, afirma que a realidade jurídica, ao evolver do liberalismo até os nossos tempos, amoldou-se, compatibilizando os conceitos de direito subjetivo e função.

Na década de 40, a Constituição Italiana incluiu o princípio da Função Social da propriedade. Esta inserção, afirma Pietro Perlingieri<sup>29</sup> resultou numa fecunda contribuição da doutrina italiana para a constitucionalização do conceito de função social.

Contempladas as disposições relativas à propriedade, na Constituição Italiana, no capítulo das relações econômicas e não no dos direitos fundamentais, ficou demonstrado, não uma visão jurismaturalista, como expressão de direito de personalidade do sujeito, enquanto pessoa, mas sim, o perfil econômico do conceito de direito de propriedade.

O pensamento de Léon Duguit entende a propriedade como uma instituição jurídica que, atendendo a uma necessidade econômica, transforma a propriedade em função social, deixando, assim, de ser um direito individual para se transformar em uma função.

O ponto primordial da teoria defendida por Duguit é a negativa dos direitos subjetivos do indivíduo sem que, com isso, se negue a existência da propriedade.

A teoria de Léon Duguit, no entendimento de Machado<sup>30</sup>, é

---

<sup>29</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Introduzione alla problematica della proprietà**, Camerino/Jovene, 1971, página 21, em tradução livre por Carlos Alberto Dabus Maluf in **Limitações ao Direito de Propriedade**, São Paulo, Saraiva, 1997, página 57.

<sup>30</sup>MACHADO, Hermano Augusto, **A função Social e a Tipificação no Direito de Propriedade**, in **Estudos Jurídicos em homenagem a Faculdade de Direito da Bahia**, São Paulo, Saraiva, 1981, página 236.

definida por duas proposições, a saber: “ a) o proprietário tem o dever e, portanto, o poder de empregar a coisa que possui na satisfação das necessidades individuais e, especialmente, das suas próprias de empregar a coisa no desenvolvimento de sua atividade física, intelectual e moral. Não se olvide, com efeito, que a intensidade da divisão social do trabalho está em razão direta da intensidade da atividade individual; b) o proprietário tem o dever e, portanto, o poder de empregar a sua coisa na satisfação de necessidades comuns de uma coletividade nacional inteira ou de coletividades secundárias”.

Observe-se, como já se disse anteriormente, que não se vê na teoria de Duguit a negativa da propriedade e sim a sua adequação a um interesse que se sobressai aos interesses individuais. Há, sem dúvida, a defesa da prevalência do interesse coletivo sobre o individual. Vislumbra-se a imposição de nova visão do direito de propriedade, longe do entendimento romano do absolutismo do conceito, e fulcrado no exercício livre do direito de propriedade, limitada esta liberdade, a um fim de utilidade coletiva.

Afirma Ruiz<sup>31</sup> que a vida comunitária faz os homens interdependentes e seus direitos não absolutos, mas sim relativos, resultando na necessidade de se criarem limites sociais, sem os quais não seriam possíveis, a ordem comunitária, a liberdade, o exercício de direitos e o cumprimento dos deveres sociais. Assim, continua Ruiz, não existe nenhuma inconveniência em se ver a propriedade como um direito subjetivo, dinâmico e funcional. As idéias de propriedade como direito subjetivo e função social não se contrapõem, muito pelo contrário, se completam.

---

<sup>31</sup> RUIZ, Miguel Angel Nuñez. **Derecho Urbanístico Español**, Madrid, Editorial Montecorvo, 1967, página 256. “ La vida comunitária hace a los hombres interdependientes y sus derechos no absolutos, sino relativos, es decir, crea limites sociales, sin los cuales no serían posibles el orden comunitario y la libertad, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes sociales. En consecuencia, no hay inconveniente em ver la propiedad como un derecho subjetivo, dinámico o funcional. Ideas que no contraponem, antes bien se complementan”

Ainda a respeito das idéias de Léon Duguit, Costa<sup>32</sup> ressalta que, partindo do pressuposto doutrinário de que a propriedade não é um direito, mas a própria coisa, não seria o proprietário titular de um direito subjetivo de propriedade em relação a terceiro, mas, tão-somente titular de um direito objetivo que o protegeria, fundado numa regra social, das perturbações realizadas por terceiros que podem pôr em risco o uso e gozo do bem.

Duguit, coerentemente com os postulados filosóficos do Positivismo de Augusto Comte, em que assentou os fundamentos de sua doutrina, passou ao desenvolvimento da consequência lógica daquele princípio de que a propriedade não é um direito subjetivo e que há, para todo detentor de riqueza, a obrigação de empregá-la de acordo com sua finalidade, aumentando a interdependência social, visto que a propriedade é uma função social, podendo o detentor da riqueza realizar um certo trabalho no sentido de aumentar a riqueza geral, fazendo valer o capital que possui.

Impossível é desconhecer que a função, aqui compreendida no âmbito do direito, seria o exercício, no interesse de terceiro, de um poder de que se dispõe, exclusivamente para os efeitos de cumprir o dever de atender determinada finalidade legalmente estabelecida, como ensina Bandeira de Mello<sup>33</sup>.

No caso da atribuição de uma função social à propriedade pela Constituição, mesmo a nível programático, modifica-se a relação do proprietário com a coisa. Este, passa a ter, ao lado dos direitos de usar, gozar, dispor e reaver a propriedade, a função de atuar, ao lado do Estado, como um gestor da coisa que interessa a toda a coletividade. Com o reconhecimento da função social da

---

32 COSTA, Moacir Lôbo da.- **A propriedade na doutrina de Duguit**. RF 153. Ano 51. Rio de Janeiro, Forense, 1954, p.31.

33BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo, RT, 1986, página 21

propriedade, passa o seu senhor a condicionar o exercício das prerrogativas de proprietário ao atendimento de interesses de toda uma coletividade, da qual é integrante.

A função social da propriedade, no entender de Ballarin Marcial<sup>34</sup>, consiste numa série de obrigações, encargos, limitações, estímulos e ameaças que formam parte da regulamentação do direito de propriedade para serem cumpridos neste princípio. A função social da propriedade não se ajusta a um só recurso de técnica jurídica: é todo um complexo de recursos mediante os quais, de forma direta ou indireta, o proprietário é levado ao campo da função social.

Por fim, utilizando-se os ensinamentos de Moraes<sup>35</sup>, pode-se concluir que a função social da propriedade não é senão o concreto modo de funcionar da propriedade, seja como exercício do direito de propriedade seja não exigido pelo ordenamento jurídico, direta ou indiretamente, por meio de imposições de obrigações, encargos, limitações, restrições, estímulos ou ameaças, para a satisfação de uma necessidade social, temporal e espacialmente considerada. Abordar o tema função social da propriedade exige, sem dúvida, mergulhar no universo do pensamento de Léon Duguit, a quem se atribui a releitura do conceito de propriedade.

#### **4 - Função Social da Propriedade na Constituição de 1988**

A inclusão da função social da propriedade na Constituição de 1988, bem como se fez nas outras duas últimas Cartas Constitucionais, erigiu a propriedade a um direito fundamental, incluindo-o no seu rol.

---

34 MARCIAL A. Ballarin, "Função social da terra". Revista de Direito Agrário No. 12. Edição Especial, ano 10, Brasília, INCRA, 2<sup>o</sup>. semestre/94.

35 MORAES, José Dias de. Obra citada, página 111

A este respeito afirma Tepedino<sup>36</sup> que a inclusão da função social da propriedade no rol dos direitos e garantias fundamentais significou o papel destacado atribuído pelo constituinte que a considerou como regra fundamental, apta a instrumentalizar todo o tecido constitucional e, por via de consequência, todas as normas infraconstitucionais, criando um parâmetro interpretativo do ordenamento jurídico. É interessante notar que a Constituição reservou à função social da propriedade a natureza de princípio próprio e autônomo.

Concluindo o raciocínio, assevera Tepedino que, assim agindo, a Constituição garante o direito de propriedade desde que vinculado ao exercício de sua função social.

O conceito de função social aplicado à propriedade pela Constituição está ligado ao respeito à dignidade da pessoa humana, à contribuição para o desenvolvimento nacional, bem como para a diminuição da pobreza e das desigualdades sociais, como pensa Gondinho<sup>37</sup>

Na mesma linha de pensamento, afirma Aronne<sup>38</sup> quando traça um paralelo entre a função social da propriedade e o princípio da igualdade. Afirma o referido autor que a Constituição não seria apenas de um Estado Democrático de Direito, mas também de um Estado Social e, assim, o princípio da igualdade alcançaria o sentido de igualdade de oportunidades e condições reais de vida. Neste ponto de vista, o princípio da igualdade traduz princípio impositivo de uma política de justiça social, de acesso à cultura, saúde, erradicação da miséria, e outras, como contraponto jurídico-

---

36TEPEDINO, Gustavo, A Nova Propriedade ( o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição), Revista Forense, v. 302, 1989, página 76.

37GONDINHO, André Osório. **Função Social da Propriedade. Problemas de Direito Civil-Constitucional**, organização Gustavo Tepedino, São Paulo, Editora Renovar, 2000, página 413.

38ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais**, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, página 199-204.

constitucional impositivo de compensações de desigualdade de oportunidades e como sancionador da violação de igualdade por comportamento omissivo, passível de declaração de inconstitucionalidade.

Aponta, ainda, Aronne que, é nesse contexto, acima referido, o princípio da função social da propriedade vem a densificar o princípio da igualdade, cidadania e o da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal, de par com a inclusão da propriedade privada no rol dos direitos e garantias fundamentais, quando atendida a sua função social, também fixou critérios objetivos para a sua classificação na propriedade urbana e rural.

No tocante à propriedade urbana, a Constituição Federal atrela o preenchimento da função social ao atendimento dos preceitos contidos no plano diretor da cidade. Permite a utilização de mecanismos legais capazes de obrigar o proprietário a adequar a sua propriedade às normas de organização da cidade. Os mecanismos de coerção – parcelamento ou edificação compulsórios, imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo, desapropriação com pagamento mediante títulos públicos - são poderosos instrumentos para a efetivação da função social da propriedade.

Os mecanismos de coerção contidos no artigo 182 da Constituição Federal foram regulamentados pela lei federal No. 10.257/01 que, após mais de uma década, vem possibilitar a efetivação do dispositivo constitucional referente à função social da propriedade urbana.

A referida lei 10.257/01, regulamentando o artigo 182, parágrafo 4o. da Constituição Federal, define a subutilização do

solo urbano como sendo aquele aproveitamento inferior ao mínimo definido pelo plano diretor ou por legislação municipal dele decorrente.

Aponta, ainda, a citada lei 10.257/01 a necessidade da notificação do proprietário para adequar o uso de sua propriedade urbana às disposições do plano diretor, apontando seu procedimento, os prazos e, também, a necessidade de averbação da referida notificação no registro de imóveis.

É aspecto a se ressaltar, a disposição contida no artigo 6o. da lei 10.257/01 que considera uma obrigação *propter rem* a notificação referente a parcelamento, edificação ou utilização de solo urbano, obrigando, assim, ao sujeito do direito de propriedade do solo urbano, sendo indiferente, para a sua exibibilidade, as situações de alienação, seja *causa mortis* seja inter vivos.

Com relação ao IPTU ( imposto sobre a propriedade territorial urbana) progressivo no tempo, aplica-se, na forma do artigo 7o. da lei 10.257/01, como sanção ao descumprimento das imposições relativas ao parcelamento, edificação ou utilização compulsória do solo urbano, tendo sido fixada a alíquota máxima de 15% (quinze por cento) e a sua cobrança, decorrido cinco anos do prazo assinalado para edificar, parcelar ou utilizar o imóvel, até a utilização pelo poder público da desapropriação-sanção.

No tocante à hipótese de desapropriação-sanção, deve ser enfatizado o aspecto da forma de pagamento que se dará por títulos da dívida pública, bem como o relativo ao valor real da indenização. A este respeito, laborou bem o legislador quando fixou que a indenização refletirá o valor da base de cálculo do IPTU ( imposto sobre a propriedade territorial urbana), descontados o montante incorporado em função de obras realizadas pelo poder público na área onde se localiza o imóvel a ser desapropriado.



Ainda, referente à desapropriação-sanção, verifica-se que a sua ocorrência não retira a obrigatoriedade da adequação do imóvel ao disposto no plano diretor, seja pelo poder público seja pelo particular que o adquire do ente público.

Retornando aos critérios de atendimento da função social pela propriedade urbana, verifica-se que eles estão contidos no plano diretor que, sem dúvida, avançou com a lei 10.257/01, que favorecerá ao município exigir do proprietário urbano a adequação de sua propriedade às normas estatuídas pelo plano diretor e, conseqüentemente, o cumprimento da função social da propriedade urbana.

Por fim, a respeito da função social da propriedade urbana, afirma o artigo 38 da citada lei 10.257/01 que a propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às disposições do plano diretor e assegura o atendimento das necessidades dos cidadãos, da qualidade de vida, à justiça social e desenvolvimento das atividades econômicas.

Os critérios fixados para a propriedade rural estão dispostos no artigo 186 da Constituição Federal e se resumem aos seguintes requisitos: - aproveitamento racional e adequado; - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente: - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; -exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

De par com a fixação dos critérios objetivos para o atendimento da função social pela propriedade rural contidos no artigo 186 da Constituição Federal, merece uma análise o conteúdo do artigo 185 da Constituição Federal quando afirma que será insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária a

propriedade produtiva sem se referir ao cumprimento da função social na forma do citado artigo 186.

Nesse raciocínio, seria o caso de se perguntar se a propriedade rural que utiliza trabalho escravo, por exemplo, embora classificada como produtiva, estaria imune à desapropriação-sanção com pagamento em títulos da dívida pública, mesmo sem atender aos critérios da função social descritos no artigo 185 da Carta Magna.

A este respeito, entende José Afonso da Silva<sup>39</sup> que a proibição de desapropriação de propriedade produtiva, para fins de reforma agrária, com pagamento de indenização mediante título da dívida pública seria absoluta, sendo inútil procurar interpretação diferente com base em desejos individuais.

Contrariamente ao entendimento de José Afonso da Silva, é defensável que a Constituição deva ser interpretada de forma sistemática e não de forma estanque, aos pedaços. Assim, é fato incontroverso que o princípio da função social da propriedade inserido dentre os direitos e garantias fundamentais, atua dentro de todo o ordenamento jurídico e não apenas para indicar critérios de classificação das propriedades urbana e rural.

No mesmo entendimento, afirma Gondinho<sup>40</sup> que a Constituição deve ser interpretada à luz de seus princípios informativos. Qualquer interpretação dissonante representaria uma violação aos fundamentos da República brasileira e aos seus objetivos fundamentais. Continuando, afirma, ainda, que não se constrói uma sociedade justa e solidária, erradicadora da pobreza e promotora do bem comum, com soluções patrimonialistas, desprovidas das garantias existenciais asseguradas pela

---

<sup>39</sup>SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 16a. Edição, São Paulo, Malheiros, 1999, página 794.

<sup>40</sup>Obra citada, página 415.

## Constituição Federal em seus princípios básicos.

O atendimento à função social pela propriedade privada é princípio constitucional e, como tal, deve se fazer refletir em todo o tecido constitucional, sendo inaceitável a interpretação estanque que conduz ao entendimento de que a propriedade produtiva, mesmo quando em desacordo com os dispositivos contidos no artigo 186 da Constituição Federal possa ser considerada como atendente da função social e, assim, inatingível pela desapropriação-sanção na forma do artigo 184 da Carta Magna.

Por fim, ressalte-se, que ao contrário do que se possa entender, a exigência do cumprimento da função social da propriedade não é a sua negativa, nem, tampouco, uma limitação ao direito de propriedade. Pelo contrário, é a garantia do seu exercício de forma a atender aos anseios coletivos.

Neste sentido, ressalte-se o entendimento de Komparato<sup>41</sup> afirmando que quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Estas últimas são limites negativos aos direitos do proprietário. Mas a noção de função, no sentido em que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objeto. O adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do *dominus*: o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se se está diante de interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica.

---

<sup>41</sup>KOMPARATO, Fábio. Função social da propriedade dos bens de produção, Revista de Direito Mercantil, São Paulo, 1986, v.63, página 75.

## 5 - Conclusões

1. O conceito de propriedade tem sofrido enorme evolução, ora entendida como dádiva divina, ora vista como direito absoluto, outras vezes, conceituada sob a influência de movimentos revolucionários ou filosóficos de cada época.

2. O propósito da Igreja em influenciar na formulação do conceito de função social da propriedade é sentido desde a difusão das idéias de Santo Ambrósio, propugnando por uma sociedade mais justa com a propriedade, passando por Santo Agostinho, que condenava o abuso do homem para com os bens recebidos de Deus, sem esquecer Santo Tomás de Aquino, que entendia a propriedade como um direito natural que deveria ser utilizada visando ao bem comum até, mais recentemente, com a formação de uma doutrina social reunindo considerações acerca da propriedade, do capital e do trabalho.

3. O pensamento de Léon Duguit entende a propriedade como uma instituição jurídica que, atendendo a uma necessidade econômica, transforma a propriedade em função social, deixando, assim, de ser um direito individual para se transformar em uma função. O acolhimento das idéias de Léon Duguit, ao contrário do que se possa deduzir não representou uma negatização da propriedade e, sim, a negatização dos direitos de propriedade vistos como absolutos.

4. O reconhecimento da função social da propriedade pelas Constituições atribuiu ao proprietário, ao lado dos direitos de usar, gozar, dispor e reaver, a obrigação de, ao utilizar as prerrogativas de proprietário, fazê-la a serviço de toda a comunidade.

5. A função social da propriedade desenvolve o papel de elemento da estrutura e do regime jurídico do direito de propriedade, incidindo sobre o seu conteúdo e o seu conceito.

6. A inclusão da função social da propriedade na Constituição de 1988, bem como se fez nas outras duas últimas Cartas Constitucionais, erigiu a propriedade a uma direito fundamental, incluindo-o no seu rol.

7. A Constituição Federal, de par com a inclusão da propriedade privada no rol dos direitos e garantias fundamentais, quando atendida a sua função social, também fixou critérios objetivos para a classificação da função social da propriedade urbana e rural.

8. A Constituição Federal atribui à função social da propriedade a qualidade de princípio fundamental e, como tal, deverá instrumentalizar todo o ordenamento jurídico comportando-se como parâmetro interpretativo.

## **6 - BIBLIOGRAFIA**

ADROUGUE, Manuel I.- El Derecho de Propiedad en la Actualidad, Buenos Aires, Aleledo-Perrot, 1991.

ARONNE, Ricardo. Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio - Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1986.

COSTA, Moacir Lôbo - A propriedade na doutrina de Duguit, RF 153, ano 51, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1954, p. 31.

COULANGES, Numa Demis Fustel de - A Cidade Antiga, tradução de Jonas Camarco Leite e Eduardo Fonseca, São Paulo, HEMUS, 1975.

FECHIN, Luiz Edson - Conceituação do Direito de Propriedade, Revista de Direito Civil - Imobiliário, Agrário e Empresarial, ano 11, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1987.

GONDINHO, André Osório. Função Social da Propriedade. Problemas de Direito Civil-Constitucional, organização Gustavo Tepedino, São Paulo, Editora

Renovar,2000.

GOMES, Orlando - Direitos Reais, 10<sup>a</sup>. edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1988.

KOMPARATO, Fábio. Função social da propriedade dos bens de produção, Revista de Direito Mercantil, São Paulo, 1986.

MACHADO, Hermano Augusto - A função social e a tipificação no direito de propriedade, Estudos Jurídicos em Homenagem à Faculdade de Direito da Bahia, São Paulo, Editora Saraiva, 1981.

MALUF, Carlos Alberto Dabus - Limitações ao direito de propriedade, São Paulo, Editora Saraiva, 1997.

MARCIAL, A . Ballarin - Função Social da Terra. Revista de Direito Agrário, No. 12, Edição Especial, ano 10, Brasília, INCRA, 1994.

MONREAL, Eduardo Novoa - Propiedad y Estado, Revista Contradogmaticas, v.20, No. 4-5, 1985, Santa Cruz do Sul,FISC: Florianópolis, ALMED, 1985.

MORAES, José Diniz de - A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988, São Paulo, Editora Malheiros, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. Introduzione alla problematica della proprietà, Camerino/Jovene, 1971, página 21, em tradução livre por Carlos Alberto Dabus Maluf **in** Limitações ao Direito de Propriedade, São Paulo, Saraiva, 1997.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di - Servidão Administrativa, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1978.

RUIZ,Miguel Angel Nuñez- Derecho Urbanistico Español, Madrid, Editorial Montecorvo, 1967.

RUSSUMANO, Rosah - Função Social da Propriedade, RDA 75 p.263.

SILVA, José Afonso - Curso de Direito Constitucional Positivo, 16<sup>a</sup>. edição, Editora Malheiros, São Paulo, 1999.

TEPEDINO, Gustavo, A Nova Propriedade ( o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição), Revista Forense, v. 302, 1989.

TOBEÑAS, Castan - La propiedad y sus problemas actuales, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1962.

VAZ, Isabel -Direito econômico das Propriedades, Rio de Janeiro,

Editora Forense, 1992

VIANA, Marco Aurélio S.- Tutela da Propriedade Imóvel (doutrina - jurisprudência), São Paulo, Editora Saraiva, 1982.

VIDAL, Marina Mariani -Curso de Derechos Reales, Tomo I, Buenos Aires, Zavalia Editor, 1991.

WALD, Arnold -Curso de Direito Civil Brasileiro, 7<sup>a</sup>. edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990.

## O ASPECTO SANCIONADOR DA TUTELA ANTECIPATÓRIA

**JORIZA MAGALHÃES PINHEIRO**

Juíza de Direito

### INTRODUÇÃO

O instituto da antecipação da tutela, como as demais inovações processuais recentes, está inserida no contexto da temática do acesso à justiça.

Com o crescimento da sociedade, aumentou o número de conflitos, de forma que o Estado, especificamente o Poder Judiciário, encarregado de solucioná-los, se viu impedido de fornecer, rápida e satisfatoriamente, a prestação da justiça, ou seja, a resolução dos litígios existentes.

Com o propósito de dar maior agilização ao Judiciário, criaram-se inúmeras medidas de minimização e simplificação dos ritos processuais, tais como os procedimentos sumários e especiais, a antecipação dos julgamentos, seja com o julgamento antecipado da lide, seja com a antecipação da tutela ou concessão de liminar, a criação dos juizados especiais, entre outras.

Não obstante a importância das demais inovações já citadas, temos como objeto do nosso estudo a tutela antecipatória estabelecida no art. 273 do CPC, especificamente o inciso II de tal dispositivo, que contempla a hipótese de antecipação no caso do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Desse modo, tentaremos discorrer resumidamente sobre esse novo instituto e, embora buscando fornecer suas características gerais, daremos ênfase aos aspectos do direito de defesa, dever de



lealdade das partes e a antecipação da tutela como sanção em caso de descumprimento desse dever.

Cumprе ressaltar, ainda, que, embora partindo do pressuposto de que a antecipação da tutela pretendida, no dizer de Dinamarco, “veio com o objetivo de ser uma arma poderosíssima contra os males corrosivos do tempo no processo” (DINAMARCO, 1985:138), nos restringiremos a analisar, de forma sucinta, os aspectos processuais da inovação, sem adentrar na problemática propriamente dita do acesso à Justiça.

## **1. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA**

O novo art. 273 do Código de Processo Civil estabelece duas situações alternativas que autorizam a antecipação da tutela: I) a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; II) a inequívoca caracterização do abuso do direito de defesa do réu (incluindo manifesto propósito protelatório do mesmo).

No primeiro caso, parte da doutrina tenta estabelecer diferenciação entre a natureza da tutela antecipatória e a da tutela cautelar propriamente dita. Marinoni, por exemplo, distingue ambas asseverando que a tutela sumária, ao contrário da cautelar, é satisfativa, não se limitando a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado. O festejado autor conclui:

*“a tutela que satisfaz, por estar além do assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar. Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido (assegurado)”*

*cautelamente. Se inexistir referibilidade, ou referência a direito, não há direito acautelado. Ocorre, nesse caso, satisfação, nunca cautelaridade (MARONONI)*

Não obstante a importância da discussão sobre tal ponto, este não é o objetivo do presente trabalho, pelo que nos furtaremos a uma análise mais profunda.

A segunda hipótese, objeto do nosso estudo, é uma grande inovação do nosso ordenamento jurídico, contemplando uma espécie de sanção ao descumprimento do dever de lealdade por parte do réu.

De qualquer forma é inovação que visa também neutralizar os males do tempo no processo, especificamente quando a demora da prestação jurisdicional é ensejada por comportamento desleal do demandado.

O objeto da tutela antecipatória, em ambos os casos (incisos I e II do art. 273 do CPC) é a própria tutela pedida, seja total seja parcialmente. No ensinamento de Cândido Dinamarco:

“não se trata de obter medida que impede o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor. Na prática, a decisão com que o Juiz concede a tutela antecipada terá, no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença que concede a definitiva e a sua concessão equívale,

**mutatis mutandis**, à procedência da demanda inicial – com a diferença fundamental representada pela provisoriedade” (DINAMARCO, 1995:139/140)”

Assim, o pedido inicial mediato, ou seja, o próprio bem perseguido em juízo, é o objeto da tutela antecipatória, que deve respeitar os limites subjetivos e objetivos da demanda. Explicando melhor, não pode haver antecipação de além ou diferentemente do que foi requerido na inicial, e a antecipação total da tutela “coincidirá em extensão com a tutela definitiva” (idem: 141).

Outro ponto relevante é que a lei não estabelece regras que dimensionem a antecipação, apenas estabelece que pode ser total ou parcial. Ao Juiz cabe o poder discricionário de determinar o âmbito da mesma.

A discricionariedade do Juiz, ressalte-se, está na própria concessão da medida, desde que atendidos os pressupostos estabelecidos no dispositivo já citado. Na lição de Reis Friede:

“em qualquer hipótese, o deferimento da antecipação de tutela, pelo menos em princípio, constitui-se em faculdade do julgador que, no âmbito (e nos limites) do legítimo exercício do seu poder discricionário, decidirá, por intermédio do seu livre convencimento, quanto à absoluta adequação da medida, vis-a-vis com a efetiva comprovação, pela parte requerente de todos os requisitos legais, positivos e negativos, expressamente contemplados no art. 273 do CPC...” (FRIEDE, 1995:71)

Tal discricionariedade reflete-se, ainda, no poder do julgador (expressamente conferido por lei) de, a qualquer tempo, revogar ou modificar a medida antecipatória concedida. Além disso, o juiz pode conceder a antecipação antes negada, tudo dependendo da realidade fática existente.

Após essas observações é possível vislumbrar a característica essencial do instituto da tutela antecipada: a provisoriedade.

Não apenas através do recurso de agravo de instrumento pode haver o controle da decisão antecipatória. A alteração da situação de fato, objeto da lide, bem como o desenvolvimento do contraditório e a produção de prova que revelem novas evidências sobre a situação fática, podem alterar a convicção do julgador e ensejar modificação ou revogação da decisão e até mesmo, como anteriormente, a concessão de medida antes negada.

## **2. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM CASO DE ABUSO DO DIREITO DE DEFESA**

### **2.1. O princípio da lealdade processual**

O processo é instrumento de solução de conflitos e pacificação social.

Para o alcance de tal fim, são estabelecidas as regras a todos os partícipes do processo impondo-lhes deveres de moralidade e ética que se resumem no princípio da lealdade processual.

O desrespeito a tal dever de lealdade constitui ilícito processual a está sujeito a diversas sanções dispostas na lei:

“ uma das preocupações fundamentais do Código de Processo Civil

é a preservação do comportamento ético dos sujeitos envolvidos no processo. Partes e advogados, serventuários, membros do Ministério Público e o próprio Juiz estão sujeitos a sanções pela infração de preceitos éticos e deontológicos que a lei defini minuciosamente (arts. 14, 15, 17, 18, 31, 133, 135, 144, 147, 153, 193, e ss, 600 e 601)” (GRINOVER, et al, 1995:72)

De outra forma não poderia ser. O abuso cometido dentro do processo é até mais “pernicioso que o perpetrado contra o direito mesmo, uma vez que, além das partes, atinge o próprio Estado, na sua tarefa de distribuir justiça” (CARREIRA ALVIM, 1995:122).

Nesse contexto, e ratificando o princípio da lealdade processual, contemplou o legislador a hipótese de antecipação da tutela como sanção ao abuso do direito de defesa do réu.

Na verdade, esse novo dispositivo é inspirado na realidade forense, onde as freqüentes defesas infundadas, protelatórias, contrárias mesmo a texto expresso de lei ou jurisprudência pacífica, cada vez mais retardam e até mesmo obstaculizam a prestação jurisdicional.

Cumprе ressaltar, por fim, que, além do aspecto sancionador, o inciso II, do art. 273, do CPC também tem como objetivos a celeridade processual e a distribuição do ônus do tempo do processo, antes exclusivamente a cargo do autor.

## 2.2. Hipóteses de concessão da medida

De maneira geral, qualquer conduta desleal do demandado pode ensejar a concessão de medida antecipatória.

As primeiras condutas a serem consideradas abusivas são as caracterizadoras da litigância de má-fé, relacionadas no art. 17 do CPC, tais como: a) deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; b) alterar a verdade dos fatos; c) usar do processo para conseguir objetivo ilegal; d) opor resistência injustificada ao andamento do processo; e) proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; f) provocar incidentes manifestamente infundados.

Assim é que, quando o réu contesta por mero capricho, sem que tenha interesse de agir, visto que o conteúdo da resposta não terá utilidade; ou quando não contesta parte do direito afirmado, é possível a antecipação da tutela (neste último caso, apenas da parcela não contestada). Também quando provados os fatos constitutivos do direito do autor e os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos alegados pelo réu, em uma análise sumária, são considerados infundados, tal antecipação é possível.

Outra hipótese que já é objeto de preocupação pelos tribunais é o **abuso do direito de recorrer**. Neste caso, considerando inconsistentes os fundamentos do recurso, pode o relator, de logo, antecipar a tutela pretendida ou parte dela, visto que “são os recursos os expedientes preferidos pelos réus maliciosos e interessados na procrastinação dos feitos” (MARINONI, 1995:65).

Inúmeras outras hipóteses apreciáveis em caso concreto podem ensejar a antecipação. O que se deve ter em mente quando da sua concessão não é apenas o abuso de defesa, mas também a grande probabilidade de o autor sair vitorioso ao final da demanda. Essa probabilidade torna injusta a espera para a realização do seu direito.

Em suma, somente a conjugação da conduta desleal do

demandado com a probabilidade do direito do autor autoriza a antecipação da tutela. Saliente-se, ainda, que a urgência em casos tais não é requisito para a concessão da medida.

### 2.3. Pressupostos e requisitos

#### 2.3.1 Prova inequívoca e verossimilhança

Estabelece o art. 273 que o juiz poderá antecipar a tutela “desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação”.

À primeira vista, parece existir contradição entre as locuções “prova inequívoca” e “verossimilhança da alegação”. A expressão prova inequívoca, isoladamente analisada, dá a idéia de prova robusta e incontestada e incute um juízo de certeza ensejador não da antecipação dos efeitos da tutela, mas do próprio julgamento antecipado da lide.

Por outro lado, verossimilhança da alegação não é mais do que a aparência de verdadeiro ou, nas palavras de Dinamarco, “convencer-se da verossimilhança (...) não poderia significar mais do que imbuir-se do sentimento de que a realidade fática pode ser como a descreve o autor” (DINAMARCO, 1995:143)

Assim é que o jurista antes citado propõe uma aproximação das duas expressões para se chegar ao conceito de probabilidade.

“Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição sobre os motivos divergentes (...) A probabilidade, assim conceituada, á

menos que a certeza, por que lá os motivos divergentes não ficam afastados, mas somente suplantados, e é mais que a credibilidade, pela qual na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes aparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar” (IDEM:143)

No mesmo sentido é o entendimento de Carreira Alvim ao asseverar que “a verossimilhança se assemelha num juízo de probabilidade, que resulta, por seu turno, da análise dos motivos que lhe são favoráveis (convergentes) e dos que lhe são contrários (divergentes)” (1995:108).

A questão básica a respeito desse requisito da tutela antecipada é que a verossimilhança exigida no texto da lei, por necessitar de prova inequívoca da alegação, deve ser entendida com um **plus** ao *fumus boni juris* inerente à tutela cautelar. Não é mera plausibilidade do direito alegado, mas a forte probabilidade exposta em fundamentação convincente do magistrado que autoriza a concessão da medida.

Por fim é de se observar que a probabilidade do direito do autor (prova inequívoca e verossimilhança) é requisito essencial para a antecipação da tutela, mesmo em caso de abuso do direito de defesa. O que é dispensável para a concessão da medida em tal caso é a situação de perigo para o direito do promovente (necessidade de urgência), ventilado no inc. I do art. 273 do CPC.

### 2.3.2. Necessidade de requerimento da parte

A antecipação de tutela, na sistemática do Código de



Processo, não pode ser feita *ex officio*. Deve ser respeitado o princípio da demanda e somente a requerimento da parte poderão ser antecipados os efeitos da tutela pretendida.

Em nosso entender, andou mal o legislador em não permitir que tal inovação pudesse ser concedida pelo julgador sem necessidade de provocação, pois o direito do autor, na prática, poderá ser prejudicado pelo descaso e até incompetência de seus patronos. Saliente-se que especificamente, na hipótese de abuso do direito de defesa, o legislador foi no mínimo contraditório ao modificar as regras da litigância de má-fé, autorizando que a condenação em tais casos possa ser feita de ofício pelo juiz e ao mesmo tempo negando tal poder quando possível a antecipação da tutela.

Havendo necessidade de requerimento para a concessão da medida, temos como consequência que tal pedido, fundamentado no art. 273, II, do CPC, somente poderá ser formulado no curso do processo pelo menos após a resposta do réu, quando, então, “ter-se-ia condição de perquirir se a hipótese, no caso, seria de exercício regular do direito de defesa (assegurado pelo art. 5º, LV, da CF), ou abuso desse direito” (FREIRE, 1995:93). Somente com base no inciso I do dispositivo citado, ou seja, havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, é que o pedido de antecipação poderá vir exposto logo na inicial.

### 2.2.3. Irreversibilidade

Outro pressuposto para a concessão da tutela antecipada é a reversibilidade do provimento. Esta regra está contida no parágrafo segundo do art. 273 do CPC, sendo clara a preocupação do legislador de que a medida, caracterizada pela satisfatividade, possa causar prejuízos definitivos ao réu, ou seja, possa tornar impossível o restabelecimento da situação primitiva, caso a sentença final

venha a ser contrária à antecipação concedida, ou que esta venha a ser modificada ou revogada.

Ao tratar dessa questão, Marinoni, em belíssimo trabalho, assevera que “ quando o art. 273 do CPC afirma que a tutela não poderá ser concedida quando houver perigo de irreversibilidade do provimento; ele está proibindo a antecipação de declaração e de constituição (1995:77). De fato, seria no mínimo impróprio que o magistrado, ao conceder a antecipação, declarasse a existência ou não de determinada relação jurídica, ou a ilegalidade de determinado ato ou, ainda, que decretasse (provisoriamente) um divórcio, entre inúmeros outros exemplos possíveis.

Outro ponto relevante a analisar é que o critério da reversibilidade não pode ser interpretado a ponto de se constituir em obstáculo insuperável para a tutela antecipatória. Casos há em que não só a concessão, como também a negação da medida, podem ensejar prejuízos irreparáveis. É a hipótese levantada pelo Ministro Eduardo Ribeiro, citado por Marinoni, em que o juiz se depara com a situação angustiada de que as duas soluções são irreversíveis, tais como apreensão de jornais em que ou se concede a medida e “o direito estará plenamente satisfeito, não havendo como se recolher a edição, ou terá sido irreparavelmente sacrificado, pois de nada adianta o jornal circular daí a muitos dias” (IDEM:80).

Outro exemplo a ser considerado é o caso de que, para salvar a vida de um paciente, se peça, contra a sua vontade, autorização para amputar-lhe um membro. Claro que a amputação é irreversível, mas esse fato não pode ser impeditivo do salvamento de uma vida.

Negar a tutela sumária em tais casos “é impedir a tutela jurisdicional adequada para uma série de casos conflitivos concretos e esquecer que a própria doutrina brasileira já admitia o risco de irreversibilidade dos efeitos fáticos da tutela antecipatória”

(IDEM:80)

A solução mais apropriada nos casos em que há riscos de prejuízo irreversível é, então, a adoção do princípio da proporcionalidade, ou seja, o sopesamento, em cada caso concreto, do valor jurídico dos bens em confronto, isso de acordo com os valores presentes no momento histórico. Assim, após considerar as circunstâncias de cada caso, poderá o julgador decidir da forma mais adequada e justa, cumprindo sua função jurisdicional.

#### 2.3.4. Motivação da decisão antecipatória

O art. 273, § 1º, do CPC estabelece que “na decisão que antecipar a tutela, o juiz terá que justificar seu convencimento e não apenas invocar o dispositivo legal em que se fundamenta”. Quando baseado no art. 273, II, o juiz deve precisar os motivos que o levaram a entender presente o abuso do direito de defesa; quando a antecipação puder produzir efeito prático irreversível, deverá justificar a opção pelo risco, inclusive manifestando-se sobre a preponderância de um dos bens envolvidos (proporcionalidade). Em suma, deverá o juiz “justificar sua decisão antecipatória, demonstrado que a antecipação da tutela é oportuna. A ausência de fundamentação acarreta nulidade” (Idem:70).

Na verdade, seria dispensável o dispositivo citado, uma vez que a própria Constituição Federal estabelece o dever de motivar todas as decisões judiciais (art. 93, IX). O legislador ordinário, entretanto, ciente da prática forense em que vários magistrados, quando muito limitam-se a motivações genéricas, resolveu enfatizar tal exigência quando forem proferidas decisões concessivas de antecipação.

Sobre essa prática forense é irretocável o desabafo de

Calmom de Passos, citado por Reis Friede, e que não podemos permitir continue a se repetir.

“Estamos todos acostumados, entretanto, neste nosso país que não cobra responsabilidade de ninguém, ao dizer de magistrados levianos, que fundamentam seus julgados com expressões criminosas como estas: ‘atendendo a quanto nos autos está fartamente provado...’, à robusta prova dos autos’ ou ‘ao que disseram as testemunhas’ outras leviandades dessa natureza que, se fôssemos apurar devidamente, seriam antes de leviandades, prevaricações, crimes, irresponsabilidades e arbítrio, desprezo à exigência constitucional de fundamentação dos julgados, cusparada na cara dos falsos cidadãos que somos quase todos nós. Espero que não se tolere antecipação de tutela com fundamentação desse tipo, que fundamentação não é pronunciamento judicial genérico, leviano, impertinente, falseador da verdade dos fatos (FRIEDE, 1995:75/79)

## CONCLUSÕES

A tutela antecipatória, como várias das recentes mudanças processuais, tem o objetivo primordial de dar agilidade à justiça e fornecer a tutela adequada ao caso concreto. Consiste na concessão, total ou parcial, da própria tutela inicialmente pedida, com a característica da provisoriedade sendo cabível nas hipóteses de fundado receio de dano ao direito do autor e abuso do direito de

defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

A segunda hipótese deriva do princípio da lealdade processual e objetivos penalizar o comportamento desleal e abusivo do demandado, evitando, assim, a injusta espera do autor para o alcance do direito. Mesmo nesse caso (abuso do direito de defesa), para que seja possível a concessão da antecipação, é necessária a presença de outros requisitos tais como prova inequívoca e verossimilhança da alegação inicial, requerimento da parte, reversibilidade do provimento e motivação da decisão concessiva.

A verossimilhança decorrente de prova inequívoca é mais do que o *fumus boni juris* da tutela cautelar e menos que a certeza do direito pleiteado. Deve ser entendida como a forte probabilidade de o autor sair vitorioso no final da demanda.

O perigo da irreversibilidade não pode se constituir em obstáculo à antecipação, quando, no caso concreto, houver perigo da negação da tutela ensejar também prejuízos irreversíveis ao direito do autor. Nesta hipótese, deve ser utilizado o princípio da proporcionalidade com o sopesamento dos bens ou direito confrontantes, e a conseqüente adoção da decisão mais adequada às circunstâncias.

A decisão antecipatória deve ser sempre motivada de forma clara e precisa; tal motivação não se confunde com a fundamentação legal (indicação dos dispositivos aplicáveis), e muito menos com justificações genéricas tão usuais na prática forense.

Por fim, cumpre ressaltar que a morosidade da justiça exige que o juiz saia do comodismo do procedimento ordinário e passe a aplicar, com prudência, mas sem medo, as inovações processuais colocadas ao seu dispor. O poder discricionário do julgador (que não se confunde com o arbítrio) na concessão da tutela

antecipatória, enseja um aumento da sua responsabilidade política e social e da sua participação no processo, tudo objetivando a aplicação ao caso concreto da prestação jurisdicional mais adequada e justa. Nesse contexto, a **formação cultural e ética do magistrado é de extrema importância para o alcance da justiça que desejamos.**

## **BIBLIOGRAFIA**

1. CAPELETTI, Mauro. O Acesso à Justiça e a Função do Jurista em Nossa Época. In anais da XIII Conferência da OAB, Belo Horizonte, 23 a 27 de setembro de 1990.
2. CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Código de Processo Civil Reformado. 2ª edição Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
3. DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1995.
4. A Instrumentalidade do Processo. São Paulo: Editora RT Ltda, 1990.
5. FRIEDE, Reis. Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar, à Luz da Denominada Reforma do Código de Processo Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
6. GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
7. MARINONI, Luiz Guilherme. A Antecipação de Tutela na Reforma do Processo Civil. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
8. Novas Linhas do Processo Civil: O Acesso à Justiça e os institutos Fundamentais do Direito Processual. São Paulo: Editora RT Ltda, 1995.
9. ROCHA, José de Albuquerque. Estudos sobre o Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1995.
10. SAMPAIO, Marcus Vinícius de Abreu. O Poder Geral de Cautela do Juiz. São Paulo: Editora RT Ltda, 1993.
11. SANTOS, Antônio Jeová da Silva. A Tutela Antecipada e Execução Específica. Campinas-SP, Copola Livros, 1995.

# **COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO E DIREITO À INTIMIDADE**

## **JUDICAEL SUDÁRIO DE PINHO**

Juiz do Trabalho, Titular da Única Vara do Trabalho de Limoeiro do Norte e Professor de Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza – UNIFOR.

### **1. INTRODUÇÃO**

Recentemente, por convite formulado pelo Professor José Júlio da Ponte Neto, tive a oportunidade de ministrar, no Curso de Especialização em Direito Constitucional, promovido pela Universidade de Fortaleza, a disciplina “O Direito Penal e Processual Penal na Constituição Federal de 1988”. Nessa disciplina, tivemos, os alunos e eu, oportunidade de estudar os direitos e garantias fundamentais definidos na Constituição Federal de 1988 segundo os ditames constitucionais aplicados ao Direito Penal e ao Processo Penal.

No desenvolvimento da disciplina, foram inevitáveis as discussões sobre os limites da liberdade de expressão e de comunicação, aqui incluídas a liberdade de imprensa e a liberdade artística, em relação ao direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, assim como sobre a proibição de utilização, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos e a utilização dos meios necessários ao alcance do escopo da atividade jurisdicional, que é a Justiça. Do exame da doutrina e da jurisprudência no respeitante, chegamos à conclusão de que vai tomando corpo entre nós a aceitação da teoria da proporcionalidade, visando-se a evitar a aplicação muito rígida de um direito fundamental, quando essa aplicação implicar em prejuízo para proteção de valor maior também constitucionalmente garantido.

Nessas discussões, encontrei a indicação para esta monografia. Restringi o tema à colisão entre a liberdade de comunicação, manifestada pela liberdade de informação jornalística ou liberdade de imprensa, em relação ao direito à intimidade, ambos constitucionalmente assegurados.

O trabalho está desenvolvido em oito partes: 1) Os Direitos de Personalidade e o Direito à Privacidade; 2) O Direito à Intimidade; 3) A Liberdade de Comunicação; 4) Os Abusos decorrentes da Publicação de Notícias; 5) A Colisão de Direitos: Intimidade X Liberdade de Expressão e de Comunicação; 6) A Insuficiência da Dicotomia Público X Privado em casos concretos de Colisão de Direitos Fundamentais; 7) O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; e 8) Colisão de Direitos Fundamentais: Possibilidades para a Solução.

Em cada uma dessas partes procuro demonstrar a forma como a doutrina constitucional brasileira vem-se ocupando, nos últimos tempos, da problemática relativa à colisão dos direitos fundamentais, especialmente a colisão dos direitos à intimidade e à liberdade de expressão e comunicação, sem esquecer o princípio da dignidade humana e seu significado para a ordem constitucional atualmente vigente no Brasil. No final, procuro indicar as possibilidades de solução para os casos de colisão de direitos fundamentais, tanto no plano legislativo, quanto no plano jurisprudencial, sem jamais esquecer que a questão se refere sempre a qual valor deve prevalecer sem possibilidade de negar a unidade da Constituição que, ao meu ver, não exclui a possibilidade de identificação de normas de diferentes pesos numa determinada ordem constitucional, embora não seja conveniente falar em hierarquia rigorosa entre diferentes direitos individuais, o que os desnaturaria por completo, desnaturando a própria Constituição enquanto complexo normativo unitário e harmônico.



O tema, por si só, demonstra-se relevante para a moderna dogmática do Direito Constitucional. Só por isso, penso justificada a escolha do tema.

## **2. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O DIREITO À PRIVACIDADE**

Conforme leciona Adriano de Cupis, “existem certos direitos sem os quais à personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo - o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados direitos essenciais, com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade”.<sup>2</sup>

Tais direitos, admitidos pela doutrina, são classificados das mais variadas maneiras pelos diversos autores que estudam o tema.

Particularmente, entendo adequada a sintética enumeração feita por R. Limongi França, que considera direitos da personalidade os destinados à defesa da integridade física, da integridade intelectual e da integridade moral<sup>3</sup>. Em nível de classificação, os direitos de personalidade, segundo esse autor, primeiro pelo gênero e depois pela espécie, podem ser:

a) direito à integridade física: direito à vida; direito ao corpo; direito sobre as partes do corpo;

b) direito à integridade intelectual: liberdade de pensamento; direito de autor científico, artístico e inventor;

c) direito à integridade moral: direito à imagem; direito à honra; direito ao recato; direito ao segredo profissional; direito à

---

<sup>2</sup> Cf. *Os Direitos da Personalidade*, p.17.

<sup>3</sup> Cf. “*Direitos da Personalidade – Coordenadas Gerais*”, artigo inserto na RT 370/7.

identidade pessoal.

No mesmo compasso, embora mais detalhado, assim se pronuncia Carlos Alberto Bittar:

“Os bens jurídicos que ingressam como objetos no cenário dos direitos da personalidade são, pois, de várias ordens, divididos em: a) físicos, como: a vida, o corpo (próprio e alheio); as partes do corpo; o físico; a efígie (ou imagem); a voz; o cadáver; a locomoção; b) psíquicos, como: as liberdades (de expressão; de culto ou de credo); a higidez psíquica; a intimidade; os segredos (pessoais e profissionais); e c) morais, como: o nome (e outros elementos de identificação); a reputação (ou boa fama); a dignidade pessoal; o direito moral de autor (ou de inventor); o sepulcro; as lembranças de família e outros.”<sup>4</sup>

Os direitos da personalidade representam a própria sedimentação axiológica do homem que deve encontrar na sua existência a própria razão de ser. A tutela de tais direitos mostra-se de tal magnitude que encontra respaldo legal na própria Constituição Federal de 1988 (art. 5.º, inciso X).

Entre os direitos inerentes à personalidade que visam a proteção da integridade moral, encontra-se o chamado direito à privacidade, que, genericamente, pode ser definido como “direito de viver a sua própria vida isoladamente, sem estar submetido a nenhuma publicidade que não provocou nem almejou”.<sup>5</sup>

Para Maurício Benevides Filho, a esfera íntima é “aquela

---

<sup>4</sup> Cf. *Os Direitos da Personalidade*, p. 60.

<sup>5</sup> Conforme Lucien Martin e William Swandler, citados por José Serpa Santa Maria, no *Curso de Direito Civil* de Miguel Maria de Serpa Lopes, Volume I, p. 216.

que compreende os gestos, fatos e informações que o cidadão tem o direito de subtrair ao conhecimento de todos; a esfera ou a vida privada como sendo aquela que engloba os acontecimentos que cada indivíduo compartilha com um número muito restrito de pessoas; e, por fim, a vida ou esfera pública como aquela onde encontramos os eventos susceptíveis de serem conhecidos por toda a coletividade e que correspondem à participação de cada um na sociedade e suas conseqüências.”<sup>6</sup>

Trata-se, pois, de um direito fundamental do ser humano, que lhe garante a individualidade, reservando-lhe um âmbito no qual a sociedade não pode adentrar, a não ser quando o próprio indivíduo permita ou, em função de sua conduta, provoque.

Sem dúvida, esse direito é inerente à personalidade, pois, sem esse reduto de intimidade, dificilmente a pessoa conseguiria manter sua individualidade e facilmente teria sua personalidade diluída no organismo social, cada vez mais voraz em destruir a vontade individual, criando aquilo que Baudrillard denomina massa.<sup>7</sup>

A privacidade é a fortaleza onde o indivíduo resguarda aquele mínimo de identidade e sanidade que a massificação da sociedade moderna ainda lhe permite. Sem ela, desapareceria o indivíduo e estaríamos a viver literalmente numa enorme colméia.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Cf. “Direito à Intimidade e o Processo de Investigação de Paternidade: Direito à Recusa ao Exame Hematológico”, in *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*, pp. 163/164.

<sup>7</sup> Cf. a obra *À Sombra das Maiorias Silenciosas. O fim do social e o surgimento das massas.*, pp. 15/16. Nela, o autor chega a afirmar: “o sentido não seria mais a linha de força ideal de nossas sociedades, sendo o que escapa apenas um resíduo destinado a ser reabsorvido qualquer dia – ao contrário, é o sentido que é somente um acidente ambíguo e sem prolongamento, um efeito devido à convergência ideal de um espaço perspectivo num momento dado (a História, o Poder, etc.), mas que na realidade nunca disse respeito senão a uma fração mínima e a uma camada superficial de nossas ‘sociedades’. E isso também é verdadeiro para os indivíduos: nós somos apenas episodicamente condutores de sentido, no essencial e em profundidade nós nos comportamos como massa, vivendo a maior parte do tempo num modo pânico ou aleatório, aquém ou além do sentido”.

<sup>8</sup> Entenda-se por colméia uma reunião de indivíduos (abelhas) que atuam mecanicamente, sem identidade própria, como se essa colméia fosse um todo e os indivíduos meros elementos constitutivos desse todo, sem objetivos individuais. Se estiver equivocado, que me perdoem os entomólogos.

Por essa razão, é bem conveniente que os ordenamentos jurídicos modernos busquem consagrar a privacidade como um dos direitos da personalidade, inclusive alçando-o ao nível de garantia constitucional.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5.º, inciso X, dispõe expressamente:

“São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Observa-se, do dispositivo transcrito, que o direito positivo brasileiro segue uma tendência geral, verificada na doutrina, de subdividir a privacidade em subespécies.

Adriano de Cupis deixa antever que considera em sua órbita o direito à honra, ao resguardo (da intimidade e da imagem) e ao segredo.<sup>9</sup>

Essa questão, no entanto, não me parece de maior importância, pois, a despeito do texto constitucional, entendo possível considerar o direito à privacidade como o gênero no qual os demais se enquadram como espécies.

Importante é salientar, juntamente com José Afonso da Silva, que

“A esfera de inviolabilidade, assim, é ampla, abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as

---

<sup>9</sup> Cf. *Op. cit.*, p. 18.

<sup>10</sup> Cf. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, pp. 188/189.

Ou, comentando o art. 5.º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, que:

“O direito à intimidade é quase sempre considerado como sinônimo de direito à privacidade. Esta é uma terminologia do direito anglo-americano (*right of privacy*), para designar aquele, mais empregada no direito dos povos latinos. Nos termos da Constituição, contudo, é plausível a distinção que estamos fazendo, já que o inciso X do art. 5.º separa a intimidade de outras manifestações da privacidade: vida privada, honra e imagem das pessoas.”<sup>11</sup>

De outro lado, também é importante salientar que, apesar de ser um direito fundamental, tem ele limitações. E a limitação encontra-se exatamente no fato de que, se o direito à privacidade é uma proteção contra a invasão da sociedade na esfera íntima do indivíduo, por outro lado, não pode protegê-lo quando ele sai de sua intimidade e atua na sociedade, provocando a necessidade de que esta tenha conhecimento de fatos que são próprios do indivíduo, a fim de manter o próprio equilíbrio social.

E esta é, sem dúvida, uma questão importante no atinente ao direito à privacidade, pois diz respeito aos seus limites. Diz respeito à demarcação da área que ficará intangível à sociedade e daquela em que esta poderá conhecer. Somente um correto e equilibrado ajuste desse intrincado problema pelo Direito é que permitirá que, por um lado, o direito à privacidade tenha existência real e não seja apenas uma “garantia” vã e sem utilidade prática para as pessoas, protegendo-as efetivamente da curiosidade (ingênua ou maliciosa) do Estado e da população em geral, e, por outro, que não se torne um refúgio que garanta a impunidade de falcatruas e

---

<sup>11</sup> Cf. *Op. cit.*, p. 189.

crimes de toda espécie.

Pontes de Miranda fornece bom referencial para a solução desse problema, por intermédio do seguinte raciocínio:

“Todos têm o direito de manter-se em reserva, de velar a sua intimidade, de não deixar que se lhes devasse a vida privada, de fechar o seu lar à curiosidade pública; todavia, esse direito sofre limitações. a) Se A tomou parte em acontecimentos que se passaram na sua intimidade, ou outrem foi o agente, havendo interesse de maior relevância na revelação dessa intimidade, até certo ponto, ou b) se A mesmo consentiu em que se desvelasse essa intimidade, o seu direito não existe. Não existe, porque todo direito é efeito de fato jurídico; todo fato jurídico supõe suporte fático. No suporte fático está o elemento intimidade; se A consentiu que se lhe devassasse a vida privada, a intimidade deixou de existir: o consentimento atuou como pré-excludente. Se A praticou crime, em lugar íntimo, pré-excluiu a entrada desse lugar, como íntimo, no suporte fático, que, indo ao mundo jurídico, produziria o direito, a pretensão ou a ação de defesa da intimidade.”<sup>12</sup>

Assim, parece-me claro que somente o exame de cada caso concreto permitirá saber se determinado fato particular de uma pessoa recebe ou não o manto protetor do direito à privacidade.

---

<sup>12</sup> Cf. *Tratado de Direito Privado*, Vol. VII, § 755, p. 125.

Sempre que houver interesse público ou de ordem pública no esclarecimento de determinadas situações, a justificar a revelação desse fato, ou então existir o assentimento do titular, entendo que não poderá ser invocado o direito à privacidade para subtraí-lo do conhecimento do(s) interessado(s). Isto por que, conforme bem expôs Pontes de Miranda, a própria ação do indivíduo, atingindo o âmbito social e interferindo em interesses de terceiros, exclui o fato da órbita protetiva do direito à privacidade. Entretanto, em razão dessa peculiar característica tópica da atividade de delimitação do direito à privacidade, também entendo ser absolutamente necessário que sempre seja devidamente justificada e motivada a exclusão de um fato particular de uma pessoa da esfera protetora do referido direito, tomando-se a cautela de levá-lo ao conhecimento somente daqueles que efetivamente necessitem conhecê-lo para o perfeito esclarecimento da situação. Esta última precaução é importante para se evitar danos desnecessários à pessoa que teve o fato revelado, pois, ao final, poderá ser constatado que não praticou ela qualquer ato lesivo a interesse de terceiros ou que realmente não assentiu em sua divulgação, de modo a se justificar fique o seu conhecimento restrito apenas àqueles poucos que necessariamente tinham de conhecê-lo para que os eventos investigados fossem esclarecidos.

Esta é, no meu sentir, a correta dimensão do direito à privacidade, que será utilizada como escólio das conclusões da presente monografia.

### **3. O DIREITO À INTIMIDADE**

O homem é um ser naturalmente social e na própria sociedade encontra a razão de sua existência e do desenvolvimento de suas capacidades e potencialidades. Disso decorre que, sempre pressupondo as relações inter-subjetivas, haverá necessariamente uma multiplicidade de situações que envolvem o seu próprio papel

no meio em que vive, é dizer, o homem, enquanto ser social, possui vários papéis que devem ser exercidos. Em cada um desses papéis, há um campo próprio em que o homem se revela perante o mundo e que, conforme o espectro a ser considerado, tem um conhecimento mais ou menos restrito pelos outros integrantes da sociedade.

O homem não é só o que parece aos olhos dos outros. Possui uma outra parte que pode omitir, esconder ou mesmo reservar das outras pessoas com quem tiver contato e, com maiores razões, daquelas que nunca veio a conhecer. É nesse âmbito que o homem necessita reservar-se ao seu íntimo com o objetivo de refletir sobre sua existência, pensar sobre suas conquistas e destinos, enfrentar suas fraquezas e formular sua autocrítica.

Para Paulo José da Costa Júnior,

“A intimidade interior reveste-se de natureza física e material. O indivíduo afasta-se da multidão. Recolhe-se ao seu castelo. Desce às profundezas de sua alma e sai em busca do seu ser. Nada impede que o solitário venha a manter contato com a vida social, através dos meios de comunicação de que disponha. Ou mesmo trazendo para junto dele, na sua fantasia, o diálogo silente dos vivos e dos mortos.”<sup>13</sup>

Celso Bastos ensina que “intimidade consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.”<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Cf. *O Direito Penal de Estar Só – Tutela Penal da Intimidade*, p. 12.

<sup>14</sup> Cf. *Comentários à Constituição do Brasil*, Vol. 2, p. 63.



A doutrina francesa apresenta definição semelhante ao afirmar que “*le domaine de la vie privée correspond à la sphère secrète où l’individu aura le droit d’être laissé tranquille*”.<sup>15</sup> O domicílio e o sigilo da correspondência estão também ao abrigo de intrusões não consentidas.

Em suma, intimidade abrange, em sentido mais amplo, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência, e o segredo profissional.<sup>16</sup>

Aparentemente, tem-se a impressão de que o direito à intimidade é um direito absoluto<sup>17</sup> e, em razão disso, impedido estaria o Estado de adentrar nessa esfera íntima do indivíduo. Os direitos fundamentais gozam de certa relatividade, em face da necessidade de se proteger outros direitos também fundamentais, conforme relata o acórdão baixo:

PROCESSUAL PENAL - *HABEAS CORPUS* - QUEBRA DE SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL E DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS (ARTIGO 5º, X E XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) - I. Os direitos e garantias fundamentais do indivíduo não são absolutos, cedendo em face de determinadas circunstâncias, como, na espécie em que há fortes indícios de crime em tese, bem como de sua autoria. II. Existência de interesse público e de justa causa, a lhe dar suficiente sustentáculo. III. Observância do devido processo legal, havendo inquérito policial regularmente

---

<sup>15</sup> Cf. Morange, Jean, in *Droits de l’homme et libertés publiques*, p. 162.

<sup>16</sup> Cf. Silva, José Afonso da, in *Op. cit.*, p. 203.

<sup>17</sup> Cf. Farias, Edilsom Pereira de, in *Colisão de Direitos*, pp. 74 a 78.

---

instaurado, intervenção do órgão do *parquet* federal e prévio controle judicial, através da apreciação e deferimento da medida.<sup>18</sup>

A relatividade dos direitos fundamentais passa a ser possível com a aplicação do princípio da proporcionalidade, que é uma maneira de se corrigir o alcance de certos direitos fundamentais. Um exemplo da aplicação do princípio da proporcionalidade é a admissibilidade e utilização de prova ilícita, na hipótese de a mesma ter sido obtida para o resguardo de outro bem protegido pela Constituição, de maior valor do que aquele a ser resguardado.

Antônio Scarance Fernandes<sup>19</sup> cita dois exemplos que, a seguir, em resumo, transcrevo:

è em determinado caso, para impedir fuga de presos, considerados perigosos, de estabelecimento penitenciário, violou-se a correspondência desses presos, descobrindo-se que, no plano de fuga, constava o seqüestro de um Juiz de Direito quando todos estivessem reunidos em audiência em determinada comarca à como a violação de correspondência é vedada pela Constituição Federal (art. 5.º, inciso XII), a aplicação rigorosa da norma constitucional impediria que pudessem ser usadas como prova as cartas interceptadas, pois, sendo obtidas por meio ilícito consistente em afronta à referida vedação constitucional, não seriam admitidos em eventual processo criminal;

è em outro caso, o réu obtém prova

<sup>18</sup> Cf. Tribunal Regional Federal 2ª Região - Habeas Corpus 95.02.22528-7/RJ - 3ª Turma - Relator Desembargador Federal Valmir Peçanha - Diário da Justiça da União de 13.02.1996.

<sup>19</sup> Cf. *Processo Penal Constitucional*, pp. 80/81.

ilícita mediante interceptação telefônica não autorizada, em contradição, portanto, à Constituição Federal e, agora, à Lei N.º 9.296, de 24/07/1996, mas é o único meio de que dispõe para provar a sua inocência.

A propósito, José Carlos Barbosa Moreira, examinando a questão das provas ilícitas em face da Constituição, figura a hipótese da prova emprestada, isto é, colhida na ação penal, de utilidade para o processo civil, sendo ela, entretanto, uma fita magnética, gravada mediante interceptação telefônica para a qual se dispunha de autorização judicial. Seria possível a utilização dessa prova no cível? Esclarece o eminente jurista:

“No campo doutrinário tem-se admitido a possibilidade de semelhante utilização. A favor dela pode argumentar-se que, uma vez rompido o sigilo, e por conseguinte sacrificado o direito da parte à preservação da intimidade, não faria sentido que continuássemos a preocupar-nos com o risco de arrombar-se um cofre já aberto. Mas por outro lado talvez se objete que assim se acaba por condescender com autêntica fraude à Constituição. A prova ilícita, expulsa pela porta, voltaria a entrar pela janela.”<sup>20</sup>

A admissibilidade, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos é uma tentativa de atenuar-se a “teoria dos frutos da árvore envenenada” (“*fruits of the poisonous tree*”), com origem na Suprema Corte dos Estados Unidos da América. O exercício dos direitos fundamentais deve ser conciliado com a necessidade de proteger-se o Estado Democrático de Direito. Por isso, a moderna doutrina constitucional passou a prever uma atenuação à vedação das provas admitidas por meios ilícitos, objetivando corrigir possíveis distorções advindas da rigidez a que a exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Essa atenuação prevê,

---

<sup>20</sup> Cf. “A Constituição e as Provas Ilícitamente Obtidas”, in Revista da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal, n.º 6, p. 11.

com base no princípio da proporcionalidade, hipóteses de admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, que, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, considerando que nenhuma liberdade pública é absoluta, verificando-se possibilidade, em casos delicados, em que se perceba que o direito tutelado é mais importante do que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização. Essa teoria da proporcionalidade, atualmente, conforme anota Luiz Francisco Torquato Avólio, citando acórdãos da Corte Constitucional alemã (BVerfGE)<sup>21</sup>,

“é, pois, dotada de um sentido técnico no direito público e teoria do direito germânicos, correspondente a uma limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados (...). Para que o Estado, em sua atividade, atenda aos interesses da maioria, respeitando os direitos individuais fundamentais, se faz necessário não só a existência de normas para pautar essa atividade e que, em certos casos, nem mesmo a vontade de uma maioria pode derogar (Estado de Direito), como também há de se reconhecer e lançar mão de um princípio regulativo para se ponderar até que ponto se vai dar preferência ao todo ou às partes (Princípio da Proporcionalidade), o que também não pode ir além de um certo limite, para não retirar o mínimo necessário a uma existência humana digna de ser

<sup>21</sup> Acórdãos que foram retirados do ensaio “*O Princípio Constitucional da Proporcionalidade*”, constante do livro *Ensaios de Teoria Constitucional*, de Willis Santiago Guerra Filho, pp. 71 e 75.

<sup>22</sup> Cf. *Provas Ilícitas*, pp. 60/61.

chamada assim.”<sup>22</sup>

No Brasil, em sede jurisprudencial, somente se aplica o princípio da proporcionalidade *pro reo*, entendendo-se que a ilicitude é eliminada por causas excludentes de ilicitude<sup>23</sup> ou em prol do princípio da inocência<sup>24</sup>, conforme demonstra a decisão a seguir, em relação ao último aspecto (princípio da inocência):

Gravação Telefônica e Prova Lícita. Considera-se prova lícita, desde que haja causa excludente da antijuridicidade da ação (p. ex.: legítima defesa em caso de extorsão), a gravação telefônica feita por terceiro com autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro. Não há, na hipótese, ofensa aos arts. 151, II (‘Quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente... conversão telefônica entre outras pessoas’) e 153 (‘Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem’), todos do CP. Com esse entendimento, a Turma afastou o argumento de afronta ao art. 5.º, XII, da CF (‘XII – é inviolável o sigilo... das comunicações telefônicas, salvo ... por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer...’) e indeferiu o pedido de habeas corpus interposto contra acórdão do STJ, que mantivera a decisão do TJSP.

---

<sup>23</sup> RJTJSP, 138/526.

<sup>24</sup> STF – 1.ª T – HC N.º 74.678/DF – Relator Ministro Moreira Alves – Informativo STF N.º 75, de 09 a 13 de junho de 1997.

Precedente citado: AP 307-DF (DJU de 10.5.96).

Nos tempos atuais, é imperioso levar em consideração o progresso científico, bem como o crescente poder de informação, por meio da mídia, que, a cada momento, desenvolve novas formas de violar a intimidade do homem, configurando, por diversos aspectos, o que se denominou “aldeia global” em que, por exemplo, um fato ocorrido num determinado lugar, em questão de segundos, já pode ser conhecido com detalhes em qualquer parte do planeta, tornando-se verdadeiro desafio a todos aqueles que operam com o direito de defender a intimidade do indivíduo. Oportunas são, por isso, as observações de J. J. Calmon de Passos, quando adverte sobre a crescente redução da privacidade, assim:

“A família dos nossos dias, fragilizada pelo poder da mídia, pela pressão da sobrevivência econômica de seus integrantes, pela massificação da convivência, descaracteriza-se em sua privacidade, faz-se cada vez mais vulnerável ao ‘público’, em sua dimensão social e em sua dimensão estatal. Conseqüentemente, a privacidade recua também, fazendo-se individual, personalíssima, quase. A privacidade é hoje o reduto último da resistência do indivíduo às forças que operam no sentido de seu aniquilamento – econômicas, políticas, culturais.”<sup>25</sup>

Alcançado este ponto, e tentando a caracterização dos direitos à intimidade, tem-se como certo que se trata de uma das várias expressões dos direitos da personalidade e, por isso, não existe

---

<sup>25</sup> Cf. “A Imprensa, a Proteção da Intimidade e o Processo Penal”, RF 324/63.

qualquer elemento diferenciador entre ambos. Vale dizer: as características de ambos são as mesmas, muito embora, em alguns casos, o direito à vida privada, aqui tomado como gênero, possa ser objeto de consentimento quanto ao seu devassamento, ou seja, há determinadas situações em que o titular do direito respectivo pode deixar de exercê-lo, logicamente observadas as regras dos bons costumes e da ordem pública.

De qualquer sorte, em matéria de direito à intimidade, em relação apenas exemplificativa, são protegidos os seguintes bens: confidências, informes de ordem pessoal (dados pessoais), recordações pessoais, memórias, diários, relações familiares, lembranças de família, sepultura, vida amorosa ou conjugal, saúde física e mental, afeições, entretenimentos, costumes domésticos e atividades negociais, reservados pela pessoa para si e para seus familiares, ou mesmo pequeno círculo de amizade, ficando, portanto, afastados da curiosidade pública.<sup>26</sup>

#### **4. A LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO**

A “liberdade de comunicação” (ou “liberdade de expressão”) envolve todas as formas de expressão do homem, por meio do jornalismo, rádio, televisão, relações públicas, artes ou qualquer outra forma de exteriorizar o pensamento. A tudo isso acresça-se a liberdade de convicção política, filosófica ou religiosa, que compreende três formas de expressão, a saber: liberdade de crença, liberdade de culto e liberdade de organização religiosa, todas elas constitucionalmente tuteladas.

É sabido que o homem, para desenvolver a sua essência, precisa manifestar para o grupo social as suas idéias, convicções e pensamentos, justamente para se inteirar do mundo em que vive, pressupondo sempre que, apesar da necessária tutela da vida

---

<sup>26</sup> Cf. Bittar, Carlos Alberto, in *Os Direitos da Personalidade*, pp. 107/108.

privada, o ser humano nunca se pode considerar isoladamente, distante de tudo e de todos. O homem é um animal social, já se afirmou com inquestionável propriedade. Bem a propósito, afirma Pimenta Bueno:

“O homem, porém, não vive concentrado só em seu espírito, não vive isolado, por isso mesmo que por sua natureza é um ente social. Ele tem a viva tendência e necessidade de expressar e trocar suas idéias e opiniões com os outros homens, de cultivar mútuas relações, seria mesmo impossível vedar, porque fora para necessário dissolver e proibir a sociedade.”<sup>27</sup>

Fixada esta idéia – a liberdade de expressão é inerente à própria existência do homem –, ressalte-se que a plena conquista de tal direito fundamental é recente, datando de 1776, como conquista levada a efeito pela Revolução do Estado de Virgínia, cujos idealistas inseriram na Magna Carta o direito à manifestação do pensamento e de opinião, aí incluindo-se a liberdade de imprensa. Apesar disto, registra Roscoe Pound que, anteriormente à Declaração de Direitos da Virgínia, nenhuma carta incluiu a liberdade anterior de escrever e de dizer, fato que teve como causa um motivo histórico, basicamente relacionado com a principal preocupação com a estruturação de um governo que substituísse os antigos Artigos da Confederação<sup>28</sup>.

Deixando de lado esse aspecto histórico, sabe-se que o enorme desenvolvimento dos diversos meios de comunicação ocorrido no final do século passado (com grande incremento no presente), em razão do descobrimento do telefone, do telégrafo, do rádio, da televisão, colocou o homem num verdadeiro dilema:

---

<sup>27</sup> *apud*, José Afonso da Silva in *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 35.

<sup>28</sup> *Cf. Liberdade e Garantias Constitucionais*, p. 51.

---



a determinação de qual tipo de idéias e informações que podem transmitir estes novos meios de comunicação em comparação aos antigos meios (a imprensa e o livro), a milhões de pessoas que integram seu anônimo público receptor. Em razão de tal dilema, a importância do tema ganhou amplitude em vários documentos internacionais de direitos humanos, dizendo-se mesmo hoje que o grau de liberdade de um povo é medido pela amplitude conferida ao seu direito de manifestar o pensamento por todas as formas. Trata-se, pois, de uma das conquistas mais preciosas do homem como decorrência da sua própria essência direcionada a manifestar seu pensamento.

Alcançado este ponto, impõe-se uma indagação: pode-se afirmar que tal direito ou garantia é absoluto? Pode-se mesmo situar tal direito ou garantia acima da própria Constituição de um país, a ponto de não ser possível impor-lhe limites? Ao final desta monografia, espero ter respondido a estas indagações.

Em termos constitucionais, a liberdade de comunicação ou de expressão refere-se a um conjunto de direitos, formas e processos que possibilitam a ampla divulgação do pensamento e da informação, aí incluída a organização dos meios de comunicação, sujeita, em regra, a regime jurídico especial<sup>29</sup>. Para Sampaio Dória, a liberdade de pensamento constitui

“(...) não apenas a faculdade de pensar livremente, o que seria fenômeno puramente individual, mas o ‘direito de manifestar em público o que se pense, ou sinta, seja sobre o que for’. É a liberdade de opinar, de criticar, de discutir, de propagar crenças, de publicar ou pregar opiniões.”<sup>30</sup>

Para o exercício adequado dessa liberdade, o emissor do

---

<sup>29</sup> No caso brasileiro, v. arts. 220 a 224, da Constituição Federal de 1988.

<sup>30</sup> Cf. *Direito Constitucional*, Vol. 1, t.11/721, 1962, Max Limonad, *apud*, Darcy Arruda Miranda, in *Comentários à Lei de Imprensa*, t. 1, p. 85.

pensamento não pode ultrapassar os limites fixados na própria Constituição, em especial o respeito aos direitos de personalidade. Com essa advertência, não se admite a censura prévia. Apenas adverte-se que toda liberdade só pode ser condicionada pelo direito em respeito à lei, pena de se configurar inequívoco abuso. Anote-se, a propósito, o comentário de Freitas Nobre:

“A liberdade ilimitada, distanciada do interesse social e do bem comum, não é conciliável no mundo contemporâneo, porque se o pensamento é inviolável e livre, a sua exteriorização deve ser limitada pelo interesse coletivo, condicionando seu exercício ao destino do patrimônio moral da sociedade, do Estado e dos próprios indivíduos.”<sup>31</sup>

Em face disso, são os seguintes os princípios decorrentes da liberdade de pensamento ou de expressão:

- a) vedação a qualquer tipo de restrição à comunicação, observada a Constituição Federal;
- b) nenhuma lei poderá embaraçar a plena liberdade de informação;
- c) é vedada qualquer tipo de censura;
- d) a publicação de qualquer veículo tendente a manifestar o pensamento não pode sofrer qualquer censura de natureza política, ideológica e artística;
- e) a exploração de serviços de radiodifusão ou imagens depende de concessão do Poder Executivo, sob a fiscalização do Congresso Nacional; e
- f) os meios de comunicação não podem ser objetos de monopólio<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Cf. *Comentários à Lei de Imprensa*, p. 6.

<sup>32</sup> Cf. Silva, José Afonso da, in *Op. cit.*, p. 237.

<sup>33</sup> Lei N.º 5.250, de 09/02/1967 (DOU de 10/02/1967).

---

Para os objetivos da presente monografia, importa primacialmente a liberdade de informação jornalística ou liberdade de imprensa, regulada, entre nós, pela Lei de Imprensa<sup>33</sup>. A importância da imprensa começou a ser sentida a partir de quando se percebeu a sua enorme influência na formação da opinião pública, chegando-se mesmo a afirmar, em face do imenso poder da imprensa, que, em boa verdade, não existiria uma verdadeira opinião pública, mas apenas a ‘opinião publicada’. De acordo com informação de René Ariel Dotti, “foi Balzac quem primeiro designou a imprensa como o ‘quarto poder do Estado’, expressão que traduz fielmente a importância dos órgãos de informação no contexto da sociedade moderna”<sup>34</sup>.

O direito à informação – a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou idéias – apresenta dois aspectos fundamentais:

- a) a liberdade de informar;
- b) a liberdade de ser informado por qualquer meio de publicação, seja veículo impresso, seja veículo de difusão.

Sobre esses dois aspectos do direito à informação, vale conferir a seguinte passagem de Edilson Pereira de Farias:

“No âmbito da proteção constitucional ao direito fundamental à informação estão compreendidos tanto os atos de comunicar quanto os de receber livremente informações pluralistas e corretas. Com isso, visa-se a proteger não só o emissor, mas também o receptor do processo da comunicação. No aspecto passivo dessa relação da comunicação, destaca-se o direito do público de ser adequadamente informado, tema sobre que

---

<sup>34</sup> Cf. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*, p. 129.

Rui Barbosa já chamava a atenção em sua célebre conferência intitulada ‘a imprensa e o dever da verdade’ e que, atualmente, invocando-se a defesa dos interesses sociais e indisponíveis, desemboca na tese de que o direito positivo brasileiro tutela ‘o direito difuso à notícia verdadeira’.<sup>35</sup>

A liberdade de informação refere-se essencialmente à informação correta, assim ocorrendo porque a imprensa é formadora de opinião pública, com relevante função social, possibilitando o amplo desenvolvimento da liberdade de opção da sociedade para reforçar o regime democrático. Vale dizer: uma imprensa livre é inseparável do conceito geral de liberdade em um Estado moderno.

Sem deixar de reconhecer a importância da imprensa, a sua atividade, a toda evidência, deve observar determinadas restrições ligadas aos direitos ou princípios que a sua atuação não pode violar, sob pena de impor enorme prejuízo ao titular do interesse. Assim, a livre manifestação do pensamento, emblematizada, no presente caso, pela divulgação de notícias, deverá ser limitada pela veracidade dessa mesma notícia e pelo interesse público. Desse modo,

“A liberdade em geral e em matéria de comunicação especificamente não é nem pode ser absoluta. Neste grau corresponde à anarquia. Seu fim é o início da liberdade de outrem. Como fronteira se lhe contrapõem a ordem e o interesse público, a segurança e os bons costumes. Só existirá

---

<sup>35</sup> Cf. *Colisão de Direitos*, pp. 133/134.

<sup>36</sup> Cf. Fernandes, Milton, in *Proteção Civil da Intimidade*, p. 218.

enquanto for igual para todos.”<sup>36</sup>

Quanto às restrições à liberdade de informação, destaco os seguintes aspectos, transcrevendo lição de Serrano Neves:

“a) *ratione reipublicae* – óbices opostos ao princípio relacionado com ameaças ao princípio do núcleo intangível (cláusula pétrea), previsto no art. 5.º, § 2.º, da Constituição Federal;

b) *ratione gentium* – restrição ligada ao bom relacionamento entre as nações, envolvendo o próprio direito internacional (público ou privado);

c) *ratione personae* – a liberdade de imprensa não pode violar os direitos da personalidade;

d) *ratione materiae* – diz respeito a potencialidade de penetração da matéria divulgada, vale dizer, a proibição da imprensa *marron*;

e) *ratione auctoris* – é dever do jornalismo manifestar os fatos com inteira veracidade, sem deturpação dos fatos;

f) *ratione lectoris* – destaca o interesse do Estado na educação do povo, em especial da juventude, em nome da ética social, em sede de moralidade pública.”<sup>37</sup>

Existe um direito de informar livremente, decorrente da própria inexistência e proibição de qualquer tipo de censura<sup>38</sup>. É certo que toda informação, ou ao menos parte dela, guarda em si mesma um componente ideológico que muitas vezes diz respeito a posicionamentos políticos, ideológicos e artísticos da própria direção ou proprietários da empresa jornalística, o que acarreta uma série de condicionamentos que devem ser adequadamente confrontados. Vale dizer: pressupondo-se que a atividade jornalística tem como principal produto a informação, torna-se cada

---

<sup>37</sup> Cf. *Direito de Imprensa*, p. 127.

<sup>38</sup> V. art. 220 e seus parágrafos, da Constituição Federal de 1988.

vez mais complexa a seleção das notícias que atendam ao interesse do público receptor em prol da necessidade de manter a estrutura econômica da empresa.

## **5. OS ABUSOS DECORRENTES DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO**

O abuso de direito constitui, no seu exercício, além dos limites preestabelecidos pelo ordenamento e que gera o dano e, por consequência, o dever de indenizar. Para José Manoel Martin Bernal, o abuso de direito decorre essencialmente dos atos que excedam o seu uso normal e da normal tolerância<sup>39</sup>.

Do ponto de vista teórico, a teoria do abuso do direito nem sempre teve aceitação tranqüila, embora continue plenamente reconhecida. Dessa forma, fundamentado o abuso do direito na teoria do ato ilícito – a culpa *lato sensu* –, seu fundamento legal, no Brasil, decorre do art. 160, inciso I, do Código Civil, uma vez que, se o exercício do direito for irregular, com certeza haverá o desvio de suas finalidades sociais, gerando, como se viu, o dano. Claro que, quando da divulgação de fatos ou notícias com abuso do direito de informar, cogita-se não propriamente de informação, mas de sua deformação, o que sempre viola o direito de intimidade, imagem, honra e vida privada do ofendido. Assim ocorre sempre que a informação é veiculada por simples motivo sensacionalista, sem preocupações ou compromissos com a verdade.

Do ponto de vista legal, no Brasil, a Lei de Imprensa cogita do abuso do direito de informar, ao estatuir expressamente, no seu art. 1.º: “É livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, *respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer.*” Em igual sentido a

---

<sup>39</sup> Cf. *El Abuso del Derecho*, p. 217.

previsão do art. 12: “*Aqueles que, através dos meios de informação e divulgação, praticarem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação ficarão sujeitos às penas desta Lei e responderão pelos prejuízos que causarem.*” (Os destaques são meus).

Como se vê, quando a liberdade de imprensa não é exercida dentro dos parâmetros legais e constitucionais, a própria Lei de Imprensa prevê sanções de natureza penal e civil.

## **6. A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: INTIMIDADE X LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO**

Por colisão de direitos fundamentais entende-se a diversidade de interesse sobre direitos fundamentais de diferentes titulares alusivos ao mesmo objeto, de tal sorte que o exercício de uns venha a contrastar com o de outros. Assim, é possível que, diante de duas regras ou de dois princípios constitucionais, configure-se um conflito diante do qual o intérprete sintá-se em dúvida sobre qual delas, ou qual deles, deva prevalecer diante de um caso concreto. É dizer: no exercício de direitos fundamentais, é freqüente o choque entre eles ou o confronto desses direitos com outros bens jurídicos constitucionalmente tutelados.

Considerando esse conceito, pode-se afirmar que a colisão do direito à intimidade com a liberdade de comunicação significa que as opiniões e fatos relacionados com o âmbito de proteção constitucional desse direito não podem ser divulgados ao público indiscriminadamente.

É sabido, no entanto, que a liberdade de comunicação, tida como um direito fundamental que vai além da dimensão individual, por ser imprescindível para a formação da opinião pública qualificada e pluralista, o que é essencial para o regular funcionamento do Estado Democrático de Direito, não deve sofrer

restrições por parte de direitos ou bens constitucionais que lhe deixe totalmente desnaturalizada, o que conduz o intérprete a um grande dilema, traduzido, magistralmente, nas palavras de Richard F. Nixon: “*to achieve control of invasions of privacy whithout either the unlikely support of public opinion or suppression of the press.*”<sup>40</sup>

Atente-se, no entanto, que o problema da colisão de direitos fundamentais não pode ser solucionado sem antes relacioná-lo com o instituto da antinomia jurídica, fenômeno inevitável no sistema jurídico em razão da dinamicidade do Direito, especialmente diante da febril atividade legiferante dos tempos modernos.

A teoria do ordenamento jurídico está fundada na unidade, na coerência e na completude<sup>41</sup>, elementos que fazem com que o Direito, no seu conjunto, se constitua num ordenamento, distinto das normas singulares que o compõem.

Pela unidade compreende-se o Direito como um sistema unitário de normas e trata-se de uma unidade formal, relativa ao modo pelo qual as normas são postas, diferentes da unidade preconizada pelo jusnaturalismo, que se refere à unidade substancial ou material, isto é, relativa ao conteúdo das normas.

Para explicar essa diferença, Kelsen fala de dois tipos diferentes de ordenamentos normativos: o *estático* (ao qual pertencem a moral e o direito concebido pelo jusnaturalismo) e o *dinâmico* (próprio do direito concebido pelo positivismo jurídico). Em face disso, para Kelsen,

“o sistema de normas que constitui o ordenamento jurídico possui, essencialmente, o caráter dinâmico, pois uma norma não vale porque possui este ou

---

<sup>40</sup> *apud*, Edilson Pereira de Farias, in *Colisão de Direitos*, p. 137.

<sup>41</sup> A expressão utilizada por Norberto Bobbio é *completitude*. V. *O Positivismo Jurídico...*, p. 198.



aquele conteúdo; todo e qualquer conteúdo pode ser jurídico. Nesse tipo de sistema, a norma hipotética fundamental só fornece o fundamento de validade. O conteúdo das normas pode ser determinado por meio dos atos das autoridades que estatuem as normas positivas do sistema. A norma hipotética fundamental pressuposta do sistema normativo dinâmico refere-se tão-somente às formas procedimentais, pois institui o fato produtor de normas, conferindo poder a uma autoridade para emitir comandos jurídicos, determinando, assim, como devem ser criadas as normas gerais e individuais.”<sup>42</sup>

A coerência e a completude são características estreitamente ligadas entre si, ainda que tal ligação nem sempre seja evidente. Carnelutti, citado por Bobbio<sup>43</sup>, revela a relação entre coerência e completude do ordenamento, afirmando que, no Direito, podem ocorrer dois vícios: um por *excesso*, quando há mais normas do que deveria haver (na incoerência há duas normas contraditórias, das quais somente uma pode estar contida no ordenamento) e outro por *falta*, quando há uma norma a menos (lacuna). Conclusão: a incoerência do ordenamento é a situação em que há duas normas, a segunda incompatível com a primeira; a incompletude é a situação em que não há qualquer norma a ser aplicada.

Assim, pode-se afirmar que a coerência consiste em não se admitir no ordenamento normas incompatíveis entre si, o que é garantido por uma norma, implícita em todo o ordenamento, segundo a qual, existentes duas normas incompatíveis, somente uma delas pode fazer parte desse ordenamento, isto é, somente

---

<sup>42</sup> Cf. Diniz, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 127.

<sup>43</sup> Cf. *O Positivismo Jurídico...*, p. 202.

uma delas pode ser válida. Aspecto interessante deste ponto é o que indica as possíveis soluções para as eventuais antinomias verificadas no ordenamento. Resumidamente, pode-se afirmar que, diante de duas normas incompatíveis: a) segundo o *critério cronológico*, a norma posterior prevalece sobre a norma precedente (*lex posterior derogat priori*); b) segundo o *critério hierárquico*, a norma de grau superior (estabelecida por uma fonte de grau superior) prevalece sobre aquela de grau inferior (*lex superior derogat inferiori*); segundo o *critério de especialidade*, a norma especial prevalece sobre a geral (*lex specialis derogat generali*).

Importa não esquecer que estes critérios não são suficientes para resolver todas as antinomias, existindo casos em que eles não podem ser aplicados: a) caso de conflito entre os próprios critérios (a uma mesma antinomia podem-se aplicar dois critérios, cada um deles levando a um resultado diferente); b) caso em que não é possível aplicar nenhum dos três critérios.

No conflito entre o critério hierárquico e o critério cronológico, prevalece o hierárquico. No conflito entre o critério de especialidade e o critério cronológico, prevalece o critério de especialidade. No conflito entre o critério hierárquico e o critério de especialidade, que são os dois chamados critérios fortes, torna-se difícil saber qual dos dois critérios prevalece. Para este último caso, aconselha e adverte Norberto Bobbio:

“Pode-se talvez recorrer ao critério fraco, o cronológico, como critério subsidiário para estabelecer a prevalência de um ou de outro dos dois critérios fortes: prevalece o critério hierárquico, isto é, é válida a norma superior geral, se esta for posterior à outra; prevalece, ao contrário, o critério de especialidade, a saber, é válida a norma inferior especial, se for esta a

posterior. Em outros termos, uma norma superior geral precedente cede diante de uma norma inferior especial sucessiva; uma norma superior geral sucessiva vence no confronto com uma norma inferior especial precedente. Trata-se, entretanto, de uma solução que não é partilhada por toda a doutrina, como são partilhadas as soluções para os outros dois conflitos.”<sup>44</sup>

Outra dificuldade ocorre quando nenhum dos três critérios de solução das antinomias é aplicável ao caso concreto, como quando há duas normas antinômicas e que são contemporâneas, paritárias e gerais. Aqui a solução se dá por outro critério: a prevalência da *lex favorabilis* sobre a *lex odiosa*, considerando-se *lex favorabilis* aquela que estabelece uma permissão e *lex odiosa* aquela que estabelece um imperativo (comando ou proibição), isto por que a situação normal do súdito é o *status libertatis*, sendo, por isso, a norma imperativa uma exceção, pelo que deve ceder se entrar em conflito com uma norma permissiva.

Adverte, no entanto, Bobbio<sup>45</sup> que o critério acima descrito somente se aplica quando a antinomia verificada é entre duas normas de Direito público, que regulam as relações entre o Estado e os cidadãos, sendo inservível quando o conflito se verificar entre duas normas de direito privado, que regulam relações entre cidadãos particulares. A eliminação de uma das normas, qualquer que seja ela, cria sempre uma vantagem em favor de um sujeito e um ônus em desfavor de um outro.

Adverte também Bobbio para outro caso não possível de ser solucionado pelo critério da *lex favorabilis*: quando ambas as

---

<sup>44</sup> Cf. *O Positivismo Jurídico...*, p. 206.

<sup>45</sup> Cf. *O Positivismo Jurídico...*, pp. 206/207.

normas são imperativas, uma comandando e outra proibindo o mesmo comportamento. Trata-se, segundo Bobbio, de normas contrárias, e não de normas contraditórias. Como normas contrárias, eliminam-se reciprocamente e nenhuma das duas é válida, sendo válida, em verdade, uma terceira possibilidade, ou seja, a norma que nem comanda, nem proíbe, mas permite o comportamento questionado<sup>46</sup>.

A completude do ordenamento jurídico constitui o ponto central do positivismo jurídico, estreitamente ligada ao princípio da certeza do Direito, significando negar a existência de lacunas na lei, o que é demonstrável por duas teorias diversas: a *do espaço jurídico vazio* e a *da norma geral exclusiva*.

Pela *teoria do espaço jurídico vazio*, cujos expoentes são Karl Bergbohm<sup>47</sup> e Santi Romano<sup>48</sup>, fato não previsto em nenhuma norma é fato situado fora dos limites do Direito, sendo, pois, juridicamente irrelevante, inexistindo, dessa forma, lacuna na lei.

Já a *teoria da norma geral exclusiva*, que encontra em Zitelmann<sup>49</sup>, primeiro, e Donati<sup>50</sup>, posteriormente, na Itália, os seus maiores expoentes, assevera que não existem fatos juridicamente irrelevantes e não existem lacunas, porque cada norma jurídica particular que submete a uma dada regulamentação certos atos é sempre acompanhada de uma segunda norma nela contida implicitamente, a qual exclui da regulamentação da norma particular todos os atos não previstos por esta última e os submete a uma regulamentação jurídica antitética (por isto a segunda norma

---

<sup>46</sup> Cf. *O Positivismo Jurídico...*, p. 207.

<sup>47</sup> V., a esse propósito, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*.

<sup>48</sup> V. *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale* (1925) e *L'ordinamento giuridico* (1951).

<sup>49</sup> V. *Las lagunas del derecho* (1922) e *La ciencia jurídica* (1949).

<sup>50</sup> V. *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico* (1910) e *Lacune della legge*, in *Nuovo Digesto Italiano – Vol. 7* (1938).

<sup>51</sup> Cf. Bobbio, Norberto. *Op. cit.*, p. 209.

---

é dita geral e exclusiva)<sup>51</sup>.

Admitindo-se a existência de lacunas da lei em outro sentido – normas jurídicas nas quais se verifica um descompasso entre a letra e o espírito da lei ou entre a vontade expressa e a vontade presumida do legislador – tais normas podem-se completar a partir do interior do sistema (auto-integração do Direito), tudo mediante o recurso à analogia e aos princípios gerais do Direito, recurso que é puramente interpretativo ou, mais precisamente, integrativo do Direito.

Retomando o objeto de discussão desta monografia, pode-se afirmar, com Tércio Sampaio Ferraz Júnior, que a antinomia jurídica é

“a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias, num mesmo âmbito normativo que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento jurídico.”<sup>52</sup>

O conceito de antinomia jurídica não se confunde com o de colisão de direitos. Este último conceito é mais amplo, tendo em vista que envolve o conflito entre direitos fundamentais que muitas vezes têm conteúdo aberto e variável, ou seja, a colisão ocorre, no dizer de J. J. Gomes Canotilho,

“quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular.”<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> Cf. Verbete *Antinomia*, in Enciclopédia Saraiva do Direito, Vol. 7, p. 14.

<sup>53</sup> Cf. *Direito Constitucional*, p. 657.

E, completando o entendimento, vale conferir esta passagem de Edilson Pereira de Farias:

“A ‘colisão de princípios’, ao revés do conflito de regras, tem lugar na dimensão da validade, acontece dentro do ordenamento jurídico (...)”, “vale dizer: não se resolve a colisão entre dois princípios suprimindo um em favor do outro. A colisão será solucionada levando-se em conta o peso ou a importância relativa de cada princípio, a fim de se escolher qual deles, no caso concreto, prevalecerá ou sofrerá menos restrição do que o outro.”<sup>54</sup>

Logo, a proposição a ser feita diz respeito com a solução do conflito entre dois princípios constitucionais específicos, quais sejam, verificada a impossibilidade de conciliação entre a liberdade de informar e o direito à intimidade, qual deve prevalecer? Seria possível imaginar soluções genéricas ou, ao contrário, somente no caso específico é que a colisão de direitos fundamentais pode ser resolvida?

Desde já, observe-se que a conciliação entre ambos os direitos é impossível, isto em face mesmo da tendência material de cada um levar à destruição do outro.

Não se pode, pois, deixar de reconhecer que a solução da questão só pode ocorrer no caso concreto submetido ao julgador e intérprete da norma por meio de construções doutrinárias, uma vez que, inexistindo hierarquia entre princípios ou regras

---

<sup>54</sup> Cf. *Op. cit.*, p. 96.

constitucionais, somente as circunstâncias ditadas por apreciações axiológicas poderão apurar de forma adequada qual a prevalência a ser dada.

## **7. INSUFICIÊNCIA DA DICOTOMIA PÚBLICO/PRIVADO EM CASOS CONCRETOS DE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A insuficiência de uma ordem hierárquica abstrata e absoluta entre interesses públicos e privados aparece sempre que entram em conflito princípios que, embora tendo como objetivo a proteção da pessoa humana, resultem em soluções jurídicas opostas, se considerados em si mesmos.

Esse tipo de problema aparece com freqüência nas decisões do Supremo Tribunal Federal, de que é exemplo o Habeas Corpus N.º 71.373-4, cuja decisão está assim ementada:

INVESTIGAÇÃO DE  
PATERNIDADE - EXAME DNA -  
CONDUÇÃO DO RÉU “DEBAIXO DE  
VARA”. Discrepa, a mais não poder, de  
garantias constitucionais implícitas e  
explícitas - preservação da dignidade  
humana, da intimidade, da intangibilidade  
do corpo humano, do império da lei e da  
inexecução específica e direta de obrigação  
de fazer – provimento judicial que, em ação  
civil de investigação de paternidade,  
implique determinação no sentido de o réu  
ser conduzido ao laboratório, “debaixo de  
vara”, para coleta do material indispensável  
à feitura do exame DNA. A recusa resolve-  
se no plano jurídico-instrumental,

---

<sup>55</sup> Cf. STF – HC N.º 71.373-4/RS – Tribunal Pleno – Relator para o Acórdão: Ministro Marco Aurélio – DJU de 22/11/1996, p. 45.686.

consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.<sup>55</sup>

O caso apresenta-se riquíssimo em termos de colisão de direitos fundamentais: de um lado, o direito à integridade física e o princípio da legalidade; de outro, o direito à real identidade pessoal. Todos eles princípios essencialmente ligados à proteção da pessoa humana.

Tenho para mim que, nesse caso concreto, deveria prevalecer o interesse do investigando, sem prejuízo, assim, da integridade física do investigado. São as circunstâncias do caso que fornecem parâmetros para identificar os interesses em conflito e ordená-los reciprocamente. A integridade física, no caso considerado, parece configurar apenas interesse individual se contraposta ao direito à identidade real, o qual, referindo-se diretamente ao estado pessoal e familiar da criança, configura, para além de qualquer dúvida, interesse público, de toda a coletividade.

Em outra hipótese, sob outras circunstâncias, a integridade física pode, ao contrário, sobrepor-se a um interesse considerado público. Pode-se exemplificar essa outra hipótese com o caso comentado por Alexy, onde se discute a admissibilidade da realização de uma audiência contra um acusado que, devido a uma cardiopatia, corre o risco de sofrer um infarto decorrente da tensão gerada por um ato daquela natureza. A decisão final foi no sentido de impedir a realização da audiência. Trata-se de um exemplo ilustrativo da importância em se configurar, nas palavras de Alexy, “uma relação de precedência condicionada”, ou concreta, entre dois princípios colidentes:<sup>56</sup>

“El Tribunal constata que en tales casos existe ‘una relación de tensión entre

---

<sup>56</sup> Cf. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 92.



el deber del Estado de garantizar una aplicación adecuada del derecho penal y el interés del acusado en la salvaguardia de los derechos constitucionalmente garantizados, a cuya protección el Estado está igualmente obligado por la Ley Fundamental'. Esta relación de tensión no podía ser solucionada en el sentido de una prioridad absoluta de uno de estos deberes del Estado, ninguno de ellos poseería 'prioridad *sin más*'. Más bien, el 'conflicto' debería ser solucionado 'a través de una ponderación de los intereses opuestos'. En esta ponderación, de lo que se trata es de la ponderación de cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto (...)."<sup>57</sup>

A funcionalização axiológica da dignidade da pessoa humana, portanto, não pode servir a teses que, de um lado, defendam a supremacia do interesse dito individual sobre o público, já que não mais se trata de proteger o indivíduo em si mesmo, nem que, de outro, invoquem este valor como fundamento para uma invariável sobreposição do interesse dito público sobre o privado. Assim, seja qual for o ramo do Direito a que se refiram os institutos analisados, é definitiva a afirmação de Perlingieri no sentido de que

“gli istituti (...) hanno sempre presente sia l'interesse privato sia quello pubblico e soltanto in riferimento al singolo concreto istituto, alla singole concreta situazione che si esamina si potrà presentare

---

<sup>57</sup> Cf. *Op. cit.*, p. 85.

<sup>58</sup> Cf. *La Personalità Umana Nell'Ordinamento Giuridico*, p. 12.

una prevalenza in termini quantitativi (non già qualitativi) dell'interesse individuale su quello pubblico, o viceversa”<sup>58</sup>.

Estas e tantas outras questões suscitadas pelo problema da colisão de direitos fundamentais indicam um amplo campo de investigação jurídica ainda por explorar.

## **8. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

A necessidade da solução da colisão de direitos fundamentais parte do pressuposto de que é inviável analisar uma disposição constitucional isoladamente em função do conjunto harmônico em que todas as regras e princípios constitucionais devem estar situados. É essencial a harmonização, pois

“a Constituição corresponde a um todo lógico, onde cada previsão é parte integrante do conjunto, sendo assim logicamente adequado, se não imperativo, interpretar uma parte à luz das previsões de todas as demais partes<sup>59</sup>.

Não é também lícito ignorar que o sistema constitucional não se pode afastar do princípio essencial de que toda ordem jurídica deve gravitar em torno das bases insertas no art. 1.º, da Constituição Federal de 1988, em especial a prevista no seu inciso III, segundo a qual a República Federativa do Brasil tem como um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana.

Na lição de Benda, Maihofer, Vogel e Hesse, a dignidade da pessoa humana possui conexão com os direitos fundamentais de liberdade ideológica e de consciência, liberdade de eleição

---

<sup>59</sup> Cf. Bastos, Celso Ribeiro, in *Curso de Direito Constitucional*, p. 204.

profissional e de inviolabilidade de domicílio.

*“Se trata es de inferir consecuencias prácticas a partir de la decisión en favor del ser humano como persona libre y moralmente responsable”<sup>60</sup>.*

A dignidade da pessoa humana, pois, um princípio norteador de todo o ordenamento jurídico brasileiro, busca a valorização da pessoa, do cidadão enquanto individualidade, do ser com capacidade própria de raciocínio. A dignidade da pessoa humana é a garantia das condições mínimas de sobrevivência para que o homem possa exercer os direitos oportunos pela garantia de ser cidadão. Ou seja, numa perspectiva de um Estado Social, a dignidade da pessoa humana encontra expressão em um Estado ativo, atuante no sentido de proporcionar à comunidade o pleno respeito aos direitos humanos de segunda geração.

Já no referente à dignidade da pessoa humana dentro de uma perspectiva do Estado de Direito, percebe-se o dever de omissão relativo aos direitos de primeira geração. A garantia da liberdade de pensar deve respeitar tão somente, dentro dos limites da lei, a sua própria e de consciência. Eis por que a dignidade humana garante o ser humano enquanto indivíduo livre e moralmente responsável.

Em conclusão, pode-se afirmar que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana refere-se às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto devem ser oferecidos os recursos de que dispõe a sociedade para a manutenção de uma existência digna, assim como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades.

---

<sup>60</sup> Cf. BENDA, Ernst. MAIHOFER, Werner. VOGEL, Hans-Jochen. HESSE, Konrad. et alii, *Manual de Derecho Constitucional*, p. 123.

Trata-se, no entanto, de princípio constitucional também sujeito à colisão, uma vez que, só no caso concreto, será possível avaliar-se a sua precedência.

## **9. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: POSSIBILIDADES PARA A SOLUÇÃO**

Considerando que os direitos fundamentais são outorgados por normas constitucionais com natureza de princípios, pelo que colisão de princípios e colisão de direitos fundamentais podem ser solucionadas pelos mesmos métodos, cumpre, agora, verificar os passos metodológicos indicados pela doutrina para solucionar a colisão de direitos fundamentais.

A esse propósito, dizem J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira:

“Metodicamente, a solução do conflito de direitos articula-se, por um lado, com a delimitação do âmbito normativo de cada direito (pressupostos objetivos e subjectivos da existência de um direito e extensão da sua cobertura constitucional) e, por outro lado, com a reserva de lei restritiva. Daí a necessidade da distinção de vários planos ou instâncias: em primeiro lugar, há que determinar o âmbito normativo dos direitos, a fim de se verificar se existe ou não um verdadeiro conflito, pois pode acontecer que esta primeira etapa sirva logo para excluir hipóteses de conflitos, sendo estes apenas aparentes ( ex.: não há conflito entre liberdade de expressão e o direito ao bom nome em caso de difamação, dado que não está coberto pelo âmbito normativo-constitucional da liberdade de expressão o

‘direito à difamação, calúnia ou injúria’); em segundo lugar, uma vez verificada a existência de um conflito autêntico, é preciso verificar se existe uma *reserva de lei restritiva* expressamente prevista na Constituição para algum dos direitos colidentes, pois, neste caso, a lei pode resolver o conflito de direitos através da restrição ou ingerência no respectivo âmbito normativo.”<sup>61</sup>

E continuam os dois mestres portugueses, indicando as soluções concretas e os instrumentos metódicos que devem ser utilizados nos diversos casos, sempre dependentes da natureza dos direitos e bens em conflito:

“a) se se trata de conflito entre dois direitos, liberdades e garantias cuja restrição através de lei (e portanto a solução legislativa do conflito) não é constitucionalmente autorizada, o intérprete ou concretizador da Constituição deve-se limitar a uma tarefa de concordância prática que sacrifique no mínimo necessário ambos os direitos, não podendo privilegiar um direito a favor do outro;

b) se se trata de um conflito entre dois direitos, liberdades e garantias mas em que um está sujeito a reserva de lei restritiva e outro não, deve a lei assegurar uma eficácia ótima do direito não restringível e limitar o direito sujeito a reserva de lei restritiva, mas com observância estrita do princípio da proporcionalidade;

---

<sup>61</sup> Cf. *Fundamentos da Constituição*, p. 136.

c) se o conflito se estabelece entre dois direitos, liberdades e garantias sujeitos a reserva de lei restritiva, o legislador pode fazer ingerências ou limitar o exercício dos dois direitos na medida necessária, estabelecendo, de forma proporcionada, a concordância prática entre ambos;

d) em caso de conflito entre direitos, liberdades e garantias não sujeitos a reserva da lei restritiva com outros direitos fundamentais (ex.: direitos econômicos, sociais e culturais) ou com outros bens constitucionalmente protegidos (defesa, saúde), devem prevalecer aqueles;

e) se o conflito surgir entre direitos, liberdades e garantias sujeitos a reserva de lei restritiva e outros bens ou direitos, há ainda prevalência dos primeiros, mas a lei pode introduzir restrições, de forma a salvaguardar a existência dos direitos ou bens com os quais eles estão em conflito.”<sup>62</sup>

Na tarefa de solucionar a colisão de direitos fundamentais, é da maior importância a observância dos princípios da unidade da Constituição, da concordância prática e da proporcionalidade, dentre outros fornecidos pela doutrina e pela hermenêutica constitucional.

Pelo princípio da unidade da Constituição, todas as normas do texto constitucional apresentam o mesmo nível hierárquico, o que significa dizer que, uma vez inseridas na Constituição, as normas têm o mesmo valor, independentemente de seu conteúdo, isto é, de ser uma norma constitucional formal ou material.

---

<sup>62</sup> Cf. *Op. cit.*, pp. 136/137.

O fato de afirmar que todas as normas do texto constitucional apresentam o mesmo nível hierárquico não significa dizer que a Constituição é um conglomerado caótico e desestruturado de normas que guardam entre si o mesmo grau de importância.

Na Constituição, existem duas modalidades distintas de normas: os princípios e as regras.

Volta à discussão, nesta oportunidade, a velha e tormentosa questão sobre a diferença existente, no âmbito do superconceito *norma*, entre regras e princípios. De fato, trata-se de uma tarefa particularmente complexa. Ainda que assim seja, a monografia comporta uma tentativa de explicação do assunto.

Deixe-se claro, por primeiro, que as regras e princípios são duas espécies de normas, e, portanto, a distinção entre regras e princípios não passa de uma distinção entre duas espécies de normas. Vários são os critérios sugeridos pela doutrina constitucional para se fazer essa distinção: o grau de abstração, o grau de determinabilidade na aplicação ao caso concreto, o caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito, a ‘proximidade’ da idéia de direito, a natureza normogênica, etc.

Qualquer que seja o critério utilizado, interessa-nos, sobretudo, a idéia de que os princípios, na sua qualidade de verdadeiras normas, são qualitativamente distintos das outras categorias normativas, as chamadas regras jurídicas. Para J. J. GOMES CANOTILHO, essas diferenças qualitativas se traduzem, fundamentalmente, nos seguintes aspectos:

“(1) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os

condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky); a convivência das regras é antinômica. Os princípios coexistem; as regras antinômicas excluem-se;

(2) conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à ‘lógica do tudo ou nada’), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos;

(3) em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas ‘exigências’ ou ‘standards’ que, em ‘primeira linha’ (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm ‘fixações normativas’ definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias;

(4) os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância,

---

<sup>63</sup> Cf. *Direito Constitucional*, pp. 173/174.



ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas).”<sup>63</sup>

Outro, aliás, não é o entendimento do nosso Celso Antônio Bandeira de Mello. A propósito do conceito de princípio, assim diz ele:

“Princípio - já averbamos alhures - 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.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irreversível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura

---

<sup>64</sup> Cf. *Elementos de Direito Administrativo*, pp. 299/300.

mestra.

Isto por que, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustém e alui-se toda a estrutura neles esforçada.”<sup>64</sup>

O princípio constitui, pois, em virtude de sua grande generalidade, regra básica e preeminente, vinculadora da interpretação e aplicabilidade de outras normas jurídicas, inclusive constitucionais. Diz Valmir Pontes Filho sobre o assunto:

“Funcionam, digamos assim, como os alicerces e as vigas mestras do grande edifício, que é o ordenamento jurídico. Por tal motivo, exatamente, é muito mais grave ferir um princípio do que uma mera norma constitucional.

Qualquer que seja o dispositivo da Carta Magna, qualquer que seja a norma jurídica, de natureza constitucional ou infraconstitucional, haverá, assim, de ser interpretada de acordo com tais princípios, verdadeiros vetores para soluções interpretativas, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello.”<sup>65</sup>

Para Willis Santiago Guerra Filho, a questão da diferença entre princípios e regras se coloca assim:

“Regras e princípios distinguem-se: a) quanto à sua estrutura lógica e deontológica, pela circunstância de as primeiras vincularem a fatos hipotéticos (‘tatbestande’) específicos, um determinado funtor ou operador normativo (‘proibido’,

---

<sup>65</sup> Cf. ‘Federalismo e Autonomia Municipal’, in Revista de Informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, a. 22, n. 85, jan./mar 85, pp. 139-150.

‘obrigatório’, ‘permitido’), enquanto aqueles outros - os princípios - não se reportam a qualquer fato particular, e transmitem uma prescrição programática genérica, para ser realizada na medida do jurídica e faticamente possível. Dessa diferença estrutural básica decorrem inúmeras outras, como: b) quanto à técnica de aplicação, já que os princípios normalmente colidem entre si, diante de casos concretos, o que leva ao chamado ‘sopesamento’ (Abwägung), para aplicar o mais adequado, ao passo que regras, uma vez aceita a subsunção a elas de certos fatos, inevitavelmente decorrem as conseqüências jurídicas nelas previstas, a não ser que elas não sejam válidas, por conflitarem com outras de um grau superior, quando então, ao contrário do que se dá com princípios, que, apesar de contraditórios, não deixam de integrar a ordem jurídica, a regra de grau inferior é derogada. É certo que pode haver um dissenso com relação à subsunção dos fatos à hipótese legal, existindo mecanismos institucionais que garantem (e impõem) a chegada de um consenso, de forma racional, por explicitarem um procedimento a ser adotado, no qual se abre a oportunidade para a demonstração dos fatos e apresentação dos argumentos e interpretações divergentes.”<sup>66</sup>

É exatamente em razão da importância de que se reveste o

---

<sup>66</sup> in *Ensaio de Teoria Constitucional*, p. 47.

conceito de princípios que, nos últimos tempos, tem-se salientado bastante a distinção entre normas jurídicas que são formuladas como regras e aquelas que assumem a forma de um princípio. As primeiras possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas de direito, com a descrição (ou ‘tipificação’) de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção (ou, na ausência dela, no caso da qualificação como ‘fato permitido’). Já os princípios, igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na Constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a sua ocorrência, extraindo a consequência normativamente prevista. Eles devem ser entendidos como indicadores de opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com tantas outras opções dessas, outros princípios igualmente adotados, que, em determinado caso concreto, podem-se conflitar uns com os outros, quando já não são, mesmo *in abstracto*, conflitantes entre si.

Assim, é necessário que o intérprete procure as recíprocas implicações entre princípios e regras para chegar à vontade unitária da Constituição, evitando-se exatamente as contradições, as antinomias e antagonismos aparentemente existentes nas normas da Constituição.

“O princípio da unidade da Constituição obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar.”<sup>67</sup>

O princípio da concordância prática ou da harmonização, formulado por Konrad Hesse, está ligado aos princípios da unidade

---

<sup>67</sup> Cf. Bastos, Celso Ribeiro, in *Curso de Direito Constitucional*, p. 99.

<sup>68</sup> Cf. Bonavides, Paulo, in *Curso de Direito Constitucional*, p. 345.

da Constituição, do efeito integrador e da proporcionalidade, e “... impõe ao intérprete a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito ou em concorrência, de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros”<sup>68</sup>.

Fundamenta-se o princípio da concordância prática na idéia de que não há diferença hierárquica ou de valor entre os bens constitucionais. Por isso, a interpretação não pode ter como resultado o sacrifício de um bem constitucional em detrimento de outros. Deve-se, nessa tarefa, estabelecer limites e condicionamentos recíprocos de modo a se conseguir uma harmonização ou concordância prática entre os bens constitucionais.

Quanto ao princípio da proporcionalidade, a sua aplicação clássica e tradicional tem sido na esfera do direito administrativo. Entretanto, tem sido descoberto, nos últimos tempos, pelos constitucionalistas como importante princípio de interpretação para o direito constitucional, ganhando força de fato a partir do momento em que as declarações de direito deixaram de ser entendidas como meras declarações, sem nenhuma efetividade, e se tornaram atos de legislação vinculantes.

O princípio da proporcionalidade é um elemento essencial de apoio e proteção dos direitos fundamentais, pois fornece critérios para as limitações a esses direitos. É composto, segundo a doutrina, por três subprincípios:

a) Adequação: deve-se identificar o meio adequado para se alcançar um fim de interesse público, o que envolve também o exame da adequação ou validade do fim;

b) Necessidade: o meio escolhido não haverá de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim almejado; deve-se escolher o meio menos nocivo aos interesses dos indivíduos;

c) Proporcionalidade *stricto sensu*: deve-se escolher o meio

que, no caso específico, melhor atenda ao conjunto de interesses em jogo.

O princípio da proporcionalidade é uma verdadeira garantia constitucional que tem uma dupla função: protege os indivíduos contra os abusos do poder estatal e serve de método interpretativo de apoio para o juiz quando este precisa resolver problemas de compatibilidade e de conformidade na tarefa de densificação ou concretização das normas constitucionais.

Encontra-se, na doutrina, quem proponha a solução para a colisão de direitos fundamentais adotando uma escala com determinada hierarquia de direitos constitucionais que permita dirimir a questão, tendo em conta parâmetros abstratos, como é o caso de Ramon Daniel Pizarro<sup>69</sup>. Outros, ainda, como é o caso de Paulo José da Costa Júnior, se inclinam pela prevalência do direito à intimidade “(...) por estar ele inscrito em todas as consciências, ao passo que o direito da imprensa de noticiar é um direito meramente formal”<sup>70</sup>.

A Constituição Federal de 1988 admite restrição à liberdade de comunicação, conforme é possível verificar do dispositivo abaixo transcrito:

Art. 220 - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1.º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social,

---

<sup>69</sup> Cf. *Detrás de las Noticias*, p. 63.

<sup>70</sup> Cf. *Op. cit.*, p.69.

observado o disposto no art. 5.º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2.º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3.º Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art.221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4.º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

§ 5.º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

§ 6.º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

No dizer de Gilmar Ferreira Mendes, o dispositivo constitucional acima transcrito veicula uma reserva de lei qualificada para o legislador disciplinar o exercício da liberdade de imprensa, devendo-se levar em conta principalmente a vedação “do anonimato, a outorga do direito de resposta e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas”<sup>71</sup>, não constituindo a liberdade de expressão um direito absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo.

A norma infraconstitucional que, no Brasil, trata da liberdade de expressão e informação é a Lei N.º 5.250, de 09 de fevereiro de 1967, que regula a responsabilidade civil nos casos de calúnia e difamação se o fato imputado, ainda que verdadeiro, disser respeito à vida privada do ofendido e a divulgação não foi motivada em razão de interesse público<sup>72</sup>.

Também a Lei N.º 7.232, de 29 de outubro de 1984, que dispõe sobre a política nacional de informática, protege o sigilo dos dados armazenados, processados e vinculados, que sejam do interesse da privacidade das pessoas<sup>73</sup>.

O direito alienígena não se tem furtado a dar sua resposta. Tribunais constitucionais de outros países, especialmente dos Estados Unidos, têm partido da chamada *preferred position* em abstrato da liberdade de imprensa em razão de sua valoração como condição indispensável para o funcionamento de uma sociedade democrática. Assim, no direito comparado, a prevalência é pela liberdade de informação quando configurado o confronto com o direito à intimidade. Tal preferência, no entanto, cede se a notícia não possuir um interesse público relevante e não for verdadeira, correta e honesta.

---

<sup>71</sup> Cf. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 91.

<sup>72</sup> V. art. 49, § 1.º.

<sup>73</sup> V. art. 2.º, inciso VIII.



Qualquer que seja o critério adotado, no entanto, a solução adotada deve necessariamente levar em consideração os princípios da razoabilidade ou da ponderação de bens envolvidos, especialmente o que dele decorre, o princípio da proporcionalidade (ou princípio da proibição de excesso), originário do direito público alemão e que orienta o intérprete no sentido de que, numa ponderação, terá como tarefa precisamente a materialização das valorações, incumbindo-lhe, por isso, efetuar a valoração sem esquecer os princípios jurídicos e com a ajuda de um pensamento orientado a valores. No dizer de Raquel Denize Stumm,

“O juízo de ponderação entre os pesos dos direitos e bens contrapostos deve ter uma medida que permita alcançar a melhor proporção entre os meios e os fins. Em outras palavras, os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa justa medida, impedindo-se a adoção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas, em relação aos fins obtidos.”<sup>74</sup>

Tenha-se sempre presente que a liberdade de imprensa constitui uma exceção ao direito à intimidade, e, mesmo com caráter de exceção, há determinados interesses ou assuntos relacionados com o interesse público perante os quais a proteção à vida privada não poderá prevalecer.

## 10. CONCLUSÃO

Entendo que o direito-dever à liberdade de informação tem relevante função social nas atuais sociedades de massa, sendo, no entanto, necessário que essa importância não venha a desnaturalizar o direito à intimidade do ser humano.

---

<sup>74</sup> Cf. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*, p. 81.

Só a imposição de fortes sanções pecuniárias em razão dos abusos praticados pelos profissionais de imprensa, inclusive as pessoas jurídicas, pode exercer um devido controle sobre os meios de comunicação, não se devendo temer nem mesmo o aparecimento da chamada “indústria de reclamar indenizações por danos morais”, isto por que, se se pode imaginar a existência dessa tal “indústria”, força é concluir que há um pressuposto e antecedente lógico, que é a própria matéria-prima que justifica a conseqüência.

No exercício dos direitos fundamentais, é comum a ocorrência de choque entre esses direitos fundamentais com outros bens jurídicos constitucionalmente tutelados, constituindo tal fenômeno o que a doutrina denomina tecnicamente de colisão de direitos fundamentais.

Na colisão entre a liberdade de comunicação e o direito à intimidade, assunto objeto da presente monografia, deve ser utilizada a ponderação de bens para sua solução, o que já vem sendo feito pela jurisprudência. A vantagem de sua aplicação está no fato de que a ponderação de bens constitui um método racional, uma vez que podem ser fundamentados os enunciados que estabelecem as condições de preferência referidas na ponderação, de acordo com as leis de colisão e da própria ponderação.

Como de óbvia sabença, é ao influxo de critérios axiológicos ou valorativos que a interpretação contextual vê a realidade de cada norma da Constituição. É assim enxergando, mantém a unidade material dessa mesma Constituição. Vale dizer: os valores que se contêm nos princípios atraem para o seu próprio serviço, para a sua própria causa, os fatos que se verbalizam em cada preceito. Por exemplo: coíbe-se o homicídio em homenagem ao valor da preservação da vida humana. Com o que se tem, no interior da Constituição rígida, um ordenamento de matiz axiológico e, no

seu exterior, um ordenamento de traço hierárquico. Aqui, ressalte-se, não faz qualquer sentido especular sobre a unidade formal da Constituição, porque nenhuma norma constitucional originária pode, logicamente, dispor acerca do processo de elaboração de outra igualmente originária. Esta, aliás, uma das características centrais ou especificidades ônticas da Constituição: o já nascer com sua unidade formal assegurada em plenitude.

Formulando essa idéia de forma mais precisa, é possível afirmar que os princípios têm a particularidade de irradiar sua materialidade para outras normas, sejam as que venho denominando de regras, sejam mesmo aquelas veiculadoras de princípios menores ou subprincípios. Em qualquer das duas hipóteses, são eles que fazem da Constituição uma densa rede de vasos comunicantes de natureza eminentemente interaxiológica.

Avançando, sucessivamente, dos valores menores para os valores maiores da Constituição, o intérprete vai revelando o caráter sistêmico ou orgânico dela própria, de tipo conteudístico. Alcançado o topo da pirâmide axiológica – não hierárquica, ressalte-se – da Constituição, o intérprete vai encontrar o valor-dos-valores, o valor-síntese, o valor-continente por excelência, aquela “idéia central de Direito” (Burdeau), em suma, que está para os demais valores como um dado ponto inicial e fixo no espaço está para a alavanca de Arquimedes.

Nesse valor constitucional de estatura suprema, Pablo Lucas Verdu apõe o rótulo de “fórmula política”, assim referido nestes comentários de Willis Santiago Guerra Filho, retomando as clássicas lições de Konrad Hesse sobre a tópica hermenêutica constitucional:

“O primeiro e principal princípio é o da unidade da Constituição, o qual determina que se observe a independência

das diversas normas da ordem constitucional, de modo a que formem um sistema integrado, onde cada norma encontra sua justificativa nos valores mais gerais, expressos em outras normas, e assim sucessivamente, até chegarmos ao mais alto desses valores, expresso na decisão fundamental do constituinte, naquilo que Pablo Lucas Verdu chama de fórmula política. Para o eminente catedrático da Universidade de Madri, ‘fórmula política de uma Constituição é a expressão ideológica que organiza a convivência política em uma estrutura social’ (texto remissionado, p. 2).”<sup>75</sup>

A doutrina e a jurisprudência alemãs, em tema de hermenêutica constitucional, põem toda a ênfase ou todo o acento na unidade da Constituição, e não propriamente na sua rigidez formal. Um pouco diferente do nosso pensar e agir constitucionais, cujo ponto de partida metodológico é exatamente a rigidez formal.

Dentro da Constituição, pois, cada norma vai buscar a sua justificativa política e a sua *raison d’être* operacional em outra norma, não de mais alta hierarquia, porém de mais dilargado raio de alcance material. E assim de regra para princípio e de princípio menor para princípio maior, a Constituição auto-irroga-se a virtude da unidade sistêmica: uma unidade material ou de substância, exclusivamente, em contraposição à unidade concomitantemente formal e material do Direito pós-Constituição.

Agora, já é possível afirmar que o valor-dos-valores, o valor-síntese da Constituição, a “fórmula política” de Verdu, outra coisa

---

<sup>75</sup> Cf. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 57.

não é senão o próprio ser da Constituição. Aquilo que a Constituição é, acima de tudo. A sua quintessência. No meu sentir, o ser das Constituições, ao menos daquelas nascidas de uma Assembléia Constituinte, está na democracia, tanto formal quanto material. Democracia é, pois, o nome que se dá ao fenômeno da responsabilização do povo pelas decisões coletivas de caráter imperativo, a simbolizar que ele mesmo é quem escreve a sua história de vida político-jurídica e, assim, assume todas as rédeas do seu próprio destino. Nisso, fica legitimada a utilização do princípio da proporcionalidade, ou da ponderação de bens, quando da ocorrência da colisão de direitos fundamentais.

# O CIDADÃO E A FAZENDA PÚBLICA

**EZEQUIAS DA SILVA LEITE**

*Juiz de Direito no Ceará*

## I. INTRODUÇÃO

Os privilégios concedidos em nosso ordenamento processual à Fazenda Pública são hoje quase incontáveis e estão esparsos em diversas leis e medidas provisórias de autoria do Poder Executivo, as quais têm se multiplicado, ao passar dos anos, com a aquiescência do Poder Judiciário, devido à posição conservadora dos tribunais superiores.

Qualquer distinção processual levada a efeito por norma infraconstitucional em prol da Administração Pública é, via de regra, acatada por nossos processualistas, sem maior aprofundamento quanto ao resguardo ou desacato da *isonomia processual*.

A igualdade processual, fiadora da paridade de armas dentro do devido processo legal, que deveria ser regra, torna-se, assim, exceção.

Mas será que já não é hora de fazer *efetivo* o magno *princípio da isonomia*, do qual decorre a regra da igualdade processual, ainda hoje amesquinhado e excepcionado quando se trata de demandas que envolvam o cidadão e o Estado ?

Procurar-se-á neste ensaio discorrer sobre a origem dos benefícios fazendários, o contexto em que surgiram e se ainda guardam, atualmente, compatibilidade com o princípio constitucional da isonomia, bem como da efetividade processual.

Sem se deter na análise individualizada de cada um dos privilégios, por não comportar neste sucinto estudo, e tomando como ponto de partida o benefício de prazo para a Fazenda Pública (art. 188 do CPC.), por que mais debatido pelos que se debruçam sobre o tema, procurar-se-á traçar algumas linhas gerais que possibilitarão algumas reflexões e trarão, afinal, um ponto de vista renovado.

## **II. PRIVILÉGIOS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ORIGEM E CONCEITOS.**

Antes de adentrarmos no tema propriamente dito, para melhor compreensão, é oportuno fazer uma rápida incursão histórica na **origem** dos chamados *privilégios* dispensados pelo nosso ordenamento processual à Fazenda Pública.

A seguir, procurar-se-á delinear a noção jurídica do que seja a expressão *Fazenda Pública*, e ainda, distinguir *privilégios* de *prerrogativas*, conceitos estes que serão abordados no decorrer deste ensaio.

### **II . 1 . Bosque histórico**

Uma indagação que se pode fazer, de início, é a seguinte: de onde surgiram os chamados privilégios processuais da Fazenda Pública ?

A partir da explicitação desse questionamento, procurar-se-á saber se as razões que outrora serviram de base racional para a desequiparação do particular à Fazenda Pública em juízo ainda encontram justificativa diante do nosso ordenamento constitucional, no qual sobreleva-se como princípio basilar, o da isonomia.

Observando-se a concepção legislativa do privilegiamento dos prazos, estabelecido no art. 188 do estatuto processual civil em vigor, bem como o contexto institucional existente, à época, pode-se ter um panorama da posição da matéria versada, de forma geral, no pensamento jurídico brasileiro.

O mencionado dispositivo, alargador do prazo concedido à Fazenda Pública para oferecer resposta em juízo, quando demandada, bem como recorrer das decisões adversas, já existia no diploma processual revogado, de 1939, em seu art. 32.

A fonte imediata de inspiração foi a lei que regulava o processo perante a Justiça Federal, quando vigorava no Brasil o Direito processual dos Estados, em que cada um deles tinha o seu próprio sistema processual.

Naquele período, a maioria dos códigos estaduais adotava o **prazo judicial**, vale dizer, autorizava os juízes a conceder a ampliação de prazo de acordo com a necessidade, conveniência e oportunidade que o caso concreto comportava. A exceção foi o Código do Processo Civil de Minas Gerais, que adotou a mesma regra do processo federal<sup>1</sup>.

O legislador processual de 1939 optou pelo prazo dilatado prescrito na lei federal e CPC de Minas, ao dispor, no art. 32, que “*Aos representantes da Fazenda Pública contar-se-ão em quádruplo os prazos para contestação e em dobro para interposição de recurso*”.

No entanto, Alfredo Buzaid, reconhecidamente um dos maiores expoentes do processo civil brasileiro, suprimiu a transcrita

---

<sup>1</sup> Cf. Nelson Nery Jr., “O benefício da dilatação do prazo para o Ministério Público no Direito processual civil brasileiro”, in *Repro* nº 30, p. 111.



regra, no Anteprojeto do CPC atualmente em vigor, fazendo mesmo constar norma expressa que afiançava a igualdade do litigante comum à Fazenda Pública, estatuinto, no art. 207, o seguinte: “*Para falar nos autos terão o representante da Fazenda Pública e o órgão do Ministério Público prazo igual ao das partes*”.

Sobre a gênese da atual redação do art. 188 do Código de Processo Civil, assim nos informa Nelson Nery Jr., *verbis*:

“O Prof. Alfredo Buzaid, no “Anteprojeto de Código de Processo Civil” que apresentou ao Ministro da Justiça em 1964, distanciou-se da tradição do Direito brasileiro até então vigente, ao equiparar os representantes da Fazenda Pública e os do Ministério Público no que concerne aos prazos às partes: “Art. 207. Para falar nos autos terão o representante da Fazenda Pública e o órgão do Ministério Público prazo igual ao das partes”.

No Projeto de Código de Processo Civil enviado ao Congresso Nacional, o Poder Executivo, em nome da tradição do Direito processual brasileiro, manteve a regra do art. 32 do CPC de 1939: “Art. 193. Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público”. Incluía aí, para fazer parte do direito positivo, o Ministério Público como beneficiário da dilação do prazo, porquanto, no Código de 1939, tal prerrogativa atingia somente a Fazenda.

(...)

Todas as emendas foram rejeitadas. No tocante às de ns. 2 e 34, é oportuno lembrar o parecer contrário do sub-relator, Dep. Geraldo Guedes: “Eu entendo que o interesse privado, em geral, é defendido no processo por uma legião de advogados, profissionais liberais, das mais variadas especializações. O interesse público, entretanto, é imperceptível, distante, quase subjetivo. Somente o dever de identificar o interesse público, que é o de todos, é o da coletividade, que o Estado governa. Precisa, pois, ter os seus defensores amparados por um tratamento especial, como é este que lhes é deferido pelo art. 193 do Projeto”.

O sub-relator deixou de opinar sobre a emenda 260. Contudo, o relator-geral, Dep. Célio Borja, também pela rejeição da emenda, assim se manifestou: “A fixação dos prazos maiores para os representantes judiciais da Fazenda Pública e para os órgãos do Ministério Público é tradicional em nosso Direito e nada tem de odioso. Não constitui, a rigor, “privilegiado” aberto em favor de determinadas pessoas”.

No Senado Federal, o Projeto ficou com o n. 810-B/72 e, em virtude das emendas aprovadas na Câmara Federal, o art. 193 foi renumerado para 190. A ele, no Senado, somente foram apresentadas duas emendas (ns. 160 e 161). A primeira de autoria do Sen. Flávio Brito, era no sentido de voltar-se à redação do art. 207 do anteprojeto, ou seja, dando os mesmos

prazos dados às partes, para os representantes da Fazenda Pública e do Ministério Público. A segunda, oferecida pelo Sen. José Augusto pretendia o meio termo aventado pelo Dep. Lisâneas Maciel: admitia o benefício somente para a contestação, reduzindo-o ao dobro. Ambas obtiveram parecer contrário do relator-geral e culminaram por rejeitadas. Este o fundamento do relator-geral, Sen. Accioly Filho: “São inúmeras as dificuldades, de todos conhecidas, da Administração Pública para aparelhar-lhe em tempo para promover a sua defesa em juízo. A burocracia emperra a máquina administrativa. Daí a necessidade de concessão de maiores prazos à Fazenda Pública ou ao Ministério Público para contestação ou recurso”.

Depois de amplamente discutida a matéria no Congresso Nacional, foi aprovado o Código de Processo Civil, ficando a norma aqui comentada, na redação final, como art. 188, com o texto já de todos conhecido”<sup>2</sup>.

Conforme o ensino supra transcrito, faz parte da **tradição** do Direito pátrio a concessão de prazos processuais prolongados à Fazenda Pública.

É cediço, porém, que não apenas os prazos, mas outras inúmeras vantagens são outorgadas pela nossa legislação em favor da Administração Pública, quando atua como *sujeito parcial do processo*.

---

<sup>2</sup> Op. cit.

Com efeito, a dita *tradição* já está tão impregnada na processualística nacional, que não decorre apenas do Direito positivo, pois ainda quando este não prescreve alguma vantagem, dentro de determinado instituto processual, em prol da Fazenda, logo surgem vários juristas, que vêm implícito algum fator que a esta beneficie, ou restrição, que se oponha ao litigante comum na defesa dos seus direitos contra aquela<sup>3</sup>.

Esses preceitos e valores, resquícios do autoritarismo, que beneficiam o Estado, na qualidade de sujeito parcial do processo, repassados desde o extinto CPC de 1939, foram expandidos por toda a legislação processual, tanto codificada, como extravagante, ao sabor dos governantes do momento.

Mas será que ainda devem ser mantidos e até mesmo ampliados nos dias correntes ?

Agapito Machado diz que não vê “como se continuar invocando ‘tradição de nosso Direito à concessão de tais privilégios processuais’, até por que é essa malsinada ‘tradição’ que não tem permitido os Tribunais evoluírem, curvando-se ao conservadorismo em prejuízo do jurisdicionado”<sup>4</sup>.

Infelizmente, hoje esta não é a opinião da grande maioria dos estudiosos do processo constitucional brasileiro. Porém, a questão não está adormecida, pois é crescente a defesa da derrocada, senão de todos, pelo menos de alguns dos privilégios processuais conferidos pela legislação à Fazenda Pública.

---

<sup>3</sup> Na ação monitória, *exempli gratia*, não há óbice na lei para manejo do novel instituto contra a Fazenda Pública, mas alguns autores criaram a tese doutrinária da inadmissibilidade.

<sup>4</sup> Agapito Machado, “O princípio da isonomia e os privilégios processuais”, in Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, vol. nº 109, p. 72.

## I . 2 . Conceito de Fazenda Pública

Antes de passarmos adiante, convém atentarmos para o significado que ora empregamos ao vocábulo *Fazenda Pública*, pois este pode ser empregado em múltiplos sentidos.

Pode significar o erário como instituidor e arrecadador de tributos; o Estado em juízo litigando genericamente sobre aspectos patrimoniais, ou ainda, a Administração Pública, por “qualquer de suas entidades estatais, por suas autarquias, por suas fundações públicas ou por seus órgãos que tenham capacidade processual”, porquanto os encargos patrimoniais da demanda envolvendo estes serão suportados pelo erário público. Esta última definição, mais ampla e aceita entre nós, é da lavra do acatado administrativista brasileiro, Hely Lopes Meireles <sup>5</sup>.

Entretanto, *Fazenda Pública* não é pessoa jurídica, de modo que, encontrando-se tal referência no processo, deverá ela ser interpretada como indicativa de que a parte é a União, o Estado, o Município (administração direta) ou entidade autárquica ou fundacional (administração indireta), enfim, a pessoa jurídica de Direito público a que se referir a Fazenda.

Já os demais órgãos da administração indireta, como a sociedade de economia mista e a empresa pública não se enquadram na definição de *Fazenda Pública*, consoante entendimento pacificamente admitido na doutrina e na jurisprudência <sup>6</sup>.

Portanto, considerar-se-á Fazenda Pública como sendo a *Administração Pública*, por qualquer de seus entes (dotados de personalidade jurídica de Direito público) ou órgãos que tenham

---

<sup>5</sup> *Direito Administrativo Brasileiro*, 15ª ed., São Paulo, 1990, p. 614.

<sup>6</sup> Nelson Nery Jr., *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, São Paulo, Ed. RT, 1992, p. 49.

capacidade processual. Também utilizar-se-á, como significativo, o termo *Estado* (União, Estado, Distrito Federal ou Município), agindo diretamente ou por suas autarquias e fundações públicas.

### I. 3 . Diferença entre privilégio e prerrogativa

Também é proveitoso ao presente estudo, desde logo, distinguir o que seja *privilégio* e *prerrogativa*, embora alguns igualem esta àquele.

Na etimologia, *privilégio* significa lei excepcional, concernente a um particular ou a poucas pessoas (*privilegium - privus e lex*). Já *prerrogativa* vem de *prerrogare*, pedir logo, no princípio<sup>7</sup>.

Pela tradição romana, considera-se *privilégio* o que emana de preceito que dispõe sobre situação individual, seja para punir ou beneficiar, desconsiderando, assim, a generalidade, que é da essência das leis, dentro do chamado Estado de Direito<sup>8</sup>.

A *prerrogativa*, embora constitua categoria de *discrímén*, distingue-se do *privilégio* porquanto define uma situação de superioridade necessária ao exercício de uma função pública.

A noção de *privilégio* se contrapõe à de isonomia, o que já não sucede com a *prerrogativa*, visto que esta constitui uma situação de vantagem *fundada*.

Portanto, a distinção dos termos releva-se por que se a disparidade de tratamento entre pessoas ou grupos decorrer de *privilégio*, estaremos diante de infração ao princípio constitucional da igualdade, enquanto que, se derivar de *prerrogativa*, o mesmo

---

<sup>7</sup> Cf. Roberto Rosas, *Direito Processual Constitucional*, São Paulo, Ed. RT, 1999, p. 37.

<sup>8</sup> Willis Santiago Guerra Filho, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, Ed. Celso Bastos, 1999, p. 125.

não ocorre, sendo racionalmente justificável a discriminação.

Veja-se, então, pela análise do princípio isonômico, se é correto dizer que a Fazenda Pública goza de privilégios, ou se, como ainda insistem alguns em dizer: são apenas prerrogativas conferidas em razão do **interesse público** defendido pela Administração Pública no processo civil.

### III. CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E OS PRIVILÉGIOS PROCESSUAIS.

No art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, foi cunhado o princípio de que os homens nascem e permanecem **iguais em direitos**.

Seguindo orientação há muito consagrada pelas Constituições das nações, dispôs a nossa Carta Política de 1988, em seu artigo 5º, *caput* e inciso nº I, o seguinte: “Todos são **iguais** perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à **igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são **iguais** em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (*negritos inovados*).

#### II. 1. Importância e sentido do princípio da isonomia na Constituição Brasileira

Observe-se logo que, da sua privilegiada e proposital posição *topográfica*, encabeçando o art. 5º e seu inciso primeiro, da Lei Fundamental, resulta a proeminência do princípio da isonomia na constelação dos direitos e garantias individuais.

A igualdade *perante a lei*, proclamada no dispositivo constitucional, pela sua literalidade, poderia levar o intérprete ao

equivoco de considerar que o mandamento se dirige apenas ao aplicador da lei.

Entretanto, entende-se tranqüilamente que a cláusula constitucional tem como destinatário principal justamente o legislador, em sua peculiar função de discriminar situações para submetê-las a regramentos jurídicos diversos, sendo, portanto, uma **igualdade na lei**<sup>9</sup>.

Outrossim, não se cuida de mera *isonomia formal*, no sentido de que a lei deve tratar a todos igualmente, sem levar em conta as distinções existentes nas pessoas, grupos ou situações, por ela regulados.

O preceptivo constitucional tutela a **isonomia material**, pois constitui substância do princípio tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades<sup>10</sup>.

## II . 2 . Razões *legitimadoras* dos privilégios processuais da Fazenda Pública

Tomando como referência, outra vez, a desigualdade de prazo estabelecida pela legislação processual, propícia à Fazenda Pública, entende Ada Pellegrini Grinover que “os prazos concedidos à Fazenda Pública são mais amplos, justamente em obediência ao princípio da igualdade real e proporcional, que impõe tratamento desigual aos desiguais, a fim de atingir a igualdade substancial”<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Francisco Campos, amplamente invitado pelos que abordam o tema, escreveu, com pena de ouro, que: “*não poderá subsistir qualquer dívida quanto ao destinatário da cláusula constitucional da igualdade perante a lei. O seu destinatário é, precisamente, o legislador e, em consequência, a legislação; por mais discricionários que possam ser os critérios da política legislativa, encontra no princípio da igualdade a primeira e mais fundamental de suas limitações*” (*Direito Constitucional*, Ed. Freitas Bastos, 1956, vol. II, p. 30).

<sup>10</sup> Cf. Nelson Nery Jr., op. cit., p. 40.

<sup>11</sup> *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, Ed. José Bushatsky, São Paulo, 1975, p. 33.



No entendimento de Néelson Nery Jr., “antes de caracterizar ofensa ao princípio constitucional da igualdade de partes, o benefício de prazo vem constituir-se como afirmação e efetivação do princípio, traduzindo-se como *medida de equidade*, pois trata partes desiguais (Fazenda Pública e Ministério Público) desigualmente, atuando em prol da igualdade substancial de que já falamos”<sup>12</sup>.

Mas enfim, em que reside a diferença, desigualdade, da Fazenda Pública, *dentro da relação processual*, em relação aos demais litigantes ?

Na linha dos pareceres excogitados, copiosamente acreditados pela doutrina nacional e pelos nossos tribunais, a Fazenda Pública é diferente do litigante comum porquanto defende o **interesse público**, de toda a coletividade.

A par deste argumento, que se firma como o principal, muitos outros se colocam para justificar a disparidade de tratamento levada a cabo por diversas normas processuais, sempre favoráveis à posição do Estado em juízo, variando conforme o tipo de benefício.

À guisa de exemplo, desculpa-se o desnivelamento com: a grande massa de ações que o Poder Público tem contra si proposta, levando em consideração que não é raro acontecer que dezenas e centenas de autores se consorciem para litigar contra o Estado; o empecilho dos procuradores obterem com rapidez as informações necessárias à defesa, em face da burocracia existente nas repartições públicas; a impossibilidade de os procuradores da Fazenda delimitarem, ao contrário dos advogados, o número de causas em

<sup>12</sup> Op. cit., pp. 42/43. No mesmo sentido do texto: Vicente Greco Filho, *Manual de Processo Penal*, São Paulo, 1991, n. 9.4, p. 70; Luiz Guilherme Marinoni, *Novas Linhas do Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 152; J. C. Barbosa Moreira, “A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo”, *Repro*, v. 37, p. 141.

que atuam por período. Esses fatos, dentre outros, seriam prejudiciais à defesa do Estado.

Os raciocínios mencionados são advogados para legitimar a dilação dos prazos processuais concedidos à Fazenda Pública, mas calham muito bem no exame do tema dos privilégios, *in genere* considerados.

Emerge, neste passo, a seguinte inquirição: as nomeadas considerações, concebidas contemporaneamente ao surgimento do Código de Processo Civil de 1973, como dantes foi visto, ainda são *receptionáveis* pelo ordenamento constitucional vigente, no qual sobressai em importância o princípio igualitário ?

Responder-se-á, *a posteriori*, após algumas considerações importantes.

## **II. 3 . Critérios para detecção de afronta à isonomia e a igualdade processual**

Atinente ao conteúdo jurídico do princípio da isonomia, assevera Celso Antônio Bandeira de Mello, na mais abalizada monografia sobre o tema, que “para desate do problema é insuficiente recorrer à notória afirmação de Aristóteles, assaz de vezes repetida, segundo cujos termos a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Sem contestar a inteira procedência do que nela se contém e reconhecendo, muito ao de ministro, sua validade como ponto de partida, deve-se negar-lhe o caráter de termo de chegada, pois, entre um e outro extremo, serpeia um fosso de incertezas cavado sobre a intuitiva pergunta que aflora ao espírito: *Quem são os iguais e quem são os desiguais ?*”<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993, pp. 10/11.

Na lição do mesmo autor, para que as discriminações apontadas pela lei não causem desacato à cláusula constitucional igualitária, tornando-a nula, tem que existir um vínculo de **correlação lógica** entre o fator erigido como critério de *discrímen* e a diferenciação do tratamento jurídico levada a efeito pela norma, exigindo-se ainda que essa correlação seja **concreta**, vale dizer, aferida em função dos interesses abrigados no Direito positivo constitucional.

Averba ainda que a correlação lógica aludida “nem sempre é absoluta, ‘pura’, a dizer, isenta da penetração de ingredientes próprios das concepções da época, absorvidos na intelecção das coisas. Basta considerar que, em determinado momento histórico, parecerá perfeitamente lógico vedar às mulheres o acesso a certas funções públicas, e, em outras épocas, pelo contrário, entender-se-á inexistir motivo racionalmente subsistente que convalide a vedação. Em um caso terá prevalecido a tese de que a proibição, isto é, a desigualdade no tratamento jurídico se *correlaciona juridicamente* com as condições do sexo feminino, tidas como inconvenientes com certa atividade ou profissão pública, ao passo que, em outra época, a propósito de igual mister, a resposta será inversa. Por consequência, a mesma lei, ora surgirá como ofensiva da isonomia, ora como compatível com o princípio da igualdade”<sup>14</sup>.

No campo do Direito processual, o princípio da igualdade encontra-se positivado no art. 125, inciso nº I, do Código de Processo Civil, o qual impõe ao juiz o dever de dar tratamento equânime aos litigantes.

Como decorrência do princípio constitucional sob comento, tem-se que a participação das partes, dentro do contraditório processual, deve ocorrer em igualdade de condições, ou, em outras

---

<sup>14</sup> Op cit., pp. 39/40.

palavras, em **paridade de armas**, dentro do **devido processo legal**.

Essa paridade de armas não implica necessariamente que a lei tenha sempre que guardar perfeita simetria de direitos e obrigações entre as partes figurantes no processo.

Entretanto, as diferenças eventuais de tratamento apontadas pelo legislador processual em favor de alguma pessoa, têm que se compatibilizar com o preceito fundamental isonômico, sob pena de nulidade absoluta, por vício de inconstitucionalidade.

#### **II . 4 . Casos típicos de privilégios harmônicos com o princípio da igualdade processual**

Assim, por exemplo, quando o Código de Defesa do Consumidor permite, no âmbito do processo civil, a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor, não há agravo ao princípio da isonomia, pois é inegável que o consumidor é a parte mais fraca na relação de consumo, de direito material.

Está presente, na hipótese, a necessária correlação lógica entre o elemento tomado como fator de discriminação (vulnerabilidade do consumidor em sua relação com os fornecedores de produtos e prestadores de serviços) e a desigualdade de tratamento (benefício da inversão do *ônus probandi* - art. 6º, VIII, do CDC).

Demais disso, a mercê legal ao consumidor está em consonância com os valores da Constituição da República, que não só garante o acesso de todos à ordem jurídica justa como, também, afirma, quando trata dos direitos fundamentais do homem, que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor (art. 5º, inciso XXXII)<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Cf. Luiz Guilherme Marinoni. *Novas Linhas do Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 149.

Semelhantemente, quando o trabalhador, na demanda judicial contra seu empregador, recebe proteção da lei, não há desobediência à cláusula fundamental igualitária, em face da hipossuficiência obreira, que justifica o desnivelamento no tratamento jurídico-processual, valendo para a hipótese tudo quanto se disse em relação ao consumidor.

## **II. 5 . Posição jurídica do Estado e do cidadão, como sujeitos parciais do processo**

Percebe-se, em ambos os casos elencados, que existe uma situação de *fragilidade* de uma das partes no plano das relações de direito material, a qual se erige como fator de *discrímen* e justifica o tratamento processual diferenciado, pois com aquele conserva adequação racional.

Entretanto, na relação entre o cidadão e o Poder Público não existe a assinalada situação de inferioridade deste em relação àquele.

Aliás, muito pelo contrário, em matéria de direito administrativo vigora o *princípio da supremacia do interesse público* sobre o interesse do particular, pelo qual “resulta, em prol da Administração, posição juridicamente correspondente à preponderância do interesse entregue à sua cura. Daí a possibilidade que tem, *nos termos da lei*, de constituir terceiros em obrigações mediante *atos unilaterais*. Tais atos são *imperativos* como quaisquer atos do Estado. Demais disso, trazem consigo a decorrente *exigibilidade*, traduzida na previsão *legal* de sanções ou providências indiretas que induzam o administrado a acatá-los. Bastas vezes ensejam ainda, que a própria Administração possa, por si mesma, executar a pretensão traduzida no ato, sem

necessidade de recorrer previamente às vias judiciais para obtê-la”<sup>16</sup>.

Já foi anteriormente afirmado que se costuma recorrer justamente ao *interesse público* defendido pelo Estado como razão diferencial que serve de supedâneo para o favorecimento deste na relação processual.

Como admitir, então, diante dos exemplos do consumidor e do trabalhador, que a indiscutível superioridade da Administração Pública frente ao cidadão, existente no domínio do direito administrativo, seja ainda mais agravada no âmbito do direito instrumental ? Estará se restaurando, com isso, o equilíbrio entre as partes ? Afirma-se, desta forma, a isonomia material ?

Deve-se separar a atuação do Poder Público, quando, na relação jurídica substantiva, exercita regularmente o seu *jus imperii* frente ao particular, por que necessário ao interesse da coletividade, da sua posição como **sujeito parcial** do **devido processo legal**<sup>17</sup>.

Razões não mais subsistem hoje que possam justificar a manutenção dos benefícios instrumentais deferidos à Fazenda Pública, como se procurará demonstrar.

À época da promulgação do CPC de 1973, quando se levantavam os argumentos vistos anteriormente, visantes à *proteção* judicial da Administração Pública, estes argumentos tomavam grande relevo em face do mau aparelhamento dos órgãos encarregados da defesa judicial dos interesses do Poder Público, quiçá constituindo fundamentos racionais para a discriminação legal deste na relação processual.

---

<sup>16</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993, p. 43/44.

<sup>17</sup> Agapito Machado, art. cit., p. 70.

No momento presente, tal não mais ocorre, tendo em vista vários fatores.

Primeiramente, a Constituição Federal de 1988 desfez o bifrontismo que sempre existiu no Ministério Público Federal, cujos membros exerciam cumulativamente as funções de Ministério Público e de defesa judicial da União. Agora, esta última atribuição foi outorgada a uma nova instituição, a Advocacia Geral da União (art. 131), ao passo que, na execução da dívida ativa de natureza tributária, cabe a representação da União à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (§ 3º, art. 131), isso no âmbito da Justiça Federal.

Os Estados e Municípios, e suas respectivas autarquias, por sua vez, há mais tempo estruturaram Procuradorias para a defesa judicial de seus interesses, as quais compreendem também várias outras Procuradorias, que se especializam em razão da matéria (Procuradoria Judicial; Procuradoria Fiscal; Procuradoria Administrativa; Procuradoria de Patrimônio, etc.), sempre visando à melhoria dos serviços.

A maior parte destes órgãos possui sistemas de informática, com seus recursos fabulosos que já permitem a transferência e recepção instantânea de informações e de dados, por um simples pressionar de teclas, de qualquer lugar do território nacional ou até mesmo do planeta. Os computadores, invulgares na década de 70, quando da concepção do CPC em vigor, atualmente são comuns nas repartições públicas e facilitam sobremaneira o trabalho dos defensores da Fazenda Pública, nas demandas em que, não raro, se repetem com o mesmo fundamento jurídico.

Os profissionais que atualmente se incumbem da representação judicial da Fazenda Pública são extremamente qualificados, louve-se a exigência do concurso público pela

Constitucional Federal de 1988, constituindo boa parte deles os melhores advogados da praça e alguns são até mesmo grandes mestres da doutrina nacional.

Não há mais prejuízo para a defesa do Estado réu quanto ao excessivo número de autores em um mesmo processo, desde a evolução do entendimento jurisprudencial que admitia a *limitação do litisconsórcio ativo*, hoje já positivado pela Lei 8.952/94, que acrescentou o parágrafo único ao art. 46 do CPC.

Vejam, então, quem é que enfrenta o *poderoso* Estado, no pólo oposto da relação processual: **o cidadão**.

Sabe-se muito bem que a enorme maioria da população brasileira é pobre e não tem condições sequer de arcar com as despesas processuais, muito menos de contratar bons profissionais da advocacia para fazer valer seus direitos, constantemente hostilizados pelo Estado. O *patrocínio gratuito*, previsto na Constituição, é extremamente e reconhecidamente deficitário, em face da inexistência da Defensoria Pública, no âmbito federal, e falta de defensores e mau aparelhamento, a nível estadual.

Os cidadãos comuns, que têm acesso à justiça, são representados judicialmente, via de regra, pelos profissionais menos qualificados do mercado, os quais, muitas vezes, não conseguem garantir a concreção do direito objetivo, mesmo que evidente e claro, por falhas no encaminhamento ou acompanhamento da pretensão em juízo<sup>18</sup>.

O Estado ainda leva grande vantagem em relação ao particular, por ser o maior litigante judicial que existe, estando freqüentemente em juízo, enquanto que este último eventualmente

---

<sup>18</sup> Diz-se *cidadão cumum* para diferenciá-lo do *rico empresário* que, por ter acesso a melhores serviços jurídicos, talvez consiga se igualar à Fazenda Pública. Mas a exceção não desmente a regra.



comparece ao Poder Judiciário.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni “foi Galanter quem desenvolveu a idéia relacionada com o que chamou de litigantes habituais e litigantes eventuais. As vantagens dos “habituais”, de acordo com Galanter, são inúmeras: 1) a maior experiência com o direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais causas; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da administração da Justiça; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros”<sup>19</sup>.

Assim, o Estado está indiscutivelmente em uma posição de primazia em relação ao cidadão comum e, portanto, em melhores condições de vencer qualquer batalha judicial.

Essa posição se agrava com os privilégios processuais fazendários existentes na legislação, os quais mostram-se contrários ao princípio constitucional da igualdade, pela inexistência de correlação lógica entre os fatores de desigualdade expostos e aqueles benefícios.

#### **IV. OS PRIVILÉGIOS E O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE PROCESSUAL**

Todos reconhecem que o principal problema da Justiça Civil é a morosidade na entrega da prestação jurisdicional. Reclama-se muito pela efetividade do processo.

**Hodiernamente, a prestação da tutela jurisdicional deve ser pensada na perspectiva do consumidor dos serviços**

---

<sup>19</sup> Luiz Guilherme Marinoni, *Novas Linhas do Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 35.

**jurisdicionais**<sup>20</sup>, num **processo civil de resultados**, como querem os pensadores modernos<sup>21</sup>. O ideal da efetividade, que ilumina atualmente os doutrinadores do processo, é entendido como o ideal de uma tutela que dê, o mais rápido possível, àquele que tem um direito, exatamente aquilo que ele tem o direito de obter.

Na esteira do raciocínio à mostra, dizendo da necessidade de se dar uma feição nova ao processo, para que se torne um **processo social**, garantindo o **efetivo acesso à justiça**, direito fundamental do cidadão, Willis Santiago Guerra Filho, noticia que, *verbis*:

“Mais recentemente K. A. BETTERMANN, em artigo semanal, aponta para a nova dimensão que assume o **princípio da igualdade das partes**, no contexto do processo social, o qual passa da igualdade formal de todos perante a lei para a igualdade material, com a busca de se estabelecer **uma equiparação das possibilidades de atuação em juízo daqueles menos favorecidos de meios econômicos ou outros meios, minorando os efeitos danosos dessa disparidade sobre o conteúdo da justiça do resultado dos processos**. O que se busca é promover uma “igualdade de chances” (*chancengleichheit*), a qual se preserva, no processo, basicamente, observando a chamada “paridade de armas” (*Waffengleichheit*) entre as partes, que estaria ameaçada, segundo BETTERMANN (1971, p. 63),”sempre que uma parte supere, no essencial, à outra, em poderes e meios”,

---

<sup>20</sup> Cf. Mauro Cappelletti *apud* Luiz Guilherme Marinoni, *Antecipação da Tutela na reforma do Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996.

<sup>21</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *A Reforma do Código de Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. p.32.

no processo. **Nestes casos, ainda segundo o acatado processualista alemão, o juiz seria chamado a restaurar o equilíbrio entre as partes, favorecendo aquela mais fraca**”<sup>22</sup>.

Na verdade, a demora do processo sempre lesou também o princípio da igualdade, pois os mais fracos ou pobres nem sempre recorrem ao Judiciário, por falta de condições financeiras, ou, quando o fazem, muitas vezes abrem mão de parcela do direito que provavelmente seria realizado, mais depois de muito tempo.

Na demanda do cidadão contra a Fazenda Pública, os diversos benefícios que a legislação concede a esta, como, v. g., o benefício de prazo, a vedação de liminares, o duplo grau de jurisdição necessário, dentre outros tantos, tornam o processo excessivamente demorado e ainda mais penoso do que já seria sem eles.

É patente também que o Estado, com seu qualificadíssimo quadro de procuradores e advogados, cômico de que o tempo do processo está sempre a seu favor, uma vez que as decisões judiciais adversas só podem, regra geral, ser efetivadas após o trânsito em julgado, tem por rotina sempre, em qualquer hipótese, recorrer delas, ainda que estejam de acordo com as súmulas e decisões remansosas dos tribunais superiores, constituindo autêntico **abuso do direito de recorrer**.

Vê-se, pois, que os malsinados privilégios fazendários estão na contramão da moderna máxima da efetividade processual, porquanto o processo não pode prejudicar o cidadão que tem razão, nem este pode sempre suportar unicamente os nefastos efeitos do tempo do processo.

---

<sup>22</sup> Willis S. Guerra Filho, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, Celso Bastos, 1999, pp. 131/132.

### III . 1 . O absurdo aniquilamento do *writ of mandamus*

Até mesmo em ações de procedimento expedito, como é o caso do mandado de segurança, que tem assento e nobreza constitucional, constituindo verdadeira garantia civil do cidadão contra os males da prepotência, se colocam privilégios no agrado da Fazenda Pública, a qual não é condenada em honorários de sucumbência<sup>23</sup>; não pode, em determinadas hipóteses, ter contra si deferida liminar, nem ser compelida a cumprir segurança já concedida por sentença, enquanto não julgados todos os recursos judiciais possíveis<sup>24</sup>; a autoridade coatora que descumpre a segurança definitiva não está sujeita a crime de desobediência, nem sanção por parte do Poder Judiciário<sup>25</sup>.

Tais vantagens têm aniquilado e amesquinhado, por vezes, a grande utilidade do remédio heróico constitucional, em vista do aval dos tribunais superiores, muito embora parcela da doutrina insurja-se contra eles.

Isto explica, em parte, a predominante imprudência dos agentes políticos, quando, no trato da coisa pública, freqüentemente *rasgam* a Constituição Federal e *pisam* nas Leis emanadas do próprio *Estado de Direito*, do qual são representantes, nem receiam fazê-lo, pois, mesmo que o cidadão demande e vença o espinhoso combate judicial, o governante que pratica o ato lesivo sequer sentirá os efeitos patrimoniais da sucumbência no período de seu mandato, ainda que renovado, em vista da demora na entrega da prestação jurisdicional, conseqüência dos malsinados benefícios fazendários, o que contribui para a crise de constitucionalidade e legalidade atualmente existente no Brasil<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Súmulas n.ºs. 512 - STF e 105 - STJ.

<sup>24</sup> Leis n.ºs. 4.348/64 (art. 5º e 7º), 5.021/66 (art. 1º, par. 4º); 8.076/90 (art. 1º e par. único).

<sup>25</sup> Esta é a firme orientação jurisprudencial do STJ, o qual não admite que funcionário público, no exercício da função, esteja sujeito a crime de desobediência (RHC 4.546/SP, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, DJ 05.06.95; HC 2.628/DF, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 05.09.94; HC 2.347/DF, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJ 20.06.94).

<sup>26</sup> Cândido Rangel Dinamarco, em palestra promovida pela ESMEC, em 1996, disse que, na época que corre, o Estado é um verdadeiro *Estado inimigo* do cidadão, em vista da crise de legalidade instalada no Brasil.

## V. CONCLUSÕES

Ao cabo de tudo o que foi exposto têm-se por firmadas as seguintes conclusões:

I . Pode-se analisar a origem dos chamados privilégios processuais da Fazenda Pública a partir do surgimento do art. 188 do CPC em vigor, que se inspirou no art. 32 do CPC de 1939. Anteriormente, a maioria dos códigos processuais estaduais contemplava o *prazo judicial*, conferindo discricionariedade aos juízes para conceder dilação de prazo, conforme as circunstâncias do caso concreto.

II . O autor do projeto de lei que se converteu no CPC de 1973, ainda em vigor, Alfredo Buzaid, não havia previsto o privilégio de prazo, mas foi inserido quando enviado ao Poder Legislativo, que entendeu por mantê-lo e aprová-lo.

III . É tradição do Direito brasileiro a concessão de prazos ampliados para a Fazenda Pública, mas outros inúmeros privilégios se expandiram pela legislação processual.

III . O princípio constitucional da igualdade tem primazia dentre as garantias e direitos fundamentais e dirige-se não apenas ao aplicador da lei, mas principalmente ao legislador, em sua peculiar função de distinguir situações e pessoas para submetê-las a regramentos jurídicos diversos.

IV . Segundo a maior parte dos juristas nacionais, a previsão de benefícios em agrado da Fazenda Pública, na legislação processual, não afronta, mas, pelo contrário, confirma, o princípio da isonomia substancial, porque trata desigualmente pessoas desiguais.

V . Vários argumentos têm servido para legitimar a manutenção dos privilégios mencionados, primacialmente o de que a Fazenda Pública defende interesses meta individuais (interesse público), sendo esta sua nota diferenciadora com referência ao litigante comum, justificando o discrimine.

VI . O princípio da isonomia (substancial), conforme lapidar lição de Celso A. Bandeira de Mello, não se resolve simplesmente pela fórmula: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. É preciso identificar uma *correlação lógica concreta* entre o *fator de desigualdade* e a conseqüente *disparidade de tratamento jurídico* previsto na norma, devendo ela guardar compatibilidade com o texto constitucional.

VII . Casos típicos de distinções jurídicas perfeitamente harmônicas com o princípio igualitário são os benefícios processuais deferidos pela legislação infraconstitucional ao consumidor e ao trabalhador, pois são partes mais fracas na relação de direito material com o fornecedor e o empregador, respectivamente, recebendo legitimamente os favores legais para *equilibrar a balança* e manter a isonomia substancial.

VIII . A Fazenda Pública é a parte mais vigorosa na relação de direito substancial com o cidadão, em face do *princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*, não autorizando, sem desacato ao princípio magno da isonomia, mais privilégios na órbita processual, até por que o Estado está em muito melhores condições de vencer qualquer embate judicial com o cidadão comum, o que não ocorria na época do advento do CPC de 1973, em que havia despreparo dos órgãos incumbidos da defesa do Poder Público em juízo.

VIII . Os malsinados privilégios processuais da Fazenda Pública ainda depõem contra o princípio da efetividade processual,

na medida em que colocam sobre os ombros do particular, quase que exclusivamente, o encargo da demora do processo, mesmo em procedimentos tipicamente céleres, como é o caso do *writ of mandamus*, que fica muitas vezes descaracterizado quanto ao seu perfil constitucional por conta dos benefícios fazendários.

## V. BIBLIOGRAFIA

- BARBI, Celso Agrícola Barbi. *O Mandado de Segurança*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo”, *Repro*, v. 37.
- BARCELOS, Pedro dos Santos. “Medidas Liminares em Mandado de Segurança. Suspensão da execução de medida liminar. Suspensão de execução de sentença. Medidas Cautelares”, in RT 663, jan./1991, pp. 37-46.
- BUZAID, Alfredo. “Juicio de amparo e mandado de segurança”, in “Estudos de Direito Processual *In Memoriam* do Min. Costa Manso”, São Paulo, Ed. RT, 1965.
- CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*, Ed. Freitas Bastos, 1956, vol. II.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996.
- \_\_\_\_\_. “Mandado de Segurança. Execução Provisória”, in RT 543, jan./1981, pp. 25-38.
- FRIEDE, R. Reis. *Aspectos Fundamentais das Medidas*

*Liminares*, 2ª ed., Forense Universitária, 1993.

• GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, Ed. José Bushatsky, São Paulo, 1975.

\_\_\_\_\_. “Benefício de prazo”, in *Revista Brasileira de Direito Processual* nº 19.

• GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, Ed. Celso Bastos, 1999.

• GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, São Paulo, 1991.

• LARA, Betino Rizzato Lara. *Liminares do Processo Civil*, Ed. RT, 1993.

• MACHADO, Agapito. “O princípio da isonomia e os privilégios processuais”, *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados* vol. nº 109, pp. 69/76.

• MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. *A Antecipação da Tutela na reforma do Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. “O caso da proibição da concessão das liminares e da execução provisória da sentença nas ações cautelares e no mandado de segurança”, in *RT* 663, jan./1991, pp. 243-247.

• MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. “Execução Provisória em Mandado de Segurança”, in *Revista de Processo* n. 54, pp. 34-41.



• MEIRELES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data"*, 16ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995.

• MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993.

• MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, São Paulo, Atlas, 1997.

• MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. "Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo do mandado de segurança", in *Revista de Processo* n. 72, pp. 7-15.

\_\_\_\_\_. "Mandado de Segurança e condenação em honorários de advogado", in *Direito Processual Civil - Ensaios e Pareceres*, pp. 240-241, Rio de Janeiro, 1971.

• NERY JR., Néelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, São Paulo, Ed. RT, 1992.

\_\_\_\_\_. "O benefício da dilatação do prazo para o Ministério Público no Direito processual civil brasileiro (interpretação do art. 188, do Código de Processo Civil)", in *Revista de Processo* n.º 30, pp. 109/118.

• PACHECO, José da Silva. *O Mandado de Segurança e outras ações constitucionais típicas*, 2ª edição, São Paulo, Editora RT, 1991.

• PASSOS, Paulo Roberto da Silva. "A Medida Liminar no

Mandado de Segurança e a Constituição de 1988”, in RT 655, mai./1990, pp. 46-53.

- PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. *Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial*, São Paulo, Malheiros, 1992.
- ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional*, São Paulo, Ed. RT, 1999.
- SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 2º volume, 13ª ed., Saraiva, 1990.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. “Mandado de Segurança. Apontamentos”, in RT 624, out./1987, pp. 11-20.
- TUCCI, Rogério Lauria / CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e Processo*, São Paulo, Saraiva, 1989.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. “Mandado de Segurança”, in Conferências e debates - RDP 55-56, pp. 333-348.

## O VOTO FACULTATIVO E O FINANCIAMENTO PÚBLICO DE CAMPANHA ELEITORAL NO BRASIL: CORRUPÇÃO, CIDADANIA E DEMOCRACIA EM DEBATE<sup>1</sup>.

**JOSÉ VALENTE NETO**

Aluno do 9º. período do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza, ex-bolsista do CNPq/ PIBIC, sob a orientação do Prof. Dr. Martônio Mont'Alverne Barreto Lima, monitor de Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, sob a orientação do Prof. Livre Docente, José Filomeno de Moraes Filho e assessor jurídico da Assembléia Legislativa do Estado do Ceará<sup>2</sup>.

**Sumário:** 1. Considerações preliminares; 2. O voto facultativo; 2.1. A cidadania; 2.2. A tese da (in)governabilidade; 2.3. O voto e o cidadão; 3. O financiamento público de campanhas eleitorais no Brasil; 3.1. A corrupção; 3.2. O porquê de um financiamento público de campanhas eleitorais; 4. A guisa de conclusão; 5. Referências bibliográficas.

*“A corrupção, tal como ocorre com a violência, refinou-se, fez-se mais perspicaz e engenhosa, mais capciosa e traiçoeira no curso da História. Já não se tem mais o cabresto escancarado e gravoso nas eleições gerais, mas se mantêm as rédeas firmes da necessidade material sobre grupos inteiros de eleitores. A matreirice eleitoreira é, hoje, informatizada e fria, sem deixar de ser perversa e patrimonialista”<sup>3</sup>.*

### 1. Considerações Preliminares.

Alguns dos acontecimentos históricos mais significativos

<sup>1</sup> A produção deste artigo deve-se, em grande parte, ao mérito da orientação do Prof. Dr. Martônio Mont'Alverne Barreto Lima e teve a excelente contribuição do Prof. Livre Docente em Ciência Política, José Filomeno de Moraes Filho, assim como a copiosa colaboração dos companheiros Jânio Pereira da Cunha, Francisca Valéria e Víctor Moraes.

<sup>3</sup> Cf. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes: Justiça Eleitoral e Representação Democrática, in: VELLOSO, Carlos Mário da Silva, ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Organizadores): *Direito Eleitoral*, p. 378.

experimentados pelo mundo ocidental num passado recente dizem respeito aos processos de transição de regimes autoritários para regimes pluripartidários e representativos, verificados principalmente a partir do final da década de 70 e início dos anos 80, em países como Argentina, Espanha e Brasil. Neste último caso, o regime militar aqui instaurado foi responsável por uma verdadeira mutação institucional e por um retrocesso democrático cujos malévolos resultados ainda estamos, em toda a sua inteireza, por reparar.

De fato, se observarmos as condicionantes culturais que permeiam o nosso país, treze anos de democracia política são absolutamente insuficientes para desbotar as manchas herdadas do patrimonialismo colonial, do liberal-conservadorismo imperial e do coronelismo e clientelismo republicanos. Não há que se negar, todavia, avanços vividos pelo complexo institucional brasileiro, mormente com a criação da Justiça Eleitoral em 1932, responsável direta por “uma mudança de qualidade nas inúmeras tentativas de despolitizar a administração das eleições”<sup>4</sup>, a criação de direitos e benefícios sociais pelo trabalhismo varguista para a classe trabalhadora como a concessão de férias, salário mínimo, aposentadoria, previdência social e repouso remunerado<sup>5</sup>, assim como a participação das mulheres e dos analfabetos na orientação do poder político.

Entretanto, a história da nossa democracia remete-nos a constantes percalços, são geralmente patrocinados por mentes avessas aos seus ideais, como sucedeu com o advento do Estado Novo. Somente para se ter uma idéia dos efeitos perversos ocasionados por tal implementação e, por conseguinte, do atraso cultural vivido pelo Brasil,

“até 1945, questões como

---

<sup>4</sup> Cf. SADEK, Maria Tereza Aina: *O Papel da Justiça Eleitoral na Consolidação da Democracia*, p. 77.

participação, igualdade e ampliação da cidadania colocavam-se como temas pertinentes apenas para uma pequena parcela da população, sobretudo aquela concentrada nos maiores centros urbanos. Dispersa pelas zonas rurais, vilas ou pequenas cidades, a grande maioria vivia a política sob o signo das grandes propriedades, que limitavam a participação política e restringiam os anseios de igualdade”<sup>6</sup>.

Com a implantação da República Populista (1945-1964), o Brasil passou a experimentar algumas reformas de cunho liberal, tais como a liberdade de expressão, com o restabelecimento dos direitos políticos e a introdução do pluralismo partidário. Contudo, a redemocratização do país não conseguiu satisfatoriamente abandonar os entulhos do “centralismo da administração varguista, preservando, em grande parte, o arcabouço institucional do regime deposto”<sup>7</sup>. De forma similar, a exemplo do que ocorreu com a transição para a Nova República em 1985, em que o projeto de mudança política não fora resultado de um amplo processo de conscientização popular, levado a cabo pelos diversos grupos

<sup>5</sup> Embora essa legislação específica tenha implicado num importante avanço na seara dos direitos sociais, por outro lado provocou conseqüências danosas ao direito de cidadania do trabalhador brasileiro. Isto por que somente o trabalhador sindicalizado, com um contrato de trabalho devidamente formalizado teria acesso ao gozo dos benefícios sociais, o que consiste numa clara demonstração do controle estatal e das forças político-econômicas sobre os sindicatos e demais organizações representativas da multiplicidade de interesses existentes na sociedade. Com isso, ao salientar que o processo de afirmação da nossa cidadania transformou a carteira de trabalho em uma espécie de certidão de nascimento cívico das pessoas, Wanderley Guilherme dos Santos diz que no Brasil “são cidadãos todos aqueles membros da comunidade que se encontram localizados em qualquer uma das ocupações reconhecidas e definidas por lei. A extensão de cidadania se faz, pois, via regulamentação de novas profissões e/ou ocupações, em primeiro lugar, e mediante ampliação do escopo dos direitos associados a estas profissões, antes que por extensão dos valores inerentes ao conceito de membro da comunidade” (*Cidadania e Justiça*, p. 75). Ademais, é interessante observar, principalmente quando ocorre uma revista policial, o elevado grau de simbolismo que assumem os documentos oficiais, como a Carteira de Identidade, a qual, em circunstâncias não muito esporádicas, chegam a distinguir um cidadão de um marginal.

<sup>6</sup> Cf. AVELAR, Lúcia: *O Segundo Eleitorado – Tendências do Voto Feminino no Brasil*, p. 15.

representativos da nossa sociedade, mas sim um empreendimento concebido pelos articuladores do regime castrense como forma de reorganizar suas bases de apoio e de reelaborar mecanismos de sobrevivência política, as vicissitudes não ocorreram a, substancialmente, mergulhar o país num profundo processo de reflexão e de reorientação dos rumos políticos até então adotados.

Como suscitado, a redemocratização fora, a bem da verdade, conseqüência de amoldações fisiológicas trazidas a lume pelas elites tecnoburocráticas que costumam ditar, nas sociedades pouco afeitas a regimes democráticos, as prioridades do Estado. Nesse sentido, pontificou Eli Diniz, ao defender a tese de que o pacto populista não levaria à institucionalização de um modelo espaçoso de participação, que “se o populismo possibilitou a incorporação das massas urbanas ao processo político, por outro lado atribuiu-lhes um papel subordinado. Se os sindicatos ampliaram sua força reivindicatória e sua capacidade de pressão, jamais chegaram a desenvolver um poder de barganha autônomo”<sup>8</sup>, eficaz o possível para oferecer contra-argumentos às propostas do jogo político-partidário e, por conseguinte, capaz de insurgir-se para a criação de uma dinâmica participativa.

A promulgação da Constituição Federal vigente trouxe a expectativa de que se daria um passo firme a caminho da verdadeira democratização das instituições e do regime político. No entanto, afundado num quadro social e econômico precariamente preservado, diagnosticado basicamente pelo crescente desequilíbrio fiscal, pela desordem nas contas públicas, pela elevada concentração de renda<sup>9</sup>, pelos altos índices de corrupção governamental e pela instabilidade monetária, o Brasil amarga

<sup>7</sup> Cf. DINIZ, Eli: *Empresariado e Transição Política no Brasil – Problemas e Perspectivas*, in: FLEISCHER, David (Organizador): *Da Distensão à Abertura – As Eleições em 1982*, p. 162.

<sup>8</sup> *Idem, ibidem*, p. 162.

<sup>9</sup> “O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud) e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef) calculam que a metade da fortuna das quatro pessoas mais ricas do mundo seria o suficiente para assegurar alimentação, educação, saúde e saneamento básico para todos os humanos”. (Cf. MELO NETO SEGUNDO, João Joaquim de: *A Revolução do Consumo. Jornal O Povo*, Fortaleza-Ce, 17 jul. 2001, p. 7).

patamares de subdesenvolvimento somente comparáveis a países do continente africano solapados pela miséria absoluta<sup>10</sup>, por altíssimas taxas de mortalidade infantil e por viver constantemente em regime de guerra civil. Há, aqui, um total descompasso entre a realidade socialmente considerada e o conteúdo textual do nosso diploma político mais importante. A complexidade que se instaura ao se falar sobre o princípio da igualdade, o da separação de poderes e o da dignidade da pessoa humana é algo patente, que desmerece maiores considerações. Sabemos, obviamente, que a nossa atual Constituição consiste num projeto de sociedade e, neste aspecto, pelo grau de abrangência social por ela alcançado, bem como pela presença de potente solução diluidora do autoritarismo estatal, através da ampliação dos poderes do Congresso Nacional frente ao ímpeto mandonista do Executivo legislador<sup>11</sup>, somente aplausos devem ser destinados aos constituintes de 1986-87<sup>12</sup>. Embora

---

<sup>10</sup> Recente estudo elaborado por alguns organismos nacionais e internacionais, como o Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA), a Fundação Getúlio Vargas, a Organização das Nações Unidas e o Banco Mundial, indica índices alarmantes: 22 milhões de pessoas não possuem renda alguma ou percebem menos de R\$ 60,00 por mês; 34% da população brasileira, ou seja, 53 milhões de cidadãos é a quantidade de pobres em nosso país; somente entre o período compreendido de 1995-99, o número de pobres aumentou em 3,1 milhões de cidadãos. (Cf. MUNIZ, Valdélino: Fome e Pobreza no Brasil – Muitas Soluções, Pouca Ação. *Jornal O Povo*, Fortaleza-Ce, 29 jul. 2001, p. 17). Outro estudo, que elegeu como objeto de análise o mesmo tema, realizado pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (Pnad) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) mostra que existem 50 milhões de miseráveis no Brasil vivendo com menos de R\$ 79,00 mensais. Isto é, praticamente um terço da nossa população vive abaixo da linha de pobreza. (*Jornal O Povo*, Fortaleza-Ce, 17 jul. 2001, p. 7).

<sup>11</sup> A tomada de decisões por instâncias enclausuradas fora do controle político fornecido pela Democracia Representativa é praxe na nossa República Presidencialista. Somente nos primeiros cinco meses do governo Fernando Henrique Cardoso foram editadas 989 Medidas Provisórias. Percuciente, a esse respeito, é a conclusão de Guillermo O'Donnell, que chega a definir o Brasil “como um caso de ‘democracia delegativa’, que se caracterizaria pela baixa densidade de suas instituições, pela hipertrofia da autoridade pessoal do presidente da República, ao lado da fragilidade dos partidos e do sistema representativo, incluindo o Poder Legislativo” (*Apud* DINIZ, Eli: Governabilidade, Democracia e Reforma do Estado: Os Desafios da Construção de uma Nova Ordem no Brasil dos Anos 90, in: DINIZ, Eli (Organizador): *O Desafio da Democracia na América Latina – Repensando as Relações Estado/Sociedade*, p. 173).

<sup>12</sup> Interessante anotar-se que tal façanha constitucional foi obtida mesmo com a reação de forças retrógradas que tentaram, a todo o custo, impedir um cabedal de reformas mormente nas áreas sociais e políticas. Paradigma da materialização desses comportamentos conservadores, o bloco denominado *Centrão*, formado principalmente por latifundiários defensores de um modelo econômico agro-exportador, foi um dos principais opositores ao retorno do país à Democracia, responsável, ademais, por imprimir aos debates da Assembléia Nacional Constituinte inúmeros *lobbies*, dentre os quais retaliações aos projetos de luta por uma reforma agrária justa e eficaz.

assim entendida, os fatos que norteiam a vida institucional brasileira na atualidade indicam uma tendência a que tal futuro não venha a se configurar, em vista da profusão de medidas e de avenças cujos teores não corroboram com a natureza da via constitucional em curso<sup>13</sup>.

Um dos reflexos deste cenário institucional, em boa medida desanimador, reside na proposta de reforma política em tramitação no Congresso Nacional, cujo relator é o Sen. Sérgio Machado (PSDB-Ce). Neste sentido, este artigo tem por propósito lançar especulações científicas sobre os argumentos elencados pelos grupos que a advogam e analisar o impacto que a possível aprovação dos pontos da reforma trarão para o funcionamento e para a consolidação da Democracia, focalizando nossas ponderações no voto facultativo e no financiamento público de campanha eleitoral.

## 2. O Voto Facultativo.

### 2.1. Cidadania.

No intuito de melhor precisar os efeitos da acomodação dos projetos de reformulação do sistema político brasileiro para a consolidação dos cânones democráticos, torna-se necessário se tecer alguns pormenores a respeito dos institutos que retratam a nossa cultura política, dentre os quais o instituto da cidadania. Por tal turno, consoante os estudiosos que se dedicam a essa área de

---

<sup>13</sup> Um desses comportamentos anômalos que soam como cristalina tentação fascista, a pretexto de oferecer uma solução definitiva ao problema da deflagração de greves de policiais militares e civis em Estados como Pernambuco, Bahia, Piauí e Rio Grande do Norte, verifica-se com a iniciativa presidencial de, por intermédio da adoção de uma medida provisória, conceder às Forças Armadas poder de polícia, quando é inquestionável competência constitucional sua a defesa da Pátria, da integridade territorial e da soberania nacional. Assim, “além de esféricamente inconstitucional, esse enunciado ‘édito principesco’ teria o condão de promover injustificável e anacrônico retorno a uma época de triste memória, em que as Forças Armadas, retiradas de seu papel institucional, findaram por protagonizar trágica experiência autoritária” (Cf. PONTES FILHO, Valmir: Limitação e Causas. *Jornal O Povo*, Fortaleza-Ce, 31 jul. 2001, p. 7).



pesquisa, a cidadania pode ser investigada sob o parâmetro de três interpretações clássicas da tradição democrática ocidental.

A primeira versão resvala no conceito liberal de cidadania. Por este, o cenário público é suprimido ao máximo, ganhando projeção preponderante uma universalidade de direitos individuais em detrimento de um maior apreço aos direitos sociais. Com essa visão pretendeu-se, conforme assinala José Murilo de Carvalho, “livrar os indivíduos dos constrangimentos legais e institucionais a fim de poderem dedicar-se totalmente à vida civil, ao apetite aquisitivo da sociedade utilitária de mercado”<sup>14</sup>.

A posterior é aquela pertinente à construção de um humanismo cívico. O homem, ao passar a viver com seus pares sob um regime republicano, elege como preocupação central a ênfase no bem coletivo, naquele que não é de ninguém e ao mesmo tempo é de todos. Como se percebe, é uma postulação que se contrapõe à doutrina anterior, exatamente por priorizar o que nesta é desprezado, posto em planos intermediários por impulsos econômicos. Neste segundo caso, o da virtude cívica, correspondente à liberdade positiva ou liberdade dos antigos, no dizer de Norberto Bobbio<sup>15</sup>, o homem suplanta a qualificação isolada de indivíduo e assume a condição de cidadão, de membro da corporação estatal, responsável imediato, portanto, pela incumbência de governar a coletividade. Aqui, é o público que dimensiona o privado; lá, é o privado que direciona o público.

Por fim, a terceira consiste numa análise da cidadania por meio de um enfoque comunitário, o qual arregimenta porções teóricas dos dois outros conceitos, isto é, tanto daquele que encara a cidadania como uma titularidade de direitos, e apenas direitos,

---

<sup>14</sup> Cf. CARVALHO, José Murilo de: Cidadania na Encruzilhada, in: BIGNOTTO, Newton (Organizador): *Pensar a República*, p. 105.

<sup>15</sup> Ver BOBBIO, Norberto: *Teoria Geral da Política – A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*, especialmente o capítulo nº. 05, pp. 269-297.

quanto do que invoca a noção de sociedade ou agremiação social para designar o agrupamento de pessoas interessadas na preservação, no custeio e no usufruto de bens de caráter coletivo. Por tal visão comunitária, conquanto o público se sobressaia frente ao privado, a comunidade ainda não alcança os níveis de cidadania resultantes do exercício de um humanismo calcado em bases republicanas, justamente por encontrar-se refém de uma concepção limitadora e exclusivista de virtude cívica, cuja propagação não surte efeitos além das linhas demarcatórias de cada comunidade e cujo teor não prima pela participação do cidadão nos destinos da vida pública<sup>16</sup>, provocando a apatia total ou, quando muito, uma participação passiva e descomprometida.

Lamentavelmente, lançando-se uma análise mesmo que superficial sobre a realidade na qual estamos inseridos, percebe-se a complexidade das questões que desafiam a consolidação da democracia social e econômica em nosso país. Não podemos olvidar que o tema da cidadania, compreendido em seu sentido mais amplo, constitui um dos dilemas da pós-modernidade, sendo imperioso, portanto, que abandonemos os dogmas iluministas de enxergar e de praticar a cidadania, qual seja, no comportamento puro e simples de sufragar um candidato num sistema representativo. Não, certamente não. O iluminismo já cumpriu seu papel histórico. Precisamos avançar, e somente se avança quando todos, nas mais variadas circunstâncias, estão munidos de consciência política para deliberar a respeito dos rumos a serem seguidos pela coletividade.

Num sistema democrático, a cidadania traz consigo a “idéia de que ela é o repositório da competição entre interesses divergentes”<sup>17</sup>. Vale lembrar, pois, que somente a cidadania

<sup>16</sup> Exemplo clássico da consumação prática dessa corrente deu-se na Alemanha do período de 1933-45, quando Adolf Hitler e seu exército massificador, guiando-se pela ênfase na hegemonia e na pureza da raça ariana, espalharam o terror e demonstraram friamente até que ponto o homem é capaz de chegar.

<sup>17</sup> Cf. REIS, Elisa: Cidadania: História, Teoria e Utopia, in: PANDOLFI, Dulce Chaves (Organizadora): *Cidadania, Justiça e Violência*, p. 17.

entendida sob a concepção do humanismo cívico ou da virtude republicana servirá como elemento essencial na construção de um Estado Social e Democrático de Direito. Como lecionam Luiz Werneck Viana e Maria Alice Rezende de Carvalho, ao escreverem que a democracia, além de ostentar a qualificação de representativa, deveria ser participativa, a “República, por isso mesmo, é um processo cujo curso somente pode ter seqüência a partir da iniciativa de atores que exerçam a representação institucional e extra-parlamentar dos diferentes grupos e interesses envolvidos nas disputas sobre recursos e valores na vida social”<sup>18</sup>. Desta forma, a verdadeira cidadania ocorre com a “admissão do conflito como elemento central da vida social e com a legitimidade da defesa de direitos e de expectativa de direitos por parte de todos os grupos sociais, desde que regulados por processos democráticos que concedam livres e iguais possibilidades de manifestação a todos”<sup>19</sup>. Nesse contexto, é a cidadania política ativamente participativa a virtude por excelência na contraposição ao universo utilitário-consumidor da sociedade de mercado, a qual, em prol do interesse individual, vilipendia o bem coletivo, o ativismo político e a destinação da esfera pública como palco de debates e de deliberações<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Cf. VIANA, Luiz Werneck, CARVALHO, Maria Alice Rezende de: República e Civilização Brasileira, in: BIGNOTTO, Newton: *Pensar a República*, p. 141.

<sup>19</sup> *Idem, ibidem*, p. 140.

<sup>20</sup> São exemplificativos, no que concerne à problemática experimentada pela cultura política brasileira, os resultados da pesquisa de opinião pública baseada em amostra representativa da população da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, realizada em 1996. Com relação ao grau de conhecimento dos seus representantes, 21,1% dos moradores não souberam citar o nome do presidente da República, 34,9% o do governador do Rio de Janeiro e 37,1% o do prefeito da cidade onde moravam. No que pertine ao nível de envolvimento e de participação político-social, os índices indicam a existência de uma cultura súdita, cujos membros agem passivamente, e são, por isso mesmo, na maioria esmagadora das ocasiões, facilmente manipuláveis. Por tais, verificasse a precariedade do nível de associativismo dessa população, o que, com certeza, não tende a ser muito diferente da média nacional: somente 2,1% são filiados a partidos políticos, 5,5% a associações de moradores e 1,7% a associações de pais e estudantes. Outros dados reforçam ainda mais a debilidade da nossa cultura cívica: 41% acham que sonegar imposto é justificável em alguns casos, 70% não conversam sobre política e 68% não nutrem simpatia por partidos políticos. (Fonte: CPDOC-FGV/Iser, pesquisa ‘Lei, Justiça e Cidadania’, *Apud* PANDOLFI, Dulce Chaves (Organizadora): *Ob. cit.*, pp. 46-47).

Contudo, embora as estatísticas revelem a fragilidade da nossa cidadania como expressão maior de uma suposta preocupação cívica, inerente à condição de república democrática, não podemos desprezar os avanços já obtidos, fazendo

“tábula rasa do que, bem ou mal, já conseguimos em termos de parafernália representativa, eleições, partidos, congresso, e muito menos de coisas mais fundamentais como a liberdade de imprensa e de associação”<sup>21</sup>.

A despeito de uma real cidadania participativa, preocupada principalmente com as lutas por ideais de justiça social, experiências já existem no sentido de sua implementação. De um lado podemos apontar, como iniciativa promissora de movimentos surgidos da própria sociedade, a difusão de várias organizações não-governamentais, as pastorais das igrejas e outras associações civis, como, por exemplo, as associações de moradores e os conselhos de comunidade. No que pese a dificuldade de financiamento dos seus projetos pelo empresariado brasileiro, os quais giram em torno da capacitação de mão-de-obra e da participação em cursos, seminários e palestras, salvo raras exceções, em grande parte esses projetos têm obtido contribuições financeiras de governos estrangeiros e de organismos internacionais<sup>22</sup>. De outra face, vislumbram-se alguns comportamentos governamentais que, do ponto de vista democrático, contribuem sobremaneira para o aumento da maturidade política dos cidadãos. Neste lanço, programas como o do “Orçamento Participativo” funcionam

---

<sup>21</sup> Cf. CARVALHO, José Murilo de: Cidadania na Encruzilhada, in: BIGNOTTO, Newton (Organizador): *Pensar a República*, p. 123.

<sup>22</sup> Na cidade de Fortaleza existem vários trabalhos desenvolvidos pelas Organizações Não-Governamentais. Entre estas, podemos citar a “Fundação Brasil Cidadão”, a “Fundação Deusmar Queiroz” e a “Ceará Periferia”, além de outras que põem em prática projetos como o “Quatro Varas”.

perfeitamente como formas alternativas e viáveis de participação dos cidadãos na gestão de políticas públicas, mormente na elaboração do orçamento e no planejamento de obras<sup>23</sup>. Trazendo mais transparência para o processo de tomada de decisões político-administrativas, este programa fornece vários elementos significativos para o aprimoramento de uma democracia participativa, cujo método, utilizado quase que exclusivamente pela população oriunda da periferia urbana, “constitui-se, em geral, numa mudança no processo de inserção política dessa parcela da população. Os canais de participação normalmente eram os das vias clientelistas ou estavam simplesmente fechados”<sup>24</sup>, não contribuindo, decerto, para o amadurecimento do caráter educativo do processo democrático brasileiro.

## 2.2. A Tese da (In)governabilidade.

Outro questionamento bastante em voga tanto nos discursos políticos quanto no debate acadêmico é o concernente ao caráter de ingovernabilidade que desejam impingir à natureza das nossas instituições e ao complexo normativo que vigora em nosso país, principalmente em face da amplitude de direitos fundamentais albergados na Constituição Federal. Tais manifestações são reflexo direto do modelo de transição política adotado no Brasil a partir do início da década de 80 do século XX. Ocorre que, se por um lado esse processo obteve sucesso do ponto de vista de ter conseguido implantar um regime democrático, pelo menos no plano formal, com a promulgação de um excelente texto constitucional,

<sup>23</sup> Ver, para análise mais acurada MAGALHÃES, Inês, BARRETO, Luiz, TREVAS, Vicente (Organizadores): *Governo e Cidadania – Balanço e Reflexões sobre o Modo Petista de Governar*, São Paulo, Editora Perseu Abramo, 2001.; GENRO, Tarso, SOUZA, Ubiratan de: *Orçamento Participativo – A Experiência de Porto Alegre*, São Paulo, Editora Perseu Abramo, 2001; PONT, Raul: *Democracia, Participação, Cidadania – Uma Visão de Esquerda*, Porto Alegre, Palmarinca Editora, 2000.

<sup>24</sup> Cf. GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf: *Participação Popular, Cultura Política e Ação Coletiva: Uma Análise do Orçamento Participativo em Porto Alegre*, in: BAQUERO, Marcello, CASTRO, Henrique Carlos de Oliveira, GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf (Organizadores): *A Construção da Democracia na América Latina – Estabilidade Democrática, Processos Eleitorais, Cidadania e Cultura Política*, p. 209.

por outro viés, a construção de um novo cenário institucional não aconteceu concomitante a uma transformação político-institucional radical, como era de se esperar, uma vez que esta não foi responsável pelo rompimento definitivo com características marcantes do paradigma utilizado pelo Estado durante o período militar, entre as quais a hipertrofia do Poder Executivo frente ao Legislativo e a fragilidade do sistema eleitoral-partidário<sup>25</sup>.

O nó górdio de toda celeuma decorrente desta questão está em estabelecer um modelo de racionalidade que encontre formas de convivência satisfatória entre a social democracia e a ordem capitalista existente no Brasil. Entretanto, tal ponto de convergência não está sendo buscado de modo a viabilizar a consolidação da Democracia, em virtude da frágil alegativa de que a explosão de demandas ocorrida com a Constituição trouxe uma sobrecarga excessiva à agenda governamental<sup>26</sup>, a qual finda funcionando como óbice a uma administração eficaz por parte do Estado. Assim

---

<sup>25</sup> Criticando o sistema proporcional com lista aberta, assim se pronunciou Fábio Konder Comparato: “Há necessidade de se despersonalizar a disputa eleitoral, de forma a obrigar o eleitor, nos pleitos para a composição dos órgãos parlamentares de representação popular – Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores dos grandes municípios -, a escolher entre partidos e não entre candidatos. Todos sabem, com efeito, que a incoerência personalista entre nós chega a tal extremo, que o pior adversário de um candidato a cargo parlamentar vem a ser o seu companheiro de partido com o mesmo perfil ideológico. O que importa, pois, hoje, antes de mais nada, é construir um mínimo de coerência partidária” (Proposta de Reformulação do Sistema Eleitoral Brasileiro, in: *Estudos Eleitorais*, p. 91). Num outro enfoque, assim pondera Scott Mainwaring: “O sistema de representação proporcional com lista aberta estimula uma enorme despesa individual e a corrupção financeira nas campanhas. As evidências sugerem que o problema é particularmente agudo no Brasil. Entre os políticos brasileiros, há um amplo consenso acerca do dramático aumento nas despesas e na corrupção nos últimos anos, especialmente em 1986” (Políticos, Partidos e Sistemas Eleitorais, in: *Estudos Eleitorais*, pp. 352-353).

<sup>26</sup> Por exemplo, nesta linha reacionária de entendimento, afirmando contundentemente que a Constituição é a responsável pela ingovernabilidade do país, Manoel Gonçalves Ferreira Filho conclui: “E ainda se preocupa essencialmente com a igualdade, portanto, com a distribuição de riquezas, não com o desenvolvimento, portanto, com a criação de riquezas. Ora, sendo num país notoriamente pobre insuficientes os recursos disponíveis, a Constituição congela essa situação, em prejuízo dos carentes, que finge atender” (*Constituição e Governabilidade – Ensaio sobre a (In)governabilidade Brasileira*, p. 21). Creio ser esta afirmação desprovida de critério lógico-científico pois, até mesmo um adolescente de classe média hoje sabe que o Brasil é um país rico, proprietário da 9ª. economia mundial, possui bom potencial econômico, mas, todavia, tem absurdos índices de concentração de renda, inclusive se compararmos a região Nordeste com a região Sudeste ou Sul.

, o desafio crucial e determinante reside na problemática política surgida com a tensão contida na busca simultânea de eficiência administrativa com implantação de políticas públicas democráticas. Para tanto, como percucientemente pontua Fábio Wanderley Reis,

“este é o problema constitucional por excelência que qualquer Estado-nação deve enfrentar: o de como organizar o Estado de maneira a eventualmente ser capaz de acomodar institucionalmente a coexistência entre interesses múltiplos e projetos alternativos referidos às ações do próprio Estado”<sup>27</sup> .

Acontece que a busca do ideal democrático-constitucional não tem trégua, e sofre, a todo o instante, revides de setores conservadores da elite política e econômica brasileira<sup>28</sup>. Vários planos de estabilização financeira, miséria, violência e corrupção fazem parte do passado e do cotidiano do nosso país. Não fosse o devassador projeto de reforma neoliberal<sup>29</sup> do Estado, que o Brasil assumiu claramente no governo de Collor de Melo, e vem desenvolvendo-o na “Era Fernando Henrique Cardoso”, certamente estaríamos em um nível de maturidade democrática bem mais elevado. Por tal programa, rebento de Thatcher, Reagan e Pinochet, seus propósitos essenciais podem ser resumidos, para privilegiar nossa discussão, nos seguintes pontos: 1. Eliminar ou reduzir os encargos sociais do Estado, considerados os responsáveis por sua crise fiscal; 2. Racionalizar e modernizar a administração pública, eliminando o excesso e a ociosidade de servidores<sup>30</sup>; 3. Introduzir

<sup>27</sup> Cf. REIS, Fábio Wanderley: *Mercado e Utopia – Teoria Política e Sociedade Brasileira*, p. 352.

<sup>28</sup> “Na realidade, estamos sendo governados por uma Constituição que entra em eclipse toda vez que a lógica política ou o interesse político fundamental assim o exige. (...) São usos e costumes que vão se substituindo, segundo o jogo dos interesses e as necessidades ocasionais que surgem no país...” (Cf. REALE, Miguel: *Crise do Capitalismo e Crise do Estado*, p. 78).

<sup>29</sup> Conquanto o termo neoliberal seja eminentemente ideológico, podendo ser utilizado tanto por setores conservadores quanto por setores progressistas-democráticos da nossa sociedade, aqui utilizo-o com a conotação de programa político-econômico pautado na supressão das funções típicas estatais e na ampliação dos planos de privatização.

<sup>30</sup> Fruto deste propósito é a Emenda Constitucional nº. 19/98, a qual, para alguns juristas, acabou com o instituto da estabilidade dos servidores públicos. Ademais, neste mesmo contexto, podemos citar os Planos de Demissão (Exoneração) Voluntária.

reformas institucionais, entre elas a do voto facultativo, a do sistema eleitoral distrital misto e a da redução do número de partidos, através da cláusula de desempenho eleitoral. Em remate, esta foi, postergando direitos, uma das maneiras encontradas para conter a expansão da democracia e um aviso, péssimo por sinal, de que colapsos institucionais não estão de pronto afastados.

### 2.3. O Voto e o Cidadão.

Direito ou dever? facultativo ou obrigatório? Esta é uma das indagações mais polêmicas contida na Reforma Político-Eleitoral, exatamente por que envolve o nível e a capacidade de participação dos eleitores no destino do Estado. Do ponto de vista da consideração do voto como sendo um direito, calcado na liberdade de escolha, seus defensores alegam que, na realidade, ele tem sido utilizado, pois, eleição após eleição, os faltosos vêm sendo beneficiados com dispensas de pagamento das multas eleitorais. No outro sentido, fazer do voto um dever é, antes de tudo, uma questão de civismo, de consciência de responsabilidade dos cidadãos na participação no processo político de escolha dos seus representantes em razão do dogma iluminista da soberania popular.

O que se observa na opinião dos defensores do voto facultativo é a recorrência constante ao plano da idealidade, sem fazer nenhuma menção, praticamente, às circunstâncias que condicionam a vida institucional e o resultado de tal flexibilização do processo de escolha dos mandatários políticos para a Democracia. Em outras palavras, “essa é a única posição válida numa comunidade politicamente desenvolvida, onde o interesse pela coisa pública não precisa ser incentivado por textos legais, decorrendo naturalmente de uma educação política, da tradição, da cultura, enfim. Do mesmo modo que se admite o eleitor entusiasmado, participando de campanhas e de movimentos políticos, respeita-se o seu silêncio e o seu recolhimento quando certas eleições, seja pela deficiência dos candidatos, seja pelos



programas apresentados, não merecem o seu apoio e não despertam a sua motivação”<sup>31</sup>. Entendemos que, em sede de política, não há consenso e tal constatação é elemento estrutural do debate democrático, assumindo a neutralidade um posicionamento disfarçado do conservadorismo.

Além de defenderem a liberdade ao extremo, e neste sentido quero dizer sem nenhuma avaliação prudente no tocante aos seus efeitos para o desenvolvimento do nosso regime político, atestam ainda que

“o voto obrigatório apresenta inconvenientes óbvios. Desde logo, é o melhor aliado da utilização do poder econômico como recurso eleitoral. Com efeito, o eleitor que precisa ser ameaçado de sanções para votar, ou que precisa ser arrastado às urnas pelos candidatos, dado o escasso ou nenhum interesse em fazer *sponte propria*, demonstra de modo evidente que não valoriza o próprio voto e que não tem consciência alguma de sua importância. Daí que dele disporá, sem resistência ou constrangimento, em troca de benefícios ou comodidades materiais, os quais serão tanto mais facilmente ofertáveis quanto maiores forem os recursos econômicos que o candidato possa mobilizar para tal fim”<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Cf. SOUZA, Suelly Alves de: *Curso de Introdução à Ciência Política – Voto e Representação Política*, p. 74.

<sup>32</sup> Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de: Representatividade e Democracia, in: VELLOSO, Min. Carlos Mário da Silva, ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Organizadores): *Direito Eleitoral*, p. 43. Na mesma linha de raciocínio: “O voto facultativo é a escolha livre, a opção consciente por excelência. Ninguém vai à Seção Eleitoral para anular seu voto ou votar em branco. Já o voto obrigatório é um retrocesso democrático que só interessa aos mercadores da consciência, aos que aviltam a liberdade, valor maior do ser humano” (Cf. VIEIRA, Francisco Xavier Medeiros: *A Excelência do Voto Facultativo como Expressão da Cidadania*, in: *Resenha Eleitoral*, p. 12).

Em que pese tal entendimento, o problema histórico do abuso do poder econômico, assim como do abuso do poder político e da corrupção, não está intrinsecamente ligado à natureza do voto, mas sim à cultura política do nosso povo, cuja grande soma vive marginalizado nos porões da ignorância cívica. Muito pelo contrário, creio que o voto facultativo é quem facilita o dispêndio de recursos financeiros, uma vez que o eleitor não tem a obrigação de ir à seção eleitoral e, logicamente, se aliciado, vai exigir mais dinheiro para se locomover e para viciar o processo eleitoral.

O voto facultativo, juntamente com outros institutos presentes na reforma em pauta, é prejudicial ao nosso desenvolvimento como sociedade política democrática, e termina, no final de tudo, funcionando como mecanismo essencial do jogo de forças protagonizado pelo movimento neoliberal em detrimento do apreço aos valores mais sublimes consagrados na Constituição Federal, haja vista que o seu maior intento é esvaziar o conteúdo popular da política. Malgrado o importante direito à liberdade, devemos relativizá-lo no atual contexto pondo-o em choque com outros elementos estruturais do nosso arcabouço principiológico-constitucional, como o da soberania popular. Vale lembrar que,

“efetivamente, o voto facultativo induz o absenteísmo eleitoral crescente, a redução ‘voluntária’ crescente do contingente de eleitores, o arrefecimento da competição partidária e, enfim, a desmobilização política (...) Afastando do processo eleitoral os estratos sociais mais pobres, carentes de conhecimento contextual e de motivação política, para os quais é desproporcionalmente elevado o custo da informação capaz de assegurar racionalidade

e sentido ao voto”<sup>33</sup>.

Com relação a este tópico, o Relatório peca pela hipocrisia desmedida, pois afirma, em tom grave, que a “questão do voto obrigatório, da obrigação de a pessoa participar, não serviu para promover a educação, ampliar a questão da democracia. A meu ver, o voto facultativo amplia essa questão da democracia, serve para a educação do cidadão e faz com que as pessoas compareçam, votem”<sup>34</sup>. A par disso, “alega-se, para tanto, a existência de um pretenso artificialismo do desempenho cívico com a manutenção do voto obrigatório, (...) No limite, de acordo com tal visão, o voto facultativo traria transparência, eticidade, representatividade e eficácia ao subsistema eleitoral e partidário”<sup>35</sup>.

Impende observar que a implantação do voto facultativo trará mais desvantagens do que vantagens. Não é, outrossim, a manutenção da obrigatoriedade que vai, por si só, conscientizar o cidadão do seu importante papel para a consolidação da democracia. A bem da verdade, em termos de verdadeiro exercício da cidadania, as classificações do voto como sendo um direito ou como sendo um dever carecem de justificativa razoável, visto que não somente votar, assim como participar criticamente de todo o desenrolar do mandato político dos representantes, será motivo de honra e de consciência cidadã, ao passo que a apatia política será motivo de vergonha e de desonra humilhante, devendo seu portador não ser considerado como um cidadão sereno, mas um cidadão inútil. Desta feita, com base no estágio político-institucional no qual vivemos, “altas taxas de abstencionismo têm o condão de provocar inegáveis reflexos sobre a legitimidade de uma democracia. Assim, e sobretudo nos casos das democracias denominadas frágeis, débeis ou delegativas, como é o caso brasileiro, a obrigatoriedade do voto

<sup>33</sup> Cf. TAVARES, José Antônio Giusti: *Reforma Política e Retrocesso Democrático – Agenda para Reformas Pontuais no Sistema Eleitoral e Partidário Brasileiro*, pp. 181-182.

<sup>34</sup> BRASIL. Congresso. Senado Federal. *Reforma Político-Partidária. Relatório Final*, Brasília, DF, 1998, p. 68.

<sup>35</sup> Cf. MORAES FILHO, José Filomeno de: *A Construção Democrática*, p. 99.

tem evidente componente de pedagogia e socialização políticas, cuja potencialidade caberia às elites políticas democráticas aproveitar e não renegar”<sup>36</sup>.

Semelhantemente, é sobretudo valiosa a lição de Florestan Fernandes, para quem,

“dado o enorme atraso cultural do país, os requisitos da cidadania não se difundem universalmente, por força da concentração social, racial e regional da riqueza, da educação e do poder. Vivemos, de fato, sob uma democracia restrita. (...) A obrigatoriedade do voto se impõe como arma de dois gumes e como ‘mal necessário’ (até que a democracia alcance dinamismo próprio). O voto obrigatório não se confunde com uma ‘escola de cidadania’. Os eleitores, tangidos pela obrigatoriedade, são na maioria semicidadãos ou pessoas destituídas de cidadania, ‘condicionadas’ para votar. Porém, o ato de votar, em si mesmo, e as campanhas eleitorais caem em sua percepção política, como atestam vários inquéritos de opinião. Tende a crescer a compreensão da importância da cidadania. São condições subjetivas e objetivas cruciais de olhar a democracia com realismo e de despregar-se da tradição política brasileira”<sup>37</sup>.

Assim, sob a alegativa maior de que “obrigar a votar desvirtua o sentido da participação”<sup>38</sup>, os defensores da facultatividade estão

---

<sup>36</sup> *Idem, ibidem*, p. 100.

<sup>37</sup> Apud DIRCEU, José, IANONI, Marcus: *Reforma Política – Instituições e Democracia no Brasil Atual*, pp. 36-37.

<sup>38</sup> Cf. SERRA, José: *Reforma Política no Brasil*, p. 28.

por cumprir a agenda da política neoliberal que se tornou hegemônica nos projetos das elites burocráticas e econômicas brasileiras. Não está dissociado de tal intento, também, a Reforma da Previdência e a Reforma Administrativa, como já tivemos oportunidade de registrar. Vale salientar que essa engenharia institucional, mais precisamente

“a combinação entre o voto facultativo – que reduz a participação política – e o sistema eleitoral distrital misto – que a paroquializa – reverte a expansão da democracia representativa e, ao fazê-lo, introduz as condições institucionais ótimas capazes de viabilizar um programa neoliberal de reformas que complete, em celeridade, em abrangência e em intensidade, com o do conservantismo britânico hoje agonizante, e que consiste em suprimir conquistas sociais consolidadas a duras penas e em desmontar o setor público da economia edificado com o sacrifício de sucessivas gerações”<sup>39</sup>.

Não podemos nos alinhar a esta tese. Acreditar que o voto facultativo vai oferecer melhores condições de convivência com a Democracia e, ademais, que ele proporcionará a diminuição do abuso do poder econômico é ou testemunhar em prol da imbecilidade, achando que são tolos os advogados da obrigatoriedade como um dos únicos instrumentos equalizadores do sistema democrático brasileiro, ou querer fazer da democracia o palco institucionalizador da redução da participação política, da execução sumária de grande soma de partidos políticos e da legitimação da apatia e da defecção política, o que depõe contra a história e consiste num verdadeiro absurdo que o Direito e a Ciência Política devem abortar. Com efeito,

---

<sup>39</sup> Cf. TAVARES, José Antônio Giusti: *Ob. cit.*, p. 180.

“faz sentido obrigar alguém a votar? O ato que, em tese, expressa nossa liberdade não deveria ser plenamente livre? Não seria melhor que o ato de votar fosse um ato de amor? Seria. Mas aqui tocamos uma questão filosófica. Quando falamos em liberdade, ela inclui o direito de escolher não ser livre? À primeira vista, pode até parecer que sim. Mas, se consideramos a liberdade como um valor importante, a democracia como um valor em si, algumas conseqüências se seguirão. A primeira é que liberdade e democracia não são meios ou instrumentos, porém fins. A segunda é que, por isso mesmo, não se pode renunciar a elas. Se eu puder abrir mão da liberdade, ou se a maioria do povo puder votar o fim da democracia, será porque elas são de pequeno valor. Mas, se forem fins em si ou valores superiores, não se pode abrir mão delas. É nesse sentido que o voto, na democracia, não é somente um direito, mas também uma obrigação”<sup>40</sup>.

### 3. O Financiamento Público de Campanha Eleitoral no Brasil.

#### 3.1. A Corrupção.

Impressiona-nos os níveis de corrupção por que passa o Brasil, principalmente nestes últimos anos da história republicana. Cumpre observar, antes de tudo, que este tópico enfoca a corrupção no seu sentido mais amplo possível, numa tentativa de dimensionar a problemática gerada por seus efeitos e suas implicações no sistema político-partidário brasileiro na perspectiva do aperfeiçoamento da Democracia. Isto em virtude de que os escândalos envolvendo autoridades públicas dos estamentos mais importantes do Estado se propagam em progressão geométrica, imprimindo no seio social a idéia, lamentavelmente já bastante disseminada, de que os políticos não passam de cínicos, mentirosos e de falsos gestores da *res publica*.

---

<sup>40</sup> Cf. RIBEIRO, Renato Janine Apud DIRCEU, José, IANONI, Marcus: *Reforma Política – Instituições e Democracia no Brasil Atual*, pp. 35-36.

Sem dúvida, a corrupção é um dos maiores obstáculos para o desenvolvimento; é ela “uma escolha deliberada pelo caminho da facilidade, da cavilação fraudulenta, do uso de meios ilícitos para a obtenção de vantagens pessoais, do vício da contravenção e da escolha de trilhas obscuras para solapar o bem público...”<sup>41</sup>. Atuam seus impulsionadores roubando o orçamento público e usurpando as prioridades básicas da população brasileira. Desagrega o complexo institucional da Democracia, instabiliza a legitimidade estatal e põe em xeque a moral pública e o próprio futuro do país<sup>42</sup>. O descrédito permeia invariavelmente a mente de grande parte do povo, para quem se vislumbra a “...percepção de que a corrupção tem altos custos econômicos, sociais e políticos. Os cidadãos começam a reconhecer na corrupção um dos fatores responsáveis pela alocação ineficiente de recursos e pela deterioração da qualidade dos serviços públicos”<sup>43</sup>. Desse modo, com a tendência à supremacia dos interesses das forças econômicas frente a uma resposta eficaz às demandas sociais, ganha contornos monumentais na cultura política o apreço a tudo o que se refere a *cosa nostra* e, numa proporcionalidade direta, o “malsinado hábito do ‘toma lá dá cá’ tenta prevalecer no exercício da representação popular”<sup>44</sup>. É o difícil dilema que envolve a diferenciação do que seja público e do que seja privado, ou melhor, do que deva ser visto como de interesse público e o que deva ser tratado de forma particularizada, sem conotações de âmbito social.

É verdade que já obtivemos um progresso razoável,

<sup>41</sup> Cf. AMORIM, Mirtes Mírian: Os Caminhos Tortuosos da Política. *Jornal O Povo*, Caderno Reflexões sobre Política e Voto Consciente, Fascículo 3, Fortaleza-Ce, 2 ago. 2000, p. 3.

<sup>42</sup> Só para se ter uma imaginação do custo provocado pela corrupção, o Prof. Antônio Lisboa afirma que, em alguns setores do mercado os gastos com a corrupção entram na própria planilha de custos das empresas. “Na construção civil, por exemplo, os custos com a corrupção variam entre 10% e 15%, que é o que muitos empresários desembolsam para que seus projetos sejam aprovados sem exigências e com rapidez” (LISBOA, Antônio *Apud* LIMA, Déborah: Corrupção: Ameaça à Economia e ao Desenvolvimento Social. *Jornal O Povo*, Seção Política, Fortaleza-Ce, 21 maio. 2001, p. 19).

<sup>43</sup> Cf. SPECK, Bruno Wilhelm: Mensurando a Corrupção: Uma Revisão de Dados Provenientes de Pesquisas Empíricas, in: *Os Custos da Corrupção*, p. 31.

<sup>44</sup> Cf. HAMATI, Cecília Maria Marcondes: Poder Legislativo e Democracia, in: *Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral*, p. 12.

mormente se estabelecermos uma comparação com países da Europa ou mesmo com os Estados Unidos da América do Norte em critérios de quantidade de guerras e de confrontos armados motivados por divergências religiosas, étnicas ou de orientação sexual. Não é que não tenhamos pessoas que ainda adotam esses comportamentos deploráveis. Todavia, apesar da sua existência, sua prática não tem comumente culminado com os embates e as desavenças sanguinárias presentes, com certa constância, nestes países. Outrossim, no campo político propriamente dito, uma evolução se verifica. É uma falácia, por exemplo, dizer que existe atualmente algum órgão semelhante a uma Comissão de Verificação de Poderes, como ocorria no período da República Velha, ou que as eleições são geralmente viciadas por processos de fraude<sup>45</sup>. Contudo, não podemos abandonar por completo a consideração de que o processo eleitoral ainda padece de sérios problemas, decorrentes, em sua maioria, da prática da corrupção. A esse respeito, vale sintetizar o pensamento de Cármen Lúcia Antunes Rocha, segundo a qual a

“representação faz-se preocupação permanente, tanto quanto mais rebuscadas e sutis são as maneiras de se influenciar o cidadão e direcionar o resultado de sua manifestação política. A corrupção, tal como ocorre com a violência, refinou-se, fez-se mais perspicaz e engenhosa, mais capciosa e traiçoeira no curso da História. Já não se tem o cabresto escancarado e gravoso nas eleições gerais, mas se mantêm as rédeas firmes da necessidade material sobre grupos inteiros de eleitores. A matreirice eleitoreira é, hoje, informatizada e fria, sem deixar de ser perversa e patrimonialista”<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Conhecida é a anedota narrada por Victor Nunes Leal pela qual “conta-se que Pinheiro Machado respondera certa vez a um jovem correligionário de fidelidade duvidosa: ‘Menino, tu não serás reconhecido, por três razões. A terceira é que não foste eleito’”. (Cf. LEAL, Victor Nunes: *Coronelismo, Enxada e Voto*, p. 229).

<sup>46</sup> Cf. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes: *Justiça Eleitoral e Representação Democrática*, in: VELLOSO, Carlos Mário da Silva, ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Organizadores): *Direito Eleitoral*, p. 378.



A corrupção encampa de várias formas através da política do clientelismo, cujo ingrediente fundamental são os ganhos compensatórios ou as chamadas taxas de intermediação. A obtenção desses valores ilícitos ocorre por meio de licitações públicas para fornecimento de bens e serviços ao governo maculadas pelo vício da fraude em prol de suas próprias empresas, ou empresas de amigos ou de contribuintes da sua campanha eleitoral, arrecadação ilegal de fundos, agilização de pagamentos, troca de recursos por apoio político, venda de contratos e de serviços, alienação de informações do governo a indivíduos e a empresas e concessões de empréstimos subsidiados, incentivos fiscais especiais e outros subsídios para empresas ‘amigas’.

Tal prática ficou notória quando do conhecimento da manipulação das verbas públicas no governo de Fernando Collor de Mello, assim como da utilização do excedente financeiro acumulado da campanha presidencial de 1989, na qual figurou como tesoureiro o Sr. Paulo César Farias. Em rápidas pinceladas, resume David Fleischer que

“esses ‘ganhos’ ou ‘contribuições’ podem vir antes ou depois da eleição do candidato, na forma de ‘adiantamentos’ para serviços a serem prestados após a eleição, ou na forma de ‘cobranças’ para tais serviços executados ao longo do mandato – ou ambos. Até a eleição do presidente Fernando Collor de Mello, em 1989, a corrupção no Brasil sempre existiu de uma forma mais descentralizada, com ‘cobranças’ de comissões em torno de 10% a 15%. No caso Collor – PC Farias, essas práticas mudaram radicalmente. Em primeiro lugar, as

contribuições para a campanha ‘collorida’ de 1989 eram todas centralizadas pelo Sr. Paulo César Farias, o tesoureiro-mor da campanha, e essas ‘contribuições’ eram escalonadas por faixas, de acordo com o nível de atendimento esperado junto ao novo governo, a partir de 1990. Porém, com a posse do presidente Collor, em 15 de março de 1990, os empresários foram surpreendidos com novas visitas do Sr. Paulo César Farias, com cobranças de até 40% de comissão para fazer qualquer negócio com o governo”<sup>47</sup>.

Não se pretende, através deste tópico, descaracterizar as outras nações, principalmente do Ocidente, como imunes à corrupção. É óbvio que tal afirmação sucumbiria ao primeiro teste científico a que fosse submetida. O que se defende é que o fenômeno da corrupção na sociedade brasileira assume contornos espessos, transformando-se, inclusive, num problema político-administrativo crônico. Assim sendo, como atesta Robert A. Dahl, para governar bem um Estado, mais do que conhecimento, “exige também a honestidade sem corrupção, a resistência firme a todas as enormes tentações do poder, além de uma dedicação constante e inflexível ao bem público, mais do que aos benefícios de uma pessoa ou seu grupo”<sup>48</sup>. Para se governar num regime democrático, deve-se, acima de tudo, se guiar por julgamentos éticos, em que a agenda diuturna das políticas públicas consista na consecução da justiça, da equanimidade, na probidade e do bem-estar social. No que tange às razões que porventura possam diagnosticar as causas da corrupção, assim as enumerou Giovanni Sartori:

---

<sup>47</sup> Cf. FLEISCHER, David: Reforma Política e Financiamento das Campanhas Eleitorais, *in: Os Custos da Corrupção*, p. 81

“A primeira é o declínio da ética e, especialmente, da ética do ‘serviço público’. Uma segunda razão, muito importante, é simplesmente a abundância de dinheiro. E uma terceira, relacionada com a segunda, é que o custo da atividade política se tornou excessivo e ficou, em grande parte, fora de controle. O essencial é o seguinte: à medida que as inibições de natureza ética declinam, as tentações crescem e batem à nossa porta todo o tempo, em número assustador. O dinheiro da droga é apenas um exemplo dentre muitos. Muitos preços são controlados e precisam ser administrados (remédios, serviços de utilidade pública, etc.); produtos e serviços em número quase infinito exigem licenças, regulamentação, inspeções. As oportunidades que se abrem ao suborno e à extorsão são, igualmente, quase infinitas. Em parte, esse dinheiro sujo é necessário para custear as eleições; em parte, fica no bolso dos que concedem as permissões”<sup>49</sup>.

Isto só vem a ratificar o caráter nefasto das regras, se é que existem regras, de financiamento das campanhas eleitorais brasileiras, fundamentalmente as referentes aos cargos ocupados pelo sistema eleitoral proporcional com lista aberta.

### 3.2. O Porquê de um Financiamento Público de Campanha Eleitoral.

---

<sup>48</sup> Cf. DAHL, Robert A. : *Sobre a Democracia*, p. 87.

<sup>49</sup> Cf. SARTORI, Giovanni: *Engenharia Constitucional – Como mudam as Constituições*, p. 160.

Outro tema em destaque da Reforma Política é o do financiamento público de campanha eleitoral. Conforme o entendimento do seu relator, “o financiamento público das campanhas eleitorais é o instrumento indispensável à garantia de independência e viabilidade dos candidatos e dos eleitos ante o poder econômico”<sup>50</sup>. Indubitavelmente, como já vimos ao tratarmos dos mecanismos institucionalizadores da corrupção, é o abuso do poder econômico, tanto público quanto privado, que vicia em destaque o processo democrático de representação popular<sup>51</sup>.

A proposta em pauta, diferentemente das outras, com exceção da referente à fidelidade partidária, merece acolhida, uma vez que sua implantação significa, pelo menos em tese, a diminuição do recurso à compra de votos, do oferecimento de tíquetes de leite gratuito para gestantes ou materiais para construção de casas populares, “das concessões de rádio e televisão”<sup>52</sup>, enfim, quaisquer espécies de abuso do poder econômico. O financiamento público, de fato, se feito com seriedade e com responsabilidade, no sentido de realmente destinar o dinheiro público para evitar o financiamento privado e, conseqüentemente, as alianças de conveniências, consiste num verdadeiro instrumento no combate à corrupção e ao abuso do poder econômico, os quais, inclusive, situam-se como dois dos pressupostos para o aforamento da ação de impugnação de mandato eletivo<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> BRASIL. Congresso. Senado Federal. *Reforma Político-Partidária. Relatório Final*, Brasília, DF, 1998, pp. 108-109.

<sup>51</sup> “Qual meta precípua, faz-se mister certa legislação de partidos, que ponha termo à ação com que o poder econômico desvirtua o regime. As eleições se tornam continuamente caras e proibitivas. Cada legislatura assinala a presença de levas de milionários ignorantes e vorazes investidos no mandato representativo” (Cf. BONAVIDES, Paulo: *A Crise Política Brasileira*, p. 101).

<sup>52</sup> Cf. GEDDES, Bárbara, RIBEIRO NETO, Artur: Fontes Institucionais de Corrupção no Brasil, in: ROSENN, Keith S., DOWNES, Richard (Organizadores): *Corrupção e Reforma Política no Brasil*, p. 50.

<sup>53</sup> Art. 14, § 10, da Constituição Federal: “O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas do abuso do poder econômico, corrupção ou fraude”.

A transparência na ação governamental é um dos primeiros indícios de que se sobrelevam os valores democráticos. No tema em questão a transparência é guindada a patamares de suma relevância, idealizada exatamente para obstruir a participação e a ingerência de interesses que não se relacionem intimamente com o espaço público. Seria ingenuidade, por exemplo, pensar que o empresário de um grande empreendimento do ramo da construção civil ‘doou’ duzentos mil reais para a campanha eleitoral de determinado candidato em face exclusivamente de acreditar no seu plano de governo e de considerá-lo conveniente para o progresso econômico e social. Ora, neste país, com pouquíssimas ressalvas, o empresariado desconhece o que significa uma matéria de cunho social e muito menos consegue distinguir uma política democrática de uma política voltada para o atendimento de interesses corporativos e personalistas, pois, como pontifica Delia Matilde Ferreira Rubio, “el objetivo central em esta matéria es, a nuestro juicio, el de lograr la mayor transparencia posible, para permitir a los ciudadanos saber quién o qué está detrás de cada partido o candidato”<sup>54</sup>.

No tocante à transparência governamental, coube a Immanuel Kant a proeza de ter apresentado com nitidez o problema da publicidade do poder e de ter-lhe imprimido uma justificação ética. Elaborando a fórmula transcendental do direito público, baseada no fato de que são injustas todas as ações que se referem ao direito de outros homens, cujas máximas não se harmonizem com a publicidade, Kant ponderou:

“Este princípio não deve considerar-se apenas como *ético* (pertencente à doutrina da virtude), mas também como *jurídico* (concernente ao direito dos homens). Pois, uma máxima que eu não posso manifestar em *voz alta* sem que ao mesmo tempo se

---

<sup>54</sup> Cf. RUBIO, Delia Matilde Ferreira: Financiamento de Partidos Políticos, in: RUBIO, Delia Matilde Ferreira (Compiladora): *Financiamento de Partidos Políticos*, p. 7.

frustre a minha própria intenção, / que deve permanecer inteiramente *secreta* se quiser ser bem sucedida, e que eu não posso *confessar publicamente* sem provocar de modo inevitável a oposição de todos contra o meu propósito, uma máxima assim só pode obter a necessária e universal reação de todos contra mim, cognoscível *a priori*, pela injustiça com que a todos ameaça”<sup>55</sup>.

Com esteio no mesmo raciocínio, concluiu Bobbio que:

“Conduzindo às lógicas conseqüências essa afirmação, descobre-se que são derrubadas as interdições tradicionais impostas como proteção dos *arcana imperii*. Para o homem que saiu da menoridade, o poder não tem, não deve mais ter, segredos. Para que o homem que chegou à maioria possa fazer uso público da própria razão, é necessário que ele tenha um conhecimento pleno das questões de Estado. Para que ele possa ter pleno conhecimento das questões de Estado, é necessário que o poder aja em público”<sup>56</sup>.

A proposta tem por intuito capital extinguir o financiamento misto de campanha eleitoral no Brasil, haja vista que a legislação pertinente permite a participação de fundos financeiros privados ao lado dos públicos<sup>57</sup>, o que contribui decisivamente, acreditamos,

<sup>55</sup> Cf. KANT, Emmanuel: *A Paz Perpétua e outros Opúsculos*, p. 165.

<sup>56</sup> Cf. BOBBIO, Norberto: *Teoria Geral da Política – A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*, p. 406.

<sup>57</sup> “Art. 38. O Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário) é constituído por:

I - doações de pessoa física ou jurídica, efetuadas por intermédio de depósitos bancários diretamente na conta do Fundo Partidário;

II – dotações orçamentárias da União em valor nunca inferior, cada ano, ao número de eleitores inscritos em 31 de dezembro do ano anterior ao da proposta orçamentária, multiplicados por trinta e cinco centavos de real, em valores de agosto de 1995.” (*Lei n.º 9096*, de 19 de setembro de 1995:

para a produção do caos institucional com a feitura de negócios públicos, que deveriam ser viabilizados para atender às demandas mais prementes da população, mas são executados, ou mesmo falseados, para satisfazer súplicas sorrateiras e particularistas em nome da lealdade, da gratidão e do apadrinhamento.

Com efeito, consoante se estabelece no artigo primeiro do Parecer nº. 201, de 2001, do Senado Federal<sup>58</sup>, “Nos anos em que se realizarem eleições, as dotações orçamentárias de que trata o art. 38, inciso IV, da Lei nº. 9096, de 19 de setembro de 1995, terão como base o valor de R\$7,00 (sete reais), por eleitor alistado pela Justiça Eleitoral até 31 de dezembro do ano anterior”. Infelizmente, não ficou consignado pelo relator o critério matemático-econômico que o levou a basear o financiamento público por esta cifra. Fundamental salientar, também, em conformidade com o parágrafo primeiro do artigo em comento, que os recursos orçamentários calculados na forma do **caput** serão aplicados exclusivamente no atendimento do disposto no inciso III, do art.44, da Lei dos Partidos Políticos, isto é, no alistamento e nas campanhas eleitorais.

Ademais, vozes protestam, embora com frágeis argumentos, em virtude da possibilidade de implantação no sistema político do financiamento público, afirmando, não raras vezes, que seria inescrupulosa tal reformulação uma vez que o Brasil não tem nem mesmo recursos suficientes para investir na saúde e na educação, como teria, assim, dinheiro para destinar ao custeio do processo eleitoral? Desconhecem, todavia, os números do rombo que a corrupção ocasiona principalmente para atuar como sustentáculo do financiamento privado das campanhas eleitorais. De acordo com as estimativas,

---

<sup>58</sup> BRASIL. Parecer nº. 201 referente à redação final do Projeto de Lei do Senado nº. 353, de 1999. Dispõe sobre o financiamento público exclusivo das campanhas eleitorais e estabelece critérios objetivos de distribuição dos recursos no âmbito dos partidos. Senado Federal, Secretaria Geral da Mesa, Brasília, DF, 25 abr. 2001. Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/relatórios/Destaques/99353rf.htm> > Acesso em: 24 jul. 2001.

“o Brasil deixa de gerar renda no valor de R\$960 bilhões por ano devido aos desvios de dinheiro público e seus efeitos negativos para a produção. Na ponta do lápis, cada brasileiro deixa de incorporar em sua renda *per capita* uma quantia de R\$16,4 por dia, R\$ 6 mil por ano. Sem os recursos públicos descendo pelo ralo da corrupção, o Brasil poderia dobrar seu Produto Interno Bruto (PIB) num prazo de 15 a 20 anos”<sup>59</sup>.

Desse modo, o financiamento público tem é a virtude de tentar exterminar com o patrocínio de grupos empresariais, os quais geram compromissos em sua maioria escusos, que acabam encarecendo ainda mais o orçamento público com a fecundação de favores e distorções que não se sucedem no campo da probidade administrativa e muito menos no da condução ética dos assuntos concernentes à *res publica*.

Contudo, conquanto o propósito dessa mudança seja crucial para um revigoreamento das instituições político-democráticas brasileiras, o projeto, em meu entender, sucumbe em algumas incoerências, como se depreende da análise do nono artigo em confronto com o décimo. Por aquele, “O art. 39 da Lei nº. 9096 passa a vigorar acrescido do § 5º: Nos anos em que se realizarem eleições é vedado o recebimento de doações de que trata este artigo”. Por este, em um dos seus textos normativos, altera-se o dispositivo do artigo vinte e quatro da Lei nº. 9504, pelo qual “É vedado a partido e candidato receber direta ou indiretamente doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie, proveniente de pessoa física ou jurídica”. Ora, o *caput* do artigo trinta e nove trata justamente sobre

---

<sup>59</sup> Cf. LIMA, Déborah: *Ob. cit.*, p. 19. A autora, infelizmente, não citou a fonte de obtenção destes dados. Aceito, todavia, estas informações como parâmetro.



o recebimento de fundos privados para o financiamento das campanhas eleitorais dos partidos políticos, o que entra em contradição com o amparo estatal no financiamento do sistema partidário. Assim, como solução interpretativa, dever-se-á entender como revogado o artigo trinta e nove, visto que, se público o financiamento, inadmissível é a licença de financiamento por parte de pessoas físicas ou jurídicas, sendo irrelevante qualquer delimitação temporal, seja em anos eleitorais, seja em seu interstício.

Outro dado a persistir como nocivo ao nosso progresso institucional reside no fato de que continuará a cargo do candidato fazer, diretamente ou por intermédio de pessoa por ele designada, a administração financeira de sua campanha, usando recursos repassados pelo comitê. Tal descabimento só vem a confirmar o desinteresse em de fato excomungar a influência do dinheiro na captação de sufrágios, uma vez que se torna bem mais embaraçoso o processo de fiscalização do uso da importância destinada ao financiamento do alistamento e das campanhas eleitorais. E, por outro viés, essa disposição legal redundaria tão-somente na continuidade do enfraquecimento do sistema político em todas as suas facetas, a começar pela excessiva autonomia que o candidato tem frente ao partido político que o congrega.

Tanto quanto os que abominam a subvenção pública nesta matéria, há aqueles que preconizam a permanência do sistema misto, a exemplo do que se pratica também na República Federal da Alemanha, onde, “no caso de doações de até 6000 marcos anuais por pessoa os partidos têm direito a uma recompensa adicional: a título de financiamento federal parcial, cada partido recebe até DM 0,50 para cada marco recebido por meio dessas doações”<sup>60</sup>. No Brasil, particularmente, além de propugnarmos pelo estabelecimento de um teto máximo compatível com a dotação

<sup>60</sup> Cf. NASSMACHER, Karl – Heinz: O Financiamento de Partidos na Alemanha Posto à Prova, in: *Os Custos da Corrupção*, p. 115.

orçamentária, e que não comprometa o investimento em setores primordiais como o da educação e da saúde, cremos que apenas o financiamento exclusivo por parte do Estado terá condições razoáveis de proporcionar o enfraquecimento da intensidade de medidas corruptas adotadas com certa freqüência pelos governos que até então assumiram o poder político da República Brasileira.

#### 4. À Guisa de Conclusão.

são de muita valia as discussões que aqui tivemos oportunidade de registrar. Em primeiro lugar, por que o instituto do financiamento público é ferramenta essencial para uma tentativa de expurgar do cenário institucional a avareza e o oportunismo que teimam em desafiar os princípios político e jurídico-constitucionais consagrados no nosso Documento Político mais nobre. Além disso, em face de que pudemos esclarecer às pessoas menos avisadas dos prejuízos que podem acarretar a inclusão em nosso sistema do voto facultativo, cujo resultado mais desajustador para o complexo democrático ocorre com o esvaziamento da vontade popular, isto por que, mais uma vez, não é promissora e jamais foi acalentadora a cultura cívica do povo brasileiro.

Destas sugestões, com certeza, as únicas que não ofendem à queima roupa os ideais democráticos são a do financiamento público de campanha eleitoral e a da fidelidade partidária; pelo contrário, só têm elas a fornecer elementos fortificadores das bases de uma República Social e Democrática que prime pelo respeito ao que é do povo em si mesmo considerado e à valorização do ser humano como cidadão e não como rês de qualquer curral eleitoral manipulável à proporção que as forças político-econômicas destoam no poder.

Incorre em erro doloso quem diz que somente a inclusão do financiamento público vai restar para exterminar as manifestações

de corrupção e de abuso do poder econômico, dois dos males que o Brasil precisa incinerar em regime de urgência como condição básica para o aprimoramento de suas instituições e para a revitalização de seus poderes. Decerto, deve acompanhar essa proposta outra na qual se idealize um rigorosíssimo sistema de fiscalização orçamentária e da aplicação dos fundos públicos para o desencadeamento do processo eleitoral, através, principalmente, de operações conjuntas e deliberadas entre a Justiça Eleitoral, que precisa assumir seu papel constitucional de velar pela lisura e pela vontade democrática, a Receita Federal e o Ministério Público Estadual e Federal. Esta complementação se impõe como requisito indispensável, pois ou se inviabilizam os comportamentos delituosos através da impressão de um cerco racional e eficiente que puna coerentemente esses traidores da Nação, ou esse projeto servirá somente para as elucubrações fictícias e irreais de quem é comprometido com o regime político vigente, em contrapartida ao gozo sarcástico e demente daqueles que não passam de aves de rapina da dignidade humana e de personagens principais da miséria, da dor e do choro de milhares de crianças que não têm o que comer, onde estudar e no que pensar.

## **5. Referências Bibliográficas.**

### **LIVROS**

AVELAR, Lúcia (1989). *O Segundo Eleitorado – Tendências do Voto Feminino no Brasil*, Campinas-SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas.

BOBBIO, Norberto (2000). Valores Políticos, *in: Teoria Geral da Política – A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*, pp. 269-320, org. por Michelangelo Bovero, trad. de Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro: Campus.

BONAVIDES, Paulo (1978). *A Crise Política Brasileira*, 2ª. edição revista e aumentada, Rio de Janeiro: Forense.

DAHL, Robert A. (2001). *Sobre a Democracia*, Brasília: Editora Universidade de Brasília.

DIRCEU, José e Marcus Ianoni (1999). *Reforma Política – Instituições e Democracia no Brasil Atual*, São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves (1995). *Constituição e Governabilidade – Ensaio sobre a (In)governabilidade Brasileira*, São Paulo: Saraiva.

GENRO, Tarso e Ubiratan de Souza (2001). *Orçamento Participativo – A Experiência de Porto Alegre*, São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo.

LEAL, Víctor Nunes (1975). *Coronelismo, Enxada e Voto*, São Paulo: Alfa-Omega.

KANT, Emmanuel (1988). *A Paz Perpétua e outros Opúsculos*, Textos Filosóficos, Lisboa: Edições 70, Vol. 18.

MAGALHÃES, Inês, Luiz Barreto e Vicente Trevas (Organizadores) (1999). *Governo e Cidadania – Balanço e Reflexões sobre o Modo Petista de Governar*, São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo.

MORAES FILHO, José Filomeno de (1998). *A Construção Democrática*, Fortaleza: Universidade Federal do Ceará.

PONT, Raul (2000). *Democracia, Participação, Cidadania – Uma Visão de Esquerda*, Porto Alegre: Palmarinca Editora.

REALE, Miguel (2000). *Crise do Capitalismo e Crise do Estado*, Série Livre Pensar, São Paulo: Editora Senac.

SADEK, Maria Tereza Aina (1995). *A Justiça Eleitoral e a Consolidação da Democracia no Brasil*, São Paulo: Coleção Pesquisas, n.º. 4, Konrad-Adenauer-Stiftung.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos (1979). *Cidadania e Justiça*, Rio de Janeiro: Campus.

SARTORI, Giovanni (1996). *Engenharia Constitucional – Como mudam as Constituições*, Brasília: Editora Universidade de Brasília.

SERRA, José (1995). *Reforma Política no Brasil*, 3ª. edição revista e ampliada, São Paulo: Siciliano.

TAVARES, José Antônio Giusti (1998). *Reforma Política e*

*Retrocesso Democrático: Agenda para Reformas Pontuais no Sistema Eleitoral e Partidário Brasileiro*, Porto Alegre: Mercado Aberto.

## ARTIGOS

CARVALHO, José Murilo de (2000). Cidadania na Encruzilhada, *in: Pensar a República*, pp. 105-130, org. por Newton Bignotto, Belo Horizonte: Editora da Universidade Federal de Minas Gerais.

COMPARATO, Fábio Konder (1997). Proposta de Reformulação do Sistema Eleitoral Brasileiro, *in: Estudos Eleitorais*, vol. 1, nº. 3, set./dez., pp. 89-101, Tribunal Superior Eleitoral, Brasília, DF: Serviço de Documentação e Informação.

DINIZ, Eli (1988). Empresariado e Transição Política no Brasil: Problemas e Perspectivas, *in: Da Distensão à Abertura – As Eleições de 1982*, pp. 159-184, org. por David Fleischer, Brasília: Editora da Universidade de Brasília.

\_\_\_\_\_ (1996). Governabilidade, Democracia e Reforma do Estado: Os Desafios da Construção de uma Nova Ordem no Brasil nos Anos 90, *in: O Desafio da Democracia na América Latina: Repensando as Relações Estado/Sociedade: Anais do Seminário Internacional*, pp. 162-189, org. por Eli Diniz, Rio de Janeiro: Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro.

FLEISCHER, David (2000). Reforma Política e Financiamento das Campanhas Eleitorais, *in: Os Custos da Corrupção*, Cadernos Adenauer, nº. 10, pp. 79-103, São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung.

GEDDES, Barbara e Artur Ribeiro Neto (2000). Fontes Institucionais da Corrupção no Brasil, *in: Corrupção e Reforma Política no Brasil – O Impacto do Impeachment de Collor*, pp. 47-79, tradução de Roberto Grey, org. por Keith S. Rosenn e Richard Downes, Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas.

GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf (1998). Participação Popular, Cultura Política e Ação Coletiva: Uma Análise do Orçamento Participativo em Porto Alegre, *in: A Construção da Democracia*

na América Latina – Estabilidade Democrática, Processos Eleitorais, Cidadania e Cultura Política, pp. 190-211, org. por Marcello Baquero, Henrique Carlos de Oliveira de Castro e Rodrigo Stumpf González, Porto Alegre/Canoas: Ed. Universidade/ Universidade Federal do Rio Grande do Sul/Centro Educacional La Salle de Ensino Superior.

HAMATI, Cecília Maria Marcondes (1997). Poder Legislativo e a Democracia, in: *Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral*, vol. 11, nº. 38, abril./maio./jun., pp. 11-15, Tribunal Regional Eleitoral e Procuradoria Regional Eleitoral do Estado de São Paulo, São Paulo: Imprensa Oficial.

MAINWARING, Scott (1997). Políticos, Partidos e Sistemas Eleitorais – O Brasil numa Perspectiva Comparativa, in: *Estudos Eleitorais*, vol. 1, nº. 2, maio./ago., pp. 335-381, Tribunal Superior Eleitoral, Brasília, DF: Secretaria de Documentação e Informação.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de (1996). Representatividade e Democracia, in: *Direito Eleitoral*, pp. 41-53, coord. por Carlos Mário da Silva Velloso e Cármen Lúcia Antunes Rocha, Belo Horizonte: Del Rey.

NASSMACHER, Karl-Heinz (2000). O Financiamento de Partidos na Alemanha Posto à Prova, in: *Os Custos da Corrupção*, Cadernos Adenauer, nº. 10, pp. 105-127, São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung.

PANDOLFI, Dulce Chaves (1999). Percepção dos Direitos e Participação Social, in: *Cidadania, Justiça e Violência*, pp. 45-58, org. por Dulce Chaves Pandolfi, José Murilo de Carvalho, Leandro Piquet Carneiro e Mario Grynszpan, Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas.

REIS, Elisa (1999). Cidadania: História, Teoria e Utopia, in: *Cidadania, Justiça e Violência*, pp. 11-17, org. por Dulce Chaves Pandolfi, José Murilo de Carvalho, Leandro Piquet Carneiro e Mário Grynszpan, Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas.

REIS, Fábio Wanderley (2000). Governabilidade, Instituições e Partidos, in: *Mercado e Utopia: Teoria Política e Sociedade Brasileira*, pp. 351-377, São Paulo: Editora da Universidade de

São Paulo.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (1996). Justiça Eleitoral e Representação Democrática, *in: Direito Eleitoral*, pp. 377-392, coord. por Carlos Mário da Silva Velloso e Cármen Lúcia Antunes Rocha, Belo Horizonte: Del Rey.

RUBIO, Delia Matilde Ferreira (1997). Introducción, *in: Financiamiento de Partidos Políticos*, pp. 5-15, compilado por Delia Matilde Ferreira Rubio, Buenos Aires: Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano - CIEDLA/Konrad-Adenauer-Stiftung.

SOUZA, Suelly Alves de (sem indicação de ano). Sistemas Eleitorais, *in: Curso de Introdução à Ciência Política – Voto e Representação Política*, Unidade IV, pp. 63-86, Brasília: Universidade de Brasília.

SPECK, Bruno Wilhelm (2000). Mensurando a Corrupção: Uma Revisão de Dados Provenientes de Pesquisas Empíricas, *in: Os Custos da Corrupção*, Cadernos Adenauer, n.º. 10, pp. 9-45, São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung.

VIANNA, Luiz Werneck e Maria Alice Rezende de Carvalho (2000). República e Civilização Brasileira, *in: Pensar a República*, pp. 131-154, org. por Newton Bignotto, Belo Horizonte: Editora da Universidade Federal de Minas Gerais.

VIEIRA, Francisco Xavier Medeiros (1994). A Experiência do Voto Facultativo como Expressão da Cidadania, *in: Resenha Eleitoral – Nova Série*, vol. 1, n.º. 1, jul./dez., pp. 11-18, Florianópolis: Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina.

## LEIS

BRASIL. Constituição (2001). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Luiz Eduardo Alves de Siqueira, 27.º edição, Coleção Saraiva de Legislação, São Paulo: Saraiva.

BRASIL. *Lei n.º. 9096*, de 19 de setembro de 1995. Dispõe

sobre Partidos Políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º., inciso V, da Constituição Federal, Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 de setembro de 1995.

BRASIL. *Parecer nº. 201 referente à redação final do Projeto de Lei do Senado nº. 353, de 1999*. Dispõe sobre o financiamento público exclusivo das campanhas eleitorais e estabelece critérios objetivos de distribuição dos recursos no âmbito dos partidos. Senado Federal, Secretaria Geral da Mesa, Brasília, DF, 25 abr. 2001, Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/relatórios/Destaques/99353rf.htm> > Acesso em: 24 jul. 2001.

BRASIL. Senado Federal (1998). *Relatório Final da Reforma Político-Partidária*, Relator: Sen. Sérgio Machado, Brasília, DF:Gráfica do Senado Federal.

## PERIÓDICOS

AMORIM, Mirtes Mírian. Os Caminhos Tortuosos da Política. *Jornal O Povo*, Caderno Reflexões sobre Política e Voto Consciente, Fascículo 3, Fortaleza-Ce, 2 ago. 2000, p. 3.

LIMA, Déborah. Corrupção: Ameaça à Economia e ao Desenvolvimento Social. *Jornal O Povo*, Seção Política, Fortaleza-Ce, 21 maio 2001, p. 19.

MADEIRA, Raimundo. Jáder: Só a Licença Basta? *Jornal O Povo*, Fortaleza-Ce, 22 jul. 2001, p. 21.

MELO NETO SEGUNDO, João Joaquim de. A Revolução do Consumo. *Jornal O Povo*, Fortaleza-Ce, 17 jul. 2001, p. 7.

MUNIZ, Valdélío. Fome e Pobreza no Brasil – Muitas Soluções, Pouca Ação. *Jornal O Povo*, Fortaleza-Ce, 29 jul. 2001, p. 17.

PONTES FILHO, Valmir. Limitação e Causas. *Jornal O Povo*, Fortaleza-Ce, 31 jul. 2001, p. 7.



# REFLEXÕES SOBRE A CENTRALIZAÇÃO DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL EM MATÉRIA AMBIENTAL EM ÚNICA VARA COM JURISDIÇÃO EM TODO O TERRITÓRIO ESTADUAL: ESTUDO DO CASO DO ESTADO DO CEARÁ

**FRANCISCO HUMBERTO CUNHA  
FILHO**

(Mestre (UFC) e Doutorando (UFPE/  
UNIFOR) em Direito; Professor de Direito  
Constitucional da UNIFOR; Autor do Livro  
“Direitos Culturais como Direitos  
Fundamentais no Ordenamento Jurídico  
Brasileiro” – Brasília Jurídica, 2000.

## I. INTRODUÇÃO

A motivação para a confecção do presente trabalho tem sua origem no estímulo do professor Andreas Krell para a investigação de caso concreto envolvendo matéria ambiental, ou estudo de competência, na mesma seara, como uma maneira de a Academia contribuir, de forma qualificada, para a solução de problemas reais enfrentados pela Sociedade.

Enquadrando-se cumulativamente nas duas vertentes (caso concreto e competência em matéria de Direito Ambiental), merece divulgação e estudo, a curiosa existência, no Estado do Ceará, daquilo que poderíamos chamar de uma “Supervara” Ambiental.

O que se quer traduzir com a expressão, confessadamente pejorativa, *Supervara Ambiental*? Que a Organização Judiciária do Ceará reservou a uma única Vara, com jurisdição em todo o Estado, a competência para processar e julgar ações de natureza

cível, penal e administrativa, que envolvam matéria relativa ao meio ambiente.

Assim, o presente trabalho versará sobre aspectos formais e materiais da existência do juízo aludido. Quanto aos aspectos formais avaliaremos, sobretudo, a constitucionalidade da Lei criadora da Vara Ambiental Cearense; relativamente ao conteúdo, refletiremos sobre a conveniência e a oportunidade, para a sociedade e para a defesa do meio ambiente, da fixação de uma única e centralizada estrutura jurisdicional, posta pelos poderes constituídos, para tal mister.

## II. O PERFIL DA SUPERVARA AMBIENTAL

O Art. 115 da Lei de Organização Judiciária do Estado do Ceará (Lei n.º 12.342/94), integrado à disciplina da quantidade e especialização das Varas da Capital<sup>1</sup>, define que “*compete aos Juízes de Direito das Varas Criminais exercer as atribuições genéricas e plenas na matéria de sua denominação não privativas de outros juízos, servindo por distribuição*”.

Por sua vez, o Art. 124, do mesmo Código, estabelece que “*ao juiz de Direito da 18ª Vara Criminal, compete, ainda, privativamente, processar e julgar, com jurisdição em todo o território do Estado, as ações decorrentes do Direito Ambiental ou Direito Ecológico destinadas a garantir, dentre outros bens, a preservação da vida, a diversificação das espécies e a higidez ambiental e o equilíbrio ecológico, tais como as ações penais, a ação civil pública, a ação coletiva para tutela de interesses ou direitos individuais homogêneos, as ações de reparação de danos pessoalmente sofridos pelas vítimas de acidentes ecológicos, as ações coletivas de responsabilidade civil pelos danos ambientais, as ações declaratórias de nulidade de contratos administrativos*

<sup>1</sup> SAMPAIO, José Damasceno. *Legislação da Organização Judiciária do Estado do Ceará*, Fortaleza – CE: Iuris, 1997, p. 68.

*lesivos ao meio ambiente e outras decorrentes do Código Civil, do Código Penal, da Lei de Contravenções Penais, do Código de Águas, do Código Florestal, do Código de Caça, do Código de Pesca, do Código de Mineração e do Código Brasileiro do Ar”.*

Como não bastasse, o parágrafo único do mesmo artigo estabelece que “*sempre que entender necessário à eficiente prestação jurisdicional, o juiz irá ao local do litígio*”.

Enfatizando as responsabilidades da 18ª Vara Criminal de Fortaleza, observamos estarem sob sua competência, por distribuição, as atribuições genéricas e plenas em matéria penal, referentes à Comarca da Capital Cearense; pelo critério de privatividade, com jurisdição em todo o território estadual, quase todas as ações que envolvam matéria de Direito Ambiental. A exceção que se vislumbra, está na competência similar da Justiça Federal, nos casos em que estejam envolvidas pessoas jurídicas federais ou o patrimônio de tais pessoas<sup>2</sup>.

É, portanto, às escâncaras, uma gigantesca competência.

### **III. ANÁLISE FORMAL DA NORMA**

Exposta a competência da 18ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza, analisemos inicialmente os aspectos formais da norma que a instituiu.

#### **III.1. Designação Imprópria.**

A observação mais primária que pode ser feita sobre a Vara Judicial ora analisada vincula-se à sua designação, nitidamente inadequada. A rigor não é uma simples vara criminal, pois, como visto, sua competência permite que adentre na seara cível, incluindo

---

<sup>2</sup> Art. 109, I, da Constituição Federal.

o processo e julgamento de ações civis públicas. Também o âmbito jurisdicional administrativo não passa ao largo, o que se pode constatar, de forma muito nítida, da competência que lhe é reservada para julgar as ações que visam anular atos administrativos dos quais resultem danos ambientais.

Não fora o fato de que possui, também, as competências pertinentes à sua denominação, a designação Vara Ambiental<sup>3</sup> espelhariam de forma muito mais precisa o conjunto de atribuições da 18ª Vara Criminal de Fortaleza, porque o ramo ecológico<sup>4</sup> do Direito é o que verdadeiramente se sobressai e unifica a competência do órgão jurisdicional ora analisado.

### III. 2. Inconstitucionalidades

A norma estadual definidora da competência da 18ª Vara Criminal de Fortaleza não resiste a uma análise de constitucionalidade porque nitidamente fere princípios e regras constantes de nossa Carta Política. Dentre os dispositivos afetados sobressaem-se a violação de competência legislativa federal, bem como a agressão ao princípio do juiz natural. Analisemos.

#### a) Violação de Competência Legislativa Federal

A norma instituidora da competência ambiental da 18ª Vara Criminal de Fortaleza é a Lei Estadual Cearense de n.º 12.929/99<sup>5</sup>, que veio alterar a já mencionada Lei n.º 12.342/94 (Código

<sup>3</sup> A estrutura originária do Código de Organização Judiciária do Estado do Ceará (Lei Estadual n.º 12.342/94) continha uma Vara especificamente ambiental, que foi transformada pela Lei Estadual n.º 12.519/95. Esta mesma norma transferiu as competências da antiga Vara Ambiental para a 19ª Vara Criminal. Posteriormente, a Lei Estadual n.º 12.919/99 transferiu as competências da 19ª para a 18ª Vara Criminal de Fortaleza.

<sup>4</sup> MUKAI, Toshio. *Direito Ambiental Sistematizado*. 2ª ed., Rio de Janeiro – RJ: Forense Universitária, 1994, p. 9: “De vários modos se tem designado o Direito que se destina à proteção do meio ambiente: Direito Ecológico, Direito do Meio Ambiente, Direito Ambiental, Direito do Ambiente”.

<sup>5</sup> Vide a nota de rodapé n.º 3.

de Organização Judiciária – COJ-CE); foi proposta sob a convicção de que versava única e exclusivamente sobre matéria de Organização Judiciária<sup>6</sup>. Contudo, extrapolou, e muito, esta seara, adentrando, de forma ousada e agressiva, no campo do Direito Processual, mesmo que este ato não tenha decorrido de disposição maliciosa.

Houvera a norma aludida se limitado ao campo da organização judiciária, estaria em perfeita consonância com o Art. 96, II, d, da Constituição Federal<sup>7</sup>, mas como extrapolou esta esfera de competência, legislando sobre processo civil e penal, agrediu o Art. 22, I, do Texto Supremo<sup>8</sup>.

E porque se diz que uma Lei, que aparentemente apenas define o juiz competente para julgar certas questões, se imiscui na matéria processual?

Ajuda-nos a entender a questão o processualista ARRUDA ALVIM, quando decodifica o emaranhado dos ramos jurídicos que se percorrem para conhecer o juiz competente para julgar uma certa questão:

*“Saber-se qual o órgão competente para julgar determinado processo é operação que passa por várias fases:*

1<sup>a</sup>) deve-se verificar qual a justiça competente, o que é matéria de Direito Constitucional;

<sup>6</sup> Esta convicção é extraída do seguinte trecho da Mensagem n.º 01/99 de 04 de março de 1999, firmada pela então presidente do Tribunal de Justiça do Ceará, Desembargadora Águeda Passos Rodrigues Martins, para justificar a alteração do COJ-CE: “Oportuno salientar-se que as modificações contidas no Projeto não acarretarão repercussão financeira, **visto que se trata de simples transformação de Varas e dos respectivos cargos de Juiz**”.

<sup>7</sup> **Art. 96** - Compete privativamente: (...) **II** - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no **art. 169**: (...) **d**) a alteração da organização e da divisão judiciárias.

<sup>8</sup> **Art. 22** - Compete privativamente à União legislar sobre: **I** - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

2ª) a segunda fase é a respeitante à verificação do foro da causa. É matéria de lei processual;

3ª) *de posse destes dois dados, isto é, a justiça e o foro competentes, cabe, ainda, indagar qual o juízo competente, o que deve ser buscado nas normas existentes sobre organização judiciária<sup>9</sup>*”.

Seguindo o esquema proposto pelo jurista, observamos que a Lei cearense, ao deliberar sobre foro, fixando um único para todo o Estado, habilitado a julgar as questões atinentes ao Direito Ambiental, nitidamente adentrou na competência privativa da União, para legislar privativamente sobre Direito Processual<sup>10</sup>. Assim procedendo, comete atitude infiel à partição das competências, estabelecidas para os diferentes entes federados, pelo legislador constituinte<sup>11</sup>. Em síntese, por esta primeira razão é inconstitucional.

## **b) Violação ao Princípio do Juiz Natural**

Não menos agredido com a Organização Judiciária do Ceará, no presente caso, é o princípio do *juiz natural*<sup>12</sup>. Em termos normativos, este princípio está disciplinado no Art. 5º da Constituição Federal, mais precisamente nos incisos XXXVII e LIII, que respectivamente prescrevem: “*não haverá juízo ou tribunal de exceção*” e “*ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*”.

<sup>9</sup> ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 6ª ed., São Paulo: RT, 1997, p. 211.

<sup>10</sup> Confere maior força a este argumento a Súmula n.º 206 do Superior Tribunal de Justiça, que prescreve: “A existência de vara privativa, instituída por lei estadual, não altera a competência territorial resultante das leis de processo”.

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo* 19ª ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2000, p. 479-485

<sup>12</sup> NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. 3ª ed., São Paulo: RT, 1997, pp. 77-78.

Como visto, a definição da autoridade competente, no que concerne ao foro, é matéria de Direito Processual, de competência privativa da União, e não de Organização Judiciária que, quando realizada pelos Estados, limita-se a, nos casos de Comarcas (foros) que dispõem de uma pluralidade de varas competentes para uma mesma matéria, definir a forma de distribuição e privatividade dos processos para os diversos juizes.

Assim, quando um Estado institui um foro diferente do legalmente previsto nas normas editadas por quem de direito, no caso a União, institui um tribunal de exceção<sup>13</sup>, que é exatamente aquele criado de forma casuística e, como tal, nasce sob a suspeita de tender a beneficiar ou maleficiar certos jurisdicionados.

E quais são os juizes naturais referentes às questões que envolvam Direito Ambiental? A resposta é tão complexa e tão abrangente quanto a própria inserção do interesse ambiental nos diversos ramos do Direito. Em outras palavras: a resposta não pode ser genérica e única, dependendo do caso concreto e da matéria envolvida, seja penal, cível ou administrativa. Para maior clareza, analisemos alguns exemplos, em distintas searas.

No âmbito penal, inexistindo norma federal específica sobre foro atinente a crimes ambientais, tal foro será, como para os demais crimes, aquele estabelecido no Art. 70 do Código de Processo Penal, que prescreve: “*A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução*”. Como então justificar, sob o argumento de simples distribuição de tarefas, que um crime consumado em certa comarca venha a ser julgado por um juiz vinculado a outra?

---

<sup>13</sup> NERY JÚNIOR... Idem., Ibdem

Vamos a outro exemplo, tomando por base a ação civil pública para proteção do meio ambiente<sup>14</sup>. O que diz a norma que a rege, a Lei Federal n.º 7.347/85, quanto ao juízo competente para julgar este tipo de ação? A resposta que nos dá o Art. 2º da aludida norma é contundente: “*As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa*”.

No mesmo diapasão, em matéria civil, não havendo norma federal específica sobre foro, aplicam-se as disposições do Código de Processo Civil constantes no Capítulo III, do Título IV, do Livro I, do referido Estatuto.

Conclusivamente, podemos dizer que a Lei de Organização Judiciária do Estado do Ceará, ao instituir, em Fortaleza, um único juiz competente para processar e julgar ações que envolvam direito ambiental, oriundas de atos ocorridos em qualquer parte do território cearense, agrediu também, para os casos que não se limitam à Comarca da Capital, o princípio do juiz natural.

#### **IV. ANÁLISE MATERIAL DA NORMA**

No presente tópico investigaremos a *mens legislatoris* determinante da unificação da competência ambiental em única vara situada na Capital do Estado. Para tanto, abstrairemos a manifesta inconstitucionalidade da Lei para responder à seguinte indagação: é adequada à proteção ambiental uma definição de foro estruturada nos moldes da organização judiciária cearense?

Fora a norma compatível com a Constituição Federal, suportaria ela questionamentos sobre a oportunidade e a conveniência? Creio que a resposta deve ser negativa, por diversas

---

<sup>14</sup> BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil – Promulgada em 5 de outubro de 1988*, 8º vol., São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 888-891.



razões, das quais destaco: a operacionalização da lei afronta critérios celeridade e economia no funcionamento da máquina judiciária, bem como, do ponto de vista pedagógico, tem efeitos deletérios, por provocar o distanciamento das responsabilidades quanto à proteção ambiental. Reflitamos.

#### IV.1. Agressão ao Princípio da Economia

A economia de recursos públicos deve ser preocupação incessante dos responsáveis pela gestão do Estado<sup>15</sup>. Este aspecto não foi refletido antes da aprovação da norma. Uma vez que a 18ª Vara Criminal de Fortaleza concentra jurisdição sobre todo o Estado, avolumam-se os atos processuais a serem praticados por carta precatória, como, por exemplo, a oitiva de testemunhas, estas que, a teor do Art. 222 do Código de Processo Penal, devem ser inquiridas pelo juiz do lugar em que residem. Além disso, nos casos que exigem perícia técnica (o que é freqüente em questões ambientais), multiplicam-se os custos com peritos, diárias, deslocamentos e demais despesas afetas.

Na primeira Mensagem de criação da Supervara Penal/Ambiental, então a 19ª, datada de 29 de junho de 1995, referentemente a este aspecto, há um toque de ironia, consistente no seguinte: a mensagem também serviu para provocar a extinção da Vara de Processos e Conflitos Fundiários,

*“por interesse das próprias partes, visto que, na prática dos serviços judiciários, se mostra de difícil, quiçá impossível, regular funcionamento, ante a obrigatoriedade de um só Juiz de Direito, o seu titular, exercer as atribuições correspondentes em cento e trinta e uma*

---

<sup>15</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 56-104.

*(131) comarcas, que são as do Estado, ainda com evidente invasão de jurisdições outras.*

*Isto, ante a determinação de ser o foro da situação da coisa o competente para as ações fundadas em direitos reais sobre imóveis, devendo o juiz se deslocar para a comarca onde a ação for proposta, ali processando e julgando a causa, o que, indiscutivelmente, resultará em sensíveis e irreparáveis prejuízos à prestação jurisdicional, pelo inevitável retardamento do andamento dos feitos respectivos, o que é de fácil percepção, contrariando o princípio da celeridade processual preconizado”<sup>16</sup>.*

Do texto transcrito observa-se que o Tribunal de Justiça, no mesmo ato protagonizou a prática de um equívoco, semelhante a um outro que visava corrigir.

## **IV.2. Agressão ao Princípio da Isonomia**

A agressão ao princípio da economia, para os particulares que figuram como parte em processo de natureza ambiental, no Ceará, chega a afetar, também, o tratamento isonômico que o Estado deve dar aos litigantes em processo judicial. Vislumbremos o exemplo de um acusado em crime ambiental, que more a 600 quilômetros da Capital. Além de suportar o pesado fardo de ter que combater contra a estrutura do Estado, representado pelo Ministério Público, deve, ainda, arcar com os ônus da defesa, que serão substancialmente maiores do que os daqueles réus que se defendem de acusações perante os juizes da Comarca em que residem.

---

<sup>16</sup> Mensagem n.º 1.609/95, de 29 de junho de 1995, do Tribunal de Justiça para a Assembléia Legislativa do Ceará, firmada pelo então Presidente, o Desembargador José Ari Cisne.

### IV.3. Fator de Morosidade na Prestação Jurisdicional

Sendo a 18ª Vara Criminal de Fortaleza a única para todas as questões ambientais submetidas à Justiça Estadual, o volume de processo a ela submetidos é consideravelmente maior que o das demais varas penais, gerando acúmulo de causas, dificultando e retardando a prestação jurisdicional, o que acaba por provocar fenômenos jurídicos como a prescrição e a decadência do *jus puniendi* estatal, o que de todo é prejudicial à proteção do meio ambiente.

### IV.4. Inadequação Pedagógica

Sabe-se que hodiernamente a pena imposta pelo Estado não deve apenas ter o caráter retributivo, mas também corretivo e integracional, mormente na seara do meio ambiente.

A atuação do Poder Judiciário, como dos demais poderes públicos, não pode desconsiderar os preceitos constitucionais. Esta atuação, segundo determina o inciso VI do § 1º do Art. 225 da Constituição Federal deve encetar a educação ambiental e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente. Assim, na realização da prestação jurisdicional há uma atuação pedagógica e paradigmática.

Isto posto, é de se questionar: que impressão leva a população de um determinado lugar, se um de seus membros agride o meio ambiente e responde a processo apenas na Capital? Certamente esta população concluirá que a proteção do meio ambiente somente interessa às “autoridades importantes”, distantes de suas vidas. Também é admissível concluir que esta mesma população passe a considerar que as autoridades locais pouco podem fazer diante de uma agressão ambiental.

Em suma: do ponto de vista pedagógico a centralização da competência jurisdicional ora focada, propicia o distanciamento da sociedade, esta que, sem dúvida, poderia e deveria ser o agente mais ativo da proteção ambiental de seu hábitat<sup>17</sup>.

## V. CONCLUSÕES

De todo o exposto, chegamos à conclusão principal de que a competência centralizada atribuída à 18ª Vara Criminal de Fortaleza, para julgamento de todas as questões que envolvem o Direito Ambiental, na seara da Justiça Estadual, resulta de lei inconstitucional, porque agressora da partição de competências definidas pela Constituição da República, bem como por macular frontalmente o princípio do juiz natural.

Sendo inconstitucional a norma, deve ser extirpada do ordenamento jurídico, por um dos seguintes meios:

1) Ser revogada por nova Lei, de iniciativa do Tribunal de Justiça, nos termos do Art. 96, II, d, da Constituição Federal;

2) Ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em decorrência de provocação de um dos legitimados ativos universais, ou que tenham pertinência temática atinente às matérias ambientais, de organização judiciária ou processual, nos termos do Art. 103 da Constituição Federal<sup>18</sup>;

3) Ser afastada, incidentalmente, pelo próprio juiz da 18ª Vara Criminal de Fortaleza e, em grau de recurso pelos Tribunais que conhecerem da questão, quando provocados a realizar o

---

<sup>17</sup> VIEIRA, Roberto dos Santos. Aspectos Gerais da Implementação da Lei Ambiental no Brasil e nos Estados Unidos, in *Revista de Direito Ambiental* n.º 0 (zero), 113- 129, Rio de Janeiro: RT, 1996, p. 122-123.

<sup>18</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, pp. 590-592.

controle difuso da constitucionalidade.

Ainda que formalmente não agredisse a Constituição Federal, a organização judiciária cearense em matéria ambiental também deveria ser modificada, porque como está é dispendiosa para os cofres públicos e para os jurisdicionados. Além disso, promove o acúmulo de processo e o retardamento da prestação jurisdicional.

Porém o que de mais grave se acentua é a elitização e o distanciamento das responsabilidades na proteção ambiental, ao deixar a mensagem subliminar e antipedagógica de que a proteção do meio ambiente é tarefa de gente importante, da Capital, distanciando, por conseguinte, da população dos diversos rincões cearenses esta missão que é, nos precisos termos constitucionais, vital e essencial à presente e às futuras gerações.

## VI. BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 6ª ed., São Paulo: RT, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil – Promulgada em 5 de outubro de 1988*, 8º vol., São Paulo: Saraiva, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2001.

MUKAI, Toshio. *Direito Ambiental Sistematizado*. 2ª ed., Rio de Janeiro – RJ: Forense Universitária, 1994.

NERY JÚNIOR, Néelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. 3ª ed., São Paulo: RT, 1997.

SAMPAIO, José Damasceno. *Legislação da Organização Judiciária do Estado do Ceará*, Fortaleza – CE: Iuris, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo* 19ª ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2000.

VIEIRA, Roberto dos Santos. Aspectos Gerais da Implementação da Lei Ambiental no Brasil e nos Estados Unidos, in *Revista de Direito Ambiental* n.º 0 (zero), 113- 129, São Paulo: RT, 1996.

## O DIREITO FUNDAMENTAL AOS MEIOS EXECUTIVOS

ROBERTA LIA SAMPAIO DE ARAÚJO

### I. INTRODUÇÃO

Tem-se por objetivo a demonstração de que o Direito existe para ser cumprido. E, no que toca aos direitos fundamentais, o desrespeito tem sido cada vez mais gritante; quanto mais direitos são garantidos constitucionalmente, menos são efetivados.

Assim, iniciam-se com uma visão geral dos direitos fundamentais como estão postos atualmente, seu histórico, suas gerações ou dimensões, sua aplicabilidade.

Por outro lado, embora não seja possível de fato essa movimentação judicial em massa, a efetivação destes direitos deve-se dar por outros motivos.

Os direitos fundamentais, como inerentes à própria condição da pessoa ou como fruto da conquista das civilizações ao longo do tempo, ocupam uma posição de primazia dentro do ordenamento jurídico, embora continuem sendo diariamente violados.

As normas que positivaram tais direitos são autoaplicáveis. Estes direitos não precisam mais ser regulamentados; o que já está posto no texto constitucional e nas leis em geral precisa ser simplesmente aplicado, em todas as suas esferas, judiciais ou não. E se judiciais forem, o processo de execução vem-se mostrando capaz de satisfazer, de forma plena, a concretização dos direitos, principalmente os fundamentais, pois o processo de conhecimento, muitas vezes, é insuficiente, por carecer de concretude prática. É

como se se ganhasse um prêmio, e não se pudesse levar. Por esta razão, consideramos os meios executivos como um direito fundamental de alta importância.

Analisamos também a questão do acesso à justiça, com uma visão que se estende além do Poder Judiciário e que, em sendo utilizada a via judicial, completa-se com a consecução final do direito pretendido, em sede executiva.

A Constituição abriga estes preceitos como cláusulas pétreas, que, se não forem cumpridas, lançarão esta mesma constituição em um abismo, criado pelo descrédito que tomaria a população, reduzindo-a a nada. Se esta é que faz nascer o Estado, conferindo-lhe personalidade jurídica, sem Constituição, também não há Estado. E aí será o caos.

## II. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A consciência universal sobre a importância dos direitos fundamentais chegou a uma nitidez talvez nunca atingida. Talvez nunca estes direitos foram tão proclamados, reconhecidos; entretanto, também nunca foram tão sistematicamente violados como em nossos dias.

Não é suficiente que estes direitos estejam declarados. É nossa obrigação torná-los realidade em nós mesmos e em nossa sociedade. Superar a distância entre teoria e prática, no campo dos direitos do homem, é o nosso maior desafio atualmente.

Este estudo tem sido um dos mais fascinantes na ciência jurídica, talvez funcionando como o grande alicerce jurídico-político, o seu fundamento maior.

Afirmamos isto porque, pela perspectiva dos direitos



fundamentais, é possível analisar-se o caráter democrático ou autoritário de toda uma ordem política vigente. “É ainda esse elenco de direitos que anuncia os princípios processuais mais gerais e indispensáveis e delinea os limites do poder político estatal, razão pela qual os direitos fundamentais constituem o cerne de qualquer ordem jurídica, a “medula das constituições...”<sup>1</sup>

A relevância do tema deve-se também ao seu escopo, qual seja o de criar e manter os pressupostos elementares de uma vida com liberdade, com igualdade e com dignidade humana, de acordo com Konrad Hesse, um dos doutrinadores clássicos do Direito alemão moderno.

Esta ligação dos direitos fundamentais com a idéia de liberdade, de igualdade e de dignidade, enquanto valores históricos e filosóficos, conduzem-nos à idéia da universalidade, inerente a estes direitos como ideal da pessoa humana. Esta universalidade traduz-se no sentido de que estes direitos não são apenas para os cidadãos de um ou de outro Estado em especial, mas referentes a todos os homens, enquanto pessoa.

“Tal universalidade hoje posta em xeque pelo advento dos nacionalismos e separatismos que navegam de modo contrário à corrente de globalização das economias, apresenta-se desnudada na necessidade de efetivação material de tais direitos, para que deixem de figurar simbolicamente nas constituições como meros programas políticos e concretizem-se a nível real.”<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Cf. Flávio José Moreira Alves, Notas para a Caracterização Epistemológica da Teoria dos Direitos Fundamentais, *apud* Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p. 35

<sup>2</sup> *idem*, p. 38

O que se pretende não é reduzir todos os homens ao mesmo nível, mas estabelecer entre eles, pelas relações de justiça e pelo reconhecimento dos direitos inerentes a cada um, uma participação mais larga de todos os bens materiais e sociais do capital comum.

Direitos fundamentais são aqueles conquistados pela sociedade, com a evolução através dos tempos, e que se, porventura, forem violados, descaracterizam completamente a Constituição, que os abriga e a finalidade das instituições sociais, como o Estado.

São, na essência, segundo entende Carl Schmitt, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado.<sup>3</sup>

### III. BREVE HISTÓRIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, de forma expressa nas Declarações e nos Tratados, é algo bem recente e não deixa de ser a cada dia uma novidade, visto que não se esgotam as suas possibilidades, com a conquista contínua de novos direitos pela humanidade. Este reconhecimento talvez fosse melhor tratado como uma reconquista de algo que existiu em uma época primitiva, mas foi se perdendo ao longo dos tempos, especialmente a partir de quando o “primeiro homem cercou um pedaço de terra e disse: “Isto é meu!” E os outros aceitaram aquilo como sendo uma verdade.”<sup>4</sup>

Com o desenvolvimento do sistema de apropriação privada, desenvolve-se também uma forma social de subordinação e opressão, pois o titular da terra impõe seu domínio sobre os que não a têm, mas se relacionam com o bem apropriado. É o surgimento de um poder externo à sociedade, o poder político. Aí também surgiu a idéia de escravidão, para sustentar a injusta

---

<sup>3</sup> Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Unveraenderter Neudruck, 1954, Berlim, p. 163-173

<sup>4</sup> Jean-Jacques Rousseau, *A Origem da Desigualdade Social*, VER ORLANDO

apropriação dos bens. Surge, outrossim, a figura do Estado, como um aparato necessário para este tipo de dominação.

Em meados do século XVII, na Inglaterra, elaboraram-se declarações de direitos modernas, surgidas a partir das revoluções americana e francesa; porém, estes textos se apresentavam limitados, pois tinham uma formação consuetudinária e apresentavam-se apenas como uma grande lista de liberdades públicas.

A primeira declaração em sentido moderno foi a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, escrita em 12 de janeiro de 1776, anterior à Declaração da Independência dos Estados Unidos. Era, ainda, bastante limitada, como indica o próprio nome, tanto por excluir o povo “mau”, julgado conforme os critérios da sua época, quanto por limitar fisicamente a sua abrangência, desnudando-se do caráter universal atualmente vigente. Depois, em 17 de setembro de 1787, foi aprovada na Filadélfia, a Constituição dos Estados Unidos da América.

Em 27 de agosto de 1789, adotada pela Constituinte da França, foi promulgada a tão mencionada Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Seu nome é um pouco estranho, dando a impressão de que existem direitos do homem e direitos do cidadão, como se houvesse dois sujeitos diferentes. A intenção, no entanto, foi ressaltar que o enfoque destes direitos se dá em relação à condição de pessoa do homem e à sua condição de cidadão. Não precisamos nem nos ater à contribuição trazida por esta importante declaração, qual seja o seu caráter universalizante.

As outras declarações do século XVIII e XIX voltaram-se basicamente para as garantias formais da liberdade.

Quanto ao Brasil, sempre expressou uma declaração dos direitos do homem, brasileiro e estrangeiro residente no país, em

suas Constituições. A Constituição do Império já consagrava quase que integralmente os direitos individuais conhecidos hoje.

A questão técnica que se apresenta na evolução das declarações de direitos é a de assegurar a efetividade dos direitos ali enunciados.

#### **IV. DAS GERAÇÕES OU DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Os direitos fundamentais podem ser melhor compreendidos se classificados segundo a sua vinculação. Esta classificação em gerações encontrou em Paulo Bonavides o seu maior expoente. Outra nomenclatura surgiu por sugestão de Willis Santiago Guerra Filho, qual seja, a de dimensões dos direitos fundamentais.

Os direitos da quarta geração não excluem os das gerações anteriores, não se sobrepujam ou representam o ápice de sua evolução. As gerações dos direitos complementam as anteriores, que não apenas subsistem, mas permanecem com toda a eficácia normativa que lhes é devida pelo ordenamento jurídico. Por isso, a nomenclatura “gerações” não é nem apropriada, pois dá uma idéia de superposição revogatória. Foi nesta linha de pensamento que se filiou Willis Santiago Filho, ao denominar as gerações de dimensões de direitos fundamentais. Passaremos a um breve comentário sobre as gerações e/ou dimensões.

Os direitos de primeira geração relacionam-se à liberdade e à dignidade. Correspondem a limites postos à atuação do Estado em face da pessoa humana; são até considerados direitos de resistência. Tem por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado. São direitos civis e políticos, que já conquistaram uma universalidade formal, presentes em todas as Constituições do mundo moderno. São direitos que valorizam o homem, como

indivíduo.

O século XX trouxe-nos os direitos de segunda geração. São os direitos sociais, culturais, econômicos, os que dizem respeito à coletividade. Vinculam-se diretamente ao princípio da igualdade e foram introduzidos no constitucionalismo pelo que se conhece hoje como o Estado Social. Enfrentaram e enfrentam grandes dificuldades por exigiram uma prestação do Estado, uma ação específica. Houve quem defendesse que estes direitos integravam a esfera programática, como simples normas gerais, diretrizes, sem muita aplicação prática. Duvidou-se de sua eficácia e argumentou-se que sua aplicabilidade seria mediata. Esta discussão, contudo, já está superada no sentido de que sua aplicabilidade é imediata e sua eficácia deve ser buscada e praticada.

Os direitos de terceira geração estão assentados sobre o princípio da fraternidade e são dotados de alto grau de humanismo e de universalidade, por via de consequência. Surgiram de questionamentos relacionados a temas como desenvolvimento, meio-ambiente, comunicação e patrimônio comum da humanidade. A descoberta destes novos direitos, que abrem uma oportunidade para a descoberta de tantos outros, caracterizou os direitos de terceira geração como sendo o direito ao desenvolvimento tanto dos indivíduos, como das nações: o direito à paz, ao meio-ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum dos povos.

Mais adiante, como reflexo da globalização política, surgem os direitos de quarta geração, que correspondem à última fase da concretização do Estado Social. São o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Estes direitos não somente culminam a objetividade dos direitos de segunda e de terceira geração como absorvem, sem remover, a subjetividade dos direitos de primeira geração ou dimensão, como preferiam chamar. Não podemos perder a perspectiva de que os direitos fundamentais têm apenas uma

dimensão subjetiva e uma outra, objetiva, donde se falar em seu “duplo caráter”... A dimensão objetiva é aquela em que os direitos fundamentais se mostram como princípios orientadores da forma como o Estado, que os consagra, deve organizar-se e atuar.<sup>5</sup>

Transcrevo o pensamento do mestre Paulo Bonavides pelo seu preciosismo e como conclusão a questão relativa aos direitos fundamentais:

“A nova universalidade dos direitos fundamentais os coloca num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia.

(...)

Os direitos fundamentais são os aferidores da legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais. Onde quer que eles padeçam lesão a sociedade está enferma. Uma crise desses direitos acaba sendo também uma crise do poder em toda sociedade democraticamente organizada.”<sup>6</sup>

Assim sendo, vê-se a importância de discutir e efetivar-se os direitos fundamentais, através de um amplo conceito de acesso à Justiça, que vai desde antes de iniciar-se o processo até a sua conclusão definitiva, com o processo de execução. Daí a noção de direito fundamental aos meios executivos.

## V. DO ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à Justiça tem sido diversas vezes entendido como o simples acesso ao Poder Judiciário, ou pior, como o mero ato de

---

<sup>5</sup> Willis Santiago Guerra Filho in Teoria Processual da Constituição, São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 46

<sup>6</sup> Paulo Bonavides in Curso de Direito Constitucional, 8ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 527 e 528

protocolar-se uma petição perante órgão do juízo. Verifica-se, contudo, a necessidade de uma concepção mais ampla deste direito fundamental, cuja concretização está diretamente relacionada a todos os outros. Esta ampliação do conceito deve estender-se a ponto de se utilizarem todos os meios legítimos, institucionais ou não, jurídicos ou não, que se dignem ao exercício da cidadania, que demanda uma maior participação popular nos procedimentos decisórios, inclusive dentro do próprio processo judicial.

O problema do acesso à Justiça não é novo, mas foi depois do pós-guerra que esta questão eclodiu. Vale transcrever o que escreve Boaventura de Sousa Santos, em artigo integrante do livro “Direito e Justiça: a função social do Judiciário”, acerca do assunto:

“Por um lado, a consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e sua expansão paralela à do estado de bem-estar transformou o direito ao acesso efetivo à Justiça num direito *charneira*, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas de conteúdo e função mistificadores.”<sup>7</sup>

O acesso à Justiça seria assim uma forma de efetivação dos direitos fundamentais decorrentes da Constituição de 1988, devendo ser entendido como pressuposto básico do Estado Democrático de Direito, talvez o mais fundamental dos direitos humanos. Daí a importância da compreensão de que o acesso à Justiça identifica-se com todos os outros direitos no sentido de

<sup>7</sup> Boaventura de Sousa Santos in Direito e Justiça: a função social do Judiciário. Org. por José Eduardo Faria. São Paulo: Ática, 1994, p. 45.

que não são meras exortações morais, pelo contrário, devem ser efetivados, concretizados, por todos os meios possíveis, judiciais e extrajudiciais.

O acesso à Justiça, inclusive, alcança uma vasta gama de atuações objetivas, que se entendem desde antes mesmo do processo judicial ter-se iniciado, ou fora dele, até a sua conclusão, em sede de processo de execução.

## VI. DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Analisaremos rapidamente algumas questões relativas ao processo de execução, iniciando pela sua finalidade na completa definição do prof. Marcelo Lima Guerra, no livro *Execução Forçada*:

“... através do processo de execução presta-se a tutela executiva, que consiste em proporcionar ao titular de um direito consagrado em um título executivo um resultado prático igual ou equivalente ao que ele obteria se o titular da respectiva obrigação o cumprisse espontaneamente. É importante frisar que tal resultado é de ser obtido, no processo de execução, independente, ou mesmo contra a vontade, daquele a quem incumbiria o cumprimento da obrigação.”<sup>8</sup>

Pela definição, podemos perceber a noção de que o processo executivo se faz necessário na medida em que o processo de conhecimento não satisfaz integralmente o direito material protegido. A concretização dos direitos materiais em conflito

---

<sup>8</sup> Marcelo Lima Guerra in *Execução Forçada: Controle de admissibilidade*. Coleção Estudos de Direito de Processo, v. 32, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.16.



precisa ser completa, principalmente quando se trata de direitos fundamentais, que, como o próprio nome indica, constituem o fundamento de uma Constituição, e, por consequência, de um ordenamento jurídico. Se a satisfação desses direitos for incompleta, de pouco adiantou a sua consagração e positivação na Lei Maior.

## **VII. DA NECESSIDADE DE EFETIVIDADE JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAS**

A importância da lei como instrumento de mudança social, apesar de ser uma idéia pacífica no entendimento geral, tem sido questionada tanto pelo número excessivo de normas como pela sua não aplicabilidade. Temos muitas leis e pouca iniciativa prática; leis abrangentes demais com aplicabilidade limitada, por exigirem regulamentação, que raramente acontece.

A positivação de um direito implica necessariamente a existência de um sistema normativo, composto por uma obrigação e uma sanção. É o que costumamos denominar de coercibilidade das normas jurídicas, o que as diferencia das normas de caráter puramente moral.

Os direitos fundamentais, como direitos naturais positivados na legislação, são derivados do estudo das leis positivas, caracterizados pela obrigação e pela sanção e por uma autoridade apta a exigir o seu cumprimento, qual seja o Estado de Direito ou Estado dos Cidadãos.

Os direitos fundamentais, contudo, receberam um grau mais elevado de garantia ou de segurança pela Constituição Federal do Brasil, promulgada em 1988, visto que foram colocados em uma categoria de imutabilidade ou de, pelo menos, uma mudança bem mais complexa, só por meio de emendas. Assumiram a condição

de cláusulas pétreas (art. 60, CF/88), recebendo uma proteção especial para resguardá-los da intervenção modificadora do legislador ordinário.

Estes direitos já passaram por uma fase de baixa normatividade ou de duvidosa eficácia, em virtude da sua própria natureza, por exigirem do Estado prestações materiais nem sempre realizáveis, seja pela carência, seja pela limitação dos recursos. Inclusive, há uma corrente, muito desenvolvida na doutrina italiana, que entende haver na Constituição normas sem caráter jurídico, “privadas de eficácia e insuscetíveis de violação sancionável”, denominadas diretivas, em contraposição às preceptivas, extremo oposto daquelas. E enquadra os direitos fundamentais entre estas normas.

Contra ela posta-se José Afonso da Silva, para o qual todas as normas constitucionais têm eficácia jurídica, baseando-se em Ruy Barbosa. “Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos.”<sup>9</sup>

Os atos normativos apresentam três facetas distintas, porém interligadas. A existência, primeira delas, requer agente, forma e objeto suficientes à incidência da lei para que ela possa se manifestar no mundo dos fatos. A seguir, vem a validade, para a qual são necessárias competência, forma adequada e licitude. E, por fim, está a eficácia, que consiste na aptidão para a produção de efeitos.

Vale ressaltar que a eficácia de que se está falando é a jurídica; o cumprimento efetivo da norma configura-se em eficácia social. Portanto, ainda que descumprida por todos os cidadãos, a norma constitucional permanece tendo eficácia jurídica, visto que sua capacidade não se desnaturou, e é desta eficácia, principalmente

<sup>9</sup> José Afonso da Silva in Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 76

em relação aos direitos que exigem uma prestação positiva do Estado, que ainda se clama.

É neste contexto que se faz necessário entender os meios executivos como direito fundamental, até como forma de efetivação dos direitos fundamentais enunciados na Constituição e como finalização dos procedimentos que dizem respeito ao acesso à Justiça, já comentado anteriormente.

## **VIII. DO DIREITO FUNDAMENTAL AOS MEIOS EXECUTIVOS**

O processo de execução representa o último recurso de realização prática do Direito em caráter definitivo, que é uma característica da jurisdição.

O caráter jurisdicional da execução está igualmente previsto no amplo conteúdo do art. 5º, XXXV, de nossa Carta Magna, ou melhor, está contido no direito fundamental à tutela jurisdicional, que compreende também o direito ao cumprimento das decisões judiciais.

Portanto, o direito à tutela jurisdicional não se resume tão somente no direito de acesso ao Judiciário, nem simplesmente em obter o mérito de um litígio, mas inclui o direito à execução da decisão, impedindo que esta seja somente uma decisão abstrata, privada de parte maior de sua efetividade. Emerge a necessidade de considerarem-se os meios executivos como um direito fundamental, que se pudéssemos fazer tal diferenciação, ocupariam um patamar mais elevado, em virtude de gerarem uma dependência dos outros, tendo em vista que a sua efetiva concretização é que proporciona a plena concretização do direito de acesso à Justiça e, como conseqüência, todos os direitos fundamentais exaltados em nossa Constituição Federal, bem como todos os que ainda poderão ser positivados.

## **IX. DO PODER JUDICIÁRIO COMO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

O objetivo final da Constituição é assegurar os direitos fundamentais e o do Judiciário é justamente o de garantir a efetivação destes direitos. O juiz, portanto, deve ser o maior aplicador dos direitos fundamentais e, por consequência, da Constituição; ou se preferir inverter a ordem: o maior aplicador da Constituição, logo, dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais têm aplicação imediata e não se exaurem nos enumerados no texto constitucional, como já está previsto no parágrafo 2º do art. 5º, da CF/88. São um conjunto de materialidades históricas, de conquistas, de avanços, previstos na Constituição e além dela, que precisam ser urgentemente garantidos e aplicados; daí também a importância da formação e aperfeiçoamento dos julgadores, do Poder Judiciário, para que possam exercer cada vez mais e melhor uma jurisdição constitucional autêntica e eficaz.

## **X. CONCLUSÃO**

O mais importante, no que tange aos direitos fundamentais, não é fundamentá-los ou proclamá-los, mas protegê-los. O nosso papel deve ser o de executar as medidas já imaginadas e dedicá-los à busca daquelas ainda encobertas para a efetiva proteção desses direitos.

É necessário o compromisso do jurista, como operador do Direito, com a difusão do conhecimento acerca dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões e/ou gerações. É preciso deixar de enxergá-los como direitos exclusivamente naturais, mas sim como importantes instrumentos político-jurídicos para a transformação da ordem social vigente.

Nesses tempos de total descumprimento e desrespeito aos direitos fundamentais do homem, é essencial que se dê força ao Ministério Público, bem como ao Poder Judiciário, tornando-os efetivamente autônomos e independentes, para que a sociedade possa ter órgãos em condições de defendê-la contra o descaso com que vêm sendo tratados os direitos fundamentais no Brasil. Não haverá uma sociedade realmente democrática sem um Ministério Público e sem um Poder Judiciário fortes e independentes, incumbidos de zelar pela efetiva observância da lei e da Constituição Federal, inclusive até em sede executiva.

Todas estas teorias e conceituações não têm nenhuma razão de existir se não estiverem totalmente voltadas para a sua efetivação, oferecendo o substrato teórico para a mais eficaz aplicação e exigibilidade dos direitos fundamentais, inclusive modificando o *status quo* e propiciando uma perspectiva de melhores dias. Devem ser assecuratórias dos direitos e possibilitadoras de mudanças necessárias na estrutura social, servindo como uma ferramenta importante para a devida efetivação de tais direitos.

## **BIBLIOGRAFIA**

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

FARIA, José Eduardo (org.). Direito e Justiça – a Função Social do Judiciário. Série Fundamentos, vol. 48. São Paulo: Ática, 1994.

GUERRA, Marcelo Lima. Execução Forçada – Controle de Admissibilidade. 2ª ed. Coleção Estudos de Direito de Processo, vol. 32. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria Processual da Constituição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

\_\_\_\_\_. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

ROCHA, José de Albuquerque. Estudos sobre o Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

\_\_\_\_\_. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

## ORIGENS E TRANSFORMAÇÕES DA DEMOCRACIA E DOS PARTIDOS POLÍTICOS

FÁVILA RIBEIRO

### **1. As precauções com a estabilidade da ordem constitucional brasileira e a perspectiva de mudanças em execução de objetivos fundamentais federativos e republicanos.**

Após o advento da Constituição de 1988 foram muitos no Brasil que acreditaram não mais ocorreriam regressões culturais, éticas, políticas, e jurídicas, pela compreensão que se formou, e a partir dela que não mais seriam dilaceradas as armações preparadas para resistência das instituições democráticas plasmadas pela Assembléia Nacional Constituinte. Firmou-se a crença no real sentido inovador que se consubstanciara na obra concluída, não somente pelo empenho entusiástico que a acompanhara, como nunca antes se fizera, em outros episódios transcorridos ao longo de todos os anteriores períodos republicanos, sentindo-se, pelo acentuado vigor que estava sendo aguardado o empreendimento político, a ponto de ser capaz de sacudir a consciência coletiva que retomava as suas esperanças de que não voltaria a ser transtornada a ordem constitucional, sobretudo, depois que a grande maioria do povo tornara-se mais esclarecido e atuante nas responsabilidades inerentes à cidadania, no acompanhamento em tempo ainda recente e também em outras cruentas e demoradas dificuldades enfrentadas em anteriores oportunidades, que permanecem cultivadas na memória nacional.

Não era fácil o restabelecimento da normalidade constitucional, quase sempre deparando-se com drásticos transes de elevada complexidade, com algumas situações realmente difíceis e outras que poderiam complicar o problema que deveria ser conduzido em perseverante habilidade, ciente de desafios

arriscados que podiam causar complicações, não fosse a paciência e a prudência usadas que superaram os obstáculos que se formavam, pois ainda persistiam grupos indispostos, sem levarem em consideração a hipótese de que as mudanças pudessem ser efetuadas em ritmo gradual, figurando como aspecto de suma importância o apoio da opinião pública, congraçando-se até certo ponto como uma unidade em torno de idéias e experiências concretas, assomando ainda de alguma maneira a contribuição das Forças Armadas regradas pela disciplina da caserna e a firme energia de suas mais elevadas autoridades, assegurando ampla garantia de liberdade, como as circunstâncias tornaram indispensável, barrando as reações em perspectiva que foram pronta e adequadamente contidas.

Impõe-se deixar esclarecidos alguns aspectos preparatórios da transição ao regime constitucional, logo que se passou a cogitar do retorno à legitimidade democrática, o que se faria por emenda constitucional, a qual passou logo a ser elaborada, convertendo-se na Emenda Constitucional n. 25, de 15 de maio de 1985, contendo a mencionada proposição preceitos que demonstravam elevada razoabilidade na condução que estava prestes a se instaurar, não podendo deixar de ressaltar o vulto do empreendimento e da dedicação pelos que se devotaram a essa grandiosa e enaltecida tarefa, com vigência adquirida em 5 de outubro de 1988, quando foi promulgada pelos Constituintes e publicada na mesma data.

A custosa restauração apoiou-se nas energias cívicas que acionavam a disposição coletiva, fazendo sucumbir a posição dos que permaneceram renitentes, tornando-se cada vez mais desfavorável e incômoda, motivo a que fosse reconhecida a inutilidade de protelação ou qualquer tipo de resistência, ganhando o povo, por si mesmo, a liberdade nos espaços das ruas e, ao mesmo tempo, retomando o livre direito da palavra, expondo-se na reconquista do poder de comunicação, pelos ecos vibrantes



da oratória democrática.

Houve, por conseguinte, na medida do possível, intenção de afastar qualquer margem de atritos, removendo-se alguns supostos embaraços que pudessem comprometer a caminhada que devia completar o seu coroamento com toda a prudência, para dar por encerrado o vasto período de supressão democrática, restaurando-se sob a égide da soberania popular, em bases seguras e coincidentes com as aspirações fundamentais acalentadas pelo próprio povo, ao qual pertencia o atributo político de eleger com voto de igual valor, direto e secreto, os representantes à Assembléia Constituinte Nacional, concluindo-se a elaboração do Ordenamento Supremo com a solene Proclamação de sua legítima vigência, em data de 5 de outubro de 1988, em nome da **República Federativa do Brasil**, e em conformidade com o Artigo 1º da Constituição, nesta ficando implantado o **Estado Democrático de Direito**, e no mesmo ensejo reconhecida a **soberania popular**.

Enquanto foram-se ausentando os que não mais nutriam ilusões, reconhecendo não ser possível esconder a indisposição acumulativa de alguns setores, percebendo os efeitos renovadores em marcha, e uma vez que não foi acolhido o aguardado sistema parlamentarista que teve considerável influência na moldagem constitucional adotada, não comportaria, de maneira alguma, fossem aplicados elementos instrumentais que não se coadunavam ao sobrevivente presidencialismo, desfigurando-se o modelo ao utilizar impróprias características, demonstrando a evidente incompatibilidade que se estabelecia, tanto mais com o aproveitamento em larga escala de projeções que foram delineadas, sob medida, para utilização na funcionalidade exclusiva do sistema de governo parlamentarista, tudo sendo porém repassado, sem qualquer podagem adaptativa no presidencialismo, carregando como sempre as suas inatas tendências autoritárias e oligárquicas

que costumeiramente se desenvolvem, após sentirem-se os governantes consolidados no poder, colocando à mostra requintes mandonistas, à vista do forte potencial despótico disponível, contando ainda por cima, paradoxalmente, com frágil e vacilante aplicabilidade dos controles colocados na mira constitucional para os que tenham o dever de acioná-los.

Sendo inafastáveis as implicações entre os sistemas de governo, partidário e eleitoral, preciso se faz estabelecer relativa sintonização para que se não descompense o equilíbrio essencial do conjunto, para o próprio benefício de estável estrutura democrática. E se a assertiva é procedente, necessário tratá-los, como são tratados os elementos correlatos com equivalentes cuidados, sendo compreensível que qualquer ruptura ou situações incompatíveis entre eles possam comprometer a eficiência geral do processo político em seu mais completo sentido.

Poder-se-ia então temer pela exposição a risco, atingindo aos três sistemas em seus aspectos funcionais quanto à possibilidade de danos pela ausência de elementos acautelatórios sobre a fidelidade dos adeptos aos respectivos partidos, nas hipóteses de ruptura com os princípios que os regem, ocasionando não somente mudanças internas, indo ao extremo de pretenderem impor inovações autoritárias e até mesmo totalitárias, em detrimento dos legítimos sistemas de governo, partidário e eleitoral, aproximando-se tenebrosamente do regime político para destruí-lo e arrastar a organização democrática ao perecimento.

Situações dessa natureza repetem-se na história dos povos, à falta de imprescindível segurança e persistente vigilância, razão bastante para manter-nos sempre precavidos dos perigos que rondam, em certas épocas, as instituições fundamentais, devendo sempre estar preparadas para enfrentar contingências inesperadas, sempre atentos quanto às responsabilidades que caibam às

coletividades e a cada indivíduo em particular, procurando sempre evitar fatos surpreendentes, para que se possam cumprir com eficiência e firmeza situações adversas que se podem apresentar de súbito, sem deixar-nos apanhar desprevenidos, sabendo compreender e identificar com sagacidade quando a época de adversidade se aproxima, colocando as energias disponíveis aptas para atender ao honroso chamado do dever à pátria, na hora imediata de sua convocação.

É necessário não se desprezem subitamente os compromissos anteriormente assumidos em prol do povo, pois as deserções feitas nessas circunstâncias, sobre constituírem inominável perfídia, evidenciam não somente indiferença, mas descaso no tratamento devido aos interesses coletivos, revelando procedimento indigno que reflete completa evasão de caráter.

Certo, no entanto, que no caso do compromisso assumido pelo filiado em termos do seu próprio sufrágio, não haveria como sujeitá-lo a qualquer modalidade de sanção, nessa específica situação exemplificada, considerando que ao votante, qualquer que seja, a garantia do sigilo do sufrágio será assegurado, para a sua total inviolabilidade, contra compulsões passadas, presentes ou futuras. Ademais, não pode haver cerceamento à liberdade do voto, pois o eleitor deve expressá-lo livremente, colocando-se em condição que o permita exercer o mais amplo direito à escolha de seus candidatos, razão a que disponha o votante de momentâneo isolamento reservado para selecionar os candidatos contemplados na destinação de seu escrutínio individual, razão bastante que justifica o seu caráter secreto.

As fragilidades dos sistemas políticos e partidários tornam-se palpáveis durante a conquista do poder, e quando em suas derrocadas parecem confirmar que os partidos, na maioria das vezes, não denotam capacidade de sustentação a candidatos,

quando os meios publicitários operam cartelizados, o que se traduz em dispersão de influência do eleitorado, levando vantagem os meios de comunicação, em virtude principalmente da inconsistência, despreparo e mesmo impotência dos partidos, marcando a sua presença, fluidamente, na disputa eleitoral.

## **2. A adaptação constitucional por emenda e a sua precoce vulnerabilidade.**

Nos instantes que precederam à instalação da Assembléia Nacional Constituinte teve início o estudo de planejamento a ser elaborado sobre a organização constitucional preliminarmente empreendido, a começar pelo levantamento sistemático dos postulados fundamentais que serviriam de base para elaboração de moderno ordenamento que, acima de tudo, estivesse comprometido à exuberante linhagem democrática, com idéias construtivas em torno de aspectos gerais que devem repercutir na problemática do desenvolvimento humanista, e de um modo mais largo quanto à erradicação da pobreza, da marginalização, porém com redução das desigualdades sociais e regionais, reconhecendo-se chegado o tempo de efetivar-se de vez o compromisso nacional de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

E como o processo constituinte conferira o lastro de legitimidade com base na origem popular, apresentava-se munido com o fator primeiro de influência na estabilidade institucional, permanecendo as expectativas de que a eficiência nos desempenhos públicos pelos governantes em geral seriam também de tal ordem que a própria coletividade demonstrasse o seu contentamento pelo vigor dos resultados que passassem a ser obtidos por perseverante estímulo do próprio dever, cada vez mais motivado pela firmeza das disposições adotadas, razão a que pudessem ganhar crescente vulto os empreendimentos efetuados, no dedicado empenho de

eliminar os anacronismos, à proporção que se desencadeavam os objetivos na modernização da sociedade em seus diferentes aspectos, sempre em constante aproximação com o povo, suscitando admiração e respeito pelo sentido benemérito aplicado nas atividades públicas, nessas condições aflorando o segundo fator de eficiência nos desempenhos, a contribuir de modo exponencial ao reforçamento da estabilidade institucional.

Mereceu fosse assegurada compatibilidade, solidez e máxima firmeza da ordem constitucional ressurgente, no que deveria ter-se logo iniciado com os postulados fundamentais para que os seus efeitos logo transmitissem benefícios acessíveis aos mais diferentes segmentos sociais, permitindo que todos encontrem concretas oportunidades de participação igualitária no viver coletivo, em escala nacional. Mas essas ponderações introdutórias não são de molde a que se possa interpretar haja aversão da organização constitucional quanto a alterações que realmente comportem em seu texto, conquanto, em verdade, o caráter do documento supremo, pelos alicerces que o sustentam, garantem estabilidade em suas matrizes, sendo porém de todo razoável o cuidado a ser dispensado.

Essa atitude não exprime intolerância contida no original Estatuto Supremo de 1988, sendo compreensível a preocupação ao ser tratada de matéria que se refere diretamente a valores fundamentais da nacionalidade, que devem nortear os destinos da ordem jurídica brasileira, sendo absolutamente acertadas as medidas de prudência, enquanto não se apresentarem convincentes explicações de relevância pública que demonstrassem a patente razoabilidade da Emenda Constitucional apresentada, devendo haver notórias razões de convencimento público quanto a efeitos benéficos que realmente justifiquem a sua inclusão no texto supremo.

Em nenhuma hipótese comportaria acolher condescendências retrógradas e acima de tudo, de cunho personalista quanto a situações que não as justifiquem e podem ocasionar desarranjos profundos à rigidez da edificação constitucional, principalmente se encobrirem interesses e benefícios em proveito de potentados, o que denotaria abdições éticas inaceitáveis e propósitos subalternos, desvendando-se que na prática estaria sendo montada uma armadilha predatória para impulsionar um modelo fantasioso, inconsistente e inexecutável, no intuito de levar à fragilização preceitos constitucionais de alta valia institucional, não havendo constrangimento pela eliminação a ser ocasionada, para atender a conveniências do momento, enquanto prejudicariam a regularidade e a coerência histórica do sistema, desse modo não abrindo espaço para que fossem incluídas modificações que atendam a determinados reclamos nitidamente pessoais, causando avaria normativa às polarizações da elegibilidade e da inelegibilidade, com as inversões prejudiciais que sejam realizadas, acrescendo os efeitos negativos recaindo sobre aspectos importantes da produção da obra em sua pureza original como foi emanada pela Assembléia Nacional Constituinte.

De bom acento seria tomar o caminho mais certo, indo de pronto à Constituição Federal para compulsar em primeiro lance o Parágrafo Único, do artigo 1º, que assim declara: : **“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”**.

Uma mudança constitucional não deveria ocasionar mutilação nos conteúdos que se referem à participação popular no exercício das atividades de sufrágio, por emendas constitucionais, sem que haja a interposição soberana do povo, obrigando-se a conservar as suas características essenciais, para que subsista em sua mesmidade inalterável, coincidente ao seu exato significado no contexto do sistema. Verifica-se, pois, que sempre que a origem

do poder provenha do povo, de qualquer modo, tudo o que possa servir de habilitação para seu exercício, necessita dispor da centelha de legitimidade oriunda do povo, a começar pela eleição de representantes, e de sua participação através de convocação de plebiscito e referendo, sendo este último mais simples de execução e rápido na apuração dos resultados. .

Deve ser dito que nenhuma crítica foi antes suscitada contra o sistema de elegibilidade solidamente consagrado, somente depois, por aspectos tipicamente conjunturais, à vista de supervenientes interesses pessoais poderosos, foi entendido por titular de mandato eletivo ser o tempo insuficiente, assumindo a iniciativa, antes da data em que terminaria o seu mandato, logo passando a promover a alteração no texto constitucional, aditando emenda, permitindo uma recondução, por igual período, justificando que assim devia ser feito para dar cumprimento a ‘grandioso programa’ de realizações que pretendia ainda executar.

O terreno foi sendo previamente preparado e devia contar com fatores bastante persuasivos para que se rendessem com demasiada facilidade às mudanças insinuadas, a ponto de colocar à margem tudo o que pudesse representar obstáculo à acolhida das proposições, logo se passando à promulgação de discutíveis Emendas Constitucionais, acordos com o esboço encomendado, tudo se cumprindo em forma demasiadamente simplória, sem levar em conta os aspectos fundamentais que se ressentiram, devendo-se dizer, que ausentou-se o próprio tratamento dignificante que a matéria dessa ordem comportava, sendo recebida com indiferença, ou até mesmo, com desprezo, em razão dos interesses personificados, resolvendo-se na forma postulada, por ser matéria que foi decidida somente por personalidades congressionais, sem qualquer **participação direta do povo**, como era devido, colocando-o de escanteio, por receio de sua manifestação em plebiscito ou referendo, como essencial à legitimidade de matéria

desse quilate.

A investida terminou com a inclusão dos anseios continuístas que reapareceram, indispondo-se com a histórica tradição republicana brasileira, contrária a mandatos executivos contínuos, - assumindo características atrabiliárias ou despóticas - como nesse caso ocorreu, agravado pela circunstância de manterem-se os governantes nos próprios cargos de natureza eletiva, com o privilégio a que fosse sustada a inelegibilidade em seu sentido rígido como prevalecia, abrindo extravagante caminho a uma estapafúrdia elegibilidade ininterrupta, intercalada em ocasião que absolutamente não poderia ter ocorrido, tanto mais por ser conduzida pelos que deveriam figurar com o maior volume de responsabilidade, quando esta foi transitoriamente afastada, para mais se acumularem de estonteantes regalias, quando a matéria configurava caso típico de inelegibilidade, que se não pode desfazer por personalistas conduções políticas, acarretando insuportáveis retrocessos continuístas, com elevado prejuízo ao desenvolvimento nacional. Tratava-se de valor fundamental por assestar-se sobre as condições de elegibilidade e de inelegibilidades, em mudanças que gravemente afetavam, como afetaram, as garantias supremas dos valores da liberdade e da igualdade. O agravo à **liberdade** ocorreu por não se cumprirem os definidos limites que deveriam ser rigorosamente observados, e que foram violados para inserção de incompatíveis alterações **intuitu personae**, com alcance personalista, por inclusão de norma admitindo que exclusivamente os candidatos de setores governantes poderiam disputar com o privilégio de permanecerem em seus respectivos cargos; enquanto a **igualdade** viu-se conspurcada, quando se estabeleceu uma categoria de elevado teor elitista, em que somente estes foram bonificados com a dispensa de afastamento dos cargos ocupados, sem que estivessem incluídos na exceção constitucional, da tradição histórica que recai sobre os membros dos órgãos parlamentares, todos os restantes de



servidores tiveram, sem outro tipo de exceção, de cumprirem com o acatamento ao preceito da plena igualdade entre todos os demais, não havendo razão para essa grave disparidade, violentando os postulados democráticos que tanto se procurou tornar invulneráveis, não fossem essas violentações, as quais em verdade, conspiram contra os princípios mais exatos da ordem democrática.

O Brasil procurou assegurar a sua normalidade constitucional, acreditando que a consolidação política não mais seria danificada ou desfeita e continuaria em crescente progressão democrática. Essa progressão na ordem constitucional não podia acontecer, como em realidade ela não aconteceu, pois não demoraram a que logo procurassem debilitar as resistências do próprio ordenamento constitucional, com a apresentação de emendas constitucionais formuladas e apresentadas por membros do Congresso Nacional, provocando algumas reversões. Em compensação, muitos foram os parlamentares que cumpriram afanoso e contínuo trabalho, com destacados exemplos de devotamento que se refletiram nos resultados obtidos com a obra constitucional empreendida, promulgada em 5 de outubro de 1988, pela qual o povo atualmente se rege com a fundamental harmonia que por ela se estabeleceu, na esperança de que fosse cumprida a promessa feita no Estatuto Político de levar adiante a responsabilidade de **construir uma sociedade livre, justa e solidária.**

A seguir começaram a promover dissimuladas alterações no texto constitucional com propósito de interceptar os efeitos em vigor e manobrar no sentido de começar a retirar com extrema desenvoltura algumas de suas características, desse modo concorrendo para o enfraquecimento de suas resistências, com a progressiva eliminação da técnica de rigidez, obviamente, para que perdesse a Constituição a fortaleza que lhe é atribuída pelo princípio da supremacia constitucional, embora procurem confundi-

la, sem plausível motivo, com ordenamentos flexíveis, de precária estabilidade e de inferior alcance jurídico.

Procuraram realizar manobras com investidas feitas através da apresentação de emendas constitucionais, com retalhamento e parcial descrédito do sistema constitucional, instigando na prática a ruptura da harmonia estabelecida, para fustigar a própria idéia-força da Constituição, e com isso colherem perniciosas e impertinentes vantagens com atropeladas manobras para desvio de seu curso, atingindo pontos essenciais e nevrálgicos da ordem política com mutilações realmente nocivas à continuada prosperidade da ordem democrática, quando foi possível perceber as astuciosas escaramuças armadas, não somente como adversários e sim como verdadeiros inimigos, pelos aspectos predatórios, muito embora fossem todos nesse contexto cidadãos da ordem política de uma mesma nacionalidade.

Não admitiram persistissem com as suas características essenciais, preparando alterações que desacomodassem esse tipo de rivalidade que seria passageira, e mesmo assim mantiveram por um tempo que não conseguiram conter, embora cuidassem apenas de conservar formalmente as suas aparências, quando os desígnios políticos não se acomodavam em seus propósitos, realizando escavações institucionais, mutilando-as com emendas, para que fossem excluídos alguns preceitos, e outros fossem lançados para que alguns desígnios políticos pudessem ser pessoalmente implantados por seu patrocinador.

Conservaram as suas exterioridades formais, desfigurando porém algumas características em seus aspectos substanciais, ainda que por diminuto tempo, em sentido apenas aparente, sem procurar efetivamente integrá-las à normalidade constitucional. Assim, mais uma vez apropriaram-se das instituições políticas e eleitorais para impingir alterações políticas em personalíssimo

caráter, quando o regime prosseguia em sua plácida normalidade constitucional, como pensávamos estar, e que assim fosse devidamente cumprido pelos órgãos públicos participantes, ao modo que deviam velar em prol do mais exato cumprimento de sua autêntica legitimidade. E somente no fato da ocupação do cargo eletivo de maior grandeza e influência nacional implicou um maior volume de responsabilidade, por ocupar o cargo de maior dignidade no país, quando afora os dirigentes dos órgãos executivos, todos os auxiliares permaneceram cumprindo os afastamentos obrigatórios como condição necessária à elegibilidade, caso na verdade pretendessem, da mesma maneira, concorrer a postos eletivos, invertendo-se o direcionamento das cautelas adotadas, assestadas sobre os menos influentes, enquanto todas as vantagens e liberalidades se acumulavam para facilitar os percursos eleitorais dos que retinham o domínio ostensivo nos próprios cargos ocupados pelos governantes executivos, os quais estimularam aqueles que os ocupavam, exatamente os integrantes do maior escalão a prescindirem do cumprimento da exigência republicana, sempre rigorosamente observada no Brasil, quanto ao afastamento obrigatório do candidato, para desincompatibilização, tanto quanto foi sempre cumprido nas eleições brasileiras.

De modo algum cabia que uma cláusula de favorecimento fosse às pressas e indevidamente implantada pelo Presidente da República e, por causa dele, distendendo-se aos Governadores de Estados e, nessas alturas, compreensivelmente, também aos Prefeitos Municipais, ficaram acomodados nos próprios cargos ocupados, por súbitas mudanças no texto, como os únicos candidatos que conquistaram mandatos sem cumprirem o dever ético e jurídico na tradição brasileira de afastamento obrigatório do cargo, assim somente ocorrendo em fases ditatoriais, isso porque em tais períodos nem mesmo havia tempo delimitado, porque tudo correria de acordo com a vontade exclusiva dos governantes

autocráticos, ficando portanto caracterizado mais esse tipo de retrocesso, exibindo ainda insuportável discriminação, em afrontoso acinte à **liberdade** e à **igualdade**, indiferente ao preceito constitucional de que “**todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza**”, regra de vigência fundamental que de maneira alguma poderia ser imolada.

O princípio dominante no Brasil a partir da Revolução de 1930 foi de manter um elenco de regras definidoras dos requisitos à elegibilidade, outro tanto sendo feito quanto aos casos determinantes de inelegibilidades, e assim prosseguiu nos períodos em que o regime democrático manteve-se em regular funcionamento, para recolher-se depois quando os elementos da genealogia eleitoral foram arbitrariamente acolhidos em emendas constitucionais as quais de maneira alguma poderiam merecer exequibilidade, fazendo nesse particular ressurgir o autoritarismo, abalando os preceitos inabaláveis tornando imprevisíveis as diretrizes do regime político.

Quando as comportas do autoritarismo foram rompidas com a convocação das eleições, as forças políticas apressaram-se nas providências da reorganização dos partidos políticos e paralelamente cuidaram de restaurar, com ligeiros retoques, o sistema eleitoral, já com inclinações pelo pluralismo político e ao mesmo tempo reforçado pelo pluripartidarismo, firmando-se a gênese dos partidos na linhagem associativa, cujos rumos sempre possuem sentido ascensional, ou seja, iniciando-se de baixo para cima, por isso mesmo devem cumprir duas fases em sua evolução, iniciando-se em caráter privado, “na forma da lei civil”, para depois adquirir lastro público com o registro dos estatutos partidários no Tribunal Superior Eleitoral, em conformidade com o § 2º, do art. 17, da Constituição Federal.

No Brasil sempre os candidatos desvincularam-se dos cargos

públicos ocupados para que pudessem concorrer a investidas eletivas, com exceção apenas admitida de reeleição, exclusivamente nos casos de renovação dos mandatos legislativos. Do contrário, as inelegibilidades não teriam razão que as justificassem, porquanto servem para impedir que os mandatos eletivos de qualquer modo pudessem a ser transpostos para qualquer modalidade de investidura, razão bastante a que existam e sejam mantidas as barreiras impeditivas ao continuísmo, pelos seus nocivos efeitos à renovação política, não podendo as oportunidades de acesso às investidas públicas adquirirem caráter ininterrupto, comportando a ressalva feita exclusivamente à investidura nos órgãos parlamentares.

A periodicidade das eleições destinam-se a dar ensejo ao povo de contar com renovados titulares aos cargos eletivos, havendo por isso precisa delimitação temporal, para ensejar mudanças dos figurantes, por ser esse o verdadeiro sentido dos requisitos à elegibilidade e de cláusulas de inelegibilidade, e pelo mesmo motivo impedir o pernicioso continuísmo político, com o enraizamento de dominações cativas, impedindo a normal acessibilidade aos mandatos eletivos, afastando-se do pegajoso método oligárquico, reservado às castas privilegiadas, eles próprios considerando-se donatários dos cargos políticos e merecedores da elasticidade de permanência consecutiva, quando a reeleição somente respeitará os postulados democráticos fundamentais, apenas reconhecendo cabimento à reeleição para os ocupantes de cargos parlamentares, federais, estaduais e municipais.

Procederam, no entanto, como se a inelegibilidade não tivesse mais qualquer valia no sistema eleitoral brasileiro, uma vez que as correspondentes barreiras apresentaram-se como se tivessem sido descartadas e nada mais representassem, para que pudessem agir na mais completa desenvoltura, suprimindo efeitos inerentes às

inelegibilidades, colocadas em estado de absoluta inércia,

Tem havido elevada desproporcionalidade no tratamento de candidatos, em favor daqueles que recebem bafejo do poder dominante, e disso se aproveitaram, a partir da própria circunstância de terem armado esquema normativo que lhes fosse diretamente conveniente, e os outros que cumpriram a norma do afastamento sem qualquer bonificação eleitoral, com enorme ruptura da isonomia jurídica revelada nas posturas oficiais dos próprios candidatos privilegiados.

Houve, portanto, ruptura das tradições históricas brasileiras, salvo nos indefinidos períodos de absolutismos - os quais, obviamente, não mereciam computar a não ser como testemunho do típico caráter ditatorial, apoiado em tramas abusivas e com danosos efeitos ofensivos ao regime democrático que foi violentado, demonstrando desprezo à tradição republicana que assim repelia, dando mostras de indiferença a tudo e a todos, preparando-se para arrastar ainda os mesmos objetivos continuístas, quando havia vedação constitucional à investidura consecutiva a um mesmo cargo Executivo, recobrando-se dessas regalias tal como eram praticadas nos períodos de exceção, e isso ficou bastante claro.

A concepção democrática foi agravada em virtude da redução imposta, sujeitando-se à vontade exclusiva de um conjunto restrito de autoridades, fora dos limites de suas competências, quando seria o povo diretamente ou através de seus representantes que estariam habilitados a empreender qualquer inovação na ordem constitucional consagrada, nunca porém em sua parte fundamental da supremacia constitucional, pois os limites de competências de autoridades não se elastecem à proporção que elas assim despoticamente o queiram, quando deveriam os titulares executivos manterem-se no cumprimento das competências

estabelecidas, pois não podem os órgãos executivos intervir nas edificações constitucionais originais ou por emendas ulteriores, sendo matéria que começa e termina com o povo e os participem das atividades propriamente constituintes.

Certo é afirmar com **Friedrich Müller** - “**Quanto mais** o “povo” for idêntico com a população no direito efetivamente realizado de uma sociedade constituída, **tanto mais** valor de realidade e conseqüentemente legitimidade terá o sistema democrático existente **como forma**. (**Quem é o povo?** - A questão fundamental da Democracia), trad. de Peter Naumann , São Paulo, Editora Max Limonad, 1988, p. 111 ).

Tiveram os valores democráticos de suportar amargos incômodos e revezes, com atabalhoadas mudanças preparadas com inusitado açodamento, carreando desfigurações, dismantelos e incoerências nos postulados inerentes ao regime das inelegibilidades eleitorais.

Supreendentemente, o mandonismo reapareceu ocupando espaços políticos com demasiada ambição, procurando extirpar peremptórias vedações constitucionais com a imposição unipessoal na busca de duplicada e ininterrupta elegibilidade, apesar de repudiada historicamente a reeleição em cargos executivos desde a Proclamação da República, porque determinados preceitos constitucionais tornaram-se incômodos, por seu caráter inapelavelmente impeditivo, porquanto essas práticas se haviam encerrado com a queda da Monarquia, não em razão do próprio Imperador, mas pela incompatibilidade absoluta com a República, sobretudo de objeções com os valores de natureza política. Investiduras de períodos elastecidos se haviam encerrado com a queda da Monarquia, mas pelas sérias e irredutíveis barreiras impostas pela ordem democrática que repelia qualquer coisa que fosse expressão, mesmo simbólica, do sistema monárquico.

Cabe também dizer que os princípios democráticos que foram delineados com harmônica coerência metodológica e precisão técnica, abalaram-se com os avanços despoticamente feitos, com súbitas e discriminatórias mudanças que atingiram o rígido sistema das inelegibilidades, removendo todo e qualquer obstáculo cuidadosamente instalado, assim sendo feito para que não houvesse possibilidade de ser obstada a duplicação de períodos de mandatos, que a ordem republicana sempre repeliu, com a mais justa razão, para resguardo de seus compatíveis perfis jurídicos e por temor a apropriações caudilhescas, que pudessem arrastar o Brasil, a movimentos retrógrados, ao colocar-se contra os escorregiosos métodos que antes prevaleciam e foram vantajosamente mantidos.

Nesse episódio, o sistema das inelegibilidade apresentou-se com alguns de seus preceitos obstativos serem subitamente descartados, para que a solução inversa se instalasse, passando a ter caráter permissivo, quando se consagrara o sentido proibitivo, não pela mudança em si, mas pelo sentido manipulatório acoplado a determinadas emendas constitucionais, acompanhadas por leis de transitória eficácia, estas quase sempre no exclusivo intuito de cooptação de determinados caciques políticos, a ponto de ficar configurada como espúria na situação equacionada.

Despoticamente, não levaram em consideração que os princípios norteadores de inelegibilidade, conforme o caráter rígido da modulação constitucional em suas matrizes jurídicas, apesar das cautelas normativas na fase de elaboração, tudo foi passível de revolvimento, burlando-se a rigidez constitucional que sempre constou como inabalável barreira desde que o Brasil se fez República, repeliu reeleições executivas, e não seria apenas por razões pessoais que a prática brasileira republicana renegaria o critério que sempre foi considerado fundamental, e não seria com



argumento dessa natureza, estritamente fora dos padrões consagrados, que se faria admissível a mudança da fórmula impeditiva da reeleição presidencial, por afetar seriamente a problemática da legitimidade em seu aspecto originário, evitando os riscos e efeitos nocivos do continuísmo, sempre suplantando as regras impeditivas que devem ser iguais para todos, sem admitir exceções, que nessas situações sempre se tornam perniciosas, pelo excesso na auto-estima.

Pelo menos esse magno assunto deveria ter motivado aproximação direta com o povo para a ele submeter a idéia em plebiscito ou referendo, não podendo ser resultante da vontade exclusiva do dirigente executivo, como se tudo ficasse a ter dependência única, sem levar em conta os demais poderes estatais, a ponto de nem mesmo afastar-se ocasionalmente do poder, em cumprimento da regra de desincompatibilização que todos os demais respeitaram com simplicidade, insistindo por regras personalizadas como a da reeleição, a ponto de nem mesmo submeter-se ao afastamento do cargo para a esta concorrer, em forma de imposição, quando os candidatos a todos os demais cargos, sempre observaram os fatores determinantes de inelegibilidade, vigorando para os demais cidadãos brasileiros o fator impeditivo em respeito ao princípio da igualdade entre todos os postulantes a cargos, fossem quais fossem as pessoas e as situações apresentadas, nenhuma outra correu atrás de regras de privilégio, todas as demais cumpriram os requisitos estabelecidos de modo igual para todos, sem que discordassem de seu cumprimento, não se furtando a colocar-se coerente e fiel às regras do jogo, não pleiteando o que pudesse acarretar situações desigualitárias, causando agravos aos postulados democráticos que precisam ser mantidos inabaláveis para comprovação da autenticidade do regime, sem deturpações que espezinham o público, violentam e denotam elevados requintes megalômanos, com o acentuado sentido de desprezo ao próximo, cumprindo

fossem mantidas inalteradas as regras do jogo a que todos exemplarmente se deviam submeter aos preceitos constitucionais com a sua rigidez, sem disputar privilégios como fez a grande maioria do povo.

O regime é democrático, o qual viverá enquanto não forem sendo descartados os seus postulados essenciais, não podendo ser o povo excluído, por ser ele o elemento fundamental da vida democrática, cabendo-lhe, pelo menos, o direito de influir na renovação periódica dos dirigentes e no acatamento aos seus direitos. É preciso que o princípio da irrelegibilidade retome a sua intocabilidade, sem admitir voltem a ser maculadas com súbitas e ocasionais mudanças que não encontram qualquer acolhida na tradição histórica brasileira desde que a República instalou-se com o encerramento da continuidade Imperial, constituindo regressão que conspira contra os fundamentos republicanos e democráticos.

Nesse sentido, com extrema habilidade encontrou a Inglaterra modo de ajustar a sua organização monárquica, apagando quase por completo a interferência política da Câmara dos Lordes, enquanto mais se foi avolumando o potencial democrático na Câmara dos Comuns, não somente pela eletividade de seus membros, sobretudo porque pode haver redução dos mandatos vigentes, por dissolução a ser adotada, pondo termo em sua atual composição para que se efetive nova eleição, assumindo então o povo renovada e decisiva oportunidade, em tempo antecipado, a ter atuante papel político no exercício do sufrágio, em conformidade com as motivações conjunturais, sufragando os candidatos que estejam mais sintonizados com as tendências das forças majoritárias que se tornarem dominantes pelo laudo popular.

Afora esse tratamento diferenciado com inclusão de normas impróprias, cabe ainda dizer que o povo, mais uma vez na história republicana, a tudo assistiu e acatou silente, agora, e deverá

continuar sempre assistindo, o que também é feito através dos meios de comunicação, sempre muito perto do povo, não o deixando mais à margem e indiferença quanto às mudanças, sem entender o claro e verdadeiro alcance político, em razão das sutilezas de técnica jurídica que conspiraram contra a tradição brasileira desde que o Marechal Deodoro da Fonseca promoveu com os seus companheiros a Proclamação da República, admitindo que não mais seja assim no presente pelos efeitos dos meios de comunicações e da opinião pública.

### **3. Os valores que integram a legitimidade democrática no vigente Estado de Direito no Brasil.**

Não podemos descurar que para a autêntica realização e funcionamento do regime do povo, deveria pautar-se nos padrões de legitimidade, tal como foram configurados no vigente Estado Democrático de Direito, após o reconhecimento de suas características políticas, sociais, jurídicas e éticas, compondo os valores axiológicos fundamentais, quando ainda se ressentiam da efetividade de alguns postulados que não se completaram, sendo encontrados e têm ainda persistido com embaraços instilados no propósito de inviabilizar as inovações referentes aos compromissos democráticos incorporados nos “**objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil**”, no elenco do artigo 3º da Constituição Federal, que devem ultrapassar os tradicionais desempenhos representativos, ao acrescentar responsabilidades que possam atrair a contribuição de diferentes organismos privados e públicos, que compartilham das dificuldades básicas da coletividade a ser atingida, constituindo exigências humanas que não mais podem ser mantidas em ornamental inércia, pois algumas dessas **alterações constituídas**, não as propriamente constituintes, nem sempre beneficentemente, foram esquecidas e que deviam ser levadas adiante, e nem ao menos tentaram, quanto à aplicabilidade do compromisso constitucional com os “**objetivos**

**fundamentais da República Federativa do Brasil**, “implantados no art. 3º, da Magna Carta de 1988, no seguinte teor:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminações.

Assim compreendendo, foi dedicada razoável focalização sobre a Democracia e as suas afinidades com os Partidos Políticos, pelas características que assim afloram: **a**) haver na atual Constituição Federal uma definida organização democrática com as suas características fundamentais inconfundíveis; **b**) na moldagem da democracia brasileira pode-se reconhecer peculiar forma de vida em que o homem é colocado ao centro das preocupações nos diferentes aspectos existenciais; **c**) a efetividade das garantias dos direitos que lhe são assegurados e igualmente o respeito que lhe é devido; **d**) o reconhecimento da dignidade à pessoa humana, isso implicando na presunção de inocência, enquanto não houver demonstração em contrário e julgamento definitivo por competente autoridade judiciária; **e**) repulsa a cerceamento à liberdade com o descumprimento do devido processo legal; **f**) no processo judicial ou administrativo devem ser aplicadas as normas do contraditório e da ampla defesa, sob pena de nulidade; **g**) a toda pessoa com regular sanidade, assiste na faixa etária iniciada aos 18 anos de idade, direito à inscrição eleitoral, e ao livre exercício do voto igual, direto e secreto; **h**) qualquer forma de constrangimento ao eleitor na emissão de seu voto constitui crime eleitoral, sujeito às penas da lei.

São esses os primeiros alicerces erguidos à sustentação da democracia, nunca esgotando as suas possibilidades inovadoras em prol do bem comum, sendo aconselhável manter-nos atentos e tolerantes a nosso próximo e respeitosos ao pensamento alheio,

ainda que dele discordem, sensíveis ao surgimento de novas idéias, demonstrando perseverante disposição ao ajustamento às contingências de cada época, tentando eliminar os anacronismos, embora dispostos a discutir livremente novas formulações institucionais, bem como analisar os aspectos inéditos que possam servir ao aprimoramento do modelo político vigente, para idôneo proveito da coletividade.

Contamos, portanto, com elementos estruturais de elevada significação, e por melhor que possam ser, o que se torna necessário nessa atual situação é que sejam eles levados à efetiva aplicação, para que os resultados possam ser favoravelmente colhidos para que a sociedade democrática crie raízes firmes e passe a revelar os seus benéficos efeitos de solidariedade humana, por se tratar de fator de vital importância coletiva.

Necessário compreender que a propagação e a perseverança da democracia dependem, acima de tudo, da motivação que nela de fato esteja sendo encontrada pelo povo, não apenas pela grandiosidade de seus postulados, mas pelo efetivo estímulo ao acesso a informações, de modo a que todos se capacitem nas atividades participativas de um modo geral, credenciando-se a acompanhar assuntos de particular e geral interesse que merecem atenção pública, que não tenham, obviamente, caráter sigiloso e não contenham plausível motivo que os impeçam, acreditando possam contribuir para fazer estancar as investidas que colocam acima de tudo as insaciáveis ambições de poder, sem pensar nas oportunidades que não se podem acumular sobre poucas pessoas, quando muitos outros devem contar com elevadas e notórias qualificações para investidas eletivas e no acesso às atividades profissionais.

Mas por maiores que possam ser as manipulações arquitetadas e os agravos à ordem constitucional, é de maior

importância, sobretudo, que os Poderes estatais não disputem predominâncias entre si, porque isso seria o início da discórdia interna e abalo aos postulados democráticos, os quais se podem ampliar de modo indevido nas áreas de suas influências, quando a organização constitucional já empreendeu a distribuição de competências que lhes são correspondentes, e estas não se elastecem, nem se transmudam ao sabor da vontade das autoridades que ocupam essas posições públicas, que se devem ater aos seus específicos limites, não havendo competências que possam ficar vagas e expostas a apropriações, tendo limites definidos onde esbarram, não comportando atribuir maior elastério ou impor reduções, para não manter-se em flutuações que lhes queiram dar as autoridades ocupantes dos cargos, pois as competências não se incorporam aos que as exercem, integrando-se às funções para seu regular exercício pelos que nelas estejam regularmente investidos.

Com efeito, os três Poderes ocupam áreas funcionais distintas, mas mesmo assim nenhum deles tem monopólio para expandir-se a título exclusivo sobre as diferentes funções, conquanto tenha cada um deles determinado aspecto em caráter preponderante, pelos quais ficam melhor qualificados, sendo todos três de igual modo autônomos, tanto que as funções não são disponíveis apenas ao Poder a que esteja substancial e mais diretamente vinculadas as atribuições, constando parcelas de competências que projetam a sua funcionalidade mediante atribuições que figuram também nos demais Poderes em caráter de exceção institucionalizada, para que todos três compartilhem das responsabilidades em determinados aspectos específicos, em razão de afinidades temáticas.

Pode-se, desse modo, aquilatar o sentido exato da fórmula consagrada na Carta Magna, colocando com meridiana clareza os efeitos lesivos que decorreriam do isolamento entre os Poderes, com elevada prejudicialidade ao regime político, por falta de

integração e de flexibilidade funcional, ou seja, atropelando as recíprocas colaborações, quando pretende o sistema estimular a harmonia e a independência entre os poderes. Do contrário, estaria levando a confundir o sistema da separação dos poderes, que é concepção bastante diferente na compreensão hodierna, não havendo isolamento entre os poderes, uma vez que tem prevalência a harmonia entre os poderes, afastando-se hoje o divisionismo isolacionista, para afirmar-se razoável integração.

Aliás, no contexto da problemática relacional entre os poderes constam relevantes postulados que não poderiam ser descurados, porque servem como elementos fundamentais de controle, destacando-se o método dos freios e contrapesos (**cheks and balances**), em que cada poder procura, ele próprio, manter-se em seus precisos limites e, ao mesmo tempo, cuidar da preservação das próprias competências, vitalizando-as, para que ocupem os seus definidos espaços, não admitindo em nome da própria honra seja usurpado qualquer quinhão das competências que lhes estão confiadas, as quais embora não lhes pertençam, são em verdade por elas responsáveis, motivo a que não possam permanecer inertes, ao arrepio de suas obrigações funcionais.

Esses valores procuram estabelecer uma couraça de proteção aos direitos inalienáveis, aqui a florados, em tal ordem de grandeza, que os capacitam a preservar a **Democracia** de perigos capazes de afetar a sua sobrevivência, acreditando-se que nessas condições o povo levantar-se-ia nas ruas de suas unidades federadas, e de suas municipalidades, e com essa disposição do povo, por maiores que fossem as manipulações arquitetadas e os temores que despertassem, saberia o povo, sem dúvida alguma, demonstrar a força que se desencadearia pelo clamor público, do povo coeso, sendo de admitir-se, por exemplo, que seria somente nessa situação extrema que o **Supremo Tribunal Federal** não hesitaria em acolher a convocação que nessa circunstância lhe

fosse dirigida, atendendo-a no louvável e criterioso propósito de evitar o desmoronamento caótico das instituições.

#### **4. A Medida Provisória e as controvérsias suscitadas: aparecimento e expansionismo.**

Verifica-se que a conjuntura política revelou-se mais uma vez acomodatória ao ratificar o habitual continuísmo personalista, articulado novamente ao presidencialismo, deixando por isso as instituições de contarem com pertinente método de controle, trazendo-se como exemplo o amudado uso da medida provisória, levando à depreciação e extraviando-se por falta de ponderado comedimento em sua aplicação, tanto mais porque substancialmente a manufatura do citado instrumento integrava-se aos padrões parlamentaristas, uma vez que atenderia ao propósito de versatilidade exigida perante o sistema pluralista do Governo de Gabinete ou de Conselho de Ministros, nunca porém para conceder ainda maior reforço aos mananciais autocráticos presidencialistas, quando seria mais apropriado reduzir ou conter as suas freqüentes e notórias extrapolações.

Antes de tudo conviria ponderar que se trata de matéria diretamente correlacionada ao processo de elaboração congressional, que estaria sendo, nesse ponto, restringido em atividade típica de elaboração legiferativa, mais do que qualquer outra coisa, não havendo qualquer razão que assim justificasse, visto não envolver problema estratégico de segurança, de calamidade pública ou danos de elevado vulto econômico, sendo necessário acentuar mais uma vez que essa modalidade de competência, exposta como foi de modo tão vago, destina-se a acompanhar o fluxo elaborativo que se encaminhava na montagem dos equipamentos propriamente destinados a mecanismos parlamentaristas, contribuindo para maior e persistente nível de aproximação entre os poderes, pela garantia de eficiência



operacional, desde que sempre se fazem preceder de esclarecedores debates diretos entre os seus membros, culminando nas deliberações adotadas, de um modo ou de outro, com uma solução conclusiva.

Embora tenha sido por puro acaso o relacionamento da Medida Provisória ao Poder Executivo dado persistir o seu caráter unipessoal, a este, porém, não estando ela incorporada, consoante a sua inclusão no conjunto de elementos consignados no Art. 59 do Diploma Constitucional, suscetíveis à elaboração legislativa, a depender de pluralista controle congressional, no propósito de afastar o mandonismo individualista. Não há dúvida haver sido reconhecido ao Poder Executivo, e mesmo ao próprio Presidente da República, a iniciativa do respectivo processo legislativo, com a aplicabilidade imediata, não apenas pela invocação feita, mas em sendo efetivamente verificado o cumprimento dos requisitos impostos: quanto à **relevância da matéria**, a **urgência** submetida ao **imediato controle do Congresso Nacional**, para seu reconhecimento “com força de lei”, exaurindo-se a sua eficácia se não for obtida, no prazo de trinta dias, a sua conversão em lei.

Todavia, no caso de encontrar-se em recesso o Congresso Nacional, deve ser este convocado extraordinariamente, reunindo-se no prazo de cinco dias, observando-se com máxima precisão o disposto no art. 62 e seu Parágrafo único, e ainda de submeter-se aos ditames do art. 49, em seus incisos **X** e **XI**, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Não pode ser obscurecido que a forma e o volume usados com a **medida provisória** atraíram para ela forte antipatia da coletividade, dando motivo a críticas as mais veementes, convertendo-se em fator bastante repudiado, à medida em que mais cresciam plausíveis motivos de descontentamento público, tudo assim se passando à falta da pronta adoção de eficaz

providência, tão logo os transbordamentos começaram a ser praticados, a ponto de embarçarem-se as competências dos três Poderes, que deviam atuar independentes e harmônicos em suas específicas e delimitadas parcelas de responsabilidade, não comportando permanecessem imobilizados ao aguardo de fatos graves que pudessem advir, sabendo cada um dos integrantes dos três Poderes das competências pelas quais são responsáveis, não podendo ser entendido de outro modo, salvo em caso de omissão das partes atingidas ou de afrontoso abuso de poder.

Nesse sentido, expõe **Konrad Hesse** que “ todos os interesses momentâneos - ainda quando realizados - não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda. Como anotado por **Walter Burckhardt**, aquilo que é identificado como vontade da Constituição “deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático”. Aquele, que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, “malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado” ( A Força Normativa da Constituição, trad. de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Editor - Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 21/2 ).

## **5. As formas de governo com as características diferenciações que as qualificam.**

Aristóteles começa as suas apreciações sobre as formas de governo, levando em conta “que o governo é o exercício do poder

supremo do Estado. Este poder só poderia estar ou nas **mãos de um só**, da **minoría**, ou da **maioría das pessoas**” ( *A Política*, trad. de Roberto Leal Ferreira, São Paulo, Martins Fontes, 2ª ed., 1998, p. 105 ).

Afirma depois “chamar-se **monarquia** ao Estado em que o governo que visa a este interesse comum pertence a um só; **aristocracia**, aquele em que ele é confiado a mais de um, denominação tomada do fato de que as poucas pessoas a que o governo é confiado são escolhidas entre as mais honestas, ou de que elas só têm em vista o maior bem do Estado ou de seus membros; **república**, aquela em que a multidão governa para a utilidade pública; este nome também é comum a todos os Estados” ( ob. cit., p. 106 ).

Então adverte que “estas três formas podem degenerar: a monarquia em **tiranía**; a aristocracia em **oligarquia**; a república em **democracia**”. Acrescenta adiante ser possível “dizer ainda de um modo um pouco diferente, que a tiranía é o governo despótico exercido por um homem sobre o Estado, que a oligarquia representa o governo dos ricos e a democracia o dos pobres ou das pessoas pouco favorecidas” ( ob. e p. cit. ).

A palavra **democracia**, segundo HERÓDOTO, “foi mencionada pela primeira vez em reunião da Assembléia dos sete persas Otanes, quando opinaram pela implantação de um **governo democrático** como o mais vantajoso, surpreendendo o fato aos gregos que não quiseram convencer-se”( *HISTÓRIA*, trad. de J. Brito Broca, Editora Tecnoprint S. A., Livro VI, XLIII, p. 282/4 ).

Na introdução de sua excelente obra – **As Democracias Antigas – A CROISSET**, esclarece que “a palavra democracia é grega, como a idéia que ela representa. Foi na Grécia que nasceu a

democracia: aí, livremente e completamente, evoluiu, em grande número de cidades. O ciclo de suas transformações operou-se com tanta freqüência e de um modo tão regular que os filósofos fizeram dela uma teoria. Sucedeu a essa experiência social o mesmo que à evolução artística e literária: a Grécia, durante os quatro ou cinco séculos da sua vida ativa e autônoma, apresentou nesse particular, ao mundo, um quadro perfeito, um verdadeiro exemplo típico, em que a vida palpita, mas cujos traços se acham concatenados por uma lógica íntima. É, pode-se dizer, sobretudo em Atenas que essa evolução política é mais conhecida. Outras cidades gregas estabeleceram a democracia, mas, relativamente a elas, possuímos apenas informações muito fragmentárias, para que se possa seguir a sua história em todas as fases e traçar a sua imagem precisa” (ob. cit., Paris/Rio de Janeiro, Livraria Garnier, 1923, p. V e VI).

Somente a grandeza das realizações gregas nas mais diferentes polarizações lograram merecer a convergência de atenções dos diferentes povos, tanto quanto para eles continuamos nos voltando no presente, com o propósito de rememorar aquelas gloriosas épocas de esplendor cultural em seu passado, destacando o apogeu civilizatório atingido, principalmente, em Atenas, com a criação da democracia, monumental empreendimento que vem sendo renovado nos tempos atuais por muitos países.

Pretendemos todos, que entre eles se coloque vigorosamente o Brasil, para extrair alentadoras transformações, sem esquecer as experiências recolhidas desse magnífico legado histórico que foi repassado em benefício de toda a humanidade, esperando que os estudiosos mantenham perseverante ânimo e empenho cívico, refazendo idéias que proporcionem o aprimoramento e o fortalecimento das organizações democráticas contemporâneas, utilizando muitos daqueles originais valores, dando-lhes tratamento compatibilizado às exigências atuais e possam afiançar a

preconizada construção de uma sociedade verdadeiramente **livre, justa e solidária**, contando ainda com eficazes procedimentos (**remedies**, ao modo como se referem os ingleses), com tal adequação que não possam ser inviabilizados.

Pelo que foi verificado quanto às diferentes formas de governo, ainda em suas nascentes, pode-se dizer terem existido dois tipos, mais ou menos aproximados – a **monarquia** e a **aristocracia** - constituídos de modo permanente e sem tempo definido, dominados pelos mais elevados estratos sociais, com os aparelhos de governo apoiados em sistemas concentradores em torno de pessoas determinadas, cercadas de pompas e privilégios e, por vezes ocupando escalonamentos estamentais, muitos dos quais de caráter hereditário; em relação a estes contrapõe-se a **democracia** como forma de governo que se dispersa e assim se capacita a acolher diferentes segmentos sociais, encontrando a sua força na solidariedade e na coesão irresistível do número e, sobretudo, na elevada afeição por ela dedicada aos princípios da liberdade e da igualdade, em razão de que se opõe com vigor às incompatíveis discriminações sociais que asfixiam os propósitos de justiça com igual segurança entre os homens.

São, portanto, bastante nítidas as divergências entre a **aristocracia** e a **democracia**, vista aquela, por seu extremado apego ao poder, cortejando-o para desfrutar de influências e privilégios que arrastam profundas discriminações sociais. Por sua parte, a democracia exprime o seu antagonismo à aristocracia pelo acendrado apreço que devota acima de tudo à igualdade, pela visão humanitária que esse valor exprime, com ânimo para enfrentar as espoliações opressoras e as violências contra a dignidade do homem em geral, para manter-se mais aproximado da harmonia social e da recuperadora preponderância dos que sentem o quanto vale o conforto da imparcialidade jurisdicional.

Há ainda a comparar a **monarquia** e a **república** que são entre si visceralmente incompatíveis, uma vez que a monarquia caracteriza-se, via de regra, pela hereditariedade na aquisição do poder e pela sua continuidade sem limitações temporais; enquanto isso a república pressupõe períodos delimitados previstos para o titular do poder supremo, de modo a que se possam operar periódicos revezamentos em sua titularidade. Será porém extraído do contexto da democracia o elemento da eletividade periódica que pode ser aproveitado pela organização republicana, o qual se fará acompanhar da imprescindível participação do povo com os seus sufrágios, na atribuição de mandatos representativos renováveis.

## **6. Atualidade, aprimoramento e continuada expansão do regime democrático.**

Os mecanismos do sistema parlamentarista de governo - pelos países que os deixaram funcionar em sua plena vitalidade - ao que pode ser observado, inegavelmente, têm enriquecido bastante o regime democrático, pela mobilidade de seus processos deliberativos, de modo mais acentuado pela própria capacidade de enfrentar as crises irrompidas e serem quase prontamente dirimidas, sempre que necessário, pela queda do Gabinete ou voto de censura ao órgão governamental móvel. Disso pode resultar, a seguir, a convocação de eleição, cumprindo ao povo direta e sigilosamente, expressar as suas preferências, ao emitir os respectivos sufrágios, ficando assegurada posição dominante à legenda partidária majoritária, conquistando assim o maior número de vagas na representação parlamentar a investir-se.

Até mesmo as monarquias foram-se aproximando e procurando absorver marcantes princípios do consistente e renovado empório democrático, e este por sua parte foi auferindo expressivas contribuições, principalmente a partir do

reconhecimento do campo gravitacionl da responsabilidade parlamentar, nas deliberações políticas primeiramente adotadas na Inglaterra que passaram a garantir o regular equilíbrio das forças políticas, e acima de tudo com os efeitos benéficos que acarretaram para exemplar lisura de suas eleições, ganhando a segura confiabilidade pelos resultados produzidos desde então.

Quando irrompiam divergências mais intensas, logo passavam a enfrentá-las com pertinentes mecanismos parlamentares, de larga e indiscutível aceitação e, sempre aplicados com muito apurmo, resolvendo-se o impasse diante da situação criada, por renúncia apresentada pelo próprio Gabinete, ou então mediante provocação de voto de desconfiança manifestado pela força política adversa. Em caso de acolhida do voto proposto, ou por entenderem os membros do Gabinete conveniente afetar o caso à vontade do povo, seguir-se a convocação da eleição, indicando a data de sua realização. Nesse caso, uma vez definido o resultado da eleição, à vista do que foi verificado na contagem dos sufrágios dos eleitores, caberá à corrente política vitoriosa a formação do novo Gabinete.

Não há dúvida de que a forma exposta é realmente versátil, ao ser possível aplicá-la tanto às formas de governo monárquico ou republicano, conquanto esse aspecto seja deveras importante, para a temática aqui cogitada, porém o que mais sobreleva, indiscutivelmente, é o que se apura em termos do rendimento democrático que apresenta, em atribuir ao sufrágio do povo a formação do corpo representativo, compondo a Câmara dos Comuns, reconhecendo a esse mesmo povo em sua participação eleitoral, a capacidade de confirmar ou modificar os rumos políticos que devam prevalecer, exprimindo a autêntica fibra democrática, como imperativo do caráter parlamentar do governo que assim funciona.

Nas circunstâncias que foram referidas, o Primeiro Ministro seria recebido em audiência com o Monarca, definindo-se pela constituição de novo Gabinete ou dissolvê-lo, abrindo ensejo a que o povo com o acompanhamento dos fatos parlamentares e integrado à opinião pública, torne-se habilitado a firmar posição que se afigure mais compatível à conjuntura, tal como ela se apresenta.

Assim a prevalecer diante da situação criada, pode o Gabinete provocar o voto de censura ou o de confiança, cabendo nesse caso ao Primeiro Ministro acertar a audiência com o Presidente da República ou do Monarca, conforme a hipótese considerada, e conjuntamente definirem a solução afigurada consentânea, e em sendo reconhecida a conveniência da dissolução do Gabinete ou do Ministério, conforme o caso, seria a seguir convocado o povo para eleição, em data acertada, ficando daí por diante a depender da tendência assumida pelo eleitorado: em favor da permanência ou da renovação de seus representantes.

Embora as edificações eleitorais inglesas contribuam à ampliação das bases democráticas nas organizações monárquicas, não se pode deixar de mencionar a redução das atividades governantes emanadas dos próprios monarcas, passando a ser praticamente distribuídas entre o Conselho de Ministros ou Gabinete, a representação popular no Parlamento. Mas haverá primeiro a convocação do povo para a eleição dos novos componentes do Parlamento, oportunidade em que os votantes demonstrarão para qual lado penderá a vontade do povo, com a influência também da opinião pública, sem a menor dúvida.

Em outro ponto também houve expressivo avanço democrático, ao se reduzirem ao mínimo as competências da Câmara dos Lordes (Câmara Alta), especificamente na Inglaterra, por não serem os seus membros oriundos de consagração por sufrágios populares, razão a que não tenha influência nas alterações que afetam o próprio Gabinete Parlamentar.



Ainda se impõe sejam projetados alguns enfoques para dispor de imagens comparativas quanto às degenerações correspondentes a cada uma das formas de governo, decaindo a monarquia em tirania, convertendo-se a aristocracia em oligarquia e, por último, sendo apontada a **democracia** como o correspondente elemento degenerativo da **república**, quando entre essas duas formas agora apontadas, não se estabelecem condições substanciais que denotem como causa determinante da decadência de uma e o correlato soerguimento da outra, por faltarem, entre ambas, os correspondentes pressupostos genéticos, um dos motivos a que persigam objetivos diferentes, sem perspectivas entre eles de confrontos, nada havendo nos dias de hoje a indicar inatas condições predispondo a serem reciprocamente sucessoras uma da outra, nem por afinidades, nem por antagonismos.

Visíveis são, no entanto, os aspectos inassimiláveis entre a **oligarquia** e a **democracia**, por serem diametralmente opostos os princípios que as regem, tendo esta um compromisso de coerência lógica que não pode abdicar, pois a sua envergadura ética e a afinidade com o povo repele concessões que não se coadunem ao apurmo e solidez do estilo seguido, colocando acima de tudo o dever de lealdade aos princípios adotados, sendo essa a razão que inspiram a receptividade e o acatamento coletivos; enquanto isso são sustentadas as oligarquias por estratégicos golpes executados de malabarismos para adquirirem ou não se despojarem do poder, ajustando-se, melíflua e subalternamente, às conveniências dos “donos do poder”, na ocasião, cortejando de todas as maneiras os prepotentes grupos plutocráticos, por certo para estes se mostrarem complacentes, aquinhoando-os com algumas prebendas.

Em síntese, pode-se afirmar serem inconciliáveis em razão de incompatibilidade com os seus respectivos objetivos: a república e a monarquia; a democracia e a aristocracia e, a democracia e a

oligarquia. Acaso alguns desses modelos se desviassem para compor-se com os tipos adversos que lhes são contrapostos, representaria a própria negação de seus objetivos fundamentais, a ponto de desqualificarem-se politicamente e resvalarem, no plano ético, para o mais completo e irrecuperável descrédito.

Auscultando **Tucídides**, verificar-se-á o alto apreço reconhecido à escala axiológica no mundo grego, sempre presente em suas mais diversas atividades culturais, tendo-se disso uma significativa imagem na homenagem prestada por **Péricles**, exaltando os valores cultivados e os feitos heróicos pelos mortos, na Guerra do Peloponeso, na Oração Fúnebre que proferiu: “Vivemos sob uma forma de governo que não se baseia nas instituições dos nossos vizinhos, ao contrário, servimos de modelo a alguns ao invés de imitar os outros. Seu nome, como tudo, depende não de poucos mas da maioria, é **democracia**. Nela, enquanto no tocante às leis todos são iguais para a solução de suas divergências privadas, quando se trata de escolher (se é preciso distinguir em qualquer setor), não é o fato de pertencer a uma classe, mas o mérito que dá acesso aos postos mais honrosos, inversamente, a pobreza não é razão para que alguém, sendo capaz de prestar serviço à cidade, seja impedido de fazê-lo, pela obscuridade de sua condição” ( História da Guerra do Peloponeso, trad. de Mário Gama Kury, 3ª ed., Editora Universidade de Brasília, p. 98 ).

## **7.. O sufrágio eleitoral como elemento de resistência e crescimento da democracia com práticas diretas.**

Da Suíça emergiram em novos moldes outras magnificas contribuições, com renovadas experiências democráticas, aduzindo adaptações que de alguma maneira se ajustavam a aspectos que floresceram em outros tempos, compartilhando da atmosfera que ainda demonstra pulsar com autêntica vitalidade a **democracia direta** ou **democracia pura**, subsistindo até nos

dias de hoje, em Cantões que permaneceram cultivando com enternecimento o periódico reaparecimento da **Landsgemeinde**, em certas localidades, embora praticamente esteja aos poucos desaparecendo o ritualismo adotado, quando os cidadãos se reuniam em logradouros públicos e se travavam debates entre os membros presentes, para logo depois assinalar a tomada de deliberação, erguendo as mãos, indicando assentimento ou discordância - ( **o sim ou o não** ).

À proporção que a densidade demográfica se foi ampliando, reduziram-se as disponibilidades pessoais dedicadas aos trabalhos deliberativos diretos e, por último e ao mesmo tempo, a impossibilidade de encontrar locais que comportassem acolhimento aos participantes, acarretando o continuado declínio do funcionamento nas **Landsgemeinden**, embora persistam estas em alguns pequenos Cantões, de certo modo, por apego sentimental e ainda por finalidades históricas e, até mesmo, com objetivos turísticos e afetivos.

O mais certo foi não haver a Suíça restringido as formas de deliberações diretas, a elas mantendo fidelidade apesar das adversidades decorrentes das mudanças contemporâneas, embora sempre reconhecendo o quanto elas fortalecem e engrandecem as suas afeiçoadas instituições, apesar de **TH. CURTI**, haver comentado nostalgicamente: “quando tudo ficou reduzido a colocar um boletim na urna, não mais havendo a assembléia popular, mais nada que despertasse a responsabilidade e a dignidade, sem discursos animados, sem inflamadas e persuasivas discussões. Sem nenhuma dúvida o voto das cédulas nada tem para comparar-se às **Landsgemeinden**, realizada em céu aberto e com um cerimonial imposto por sua antigüidade” (TH. CURTI, **Le. Referendum - Histoire de la législation en Suisse**, trad. de Jules Ronjat , Paris, V. Giard & E. Brière, 1905, p.351 ).

Contudo, a estrutura e os valores democráticos não sucumbiram, porque enquanto as **Landsgmeinden** ficaram contidas em áreas de reduzidos tamanhos, também ficaram mais raras e bastante reduzidas as influências deliberativas, dando motivo a que se fosse ampliando, consideravelmente, o eficiente alcance institucional do **referendum**, comprovando a confiança nele depositada pela coletividade.

Nesse sentido, ganha importância o comentário de **CURTI**, ao destacar que “o **referendum** na Suíça tem sido fecundo em seus resultados, encontrando na opinião pública e na vontade geral uma maior influência sobre a legislação e sobre o conjunto da vida pública, tanto que os Conselhos que não são muito dispostos, quando podem agir com a sua própria autoridade, transformando-se em uma classe particular, como uma casta mais preocupada com os seus próprios interesses do que com o interesse geral. As votações populares relembram aos parlamentares seus deveres; incita-os a procurarem de novo o contato com o povo, segundo a expressão empregada um dia pelo Presidente dos dois Conselhos de Assembléias federais, depois de uma decisão popular energicamente negativa.”

E prossegue, declarando-se o citado autor “convencido de que o **referendum** não impediu pouco do bem que nos quissem fazer, mas nos protegeu de muitos males, pelo único fato de que se apresentava diante de nós como uma advertência. Creio ser possível afirmar que, malgrado a possibilidade de movimentos retrógrados, longe de condenar a democracia à estagnação, tem ele impulsionado o progresso de modo estável e continuado” (id. *ibid.*, p. 357 ).

Pode-se afirmar que a **Landsgemeinde** não se evaporou, consumida pelo tempo, tendo havido um processo de ampliada integração no **Referendum**, razão a que voltasse a esclarecer **TH.**

**CURTI** que “os dois derivam de um único e mesmo princípio: a democracia pura o governo direto do povo. No primeiro caso os cidadãos reúnem-se em um mesmo lugar para compartilharem de deliberação em comum; no segundo, votam separadamente, e seus votos são recolhidos às urnas e computados como expressão **sim** ou **não**, ao longo de todo o território nacional. É nesta diferença mecânica que reside todo sentido da evolução da instituição, não passando o **referendo**, no fundo, uma adaptação da **Landsgemeinde** aos grandes aglomerados humanos que participam, da vida política moderna” (id. *ibid.*, p. 309).

Certo também que os instrumentos de democracia direta coexistiam com o sistema, representativo, e foram assim mantidos, com os órgãos deste integrados ao sistema de governo helvético, porém, a atividade de controle encontrou maior potencialidade na ativação cumprida pelo **referendum**, por ser reconhecido ao próprio povo dar efetiva execução ao método de freios e contrapesos, ocupando precioso espaço estratégico, dando-se o mais elevado significado à deliberação direta popular.

A diferença que se oferece na utilização do **referendum** é bastante prática, prescindindo de reuniões para discussões orais, tomando feitiço idêntico ao que acontece com as eleições para escolha de representantes, sendo que na presente situação os votos são formulados por escrito, depositados nas urnas instaladas em locais em suficiente número.

De certa maneira a organização eleitoral adotada no Brasil atenderia muito bem aos objetivos do **referendum**, pois o eleitorado brasileiro é distribuído por circunscrições eleitorais, tendo a primeira amplitude nacional, cabendo-lhe diretamente a condução geral do pleito, vindo depois as circunscrições estaduais e a do Distrito Federal, seguindo-se as circunscrições municipais. Há um desdobramento das circunscrições estaduais em Zonas

Eleitorais distribuídas pelos diversos Municípios, integrando-se os eleitores, em caráter permanente, a uma determinada Seção Eleitoral em que se tenha efetivado o respectivo alistamento, salvo em razão de transferência de sua Zona Eleitoral, para uma outra, sendo, nessa hipótese, providenciada a remessa dos elementos eleitorais que lhe ficam relacionados, passando a figurar na Seção mais aproximada do local de sua atual residência, sendo estas constituídas com 400 (quatrocentos) eleitores nas capitais, e de 300 (trezentos) nas demais localidades, correspondendo a cada uma das Seções uma correlata Mesa Receptora de votos, havendo, portanto, um sistema previamente organizado para o exercício do sufrágio popular.

Torna-se de fácil compreensão o critério racional que foi seguido na formação e distribuição do corpo eleitoral e da simplicidade a ser observada na oportunidade em que devam os eleitores cumprir o exercício do sufrágio. Encontrarão os mesmos dispositivos instalados, seja no que concerne à eleição de representantes, ou quando o façam utilizando o mesmo processo de votação, mas nessa oportunidade poderia, se fosse o caso, também ser utilizado, com uma outra destinação, igualmente com plena legitimidade, haurida da mesma fonte, levando fosse despertado o **referendo**, dando-lhe funcionalidade real, em oportuno ensejo, trazendo à colação, nada mais, nada menos, do que o art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal: **“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”**

Deve-se convir que o dispositivo que acaba de ser invocado integra-se em sua substantividade com o art. 14, indicando que **“A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular”**.

Sendo reconhecida toda a emanção de poder ao povo, que opera por duas vertentes: a) a primeira “por meio de representantes eleitos”; b) “ou diretamente nos termos desta Constituição”. Sabido está, inconfundivelmente, que do povo vem o poder, cujo exercício se depara com o critério eletivo que dele emana, como meio de aquisição da investidura popular. Nas deliberações diretas atribuídas ao povo é submetida uma determinada matéria para que faça o povo diretamente a sua opção, manifestando concordância ou discordância, prevalecendo a posição majoritária, pela aritmética dos sufrágios.

Certo também que os instrumentos de democracia direta coexistiam com o sistema representativo, e foram assim mantidos com os órgãos deste integrados ao sistema de governo helvético, porém, a atividade de controle encontrou maior potencialidade nos desempenhos inerentes ao **referendum**, e assim era atribuído ao próprio povo dar efetiva execução ao método de freios e contrapesos, ocupando precioso espaço estratégico, dando-se o mais elevado significado à direta deliberação popular.

Com muita ponderação ressaltou **Carl J. Friedrich** o desejo público de conjugar à democracia representativa, afirmando que “na moderna Democracia complementam-se os processos plebiscitários e representativos, considerando errônea a pugna entre a **Democracia representativa** e a **Democracia plebiscitária**. Seja como for, em política há que ser prudente com tais antagonismos doutrinários ao julgar os diversos problemas políticos. A cooperação entre os elementos representativos e os plebiscitários é uma característica das atuais Democracias. Contrapor ambos tipos de Democracia tem apenas importância teórica, não de caráter prático. É o que sucede com a pugna entre a **Democracia representativa** e a atual **Democracia de partidos**. É certo que a Democracia sofreu transformações, em grande parte causada pelo

desenvolvimento dos partidos firmemente organizados. Todavia, ditos partidos exercem influência, de um modo decisivo, em todas as Democracias. Referimo-nos a determinados aspectos das mesmas, não de formas definidas estritamente entre si, falamos, sim, de uma evolução completa da Democracia” ( La Democracia como forma política y como forma de vida, trad. de C. Zabal Schmidt-Volz, Madrid, Editorial Tecnos S. A., 1960, p. 47)

### **.8. A importância dos Partidos Políticos na formação e funcionamento do regime democrático.**

O Partido Político é atualmente um grupo da genealogia associativa com atributos privados, com amplitude nacional, destinado à arregimentação coletiva, entre pessoas com afinidades em idéias ou interesses, para participação nas disputas de caráter político, com apoio em seus filiados e simpatizantes, para enfrentar agremiações da mesma natureza, colocadas em posições antagônicas aos seus adversários, por terem como objetivo comum manterem-se em continuadas pelepas na conquista do poder e promover a expansão e coesão de espaços políticos a serem ocupados e conservados por seus integrantes sob a responsabilidade de dirigentes democráticos, escolhidos por seus membros em eleições internas, projetando as suas influências na sociedade, proporcionais à receptividade social e à ressonância política manifestadas pela coletividade e confirmada nos seus desempenhos eficientes e renovadores, e nos resultados de seu continuado crescimento, revelado por convincente nível de sua aceitação política.

Ao surgirem os partidos foram recebidos com manifestas atitudes de aversão pela coletividade, em razão das atividades a que se aplicaram, despertando atmosfera de repulsa coletiva, devendo no entanto ser ponderado que essas entidades que se foram formando correspondiam ainda ao estágio rudimentar das



facções, desencadeando e enfrentando desavenças por diferentes causas. Desse modo, o que foi antes, com muita antecipação, chamado de partido político, era ainda a forma rudimentar de facções, enquanto os partidos propriamente ditos, somente tempos mais adiante apareceriam, e quando isso ocorreu, passaram a despertar suspeitas e apreensões como elementos hostís à harmonia dos povos, razão a que fossem vistos ainda em fase incompleta de sua evolução e, considerados, em princípio, por longo tempo, como nocivos, ficando, assim, à margem da legalidade e apontados como elementos prejudiciais à unidade nacional, como semeadores de focos separatistas.

Nesse sentido merece lembrar ligeiro tópico da despedida de **George Washington**, publicada pela primeira vez em Filadélfia, em 19 de setembro de 1796, no **Daily American Avertiser**, ao comunicar a sua resolução de não aceitar a inclusão de seu nome para figurar entre os candidatos à **reeleição presidencial norte-americana**, ocasião em que expõe “o perigo dos partidos no Estado, com referência especial à sua fundação com base em discriminações geográficas. Seja-me agora permitido apresentar uma visão mais abrangente e advertir-vos da maneira mais solene contra os efeitos perniciosos do espírito partidário em geral. Esse espírito, infelizmente, inseparável de nossa natureza, pois tem suas raízes nas paixões mais fortes da mente humana, existe sob formas diferentes em todos os governos, mais ou menos asfixiados, controlados ou reprimidos; mas de forma popular é visto em sua maior exuberância e, de fato, é o pior inimigo deles. Servem sempre para perturbar os conselhos públicos e enfraquecer a administração pública. Agitam a comunidade com ciúmes mal fundados e alarmes falsos, acende a animosidade de uma parte contra a outra; fomenta ocasionalmente o tumulto e a insurreição. Abre a porta à influência estrangeira e à corrupção, quando encontram um acesso facilitado ao próprio governo através dos canais da paixão partidária” ( Documentos Históricos do Estados

Unidos, organizado por Harold C. Syrett, trad, de Octávio Mendes Cajado, São Paulo, Editora Cultrix, 1980, p.112/113).

Cumprir considerar não terem sido instantâneas as formações dos partidos em suas modulações institucionais, atravessando diferentes fases, procurando compatibilizar-se à realidade histórica dos povos que os foram acomodando com as suas iniciais características. Pode-se mesmo dizer, pela visão presente, ter sido açodada a denominação de partidos para grupos que ainda estavam em fase rudimentar e sem precisos objetivos, os quais somente se definiriam em tempos muito posteriores, quando somente foi possível dispor de tipos diferenciais, com núcleos associativos que se formaram, cumprindo as múltiplas etapas que foram percorridas, para chegarem ao estágio em que se completasse a sua genuína formação.

Sentiram os partidos a necessidade de mais firmeza nas posições que deviam assumir, para que melhor pudessem ser acreditados, porque a ânsia de acomodações arquetetadas levam à perda de parceiros que poderiam ser valiosos, no entanto, a costumeira dubiedade encarrega-se de frustrar alguns acordos em perspectiva. E como o horizonte se vai encolhendo, as opções que diminuem tendem a que procurem os postulantes políticos, e mesmo o agasalho em uma das coligações partidárias que se instaurem, passando a servir à engorda de ávidos candidatos, isso porque a convergência no apoio há de se inclinar, caso haja cociente idôneo, por um daqueles candidatos que apresente as condições mais favoráveis de aproveitamento no contexto da coligação partidária, e mesmo assim não seria fácil que acontecesse, apoiando-se na contribuição dos demais, que nessas circunstâncias podem abandonar os compromissos que haviam sido antes acertados, para falharem à última hora.

São os elementos idealizadores que possibilitam a criação

dos partidos, compreendendo a finalidade política a que estariam realmente credenciados, não sendo difícil recebam o concurso de pessoas que simpatizem com a iniciativa, afluindo com suas adesões, que permitem verificar a sua continuada expansão, à proporção que o número se vai avantajando, apresentando convincentes resultados, a partir da compreensão de que a força nasce com a união, enquanto permanecerem solidários os que se dedicaram ao empreendimento político.

Atualmente vem sendo observada na formação de partidos a trajetória, iniciada de baixo para o alto, em apropriado movimento ascensional em sua progressiva arregimentação, demonstrando nisso compatível habilidade, estruturando as suas bases articuladas para o direto e fácil acesso do povo, pela forma igual de acolhida que devem todos receber, razão a que sejam metodicamente elaborados os programas de atendimento, em que fique perceptível a ausência de atitudes discriminatórias, notadamente, pela cláusula igualitária devida aos seus filiados partidários, reconhecendo que todos eles devem ser tratados com a mesma igualdade e, compreensivelmente, de todos contingentes do partido, desde os fundadores e, de igual modo, os correligionários considerados em sua individualidade com seu decisivo apoio eleitoral, contribuindo a que assim ganhem os partidos receptividade social, em conformidade com as expressões numéricas refletidas no volume e persistência do apoio recebido. Será na coesão dos filiados em torno de suas idéias e dos valores políticos propagados pelos partidos que estes se fortalecem para a luta eleitoral a ser travada, e uma vez sejam vitoriosos, passam a dispor de considerável parcela de influência assegurada pelo poder político, para ser aplicado com delicadeza de trato para obtenção de resultados que possam ser frutuosos, convertendo-se em providencial acolhimento com ajudas significativas de parcelas do próprio povo, podendo motivar a vitória e mesmo de consolidá-la.

Depois de tudo o que agora acaba de ser considerado, ressaltado, mesmo assim, não haveria como prescindir de mutações culturais, pois são essas de vital importância, uma vez demonstrarem os seus mais ardorosos esforços, por estarem convictos e com firme propósito quanto à necessidade de verdadeiro apoio pedagógico, de modo idôneo e paciente, junto aos interessados, em prol do enriquecimento do saber, contribuindo a dar sólida consistência ao reforçamento cultural dos seus membros. Nesse tocante, nada melhor do que recordar o inesquecível compositor brasileiro, **Noel Rosa**, quando em uma de suas melodias, com afirmara que “o samba não se aprende no colégio”. Tem procedência, sem qualquer dúvida esse desabafo filosófico, porque em verdade não é a escola o ponto apropriado para as criações musicais, tal como assinalou o admirado compositor e saudoso autor, não se poderia considerar o aprendizado da atividade política que não se desenvolve no acompanhamento de disciplinas escolares, resultando de inspirações cultivadas e outros empíricos recursos mentais.

Somente então apareceriam as nomenclaturas que seriam aplicadas adiante em conformidade com os padrões morfológicos que se foram firmando, tanto pelos seus aspectos constitutivos, quanto pelas finalidades que se foram incluindo nas atividades políticas, em peculiares condições que melhor lhes ficassem ajustadas, ao mesmo tempo concorrendo para que as diferenças detectadas melhor ressaltassem os sentidos conceituais dos vocábulos, razão a que somente em posterior tempo teria início a distinção entre facções e partidos, dissipando o mundo moderno da confusão que se estabelecera, eliminando-se a promiscuidade conceitual. Tornou-se bastante claro que os partidos, somente agora, em tempo moderno, incorporariam a denominação que lhes é apropriada, assumindo finalidades institucionais das mais relevantes, integrando-se ao Estado Democrático de Direito, na

conjugação relacional dos sistemas de governo, eleitoral e de partidos, com as raízes fincadas na soberania popular, sempre exercida por sufrágio igual, universal, direto e secreto.

O partido político atualmente é considerado integrante do grupo genealógico associativo, do que lhe resultam atributos de natureza privada de amplitude nacional, destinados a promover a arregimentação coletiva, entre pessoas com afinidades em idéias e interesses nas disputas de caráter político, com apoio em seus filiados e simpatizantes, colocando-se em posições antagônicas a seus adversários, para levar avante as suas próprias idéias, acionando os objetivos planejados à conquista do poder, procurando sempre expandir-se com interna coesão em seus espaços políticos, os quais, quase sempre são ocupados e conservados por integrantes da mesma agremiação, sendo através de eleições que deve ficar definida a posição vencedora, em consonância com o número majoritário de votos, precisando acima de tudo encontrar receptividade social que será demonstrada pelo volume de sufrágios obtidos, fortalecendo-se também através de eficientes desempenhos dos próprios correligionários, no propósito de conquistar a predominância política entre as forças eleitorais em posteriores disputas.

**Robert Michels** adverte em sua acatada obra - Os Partidos Políticos: “Cada partido deixa que se insinue em seu seio o sistema eleitoral indireto que com a maior violência ele combate na vida pública. No entanto, esse sistema deve exercer influência mais nefasta no círculo estreito da vida partidária do que na esfera infinitamente mais extensa do Estado” (ob. cit., trad. de Hamilton Trivisan, São Paulo, Edição Senzala, p. 15/6)

Comenta ainda o mesmo autor, em outra relevante produção: “Nosso conhecimento referente à vida política das principais nações civilizadas do mundo nos autoriza a afirmar que a tendência à

oligarquia constitui uma das necessidades históricas, uma das leis de ferro da história, das quais não lograram escapar as sociedades modernas mais democráticas e, dentro dessas sociedades os partidos mais desenvolvidos”. Acrescenta depois, que “por isso pode-se apontar a flagrante contradição que existe nos partidos modernos, entre as declarações e intenções democráticas, por um lado, e a concreta realidade oligárquica” (Introducción a la Sociología Política, trad. de de Alberto Ciria, Buenos Aires, Ediciones Paidós, p. 132 ).

Contudo, cada vez é afirmado com mais consistência que os sistemas de governo não mais podem prescindir e cada vez dependem de vigoroso apoio de partidos políticos para que possam realizar os empreendimentos políticos, mas em compensação os partidos adquirem mais autenticidade e autonomia, escapando do mandonismo oligárquico e consolidando-se pela firmeza e coerência nas ações políticas em defesa do fortalecimento democrático, melhor colocando-se nos espaços sociais, consolidando as suas idéias, assumindo iniciativas de reformas benéficas ao povo, sem perder a indispensável visão de conjunto: governo, eleitorado e partidos, que devem ser os sustentáculos da democracia.

Assim acontece pela correlação na influência entre os sistemas de governo, eleitoral e partidário, embora constem outras causas que atuam distintamente com alguns elementos desses complexos institucionais, com mobilidades, por vezes imprevisíveis, procurando auferir resultados que possam determinar esquematizações políticas favoráveis.

Paradoxalmente, quanto mais se apura e se expande o reconhecimento da indispensabilidade de partidos atuantes nos regimes políticos contemporâneos, mais fica evidenciada a realidade de suas flutuantes deficiências, tanto no que concerne à

arregimentação coletiva, como na compatibilização de suas manifestações externas.

Sem transbordar das fronteiras nacionais, apenas cogitando da delimitação do quadro analítico em função da realidade política, será necessário examinar atentamente a concreta vida partidária, nas suas peculiaridades existenciais e nos seus métodos de funcionamento - por dentro e por fora, vale dizer, interna e externamente - espantando as ilusões quanto à qualidade das relações entre os seus próprios membros. Há aspectos que parecem demonstrar sintomas patológicos, o que obviamente despertam preocupação com a possibilidade de aparecimento de elementos degenerativos em partidos políticos integrantes do sistema partidário, sem contar com fatores que possam sugerir algum diagnóstico, havendo assim impossibilidade de adequada terapia, à falta de idôneos dados informativos. De qualquer maneira essas situações provocam estranheza, uma vez que a problemática partidária deve ser examinada como fenômeno típico de poder, como é na realidade, motivo para tomada de precauções institucionais, atribuídas a conflitos internos não suplantados com intermediações adequadas ainda em tempo hábil.

Parece certo, ter como defeso a qualquer integrante de um partido conturbar o processo democrático a que esteja consorciado, dado que a condição de membro, de uma maneira geral, há de implicar no dever ético de fidelidade, enquanto a ele pertencer ou dele não se desligar oficialmente, de qualquer modo devendo ser computado como elemento integrado ao governo do povo, e assim mais se reafirma a aceitação dos preceitos democráticos, considerando que o partido não pode resvalar de seus postulados fundamentais na relação com os seus filiados. A solução cabível para quem deseja opor-se a princípios estatutários do partido, e ainda encontrar razão para que nele permaneça, por coerência a seus princípios, devendo, nessa circunstância, com apurmo

ético, francamente, dar a conhecer a seus correligionários a sua atual discordância com a agremiação partidária por alguns fatos ocorridos por posições que não admite compactuar. E se por acaso as suas ponderações não encontrarem eco, ou se retira com os correligionários que o acompanham ou guarda silêncio enquanto estrategicamente se arregimenta para depois definir a posição e o momento que reconheça mais consentâneo e oportuno para dar a conhecer a atitude a ser adotada.

De um modo geral, no tempo presente os partidos desfrutam da atmosfera de liberdade, a partir do seu ato fundacional e pelas atividades iniciadas para o seu funcionamento, estando porém a longevidade política a depender do grau de receptividade que tenham ou venham a encontrar na coletividade, porque é nela que a opinião pública se manifesta, e também nela que os atores exercem o seu papel político, quando os partidos imprimem impulsos para seu desenvolvimento ou para reações aos adversários. É prudente também acentuar não ser certo, de maneira alguma, deva o partido ser excluído do sistema partidário pela precariedade dos apoios recebidos, quando nem mesmo seria acertado limitar a duração de sua existência. É também essencial que os partidos sempre procurem evitar discórdias internas e ao mesmo tempo procurar fortalecer-se para enfrentar as pelepas políticas, sendo para isso de suma importância dispor de líderes merecedores de acatamento dos seus correligionários, credenciando-se pela correção de suas atitudes e pelo espírito conciliador, a ter papel influente na harmonia interna da agremiação e nas análises de seus processos deliberativos partidários.

Ainda que atingido em certo momento por algum insucesso, há que ponderar não se constituir motivo bastante para a extinção do partido, uma vez que adquiriu, em primeiro lance, personalidade jurídica com base na legislação civil e teve depois acolhido o



registro de seus estatutos pelo Tribunal Superior Eleitoral, mesmo porque a sua continuidade existencial não causa qualquer efeito prejudicial à estrutura partidária, nem mesmo do ponto de vista da quantificação de partidos, uma vez que, acertadamente, não adota o Brasil o critério do **numerus clausus**. Por isso mesmo não há óbice quanto ao ingresso de novas agremiações no sistema partidário, visto ser indefinido o número dos que o possam integrar. Podem os partidos ser livremente criados, contanto se mantenham conciliados com a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observem os seguintes preceitos: I) caráter nacional no plano interno por se envolver em atividades que extrapolem do território brasileiro; II - percepção de recursos financeiros de entidade ou de governos estrangeiros ou de serem por estes cooptados; III - prestação de contas à Justiça Eleitoral não somente pelos partidos, mas também pelos candidatos; IV - desempenhos parlamentares.

Pode o partido após um período de declínio retomar as suas atividades quando encontrar novo fôlego para exercício de suas apropriadas atividades políticas, desde que tenha mantido inalterada a sua personalidade jurídica na esfera civil e no registro de seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral, elementos que comprovam a sua regularidade funcional perante a Justiça Eleitoral, e conferem legitimidade para o seu retorno ao sistema pluripartidário nacional, mantendo-se inalterável a situação que antes se constituiu, por não ter havido algum fato determinante da perda de seus predicados partidários que o impeçam de participar das pugnas eleitorais, sendo os fatores sociológicos e, por vezes psicológicos que indicam o seu crescimento ou declínio, a ponto de não mais dispor de seguidores, vindo, portanto, espontaneamente, o término da vida do partido, como acontece também individualmente com o eleitor que não mais se encontra obrigado ao exercício do voto, e por isso deixa

de fazê-lo alguma vez, no entanto somente na hipótese em que o eleitor se abstenha do voto em 3 (três) eleições consecutivas, efetivar-se-á o cancelamento de sua inscrição eleitoral, conforme o figurino eleitoral brasileiro.

Por sua multiplicidade e variedade foram os partidos aqui arrolados por seus diferentes tipos, focalizando algumas de suas peculiares características:

I – partidos de notabilidades – oriundos de recintos parlamentares, com pronunciada conformação elitista, servindo de sustentação ao governo proveniente de sua legenda, embora com coligação com outras forças.

II - partidos conjunturais – consubstanciados em transitórias alianças de facções ou movimentos em fases de transformações, esgotando o seu sortimento de perspectivas após a aglutinação para efeito de reordenação política;

III - partidos de caudilhagem - que se mantêm pelo pulso firme de seus líderes incontestáveis, ampliando a capacidade de influência pela energia pessoal, quase sempre confundindo-se o partido com a pessoa do seu instituidor;

IV - partidos carismáticos - esses partidos apoiam-se na figura de um líder de elevada credibilidade que desperta fascinante influência, de uma maneira geral na sociedade;

V – partidos multitudinários – aqueles em que as decisões partidárias não se coadunam ao clima de diálogo, valendo-se de palavras de ordem delineadas conventicularmente e difundidas em concentrações coletivas nas artérias públicas, com radicais exasperações, transbordando da competitividade baseada em instigações pelas multidões;

VI – partidos de vocação ideológica - que procuram defender postulados ideológicos, em pregações levadas aos seus adeptos, com certa intransigência sobre matérias contraditórias aos seus princípios;

VII - partidos plásticos - destituídos de fisionomia política, sem ajustamentos a princípios definidos, entregando-se ao pragmatismo com acomodações prebendárias e fisiológicas, submetendo-se a influências plutocráticas, tornando-se presas fáceis de movimentos despóticos;

VIII - partidos de locação – **leasing party** – são legendas de aluguel, na verdade, elementos dismanteladores ou desintegradores da autenticidade ou legitimidade do sistema partidário, no seu todo, entorpecendo o sistema eleitoral com inserção em diplomas legais de normas que solapam os lídimos princípios do sistema partidário.

As relações que ocorrem no âmbito dos partidos entre os seus correligionários, não são freqüentes, acusando retraimento dos filiados de um modo geral, ressalvada a situação dos partidos populares, ou nos momentos políticos mais trepidantes, apresentando-se por vezes em caráter de aglomerações externas, mas em algumas oportunidades organizam-se em comícios ou em movimentos ordenados, cabendo ressaltar que os partidos de uma maneira geral não promovem reuniões com os seus filiados, nem tomam a iniciativa de convocá-los às reuniões partidárias, repartindo-as por diferentes locais, e principalmente não promovendo estimulantes discussões programadas sobre temas palpitantes ou de interesses generalizados, e até mesmo de feição pedagógica, permanecendo por algum período de hibernação ou mesmo, de estagnados.

Acompanhando o relacionamento estabelecido entre os membros dos partidos políticos a que pertencem, a começar por seus dirigentes, salvo raras exceções, com a participação de parlamentares e filiados, evidenciam não serem estimulantes, até mesmo de forma bastante precária, dando margem a que sejam consignadas as seguintes observações:

I – ausência de convivências internas espontâneas, cordiais e harmônicas;

II – os partidos não estimulam a participação interna de seus filiados, denotando espécie de aversão a que compartilhem de deliberações em caráter igualitário, nas escolhas de seus candidatos por seus próprios filiados, muito embora no exercício do sufrágio sempre resultará a regra - **one man, one vote**;

III - para agir de modo discricionário evitam organização metodológica de seus procedimentos internos, agindo mediante improvisações, embora por isso as atividades partidárias se exponham a embaraços no encaminhamento de elementos que tenham servido e, por certo, voltem a servir em ulteriores esclarecimentos para registro de candidaturas, e elementos informativos que se possam tornar necessários;

IV - em sua maioria procuram evitar a obrigatoriedade de prévias eleitorais, mesmo que para isso fique o partido privado de informações idôneas e atualizadas sobre as diferentes tendências internas e externas sobre eles próprios e por parte de seus adversários, não contando com adequado plano orientador a ser cumprido, quando ainda que o tivessem eram suscetíveis a reajustamentos nos esquemas acaso traçados;

V – falta de relacionamentos dos partidos, de forma institucionalizada, após a caça aos votos, sem revelar preocupação em que seus membros se mantenham informados e atualizados das ocorrências políticas partidárias internas e externas, de um modo geral, uma vez ser preciso manter-se informado para oportunamente poder agir, sabendo-se que aquele que se mantiver mais informado passa a ter maiores disponibilidades deliberativas;

VI – afora angariar votos nos períodos de eleições, necessitam os partidos contribuirem ao autêntico despertar da cidadania, quando é também de dever estimular discussões de problemas vitais em seus ambientes internos, que reflitam na tomada de posições em prol dos interesses da sociedade, sem omitir o equacionamento da situação dos mais necessitados, principalmente dos que vivem na mais extrema miséria, não esquecendo serem contingentes humanos que precisam ser alvo das atenções da

sociedade e dos aparelhos estatais, os quais devem demonstrar sensibilidade e espírito fraternal, compartilhando com seus esforços políticos e compreensão das necessidades do homem comum, ajudando-o também em seu processo de integração social, fazendo-os compartilhar de programas educativos;

VII – as convenções partidárias tornaram-se peças anacrônicas, meras instâncias homologatórias de exercícios retóricos, passando a ser utilizadas com mirabolantes efeitos especiais, no que foram deixando à margem as precauções contra a **violência psíquica** pelas compulsões propagandistas, as quais conforme advertência o façam para escapar da perigosa ilusão, assim exposta por **Serge Tchakhotine**: “O único meio, se não se deseja golpear a liberdade da palavra, tão cara, com razão, às democracias sinceras, é saber garantir-se por aparelhos de **imunização psíquica**, por órgãos de propaganda, que devem cuidar para que toda vontade de violar a alma coletiva, através de práticas psicofisiológicas, uma vez demonstrado, de hoje em diante, que são verdadeiros instrumentos de intoxicação que devem ser obstados, de modo a que encontrem, imediatamente, uma resposta eficaz de **proteção psíquica**” ( *A Mistificação das Massas pela Propaganda Política*, trad. de Miguel Arraes, Rio de Janeiro, Edição Civilização Brasileira S. A, 1967, p. 298 ).

VIII – os que dominam as máquinas partidárias procuram interceptar os revezamentos nos centros dominantes, demonstrando fixações oligárquicas, tendo isso a todo custo de ser ultrapassado pela conjunta adoção dos métodos eleitorais distrital e de lista, providências essas que podem concorrer ao desbaratamento de dominações que não podem ter indefinida duração, não deixando se operem livremente as renovações de dirigentes e representantes;

IX - os partidos e os seus representantes nada fizeram e nada fazem para a aplicabilidade dos instrumentos de participação direta: quanto ao plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, em várias escalas – bairros, aglomerados urbanos, comunidades rurais ou comunidades urbanas, micro-regiões - a não ser em níveis

distritais e municipais;

X - o verdadeiro sentido democrático do partido teria de começar pela sua própria democratização interna, e nada poderia contribuir melhor do que a implantação da prévia eleitoral, para que os filiados, com conhecimentos pessoais ou por informações obtidas, estivessem seguros das responsabilidades que se sentiam habilitados a assumir com os seus sufrágios, também podendo sair beneficiados, submetendo-se a prévias eleitorais em suas próprias agremiações, tanto pelo método distrital simultaneamente como pelo do método de lista, baseada nas aludidas prévias partidárias, conforme os resultados partidários e individuais apurados.

Não devemos nutrir excessivo otimismo na presunção do devotamento dos partidos políticos à causa democrática e aos princípios em que se fundamenta essa peculiar forma política, por ser compreensível que muitos são os que se inclinam por outras correntes de pensamento, o que não impede.

## **9. A jurisdição eleitoral e seus múltiplos desempenhos quanto à eletividade dos representantes do povo e das deliberações diretas - em plebiscitos, referendos e iniciativas populares.**

Pertence à Justiça Eleitoral com as suas exponenciais responsabilidades aplicar o seu arsenal de competências para manter a legitimidade no processo eleitoral, em cumprimento de suas finalidades essenciais, evitando a todo custo se frustre a lisura nas atividades eleitorais, conhecendo das impugnações, denúncias, representações, examinando-as quanto à sua admissibilidade, e uma vez reconhecida a sua pertinência, assegurar prontamente o seu regular andamento, com observância do processo contraditório e a garantia de ampla defesa, valendo-se as partes irredimidas, em devido tempo, dos procedimentos eleitorais pertinentes, em devido tempo.

As atividades funcionais incorporadas à Justiça Eleitoral, de modo algum, podem ficar limitadas à preparação dos pleitos, alistamento, transferência ou cancelamento de inscrições eleitorais, acolhimento ou denegação de registro de candidatos, distribuição dos locais das seções eleitorais, composição das mesas receptoras - aspectos esses que tratam da eficiência nas atividades do aparelhamento judiciário eleitoral. Compreensível que as matérias agora expostas e outras não mencionadas são realmente imprescindíveis e exigem atenções e cuidados especiais, para evitar equívocos e omissões. Em verdade, os aspectos mais complexos versam sobre o controle jurisdicional eleitoral, a delimitação e a aplicação mesma do **processo eleitoral**, quando sobreleva a preocupação pelos aspectos que afetam o sentido mesmo da legitimidade, que devem ser mantidos invioláveis, impedindo ou reprimindo supervenientes fatos ilícitos cometidos por candidatos **“e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes a sanção de inelegibilidade”**, com apoio art. 22, XIV, da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.

Uma vez verificado haver fatos ilícitos perpetrados e elementos de instrução que assim comprovem, e seja efetuado o julgamento e forem reconhecidas procedentes as imputações feitas em momento posterior à eleição, nessa hipótese devem os autos, sem mais delongas, ser submetidos ao órgão do Ministério Público Eleitoral, para examinar o cabimento da Ação de Impugnação de Mandato, objetivando as sanções previstas no art. 14, §§ 10 e 11, da Constituição Federal, a contar da data da diplomação, nos 15 (quinze) dias subsequentes.

Acima de tudo é preciso convir que as fundamentais competências da Justiça Eleitoral não se devem dispersar com aspectos superficiais, contando com os mais conspícuos espaços para as discussões temáticas de elevada envergadura, quase sempre

muito úteis na elaboração de julgamentos e de outros palpitanes enfoques, como sejam: sobre a legitimidade na área eleitoral; sobre o universo das competências eleitorais; a abrangência da jurisdicionalidade eleitoral propriamente dita; a condição de parte legítima nas ações eleitorais; a elegibilidade e a inelegibilidade; o abuso de poder; fraudes e corrupções; nulidades de atos eleitorais; a coligação partidária e o seu sentido um tanto incongruente e mesmo contraditório, perante os próprios candidatos da mesma agremiação política, os simpatizantes e os indecisos.

Em certos momentos, durante a campanha, podem os próprios aficionados de partidos sentirem-se com a sensação de súbito abandono por seus dirigentes, demonstrando insegurança e pondo em dúvida a capacitação do partido para assumir a devida responsabilidade institucional advinda do registro efetuado pelo Tribunal Superior Eleitoral, reconhecendo a aquisição de sua personalidade jurídica, na forma da legislação civil, consoante o disposto no art. 17, § 2º, da Constituição Federal.

É essa uma das ponderáveis razões a que se deva estimular a agilidade nos desempenhos eleitorais, por ser uma judicatura que demanda atividades mais versáteis e precisas, fazendo ressaltar o eficiente empenho dos operosos magistrados eleitorais, garantindo o cumprimento das suas finalidades institucionais, desbaratando com rigor a venalização que procura conspurcar a vontade genuína do povo com abusivas cartelizações políticas e capciosas manipulações nos trâmites eleitorais, com resultados que podem acarretar desvirtuamento nos resultados.

Outro aspecto a ser considerado e que deve merecer especial cuidado relaciona-se aos critérios aplicáveis aos sistemas eleitorais, a começar pelo sistema majoritário quanto à eleição presidencial, por abranger a total participação do eleitorado nacional, com os eleitores no exercício de sufrágio atingindo territorialmente a todo o país, figurando todas as suas unidades políticas - federais,



estaduais e municipais - distribuídas entre os eleitores por Seções Eleitorais, instaladas nas mais diversas e longínquas localidades, todas encontrando repercussão simultânea nos dois atributos da organização política brasileira - a **República** e a **Federação**.

Embora com certa relutância poderia ser aplicada a mesma fórmula, quanto aos cargos eletivos, também integrados ao sistema eleitoral majoritário, compreendendo os Governadores dos Estados e do Distrito Federal e os respectivos Vice-Governadores, e Senadores da República.

A rigor, seriam três as escalas de eleições levando em consideração as correspondentes divisões políticas constituídas em sua abrangente visão nacional, vindo a seguir, o complexo federativo, integrado pelos Estados-membros e pelo Distrito Federal; figurando por último as unidades políticas Municipais, como elementos hierarquicamente integrados aos Estados-membros, também dotados de expressiva voltagem política, talvez a de maior intensidade em virtude dos diretos contatos vicinais e de sua relevante contribuição histórica à Independência do Brasil, o que jamais se deixará de honrosamente lembrar.

Essas unidades são politicamente organizadas em bases eleitorais a partir do aspecto de mais elevada magnitude política, escalonada conforme a distribuição federativa na sua compreensão total, acompanhando a distribuição territorial para integrar-se ao todo nacional, assim podendo ser estabelecida: **I - eleição federal - para Presidente da República** - com inconfundível caráter nacional, de modo exclusivo para a específica investidura eleitoral, estando nela contemplado o Vice-Presidente, com ele registrado, conforme preceituado no § 1º, do art. 77, da Constituição Federal; **II - eleições estaduais** – em seus respectivos espaços territoriais de cada um dos Estados e com os eleitores que integram as correspondentes circunscrições, nas quais devem ser eleitos os Congressistas - Senadores e Deputados Federais; o Governador do Estado com o respectivo Vice-Governador, os Deputados Estaduais à Assembléia Legislativa, nos exatos limites

da circunscrição a que se integre o respectivo domicílio eleitoral; o mesmo ocorrendo em relação ao Distrito Federal; III - **eleições municipais** - para os cargos eletivos de Prefeito Municipal, Vice-Prefeito e Vereadores, cumpridos os mesmos requisitos antes mencionados.

O problema da coligação partidária vem à tona em relação aos cargos majoritários, de caráter executivo que centralizam os focos das disputas por candidatos a cargos unipessoais, com aspectos dialéticos, de um lado com efeitos concentrados, e por outro lado os dispersivos, levando a que mais se preocupem com as campanhas pessoais, no que demonstram certa indiferença pela estratégia assumida pelo partido a que pertencem. Necessário então para incitarem a dispersão de objetivos pelos partidos e grupos políticos, levando a se descuidarem de suas próprias ações que deveriam ser assumidas nos partidos a que integram, assim demonstrando certo abandono das estratégicas posições assumidas pelos partidos, e mais preocupados com as posições dos candidatos e as oscilações que afetem uns aos outros. Será nessa frequência que a capacidade de influência se vai elevando, uma vez que o fortalecimento da legenda beneficiará ao mesmo tempo ao partido e aos candidatos, evitando que se esgueirem do seu próprio partido, uma vez que reconheçam haver possibilidade de apoio no próprio partido, no mais somente em situações excepcionais adviriam de outras agremiações alguma expressiva ajuda do eleitorado, salvo em caráter excepcional, como acontece na hipótese do Segundo Turno, em que os votantes se distribuem entre alguns candidatos mais simpatizados.

A eleição presidencial é a única que deixa de pronto evidenciado o cabimento de formação de coligação partidária, não uma apenas, podendo ser várias, em função do número de partidos que se queiram refugiar nesses aglomerados partidários, tendo por isso cada eleitor plena liberdade na sua tomada de decisão, ao procurar extrair a escolha com segura e demorada reflexão, em seu íntimo, a avaliação de candidatos que estejam

credenciados à dignidade representativa entre os postulantes, principalmente para o cumprimento da imensa responsabilidade inerente à missão de Presidente da República desta grande e valorosa nação.

É bastante compreensível que as forças políticas participantes da luta eleitoral a ser travada, procurem arregimentar-se, não pelo sentido passional da campanha, melhor fazendo no seu acendrado empenho de contemplar o Brasil com nomes que possam ser encontrados por sua grandeza de caráter e pelo devotamento à coisa pública e à sociedade de uma maneira geral, que tenha conquistado a confiança pelo vulto dos seus atos, para serem considerados nas escolhas que sejam apresentadas pelos múltiplos partidos, para que mais se ampliem as opções políticas, não ficando o povo circunscrito a um pequeno número de candidatos e de partidos, procurando escolher entre os comprovadamente dignos, firmes e competentes.

Sem dúvida a formação de coligações partidárias concernentes a cargos majoritários - federais, estaduais e municipais - pode ser útil para os partidos que ainda estejam em noviciado, deparando-se com momentos que devem ser aproveitados na aquisição de experiência, que não deve ser pequena, motivo a que os que ainda não obtiveram alguma experiência de índole política devam procurar oportunidade para dar início à tomada de consciência de seus objetivos, mormente se pretendem ocupar espaços políticos, o que vai passar a depender, daí em diante, da **receptividade social**, que consigam atrair por gestos ou atitudes que despertem com mais simpatia, principalmente se ela for sincera.

Afora a preponderante razão desfavorável antes exposta, estaria o partido eximindo-se das atribuições que lhe devam caber, porque de outro modo estaria o partido demonstrando insegurança em suas responsabilidades, não assumindo os seus verdadeiros

cuidados quanto às atividades políticas, escudando-se na figura da coligação partidária, perante os seus candidatos e de sua própria legenda, desse modo desencorajando ainda mais os indecisos, como se estivessem à espreita de uma próxima fusão, sem nada que deixasse revelado no campo político.

## **10. As eleições e o seu relevante papel na ordem democrática.**

Torna-se evidente ser a eleição o processo dominante no regime democrático, dando efetividade às periódicas renovações das autoridades governantes, de natureza eletiva, tendo porém a assinalar que dos três poderes somente o Judiciário não tem a eletividade como critério adotado à investidura de seus membros. Enquanto isso os Poderes Legislativo e o Executivo têm na eletividade a fonte marcante de suas atividades institucionais, não se tratando de insulamento por parte do Judiciário em relação aos outros dois Poderes, pois uma vez colocados em conjunto, por eles formado, passam a sentir uma unidade harmônica, cada qual contribuindo com as suas específicas competências.

São conhecidos os efeitos prejudiciais dos longos períodos autocráticos em que não se realizavam eleições, desaparecendo os diálogos livres, instalando-se um marasmo político, principalmente atingindo as faixas etárias juvenis, sem esquecer os dilatados períodos de censura, que atuam como elementos de compressão às liberdades coletivas.

Somente quando são restabelecidas as eleições populares a atmosfera da juventude expande a sua alegria, sabido que ela não se aclimata às sufocações em sua liberdade, querendo sempre comunicar-se livremente, o que equívale a dizer, sem restrições feitas à capacidade de ir, vir ou ficar e isento de censuras, quanto ao que diga em nome de suas franquias - sem receio de ser submetido a repressões psicológicas e físicas, podendo ainda usar

o seu potencial de conhecimento para realizar pesquisas nos vários campos de conhecimento e propagá-las quando reconhecer conveniente, sem temer imprevistas compulsões, quando passa a confiar nas proteções institucionais aos seus direitos fundamentais como um legado que retorna ao próprio povo.

Na verdade a perspectiva de eleições cria um alento na coletividade, somente por saber que a cidadania volta a ter participação decisória nos destinos da sociedade, cada um contando com um único voto, no que todos se colocam em critério igualitário, sentindo disposição pelo respeito devido do mesmo modo a todos, na influência sobre os destinos coletivos. E por assim ser reconhecido passa o povo a fervilhar nos recantos públicos, expondo francamente as suas tendências, manifestando as suas esperanças quanto a ulteriores inovações, participando de forma generalizada de conversações e de troca de impressões, formulando avaliações sobre as forças políticas que participarão dos confrontos partidários, procurando desvencilhar-se de anteriores desilusões, sem omitirem as idéias mudancistas que apregoam, para que o povo delas participe com as suas contribuições, sabendo do interesse participativo é de interesse do homem comum, um eleitor como os demais, sendo ele a síntese exata do cidadão, cujo valor não se demonstra pela riqueza, pela posição social, sustentando-se na envergadura moral da própria consciência, sem penetrar no recesso da consciência alheia, por não ser lícita a invasão da privacidade porque nada é mais credenciado ao respeito do que os domínios da consciência o a qualquer outra pessoa devassa-la ninguém é lícito devassá-la e ser sem nela procurar interferir como credenciando-a com o respeito devido.

Merece considerar que as eleições devem ter datas fixas, precisas, definidas e inalteráveis, pelas quais são esquematizados os prazos eleitorais, cujas contagens têm como referencial a data exata programada com antecedência, com efeitos que as devem

preceder, com todas outras que se devem cumprir em datas depois escaladas, sendo o dia consagrado à eleição o fator dominante durante o completo período de tempo dedicado ao superior interesse do povo, tendo como momento culminante o dia em que os sufrágios populares são exercidos, sendo depois contados, apurados, proclamados e investidos os representantes oriundos da eleição, como ato completo e final.

Cabe ressaltar que a data de eleição não é efetuada com indiferença, não decorre de sorteio, nem de motivos de exaltação simbólica a um grandioso evento histórico, em homenagem a uma figura marcante na vida pública nacional por seus gloriosos feitos, encontrando mais fácil explicação no império das circunstâncias políticas, comparando aspectos vantajosos do presente e de situações vindouras que possam ser prejudiciais, pela eclosão de fatores que estão seguramente previstos, utilizando nisso alguns costumeiros lances táticos.

Necessário ter presente que o dia a ser marcado para realizar-se determinada eleição fará desencadear uma multiplicidade de fatores que estão diretamente implicados ao processo eleitoral a ser executado, porque tudo passa a gravitar em torno da eleição e, compreensivelmente, da data que serve de parâmetro temporal, por ser através dela que são também estabelecidos os limites dos prazos eleitorais que ainda estão distantes ou se aproximam, porque será através dessa mesma data que se efetuam as diferentes limitações dos prazos eleitorais, cujas contagens possuem caráter regressivo, isso porque cada prazo extingue-se progressivamente, à proporção que têm o seu início e o seu término devidamente balizados, para que cada etapa possa cumprir a escala temporal na ordem estabelecida, em função das marcações aplicadas com base no fluxo normal previsto de cada etapa, com seus prazos exaurindo-se um após outro.

Há que ressaltar que o ciclo temporal a ser cumprido na contagem dos prazos eleitorais com os seus prazos consecutivos permanecem ao aguardo da aproximação do período de eleição, o qual não autoriza reduções ou ampliações, comportando, por isso a inalterabilidade do processo eleitoral após iniciado o seu andamento. E quanto ao controle das eleições, cabe o acompanhamento pelos partidos, com os seus delegados e fiscais escalados, e é necessário que assim realmente o façam, com isso demonstrando eficiente apoio à Justiça Eleitoral, evitando maquinações unilaterais ou mesmo barganhas, velando para impedir que o torpor e o comodismo se instalem nos desempenhos eleitorais, garantindo a ativação eficiente dos compatíveis instrumentos de controle, no cumprimento de suas peculiares finalidades institucionais, desbaratando atos que possam acarretar conspurcação da legitimidade nas investidas eletivas, procurando alterar a vontade genuína do povo soberano, não deixando que tudo se transforme em panacéia, caso não forem tomadas no devido tempo as adequadas e enérgicas providências de estilo, em termos de efetivo controle eleitoral, razão mesma da criação dessa jurisdição especializada que continua demonstrando a sua eficiente atuação.

Preciso se faz ainda sejam consideradas as dificuldades no exercício da fiscalização para garantia da lisura do processo eleitoral, com os deslocamentos que se fazem necessários, constituindo um fator a mais para gastos eleitorais, mas esses gastos seriam aplicados exatamente na expansão dos controles, não deixando que a força da venalização se sobreponha ao dever institucional de defesa institucional nas eleições brasileiras, por todos os meios possíveis, do contrário a legitimidade eleitoral desapareceria, a ponto de admitir a fragilidade no controle reservado à instituição eleitoral, não sendo admissível aceitar simploriamente a alegada precariedade de meios, quando os elementos materiais de garantia da eficiência nos resultados são

colocados na direta responsabilidade estatal, requisitados oficialmente os recursos previstos de antemão, considerando que está sendo defendido, como de dever mais alto, o próprio exercício da soberania popular, que pertence ao povo votante.

Garantir-se-á eficiência nos resultados em se aplicando estratégicas precauções, tratando por primeiro dos fatores que devem ser logo enfrentados com arguição de inelegibilidade por afrontas à lisura do processo eleitoral, deixando para ulteriores oportunidades a apuração de crimes eleitorais, tratando por primeiro dos fatores determinantes de inelegibilidades, para deles cuidar, porque os seus efeitos são instantâneos, não sendo, portanto, o momento mais indicado para propositura de ação penal, salvo especial motivo, e estes logo podem ficar excluídos na realização de seus anseios.

Tendo a atual Constituição previsto novos instrumentos de combate às ações nefastas de poder, não apenas reabrindo oportunidades ao exercício do contencioso eleitoral, dispondo-se também a enfrentar abusos de poder econômico, social, cultural e político, arrimado em ação a ser intentada mesmo depois de consumada a diplomação, “com provas de abuso de poder econômico, corrupção ou fraude” - sendo essa exatamente a ultima oportunidade compatível, que não deve ser desperdiçada, de nenhuma maneira, sendo relevante nesse ponto a contribuição do Ministério Público Eleitoral.

Assiste competência aos órgãos da Justiça Eleitoral, em sua missão exegética, acompanhar as correlações dialéticas entre a normalidade social e a normatividade jurídica, que ocorram em sua respectiva área jurisdicional, não se devendo deter somente em aspectos pragmáticos.

Para agir contra esquemas abusivos de poder, vale-se a Justiça



Eleitoral de procedimento investigatório a ser por ela própria exercido, com iniciativa que teve o seu tempo dilatado por 15 (quinze) dias, após o ato de diplomação eleitoral, com remessa do procedimento com todos os elementos que o integram ao Ministério Público, para adoção das providências afiguradas cabíveis ao caso.

O art. 22, da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, reconhece a candidato, a partido político ou ao Ministério Público, legitimidade para representar sobre infração por alguém cometida, o que não se confunde, de modo algum, com o exercício de direito de ação, e muito menos com denúncia, porque esta constitui o ato inicial de ação. Fica nesse ponto exaurida a participação do eleitor, que não personifica a condição de parte processual, cabendo-lhe apenas formular representação, submetendo-a ao órgão eleitoral competente.

É deferida competência ao Corregedor Regional ou Geral, conforme a escala de competência, para promover investigações sobre ilícitos eleitorais, apresentando relatório conclusivo, com a juntada de elementos probantes que serviram de convencimento, nessa fase preliminar, para ulterior instauração do devido processo, em sendo reconhecido pertinente.

Comporta trazer à colação inovações provenientes da Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990, a começar pelo conteúdo ligeiramente ampliado, incidindo as investigações sobre “a origem dos valores pecuniários, abuso do poder econômico ou político, em detrimento da liberdade de voto”, na linguagem do art. 19 do citado diploma.

A declaração de inelegibilidade concernente aos titulares dos cargos executivos de Presidente da República, Governadores de Estado e do Distrito Federal e Prefeito Municipal não atingem aos

seus correspondentes candidatos a Vice-Presidente da República, Vice-Governador dos Estados e do Distrito Federal e de Vice-Prefeito Municipal.

Não foi feliz o enunciado do parágrafo único ao tratar do abuso de poder de autoridade, valendo-se de técnica imprópria e falha, expondo-se a omissões que reduzem as latitudes dos preceitos, quando o propósito seria colocar em plano genérico todas as categorias de entidades públicas ou privadas, sem importar qual seja o seu perfil institucional, salvo em caso de prerrogativas específicas, pois a finalidade precípua é conter os abusos de poder, as corrupções, fraudes e as improbidades ocorrentes.

Também não é satisfatória a retirada da legitimidade do eleitor para denúncia de abuso de poder, antes reconhecida, mesmo porque a condição de eleitor corresponde à figura do cidadão que deve participar ativamente como ator político, suscitando irregularidades que cheguem a seu conhecimento, com isso demonstrando o desvelo cívico que tem sobre a lisura das eleições, o que é bastante meritório. Não importa se apresente sob o rótulo de “**representação**” ou “**denúncia**”, pouco valendo a denominação, o que efetivamente interessa é que tenha capacidade para prestar a sua contribuição apresentando idôneos subsídios que autorizem a iniciativa postulada.

Aliás, não há razão a que se recuse ao eleitor - o cidadão - qualidade por não se haver apresentado com alguma qualificação magistral, uma vez que o poder de iniciativa na representação, poderá ser descartado logo em sua apresentação, uma vez falte legítima e idônea fundamentação, matéria esta a ser de logo descartada em sua apresentação, se a ela faltar idônea e legítima fundamentação, matéria a ser considerada no juízo de admissibilidade.

## **11. A capacidade de adaptação da democracia às contingências das diferentes épocas.**

Forçoso reconhecer que não se afigura fácil a implantação de autêntica, eficiente e atualizada Democracia, por não ser empreendimento que possa depender de simples esforços de imaginação, necessitando haja sido precedida de razoável experiência e amadurecimento de idéias que se propagam do próprio povo, de modo aberto e franco, com habilidade e clareza, a ponto de provocar saudável e generoso despertar de confiáveis esperanças em substanciais e significativas mudanças culturais, sociais, econômicas, políticas e jurídicas em proveito da coletividade.

Por ser contínuo o processo de transformação em andamento, devem ser efetuadas públicas e esclarecedoras divulgações, com explanações de fatos, e também análise e discussão de temas de interesse geral, procurando focalizar em gradual aprofundamento e simplicidade, no contato com problemas em geral sobre aspectos inovadores em cogitação, colhendo e examinando dados comparativos explanados perante grupos de discussão interessados nessa pedagógica finalidade.

Havendo persistência desses contatos devem ser atingidos alguns resultados proveitosos, aumentando o interesse de manter-se o grupo esclarecido e consciente desse direito que não pode ser recusado, sentindo que se vai formando na sociedade ambiente fértil e acolhedor para aplicar as suas energias acumuladas com sincera e fraternal solidariedade humana, como obra efetiva de um povo livre que vive de seu trabalho, embora nos dias correntes as decepções aumentam com mais intensidade, mostrando-se o povo abalado e cansado, sentindo que as suas elites governantes deslumbram-se no prestígio de transitórios efeitos pelas grandezas terrenas, e opções pelos interesses continuístas, quando começam

a temer a aproximação da decadência da influência pessoal, sem querer desprender-se do poder, procurando por todos recursos a ele apegar-se, seja de que modo for, deixando ao largo, com fria indiferença, os verdadeiros valores espirituais que não podem ser esquecidos, para não conviver depois com amargas desilusões, quando efetivamente compreendem o sentido real da vida humana de uma maneira geral. .

Comporta trazer à cena a abalizada palavra de **Agustin Basave Fernandez del Valle**, quando pontifica: “A democracia não se institui por decreto, nem se reduz a artigos de uma constituição. Trata-se de um estilo objetivo de vida, de uma maneira de viver em comum – que requer, certamente, amadurecimento político – e uma possibilidade de responder à vocação humana. Antes de tudo é preciso tomar pé em uma sociedade aberta em sua estrutura e em seu funcionamento. É preciso eliminar a estratificação em classes sócio-econômicas herméticas, caso se queira favorecer o desenvolvimento integral de cada cidadão. Em uma convivência pluralista, a da **democracia**, atua uma multidão de grupos sociais e de interesses. Porém atuam subordinados ao conjunto das condições que permitem e favorecem o desenvolvimento dos cidadãos. Para isso é necessário conciliar a autoridade com a liberdade. A disciplina na ação é compatível aos legítimos direitos subjetivos públicos” (Teoria de la Democracia: Fundamentos de Filosofia Democrática, México, Libreros Mexicanos, 1964, p. 23).

Ainda se faz mister na precisa palavra do preclaro Autor: “O essencial é que o povo funcione como uma força “dinâmica de moralização”, através da liberdade política, dentro da ordem. O povo participa do poder – direito cívico e liberdade política – sem autorização graciosa dos governantes. São os governantes que têm que se legitimar perante o povo e não o povo que deva procurar sua legitimação perante os governantes”( ob. cit., p. 27 ).

Acaso seria por temor ao povo o motivo a que não fossem efetivamente usados os instrumentos destinados à sua participação direta, permanecendo imobilizados o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, aos moldes traçados pelo art. 14, da Constituição Brasileira, permanecendo praticamente como letra morta?

Em parágrafo antes transcrito foram chamados à colação dois tipos aplicáveis de exercício do poder de sufrágio, matéria essa a ser cumprida através dos representantes em escolhas diretas do povo, os quais, pelo menos nessas horas, ainda não podem encontrar razões para fugir do espírito que se cristalizou durante a sua elaboração, identificando-se ao eleitorado que tanto fizeram para conquistá-lo, empenhando-se o quanto foi possível para alcançar o apoio de cada eleitor, sentindo então o elevado valor ostentado naquele momento de alta significação, ao início do cumprimento do mandato eletivo.

Em se tratando de um outro tipo de participação popular direta, com outros fins, dependerá seja o povo chamado a pronunciar-se, mais uma vez com aplicação do sufrágio popular, cumprindo, porém, os votantes papel de outra natureza, exarando o seu apoio sobre uma concreta proposta submetida à deliberação popular, consignando com o **sim** o seu assentimento, ou tomará posição adversa, explicitada com o **não**, anunciando-se também publicamente os resultados que prevalecerem, devendo ser emitido com presteza o ato de proclamação oficial da solução vitoriosa, para seu exato cumprimento.

Deve-se verificar o expressivo encadeamento que ressalta na Constituição Federal entre o art. 1º, e seu Parágrafo único, com o art. 14, aclarando o aprofundamento substancial, no reconhecimento feito de que toda a fonte de poder encontra-se no povo, sendo ele próprio que o exerce, com os atributos que

propriamente lhes são inerentes, para consolidar-se na **soberania popular** e se afirmar pelo elemento dinâmico que se exprime no **sufrágio universal**, integrado com os seus elementos característicos do voto direto e secreto, com valor igual para todos.

Cabe ainda lembrar que nas eleições brasileiras os eleitores individualmente cumprem o dever que lhes é cometido na escolha de seus representantes, o que hoje fazem com segurança, de forma direta e com sigilo nos votos, assim mantendo-se até ser concluída a apuração dos sufrágios, ficando definidos e proclamados os resultados gerais, tomando o destino contemplado nas expressões apontadas na aritmética eleitoral, em ordem numérica seqüência, no tocante às legendas partidárias e aos seus respectivos candidatos.

Sempre que estamos a dimensionar valores culturais, sociais, econômicos, políticos, jurídicos e éticos é recomendável mantermos com a devida sobriedade, sem entregar-nos a expansionismos que levem a fugir da realidade, a ponto de serem aceitas situações desuniformes que se projetam em diferentes áreas geográficas, ainda que integrantes de um mesmo país, , mas nem por isso comportando esquecer ou afastar inconfundíveis aspectos, como acontece no Brasil, com as suas dimensões continentais e, ao mesmo tempo, com elevadas disparidades, avultando o panorama de sua complexa realidade, porém uno e diversificado em seus valores supremos.

Com esses graves e profundos desequilíbrios internos a vencer, não poderiam ser delineados modelos padronizados, em um país federativo, pela sua própria natureza, tendo que acompanhar as suas características e ao mesmo tempo conhecer e procurar minorar as diferenças acumulativas entre a cidade e o campo, entre os espaços urbanos e os espaços rurais, entre os homens citadinos e os camponeses, evitando que determinados segmentos fiquem extraviados da realidade sociológica e, por conta

disso, possam ser submetidos a agravos e até mesmo abusos de poder, por não considerá-los pelos seus traços característicos, e por seu escasso nível cultural, assustando-se e sujeitando-se a descabidas sanções, tal como acontece na realização dos pleitos eleitorais, realizados, uniformemente, em uma mesma data.

Especificamente nas infrações ocorrentes ao decurso do processo eleitoral não pode deixar de ser examinado e acompanhado o problema da ruralidade, sem descurar os níveis educacionais em suas conotações geográficas e pessoais.

Temos dito algumas vezes como são profundas as afinidades e interligações funcionais entre os sistemas eleitoral e partidário, o que vantajosamente poderia ser consagrado em uma codificação una, para que o mesmo espírito se firmasse harmoniosamente, embora conservando as suas peculiaridades observadas em termos de seu conjunto, tamanhas são as afinidades encontradas, razões a que sejam reconhecidas e respeitadas com as suas divisões internas, tudo isso facilitando as atividades hermenêuticas, ao refletir um único e mesmo espírito que integra o conjunto.

A legislação é dispersa por vários diplomas, e à véspera de cada eleição - ocasião impertinente - surgem inúmeras alterações que raramente aprimoram a contribuição legislativa vigente, e por vezes marcam retrocesso, de regras que não convenceram em oportunidades anteriores, enquanto alguns querem apenas reduzir as possibilidades de serem colhidos por abusos de poder e outras distorções de cunho lesivo.

Se houver efetivamente decidido propósito de aperfeiçoamento democrático, o ponto vital deveria aparecer nas arrancadas iniciais dos partidos políticos, considerando-os por seus aspectos internos e externos, para que em ambas situações sejam utilizadas as suas virtualidades, fazendo valer os compromissos

democráticos com inabalável firmeza, porque somente assim fazendo a lisura dominará as eleições, todos colocados em atuantes condições igualitárias.

Outras influências desse gênero poderiam provir do povo, aproximando-se dos ambientes internos dos partidos, não apenas para contemplá-los em seus aspectos externos, por seus simbolismos e nomenclaturas, mas pela pujança de suas idéias, pelas concretas ações defensivas e pelo espírito de companheirismo e solidariedade.

Uma vez reconhecido que é pela influência e apoio crescente do povo que se opera o fortalecimento dos partidos, através das relações destes com os cidadãos em geral, não apenas em caráter sazonal, mas com as suas continuadas e resolutas participações nas lutas eleitorais, que podem ampliar as suas bases de influência, dando margem a que a democracia contando com esses pressupostos e assim os mantendo, logo se torne auto-sustentada.

## **12. As relações associativas como elemento de relevante utilidade social e política.**

Há atitudes que podem não se compadecer com os vitais interesses do povo, porque algumas autoridades que dele receberam os seus mandatos eletivos, cuidam de isolar-se ou eclipsar-se, sentindo-se deslumbrados com as vitórias eleitorais obtidas, abandonando as próprias convicções que os norteavam, apegando-se ao poder, por não suportarem a nostalgia quando o perdem, querendo-o sempre e de qualquer modo, mas indiferentes a idéias e propósitos criativos, sem coragem para dele se ausentarem, temendo o vazio que se seguirá, porque a opção manifestada pelo poder é fator capaz de motivar a ausência de amenidades sentimentais..



Melhor fazem os que sabem valorizar as relações sociais ou políticas, com o estabelecimento de parcerias entre os líderes e os seus correligionários, não deixando se ofusquem as oportunidades para aproximações entre filiados de uma mesma agremiação partidária, havendo uma causa concreta para os tornarem reciprocamente solidários e integrados, conjugando sempre que possível, pessoas que transmitam e também encontrem afinidades de teor político.

Por outro lado, os contatos com os eleitores após o encerramento das eleições podem transpor os níveis políticos, ampliando-se também nas relações sociais, estimulando afinidades crescentes que podem subsistir por tempo indeterminado, com possibilidades futuras de emergirem solidariedades inabaláveis, podendo as circunstâncias motivarem se estabeleçam as bases de relacionamentos sinceros, abrindo perspectivas de espontâneas conversões em associações civis ou políticas, conforme a predominância do fator atrativo.

Podem aparecer outros tipos de articulações políticas com diferentes características e inéditas convivências que as justifiquem, nunca esquecendo o imenso potencial da criatividade humana, reduzindo-se o exclusivismo da extenuada fórmula republicana-representativa, liberando-se de imitações que não se coadunam às peculiaridades que devem ser enfrentadas com apurado realismo, procurando ainda outros modelos compatíveis ao tempo de hoje - versáteis e mais arejados.

Sente o homem necessidade de conviver com seu próximo, reconhecendo que o isolamento da vida em comum é fato que se distancia da normalidade existencial, não guardando correspondência com a natureza humana, que antes de tudo é inseparável de correlações sociais, delas precisando para compartilhar das condições que o integram ao grupo societário.

Há uma disposição inata que arrasta o homem a compartilhar com as demais pessoas nos encargos de sua comunidade, procurando com espontaneidade e desprendimento contribuir de algum modo para ajudar nas tarefas que se despertem interesses entre os seus membros, estando conscientes tratar-se de obrigação que tenha perante os demais.

O viver em sociedade impele as pessoas, de par com o trato de seus próprios interesses, a dedicar-se também a empreendimentos assumidos pelos interesses da coletividade, e que tocam em prol do benefício geral, tais como os cuidados que devam ser consagrados na ajuda ao próximo em suas necessidades mais prementes, porque não podemos consumir a existência pessoal esquivando-nos de sensibilidade interior por acontecimentos que acarretam aflições e que fraternalmente devemos concorrer para amenizá-las, rendendo-nos na ocasião a generoso impulso de solidariedade humana, gesto que não é desperdiçado, porque mais confortados nos sentiremos em poder atender ocasional situação emergencial, em socorro humano, logo suplicando a misericórdia divina.

Não é cabível circunscrever a compreensão da existência à realização exclusiva de anseios pessoais, nem somente quanto ao exercício de compromissos profissionais, havendo muitos aspectos que eventualmente nos podem cumular de imprevisíveis encargos, obrigando a privar-nos de um período de lazer com o qual contávamos e, repentinamente, ficamos tolhidos por inesperado acontecimento que alterou por completo tudo o que foi de antemão planejado. Certo, que essas mudanças imprevisíveis seguem as leis da vida que nos acompanham, tendo de aceitar como situações inevitáveis, as quais muitas vezes podem modificar situações desfavoráveis, que subitamente foram desviadas sem que tivéssemos voluntariamente concorrido para os seus posteriores

resultados.

Temos que fazer a nossa parte, cumprindo as responsabilidades que contraímos com a vida que Deus nos concedeu, no entendimento de que não devemos desperdiçar o tempo que nos esteja reservado, cabendo preocupar-nos com o bem que nos seja ainda possível realizar, pois o mal não oferece atrativos, mas somente propagação de desgraças, motivo a recomendar que dele sempre mantenhamo-nos afastados, procurando ser de alguma utilidade nesse mundo repleto de desigualdades, sendo necessário que o sentimento de Justiça prevaleça acima de tudo, pois cada magistrado arrosta a mais veemente responsabilidade social e espiritual de conter as próprias paixões, para não cometer preterição dos objetivos que lhe foram cometidos, tendo de prestar contas, mais cedo ou mais tarde, pela postergação na distribuição de Justiça, importando em sua completa negação e do remorso que se deve seguir.

Há atitudes que podem não se compadecer com os vitais interesses do povo, porque algumas autoridades que dele receberam os seus mandatos eletivos cuidam de isolar-se ou eclipsar-se, sentindo-se deslumbrados com as vitórias obtidas, abandonando as próprias convicções que os norteavam, apegando-se ao poder, por não suportarem a nostalgia quando o perdem, querendo-o sempre de qualquer modo, mas indiferentes a idéias e propósitos criativos, sem coragem para dele se ausentarem, temendo o vazio que se seguirá, porque a opção manifestada pelo poder é fator capaz de motivar a ausência de amenidades sentimentais. Esses preferem o pior caminho, tudo querendo absorver em desmedida ambição, e por mais que adquiram, permanecem insaciáveis, não se contentando com as grandiosas oportunidades que já desfrutaram, mas não se sentem saciados, porque não procuram liberar-se da ambição, sempre almejando mais, sem considerar os benefícios que devem contemplar os que

enfrentam as mais prementes necessidades, e não para desproporcionais esbanjamentos nas oportunidades da vida.

Enquanto o associativismo é generoso e espontâneo, procurando servir ao próximo, abrindo oportunidade ao desenvolvimento pessoal, ou orientando em aspectos significativos que contribuam para obtenção de resultados positivos nas aspirações construtivas pretendidas. Em plano oposto, colocam-se os egoístas que não podem encarar com simpatia o sucesso alheio, pensando sempre que os benefícios constituem privilégios exclusivos para aqueles que os ambicionam e não suportam benefícios que recaiam em favor de outros.

Melhor fazem os que sabem valorizar as relações sociais ou políticas, com o estabelecimento de parcerias entre os líderes e seus correligionários, não deixando se ofusquem as oportunidades para aproximações entre filiados de uma mesma agremiação partidária, -havendo uma causa concreta para os tornarem reciprocamente solidários e integrados, conjugando, sempre que possível, com pessoas que transmitam e também encontrem afinidades humanitárias, as quais podem ser conciliadas com séria e sincera dedicação ao próximo.

Por outro lado, os contatos com os eleitores após o encerramento das eleições podem transpor os níveis políticos, ampliando-se também nas relações sociais, estimulando afinidades crescentes que podem subsistir por tempo indeterminado, com possibilidades futuras de emergirem solidariedades inabaláveis, podendo as circunstâncias motivarem bases de relacionamentos sinceros, abrindo perspectivas a que se opere a criação de associações civis e mesmo políticas, desde que o façam com desprendimento e abnegação.

Podem aparecer outros tipos de articulações políticas com

diferentes características e inéditas conveniências que as justifiquem, nunca esquecendo o imenso potencial da criatividade humana, reduzindo-se os exclusivismos da extenuada fórmula republicana/representativa, liberando-se de imitações que não se coadunam às peculiaridades que devem ser enfrentadas com apurado realismo, procurando ainda outros modelos compatíveis ao tempo de hoje - arejados e mais versáteis.

- a) eletividade;
- b) plebiscito;
- c) referendo;
- d) inelegibilidades;
- e) partidos políticos com somatório de atos referentes ao processo eleitoral.

Poderia ser realizado significativo passo em proveito dos partidos políticos ao colocá-los em direto contato com os seus filiados, auscultando-os em reuniões com os seus dirigentes, tomando parte em seus processos deliberativos, nas correspondentes áreas de seus domicílios eleitorais. Aliás, não poderia ser de outra maneira, uma vez que os filiados possuem iguais direitos na participação em atividades em pé de igualdade com os demais integrantes.

Se efetivamente houver o propósito de aperfeiçoamento democrático nas instituições políticas, o ponto vital estaria nas suas arrancadas iniciais pelos partidos políticos, considerando-os, com igual importância, tanto em seus aspectos externos, quanto nos internos, para que em ambas situações sejam reconhecidas as suas equivalentes virtualidades, quanto aos seus compromissos democráticos.

Outras influências poderiam provir do povo, aproximando-se dos ambientes internos dos partidos, não os contemplando

apenas por seus aspectos exteriores, por suas nomenclaturas e simbolismos, mas pelas suas idéias, ações concretas e pelo espírito de solidariedade e companheirismo.

Uma vez reconhecida que é pela influência e apoio crescentes do povo que se opera o real fortalecimento dos partidos, através das relações destes com os cidadãos, não apenas em caráter sazonal, mas com as suas continuadas e resolutas participações nas lutas partidárias, obtendo a elevação de suas bases representativas, dando margem a verificar-se que a democracia, ao contar com esses pressupostos e assim os mantendo, logo se tornará auto-sustentada.

Sempre que estejamos dimensionando valores, devemos manter-nos com sobriedade, sem entregar-nos a expansões que nos levem a fugir da realidade, a ponto de uniformizarmos situações que se projetam em diferentes áreas geográficas, ainda que integrantes de um mesmo país, mas nem por isso sem o reconhecimento de seus peculiares e inconfundíveis aspectos, como acontece no Brasil, com as suas dimensões continentais, e ao mesmo tempo com elevadas disparidades internas, não somente físicas, mas culturais, sociais, econômicas e políticas, assim fazendo avultar a sua individualidade nacional.

Com esses graves e profundos desequilíbrios internos a vencer, não poderíamos eleger um modelo sem compatíveis ajustamentos, fazendo despertar fundados receios de que o desconhecimento das diferenças acumulativas entre a cidade e o campo, entre os espaços urbanos e os espaços rurais, entre o homem das cidades e os homens do campo, possam conduzir a integrantes de determinados segmentos sociais a perspectivas extraviadas de nossa realidade sociológica e, por conta disso, possam ser cometidos agravos e até mesmo abusos de poder, por não considerá-los em suas específicas características, sujeitando-os a sanções de

natureza eleitoral, por exemplo, ou por outras presumidas infrações, embora tratando-se de típico erro, ou também, de modo inverso, dando-se por erro o que foi perniciosamente adotado.

Especificamente nas infrações ocorrentes ao decurso do processo eleitoral, não pode deixar de ser examinado com especial cuidado o problema da ruralidade, sem descurar os níveis educacionais em suas conotações pessoais.

Quando, por exemplo, as eleições estão acarretando gastos descomunais, logo fica demonstrado tratar-se de manipulações plutocráticas, não se cogitando de candidatos vocacionados politicamente, não encontrando bases de apoio no próprio povo, apelando para despudorada venalização, conspurcando a legitimidade da disputa eleitoral, não podendo a sociedade suportar a inércia dos órgãos responsáveis pelo acionamento das adequadas e pontuais providências.

Pertence à Justiça Eleitoral assegurar com os seus desempenhos a completa legitimidade do processo eleitoral, exatamente por essa finalidade que lhe ficou consorciada, devendo ser empreendidas todas as medidas de controle direto, tais como foram colocadas ao seu direto alcance, sob pena de frustrarem-se a razão mesma dessa especializada e versátil jurisdição, consumindo-se as suas finalidades básicas.

As atividades funcionais que foram incorporadas pela Justiça Eleitoral, de modo algum, podem ficar limitadas à preparação dos pleitos, distribuição das seções eleitorais, composição das mesas receptoras, recebimento e posterior apuração dos sufrágios válidos, atos esses de evidente caráter organizacional, estando os aspectos mais importantes relacionados à legitimidade dos candidatos para obtenção de seus registros e, depois, no ensejo da diplomação, caso também não seja aflorada ou declarada im procedente alguma

arguição nos quinze (15) dias subsequentes.

Acima de tudo é preciso convir que as fundamentais competências da Justiça Eleitoral não ficaram em áreas superficiais, sendo reservados os mais conspícuos espaços para a temática da mais elevada envergadura, como sejam a legitimidade de candidatos, a legitimidade de partidos, a elegibilidade e a inelegibilidade, a nulidade e a invalidade de atos eleitorais.

Preciso se faz sejam consideradas as dificuldades no exercício de fiscalização, com os deslocamentos que se fazem necessários, constituindo um fator a mais para gastos eleitorais.

Logo quando a atual Constituição previu novos instrumentos de combate às ações nefastas de poder, não apenas reabrindo oportunidades ao exercício do contencioso eleitoral, não somente para enfrentar abusos de poder econômico, mas contemplando ação a ser intentada mesmo depois de consumada a diplomação, “com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude” – sendo essa exatamente a oportunidade compatível.

Garantir-se-á mais eficiência nos resultados em se aplicando estratégias prevenções, partindo da arguição de inelegibilidade por afrontas à lisura do processo eleitoral, deixando para ulteriores oportunidades o acionamento de medidas de índole repressiva de demorada eficácia concreta.

Assiste competência aos órgãos da Justiça Eleitoral, em sua missão exegética. acompanhar as correlações dialéticas entre a normalidade social e a normatividade jurídica que ocorram em sua respectiva área jurisdicional, não se devendo deter nos aspectos dogmáticos.

Para agir contra esquemas abusivos de poder, vale-se a Justiça



Eleitoral de procedimento investigatório a ser por ela própria realizado, com iniciativa que teve o seu tempo dilatado por 15 (quinze) dias, após o ato de diplomação.

No art. 237, parágrafo único, do Código Eleitoral, foi reconhecido individualmente ao eleitor legitimidade para denunciar ou representar sobre infração por alguém cometida, o que não se confunde, de modo algum, com o exercício do direito de ação, e muito menos com denúncia, porque esta constitui ato inicial de ação. Nesse ponto fica exaurida a participação do eleitor, que se não personifica na condição de parte processual.

É deferida competência ao Corregedor Regional ou Geral, conforme a escala de competência, para promover investigações sobre ilícitos eleitorais, apresentando relatório conclusivo, com a juntada de elementos probantes que serviram de elementos de convencimento, nessa fase preliminar, para ulterior instauração do devido processo, em sendo reconhecido pertinente.

Comporta trazer à colação inovações provenientes da Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990, assim:

I – quanto ao conteúdo teve o seu alcance ligeiramente ampliado, incidindo as investigações sobre “a origem dos valores pecuniários, abuso do poder econômico ou político, em detrimento da liberdade de voto”, na linguagem do art. 19, do citado diploma;

II - o parágrafo único deu especificidade ao abuso de poder de autoridade, valendo-se de uma técnica enunciativa falha, ao expor-se a omissões que podem reduzir as latitudes do preceito, quando o propósito é colocar-se no plano genérico, abrangendo a todas as categorias de entidades públicas, sem importar qual seja o seu perfil institucional;

III – foi retirada a legitimidade do eleitor, antes reconhecida, para denúncia de abuso de poder, a partir disposto no art. 20, do diploma ora cogitado, sendo mencionados apenas o candidato,

o partido político ou coligação partidária, e conquanto não mencionado, persiste o Ministério Público munido da competência abrangente que não lhe poderia ser subtraída, por lhe pertencer a defesa dos interesses públicos e sociais, assistindo-se à ablação dos §§ 1º e 2º, artigo 237, do Código Eleitoral, sendo esses exemplos que estão sendo acumulados da subtração de legitimidade do eleitor, pois sendo ele nada mais nada menos do que o próprio cidadão em seu caráter institucional, aquele mesmo que corporifica a **soberania popular**, ou seja, todos os que estão legitimamente habilitados ao exercício **pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e nos termos da lei**”, nos termos do art. 14, da Constituição Federal. De modo algum pode ser subtraída a legitimidade do eleitor, a qual nele se integra e se torna inseparável.

IV – a modificação de maior envergadura passou a ser a substancial mudança na apuração de abusos de poder e outras coisas mais no processo eleitoral, logo ao início adquirido sistemática contraditória, nela absorvendo a fase de investigação que assim perdia o caráter inquisitorial, sendo também eliminada a inconveniente instauração do procedimento, por impulso, de ofício, pelo Corregedor.

V – o processo é ordenado, distribuído a Relator, sendo por este apresentado nos compatíveis padrões contraditórios e submetido a julgamento no colegiado eleitoral.

VI – o contraditório passou a ter precoce aparecimento, já nascendo em forma contraditória, com a notificação das partes, constituindo-se a autêntica relação processual.

No artigo 14, parágrafo 11, da Constituição Federal, consta como ação de impugnação de mandato, por ser esse, precisamente, o objetivo suscitado, sendo sigilosa a sua tramitação, respondendo o autor em caso de exercício temerário ou por má fé, havendo um aspecto interessante quanto ao balizamento do tempo destinado ao exercício da ação referida, a partir do período de 15 (quinze)

dias, após a diplomação dos eleitos.

O universo da Justiça Eleitoral é sobremodo dilatado, sendo por vezes chamada a deslindar matérias de relevante magnitude, como ocorreu ao se defrontar com textual disposição que alterou o dispositivo do artigo 14, # 5º, da Constituição Federal que obstava a proibitiva reeleição de candidatos a cargos executivos, cujos mandatos não eram passíveis de renovação para um segundo período de equivalente investidura, cabendo fossem apreciados os questionamentos, por todos os seus aspectos, por ser típica matéria eleitoral, e mais ainda, com precisos delineamentos constitucionais que não poderiam ser arredados, pela própria condição do frontal conflito substancial com o princípio da igualdade, configurado no art. 5º (**caput** e em seu inciso I), da Constituição Federal.

Manteve-se no cargo presidencial, na qualidade de candidato, sem qualquer interrupção, fazendo prevalecer o entendimento de não se fazer necessária a sua desincompatibilização, embora tivesse essa sido rigorosamente cumprida por todos os candidatos aos demais cargos, em nenhum momento reconhecendo este ter de submeter-se ao inexorável afastamento para evitar efeitos prejudiciais que pudessem dar margem ao despontar de argüição de sua inelegibilidade. Houve obstinação no entendimento de que as normas de inelegibilidade não o alcançavam, diante de sua posição mantida inalterável, quanto à inexistência de qualquer tipo de obstáculo para concorrer à reeleição, e assim se fez e assim permaneceu, sem que houvesse receptividade da parte da Justiça Eleitoral a qualquer discussão do caso, parecendo inexistir matéria questionável.

O mais interessante é a abertura completa para a disputa à reeleição pelo Presidente da República, enquanto os Ministros de Estado, os quais, na realidade, eram seus auxiliares, não podiam

concorrer a cargos eletivos de inferior importância e sem afastar-se do poder que ocupavam na dupla condição de Presidente da República e de candidato, dando-se ao titular do cargo de maior influência no país, exatamente o único ocupante de cargo eletivo federal a permanecer em sua posição inalterável, abandonando-se temporariamente todas as medidas restritivas impostas para impedir a desigualdade na disputa eleitoral. Somente o candidato referido apareceu na disputa em regime de exceção, em condição desigual a todos os que concorreram aos mais diferentes cargos. Todos os demais candidatos foram, por conseguinte, atingidos em conjunto pelo único tratamento desigualitário ocorrido no disciplinamento do pleito eleitoral e não havia necessidade que assim o fizesse, aumentando as regalias que jamais assim foram concedidas.

Temos agora precedentes, mas esses não devem ser mantidos, revelando-se mais proveitoso parar nas situações já transpostas e retornar à forma consagrada, não por homenagem à tradição, mas deixar voltem a imperar inviolavelmente os valores da liberdade e da igualdade, sem que outras ocasionais distorções aberrantes não mais voltem a violentar a ordem democrática, pois somente as duras penas o povo brasileiro havia com ela se reencontrado, tendo ainda suportado, por último, mutilações em prol de normatividade de transitória finalidade pessoal, retornando-se, como verdadeiramente é certo, ao critério regular consagrado.

**DECISÕES**  
**E**  
**ACORDÃOS**

**JUIZ EMANUEL LEITE ALBUQUERQUE****Processo nº 2000.02.45486-6 (4532)****Vistos, etc.**

Arrendamento Mercantil. Desvirtuamento de sua natureza jurídica. O banco financiou R\$ 14.000,00, e cobrou de VRG, além da garantia de uma NP de R\$19.690,43, O VALOR de R\$ 5.600,00, sendo 5.200,00 à vista e R\$ 400,00 em 36 parcelas, mensais e sucessivas.

Não basta a simples previsão contratual de opção, para exigir-se o pagamento do VRG. Exige-se, ainda, para que a cláusula alcance a sua devida eficácia, que não haja, a uma, renovação do ajuste, a duas a devolução do bem – exegese, por ilação, da alínea “c”, do art. 5º, da lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974.

Descaracterização para promessa de compra-e-venda à prestação. Indeferimento da liminar. Prazo decendial, para emendar a inicial, sob pena de extinção.

**Cuida-se de uma Ação de Reintegração de Posse aforada por ABN AMRO Arrendamento Mercantil contra Maria das Graças Braga de Oliveira, ambos exordialmente qualificados.**

Juntou os documentos de fls. 04 *usque* 08.

Aduz, em síntese, que a postulada encontra-se em atraso no tocante às prestações assumidas no entabulado **Contrato de Arrendamento Mercantil**.

No final, exorou pelo deferimento de liminar, no sentido de ser reintegrado, de logo, na posse do bem descrito na peça proemial, julgamento favorável da ação, condenação nas custas processuais e honorárias advocatícios.

Consta, das provas em cotejo, que o postulado pagou **26 (vinte e seis)** das 36 (trinta e seis) prestações, avençadas.

È sabido que, para arrendar, urge que se tenha a propriedade do bem.

**No leasing ou arrendamento**, o arrendador, mediante uma contraprestação, tão-somente facilita ao arrendatário o uso e o gozo daquele bem, sem se afastar de sua posse.

A vantagem consiste no fato de não ter o arrendatário que desembolsar, inicialmente, ou seja, de logo, o valor desse bem.

Oportunas, as lições primorosas do imensurável professor Fran Martins, sobre o assunto, *in verbis*:

“Entende-se por arrendamento mercantil ou leasing o contrato segundo o qual uma pessoa jurídica arrenda a outra, por tempo determinado, um bem comprado pela primeira de acordo com as indicações da segunda, cabendo ao arrendatário a opção de adquirir o bem arrendado findo o contrato, mediante um preço residual previamente fixado.” (**Contrato e Obrigações Comerciais, 6ª Edição, 1981, pág.545**).

A exemplo de todos os outros contratos, o leasing também possui sua **natureza jurídica**.

As lições de Fran Martins traduzem sem nuvidosidade, a natureza jurídica deste contrato tão usual:

“O arrendamento mercantil é de **natureza complexa**, compreendendo uma locação, uma promessa unilateral de venda (em virtude de dar o arrendador opção de aquisição do bem pelo arrendatário) e, às vezes, um mandato, quando è o próprio arrendatário quem trata com o vendedor na escolha do bem. Cada um desses atos e contrato dão origem a obrigações: **pela locação**, o arrendador é obrigado a pagar as prestações, enquanto que o arrendante é obrigado a entregar a coisa para que o arrendatário dela use; **pela promessa unilateral do arrendador**, aceita pelo arrendatário, aquele se obriga **irrevogavelmente** a vender a coisa pelo valor residual, findo o contrato; **pelo mandato**, o arrendador, no caso mandante, responde pelos atos praticados pelo arrendatário, adquirindo a coisa por este escolhida e pagando ao vendedor o preço convencionado.” (Cont. e Obrig. Comerciais, 6ª Edição, 1981, Forense, págs. 557 e 558).

O aluguel, asseguro, se apresenta como principal apanágio deste tipo de ajuste.

Exsurge-se, então, que, além das prestações mensais, não pode o arrendador cobrar do arrendatário, a não ser no final, **se**



**houver opção de compra**, o pagamento de qualquer outro valor

E, mais, para exigir – VRG, não basta a simples previsão contratual de opção. Exige-se, ainda, para que a cláusula alcance a sua devida **eficácia**, que não haja, **a uma**, renovação do ajuste, **a duas**, a devolução do bem – **exegese, por ilação, da alínea “c”, do art. 5º, da lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974.**

Assim, vejo assente no entabulado contrato, **que, além do pagamento à vista** de R\$ 5.200,00 (cinco mil e duzentos reais), foi cobrada ainda, também a título do **Valor Residual Garantido (VRG)**, a quantia de R\$ 400,00 ( quatrocentos reais) financiada em 36 ( trinta e seis) prestações, mensais e sucessivas, de R\$ 11,11 (onze reais e onze centavos).

Tal exigência elevou a prestação de R\$ 391,40 para 402,51 (quatrocentos e dois reais e cinquenta e um centavos) do valor total utilizado pela entidade bancária na operação de R\$ 8.800,00 (oito mil e oitocentos reais), tudo, repiso, em 36 (trinta e seis) prestações mensais e sucessivas.

Demais, consta do contrato, como **garantia**, a emissão de uma Nota Promissória no valor de R\$ 19.690,43 (dezenove mil, seiscentos e noventa reais e quarenta e três centavos).

Desta sorte, vejo aclarado que o banco – arrendador ou arrendante, cobrou, além do valor locatício, e da emissão do título garantidor (NP), **o valor residual de 40%** (quarenta por cento) – **R\$ 5.200,00 à vista e R\$ 400,00 financiados, do Valor Global dos Bens (VGB).**

Em arremate: o banco financiou R\$ 14.000,00 e cobrou de VRG, além da emissão da NP, o valor de R\$ 5.600,00 ( cinco mil e seiscentos reais).

A imposição do pagamento financiado de R\$ 400,00 (quatrocentos reais), assoma-se, ainda, ao pagamento à vista de R\$ 5.200,00 (cinco mil e duzentos reais).

Tais imposições, descaracterizam, para promessa de compra-e-venda à prestação, o contrato de Arrendamento mercantil, **inescondivelmente, e ocasionam, na certa, a imprestabilidade da ação.**

Cito, por imperioso, em torno da *quaestione juris*, a novel decisão do Colendo **Superior Tribunal de Justiça**, em que foi relator o altiloqüente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, *ipsis litteris*:

“EMENTA: Direitos Comercial e Processual Civil. Ação de Reintegração de Posse. Bem objeto de Contrato de Arrendamento Mercantil. LEASING. VRG. Cobrança antecipada. Descaracterização para compra e venda à prestação. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Carência de ação possessória. Recurso provido. I – O contrato de *leasing* tem como característica essencial a oferta unilateral do arrendante ao arrendatário, no termo do contrato, da tríplice opção de adquirir o bem, devolvê-lo ou renovar o contrato. II – A imposição da cobrança do VRG, antecipadamente, exorbita os limites da Lei 6.099/74, com as alterações da Lei 7.132/83, sendo o pagamento de tal parcela mera faculdade do arrendatário. III – A cobrança antecipada do Valor Residual Garantido,

obrigação prevista em normas regulamentares, que garante ao arrendador o recebimento de quantia final de liquidação do negócio, caso o arrendatário opte por não exercer o direito de compra ou prorrogar o contrato, implica na descaracterização do contrato de arrendamento mercantil, vez que tal exigência não deixa ao devedor outra opção senão a aquisição do bem, de forma a tornar inadmissível o pedido de reintegração de posse.” (Recurso Especial 255.628/SP, data do julgamento 29/06/2000.

**Ante o exposto**, e mais que dos autos constam, decido, por primeiro, indeferir o pedido de liminar requestado, e, por segundo, ordenar a intimação do autor, para, querendo, emendar a proemial no prazo decendial, sob pena de extinção do feito.

Intime-se.

Exp. Nec.

Fortaleza, CE, 26 de outubro de 2000.

**Dr. Emanuel Leite Albuquerque**  
**Juiz de Direito da 22ª Vara Cível**

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ**  
*Gabinete do Des. José Eduardo Machado de Almeida*

**Nº 99.00746-7 - APELAÇÃO CRIME.**

COMARCA - MADALENA

APELANTE - O REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

APELADO - FRANCISCO ALVES DIAS.

RELATOR - DES. JOSÉ EDUARDO M. ALMEIDA.

EMENTA: APELAÇÃO CRIME – DELITO DE COMPETÊNCIA DO JÚRI – CONCURSO EVENTUAL DE AGENTES - PARTICIPAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA - ART. 29, § 2º DO CÓDIGO PENAL VIGENTE – INOCORRÊNCIA – RECURSO PROVIDO PARA MANDAR O APELADO A NOVO JÚRI.

No caso dos autos, afigura-se indisfarçável, na conduta do apelado, o *animus necandi* que o impulsionou a agir, aderindo à sanha criminosa do executor material do delito na medida em que não o dissuadiu, em momento algum, de continuar disparando contra a pobre vítima, pelo contrário, continuando, sim, a imprimir perseguição àquela, só se conformando com o resultado letal.

Ressai, pois, indubitosa, a efetiva contribuição do apelado para a consecução do excídio perpetrado, tendo sido, inclusive, o pivô de todo o entrevero, que se encetara graças a sua conduta insolente de xingar e

agredir a pacata vítima, para, a partir daí, fazer-se presente, de arma em punho, a toda a cena lamentável que se seguiu, demonstrando sua intenção, seu determinismo de ter o evento danoso consumado, fato este que o faz subsumir, indubitavelmente, à casuística do art. 29 do Código Penal.

Recurso provido. Acórdão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº 99.00746-7, de Madalena, em que é apelante o representante do Ministério Público e apelada a Justiça Pública.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso, para lhe dar provimento, mandando o apelado a novo julgamento, nos termos do parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Consta que o ilustre representante do Ministério Público, atuante na Comarca de Quixeramobim, denunciou, em 05.12.93, as pessoas de **FRANCISCO EVANDRO SALES e FRANCISCO ALVES DIAS**, apodado “Chico Juarez”, qualificados nos autos, dando-os como incurso na *sanctio juris* do art. 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal Brasileiro, sob a increpação de haverem os mesmos, no dia primeiro de novembro do ano de 1993, por volta das 21:00 horas, no interior do “Bar Kuxixo Lanches”, localizado no Distrito de São José da Macaóca, município de Madalena, homicidado a tiros de revólver e garrafadas o marchante **Roberto Patrício de Almeida**, que ali chegara pedindo para que o proprietário do estabelecimento comercial guardasse seu revólver (da vítima) em lugar seguro, porquanto em seu veículo, aonde estava acondicionada a precitada arma, achavam-se suas duas filhas

menores, conduta esta que, no injustificável sentir dos acusados, significou-lhes afronta e desrespeito, daí por que passaram a agredir verbalmente a vítima para logo em seguida chegarem às vias de fato, primeiramente, com o acusado Francisco Alves, lesionando-a com um gargalo de garrafa enquanto o outro denunciado Francisco Evandro intervinha para executá-la a tiros de revólver, em que pese as suas súplicas de piedade e as de suas filhas.

Desconhecido o paradeiro do acriminado Francisco Evandro Sales, foi o mesmo citado editaliciamente, sendo-lhe decretada a revelia, por não se fazer presente ao interrogatório judicial, assistido por defensor dativo durante o transcorrer da instrução criminal.

Já o réu Francisco Alves Dias restou este citado e interrogado, submetendo-se ao regular sumário de culpa até a edição da decisão pronunciatória de fls. , através da qual deu-se por admitida a acusação pública contra sua pessoa e a do outro denunciado, como incursos na figura do homicídio duplamente qualificado.

Levado a julgamento popular, o Conselho de Sentença da comarca de origem, por maioria de votos, acolheu a tese defensiva esposada pelo acusado Francisco Alves Dias, a de que não teria ele desejado o resultado morte, considerando, contudo, a M.M. Juíza Presidente do Tribunal do Júri, prejudicado o quesito de nº 05, que perquiria sobre a figura do dolo eventual na consecução do evento, ou seja, se o réu assumira o risco de produzir o resultado morte.

Desta feita, restou o acusado em tela condenado por lesão corporal seguida de morte, nos termos do art. 129, § 3º do CPP, a uma pena de 08 (oito) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente semi-aberto.

Inconformado com o veredicto, dele apelou o titular da ação

penal, para requerer fosse o acriminado submetido a novo julgamento, por haver o decisório recorrido contrariado frontalmente as provas carreadas aos autos, as quais evidenciavam sua clara intenção de ceifar a vida da vítima, já que perseguiu implacavelmente seu desiderato até o desfecho final, morte.

Razões da assistência da acusação apresentadas às fls. 1238/1245.

Contra-razões do apelado às fls. 1184/1195.

Nesta Superior Instância, os autos foram com vista a douta Procuradoria Geral de Justiça, que em seu parecer de fls. 1253/1255, opinou pelo provimento do recurso, a fim de que fosse o apelado submetido a novo julgamento.

É o relatório.

Como se depreende, o objeto do presente apelo se acerca sobre a ocorrência ou não da figura inculpada no art. 29, § 2º, do CPB, isto é, se houve por parte do apelante uma participação dolosamente distinta na consecução do evento criminoso, por almejar apenas lesionar a vítima Roberto Patrício, mas sem pretender mortificá-la, ou se o mesmo agiu, foi, na verdade, impulsionado pelo *animus necandi* definidor da conduta do co-réu e executor material do crime Francisco Evandro Sales.

Antes, contudo, de adentrar no mérito da questão, na análise propriamente dita das provas, penso indispensável o registro dos seguintes equívocos decorrentes do julgamento de que se trata, conquanto passados despercebidos pelas partes litigantes.

O primeiro deles consiste no fato de os quesitos postos à votação aos senhores jurados não se compadecem com a tese da

defesa esposada em plenário.

Com efeito, sustentou o defensor do apelado durante a sessão plenária do júri que o delito por ele praticado seria apenas o de lesão corporal, ou seja, o delito menos grave a que alude o art. 29, § 2º, do CPB, já que não teria o mesmo querido o resultado morte da vítima ao lesioná-la com uma garrafa de cerveja, tanto é que a *mortis causa* da mesma foi identificada como sendo por projétil de arma de fogo, atribuída ao seu comparsa.

Nada obstante tal fato, os quesitos postos à votação aos senhores jurados, notadamente, os de nºs 04 e 05, procuraram desvendar no comportamento do apelado a figura do delito de lesão corporal seguida de morte, art. 129, § 3º do CPB, o qual se aperfeiçoa quando o agente, embora agindo com culpa na produção do evento, não quis o resultado morte **nem assumiu o risco de produzi-lo**, o que não se confunde com a cooperação dolosamente distinta a que alude o art. 29, § 2º, do CPB, tese da defesa, porquanto ali não se cogita da existência do elemento culposo, a não ser para aumentar a pena do delito pretendido pelo agente até a metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

Assim é que, a par do quesito de nº 03, indagou-se aos juízes laicos se o réu Francisco Alves Dias concorreu de qualquer modo para o crime, obtendo-se resposta positiva por cinco votos.

No de nº 04, subsequente, indagou-se se o réu Francisco Alves Dias, assim agindo, quis o resultado morte, obtendo-se resposta negativa por quatro votos.

O quesito de nº 05, por sua vez, o qual perguntava se o réu Francisco Alves Dias assumiu o risco de produzir o resultado morte, foi estranhamente considerado **prejudicado**.



Note-se que ainda que houvessem tratado os autos do tipo da lesão corporal seguida de morte, o que não foi o caso, ainda assim restaria incorrido o questionário supra em irregularidade, inquinando, por conseqüência, o decisório dele derivado, porquanto considerado prejudicado o quesito de nº 05 quando indispensável à plena configuração do delito preterdoloso ( art. 129, § 3º) de que se cuida.

A bem da verdade, a quesitação pertinente à elucidação da tese defensiva da cooperação dolosamente distinta deveria ter sido posta indagando-se aos jurados se o apelado, no seu agir, quis participar apenas do crime menos grave, no caso, a lesão corporal, e se o resultado mais grave, morte, lhe era previsível, caso em que restaria apenado com a reprimenda prevista para a lesão corporal aumentada até metade.

De modo algum, entretanto, haveria o Conselho de Sentença de manifestar-se acerca da figura típica da lesão corporal seguida de morte, porquanto, repita-se, impossível de configuração ainda que albergada a tese do art. 29, § 2º do CPB.

Sobre o tema, cooperação dolosamente distinta, vejamos o que apostila o saudoso jurista Celso Delmanto, em sua obra Código Penal Comentado, 4ª edição, pág. 58, *verbis*:

“ Com a inclusão deste dispositivo, amenizou-se a teoria monística ou unitária da participação punível, pois cada partícipe será punido pela lei, de acordo com sua própria culpabilidade individual, independentemente da culpabilidade dos demais. Cuida o § 2º da hipótese em que um dos concorrentes ( partícipe do crime) queria participar do ilícito menos grave do

que aquele que acabou sendo cometido pelo outro concorrente. Dispõe a lei que cada concorrente responde de acordo com o que quis, isto é, de conformidade com seu dolo ( e não de acordo com o dolo diverso do autor), mas a pena do crime que queria cometer é aumentada até metade, se era previsível para o partícipe o resultado mais grave. Assim, o partícipe responde pelo crime em que quis colaborar ( seu dolo) e não pelo crime diverso que o autor acabou praticando; mas, se o resultado mais grave lhe era previsível (culpa), a pena do crime em que queria participar será aumentada, até metade ”.

E exemplifica o mestre penalista, *verbattim*:

**“ .... b) Alguém contrata outrem para surrar um inimigo. Mas o contratado se excede e mata a vítima durante o seu espancamento. O partícipe que determinara a surra no inimigo poderá responder: pelo homicídio, por dolo eventual, se assumiu o risco do resultado morte, ou por lesão corporal, com pena aumentada até metade, se a consequência letal lhe era previsível; ou sem o aumento, se não podia prever o resultado morte.”**

Assim é que, no tocante ao aspecto suso explicitado, não andou de bom aviso a douta Juíza reitora do feito, tornando o julgamento resistido passível de anulação, por deficiência dos quesitos (art. 564, § único do CPP). Privo-me, todavia, de

emprestar-lhe o efeito em alusão por força do que preceitua a Súmula 160 do Supremo Tribunal Federal, porquanto proíbe ao Tribunal o acolhimento de nulidade, contra o réu, não argüida no recurso da acusação.

No mérito, contudo, lendo e relendo os presentes autos, convenci-me, de fato, da absoluta pertinência da irresignação ministerial, encampada pela assistência da acusação, dada a flagrante discrepância que guardou o veredicto hostilizado com a prova amainada nos autos.

De feito, pelo que dos autos consta, em especial, pela prova testemunhal colacionada, depreende-se inequívoco que o apelado Francisco Alves Dias agiu foi, na verdade, senão com o *intuitus dolendi* de ceifar a vida da vítima Roberto Patrício de Almeida, pelo menos anuindo ao resultado morte derivado de sua ação e a de seu comparsa **Francisco Evandro Sales**, até então foragido.

A peça denunciatória de fls. 03/06, posta nos termos a seguir, elaborada com base em elementos da investigação policial, restou plenamente confirmada pela prova judicial que a secundou, se não vejamos, *in verbis*:

“ .... naquela dia e horas citados, encontravam-se os homicidas (sic) na companhia de alguns amigos à bebericar (sic) no referido bar, quando ali chegou a vítima, fazendo-se acompanhar de suas filhas menores, as quais permaneceram no interior do veículo que as conduziam.

Porque portava consigo um revólver no interior do seu carro e temeroso de que as filhas se expuzessem (sic) a qualquer forma de perigo, decidiu solicitar ao proprietário do estabelecimento que, envolto em uma flanela, lhe guardasse a arma.

Sem dar causa, eis que a vítima passou a ser desacatada e, sob insultos, apesar dos apelos, foi agredida à traição pelo elemento “ CHICO DO JUAREZ ” o qual, utilizando-se de um gargalo de garrafa, atingiu-a nas costas.

Ato contínuo, o segundo homicida FRANCISCO EVANDRO SALRES, sacou de um revólver e promoveu disparos contra a vítima, a qual se achava agarrada por “ CHICO JUAREZ ”.

Embora ferida, a vítima conseguiu se desvencilhar de seus verdugos e buscou abrigo junto às duas filhas menores abraçando-as e, aos agressores implacáveis, clamou por piedade, até mesmo invocando a presença das menores, no que não foi atendido.

Novamente, numa escaramuça, voltou ao interior do bar na tentativa de reaver sua arma, exclusivamente num gesto de defesa à sua própria pessoa, a vítima foi novamente atingida a socos (sic), ponta-pés e gargalo de garrafa, o que forçou mais uma vez “ bater em retirada”, sendo alcançada já bem próximo à calçada.

*FRANCISCO EVANDRO SALES, embora presenciando a vítima agonizando de joelhos em função dos ferimentos recebidos, puxou-o pelos cabelos e, à queima-roupas, desferiu o “ tiro de misericórdia”, não obstante o clamor das inocentes crianças que imploravam pela vida do pai ”.*

Através do auto de exame de corpo de delito de fls. 197/198, constatou-se na pessoa da vítima várias lesões incisais, compatíveis com emprego de instrumento cortante, lesão contusa no couro cabelo na região temporal esquerda, além de feridas originadas por projéteis de arma de fogo, na coxa e no tórax, tendo uma delas penetrado pelas costas e saída na face anterior do tórax.

O exame cadavérico supra revela, como se vê, o massacre a que foi submetida a vítima, sujeita à ação criminosa do apelado e seu comparsa, que com golpes de garrafa e tiros tentavam, a todo custo, arrebatá-lo a vida.

A perícia técnica de fls. 199/211, por sua vez, cuidou de examinar os vestígios deixados no local do crime, atestando, através da fotografia acostada às fls. 206, que houve luta corporal entre a vítima e o apelado, evidenciando, ainda, as mrossas na parede causadas por disparos de arma de fogo provenientes do revólver do co-réu Francisco Evandro, que procurava atingir a vítima enquanto agredida por “Chico Juarez”.

As testemunhas auscultadas durante a *persecutio criminis extra iudicio* dão conta de que o apelado Francisco Alves Dias, conhecido por “Chico Juarez”, foi quem, por motivo de somenos importância, encetou toda a confusão que culminou com a disfunção da vítima, afrontando-a verbalmente para, em seguida, agredi-la com um gargalo de garrafa pelas costas, em que pesem os reclamos daquela para que deixasse de briga, verberando que ali estava apenas para visitar seus avós falecidos, e que não tinha nenhum inimigo, justificando sua conduta de guardar a arma no bar, enrolada numa flanela, em face da presença de suas filhas no carro ( fls. 12/14; 15/16; 18 ; 19/20; 21/22; 23/24; 25).

Em juízo, novamente, as testemunhas confirmam a cena sangrenta narrada na fase investigatória, afirmando que o apelado participou ativamente durante todo o seu destamar, munido de um gargalo de garrafa, com o qual lesionava a vítima, enquanto esta procurava se defender das investidas deste e do co-réu Francisco Evandro, o qual, por sua vez, disparava seu revólver em direção aos contendores (fls. 368/370; 371/372; 373/374; 375/376).

Dessume-se, ainda, da prova testemunhal, que o apelado

perseguiu a vítima até o lado de fora do bar, enquanto esta procurava se refugiar junto às suas filhas, sendo que de lá, novamente adentrou no bar no encalço de sua presa, sempre buscando lesioná-la, até o arremate final por parte do executor material do crime, Francisco Evandro, que, sem piedade, e na frente das inocentes crianças, desferiu o tiro fatal nas costas da honesta e benquista vítima.

Ora, nobres Desembargadores, pelo até então visto, evidencia-se, pelo menos no meu sentir, indisfarçável, na conduta do apelado, o *animus necandi* que o impulsionou a agir, aderindo à sanha criminosa do executor material do delito na medida em que não o dissuadiu, em momento algum, em continuar disparando contra a pobre vítima, pelo contrário, continuando, sim, a imprimir perseguição àquela, só se conformando com o resultado letal.

Ressai, pois, indubitável, dos autos, a efetiva contribuição do apelado para a consecução do excídio perpetrado, tendo sido, inclusive, o pivô de todo o entrevero, que se encetara graças a sua conduta insolente de xingar e agredir a pacata vítima, para, a partir daí, fazer-se presente, de arma em punho, a toda a cena lamentável que se seguiu, demonstrando sua intenção, seu determinismo de ter o evento danoso consumado, fato este que o faz subsumir, indubitavelmente, à casuística do art. 29 do Código Penal, segundo o qual quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. Neste sentido, *verbis*:

“ O concurso deliçquencial abrange toda e qualquer participação ou omissão, principal ou secundária, próxima ou remota, mediata ou não, por ato, gestos, ou simples presença, desde que encorajadora do partícipe do evento. Por este respondem todos quantos para ele colaborarem,

indiferentemente do grau dessa cooperação, que somente é relevante para fins de graduação da pena” ( TJSC – HC – Rel. Rid Silva – RT 465/360).

Claudicou, portanto, o Conselho de Sentença da comarca de origem ao divisar inexistente na conduta do apelado o dolo ( direto ou eventual ) na auferição direta do resultado, mormente à vista dos fatos acima estadeados, apartando-se de remansosa prova residente nos autos e de versão verossímil dela emergente.

Por tais esteios, com fulcro no art. 593, III, “ d ”, e § 3º, do CPP, conheço do presente recurso, para lhe dar o devido provimento, mandando o apelado a novo júri, assim como opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça.

Fortaleza, 17 de outubro de 2000.

**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**GABINETE DA DESEMBARGADORA**  
**GIZELA NUNES DA COSTA**

**Nº PROCESSO: 1999.01419-0**

**TIPO DO PROCESSO:** Agravo de Instrumento

**COMARCA:** Fortaleza

**PARTES:**

**Agravante** – Kellystur Turismo Nacional e Internacional Ltda.

**Agravado** – Banco do Nordeste do Brasil S/A

**RELATORA:** Gizela Nunes da Costa

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CAUTELAR – INDEFERIMENTO DE LIMINAR QUANTO À SUBSTITUIÇÃO DE GARANTIAS REAIS OFERECIDAS EM HIPOTECA CONSENSUAL E ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA, POR TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA – CORREÇÃO- AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO.

I – Impõe-se ao magistrado recusar a substituição de garantias oferecidas em hipoteca consensual e alienação fiduciária, por Títulos da Dívida Pública de difícil e duvidosa liquidação, consoante precedentes do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

II – Agravo conhecido e improvido.



Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas.

ACORDA o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em segunda Câmara Cível, à unanimidade de votos, conhecer do agravo, uma vez presentes os seus requisitos de admissibilidade, para negar-lhe provimento, na forma do relatório e voto da relatora, em acórdão acima ementado.

Consoante registra o relatório de fls. 617/618, peça integrante deste acórdão, cuidam os autos de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo, interposto por KELLYSTUR TURISMO NACIONAL E INTERNACIONAL LTDA., adversando decisão interlocutória prolatada pelo juízo da 7ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza/Ce, em sede de ação cautelar ajuizada em desfavor do BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S/A.

Aduz a Agravante que interpôs ação cautelar, com o intuito de substituir bens oferecidos como garantia de pagamento do empréstimo contraído junto ao Agravado, por Títulos da Dívida Pública.

Foram oferecidos como garantia, em hipoteca de 1º grau, dois imóveis de propriedade do Sr. NILTON ALVES PEREIRA, avaliados em R\$ 44.951,00 (quarenta e quatro mil e novecentos e cinquenta e um reais) e, em alienação fiduciária, um microônibus marca KIA, modelo BESTA, no valor de R\$ 31.000,00 (trinta e um mil reais).

Pleiteou a recorrente, ainda naquela sede, a não posituação de seu nome nos cadastros de proteção ao crédito.

O julgador singular, em decisão que repousa às fls. 102/104 dos presentes fólios, deferiu a liminar apenas quanto à não inscrição

da Agravante no cadastro de inadimplentes, sob o fundamento de que a hipoteca consensual, diversamente da legal, não pode ser substituída por caução de título da dívida pública.

Argumenta a Recorrente que a hipoteca em comento é nula de pleno direito, uma vez que fora firmada sem a devida apresentação de documento comprobatório de quitação da Previdência Social, nos termos do art. 84, I, “b”, do Decreto nº 612/92 c/c art. 71, I, “b”, da Lei nº 8.212/91.

Defende, ademais, a idoneidade da substituição dos bens dados em garantia, ressaltando que o Agravado não apresentou qualquer impugnação quanto à autenticidade das apólices.

Pelo que, requer seja reformada a decisão questionada, com a substituição dos bens dados em garantia pelas apólices apresentadas.

Efeito suspensivo deferido às fls. 573/574.

Contra razões do Agravado às fls. 578/585 e informações da magistrada de 1º grau às fls. 608.

Eis o relatório, no que há de essencial.

Inicialmente, conheço do agravo, ante a presença de todos os seus requisitos de admissibilidade.

Ressalte-se, de logo, que o cerne da controvérsia reside na presença ou ausência dos requisitos ensejadores para a concessão de liminar, em sede de ação cautelar, que defira a substituição de garantia real por apólices da dívida pública.

Em desfavor das teses argüidas pela Agravante, apresenta-

se a remansosa jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA no sentido de que pode o magistrado recusar a nomeação de Títulos da Dívida Pública de difícil e duvidosa liquidação. Neste sentido, confira-se, *in litteris*:

**“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA EMITIDOS EM 1934. GRADAÇÃO LEGAL. DIFICULDADE DE LIQUIDAÇÃO. PREVALÊNCIA DA SATISFAÇÃO DO INTERESSE DO CREDOR. SÚMULA 83/STJ.**

I – A gradação insculpida no artigo 655 do Código de Processo Civil para efetivação da penhora não tem caráter absoluto, podendo o magistrado recusar a nomeação de títulos da dívida pública de difícil e duvidosa liquidação, para que esta recaia em dinheiro ou outros bens de melhor liquidez.

II – Precedentes da Corte.

III – Agravo Regimental desprovido”

(AGA 293955/Mg ; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2000/0022347-6; DJ 30/10/2000, p. 157; Rel.: Min. Waldemar Zveiter; data da decisão 15/09/2000; Terceira Turma)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA ESTADUAL. IMPUGNAÇÃO PELO CREDOR. FUNDAMENTAÇÃO.

NECESSIDADE. ARTS. 620, 655 E 656, I  
CPC. DOUTRINA. PRECEDENTES.  
RECURSO DESACOLHIDO.

I – A ordem legal estabelecida para a nomeação de bens à penhora não tem caráter rígido, absoluto, devendo atender às circunstâncias do caso concreto, à satisfação do crédito e à forma menos onerosa para o devedor, “a fim de tornar mais fácil e rápida a execução e de conciliar quanto possível os interesses das partes”.

II – A gradação legal há de ter em conta, de um lado, o objetivo de satisfação do crédito e, de outro, a forma menos onerosa para o devedor. A conciliação desses dois princípios é que deve nortear a interpretação da lei processual, especificamente os arts. 655, 656 e 620 do Código de Processo Civil.

III – Na espécie, as razões apresentadas pelo credor, embora apenas na contraminuta do agravo, justificam a recusa dos títulos de dívida pública, tanto pela dificuldade de sua liquidez, quanto pela insuficiência do seu valor, e também pela existência de outros bens, no caso, um imóvel, capazes de solver a dívida.

(RESP 262158/RJ;Recurso Especial 2000/0055980-6; DJ **09/10/2000**, p. 157; Rel.: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; data da decisão 22/08/2000; Quarta Turma)

Assim, ainda que prevaleça a tese defendida pela Agravante, no sentido de que não existe qualquer vedação legal à substituição

da hipoteca consensual por Títulos da Dívida Pública, não merece prosperar sua irresignação, uma vez que os bens apresentados para a substituição não têm sido aceitos, em face de sua difícil e duvidosa liquidação, a prejudicar direito do credor, merecedor de proteção, especialmente por tratar-se de crédito público, porquanto a lide envolve sociedade de economia mista federal.

Desse modo, ausente a fumaça do bom Direito, inviável o deferimento da tutela cautelar requerida.

Pelo que, conheço do agravo, para negar-lhe provimento, revogando a suspensividade deferida às fls. 573/574.

É como voto.

Fortaleza, 11 de abril de 2001

José Mauri Moura Rocha – **Presidente**

Gizela Nunes da Costa – **Relatora**

Maria do Perpétuo Socorro França Pinto - **PGJ**

**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ**  
**DESEMBARGADOR EDMILSON CRUZ**

**Nº PROCESSO:** 1999.08223-3

**TIPO DE PROCESSO:** MANDADO DE SEGURANÇA

**COMARCA:** FORTALEZA

**PARTES:**

IMPETRANTE: CDA – COMERCIAL DIST. AUTOM. LTDA.  
E OUTROS

IMPETRADO: SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO  
CEARÁ

**RELATOR:** DES. EDMILSON CRUZ

**EMENTA:** MANDADO DE  
SEGURANÇA.

– Súmula 212 do STJ  
prejudicada em virtude da análise do mérito.

PRELIMINAR DE  
ILEGITIMIDADE REJEITADA –  
SUBSTITUÍDO LEGÍTIMO.

– Ofensa ao § 7º, do art. 150.  
Dever do Estado devolver valores pagos a  
maior, com a devida correção, pelo  
contribuinte substituído.

– Impossibilidade de retenção  
a maior por parte do Estado, configurando  
a diferença do valor presumido e do valor  
real.

– Princípios Constitucionais –  
bases para o cumprimento do direito do  
cidadão.

– Termo de Acordo contendo

cláusulas impeditivas à apreciação do Judiciário – Flagrante inconstitucionalidade, conforme art. 5º XXXV da CF/88.

– Segurança concedida.

**Vistos, relatados e discutidos** estes autos de Mandado de Segurança, em que são partes as acima mencionadas,

**ACORDA** o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em sua composição plena, por unanimidade, em conceder a segurança requestada, para assegurar às impetrantes o direito à imediata restituição do ICMS cobrado acima do valor real.

**CDA – COMERCIAL DIST. AUTOM. LTDA. E OUTROS**, pessoas jurídicas de Direito privado, devidamente qualificadas nos autos, impetram **MANDADO DE SEGURANÇA** com pedido de liminar, contra ato do Sr. **SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ**, visando a obter decisão judicial que lhes assegure o direito de continuar sofrendo a retenção antecipada do ICMS, na modalidade de substituição tributária, nos termos estatuídos pelo Convênio 50/99, não ficando dito direito condicionado à celebração do Termo de Acordo proposto pela autoridade coatora mencionada.

Deferiu-se a medida liminar requerida (fls. 57/60).

A autoridade impetrada, ao prestar as informações de estilo (fls. 73/81), em resumo, limitou-se a argumentar o seguinte:

a) o provimento liminar concedido afronta a Súmula 212 do STJ;

b) as afiliadas da impetrante não têm legitimidade ativa para pleitear compensação ou restituição de ICMS;

c) a Jurisprudência dos Tribunais sobre o artigo 150, §7º, da

Constituição Federal e artigo 10, da LC nº 87/96, não ampara o pleito da impetrante; d) não há ilegalidades no Termo de Acordo proposto pelo Fisco Cearense.

O Ministério Público, em seu parecer, opinou pela concessão da segurança pleiteada (fls. 105/107).

É, em resumo, o relatório.

Incluído em pauta de julgamento, passo ao *decisum*.

De início, cumpre-me apreciar as preliminares argüidas pela autoridade impetrada com o fim de obstar o conhecimento do mérito desta impetração.

Perlustrando os argumentos trazidos à colação pelo Secretário Estadual da Fazenda, em sede de preliminar, constata-se que a quase totalidade deles sequer diz respeito ao objeto da presente demanda judicial.

Relativamente à primeira preliminar suscitada (malferimento da Súmula 212 do STJ), evidencia-se que ela resta prejudicada, uma vez que, no atual estágio deste processo, não se está mais analisando o cabimento de provimento liminar como *remedium juris* par da situação sob julgamento.

Já no tocante à segunda preliminar argüida, ilegitimidade ativa das impetrantes para pleitear compensação ou restituição do ICMS, observa-se que também não prospera dito argumento, porquanto o caso *sub judice* não se dirige à obtenção de pronunciamento judicial que assegure o direito à prefalada compensação ou restituição de ICMS.

Repita-se, à exaustão: a questão nuclear posta pela impetrante atina com a possibilidade de suas afiliadas serem alcançadas pelas



regras postas no Convênio 129/97, sem que para tanto tenham de se submeter às inconstitucionais restrições impostas por determinadas Cláusulas constantes dos Termos de Acordo da lavra do Secretário Estadual da Fazenda.

Assim, nenhuma das objeções preliminares apresentadas pela autoridade impetrada merece acolhida.

Ultrapassadas as citadas questões preliminares, passo ao exame do mérito.

Conforme se depreende dos Autos, o desenlace da questão ali posta reclama uma acurada análise no que preceitua o art. 5º, inciso XXXV, da Magna Carta, dispositivo este que consagra o que se costuma denominar de “direito à jurisdição”.

Porém, antes de se passar à perquirição acerca do exato conteúdo do postulado acima referido, nunca é demais repisar que, segundo o princípio da separação dos poderes ( art. 2º, CF/88), **cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição**. Isto significa o seguinte: sempre que provocado, compete ao Poder Judiciário dizer, com o timbre da definitividade, qual o direito a ser cumprido pelas partes envolvidas na controvérsia suscitada. Noutras palavras: incumbe-lhe o exercício da denominada função jurisdicional.

A esse respeito, confira-se a profícua lição do mestre ARRUDA ALVIM, *verbis*:

“Podemos, assim, afirmar que função jurisdicional é aquela realizada pelo Poder Judiciário, tendo em vista aplicar a lei a uma hipótese controvertida mediante processo regular, produzindo, afinal, coisa

julgada, com o que substitui, definitivamente, a atividade e vontade das partes.” (*in* Curso de Direito Processual Civil, Revista dos Tribunais, v.1, p. 149).

Pois bem, com relação especificamente ao tema a ser enfrentado, tem-se que a Carta Política de 1988 assinala, em seu art. 5º, XXXV, que **“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”**. Este inarredável comando constitucional, denominado por muitos de **“princípio da proteção judiciária”** ou **“princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional”**, além de criar um intransponível limite ao legislador, garante a todos os cidadãos o direito de acesso aos órgãos do Poder Judiciário, a fim de serem deduzidas eventuais pretensões.

Na voz dos abalizados ROGÉRIO LAURIA TUCCI e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI:

“Essa garantia de acesso aos juízos e tribunais consiste, por sua vez, num direito público subjetivo, universalmente consagrado e decorrente da assunção, pelo Estado, do monopólio da administração da Justiça: é conferida ao membro da comunhão social (inclusive, à evidência, ao próprio Estado), em contrapartida, o direito à prestação jurisdicional, relativamente a determinado interesse em conflito com o de outrem.” (*in* Constituição de 1988 e Processo – Regramentos e garantias constitucionais do processo, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 10-1).

Aqui impende

assinalar que, estando o Estado de Direito (art. 1º, CF/88) assentado sobre o princípio da legalidade, **o primado da inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito comparece como autêntica garantia d preservação dos valores apetecidos pelo Estado Constitucional.** A subtração de determinadas matérias do imparcial exame do Poder Judiciário implicaria a total ruína do preceito em análise (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88), assim como daria ensejo à prática de arbítrios os mais diversos, hipóteses estas não toleradas pelo Estado de Direito edificado na atual Carta Magna.

Veja-se, a respeito, a opinião do ilustre PINTO FERREIRA, *ad litteram*:

“Difícilmente poderia supor-se um Estado de Direito sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente. É uma fórmula consagrada pela doutrina contemporânea. A prática das Constituições não a repeliu; ao contrário, a consolidou.” (*in* Curso de Direito Constitucional, Saraiva, São Paulo, 1991, p. 472).

Por outro lado, é de se destacar também que pululam manifestações jurisprudenciais sobre a amplitude do princípio acima tratado (“inafastabilidade do controle jurisdicional”), todas elas ratificando o entendimento de que a garantia ali firmada pode sofrer qualquer tipo de restrição.

O nosso Pretório Excelso, *ad exemplum*, deliberou que seria de indiscutível inconstitucionalidade a existência de norma que vedasse o acesso ao Judiciário (RMS – 21960/DF, Rel. Ac. Min. Maurício Corrêa, DJ 03/11/95).

Noutra oportunidade, a referida Suprema Corte decidiu pela impossibilidade de se cobrar taxa judiciária ilimitada (incidente sobre o valor da causa ou da condenação), pois do contrário, em determinadas situações, restaria inviabilizado o próprio acesso ao Poder Judiciário, o que não é permitido pela Constituição, por força do que prescreve o art. 5º, inciso XXXV (ADIMC – 1651/PB, Rel. Min. Sidney Sanches, DJ 11/09/98).

Destarte, cotejando os argumentos acima expendidos com o conteúdo do Termo de Acordo proposto pela autoridade coatora, especialmente o disposto na cláusula “terceira”, incisos I e IV, verifica-se que **o Estado, através da autoridade coatora, acutilou o disposto no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88**. Isto por que em tal cláusula, está manifestamente dito o seguinte, *verbis*:

**“CLÁUSULA TERCEIRA** – Para os efeitos deste Termo, o ACORDANTE obriga-se:

**I – suspender da aplicação do instituto jurídico do ressarcimento**, sob a alegativa de diferença entre “o valor da base de cálculo” e o “preço efetivamente praticado”, **durante o período compreendido entre o dia 22/09/1999 até a data do julgamento do mérito da ação correspondente, pelo Supremo Tribunal Federal (STF)**, independentemente da prorrogação do Convênio que trata do benefício fiscal de redução da base de cálculo do ICMS incidente sobre as operações com veículos;

(...)

**IV – não pleitear qualquer**

**ressarcimento, na esfera judicial**, após efetuada a apuração de valores relativos a ICMS que porventura já tenham sido apropriados, conforme o caso, tomando como base o valor apurado na forma do inciso anterior.”

Com base no teor do texto acima transcrito, vê-se que a autoridade coatora aspirava a que o direito das impetrantes de sujeitarem-se ao regime jurídico-tributário da substituição tributária, nos termos do Convênio ICMS nº 50/99, ficasse irremediavelmente condicionado tanto à suspensão da aplicação do instituto jurídico do ressarcimento, sob a alegativa de diferença entre renúncia ao sublime direito de acesso ao Judiciário, como também à renúncia ao direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário.

Nada mais inconstitucional e abusivo.

Primeiro por que, antes mesmo de qualquer pronunciamento do STF sobre o direito de ressarcimento de quantias pagas a mais, por força do emprego de base de cálculo presumida maior do que o valor da venda efetiva de veículo a consumidor final, é perfeitamente possível que as impetrantes venham a obter autorização judicial que lhes permita proceder ao ressarcimento a que fazem “jus”.

Ora, diante de tal possibilidade, entrevê-se que, fora a competente via recursal, nenhum outro mecanismo teria o condão de paralisar os efeitos de qualquer decisão judicial proferida regularmente. Por isso, a pretensão do Fisco referida no inciso I, da Cláusula “terceira”, mostra-se como um verdadeiro ABSURDO JURÍDICO.

A propósito, segundo aduzem as impetrantes, há um processo em tramitação neste Egrégio Tribunal de Justiça (MS nº 98.08944-0), cujo objeto é exatamente o direito de ressarcimento de valores de ICMS pagos por conta do emprego de base de cálculo presumida maior do que o valor da venda efetiva de veículo a consumidor final, para fins de cobrança de tal imposto.

Segundo a vigente ordem constitucional, qualquer tentativa de cerceamento ao fundamental direito à jurisdição, é conduta a ser tida como nula, por ser incompatível com o que assegura o art. 5º, inciso XXV, da Carta Magna (“ **PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL**”).

Ora, segundo professa o pranteado PONTES DE MIRANDA, o direito de acesso ao Poder Judiciário é inabdicável. Na precisa expressão do referido autor, *verbis*:

“A pretensão à tutela jurídica é irrenunciável, ainda que sejam renunciáveis o direito, a pretensão, ou a ação, que, invocando aquela, a parte deduza *in iudicium*.” (*in* Tratado das Ações, tomo I, 1970, p. 113-4).

Aflora, pois, na espécie, que assiste razão à impetrante, isto é, **os Termos de Acordo que lhe foram propostos pelo Sr. SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ contém disposições eivadas de flagrante inconstitucionalidade**, visto que tais comandos implicam, em última análise, renúncia expressa ao direito fundamental de recorrer ao Poder Judiciário para discutir sobre a restituição das quantias de ICMS que foram, antecipadamente, retidas a mais em favor da Fazenda Estadual.

A conclusão acima firmada provém da meridiana clareza

manifestada pelo texto da Cláusula retromencionada. É que ali está expressamente estabelecida a inaceitável agressão àquele princípio constitucional que determina que todos têm o direito de se socorrer do Poder Judiciário. Isso significa o seguinte: **ao incluir a referida Cláusula nos indigitados Termos de Acordo, a autoridade estatal, iniludivelmente, feriu de morte o princípio constitucional da inderrogabilidade da atividade jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV), razão pela qual manda que seja concedida a segurança pleiteada.**

Em reforço ao entendimento de que se faz necessário prestigiar as normas estatuídas na Constituição, convém mencionar a lapidar lição do eminente Ministro CELSO DE MELLO, que, na condição de Relator da ADIn 293-7-DF, asseverou o seguinte:

“Uma Constituição escrita não configura mera peça jurídica, nem é simples estrutura de normatividade e nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na vida dos povos e das nações. **Todos os atos estatais que repugnem à Constituição expõem-se à censura jurídica dos Tribunais, especialmente porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade.** A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste – enquanto for respeitada – constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos.” (DJU de 16/04/93, p. 6.429) (grifamos)

Logo, à medida que a multicitada Cláusula, constante dos Termos de Acordo em discussão, solapa, de modo irrefragável, o que assegura o postulado constitucional consagrado no art. 5º, inciso XXXV, disso resulta que, segundo a judiciosa orientação proposta pelo ilustre Ministro da nossa mais elevada Corte de Justiça, **é preciso declarar nulos aqueles inconstitucionais comandos veiculados nos aduzidos Termos de Acordo.**

No mérito, aduz a autoridade coatora que a acetada interpretação do art. 150, § 7º, da CF/88, segundo a Jurisprudência de alguns Egrégios Tribunais Estaduais, não ampara o pleito da impetrante. Só que aquilo tido por dita autoridade como pleito da impetrante foi o “direito à restituição do ICM, na hipótese de não ocorrência do fato gerador presumido”.

**Ora, considerando o que fora assinalado antes, a respeito da controvérsia suscitada pela impetrante, é forçoso concluir que não se pretendeu discutir, no caso *sub examine*, o direito em si mesmo àquela compensação ou restituição de ICMS.** Segundo se depreende dos autos, a alusão feita pela impetrante ao assunto, “direito à restituição do ICMS, na hipótese de não ocorrência do fato gerador presumido” deveu-se apenas e tão-somente ao fato dos citados Termos de Acordo terem feito expresas referências a tal matéria.

Ainda com referência ao mérito, sustenta a autoridade coatora que não há ilegalidade nos Termos de Acordo por ela propostos. Nesta direção, destaca que a “Cláusula segunda”, do Convênio 50/99, autoriza a imposição de condições às empresas concessionárias, a fim de que elas sejam alcançadas pelo regime jurídico-tributário de que trata o predito Convênio (redução da carga tributária de ICMS nas operações com veículos automotores novos), *ipsis litteris*:



“Cláusula segunda – O benefício contido na cláusula anterior fica condicionado à manifestação expressa do contribuinte substituído pela sua aplicação, mediante celebração de Termo de Acordo com o Fisco, que estabelecerá as condições para a operacionalização do regime de substituição tributária, especialmente quanto à fixação de base de cálculo do ICMS, exceto com relação aos veículos elencados no Convênio ICMS 37/92, de 3 de abril de 1992”.

Ora, da leitura do texto *ut supra* infere-se que, **se, por um lado, o Convênio 50/99 estabelecia a celebração de Termos de Acordo com o Fisco como condição para fruição de um dado tratamento tributário, por outro, não autorizava (e nem poderia ter autorizado), sob pretexto algum, a inserção, em tais Termos de Acordo, de Cláusula que viesse a obstruir, de algum modo, o acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, CF).** Caso contrário, o referido diploma conteria a pecha da inconstitucionalidade, em virtude de possuir comando agressor do magno princípio da indeclinabilidade da prestação jurisdicional.

Em suma: os Termos de Acordo elaborados pela autoridade impetrada malferem a Constituição Federal quando prescrevem a proibição de busca da tutela jurisdicional, relativamente a eventuais polêmicas em torno do direito de restituição de ICMS oriundo da não ocorrência do fato gerador presumido. Entendo, portanto, que **este verdadeiro ensaio de total comprometimento daquele direito fundamental (inderrogabilidade da atividade jurisdicional) deve ser rechaçado de plano por toda e qualquer autoridade judiciária que venha a se deparar com tamanho desatino.**

Ademais, é certo que existem empresas concessionárias de veículos novos, domiciliadas em nosso Estado, que estão sendo beneficiadas pela redução na carga tributária do ICMS devido na modalidade de substituição tributária, desde o início da vigência do aludido Convênio 50/99 (29/07/99).

Acontece que, o texto constitucional, tanto no art. 5º, inciso II, quanto no art. 150, inciso II, consagra o universal primado da igualdade (isonomia), princípio este que atua como autêntico traço fundamental do nosso regime constitucional – Estado Democrático de direito. Tal postulado prescreve que aos governados que se encontrem na mesma situação deve ser dispensado igual tratamento, comando este que foi flagrantemente desatendido pela autoridade coatora. Isto por que insinuou-se atribuir cargas tributárias dispare para pessoas idênticas (TRATAMENTO DESIGUAL PARA PESSOAS IGUAIS).

Diante, pois, dos fundamentos trazidos a lume, concedo a segurança, nos precisos termos da impetração.

É como voto.

Fortaleza, 14 de dezembro de 2000.

**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ**

**Nº PROCESSO: 2000.02473-3**

**TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL**

**COMARCA: FORTALEZA**

**PARTES:**

**Apelante: BANCO NACIONAL S.A**

**Apelados: TÊXTIL UNIÃO S.A e OUTROS**

**RELATOR: DES. JOÃO DE DEUS BARROS BRINGEL**

**EMENTA** – Execução – Exceção de Pré-Executividade – Segundos embargos de declaração interrompem novamente o prazo para outros recursos, se não desvelada sua feição protelatória(art.538do PC).

Título extrajudicial – Descaraterização – Contrato de Abertura de Crédito Documentário para Importação de Mercadorias sem a assinatura de duas testemunhas. Requisito do art. 585, II, do CPC não preenchido. – Contrato de Câmbio desprovido de protesto cambial. Ausência de força executiva. Inteligência do art. 75 da Lei nº 4.728 de 14.7.65. Nota Promissória vinculada ao Contrato de Abertura de Crédito Documentário para Importação de Mercadorias. Perda de suas características básicas de autonomia e literalidade em função de seu atrelamento ao contrato despido dos pressupostos de exequibilidade. Inexequibilidade da cambial diante da constatação de sua indisfarçável

prescrição. Execução nula. Exceção de Pré-Executividade procedente. Honorários – Arbitramento – Fixação que deve guardar observância com os critérios delineados nos § 3º, letras “a” a “c” c/c o § 4º, ambos do art. 20 do CPC. Redução que se impõe. Apelo parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 2000.02473-3, de Fortaleza, em que são partes os acima indicados.

ACORDA a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de Turma, por unanimidade, em conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, apenas e tão só, para reduzir a verba honorário fixada na decisão recorrida, nos termos do voto do Relator, integrando este o relatório lançado nos autos, na forma regimental.

De examinar, por primeiro, a preliminar suscitada pelos Excipientes e aqui Apelados, sonante com a intempestividade da apelação interposta.

É que, a seu juízo, em havendo o Excepto e ora Apelante já se socorrido de embargos declaratórios, operara-se em ser desfavor a preclusão consumativa para a reiteração de novos declaratórios, embora versando sobre temática diversa da eleita na primeira oportunidade. Incursionando pelo entendimento da vedação processual, na espécie, para segundos embargos, e apoiando-se na ilação de que ditos embargos não interrompem o prazo para outro recurso, tem como intempestivo o apelatório de fls. 80/92, sobranceiro no afirmar que, em razão dessa mesma

intempestividade, impõe-se lhe seja negado seguidamente, a teor do regramento encartado no art. 557 do CPC.

A preliminar nos moldes conferidos é de todo improcedente, como se demonstrará, passos adiante.

Na dicção normativa do art. 558 do CPC, os embargos de declaração “suspendem o prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes”, desde que não protelatórios, exceção previsível no parágrafo único do nominado cânone.

Como instrumento de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, devem ser encarados os embargos declaratórios, pena de se sacrificar o princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, com os meios a eles inerentes, máxime, quando não rotulados do sinete da procrastinação.

Não é outro o entendimento pretoriano, inclusive dos Sodalícios Superiores, valendo colacionar, no azo, ementa de acórdão da 4ª Turma do egrégio STJ, in Resp. nº 2.087-DF, rel. Min. Fontes de Alencar, j. 3.4.90, in RT- 636/207, assim estilizada:

“Segundos embargos de declaração Interrompem o prazo para outros recursos, ainda que sejam mera reiteração dos primeiros.”

Colhe-se, no âmbito dos primeiros declaratórios opostos, haver o Apelante reconhecido que sua execução fora ajuizada com equívoco de data do vencimento da dívida, o que, por sinal, atribui a erro datilográfico, pretendendo, assim, sob a ótica da existência de mero erro material reverter a decisão objurgada, no que restará inatendido pelo julgador primário.

Considerando que o douto Magistrado *a quo*, ao decidir sobre esses primeiros embargos declaratórios dilargara-se numa

apreciação dos mesmos elementos que o conduziram ao convencimento da prescrição a inocuizar a cártula, e como tal não lhe satisfizera a intelecção desse convencimento, o Excepto e ora Apelante optou pelos segundos declaratórios, no propósito de uma aclaração do julgado, no que, igualmente, restara desatendido pelo regente do feito.

Não vislumbro, por conseguinte, nesse atuar do embargante, a feição protelatória que lhe impingem os Apelados.

Sob essas premissas fático-jurídicas, rejeito a preliminar vindicada.

*Circa meritum*, colhe-se dos autos que toda a polêmica no vertente debate recursal centra-se em torno da Nota Promissória dada em garantia da dívida representada pelo Contrato de Crédito Documentário para Importação de Mercadorias firmado entre as partes, ao qual aquela se acha vinculada.

Por continência ao princípio da persuasão racional, cânone do sistema processual pátrio, atino que a execução aforada pelo Apelante encontra-se forrada pelo Contrato retrodito e pela Nota Promissória a ele vinculada, os quais, nesse propósito, tem ele como títulos executivos, e não somente a Nota Promissória, como posteriormente, ou seja, ao azo de sua impugnação à exceção, pretendeu insinuar ao julgador singular, ignorando a vedação de alteração de pedido inicial sem o consentimento dos réus, dado que, à época, já citado para a angularidade processual, malferindo com isto o preceito encartado no art. 264 do CPC, no que restara rechaçado, seja no decreto monocrático confutado, seja na decisão que lhe negou provimento aos declaratórios aforados.

São do Exeqüente estas palavras:

“ O Banco exeqüente se tornou credor dos executados da importância de

R\$1.549.067,74 (hum milhão, quinhentos e quarenta e nove mil, sessenta e sete reais e setenta e quatro centavos), dívida esta representada pela Nota Promissória vinculada ao também incluso Contrato de Abertura de Crédito Documentário para Importação de Mercadorias, cuja comprovação de liberação da moeda estrangeira está documentada na forma acostada. Por meio de Contrato de Câmbio de Venda – Tipo 02 Importação, celebrado entre o representante e o representado, bem assim por meio de Transferência Bancária em favor de Banco terceiro, devidamente traduzida, títulos esses vencidos e não pagos.”

No tocante ao contrato de Abertura de Crédito Documentário para Importação de Mercadorias supra-aludida, o mesmo padece de total falta dos pressupostos de exequibilidade, porquanto dele ausente a assinatura de duas testemunhas exigidas por lei (CPC, art. 585, II). Esta exigência não resulta só do regramento processual, mas, igualmente, está inserida no art. 135 do Código Civil, *verbatim*:

“Art. 135. O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na disposição e administração livre de seus bens, sendo subscrito por duas testemunhas, prova as obrigações convencionais de qualquer valor.”

Doutrina e Jurisprudência marcham juntas no

entendimento de que a obrigação derivada de documento particular assinado pelo devedor não se constitui título executivo, se não subscrito por duas testemunhas.

ARAKEN DE ASSIS, com a excelência de seu magistério, leciona em seu “Manual do Processo de Execução”, Editora RT, 5ª edição, 1.998, verbete 21.2, pág. 141, ao cuidar dos documentos elencados no art. 585, II, do CPC, como títulos executivos, *verbis*:

“ O art. 585, II, contempla quatro documentos distintos como título executivo: a) a escritura pública; b) o documento público, assinado pelo devedor; c) o documento particular, assinado pelo devedor e por duas testemunhas; d) a transação referendada pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores. Quanto ao documento particular, para ter força executiva, deverá ser assinado por duas testemunhas.”

Mui a propósito, é de destacar, nesta quadra, ementa da 3ª Turma do STJ, extraída do REsp nº 3079-MG, tendo como Relator o então Min. Cláudio Santos, DJ de 09.10.90, de que dá conta o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, em seu “Código de Processo Civil Anotado”, 6ª edição, Editora Saraiva, 1.996, p.410, *verbis*:

“Contrato de abertura de crédito em documento particular, sem a subscrição de duas testemunhas, é título imperfeito para fundar execução(art.585,II,do CPC)

Não bastara a iniludível ausência de exequibilidade a vitimar



o contrato de abertura, sinalado e a tornar nula a execução com base nele, agitado pelo Apelante contra os Apelados, de ressaltar, em igual passo, a barreira que, a seu turno, encontra o Contrato de Câmbio para sua pronta execução, consoante o permissivo do art. 75, *caput*, da Lei nº 4.728/65, denominada “ Lei do Mercado de Capitais”, que assim textua:

“ O contrato de câmbio, desde que protestado por oficial competente para protesto de títulos, constitui instrumento bastante para requerer a ação executiva.”

Como se infere do Contrato de Câmbio em testilha, não houve o seu imprescindível protesto, com vista a subsidiar a execução deflagrada pelo Apelante.

Em suma e resumo: na dicção da Súmula 27 do STJ “ pode a execução fundar-se em mais de um título extrajudicial relativos ao mesmo negócio”; não menos certo é que nulo é o título que não atenda aos pressupostos de exequibilidade. Dí-lo a Doutrina e secunda-o o entendimento pretoriano. É o caso dos autos.

A propósito, o eminente Min. Waldemar Zveiter, integrando o egrégio STJ, ao relatar o Ag. Rg. na Resp nº 197.090-RS, expõe sobre o dever de ofício que é dado ao juiz de decretar a nulidade do título que não atenda aos pressupostos de exequibilidade, salientando seu entendimento nos termos subseqüentes:

“...toda a controvérsia circunscreve-se a um dos princípios cartulares básicos, qual seja o da liquidez, cuja carência abala ou compromete a autonomia do título, tanto que a percepção de vício desse jaez impõe ao juiz, de plano e de ofício, a decretação

da nulidade daquele, extinguindo-se o processo por não ser devido como tal ou, se assim não ocorrer, ao executado cabe alegá-lo e prová-lo em exceção de pré-executividade, e tudo é assim porque dito pressuposto é de ordem pública.” (STJ – 2ª Seção, DJU 10.4.2000, pág. 0067).

A seu turno, de solar sabença que a Nota Promissória é detentora das atribuições de autonomia e literalidade, privando-se ela dessas distinções essenciais em função de seu engatamento a um contrato despido dos pressupostos de exequibilidade, como na espécie.

Registro, por oportuno, o entendimento manifestado pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ao declarar voto no AgReg interposto contra A .I. nº 221.302-SP, deduzindo sua conclusão do seguinte modo:

“A Nota Promissória, detém em geral, as atribuições de autonomia e literalidade; todavia, em algumas situações, como na espécie sob exame, a situação se distingue; perde ela as suas características básicas em função de seu atrelamento a um contrato que lhe deu origem.” (STJ – 4ª Turma, DJU 14.02.2000, pág. 0041).

Na espécie decidenda, a cambial predita não se encontra prenhe das características básicas de sua autonomia, independência e abstração, visto que está vinculada a contrato despido de força executiva, como exaustivamente ficou demonstrado, passos atrás, o que, por isto, lhe retira a força executiva perseguida pelo Apelante.

De resto, importa dizer sobre a operacionalidade ou não da prescrição da Nota Promissória executada, assim reconhecida pela decisão do juízo *a quo* proferida em sede da Exceção de Pré-executividade que originou a irresignação do Apelante.

Decerto, a Nota Promissória fora emitida em 1º de outubro de 1.995, mesma data de celebração do contrato ao qual se acha vinculada, com vencimento à vista. Entretanto, o excogitado contrato, ao interno de indica, de logo, a data do resgate da cambial, fixou o visto, *rectius*, assinalou o início do prazo, ao cabo do qual a obrigação deveria ter sido satisfeita, o fazendo com respaldo no art. 34 da Lei Uniforme, que assim estipula:

“(.....) O Sacador pode estipular que uma letra pagável à vista não deverá ser apresentada a pagamento antes de uma certa data. Nesse caso, o prazo para a apresentação conta-se dessa data.”

Destarte, ainda que firmados, a um só tempo, o Contrato e a Nota Promissória, o aceite apostado na nota Promissória implica na obrigação de resgate por parte do sacado, enquanto que a assinação do recitado Contrato, no mesmo azo, traduz o visto que assinalou o início do prazo de vencimento, findo o qual a obrigação deveria ter sido solvida.

FRAN MARTINS, a respeito da distinção entre aceite e visto ministra, litterate:

“... na realidade, aceite e visto são dois atos de natureza diversa, o primeiro significando a disposição do sacado de cumprir a ordem que lhe é dada pelo sacador, tornando-se, com a sua assinatura, o

obrigado principal pelo pagamento do título, e o segundo dizendo respeito ao início do prazo, findo o qual a obrigação assumida com o aceite deve ser cumprida, ou seja, esgotado o qual, o título deve ser pago. Em resumo: o aceite representa a assunção da obrigação de pagar por parte do sacado; o visto marca o início do prazo; terminado o qual, aquela obrigação deve ser cumprida.”

À vista do Contrato de Abertura de Crédito Documentário para Importação de Mercadorias, assinado a 1º de outubro de 1995, deduz-se que o mesmo marca, como data de vencimento da obrigação, o prazo de 180(cento e oitenta) dias, a contar do embarque, cuja data é ali indefinida, uma vez que em seu contexto consta, tão-só, a rubrica “prazo de embarque até 09.12.95”.

Esta imprevisão quanto ao início de vencimento da obrigação, por força da indefinição da data de embarque, desnatura a execução, empurrando para a faixa cinzenta da dúvida o direito de ação do Exequente, pertinentemente à cobrança da letra, na espreita de que o próprio contrato estipula um prazo de 06(seis) meses para o marco inicial do vencimento da cártula, a contar da data do embarque, previsto para ocorrer entre a data da assinatura do contrato (01.10.95) e até 09.12.95

Realçando a aludida indefinição da data de início de vencimento da obrigação, que seria a do embarque, e que não se sabe ao certo quando ocorreu, o Apelante, opondo-se à Exceção de Pré-Executividade, chega a admitir que o vencimento da dívida “ é de 180 dias de sua assinatura, consoante se recolhe de sua expressa afirmação, *verbis*:

“ Em verdade, o vencimento da dívida, pelo contrato e isto está bem explícito no instrumento, quadro VI, item, é de 180 dias da sua assinatura.”

Por esse ângulo, em que pese haja o Apelante mudado de rumo em sua peça recursal, modificando o pedido inicial sem o consentimento dos réus já citados (art. 264 do CPC), o que não aplaca a apontada indefinição, a Nota Promissória estaria acobertada pela prescrição, uma vez que, somando-se 180(cento e oitenta) dias à data de assinatura do contrato (01.10.95), vai-se a 31.03.96, data que marca o vencimento da sobredita Nota Promissória.

Vê-se, então, que o prazo de prescrição da letra passou a fluir a partir de 01.04.96, dia seguinte ao vencimento retro-aludido, expirando-se o prazo trienal em 01.4.99(Lei Uniforme, art. 70); como a execução só fora deflagrada em 07.5.99(fl.02v), o foi, desenganadamente, quando já operada a prescrição litigada.

De resto, tem-se, na espécie, execução visceralmente nula, dado que assentada em títulos que não se revestem de liquidez, certeza e exibibilidade, tal como preconizado no inc. I do art. 618 do CPC, *in casu*, o Contrato de Abertura de Crédito Documentário para Importação de Mercadorias, e a Nota Promissória noticiada e àquele vinculada, o primeiro padecendo de exigibilidade por defeito de forma – a ausência de assinatura de duas testemunhas – o segundo, padecendo de igual pressupostos, por que vitimado por indisfarçável prescrição.

Os Tribunais pátrios, por seus oráculos, e, em especial, os Sodalícios Superiores, hão, modernamente, assentado o entendimento de que “ a argüição de nulidade da execução com base no art. 618 do Estatuto Processual Civil não requer a

propositura da ação de embargos à execução, sendo resolvida incidentalmente” (STJ – 4ª Turma, Resp. nº 3.079, rel. Min. Cláudio Santos, *apud* Paulo Henrique dos Santos Lucon, em artigo de sua lavra, sob o título “ O Controle dos atos executivos e efetividade da execução”, publicado na Revista Jurídica nº 253, nov/98, pág.5, Editora Síntese, Porto Alegre.

Firma-se, assim, o instituto da Exceção de Pré-Executividade, espécie excepcional de defesa específica no processo de execução, ou seja, a oportunidade utilizada pelo devedor, independentemente de embargos do devedor, que é ação de conhecimento incidental à execução, para promover a sua defesa, pedindo a extinção do processo, por falta de preenchimento dos requisitos legais. É uma mitigação ao princípio da concentração da defesa, que rege os embargos do devedor, desde que versando sobre matéria de ordem pública, reconhecível, inclusive, de ofício, pelo próprio juiz processante, a qualquer tempo e grau de jurisdição. Realmente, estar-se-ia diante de um absurdo jurídico privar o demandado em processo executório de apontar a inexistência ou deficiência congênita da relação jurídica materializada em um título não revestido das formalidades legais. Justifica-se até esse recurso pela necessidade de o Poder Judiciário dar proteção jurídica aos interesses individuais ilegitimamente ameaçados de lesão pela própria ação de execução.

Sob esse convencimento, não vejo como censurar a decisão singular, dando pela procedência da Exceção de Pré-Executividade cuidado nos fólios do presente caderno.

Nada obstante essa crença, hei de reformar a sentença na parte em que fixou a verba honorária. O percentual acertado pelo julgador monocrático apresenta-se-me excessivo, dado o trabalho realizado pelo patrono dos Apelados e o tempo exigido para esse trabalho, sem deixar de reconhecer o seu grau de operosidade.

Assim, reduzo o percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa para 10% (dez por cento) sobre idêntico valor, mantido no mais a douta sentença objurgada, em razão dos sólidos fundamentos em que fora editada.

É como voto.

Fortaleza, 27 de setembro de 2000

PRESIDENTE

RELATOR

PROC. DE JUSTIÇA

**CARTA  
MAGNA**



**AULA INAUGURAL DOS CURSOS DE PÓS-  
GRADUAÇÃO  
DA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO  
ESTADO  
DO CEARÁ –ESMEC**

**“OS NOVOS PERFIS DA MAGISTRATURA  
E DO PODER JUDICIÁRIO”**

Por HAROLDO RODRIGUES -  
Desembargador Presidente do Tribunal de  
Justiça do Estado do Ceará e Professor de  
Direito Comercial da Faculdade de Direito  
da Universidade Federal do Ceará.

Uma exposição sobre o papel do Poder Judiciário e dos magistrados no mundo contemporâneo não pode ser iniciada sem se apresentar antes o estabelecimento de certas premissas e o enfrentamento de algumas questões prévias.

De início, é preciso situar o Direito numa perspectiva filosófica, de modo que seja exalçada sua função dentro das relações sociais, que, em última análise, suportam e justificam a existência do Poder Judiciário.

Em seguida, exige-se a análise histórica da evolução dos métodos de controle e de superação dos conflitos sociais, chegando-se aos dois mais importantes modelos de Poder Judiciário da civilização ocidental: o francês e o anglo-saxão.

Numa terceira etapa, enfrentam-se os aspectos formais e ontológicos da magistratura, numa perspectiva do Estado Democrático de Direito, para, ao final, colocar-se o problema num status de transcendência, observando-se o que se espera da instituição e dos que a fazem no novo milênio.

Nesse sentido, é preciso iniciar abraçando a noção de que

a existência do Direito é contemporânea à própria vida humana. Adotando como verdade axiomática a tese da Escola Culturalista<sup>1</sup>, de inegável filiação kantiana tardia, de que o Direito é indispensável a qualquer relação intersubjetiva, qualificada pela bilateralidade e atributividade, é lícito afirmar que *ubi societas, ibi jus et ubi jus, ibi societas*.

A Escola Ecológica, cujo maior representante no Brasil é ARNALDO VASCONCELOS, também corrobora a idéia culturalista, até mesmo com maior ênfase:

Não há conduta ajurídica, isto é, sem referibilidade a Direito. Toda conduta, a jurídica, como a antijurídica, tem significação para o Direito. Mesmo o fato natural, quando interfere com as relações sociais, tem suas conseqüências juridicamente reguladas. Pode dizer-se, assim, que o mundo do Direito coincide plenamente com o mundo da sociabilidade. Têm ambos as mesmas dimensões<sup>2</sup>.

O Direito é anexo às relações sociais, tanto como fator de regulação de condutas, como de solução de conflitos intersubjetivos, resultando este último, o conflito, da inefetividade mesma das normas de direção das ações humanas, ou seja, o conflito nasce quando falha a função de *direção das condutas*.

Dois povos antigos, o grego e o romano, foram excelsos na organização lógica e orgânica da função jurídica de tratamento dos conflitos sociais. Superando desde cedo a autotutela, os áticos e itálicos desenvolveram um apurado sistema de superação das colisões intersubjetivas que se exagitavam nas respectivas épocas<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> REALE, Miguel. Teoria do Direito e do Estado. 4ª ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 1984. *Passim*.

<sup>2</sup> VASCONCELOS, Arnaldo. Teoria da Norma Jurídica. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. P. 27

<sup>3</sup> Sobre conflito social cf, FARIA, José Eduardo. Justiça e Conflito – O Juiz em face dos Novos Movimentos Sociais. 1ª ed. São Paulo: RT, 1991. 158p.

São nítidos os períodos de evolução histórica dessas sociedades da Antiguidade Clássica, no que se refere à organização de uma estrutura oficial de solução dos entrelaçamentos de interesses. Pode-se-ia, em estreitos lindes, categorizar esse processo da seguinte forma:

- a) Período Primitivo – *Homo sacer*
- b) Período das Ações da Lei – Lei de talião e Arbitragem;
- c) Período Formular – Arbitragem;
- d) Período Extraordinário – Concentração dos poderes jurisdicionais no imperador.

Numa etapa mais antiga ainda, tem-se o Direito Positivo (*jus*) confundido com o direito Divino (*fas*). Os sacerdotes conheciam as normas jurídicas com exclusividade, tal como reveladas pelos deuses, em tempos de há muito esquecidos nas areias do tempo, e sacralizadas em fórmulas místicas. A religião era o instrumento de solução de conflitos. As penas aplicadas no mundo dos vivos eram um adinício aos horrores que o espírito iria sofrer no mundo dos mortos. Por um ato de caridade, os infratores eram seviciados, mutilados, esquartejados ou mortos, para que a expiação da culpa livrasse sua *anima* de tormentos eternos.

Chamava-se sobredito período de *homo sacer*, em que a sanção pelos atos ilícitos era confiada aos sacerdotes, embora o exercício da coação fosse delegada – voluntariamente – aos agentes do Estado. Conta-se que Rômulo excidou seu irmão Remo com base no *homo sacer*. Rômulo era sacerdote e verificou que Remo atravessara um termo – limite que protege o deus familiar, e que, por extensão, era considerado também um deus. A punição ao espírito de Remo seria tão grave que Rômulo, tomado de incrível piedade, arremessou o arado contra a cabeça de seu *frater* e deferiu-lhe um golpe mortal. A culpa estava remida e Remo poderia descansar eternamente em paz<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito Romano. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. P. 221.; SCIASCIA, Gaetano et COREIA, Alexandre. Manual de Direito Romano. 2ª ed. Rio de Janeiro: S/ ed, s.d.. p.77; MEIRA, Sílvio Augusto Bastos. Instituição de Direito Romano. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, s/d.p. 665.

Num segundo momento, por volta do século IV AC, após as revoltas plebéias e a necessidade de superação do costume como fonte primordial do Direito, foi editada a Lei das XII Tábuas.

De inspiração grega, a Lei das XII Tábuas conciliava algumas qualidades da velha Lei de talião, *retaliatio*, retaliação, e inaugurava o período das **legis actiones** – as ações da lei.

Nos delitos criminais, o ofendido poderia pessoalmente ou com asseclas punir o infrator ou sua família, na proporção de *olho por olho, dente por dente*, se fossem do mesmo estamento, pois, se de classes distintas, haveria uma pífida proporção de penalidades (um patrício equivalia a quinze plebeus). Os ilícitos cíveis, decorrentes dos contratos e quase-contratos, exigiam a submissão às ações da lei.

De modo semelhante à moderna arbitragem, o interessado procurava o pretor, que havia recebido da República o poder jurisdicional (*jurisdictio*), relatava o ocorrido, e este verificaria se o caso estava encerrado em uma das ações previstas na lei. Se houvesse simetria, o magistrado outorgava ao interessado o direito de chamar a júízo o réu, a fim de que, submetendo a questão a um árbitro (*judex* – juiz), lograsse dilucidar a *quaestio facti*.

O Estado, na pessoa do pretor, exercia uma função tímida, semelhante à verificação dos pressupostos processuais e condições da ação, consoante o art. 267 do Código de Ritos Cíveis. O julgamento do conflito era cometido a um terceiro, cujas qualidades intrínsecas tornaram-se dignas de confiança geral. Eram ourives, jurisconsultos, agrimensores, engenheiros ou pastores tais árbitros. Verdadeiros expertos em seus ofícios e misteres.

A demissão de responsabilidade pelo Estado era tamanha que até mesmo os meios coercitivos para conciliar o réu ficariam a cargo do autor. Fica bem perceptível a estrutura acima descrita, nos termos da Lei das XII Tábuas:

*Si in jus vocat, ni ito antestamino: igitur em capito.*

Se alguém for chamado perante o magistrado e não comparecer, o autor deverá fazer uso de força, na presença de testemunhas.

Si calvitur pedemve struit manum endo jacito.

Se o acusado procurar usar de astúcia ou tentar fugir, que seja agarrado.

Si morbus aevistasve vitium escit, qui in jus vocabit jumentium dato. Si nolet, arceram ne sternito.

Se a doença ou a velhice dificultar a locomoção, aquele que tiver tido a iniciativa de convocar perante o magistrado deverá colocar um animal de carga à disposição do impedido. Se o acusado recusar, que se não lhe ofereça um carro fechado<sup>5</sup>.

O processo formular é uma evolução do antigo processo das *legis actiones*. Duas características básicas são introduzidas: a) o formalismo extremo do processo, marcado pela reprodução textual de antigos dísticos e velhas sentenças pelas partes que desejavam invocar o *magister* (pretor) para ter acesso ao *judex* (árbitro); b) a criação de outras ações, diversas das antigas e cerradas expressões contidas nas leis e nos *senatusconsultos*.

O pretor recebia uma maior discricionariedade em ofertar ao interessado uma ação que não se encartasse nos pressupostos taxativos da lei. Entretanto, a interferência do Estado na *jurisdictio* continuava mínima. Os *expertos*, em última análise, é que dilucidavam os conflitos sociais.

As semelhanças entre a moderna arbitragem, introduzida pela Lei n.9.307/96, e a *ordo judiciorum privatorum* são inegáveis. JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR (Manual da Arbitragem. 1ª ed. São

<sup>5</sup>NÓBREGA, Vandick Londres da. História e Sistema do Direito Privado Romano. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. P. 614.

Paulo: RT, 1997. P.21) ressalta as inegáveis raízes romanas da estrutura parajudicial recentemente inaugurada no Brasil<sup>6</sup>.

A decadência das instituições republicanas tem seu marco histórico em 27 DC com a instalação do principado. A ascensão de Augusto à condição de *princeps senatus* foi o início de um lento processo de concentração do poder político nas mãos do imperador que se completa no século II, com a instauração do dominado e da monarquia absoluta.

A estrutura criada por Augusto estabeleceu os conceitos de citação (*evocatio*); causa de pedir (*causa petendi*); contraditório (*contradictio*) e apelação (*appellatio*).

O Estado lentamente passava a concentrar a chamada função jurisdicional e aparelhava-se com órgãos especiais, delegatários do imperador, para que se tornasse efetivo tal mister.

O cidadão poderia requerer diretamente ao Príncipe e através do processo extraordinário – que assim era chamado por subverter a ordem primitiva dos feitos, passando inicialmente pelo magistrado – obter uma sentença definitiva, lavrada teoricamente pelo Imperador, mas, em verdade, objeto do trabalho incessante de um corpo organizado de burocratas.

O imperador Justiniano completou a destruição da primitiva arbitragem, ínsita ao processo formular e das ações legais, proclamando a exclusividade do exercício da função jurisdicional pelo Estado.<sup>7</sup> No século VI DC, portanto, esboçam-se as características derradeiras do processo extraordinário, salientando-se, para fins deste estudo, a configuração dos órgãos que empreendiam mencionados ofícios:

a) estrutura hierarquizada e disciplinada, composta de servidores públicos subalternos (*exsecutores*) e do juiz (magistrado

---

<sup>6</sup> A arbitragem é igualmente referida por CRUZ e TUCCI, José Rogério et AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de História do Processo Civil Romano . 1ª ed. São Paulo: RT, 1996. *passim* .; BRETONE, Mário. História do Direito Romano. 1ª ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1990. *passim*.

<sup>7</sup> O Termo “Estado” é utilizado figurativamente, pois é nítida a concepção de que tal idéia é bem posterior a Roma e ao Período Bizantino, sendo criação pós-Renascentista, do grande cientista político Nicolau Maquiavel.

designado pelo imperador, variando sua denominação conforme a província, diocese ou município do Império);

b) os *executores* exerciam funções semelhantes aos escreventes ou assistentes técnicos do Poder Judiciário, mantendo-se em estreita subserviência ao juiz;

c) o juiz processava os feitos em audiências públicas, extremamente semelhantes às atuais, com apresentação de petição inicial escrita e da contestação do réu (*libellus contradictionis*), e, também, a realização da instrução;

d) o juiz era servidor do Estado, designado por critério de conveniência política do imperador, embora fosse exigido um mínimo de conhecimento jurídico. A subordinação era administrativa e judiciária.

e) As sentenças proferidas pelo juiz poderiam ser objeto de revisão mediante a *appellatio* e a *supplicatio*.

Após a decadência do Império romano do Oriente em 1453 DC, o exercício da função jurisdicional não obedeceu a um padrão reconhecido de organização.

O Direito Canônico e seus tribunais eclesiásticos, as guildas e ligas mercantis com seus juízos comerciais, as comunas e cidades livres com seus conselhos municipais eram as mais sólidas estruturas de dicção privada do Direito, numa afirmação pungente do pluralismo jurídico.

Nas vésperas da Idade Contemporânea, o modelo de organização judiciária francês é o mais emblemático das vicissitudes que acometiam a esclerosada estrutura dos séculos XV – XVIII, ou seja, em grande parte da Idade Moderna.

Os aristocratas, em geral, exerciam as atribuições da judicatura, com magistrados, procuradores e tabeliães. Seus cargos eram semelhantes a títulos de nobreza, submetidos às regras da transmissão hereditária, e a grande finalidade das serventias e juízo era fornecer uma renda segura e constante ao seu titular.

Naqueles tempos, o processo transformou-se em um capricho, uma incerteza, de custo elevado e sem previsão de um final próximo. Como escreveu alegoricamente ROBERT BALDINTER, a estrutura francesa seria como uma catedral, em que a cada século se havia agregado a torre, a capela, o portal ao velho edifício. O conjunto constituir-se-ia numa rede de jurisdições que se cruzavam, se conjugavam e se combatiam (*Naissance d'une justice*, in. *'Une autre Justice 1789–1799, Etudes publiées sous la direction de Robert Baldinter'*. 'Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution Française'. Paris, 1989,p.09.)<sup>8</sup>

A Revolução Francesa, marcada pelas idéias exegéticas, derriba a organização capetíngia e instaura a supremacia da lei sobre todos, inclusive em relação ao Rei e ao Juiz.

Os juízes não inspiram confiança. A ideologia da Revolução está na lei, e sua clareza é tão meridiana que não pode ser ofuscada pela interpretação reacionária do magistrado.

Em 1790, a Revolução Francesa instaura a hierarquia vertical dos órgãos judiciários, com a famosa Corte de Cassação<sup>9</sup>

‘O ministro da Justiça denunciará ao tribunal de cassação, pela via do comissário do rei e sem prejuízo do direito das partes interessadas, os atos dos juízes que tenham excedido os limites de seu poder. O tribunal os anulará e, se der motivo a suborno, o fato será denunciado ao corpo legislativo, o qual, se for o caso, emitirá o decreto de acusação e remeterá os acautelados à alta corte constitucional.

A Constituição de 1791 elevou nominalmente, como salienta TOMÁS Y VALIENTE,<sup>10</sup> o Judiciário à condição de poder (*pouvoir judiciaire*).

<sup>8</sup> Apud ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Op. cit., loc. cit.*

<sup>9</sup> Apud ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Op. cit., lol. cit.*

<sup>10</sup> Apud Idem, *ibidem*.



O século XIX assiste à formação de dois modelos judiciários bem distintos: o napoleônico, ainda hoje em vigor na França, e o inglês, igualmente preservado nos dias correntes.

A França cria a magistratura profissional, hierárquica, com juízes formados nas famosas Escolas Nacionais de Judicatura, de quatro anos de duração. A Jurisdição administrativa é separada da jurisdição comum, cometendo-se aquela ao famoso Conselho de Estado, que tanto contribui para o direito público no século XX (responsabilidade objetiva, teoria da imprevisão, equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos).

Os juízes franceses são recrutados dentre pessoas relativamente jovens, mediante rígida seleção de provas e títulos para a Escola Nacional de Magistratura. A idéia de carreira e de serviço público são bem nítidas para o magistrado, que se confunde dentro da mesma instituição entre o Ministério Público e a própria Judicatura.

O Judiciário inglês desenvolveu-se de modo atípico, se tomado como referência o modelo europeu continental. RENÉ DAVID, em seu clássico, *O Direito Inglês* (Trad. Eduardo Brandão, 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997. P. VII.) deixa bem evidente a peculiaridade intrínseca do direito inglês até mesmo em relação ao direito dos povos de Língua Inglesa – escoceses, irlandeses, sul-africanos, norte-americanos, etc. – pois aquele é “o direito aplicado na Inglaterra e no País de Gales. Não é o direito dos países de língua inglesa ou de Commonwealth nem o do Reino Unido ou da Grã-Bretanha”.

O juiz inglês é uma revivescência moderna do pretor romano. CARLOS MAXIMILIANO<sup>11</sup> reproduziu como se organizava a magistratura britânica em meados do século XX: “A Grã-Bretanha possui a melhor magistratura do mundo. Remunera generosamente o trabalho dos membros dos tribunais superiores; confia a investidura, como uma honraria, a um advogado de nomeada, que mais nada espera do Governo, porque não há promoções na

---

<sup>11</sup> In. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. Pp. 65 – 66.

organização judiciária: depois do breve tirocínio, pode retirar-se o serventuário togado, com uma esplêndida pensão. A Inglaterra possui o juiz grão-senhor, com instalação pomposa, e no gozo de acatamento e prestígio; homem independente, com experiência da vida e um nome brilhante a zelar, ele tem poder maior do que o dos seus pares do Continente. Estes abrandam o rigor das disposições positivas, sob o pretexto de as interpretar; o britânico encara de frente a dificuldade; reconhece, em termos expressos, o conflito entre a letra da lei e a equidade, e pronuncia-se por esta contra aquela. (...) Não faz, como Pretor, um Editto, de aplicação futura; porém, como ele, prefere a idéia à forma, a noção superior e abstrata à regra positiva imperfeita”.

O judiciário inglês, como já afirmado, recruta seus magistrados da classe de advogados, extraíndo os mais prestigiados e antigos profissionais. Inexiste a idéia de carreira, pois a ascensão funcional é desconhecida. Nas palavras de LORD DENNING: “Aquele que aceita cumprir uma função judicial deve saber que ficará para sempre na mesma posição, tanto faz que se trate da função de juiz da High Court ou de uma corte de condado ou de stipendiary magistrate.”

Mas, colocando-se o problema em termos existenciais, o que vem a ser o Poder Judiciário e quais seus caracteres?

O exercício da Função Jurisdicional do Estado é cometida a uma organização, capaz de tornar efetiva a realização de um dos objetivos fundamentais do *Leviathan*.

A ordenação lógica e sistêmica das atividades inerentes à administração dos negócios da Justiça é, por conseguinte, incumbência de uma secção especializada do serviço público, composto de agentes e órgãos, os quais são ocupados ou regidos por pessoas naturais, escolhidas em razão de certos critérios de índole constitucional ou legal.

Nesse sentido, o conjunto ordenado de pessoas que combinam seus esforços e outros tipos de recursos para a realização da função jurisdicional do Estado corresponderia à idéia de Poder Judiciário<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Cf. ROCHA, José de Albuquerque. Teoria Geral do Processo. P. 107.

De modo sintético o Poder Judiciário é o conjunto sistematizado de juízos e tribunais destinados a exercer a função jurisdicional do Estado (JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA)

Não se pode afirmar, contudo, que a Função Jurisdicional do Estado (uma das funções fundamentais do Estado, voltada para a manutenção da eficácia do Direito em última instância no caso concreto) é exclusiva do Poder Judiciário.

O poder do Estado é um só. Diversas são as modalidades de seu exercício. A clássica divisão de poderes é explicada através de uma diferenciação das funções do Estado: enquanto o legislativo fundamenta e vota programas gerais e a justiça soluciona conflitos de ação, apoiando-se nessa base legal, a administração é responsável pela implementação de leis que necessitam de execução.

O art. 92 da Constituição Federal é a regra matriz do modelo de estrutura funcional do Poder Judiciário no Brasil. Seus órgãos estão assentados em tribunais superiores, tribunais dos estados ou regionais e juízos de primeiro grau.

O Poder Judiciário, em termos institucionais, assenta em dois níveis de independência, como forma de realização dos fins do Estado Democrático de Direito: a independência do Judiciário e a independência do Juiz.

A independência do Judiciário é política, em face dos outros Poderes do Estado, e organizativa, com o desiderato de outorgar-lhe capacidade para estruturar autonomamente suas funções e estruturas.

A independência do Juiz é assegurada pelo regime de prerrogativas constitucionais da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade. Tais direitos são como que flâmulas agitando no horizonte, advertindo a terceiros que se está diante de um homem robustecido de espírito e reconfortado materialmente, hoje e amanhã.

Entretanto, as questões mais importantes na atualidade dizem respeito ao acesso à função jurisdicional do Estado e à realização

mesma do Judiciário como poder republicano.

O magistrado e a instituição que este integra são hodiernamente sobrepujados por toda uma série de solicitações das mais variegadas naturezas.

Demandas lúdicas, por celeridade nos julgamentos, esbarram numa estrutura arcaica de recursos, que, ao revés de acentuarem o princípio democrático, apenas asseveram os mecanismos ilegítimos de procrastinação e de retardo da execução dos julgados.

O Código de Processo Penal, que se encontra em fase de revisão, ostenta uma infinidade de dispositivos que tornam o contraditório e a ampla defesa, garantias seculares dos direitos humanos, a expressão da impossibilidade prática de uma pena recair com a necessária eficácia sobre os fatores de crimes.

O perfil da magistratura em um século como o que se inicia, de um modo geral, perpassa pelas seguintes questões fundamentais:

a) necessidade de aprimoramento constante e contínuo dos magistrados e dos serventuários do Poder Judiciário, através das escolas superiores, que se devem pautar pela utilidade e pela adequação de seus cursos e de seus eventos, sem buscar um ideal quimérico de abstração, num ambiente que se prefigura apto às necessidades práticas do espírito;

b) a inserção do magistrado em seu papel social, integrando-se nas comarcas e vivenciando a realidade local, sem, contudo, imiscuir-se em questões menores e de pouca relevância para o descometimento de suas atividades.

c) a percepção de que o exercício da magistratura pressupõe algumas renúncias ditadas pela natureza do cargo e pela missão singular da prestação jurisdicional.

Ao par disso, os aspectos deontológicos ocupam pauta decisiva no modo de ser do exercício da jurisdição. Como nunca d'antes, o magistrado é posto diante de opções éticas invencíveis, todas ditadas por uma sociedade de consumo, que valoriza as

aparências e o potencial econômico em detrimento de certos valores mais arraigados nos arraiais recônditos de espírito.

A ética, seja ela instrumento ou pura, insere-se no trinômio conhecimento, independência e prudência. Não é à toa que os antigos denominavam de jurisperitos ou jurisconsultos os conhecedores da Ciência do Direito: estes associavam essas três virtudes, contemporizando-as no proceder e fazendo-as realçar na aplicação do direito.

O perfil da magistratura igualmente deve-se amoldar ao concurso das novas tecnologias, que se vêm inserindo inelutavelmente nos procedimentos judiciais, eliminando etapas, suprimindo solenidades e atravessando antigos limites impostos pelas condições existentes. Petições eletrônicas, assinaturas virtuais, documentos em meios magnéticos, colheita de provas de modo telemático, eis alguns desafios iminentes, que exigem uma postura mais aberta ante o futuro, entretentes, sem jamais descurar dos rigores indispensáveis à manutenção da segurança jurídica.

Nesse ponto, é primordial dizê-lo: a forma é um fator por excelência da segurança do Direito. O informalismo estéril, seja na linguagem, seja no portar-se seja no atuar profissionalmente, é um mal que se esconde por detrás de uma linguagem sedutora, que enamora os espíritos menos cautelosos e inibe a crítica necessária. Ser moderno não significa alistar-se nos exercícios de corifeus da alternatividade jurídica ou da supressão de antigas e sólidas expressões de estabilidade formal da jurisdição.

Aos novos alunos dos cursos da Escola Superior de Magistratura do Ceará, apresentam-se estas singelas contribuições a uma reflexão sobre o Poder Judiciário e a magistratura nos tempos correntes

As transformações ocorridas, e as que virão, dêis que inspiradas no signo emblemático da Democracia, do respeito às instituições republicanas e das tradições veneráveis, exigem de todos a adequada preparação, a indispensável estrutura cognitiva e científica.

Enfim, os desafios imensos do desconhecido tornam-se facilmente superáveis pela associação constante do amor à Justiça, ao Direito e ao conhecimento de ambos. Tal como o sol no firmamento, de crepúsculo à aurora, que se repita a velha frase de Aulo Gélio, em “Noites Áticas”, quando o avoengo poeta grego sussurrava com os ventos boreais do Peloponeso: *labor omnia vincit* – o trabalho a tudo vence.

Boa sorte.

**AZEVEDO, Luiz Carlos de et TUCCI, José Rogério Cruz** e. Lições de História do Processo Civil Romano. 1ª ed. São Paulo: RT, 1996. 254p.

**BALDINTER, Robert.** *Naissance d'une justice*, in. 'Une autre Justice 1789 – 1799, Etudes publiées sous la direction de Robert Baldinter'. 'Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution Française'. Paris, 1989, p.09.)<sup>13</sup>

**BOBBIO, Norberto.** Teoria do Ordenamento Jurídico. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 5ª ed. Brasília: Editora UnB, 1994. 184p.

**BRETONE, Mário.** História do Direito Romano. 1ª ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1990. 382p.

**DAVID, René.** O Direito Inglês. Trad. Eduardo Brandão. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997. 120p.

**FARIA, José Eduardo (Org.).** Direito e Justiça – A Função Social do Judiciário. 1ª ed. São Paulo: Ática, 1989. 205p.

**FARIA, José Eduardo.** Justiça e Conflito – O Juiz em face dos Novos Movimentos Sociais. 1ª ed. São Paulo: RT, 1991. 158p.

**FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias.** Manual da Arbitragem. 1ª ed. São Paulo: RT, 1997. 231p.

**IBÁÑEZ, Perfecto Andres et ALVAREZ, Claudio Movillá.** *El Poder Judicial*. 1ª ed. Madrid: Tecnos, 1986. 413p.

---

<sup>13</sup> Apud ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Op. cit., loc. cit.*

**HABERMAS, Jürgen.** Consciência Moral e Agir Comunicativo. 1ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. 236p.\_

**HABERMAS, Jürgen.** Direito e Democracia entre Facticidade e Validade. 1ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2v, v.1. 354p.\_

**HABERMAS, Jürgen.** Técnica e Ciência como ‘Ideologia’. 1ª ed. Lisboa: Edições Setenta, 1994. 147p.

**GOMES, Luiz Flávio.** A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrática de Direito. 1ª ed. São Paulo: RT, 1997. 266p.

**KELSEN, Hans.** Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 4ª ed. Bras. São Paulo: Martins Fontes, 1994.\_

**VASCONCELOS, Arnaldo.** Teoria da Norma Jurídica. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. P.27.

**WEBER, Max.** Textos Selecionados. Trad. Maurício Tragtenberg *et alli*. 1ª ed. São Paulo: Nova Cultura, 1997. 192p.

**ZAFFARONI, Eugênio Raul.** Poder Judiciário – Crise, Acertos e Desacertos. Trad. Juarez Tavares. 1ª ed. São Paulo: RT, 1995. 216p.\_

# **HOMENAGEM**



## SAUDADES DO MESTRE FRAN MARTINS\*

**ADRIANO PINTO**

*Professor da Faculdade de Direito da UFC*

Recebemos, com alegria, o convite da SEJUBRA – SOCIEDADE DE ESTUDOS JURÍDICOS BRASIL-ALEMANHA, através do Professor MAURÍCIO BENEVIDES, para fazer um registro de memória do nosso querido e saudoso Mestre FRAN MARTINS, por ocasião deste X CONGRESSO que se realiza em Fortaleza.

Devemos dizer, que maior foi a satisfação, pelo fato do convite anunciar que seria livre a escolha do viés da memória de homenagem ao Mestre, porque vai nos permitir fazer, sem perda da notícia da importância de sua obra cultural, especialmente a jurídica, uma crônica de saudade.

Infelizmente, nos tempos atuais, recrudescer o tratamento dos grandes nomes da cultura jurídica, como um produto empresarial, perdendo-se a referência humana, afetiva, sociológica, da inserção dos mestres na memória profissional e acadêmica.

Basta ver que o tratamento editorial dado às obras jurídicas que conquistaram o referencial da vida acadêmica e profissional, volta-se para os aspectos da disputa de mercado, conferindo ao nome consagrado uma função de marketing, e deixando de lado, ou em segundo plano, a contemplação de suas idéias, de sua dedicação ao estudo do Direito.

Considerada a imponderabilidade das faixas etárias, tempo de passagem pelas faculdades de direito, campo jurídico de interesse acadêmico ou profissional, cumpre-nos situar, inicialmente, o Professor FRAN MARTINS, falecido em 29/6/

1996, aos 83 anos, no contexto do nosso estado e do mundo jurídico.

É sabido, até mesmo por registro protocolar feito nas edições de seus livros jurídicos, que o mestre exerceu cargos públicos em nosso Estado, presidiu a Associação Brasileira de Escritores –Seção do Ceará, assim como a Associação de Escritores Cearenses, foi professor catedrático também da Faculdade de Ciências Econômicas, e teve o reconhecimento oficial de seus méritos acadêmicos da UFC, com a outorga do título de Professor Emérito.

Também consta dos registros editoriais, a sua participação em Congressos no exterior, estágio no Tribunal de Comércio do Sena, com bolsa do governo francês, e visitas como convidado de inúmeras universidades na Europa e nos Estados Unidos, para proferir conferências e ministrar aulas.

Esses registros editoriais, também dão conta de haver recebido a “Medalha Clovis Beviláqua” do Ministério da Educação e a “Medalha Cultural Ernesto Chaves” da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará, assim como de haver sido Governador de Distrito do Rotary Internacional e, ainda, a sua atuação como jornalista profissional.

Podemos acrescentar que o Mestre também integrou o Instituto dos Advogados do Ceará e a Academia Cearense de Letras Jurídicas, a significar que teve, na verdade, uma ampla inserção em todos os segmentos sociais, culturais, acadêmicos e profissionais da vida cearense.

Vamos, contudo, lembrar o FRAN MARTINS nascido em 13/6/1913, na cidade de Iguatú, Ceará, desde jovem radicado em Fortaleza, formando-se bacharel em direito em 8/12/1937 pela nossa Faculdade de Direito da UFC, onde conquistou e exerceu a cátedra de Direito Comercial, sendo em 1964, quando nós concluímos o curso jurídico, o décimo catedrático pela ordem de

antiguidade, em conjuntura acadêmica que girava em torno da cátedra.

É possível que muito dos presentes, evoquem lembranças, ou referências, pela citação de nomes das pessoas que integravam a vida universitária, a maioria, infelizmente, de saudosa memória.

Nessa época, a nossa Faculdade de Direito tinha seu corpo docente formado pelos professores CLODOALDO PINTO (Direito Penal -1ª.Cadeira), JOSÉ MARTINS RODIGUES (Direito Civil – 2ª.Cadeira, Congressista – substituído por ABELMAR RIBEIRO DA CUNHA), LINCOLN MOURÃO MATOS (Ciência das Finanças), ANTÔNIO MARTINS FILHO( Direito Comercial - 2ª.Cadeira – Reitor da UFC - substituído por JOSIAS CORREIA BARBOSA), MAGDALENO GIRÃO BARROSO (Economia Política), HUMBERTO FONTENELLE DA SILVEIRA (Direito Judiciário Civil -1ª.Cadeira), ADERBAL NUNES FREIRE (Direito do Trabalho), JOÃO PERBOYRE E SILVA (Direito Internacional Privado), FLÁVIO PORTELA MARCÍLIO (Direito Público Internacional – Congressista – substituído por LUIZ PORTELA MARCÍLIO), LUIZ CRUZ DE VASCONCELOS (Direito Judiciário Penal), FRAN MARTINS (Direito Comercial - 1ª.Cadeira), WAGNER TURBAY BARREIRA (Direito Civil – 3ª.Cadeira), PAULO BONAVIDES(Teoria Geral do Estado), JOSÉ MIRAMAR DA PONTE (Direito Judiciário Civil -2ª.Cadeira), JOSÉ SOBREIRA DE AMORIM (Direito Romano), CARLOS ROBERTO MARTINS RODRIGUES (Direito Administrativo), JOSAPHAT DE LIMA LINHARES (Ciência das Finanças), SOLON DE FARIAS E SILVA (Introdução à Ciência do Direito), ANTÔNIO VANDICK DE ANDRADE PONTE( Medicina Legal), YVAN RIBEIRO PARAIBA (Direito Judiciário Penal), ARAKEN CARNEIRO (Direito Comercial), MÁRIO CARNEIRO BARATTA MONTEIRO (Direito Penal), VICENTE PAULO DE SIQUEIRA (Direito Judiciário), GERALDO CARLOS LEMOS (Direito Judiciário Civil), FRANCISCO UCHOA DE

ALBUQUERQUE ( Introdução à Ciência do Direito), LUIZ GONZAGA COELHO DE ALBUQUERQUE (Introdução à Ciência do Direito), FÁVILA RIBEIRO ( Direito Constitucional), OLAVO FRANÇA SOBREIRA DE SAMPAIO ( Teoria Geral do Estado), ANTÔNIO ALVES DE ARAUJO ( Direito do Trabalho), ANTÔNIO GIRÃO BARROSO ( Economia Política), ELNO QUINDERÉ MOURA ( Direito Comercial), EMANUEL ARRAES DE ALENCAR ( Direito Civil), FRANCISCO OLAVO DE SOUSA ( Direito Comercial), HILÁRIO GASPAR DE OLIVEIRA (Direito Civil), JOÃO ALFREDO DE SOUSA MONTENEGRO ( Ciência das Finanças), JOÃO BATISTA FONTENELLE ( Direito Judiciário Civil), JOSÉ GLAUCO BEZERRA LOBO ( Medicina Legal), MANUEL ALBANO AMORA ( Direito Internacional Privado), RAIMUNDO IVAN BARROSO DE OLIVEIRA (Direito Penal – Deputado Estadual), RAIMUNDO CAVALCANTE FILHO ( Direito Civil), JOAQUIM JORGE DE SOUSA FILHO ( Direito Judiciário Civil), PAULO LOPES FILHO ( Direito Judiciário Civil), METON CÉSAR DE VASCONCELOS ( Direito Judiciário Penal), EUGÊNIO DIAS DA COSTA ( Introdução à Ciência do Direito), AGERSON TABOSA PINTO ( Direito Romano), JOSÉ MARIA DE QUEIROZ ( Direito Civil), ANTÔNIO BANHOS NETO ( Direito Penal), MANUEL LOURENÇO DOS SANTOS ( Ciência das Finanças), ÈDSON CARVALHO LIMA ( Direito Constitucional), ANÍBAL DE MENEZES CRAVEIRO ( Direito Judiciário), FRANCISCO HAROLDO BEZERRA DE ARRUDA( Medicina Legal) e ARNALDO VASCONCELOS(Direito Internacional Privado).

A vida acadêmica sempre teve, infelizmente, a formação de grupos em conflitos, mas, durante a longa convivência que mantivemos com o Professor FRAN MARTINS, como aluno, como colega de magistério e nos cargos que assumimos na Faculdade de Direito, seja como Diretor, Coordenador de Curso e Chefe de Departamento, jamais tivemos dele qualquer tipo de condenação

a colegas ou pressão para influir sobre nosso juízo administrativo.

Isto se fazia tanto mais significativo, quando o Professor FRAN MARITNS cumpriu a transição do tempo onde pontificava o autoritarismo da cátedra, sendo o seu titular um verdadeiro soberano em relação aos docentes sem a titulação de catedrático.

Ingressamos no magistério da Faculdade de Direito por concurso público para o nível inicial da carreira, auxiliar de ensino, nos idos de 1969, mas, fomos favorecidos pela circunstância de ter como catedrático, o Professor FRAN MATINS, que, desde o primeiro momento, nos elevou à igualdade amistosa e protetora da convivência acadêmica.

Integrante de um clã familiar havido como extremamente cioso de seu status social, titular privilegiado de merecido reconhecimento do mundo intelectual, cultural e jurídico, o Professor FRAN MARTINS portava uma sisudez que, na verdade, destoava de sua afabilidade pessoal no trato com os alunos, com seus colegas, e quantos dele buscavam algum tipo de ajuda acadêmica.

Recordamos a surpresa sempre verificada, em advogados e professores de outros estados, especialmente do grandes centros profissionais e acadêmicos, quando, sabedores da amizade que nos ligava, buscavam nossa intermediação para ter acesso a uma apresentação ou entrevista com o Professor FRAN MARTINS, e se deparavam como um atendimento imediato e cordial do mestre.

É que o nosso FRAN MARTINS, que tinha os seus livros jurídicos servindo à comunidade profissional e acadêmica em todo o País, praticava, ao contrário de outros autores, até mesmo de menor reconhecimento nacional, a comunicação simples, imediata, com o seu público.

Esse público tinha uma dimensão sempre crescente, tanto considerando a transformação do seu “Curso de Direito Comercial”, do seu “Contrato e Obrigações Comerciais” e do seu “Títulos de Crédito” em livros-texto adotados em quase todas as faculdades de direito, como a sua capacidade de produzir obras de desbravamento doutrinário, de que são exemplos, os seus livros “Cartões de Crédito” e “Comentários à Lei das Sociedades Anônimas”.

Há de ser considerado, também, como fator desse reconhecimento nacional, a própria dimensão e diversidade de sua produção jurídica no campo do Direito Comercial.

Num tempo em que não se tinham os atuais recursos de pesquisa, de escrita e editoração, e dominava a inexistência de apoios operacionais da nossa Faculdade, o Professor FRAN MARTINS legou à comunidade jurídica, produtos periódicos de seu espírito construtivo, cujo conteúdo, presta-se, até hoje, às mais variadas aplicações acadêmicas e profissionais, a saber:

Em 1947 - “Da Natureza Jurídica do Espaço Aéreo”;

Em 1953 – “Da Caracterização e da Declaração Judicial da Falência;

Em 1953 – “Dos Efeitos Jurídicos da Falência”;

Em 1954 – “Da Classificação das Sociedades Comerciais”;

Em 1955 – “Das Sociedades por Quotas no Direito Brasileiro”;

Em 1956– “Das Sociedades de Responsabilidade Limitada no Direito Estrangeiro”;

Em 1957 – “Curso de Direito Comercial”, já sua 28ª.Edição;

Em 1960 – “Das Sociedades por Quotas no Direito Brasileiro e Estrangeiro”;

Em 1960 – “Pareceres de José de Alencar”(Comentários). Em colaboração com o Prof. LUIZ CRUZ DE VASCONCELOS, 1ª.Edição Arquivo Nacional e em 1985 a 2ª.Edição pela Fundação Raul Barbosa” –Fortaleza.

Em 1961 – “Contrato e Obrigações Comerciais”, já na sua 15ª.Edição;

Em 1972 – “Títulos de Crédito – Letra de Câmbio e Nota Promissória”, na sua 13ª.Edição;

Em 1976 – “ Cartões de Crédito – Natureza Jurídica”

Em 1977 – “Comentários à Lei das Sociedades Anônimas”, na sua 3ª.Edição;

Em 1980–Títulos de Crédito – Cheques, Duplicatas, Títulos de Financiamento, Títulos Representativos”, na sua 5ª.Edição;

Em 1984 - “Direito Societário”;

Em 1986 – “O Cheque, Segundo a Nova Lei”, em 2ª.Edição

;

Em 1988 – “ Novos Estudos de Direito Societário”;

Em 1989 – “Ações Escriturais e sua Negociação no Direito Brasileiro”.

Deve ser lembrado que o Professor FRAN MARTINS, a partir de 1957 entremeou sua produção de novos livros com as revisões de seu “Curso”, dos “Contratos”, e dos “Títulos de Créditos”, “Comentários à Lei das Sociedades Anônimas”, além de outros de menor extensão.

Explica-se, assim, porque o autor de obras literárias surgido aos 19 anos de idade, com o livro “Ponta de Rua”(1937), e depois integrante de movimentos culturais, como o “Geração de 30”, onde conviviam Guimarães Rosa, José Lins do Rego, e Jorge Amado, o fundador do Grupo Clã em 1942, passou 23 anos sem um novo título literário, ou seja de 1966, quando publicou a novela “Dous de Ouro” ( Martins, S.Paulo, 1966) até 1989, ano do seu “A Análise”( Editora Revan, Rio, 1989).

Se o “Dous de Ouro” que marcou o início da parada de sua produção literária recebeu aplausos da saudade de J.C.ALENCAR ARARIPE (Diário do Nordeste, 11/07/96), a volta de FRAN á literatura com o livro que se fez despedida “A ANÁLISE”, mereceu

na apresentação de RAQUEL DE QUEIROZ a proclamação de um regresso consagrador na exploração do território misterioso do coração humano.

Na verdade, nessa volta, um passagem da observação da realidade social em seu contexto da vida nordestina, louvada no lamento de perda do escritor EDUARDO CAMPOS( Diário do Nordeste, 3/7/96) para a introspecção do mundo íntimo detectado pelo mesmo potencial criativo, que nos legou: os contos “Manipueira”, “Noite Feliz”, “Mar Oceano”, “O Amigo de Infância”, e os romances “Ponta de Rua”, “Poço de Paus”, “Mundo Perdido”, “Estrela do Pastor”, “O Cruzeiro tem 5 Estrelas” e “A Rua e o Mundo”.

Quando aluno da Faculdade de Direito, a convivência com o Professor FRAN MARTINS foi corriqueira, sem destaque, no meio de tantos que lhe tributavam o merecido reconhecimento. Nossa amizade pessoal, na verdade, teve início quando, na qualidade de auxiliar de ensino, passamos ao magistério de DIREITO COMERCIAL sob o seu comando, onde se tinha, ainda, a participação do também saudoso Professor FRANCISCO OLAVO DE SOUSA, chamado carinhosamente de “CHICO OLAVO”.

Costumamos lembrar para os nossos alunos da Faculdade de Direito, que, nos tempos do FRAN MARTINS, a nossa escola, embora desfalcada de meios, podia exhibir, sempre, a sala de aula com um professor....

Na verdade, existia para cada disciplina, no mínimo, dois professores, significando que a eventual falta de um não ensejaria classe sem aula.

Também gostamos de relembrar para os nossos alunos que, nesse tempo, apesar de docente, éramos, certamente, o mais dedicado aluno, com a preparação diária da matéria presumível para a aula, já que o Professor FRAN MARTINS costumava



interromper sua exposição entregando-nos a continuidade do tema para ser desenvolvida.

Com o passar dos anos, fomos, compartilhando uma convivência cada vez maior em atividades acadêmicas com o Professor FRAN MARTINS, dentro e fora da Faculdade, mas, sempre vinculada ao interesse fundamental do estudo do Direito Comercial.

Assim, é que ajudamos na coordenação de um grupo de estudos, onde tivemos como companheiros permanentes os colegas JOSÉ ALBERTO ROLA, CHICO OLAVO, BOMFIM VIANA, MARCELO PINTO E ERNANI VIANA, com reuniões temáticas periódicas na Faculdade.

Fora da Faculdade, tínhamos encontros semanais regulares com o Professor FRAN MARTINS, pela tarde, na sua residência então localizada na esquina da Praça Portugal, onde hoje se ergue imponente edifício que abriga escritórios e um Shopping Center, quando éramos sempre carinhosamente recebidos pela sua mulher, D. LÚCIA.

Discutíamos com ele as revisões dos seus livros, oferecíamos dados colhidos em nossa advocacia, a ponto de merecer registro de colaboração em uma das edições de seu “Contratos e Obrigações Comerciais”.

Tivemos, ainda, participação mais efetiva no seu livro “Comentários à Lei das Sociedades Anônimas”, com a responsabilidade direta pelo Tomo II, do 2º Volume.

Também faz parte de nossa saudade especial, os encontros noturnos que tínhamos aos finais de semana, à beira de sua piscina residencial, quando além dos freqüentadores permanentes, entre os quais, os colegas JOSÉ ALBERTO ROLA E FABIANO COSTA, se revezavam alunos, constituindo-se momentos onde a

conversa sempre derivava para a crônica da nossa vida acadêmica, especialmente formatada com muito humor.

FRAN, professor catedrático formado no estilo tradicional que, certamente, os mais jovens sequer tem idéia, assimilou facilmente as transformações sociais refletidas na vida acadêmica, aderindo aos novos tempos, sem deixar de cultuar os valores fundamentais, aposentando o terno e gravata que faziam marca registrada da autoridade docente e, também, da própria compostura discente.

Já integrado às mudanças das condutas escolares, FRAN nos reportou ocorrência jocosa, verificada em uma de suas viagens para compor bancas examinadoras de concursos docentes, quando, em Belo Horizonte, indagou, a um dos seus anfitriões pelo Professor JOÃO EUNÁPIO BORGES, recebendo, a informação de que estava aposentado, mas em boa saúde, acrescido do comentário, sob reserva, de que, infelizmente, aquele mestre mineiro exibia uma perda de compostura pois, era visto, em horários e locais acadêmicos, “em mangas de camisa”, ou seja, sem palito e gravata...

Na verdade, muitas seriam as lembranças da convivência com o Professor FRAN MARTINS, a serem revividas, tanto as que costumamos contar em sala de aula, como outras apropriadas apenas para fora dela, mas, alongaria demasiadamente esta fala.

Por circunstâncias de nossas atividades profissionais, perdemos, infelizmente, maior contato com o Professor FRAN MARTINS, quando ele se aposentou, mas, sempre o colocamos nas referências profissionais e acadêmicas.

Deve ser dito, que o Professor FRAN MARTINS nunca gostou da advocacia forense e, salvo, uma participação, nos idos de 1960, em escritório formado com JOSÉ ALBERTO ROLA,

ROBERTO MARTINS RODRIGUES, FRANCISCO OLAVO DE SOUSA, CÉLIO LOUREIRO CAVALCANTE, ANTÔNIO ARAUJO, MARCELO LINHARES, FRANCISCO MAIA ALENCAR e ELNO QUINDERÉ DE MOURA, repartiu o exercício do magistério com a advocacia consultiva.

Tínhamos com ele uma relação de constante tensão contemplativa dos novos tempos acadêmicos, das mudanças legislativas, das evoluções doutrinárias e jurisprudenciais, mas, sempre soubemos que, exatamente por tais circunstâncias, é que se fez crescente um entendimento jamais perturbado, uma reciprocidade de compreensão e carinho que tornou privilegiada a nossa caminhada acadêmica quando jovem professor de Direito.

Fomos testemunha de que esse cearense que ensinou Direito Comercial ao Brasil, e deixou um legado cultural para sua Faculdade e para o seu Estado, quanto mais se adiantava na idade, mais remoçavam suas idéias.

FRAN MARTINS deu ao Direito Comercial uma expressão divulgadora da sua evolução, da sua modernidade, tratando-o, como instrumento de ordem jurídica das relações econômicas que devem ter o cunho dos valores sociais.

Certamente, o Professor FRAN MARTINS deve ser colocado nas escala evolutiva do ensino do Direito Comercial no Brasil, ao lado de outras grandes mestres que marcam o seu desenvolvimento, havendo reposicionado seus institutos diante da realidade brasileira das décadas de 1950 e 1970 nas quais se projetaram os seus estudos.

O mestre FRAN MARTINS construiu sua obra fundada no esforço de compatibilizar os valores sociais com a prática e a técnica jurídica, buscando sempre, na análise dos institutos encontrar meios e modos de socializar as relações econômicas, oferecendo ao Direito Comercial uma instrumentação voltada para resguardar a

dignidade das relações envolvendo o poder econômico.

Relativamente à idéia de unificação do Direito Privado em código geral, FRAN MARTINS considerava que a mera transposição de normas para um corpo legislativo único não evitaria a necessidade de manter-se a distinção da *matéria comercial* como fator seletivo para a aplicação de princípios próprios da atividade de produzir bens e levá-los ao mercado consumidor.

E, certamente, basta ver o resultado oferecido pelo Novo Código Civil, para ficar evidente que, tem-se a confirmação absoluta dessa visão do Professor FRAN MARTINS fundada na percepção de que a excepcional dinâmica da atividade de empresa comercial sempre exigirá a construção de novos padrões normativos e integrativos de seus institutos ao ordenamento legal.

Devemos concluir dizendo ser prazeroso, repartir com todos que conhecem a importância da obra cultural do Professor FRAN MARTINS, um vislumbre de sua riqueza interior como pessoa, na sua trajetória de mestre de gerações de bacharéis em direito e de referência obrigatória para os estudos modernos do Direito Comercial.

\* Texto formulado para prestar homenagem ao saudoso Professor FRAN MARTINS, programada no X CONGRESSO JURÍDICO realizado em Fortaleza nos dias 7 e 8/11/2002, e promovido pela SEJUBRA – SOCIEDADE DE ESTUDOS JURÍDICOS BRASIL ALEMANHA, instituição sediada à Rua Verbo Divino n.1388, Cj. 74-D, em São Paulo/SP.